

ศึกษาเปรียบเทียบลักษณะการกระทำซ้ำเรา ตามมาตรา 276 กับลักษณะการ
กระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ ตามมาตรา 278 วรรคสอง ตามพระราชบัญญัติ
แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562

ปานรดา สุทธิทองแท้

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธีดี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
พ.ศ.2564

**COMPARATIVE STUDY BETWEEN DEFINITION OF “RAPE”
UNDER SECTION 276 AND DEFINITION OF “SEXUAL ASSAULT
BY PENETRATION” UNDER THE SECOND PARAGRAPH OF
SECTION 278 BY ACT AMENDING THE CRIMINAL CODE (NO.27)**

B.E.2562

PANRADA SUTTHITONGTAE

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

2021



ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ศึกษาเปรียบเทียบลักษณะการกระทำของเรา ตามมาตรา 276 กับ ลักษณะการกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ ตามมาตรา 278 วรรคสอง ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562

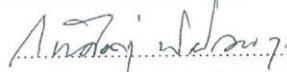
เสนอโดย นางสาวปานรดา สุทธิทองแท้

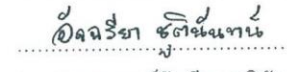
สาขาวิชา นิติศาสตร์

หมวดวิชา กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์

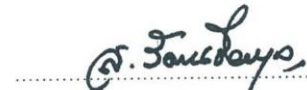
ได้พิจารณาเห็นชอบ โดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว


ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล)


กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์)


กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสินิท)

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ รับรองแล้ว


คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตน์ชื่อสกุล)
วันที่ ๒๕ เดือน กรกฎาคม พ.ศ. ๒๕๖๕

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ศึกษาเปรียบเทียบลักษณะการกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 กับลักษณะการกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ ตามมาตรา 278 วรรคสอง ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562
ชื่อผู้เขียน	ปานรดา สุทธิทองแท้
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2564

บทคัดย่อ

ปัจจุบัน ความผิดเกี่ยวกับเพศในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 ประกอบมาตรา 1(18) ได้รับการแก้ไขเมื่อปี พ.ศ.2562 เนื่องจากบทบัญญัติเดิมมีปัญหาเรื่องการศึกษา ผู้เขียนจึงทำการศึกษาเปรียบเทียบลักษณะการกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 กับลักษณะการกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ ตามมาตรา 278 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายอาญา เพื่อกำหนดจุดแบ่งแยกการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและการทำความผิดฐานกระทำอนาจารได้อย่างถูกต้อง

เดิมคานิยามของคำว่า “การกระทำชำเรา” หมายความว่า “การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับคานิยามของการกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศส แต่ในปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดคานิยามของการกระทำชำเราไว้ในมาตรา 1(18) หมายความว่า “การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับคานิยามของการกระทำชำเรา ตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 ในประเทศอังกฤษ สิ่งที่เปลี่ยนไปจากกฎหมายเดิม คือ การใช้สิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นใดของผู้กระทำสอดใส่อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหายเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ อันเป็นการกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ได้ถูกย้ายไปเป็นเหตุเพิ่มโทษของการอนาจาร เรียกว่า “การกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ”

จากการศึกษาพบว่า คุณธรรมทางกฎหมายในความคิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารมีส่วนที่เหมือนกัน คือ มุ่งคุ้มครองเสรีภาพทางเพศเช่นเดียวกัน แต่ต่างกันตามระดับความร้ายแรงของอาชญากรรม ในความคิดฐานข่มขืนกระทำชำเราถือว่าการกระทำต่อเสรีภาพทางเพศโดยมีการล่วงล้ำสิ่งใดๆ เข้าไปในอวัยวะของผู้ถูกระทำที่เป็นรูหรือช่อง อันอาจเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำได้รับอันตรายแก่กาย จิตใจหรืออาจเป็นอันตรายต่อชีวิตได้ ถือว่าเป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรง ขณะที่ความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นกระทำการอันไม่สมควรทางเพศ ต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่น แต่ยังไม่ถึงขั้นมีสิ่งใดๆ ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักของผู้นั้น ถือว่าเป็นความผิดอาญาที่มีระดับความร้ายแรงรองลงมา ซึ่งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามีระดับความร้ายแรงกว่าความผิดฐานกระทำอนาจาร กฎหมายจึงได้บัญญัติให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามีโทษที่หนักกว่าความผิดฐานกระทำอนาจาร

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ในปัจจุบันการกระทำชำเราคงเหลือแต่ลักษณะการร่วมประเวณีตามธรรมชาติปกตินั้น การแก้ไขกฎหมายดังกล่าวทำให้การกระทำผิดในบางลักษณะซึ่งเดิมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ได้เปลี่ยนไปเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารในลักษณะฉกรรจ์

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การแก้ไขกฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีความชัดเจนและสอดคล้องกับลักษณะของการกระทำชำเราตามธรรมชาติ แต่อย่างไรก็ตามเป็นกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์สังคมโลกปัจจุบันที่ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราควรมุ่งหมายที่จะคุ้มครองผู้ถูกระทำทางเพศที่ไม่ใช่เพียงแต่การร่วมประเวณีตามแบบพื้นฐานปกตินั้น ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ ไม่เป็นธรรม ขัดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อีกทั้ง ยังขาดความชัดเจนแน่นอน ซึ่งเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาและเป็นหลักประกันความเป็นนิติรัฐ จึงเห็นควรกำหนดจุดแบ่งแยกของลักษณะการกระทำชำเรากับลักษณะการกระทำอนาจาร เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนในกฎหมายอาญา

Thesis Title	comparative study between definition of “rape” under section 276 and definition of “sexual assault by penetration” under the second paragraph of section 278 by act amending the criminal code (no.27) b.e.2562
Author	Panrada Sutthitongtae
Thesis Advisor	Asst. Prof. Atchareeya Chutinun
Department	Law
Academic Year	2021

ABSTRACT

Currently, in 2562 BE. Offences relating to Sexuality and Offences of Rape (section 276 and section 1(18) from the Penal Code, were amended due to the issue of describing the definitions of the previous provision. The author therefore aims to study the comparison between the provisions of committing under section 276 and committing indecency with invasion, section 278 paragraph 2, of the Penal code. The purpose of this study is to correctly indicate the separation of “the offence of rape” with “offence of indecent act”.

Previously, the definition of “commit intercourse” defined as to gratify one’s sexual desire of by penetrating the sex organ, anus of another with one’s sex organ” However, the above definition is similar to the definition of the the Penal Code of France for the act of commit intercourse. These days, The Penal Code defines the meaning of “commit intercourse in section 18”, that to gratify one’s sexual desire by penetrating the sex organ, anus of another with one’s sex organ. In addition, the definition is similar to the commit intercourse according to the “Act on sexual harassment A.D. 2003” of the United Kingdom. The different of the new definition is to gratify one’s sexual desire by penetrating the sex organ, anus of another with one’s sex organ, which determine to be abnormal inhumanity. The above clause was moved to the increase penalty for commit decency” called “sexual assault by penetration”

From the study, it shows that the legal morality for the offence of rape, act of intercourse or indecency have the same intentions, that they determined to protect the sexual liberty. Despite the fact that their criminal characteristics are of different degrees of severity. In the offences of rape and commit intercourse regard as act for sexual liberty, by penetrating

anything into the organ of the victim, which have hole or cavity, might cause the victim to be bodily and mentally harmful and life threatening. These acts consider to be the offence While, the offence of decency is the act of inappropriate sexual to other person's body but none of any object penetrating the sex organ, anus is the criminal offence. The law legislates the offence of rape to be higher penalty than the offence of indecency

When considering the components of offense of rape and act of intercourse, the act of intercourse possibly only regular sexual intercourse. Having amended the mentioned laws reflected some act of intercourse that previously regarded as severe offence of sexual indecency.

The author agrees that the purpose of the Penal Code's amendment is to emphasize, clear enforcement and to be aligned with the natural characteristics of the intercourse. However, in terms of current situation, the law seems to be inappropriate to the world situation and environment. The offence of rape and commit sexual intercourse should intend to protect the all kind of sex victims, not only the general sexual intercourse. It's also regarded as immoral intentionally act and conflict to the right of humanity and the lack of clarity which is the assurance in Legal state. The author therefore agrees to designate the separation of categories of the act of "commit intercourse" and the commit sexual indecency for the clarity and accuracy in Penal Law.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จลงได้ด้วยดีเพราะด้วยความกรุณาและความอนุเคราะห์จากรองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ ที่ให้ความเมตตา รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา วิทยานิพนธ์เล่มนี้ และได้สละเวลาอันมีค่าอย่างยิ่งในการให้คำปรึกษา ชี้แนะ ให้ความรู้ คำแนะนำในการศึกษาหาข้อมูล การวิเคราะห์ปัญหาต่างๆ เพื่อรวบรวมจัดทำวิทยานิพนธ์ รวมทั้งตรวจสอบ และแก้ไขข้อบกพร่องตั้งแต่ผู้เขียนเริ่มทำวิทยานิพนธ์ จวบจนสำเร็จเสร็จสมบูรณ์ ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูง ที่ให้ความเมตตา กรุณา แก่ผู้เขียนตลอดมา

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร. ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ที่ได้กรุณา รับเป็นประธานกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ในครั้งนี้ ตลอดจน รองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท ที่ได้กรุณา สละเวลาอันมีค่า ยอมรับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งคณะกรรมการสอบทุกท่านได้กรุณา ทำการตรวจพิจารณา ให้ความรู้ คำแนะนำ และข้อคิดต่างๆ เพื่อใช้เป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น และสำเร็จลุล่วงไปด้วยดี

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา และมารดา ที่ให้การเลี้ยงดู ส่งเสีย สนับสนุน และให้โอกาสทางการศึกษา แก่ผู้เขียนเป็นอย่างดีตลอดมา ตลอดจนถึงกัลยาณมิตรของผู้เขียนทุกคน ที่ให้กำลังใจ และสนับสนุนผู้เขียนด้วยดีเสมอมา

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนหวังว่า วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาคุณภาพ และสามารถนำไปใช้ให้เกิดประโยชน์ต่อกระบวนการยุติธรรมและสังคมไทยไม่มากนักน้อย หากมีข้อผิดพลาดบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอกราบอภัยมา ณ โอกาสนี้ และขออนุญาตรับความผิดพลาดนั้นไว้แต่เพียงผู้เดียว

ปานรดา สุทธิทองแท้

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	8
1.3 สมมติฐาน.....	9
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	10
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	10
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	11
2. วัตนาการ แนวคิด และทฤษฎีลักษณะการกระทำซ้ำเร้า กับลักษณะการกระทำ	
อนาจาร.....	12
2.1 แนวทางในการกำหนดความรับผิดชอบและโทษทางอาญา.....	12
2.2 หลักประกันในกฎหมายอาญา.....	32
2.3 หลักการตีความในกฎหมายอาญา.....	37
2.4 แนวคิดในการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของอาชญากรรม.....	44
2.5 แนวความคิดและทฤษฎีการคุ้มครองผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเร้า	
กับความผิดฐานกระทำอนาจาร.....	45
2.6 วัตนาการลักษณะการกระทำซ้ำเร้ากับลักษณะการกระทำอนาจาร.....	53
3. ลักษณะการกระทำซ้ำเร้ากับลักษณะการกระทำอนาจารตามกฎหมายของ	
ต่างประเทศ.....	90
3.1 ประเทศอังกฤษ.....	90
3.2 ประเทศฝรั่งเศส.....	99
3.3 ประเทศญี่ปุ่น.....	102
3.4 ตารางที่ 1 เปรียบเทียบการกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับเพศในแต่ละประเทศ.....	109

บทที่	หน้า
4. วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะการกระทำซ้ำเร้าเรากับลักษณะการกระทำอนาจาร โดยการล้วงล้ำตามกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ.....	112
4.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะการกระทำซ้ำเร้าเรากับลักษณะการกระทำอนาจาร โดยการล้วงล้ำตามหลักกฎหมายไทย.....	114
4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะการกระทำซ้ำเร้าเรากับลักษณะของการกระทำอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยกับตามกฎหมายต่างประเทศ.....	145
4.3 เหตุผลความจำเป็นและความเหมาะสมในการกำหนดขอบเขตที่เหมาะสมเกี่ยวกับ ลักษณะการกระทำซ้ำเร้าเร ลักษณะการล้วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ และ ลักษณะการกระทำอนาจาร.....	164
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ	168
5.1 บทสรุป	168
5.2 ข้อเสนอแนะ	174
บรรณานุกรม.....	176
ประวัติผู้เขียน.....	182

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

กฎหมายอาญามีความมุ่งหมายในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม โดยกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่รัฐบัญญัติว่าการกระทำหรือไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิดและมีการกำหนดโทษที่จะลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด กฎหมายอาญาจึงมีความสำคัญต่อชีวิตประจำวันอย่างยิ่ง เนื่องจากเป็นเครื่องมือในการช่วยให้มนุษย์ดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมได้อย่างปกติสุข ด้วยเหตุดังกล่าว จึงมีความคิดจะให้ มี “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ซึ่งเดิมมีวัตถุประสงค์ในทางการเมืองที่ต้องการจำกัดอำนาจรัฐ เรียกว่า “หลักนิติรัฐ” ต่อมาเมื่อหลักนิติรัฐได้รับการยอมรับ จึงมีการวางหลักประกันในกฎหมายอาญาขึ้น

สำหรับประเทศไทยได้มีการวางหลักประกันในกฎหมายอาญา ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” บทบัญญัติดังกล่าวนี้หมายความว่า เฉพาะกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้นที่สามารถกำหนดว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญาได้ และเฉพาะกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้นเช่นกัน ที่สามารถกำหนดโทษสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งได้ และทั้งสองประการที่กล่าวมาแล้วนั้น จะต้องมีอยู่แล้วก่อนการกระทำนั้น¹

“หลักประกันในกฎหมายอาญา” ครอบคลุม เนื้อหา 4 ประการ คือ (1) การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล (2) การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล (3) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติชัดเจนแน่นอน (4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง ในส่วนของหลักประกันกฎหมายอาญาประการที่สาม เป็นข้อเรียกร้องของกฎหมายอาญากล่าวคือ เป็นการบัญญัติความผิดอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน (nullum crimen sine lege

¹ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2563), น. 84.

certa) การที่ต้องเรียกร้องว่าการบัญญัติความผิดอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน หรือเรียกร้องให้ยึด “หลักความชัดเจนแน่นอน” (Bestimmtheitsgrundsatz) นั้น ก็เพราะว่าการลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ ฉะนั้น รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่สามารถจะทำได้ กล่าวคือ ในการบัญญัติกฎหมายอาญานั้นจะต้องหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำกำกวม ไม่แน่นอน ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง และทั้งจะเป็นเครื่องป้องกันมิให้ศาลใช้กฎหมายตามใจชอบหรือตามอำเภอใจหรือตามความรู้สึกของตัวเอง² แสดงให้เห็นถึง “หลักนิติรัฐ”

บทบัญญัติของความผิดฐานต่างๆ นั้น เป็นบทบัญญัติที่สั้นและกระชับรัด แต่ในความสัมพันธ์และกระชับของบทบัญญัตินั้นๆ จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้รวบรวมเอาสิ่งต่างๆ ที่เป็นพื้นฐานของความผิดฐานต่างๆ นั้นเข้าไว้อย่างเหมาะสม สิ่งที่เป็นพื้นฐานดังกล่าวนี้ คือผู้กระทำการกระทำ กรรมของการกระทำ ผลของการกระทำ รวมทั้ง “คุณธรรมทางกฎหมาย” ด้วย³ ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายนั้น คือ ประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง โดยในการบัญญัติความผิดต่างๆ นั้น จะมีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นพื้นฐานด้วยเสมอ

ความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นมาช้านานในสังคมไทยและนับวันยังมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นทวีคูณ จึงก่อให้เกิดมาตรการในการป้องกันอาชญากรรมที่เกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับเพศมาแต่อดีตกาล โดยในประวัติศาสตร์กฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศมิได้มีขึ้นหรือมีอยู่เพื่อเป็นการปกป้องสตรีแต่อย่างใด แต่ทว่ามีขึ้นเพื่อปกป้องเกียรติของชายหรือผู้เป็นบิดา เห็นได้จากกฎหมายตราสามดวง ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในพระไอยการลักษณะฝ่าฝืน ซึ่งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา บัญญัติว่า ข่มขืนภริยา⁴ ข่มขืนลูกสาวหลานสาว⁵ เป็นต้น ส่วน

² เพิ่งอ้าง, น. 90.

³ เพิ่งอ้าง, น. 151.

⁴ กฎหมายตราสามดวง พระไอยการลักษณะฝ่าฝืน 1 มาตราหนึ่ง “ชายใดข่มขืนภริยาท่านถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณมผิดเมียทวีคูณ ถ้าข่มขืนมิได้ถึงชำเราให้ไหมโดยประณมผิดเมีย”

⁵ กฎหมายตราสามดวง พระไอยการลักษณะฝ่าฝืน 76 มาตราหนึ่ง “ชายใดมีเมียแล้วข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ไหมชายนั้นถึงประณมผิดเมีย ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ไหมถึงถึงชำเรา” 77 มาตราหนึ่ง “ชายใดหาเมียมิมีเมีย ข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ไหมชายนั้นถึงเบียชายมีเมียแล้ว ถ้าข่มขืนมิถึงชำเรา ให้ไหมถึงถึงชำเรา”

ความผิดฐานกระทำอนาจาร บัญญัติว่า เล้าโลมจับมือถือนมกอดจูบเมียท่าน⁶ จับข้อมือหยอกบุตรท่าน⁷ เป็นต้น

ปัจจุบัน กฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศมุ่งคุ้มครองศักดิ์ศรีและเกียรติศักดิ์ในเนื้อตัวร่างกายของหญิง กล่าวคือ ให้ความปกป้องและคุ้มครองต่อสิทธิของสตรีในการเลือกว่าตนจะมีความสัมพันธ์ทางเพศหรือไม่ กับใคร เมื่อใด อาทิ ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 บัญญัติว่า “กระทำชำเราซึ่งมิใช่ภรรยาของตนเอง”⁸ “กระทำชำเราด้วยเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสองขวบ”⁹ ส่วนในความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 บัญญัติว่า “บังอาจกระทำการอนาจารแก่เด็กอายุต่ำกว่าสิบสองขวบ”¹⁰ “กระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบสองขวบขึ้นไป”¹¹ เป็นต้น กรณีจึงถือได้ว่าแนวคิดในการ

⁶ กฎหมายตราสามดวง พระไอยการลักษณะฝ่าฝืน 2 มาตราหนึ่ง “ผู้ใดเล้าโลมจับมือถือนมกอดจูบเมียท่านก็ดี ฝ่าฝืนไม่อยู่ไปหาเมียท่านถึงในเรือนแลในสถานที่ลับ ไม่มีผู้ใดอยู่ด้วยเป็นค่านับก็ดี ไปหาเมียท่านถึงที่นอนในห้องอยู่แต่สองต่อสองก็ดี ท่านให้ไหมชายนั้นกึ่งเบี้ยปรถมผิดเมีย ถ้าผู้ใดกล่าวคำแพะและโลมเมียท่านก็ดี ลักลอบพุดจาด้วยเมียท่านก็ดี พิจารณาเป็นสัจไซ้ ให้ไหมชายนั้นกึ่งเบี้ยชกมือถือนมกอดจูบนั้น”

⁷ กฎหมายตราสามดวง พระไอยการลักษณะฝ่าฝืน 75 มาตราหนึ่ง “บุรุษผู้ใดจับข้อมือหยอกบุตรท่านก็ดี ขึ้นไปถึงที่นอนบุตรท่านก็ดี และจุดลากบุตรท่าน ไปจูบกอดทำชั่วแลทำประการใดก็ดี ท่านว่าชายนั้นผิด ให้ลงโทษโดยโทษาญโทษ”

⁸ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 243 “ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่ขู่ขู่กระทำชำเราซึ่งมิใช่ภรรยาของตนเอง ท่านว่าผู้นั้นข่มขืนกระทำชำเรา ต้องรวางโทษจำคุกตั้งแต่ปีหนึ่งขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

⁹ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 244 “ผู้ใดกระทำชำเราด้วยเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสองขวบ กิ่งหญิงนั้นยินยอมก็ตาม หรือมิยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิดต้องรวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไป จนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

¹⁰ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 245 “ผู้ใดบังอาจกระทำการอนาจาร แก่เด็กอายุต่ำกว่าสิบสองขวบ ท่านว่ามันมีความผิด ต้องรวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไป จนถึงสามปี และให้ปรับตั้งแต่สิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

¹¹ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 246 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบสองขวบขึ้นไป โดยมันใช้อำนาจด้วยกำลังหรือด้วยวาจาขู่ขู่ขู่ หรือมันใช้อุบายหลอกลวงด้วยประการใดใดก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องรวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

บัญญัติกฎหมายในความผิดเกี่ยวกับเพศได้เริ่มเปลี่ยนแปลงไปโดยมุ่งคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศของหญิง หรือความบริสุทธิ์ในทางเพศของเด็กหญิงมิให้ผู้ใดมาละเมิดนั่นเอง

กฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศในประเทศไทยเริ่มปรากฏในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช รัชกาลที่ 1 โดยเรียกกฎหมายดังกล่าวว่า “กฎหมายตราสามดวง” ซึ่งบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในพระไอยการลักษณะศัวมเมีย โดยพระไอยการลักษณะศัวมเมียได้กำหนดบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา ให้หมายถึงการร่วมประเวณีตามธรรมชาติเท่านั้น โดยผู้กระทำต้องเป็นผู้ชาย และผู้ถูกกระทำชำเราต้องเป็นหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน ส่วนการกระทำอนาจาร จากบทกฎหมายแม้มิได้บัญญัติความผิดฐานอนาจารไว้โดยตรง แต่เมื่อพิจารณาจากตัวบทกฎหมายซึ่งใช้คำว่าเส้าโลมจับมือถือนมกอดจูบ¹² จับมือถือนมกอดจูบข่มขืนไม่ถึงชำเรา¹³ หรือจับข้อมือหยอกบุตรท่าน... จูดลากบุตรท่าน ไปจูบกอดทำชู้¹⁴ ล้วนแล้วแต่มีความหมายว่าเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศทั้งสิ้น

ต่อมาได้มีการประกาศใช้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ซึ่งได้บัญญัติความผิดที่เกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราไว้เช่นกัน โดยยังคงไว้ซึ่งลักษณะสำคัญเช่นในพระไอยการลักษณะศัวมเมีย กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นชาย ผู้ถูกกระทำความผิดจะต้องเป็นหญิง และการข่มขืนกระทำชำเราถือเอาการที่อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเป็นเกณฑ์ในการตัดสินว่าจะมีความผิดสำเร็จหรือไม่ ทั้งนี้ ยังมีข้อแตกต่างจากพระไอยการ

¹² กฎหมายตราสามดวง พระไอยการลักษณะศัวมเมีย 2 มาตราหนึ่ง “ผู้ใดเส้าโลมจับมือถือนมกอดจูบเมียท่านก็ดี ศัวมท่านไม่อยู่ไปหาเมียท่านถึงในเรือนแลในสถานที่ลับ ไม่มีผู้ใดอยู่ด้วยเป็นค่านับก็ดี ไปหาเมียท่านถึงที่นอนในห้องอยู่แต่สองต่อสองก็ดี ท่านให้ไหมชานนั้นถึงเบี่ยปรถมผิดเมีย ถ้าผู้ใดกล่าวคำแพละโลมเมียท่านก็ดี ลักลอบพุดจาด้วยเมียท่านก็ดี พิจารณาเป็นตัจไซ้ ให้ไหมชานนั้นถึงเบี่ยชกมือถือนมกอดจูบนั้น”

¹³ กฎหมายตราสามดวง พระไอยการลักษณะศัวมเมีย 46 มาตราหนึ่ง “เจ้าเงินก็ดี พี่น้องลูกหลานแห่งเจ้าเงินก็ดี ข่มขืนหญิงทาสถึงชำเราหญิงร้องแรกมีสักจิตขียนไซ้ ท่านให้แบ่งตัวหญิงนั้นเสียถึงหนึ่งๆ ให้มันส่งให้แก่เจ้าเงิน ถ้าจับมือถือนมกอดจูบข่มขืนไม่ถึงชำเรา พิจารณาเป็นตัจ ให้แบ่งชำตัวเป็น 4 ส่วน ลดส่วน 1 ให้แก่เจ้าเงิน 3 ส่วน ถ้ามันยอมด้วยไซ้ อย่าให้แบ่งทุนเขานั้นเสียเลย ถ้ามันมิสมักอยู่ด้วยแลมักจะหย่าไซ้ มันยังเกิดบุตรด้วยเจ้าเงินแลพี่น้องลูกหลานแห่งเจ้าเงินไม่ จึงให้มันส่งชำตัวจงถ้วน

¹⁴ กฎหมายตราสามดวง พระไอยการลักษณะศัวมเมีย 75 มาตราหนึ่ง “บุรุษผู้ใดจับข้อมือหยอกบุตรท่านก็ดี ขึ้นไปถึงที่นอนบุตรท่านก็ดี และจูดลากบุตรท่าน ไปจูบกอดทำชู้แลทำประการใดก็ดี ท่านว่าชานนั้นผิด ให้ลงโทษโดยโทษานุโทษ”

ลักษณะฝ่าฝืนอยู่บ้าง โดยเริ่มมีแนวความคิดในการคุ้มครองเสรีภาพทางเพศแก่ตัวผู้หญิงมากกว่าที่จะคุ้มครองเกียรติยศศักดิ์ศรีของสามีหรือบิดามารดา ส่วนการกระทำอนาจารนั้น ไม่มีปรากฏในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 เพิ่มบทบัญญัติการกระทำชำเราผิดธรรมดาโลกย์ขึ้นมา โดยในอดีตกฎหมายกำหนดให้การทำชำเราทางเวจมรรค¹⁵ และการทำชำเรากับสัตว์เดรฉานเป็นความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดา แต่ในปัจจุบันการทำชำเราทางเวจมรรคถือว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ส่วนการทำชำเรากับสัตว์เดรฉานไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หากแต่เป็นความผิดฐานทารุณกรรมสัตว์

อย่างไรก็ตาม ในสมัยรัชการที่ 5 ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้มีการปฏิรูปศาลและระบบกฎหมายไทย เพื่อให้ประเทศไทยหลุดพ้นจากข้อเสียเปรียบในเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต โดยได้ตรากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ขึ้น ถือเป็นกฎหมายอาญาฉบับแรกของไทย และถือเป็นเหตุในการขอยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตกับต่างประเทศด้วย ในส่วนความผิดเกี่ยวกับเพศปรากฏอยู่ในภาค 2 ส่วนที่ 6 ตั้งแต่มาตรา 240 ถึงมาตรา 247 ซึ่งแบ่งเป็น 2 หมวด คือหมวดที่ 1 ความผิดฐานกระทำอนาจารอันเกี่ยวแก่สาธารณชน และหมวดที่ 2 ความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา ซึ่งความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายลักษณะอาญาร.ศ.127 นั้น ประกอบด้วย ความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอาญาลักษณะอาญา ร.ศ.127 ยังให้ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราว่าเป็นการที่ชายร่วมประเวณีกับหญิงโดยขืนใจหญิง และหญิงนั้นจะต้องมิใช่ภรรยาของตน ถือเป็นความผิดสำเร็จเมื่ออวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง และนอกจากนี้ยังใช้คำว่า “ผู้ใด” แทนคำว่า “ชายใด” ซึ่ง “ผู้ใด” หมายความว่าผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้ โดยหญิงอาจเป็นตัวการร่วมก็ได้ แต่ด้วยลักษณะของการกระทำชำเราแล้วทำให้หญิงไม่อาจเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดฐานนี้ได้โดยตรง แต่หากเป็นการกระทำของชายกับชาย ชายกับหญิงโดยทางอื่นนอกจากทางอวัยวะเพศหญิง หรือคนกระทำกับสัตว์เหล่านี้ไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่เป็นความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์

ในปีพ.ศ. 2499 ประเทศไทยได้ปรับปรุงกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 อีกครั้งเป็นประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน และก็มีได้ให้คำนิยามของคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ไว้แต่

¹⁵ เวจมรรค หมายความว่า ทวารหนัก (พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554)

อย่างไร ในการวินิจฉัยก็จะยึดตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509¹⁶ ซึ่งแนวคำพิพากษาดังกล่าวนี้นี้เป็นที่ยึดถือกันมาช้านานในหมื่นกกฎหมาย ทำให้เดิมความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราจำกัดอยู่เพียงแต่เมื่ออวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเพียงกรณีเดียวเท่านั้น หากเป็นกรณีอวัยวะเพศชายล่วงล้ำทวารหนักหรือช่องปาก หรือใช้สิ่งของอื่นล่วงล้ำทางอวัยวะเพศหรือทวารหนัก แม้ว่าจะทำให้ผู้เสียหายทุกข์ทรมานเพียงใด ศาลก็จะวินิจฉัยว่าเป็นเพียงความผิดฐานอนาจารเท่านั้น

จนกระทั่งในปี 2550 ก็ได้มีการแก้ไขความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยได้บัญญัติคำนิยามของคำว่า “การกระทำชำเรา” ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง และมาตรา 277 วรรคสอง บัญญัติว่า “การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” จากบทนิยามดังกล่าวเห็นว่าไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิงก็เป็นผู้กระทำความผิดและเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้เช่นเดียวกัน ซึ่งโดยลักษณะการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามบทนิยามดังกล่าวมีความหมายกว้างขวางมาก มีได้ตั้งแต่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศสอดใส่ ไปจนถึงผู้กระทำใช้วัตถุอื่นใดสอดใส่ เป็นต้น ศาลฎีกาเคยตีความคำว่า “กระทำกับ” ที่ถือว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จ หมายถึง “การล่วงล้ำ” หรือ “การสอดใส่” ดังนั้น การที่ผู้กระทำความผิดใช้อวัยวะเพศสัมผัสกับอวัยวะเพศของผู้เสียหาย โดยยังไม่มีการล่วงล้ำหรือสอดใส่ จึงยังไม่ถือว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จ อาจเป็นเพียงการพยายามข่มขืนกระทำชำเรา หรือการกระทำอนาจารซึ่งโทษเบากว่าความหมายของการกระทำชำเราตามกฎหมายเดิม คล้ายกับที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา ฝรั่งเศส มาตรา 222-23 สอดคล้องกับความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายของหลายประเทศรวมทั้งสอดคล้องกับความหมายของการกระทำชำเราตามบริบทของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ และสอดคล้องกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509 จำเลยได้กระทำชำเราผู้เสียหายจนของลับของจำเลยได้เข้าไปในของลับผู้เสียหายราว 1 องคุลี เช่นนี้ ถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 แล้ว การที่ทางพิจารณาไม่ปรากฏว่ามีน้ำอสุจิของจำเลยออกมาอยู่ที่ของลับของผู้เสียหายหรือที่ของลับของจำเลยนั้นเป็นเรื่องสำเร็จความใคร่แล้วหรือไม่ เป็นอีกส่วนหนึ่ง ไม่เป็นเหตุให้เห็นว่า จำเลยกระทำชำเราไม่สำเร็จ หรือเป็นเพียงขั้นพยายาม.

ในปัจจุบัน ตั้งแต่วันที่ 28 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดค่านิยามของการกระทำชำเราขึ้นใหม่ โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(18) บัญญัติว่า “กระทำชำเรา หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” เห็นได้ว่า “การกระทำชำเรา” ตามกฎหมายที่แก้ไขนั้นมิชอบเขตเฉพาะกรณีการใช้ “อวัยวะเพศของผู้กระทำ” ล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น การแก้ไขบทนิยามดังกล่าวก็เพื่อให้ค่านิยามของการกระทำชำเราชัดเจนและเป็นไปตามลักษณะของการกระทำชำเราตามธรรมชาติ¹⁷ สิ่งที่เปลี่ยนไปจากกฎหมายเดิมคือ การใช้สิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นใดของผู้กระทำสอดใส่อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหายเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ อันเป็นการกระทำชำเราผิดธรรมชาติตามนุษย์ ได้ถูกย้ายไปเป็นเหตุเพิ่มโทษของการอนาจารแทน¹⁸ เรียกว่า “การกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ” ดังนั้น การที่ผู้กระทำใช้นิ้วสอดใส่อวัยวะเพศของผู้เสียหาย จากเดิมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่ปัจจุบันผู้กระทำจะมีความผิดฐานอนาจารโดยการล่วงล้ำ การแก้ไขดังกล่าวคล้ายกับกฎหมายอังกฤษ

จากลักษณะของการกระทำชำเราและลักษณะของการกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ ตามบทกฎหมายที่แก้ไขใหม่ เห็นว่าทั้งสองฐานความผิดนั้นกฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองสิ่งใดกันแน่ และอะไรคือปัจจัยในการกำหนดความผิดเพราะเมื่อพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำ ความผิดทั้งสองฐานนั้นไม่ว่าจะมุมมองใดย่อมก่อให้เกิดความเสียหายกับผู้เสียหายคู่เดียวกันทั้งสิ้น

นอกจากนี้ ยังก่อให้เกิดความสับสนเคลือบแคลงว่าอะไรคือจุดแบ่งแยกการกระทำ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจาร ในเมื่อกฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนซึ่งเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาและเป็นหลักประกันความเป็นนิติรัฐอีกด้วย

ในสภาพการณ์สังคมโลกปัจจุบันเปลี่ยนแปลงไปจากสภาพการณ์ในอดีตมาก เนื่องจากความก้าวไกลทางเทคโนโลยีและพัฒนาการทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ ประกอบทัศนคติของคนยุค

¹⁷ สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการ วุฒิสภา ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภานิติบัญญัติแห่งชาติ, “เอกสารประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ.... (ความผิดเกี่ยวกับเพศ),” (กรุงเทพมหานคร : สำนักการพิมพ์, มกราคม 2562), น. 2.

¹⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 วรรคสอง และมาตรา 277 วรรคสี่ บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำ ความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท”

ปัจจุบันคู่เคียงกัน จึงทำให้การกระทำของเราไม่ได้จำกัดเฉพาะตามความเข้าใจในอดีตแบบ
ธรรมชาติปกติเท่านั้น

เพื่อให้กฎหมายอาญาในความคิดเกี่ยวกับเพศสอดคล้องกับสภาพการณ์สังคมโลก
ปัจจุบันที่ว่าการคิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ควรมุ่งหมายที่จะคุ้มครองผู้ถูกกระทำทางเพศที่ไม่ใช่
เพียงแต่การร่วมประเวณีตามแบบพื้นฐานปกติเท่านั้น กรณีจึงเห็นควรยกเลิกบทความ
กระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278 วรรคสอง และมาตรา 279
วรรคสี่และวรรคห้า และบัญญัติให้การใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศ
หรือทวารหนักของผู้อื่นเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเช่นเดียวกับการใช้อวัยวะเพศของ
ผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น เนื่องจาก การกระทำทั้งสองลักษณะ
นี้มีระดับความร้ายแรงของอาชญากรรมเทียบเท่ากัน ทั้งนี้ เพื่อให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา
และความผิดฐานกระทำอนาจารเกิดความชัดเจนแน่นอน สอดคล้องกับหลักประกันในกฎหมาย
อาญา เคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสอดคล้องกับสภาพการณ์ตามที่บทบัญญัติของ
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาวิวัฒนาการ ประวัติ ความเป็นมา หลักการตีความในกฎหมายอาญา หลักประกันใน
กฎหมายอาญา คุณธรรมทางกฎหมาย ตลอดจนแนวคิดและทฤษฎีในการบัญญัติความผิดฐานข่มขืน
กระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจาร

2. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาผลกระทบอันเกิดจากความไม่ชัดเจนแน่นอนของกฎหมาย
อาญาเกี่ยวกับจุดแบ่งแยกการกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำ
อนาจาร ตลอดจนปัญหาผลกระทบอันเกิดจากการบัญญัติกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อหลักศักดิ์ศรี
ความเป็นมนุษย์ที่เกิดจากการเลือกปฏิบัติ

3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะของการข่มขืนกระทำชำเรากับลักษณะของการ
กระทำอนาจารตามกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ

4. เพื่อศึกษาหาแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานอนาจารโดยการล่วงล้ำ เพื่อให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทของสังคมปัจจุบันและสอดคล้องกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

กฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศได้ถูกพัฒนามาหลายยุคหลายสมัย ซึ่งในแต่ละยุคสมัยสะท้อนให้เห็นแนวความคิดที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองที่แตกต่างกันตามค่านิยมในสังคมและสภาพการณ์ ณ เวลานั้นๆ เมื่อพิจารณาคุณธรรมทางกฎหมายในแต่ละฐานความผิดแล้ว สิ่งที่ถูกกฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองคือเสรีภาพในทางเพศในส่วนบุคคล จะแตกต่างกันเพียงที่ระดับความร้ายแรงของแต่ละฐานความผิดเท่านั้น คุณธรรมทางกฎหมายที่แฝงอยู่ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือ การคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศของผู้ถูกระทำมิให้ถูกล่วงล้ำหรือสอดใส่ไม่ว่าจะเป็นวัตถุใดๆ เข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ส่วนคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานกระทำอนาจารนั้น คือ มุ่งคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศไม่ให้ผู้อื่นการกระทำการที่ไม่สมควรในทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกาย ซึ่งระดับความร้ายแรงของอาชญากรรมนั้นไม่ถึงขั้นถูกล่วงล้ำหรือสอดใส่จากสิ่งใดๆ อย่างเช่นความผิดฐานกระทำชำเรา การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 นั้น มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามของคำว่า “การกระทำชำเรา” มาตรา 1 (18) โดยบัญญัติให้การกระทำชำเรามีขอบเขตเฉพาะกรณีการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ขอบเขตของการกระทำชำเรานั้นชัดเจน และเป็นไปตามลักษณะของการกระทำชำเราตามธรรมชาติเท่านั้น ส่วนการใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมีอวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น อันเป็นการกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ได้ถูกย้ายไปเป็นเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานอนาจารที่ผู้กระทำต้องได้รับโทษหนักขึ้น ตามมาตรา 278 วรรคสอง และมาตรา 279 วรรคสี่และวรรคห้าเท่านั้น การบัญญัติค่านิยมการกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่นี้ทำให้เกิดข้อถกเถียงกันหลายประการว่าขัดแย้งกับหลักการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (General Principle of respect for human dignity) หรือไม่ นอกจากนี้ ยังขาดความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญาว่าจะไรกันแน่คือจุดแบ่งแยกระหว่างการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาและเป็นหลักประกันความเป็น

นิติรัฐ อีกทั้ง ยังไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบัน อันเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560

ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะแก้ไขกฎหมายความคิดเกี่ยวกับเพศในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยการจัดระดับความร้ายแรงของอาชญากรรมให้ตรงตามสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนตามหลักประกันในกฎหมายอาญาและให้เกิดความเท่าเทียมและสอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาความเป็นมาและวิเคราะห์ลักษณะของการข่มขืนกระทำชำเราและลักษณะของการกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน โดยศึกษาหลักประกันในกฎหมายอาญา หลักการตีความในกฎหมายอาญา คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยเน้นวัตถุประสงค์ที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานการกระทำอนาจาร ศึกษาเฉพาะประเด็นขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรม เสรีภาพทางเพศ ความบริสุทธิ์ในทางเพศ ความเท่าเทียมกันในทางเพศ การกระทำชำเราตามธรรมชาติและการกระทำชำเราที่ผิดธรรมดา ความเสียหายต่อร่างกาย ชื่อเสียง เกียรติยศ สภาพจิตใจของผู้ถูกระทำ การกระทำไม่สมควรในทางเพศ โดยศึกษาเปรียบเทียบกับลักษณะของการข่มขืนกระทำชำเราและลักษณะของการกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส และญี่ปุ่น เป็นต้น เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายไทยให้เหมาะสมสอดคล้องกับนานาอารยประเทศ

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

การดำเนินการวิจัยในเรื่องนี้ ทำการศึกษาและค้นคว้าเชิงเอกสาร จากแหล่งข้อมูลต่างๆ อาทิ ประมวลกฎหมาย บทความ ตำรา ความเห็นนักวิชาการ คำพิพากษาศาลฎีกา และเอกสารที่เกี่ยวข้องเพื่อนำมาวิเคราะห์และสรุปข้อมูล เพื่อให้เกิดองค์ความรู้อันนำมาซึ่งแนวทางในการปรับปรุง แก้ไขบทบัญญัติกฎหมายต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

1. เพื่อให้ทราบถึงวิวัฒนาการ ประวัติ ความเป็นมา หลักการตีความในกฎหมายอาญา หลักประกันในกฎหมายอาญา คุณธรรมทางกฎหมาย ตลอดจนแนวคิดและทฤษฎีในการบัญญัติ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจาร

2. เพื่อให้ทราบถึงปัญหาผลกระทบอันเกิดจากความไม่ชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา เกี่ยวกับจุดแบ่งแยกการกระทำ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจาร ตลอดจนปัญหาผลกระทบอันเกิดจากการบัญญัติกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็น มนุษย์ที่เกิดจากการเลือกปฏิบัติ

3. เพื่อให้ทราบถึงการวิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะของการข่มขืนกระทำชำเรากับลักษณะของ การกระทำอนาจารตามกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ

4. เพื่อให้ทราบถึงแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติในความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราและความผิดฐานอนาจารโดยการถ่วงถ่วง เพื่อให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทของ สังคมปัจจุบันและสอดคล้องกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา

บทที่ 2

วิวัฒนาการ แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับลักษณะการกระทำชำเรา กับลักษณะการกระทำอนาจาร

อาชญากรรมทางเพศเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นมาอย่างช้านาน ในสังคมไทยที่นับวันยังมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นและทวีความรุนแรง ก่อให้เกิดการบัญญัติกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศเพื่อใช้เป็นมาตรการในการแก้ไขปัญหาอาชญากรรม ซึ่งกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นได้ถูกพัฒนามาหลายยุคหลายสมัย ในแต่ละยุคสมัยก็สะท้อนให้เห็นแนวคิดในการบัญญัติกฎหมายที่แตกต่างกันตามสภาพการณ์ สำหรับประเทศไทยนับอดีตจนถึงปัจจุบันได้แบ่งความผิดเกี่ยวกับเพศออกเป็นสามฐานความผิดใหญ่ ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดา มนุษย์ และความผิดฐานกระทำอนาจาร ในส่วนของความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดา มนุษย์นั้น ได้ถูกยกเลิกไปตั้งแต่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งเมื่อพิจารณาคุณธรรมทางกฎหมาย ความผิดเกี่ยวกับเพศในแต่ละฐานความผิดแล้ว สิ่งที่ถูกหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง คือ เสรีภาพในทางเพศในตัวบุคคลเหมือนกัน คงแตกต่างกันเพียงแค่ระดับความร้ายแรงของอาชญากรรมเท่านั้น ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอทำการศึกษาวิวัฒนาการ แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับลักษณะการกระทำชำเรากับลักษณะการกระทำอนาจาร รายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1 แนวทางในการกำหนดความรับผิดและโทษทางอาญา

2.1.1 แนวทางในการกำหนดความรับผิดในทางอาญา

แนวคิดในการบัญญัติความผิดอาญามีขึ้นเพื่ออธิบายว่าการกระทำใดควรเป็นความผิดอาญา ในช่วงแรกเริ่มใช้เกณฑ์ทางศีลธรรม¹⁹ กล่าวคือ การใดเป็นการผิดศีลธรรม การนั้นคือการกระทำที่ผิดกฎหมายอาญาและมีความสมควรลงโทษ อย่างไรก็ตาม การใช้เกณฑ์ดังกล่าวสามารถ

¹⁹ ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2563), น. 25, อ้างใน อัจฉริยา ชุตินันท์, “หลักการกำหนดความผิดอาญาและหลักการกำหนดโทษในการตรากฎหมาย,” วารสารสหทัยปริทัศน์, ปีที่ 35, ฉบับที่ 3, (2564) : น. 30.

ใช้ได้อย่างดีกับสังคมพื้นฐานที่ยังไม่มีผู้คนอยู่มากนัก เพราะการใช้กฎหมายเทคนิคเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยยังไม่มีผลจำเป็นในยุคนั้น²⁰ ดังนั้น การผิดศีลธรรมกับกฎหมายจึงเป็นเรื่องเดียวกัน²¹

2.1.1.1 แนวคิดในการกำหนดความผิดอาญาในปัจจุบัน

แนวคิดในการกำหนดความผิดอาญาในปัจจุบัน จะพิจารณาจากความสงบเรียบร้อยของสังคม โดย Bernard Bouloc กล่าวว่า “ปรากฏการณ์อาชญากรรม คือการกระทำที่ถูกกำหนดและถูกลงโทษโดยกฎหมายอันเนื่องมาจากความเสียหายที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม (ordre social)”²² แนวคิดนี้มีความชัดเจนในตัวเองในเรื่องการยอมรับอำนาจนิติบัญญัติที่เป็นผู้กำหนดฐานความผิดและบทลงโทษ พร้อมกับให้แนวทางว่าจะต้องเป็นการลงโทษการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม²³

การกำหนดความผิดอาญาของ Packer ได้ให้หลักการไว้ 6 ประการ ในการพิจารณาว่าการกระทำเรื่องนั้นควรเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ดังนี้²⁴

- (1) การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น
- (2) ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่างๆ
- (3) การปราบปรามการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญานั้นจะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป

²⁰ อัจฉริยา ชูตินันท์, “หลักการกำหนดความผิดอาญาและหลักการกำหนดโทษในการตรากฎหมาย,” วารสารสุทธิปริทัศน์, ปีที่ 35, ฉบับที่ 3, (2564) : น. 30.

²¹ ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 26.

²² E. Durkheim, De la division du travail social, 12 edition, 1910, pp. 35 et s. cite par Jean Pradel, Droit Penal General, op.cit., p. 21. อ้างใน ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, พิมพ์ครั้งที่ 3(กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2563), น. 27.

²³ เพิ่งอ้าง, น. 27.

²⁴ Packer, H. L., The Limits of the Criminal Sanction, (California: Stanford University Press, 1968), p. 296. อ้างใน อัจฉริยา ชูตินันท์, “หลักการกำหนดความผิดอาญาและหลักการกำหนดโทษในการตรากฎหมาย,” วารสารสุทธิปริทัศน์, ปีที่ 35, ฉบับที่ 3, (2564) : น. 31.

(4) หากเป็นความผิดอาญาแล้วจะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน

(5) การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำความผิดจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ

(6) ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่นๆ แล้ว

2.1.1.2 แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์

นิติเศรษฐศาสตร์²⁵ (economic analysis of law) เป็นแนวคิดที่นำหลักพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์มาอธิบายกฎหมาย กำหนดว่าหากรัฐจะกำหนดความผิดอาญา รัฐจะต้องคำนึงถึง “ผลประโยชน์” (benefits) และ “ต้นทุน” (costs) หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ทางเศรษฐศาสตร์ การกำหนดว่าพฤติกรรมใดควรเป็นความผิดทางอาญา จะต้องคำนึงถึง “ผลประโยชน์ของสังคม” (social benefits) และ “ต้นทุนของสังคม” (social costs) เป็นสำคัญ กล่าวคือ การกระทำใดที่ได้ประโยชน์สังคมมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสังคม การกระทำนั้นไม่ควรเป็นความผิดอาญาดังนั้น การกระทำที่สร้างความเสียหายต่อสังคมมากกว่าผลประโยชน์ที่สังคมได้รับ การกระทำนั้นจะถูกกำหนดให้เป็นความผิดอาญา

แนวคิดนี้กำหนดให้รัฐจะกำหนดความผิดทางอาญาเมื่อการกระทำนั้นสร้างต้นทุนให้มากกว่าประโยชน์สังคม และรัฐจะไม่กำหนดความผิดอาญาเมื่อการกระทำนั้นสร้างประโยชน์ให้กับสังคมมากกว่าต้นทุน กล่าวคือ

(1) การบัญญัติความผิดเมื่อต้นทุนสังคมมากกว่าประโยชน์สังคม

การกระทำใดที่สร้างต้นทุนสังคมมากกว่าประโยชน์สังคม การกระทำนั้นจะถูกกำหนดเป็นความผิดอาญา ในฐานความผิดอาญาทั่วไป เช่น การฆ่าคนตายโดยเจตนา การลักทรัพย์ เป็นต้น ซึ่งการกระทำผิดเหล่านี้ สังคมไม่ได้ประโยชน์ และสังคมเสียหายอย่างมากจากการกระทำนั้น จึงถูกกำหนดเป็นความผิด นอกจากนี้ความผิดอาญาทางเทคนิค เช่น ยาเสพติด สังคมไม่ได้ประโยชน์จากการค้ายาเสพติด และสังคมจะเสียหายจากพฤติกรรมค้ายาเสพติด จึงกำหนดเป็นความผิดอาญา

²⁵ Steven Shavell, “Criminal law and the optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent,” in Jules Coleman and Jeffrey Lange, Law and economics, volume 1, Aldershot, Dartmouth, 1992, p. 472. อ้างใน ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 28.

(2) การไม่บัญญัติความผิดเมื่อประโยชน์สังคมมากกว่าต้นทุนสังคม

การกระทำใดที่สร้างประโยชน์สังคมมากกว่าหรือเท่ากับต้นทุนทางสังคม การกระทำนั้นจะไม่ถูกกำหนดเป็นความผิดอาญา ได้แก่ การผิดสัญญาทางแพ่งแม้จะเป็นการก่อให้เกิดต้นทุนกับเจ้าหนี้ในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน แต่ไม่ก่อให้เกิดต้นทุนหรือประโยชน์สังคม เพราะเป็นความผูกพันของคู่สัญญาสองคน ผิดสัญญาทางแพ่งจึงไม่เป็นความผิดอาญา²⁶

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 214²⁷ ลงโทษผู้ประพฤติดัวเป็นปกติธุระจัดหาที่พำนัก ช้อนเร้นให้กับผู้กระทำความผิดในภาค 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่ในวรรค 2 ก็ยกเว้นโทษให้กับผู้กระทำความผิดที่ให้ที่พำนักกับญาติสนิทอื่นได้แก่ บิดา มารดา บุตร สามีหรือภริยาของผู้กระทำ เหตุผลเพราะการให้ที่พำนักช้อนเร้นผู้กระทำความผิดเป็นการสร้างต้นทุนให้กับสังคม แต่เป็นการกระทำเชิงรับ (passive) ที่น่าจะสร้างความเสียหายน้อยกว่าการกระทำเพื่อความกตัญญูซึ่งเป็นประโยชน์ แต่อย่างไรก็ดี หากผู้ให้ที่พำนักไปร่วมกระทำความผิดในฐานะเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนซึ่งเป็นญาติสนิทที่ใกล้ชิดการกระทำดังกล่าวเป็นลักษณะเชิงรุก (active) ซึ่งสร้างความเสียหายมากกว่าความกตัญญู²⁸

2.1.2 แนวทางในการกำหนดโทษทางอาญา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77²⁹ วางหลักการใหม่ในการจัดทำกฎหมายฉบับใหม่ขึ้นใช้ โดยกำหนดให้รัฐนั้นพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าจำเป็น ซึ่งหาก

²⁶ ICCPR, Article 11 “No one shall be imprisoned merely on the ground of inability to fulfil a contractual obligation,” อ้างใน ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาระดับสูง, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 29.

²⁷ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 214 “ผู้ใดประพฤติดินเป็นปกติธุระเป็นผู้จัดหาที่พำนัก ที่ช้อนเร้น หรือที่ประชุมให้บุคคลซึ่งตนรู้ว่าเป็นผู้กระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในภาค 2 นี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

²⁸ เพิ่งอ้าง, น. 31.

²⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2560 มาตรา 77 บัญญัติว่า “รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ในภาคหน้ากฎหมายที่กำลังใช้บังคับอยู่นั้นหมายความว่าจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิต หรือการประกอบอาชีพ ก็ให้ยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายโดยไม่ชักช้า เพื่อไม่ให้เป็นการแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่าย ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องตรากฎหมายใหม่ แก้ไขเพิ่มเติมหรือปรับปรุง หรือยกเลิกกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ เปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชนและนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายฉบับใดมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายในรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ทั้งยังได้กำหนดมาตรการควบคุมเนื้อหาของกฎหมายโดยให้มีระบบอนุญาต ระบบคณะกรรมการ และการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่าที่จำเป็น ให้มีการกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดโทษอาญาในกฎหมายพึงทำได้เฉพาะความผิดร้ายแรง

โดยโทษทางอาญาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 บัญญัติว่า “โทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิดมี ดังนี้

- (1) ประหารชีวิต
- (2) จำคุก

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายในรอบระยะเวลาที่กำหนดโดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วยเพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่กำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง”

(3) กักขัง

(4) ปรับ

(5) ริบทรัพย์สิน”

เห็นได้ว่าโทษทางอาญาถือว่าเป็นโทษที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมากที่สุด ในบรรดาโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอื่น ๆ เนื่องจากโทษประหารชีวิต จำคุก หรือการกักขังนั้น มุ่งกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญา ส่วนการปรับ และการริบทรัพย์สินนั้น เป็นการลงโทษในทางทรัพย์สิน เป็นมาตรการเสริมในการลงโทษทางอาญาเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงวางหลักการเกี่ยวกับการกำหนดโทษในทางอาญาไว้เฉพาะ “รัฐพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง”³⁰ เพื่อให้ฝ่ายที่มีหน้าที่ออกกฎหมายใช้เป็นกรอบในการตรากฎหมายและในการกำหนดโทษอาญา

2.1.2.1 ความหมาย

นักวิชาการด้านกฎหมายได้อธิบายความหมายของ “โทษอาญา” โดยศาสตราจารย์ ฮาร์ท³¹ แห่งมหาวิทยาลัยออกซ์ฟอร์ด ศาสตราจารย์ เบ็น³² และ ศาสตราจารย์ ฟลู³³ อธิบายว่า โทษทางอาญาจะต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ 5 ประการ

³⁰ มาตรา 77 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2560

³¹ H.L.A.Hart, “Punishment and Responsibility”, (London : Oxford University Press), 1982, pp. 4-5. อ้างใน สหชน รัตน์ไพจิตร, “ความประสงค์ของการ ลงโทษอาญา : ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), น. 4-6.

³² S.I Benn, An Approach to the Punishment in Freedom and Responsibility ed by Herbert Morris, (California: Stanform University Press 1961), p.517 5 อ้างใน สห ชน รัตน์ไพจิตร, “ความประสงค์ของการ ลงโทษอาญา : ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), น. 4-6.

³³ A. Flew, Definition of Punishment in Contemporary Punishment ed, By Rudolph J. Gerber and Patrick D, (McAnany Notre Dame: University of Notre Dame Press 1972), pp. 31-37 5 อ้างใน สหชน รัตน์ไพจิตร, “ความประสงค์ของการ ลงโทษอาญา : ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), น. 4-6.

(1) โทษจะต้องก่อให้เกิดความทุกข์ หมายถึง ผู้ได้รับโทษจะต้องได้รับความทุกข์ อย่างไม่อย่างหนึ่ง อาจเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพทางร่างกาย การได้รับความเจ็บปวดทางกาย (pain) หรือการสูญเสียทรัพย์สิน หรืออื่น ๆ

(2) โทษจะต้องใช้ต่อผู้กระทำผิดกฎหมาย หมายถึง ผู้กระทำผิดกฎหมายเท่านั้นที่จะต้องถูกลงโทษ จะนำบุคคลอื่นที่มีได้กระทำความผิดมารับโทษมิได้

(3) โทษจะต้องมีขึ้นเมื่อมีการกระทำผิดกฎหมาย หมายถึง ต้องมีการกระทำผิดกฎหมายเสียก่อน จึงจะลงโทษได้ หากไม่มีการกระทำผิดกฎหมายก็ลงโทษไม่ได้

(4) โทษต้องเป็นวิธีการซึ่งคนใดคนหนึ่งนอกจากตัวผู้กระทำผิดนำมาใช้กับผู้กระทำผิดนั้น หากผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลนั้นเอง ไม่นับเป็นโทษทางอาญา

(5) โทษต้องเกิดจากผู้มีอำนาจที่จะกระทำให้เกิดผลร้ายนั้นขึ้นมาได้ หมายถึง โทษนั้นต้องผ่านกระบวนการตามกฎหมาย และผู้มีอำนาจตามกฎหมายจึงจะเป็นผู้ให้ผลร้ายได้

ศาสตราจารย์ โยฮันส์ แอนเดเนิส³⁴ (Johannes Andenaes) อธิบายว่า โทษอาญา จะต้องประกอบด้วยลักษณะสำคัญ 3 ประการ

(1) โทษเป็นผลร้ายที่รัฐนำมาใช้กับผู้กระทำผิด ผลร้ายที่จะถือว่าเป็นโทษอาญาตามความหมายนี้จะต้องเป็นโทษที่รัฐซึ่งมีอำนาจลงโทษเท่านั้น

(2) โทษต้องมีขึ้นเมื่อมีการกระทำผิดกฎหมาย หากไม่มีการกระทำผิดกฎหมายแล้วได้รับผลร้าย ก็ไม่ถือว่าเป็นโทษอาญาตามความที่กล่าวมานี้

(3) โทษเป็นผลร้ายซึ่งต้องการตอบแทนให้ผู้กระทำผิดเข้าใจว่าเป็นผลร้ายที่ได้รับจากรัฐโดยตรงจากการกระทำผิด ไม่ใช่ผลร้ายที่เกิดขึ้นโดยอ้อม

ศาสตราจารย์ รอส³⁵ (ALF Ross) เห็นว่า โทษอาญา เป็น “การตอบสนองของสังคม” ซึ่งมีลักษณะสำคัญ ดังนี้

³⁴ Johannes Andenaes, *The General Part of the Criminal Law of Norway*, (London: Sweet & Maxwell Limited), 1965, pp.8-11. อ้างใน สหชน รัตนไพจิตร, “ความประสงค์ของการ ลงโทษอาญา : ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), น. 6-7.

- (1) จะต้องเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำผิดตามกฎหมาย
- (2) จะต้องถูกกำหนดขึ้นและใช้โดยผู้มีอำนาจเท่านั้น
- (3) จะต้องเป็นผลร้ายต่อผู้กระทำผิด
- (4) จะต้องเป็นผลร้ายที่แสดงถึงการตำหนิผู้กระทำผิดว่าผู้นั้นได้กระทำความผิดที่ไม่สมควร

หากผลร้ายนั้นไม่ต้องการการตำหนิ ก็ไม่ถือเป็นโทษ

ความหมายของโทษอาญา ตามนัยแห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยนั้น พิจารณาจากความหมายของโทษอาญา ตามที่บัญญัติในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ มาตรา 2 บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

จะเห็นได้ว่า มาตรา 2 นั้นได้กล่าวถึงคำว่า “โทษในทางอาญา” ด้วย ซึ่งกล่าวโดยสรุปว่า บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อ (1) ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้น บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ประกอบกับ (2) โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

เห็นได้ว่าเมื่อเราพิจารณาตามตัวบทกฎหมายอาญาดังกล่าวแล้ว อธิบายได้ว่า โทษทางอาญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อ

- (1) มีการกระทำผิด
- (2) การกระทำที่จะเป็นความผิดนั้น ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด
- (3) การกระทำที่จะเป็นความผิดนั้น ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด และยังคงมีบทกำหนดโทษไว้ด้วย

³⁵ ALF ROSS, “On Guilt, Responsibility and Punishment, (London: Steven & Sons Limited), 1975, p.36. อ้างใน สหชน รัตนไพจิตร, “ความประสงค์ของการ ลงโทษอาญา : ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), น. 7-8.

2.1.2.2 แนวคิดและทฤษฎีการลงโทษ

การลงโทษ³⁶ หมายถึง การกระทำที่เป็นผลร้ายแก่ผู้ที่ต้องรับโทษซึ่งอาจจะเป็นผลร้ายต่อร่างกาย จิตใจ หรือทรัพย์สิน ซึ่งการลงนั้นเป็นเสมือนเครื่องมือของการตัดสินของสาธารณะซึ่งประกอบด้วยประเด็นสำคัญคือ การลงโทษ ได้แก่ วิธีการที่เกี่ยวข้องกับความเจ็บปวดหรือการทรมานซึ่งเป็นผลจากการตัดสินโดยค่านิยมบางอย่างของสังคม

(1) วัตถุประสงค์ของการลงโทษ

ในการลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น นักทฤษฎีวิทยาได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษผู้กระทำความผิดว่ามีอยู่ 5 ประการด้วยกัน ได้แก่ การลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่ยับยั้งการกระทำความผิด การลงโทษเพื่อเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม การลงโทษเพื่อเป็นการแก้ไขผู้กระทำความผิด และการลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันอาชญากรรม เป็นต้น อธิบายได้ดังต่อไปนี้

ก. การลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory)

การลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนเป็นวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่เก่าแก่ที่สุด เป็นทฤษฎีที่เริ่มต้นจากความสำนึกของมนุษย์ที่จะตอบสนองต่อการกระทำอย่างหนึ่ง เพื่อให้แต่ละคนได้รับผลแห่งกรรมของตนในลักษณะของการแก้แค้น³⁷ สมัยโบราณ เมื่อมีการกระทำความผิดขึ้น เรามักใช้วิธีแก้แค้นเพื่อตอบแทนกับผู้กระทำผิด โดยถือหลักว่า เมื่อบุคคลใดกระทำความผิด หรือทำให้ผู้อื่นเดือดร้อนย่อมต้องรับผลตอบแทนจากการกระทำนั้นอย่างสาสมโดยใช้หลัก “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” หรืออาจเรียกว่า “an eye for an eye, a tooth for a tooth” ซึ่งการลงโทษด้วยวิธีนี้เป็น การแก้แค้นตอบแทนผู้กระทำความผิดโดยไม่มีข้อกำหนดหรือกฎเกณฑ์แน่นอน ขึ้นอยู่กับความพอใจ

³⁶ ผจงจิตต์ อธิคมนันท์, สังคมวิทยาว่าด้วยอาชญากรรมและการลงโทษ, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2525), น. 126.

³⁷ นันทิ จิตสว่าง, หลักทฤษฎีวิทยา : หลักการวิเคราะห์ระบบงานราชทัณฑ์, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2540), น. 24. อ้างใน มนสิชา บุณนาท, การกำหนดโทษทางเลือกรับกับการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดวิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, (คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556), น. 16.

เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ซึ่งปรากฏว่าการลงโทษนั้นค่อนข้างรุนแรงและเกินขอบเขต มีความทารุณโหดร้าย ปราศจากมนุษยธรรม³⁸

ในปัจจุบัน การลงโทษโดยถือหลักการแก้แค้นทดแทน ได้วิวัฒนาการไปตามแนวความคิดทางอาชญาวิทยาสมัยใหม่ คือหลีกเลี่ยงเลิกใช้วิธีการทารุณทรมาณร่างกาย ใช้โทษจำคุกแทน มากหรือน้อยขึ้นอยู่กับลักษณะความหนักเบาแห่งการกระทำผิด³⁹ ให้ชุมชนได้เข้ามามีบทบาทในการแก้แค้นผู้กระทำความผิด โดยมีกฎหมายเป็นเครื่องมือในการลงโทษผ่านบทลงโทษต่าง ๆ

ข. การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่ยับยั้งการกระทำความผิด (Deterrence)

ในการลงโทษผู้กระทำความผิดมีวัตถุประสงค์ที่น่าจะเห็นได้ชัดเจน คือเพื่อยับยั้งการกระทำความผิดซ้ำของผู้นั้นและเพื่อให้ผู้อื่นเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเอาเยี่ยงอย่าง ซึ่งวัตถุประสงค์นี้เรียกว่า “การยับยั้งโดยทั่วไป” (general deterrence) อาทิ การนำโทษประหารชีวิตมาใช้ นั่น เชื่อว่า วิธีประหารชีวิตเป็นการยับยั้งผู้อื่นมิให้เอาเยี่ยงอย่างในการประกอบอาชญากรรม โดย เซอร์ เจมส์ สตีเฟน กล่าวไว้ว่า ไม่มีบทลงโทษอื่นใดที่จะมีผลยับยั้งบุคคลมิให้กระทำความผิดอาญาเท่ากับโทษประหารชีวิต⁴⁰

นอกจากนี้ยังมีวิธีการลงโทษประเภทต่าง ๆ อีก เช่น การใช้ชื่อ การเขียน การจำคุก การให้นักโทษทำงานหนัก เป็นต้น การลงโทษด้วยวิธีต่าง ๆ เหล่านี้ เกี่ยวเนื่องกับหลักธรรมชาติที่ว่ามนุษย์ปรารถนาที่จะได้รับความสุขสบายและหลีกเลี่ยงความทุกข์ทรมาน ฉะนั้น การลงโทษจึงก่อให้เกิดการยับยั้งอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า “การยับยั้งเป็นพิเศษ” (Special deterrence) โดยเป็นการลงโทษเพื่อให้เป็นบทเรียนให้ผู้กระทำความผิดผู้สำนึกผิดและเข็ดหลาบไม่คิดกระทำความผิดอีกในอนาคต ซึ่งการยับยั้งเป็นพิเศษนี้ เพ่งเล็งเฉพาะตัวผู้กระทำความผิดเพื่อให้เกิดความกลัวต่อโทษและไม่กล้ากระทำความผิดในอนาคตอีก⁴¹

³⁸ อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2563), น. 225.

³⁹ เพิ่งอ้าง, น. 226.

⁴⁰ เพิ่งอ้าง, น. 226.

⁴¹ เพิ่งอ้าง, น. 227.

ค. การลงโทษเพื่อเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม

กล่าวคือ วัตถุประสงค์ของการลงโทษโดยวิธีประหารชีวิต จำคุก กักขัง ถือเป็นการตัดบุคคลผู้กระทำความผิดออกจากสังคม โดยเฉพาะการลงโทษประหารชีวิต ถือเป็นการตัดบุคคลผู้กระทำความผิดออกจากสังคมอย่างถาวร ส่วนการลงโทษจำคุก กักขัง เป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเพียงชั่วระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อให้สมาชิกในสังคมปลอดภัยจากอาชญากรรม⁴²

ง. การลงโทษเพื่อเป็นการแก้ไขผู้กระทำความผิด

การลงโทษสมัยโบราณมุ่งแก้แค้นแก้แค้น และทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความกลัวจนจำ ดังนั้น วิธีการลงโทษจึงโหดร้ายทารุณ แต่ในปัจจุบัน มนุษย์เห็นความมีคุณค่าของการอยู่ร่วมกัน และการพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกันมากขึ้น โดยคำนึงถึงหลักศีลธรรมและหลักมนุษยธรรมมากยิ่งขึ้น และเป็นที่เห็นพ้องต้องกันได้ว่าการลงโทษแต่เพียงอย่างเดียวไม่อาจทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตนเป็นคนดีได้ แต่กลับเป็นการเสริมสร้างสันดานหยาบกระด้างยิ่งขึ้น หรือเพิ่มความเหี้ยมโหดทารุณ กักขฬะแก่ผู้กระทำความผิดให้เพิ่มมากยิ่งขึ้นไปอีก ซึ่งเห็นว่าไม่เป็นผลดีต่อคนในชุมชน หรือสังคมแม้แต่น้อย และไม่อาจเป็นหลักประกันได้ว่าจะไม่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นซ้ำอีก⁴³

อย่างไรก็ตามการควบคุมตัวนักโทษ โดยการจำคุกย่อมเป็นที่คาดหมายได้ว่า สักวันเค้าเหล่านั้น ก็ต้องพ้นโทษได้รับการปลดปล่อยเค้าสู่สังคมอีก จึงเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าถ้าจะให้ผู้กระทำความผิดกลับตนเป็นพลเมืองดีของสังคมต่อไป จะลงโทษแต่เพียงอย่างเดียวย่อมไม่ได้ จะต้องหาวิธีการต่างๆ เพื่อแก้ไขให้นักโทษกลับตนเป็นพลเมืองดีต่อไปด้วย จึงเกิดวิธีการปฏิบัติในรูปแบบต่าง ๆ แก่ผู้ต้องขังหรือนักโทษในเรือนจำที่ต้องจำคุกอยู่ เช่น

(1) พยายามหลีกเลี่ยงไม่ให้ผู้กระทำความผิดประสบกับสิ่งที่ทำลายคุณลักษณะประจำตัวของเขา ทั้งนี้ เพราะเมื่อผู้กระทำความผิดได้รับโทษทำให้เขาได้รับความอับอายและไม่สามารถกลับเข้าสู่สังคมได้โดยปกติ ดังนั้น การลงโทษจึงต้องพยายามหลีกเลี่ยงสิ่งเหล่านี้ เช่น ไม่ลงโทษด้วยวิธีการประจาน ซึ่งเป็นการประกาศให้คนอื่นรู้ว่าไม่ควรเลียนแบบอย่างผู้กระทำความผิด หรือหาสถานที่ควบคุมตัวแทนโทษจำคุก เช่น การใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ควบคุมตัวผู้กระทำความผิดไว้ในที่อยู่อาศัยของผู้กระทำความผิดเอง เป็นต้น

⁴² อัจฉริยา ชุตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 228.

⁴³ เพิ่งอ้าง, น. 229.

(2) พยายามหลีกเลี่ยงโทษจำคุกระยะสั้น โดยหันมาใช้วิธีการอย่างอื่นแทน สำนักกฎหมายอาญาวิทยาลัยใหม่ได้เสนอให้ยกเลิกการจำคุกระยะสั้น เพราะเหตุผล 2 ประการ

(2.1) การลงโทษจำคุกระยะสั้นไม่ทำให้บรรล่วัตถุประสงค์ในการดัดแปลง ไม่สามารถเปลี่ยนนิสัยผู้กระทำความผิดให้กลายเป็นคนดีได้

(2.2) การลงโทษจำคุกระยะสั้นกลับทำให้ผู้ถูกลงโทษกลายเป็นผู้ร้ายเพราะได้ชื่อว่าต้องโทษจำคุกมาแล้ว ทำให้เข้าสู่สังคมลำบาก

(3) การลงโทษต้องลงโทษให้เหมาะสมกับบุคคล เนื่องจากความหนักเบาของการลงโทษขึ้นอยู่กับระยะเวลาในการแก้ไขของแต่ละคน ไม่ได้ขึ้นอยู่กับความหนักเบาของการกระทำความผิด ดังนั้น จึงต้องลงโทษให้เหมาะสมกับตัวบุคคลว่าเขาควรได้รับการแก้ไขเท่าไร นอกจากนั้นยังต้องแยกประเภทนักโทษออกจากกันว่าใครจะปรับปรุงแก้ไขได้ยากง่ายเพียงไรไม่ให้รวมอยู่ในที่เดียวกันเพื่อไม่ให้ผู้ปรับปรุงแก้ไขได้ง่ายได้รับสิ่งไม่ดีจากผู้ที่แก้ไขได้ยาก เมื่อผู้กระทำความผิดได้รับการแก้ไขดีแล้วก็ไม่ต้องลงโทษต่อ เนื่องจากถ้าหากลงโทษผู้นั้นต่อไปก็ไม่มีประโยชน์ ในกรณีผู้กระทำความผิดโดยรุนแรงแต่กลับตัวแก้ไขได้เร็วก็อาจถูกลงโทษน้อยกว่าผู้ซึ่งกระทำผิดเบาแต่กลับตัวแก้ไขได้ลำบากก็ได้ เช่น การพักการลงโทษ เป็นต้น

(4) การให้มีการปรับปรุงผู้ต้องโทษในระหว่างถูกคุมขัง โดยการฝึกอาชีพ ให้การศึกษาอบรมทางศาสนาหรือศีลธรรม ทั้งนี้ เพื่อว่าเมื่อได้รับโทษแล้วพอพ้นโทษออกไปแล้วจะได้ไม่กระทำความผิดซ้ำอีก⁴⁴

ทั้งนี้ เพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดีโดยเกิดความสำนึกผิด และพร้อมที่จะกลับไปอยู่ในสังคมและประกอบอาชีพเลี้ยงตนเองได้เมื่อพ้นโทษ

จ. การลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันอาชญากรรม

การลงโทษมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันให้ชุมชน หรือสังคมนั้นปลอดภัยจากอาชญากรรม และเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก และได้แก้ไขฟื้นฟูในระหว่าง

⁴⁴ สหทรน รัตน์ไพจิตร, ความประสงค์ของการลงโทษอาญา ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2527), น. 61-62.

ต้องโทษพร้อมทั้งให้การศึกษาฝึกอาชีพเมื่อพ้นโทษแล้วจะได้กลับตนและประกอบอาชีพในทางสุจริต เพื่อเป็นแนวทางป้องกันมิให้อาชญากรรมเกิดขึ้นอีก⁴⁵

“การป้องกันสังคม”⁴⁶ หมายถึง การปกป้องคุ้มครองสังคมที่เพียบพร้อมบริบูรณ์ด้วยปัจจัยจำเป็นอย่างยิ่งต่อการรณรงค์กับอาชญากรรมโดยยึดหลักความถูกต้อง ชอบธรรม ซึ่งการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมสามารถแบ่งเป็นขั้นตอน⁴⁷ ดังนี้

(1) วางแผนในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม

ก. เร่งรัดเจ้าหน้าที่ป้องกันและปราบปรามโจรผู้ร้าย

ข. ขอความร่วมมือจากราชฎาอาสาสมัคร

ค. ควบคุมการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ในการป้องกันอาชญากรรม

ง. สอดส่องดูแลการปฏิบัติงานพร้อมทั้งความประพฤติ

จ. จัดวางสายงานการให้ข่าวกรองที่เชื่อถือได้

ฉ. ให้มีการประเมินผล

(2) ให้การศึกษาแก่ประชาชนในเรื่องการป้องกันทรัพย์สินและความปลอดภัย

(3) จริยธรรมของผู้ปฏิบัติงานในกระบวนการยุติธรรม

(4) การประสานงานของสถานบันที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรม

กล่าวโดยสรุป การลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันอาชญากรรมมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรม ซึ่งการปกป้องคุ้มครองก็ควรได้รับความร่วมมือจากหลายฝ่ายด้วยกัน สังคมจึงจะปลอดภัยจากอาชญากรรม

2.1.2.3 หลักการ แนวคิดและทฤษฎีในการกำหนดโทษทางอาญา

สมัยโบราณ ก่อนศตวรรษ 18 ในยุโรปยังไม่มีกฎหมายที่เหมือนกัน ในสมัยนั้นยึดหลักศาสนา มีความเชื่อว่าพระสันตะปาปาเป็นตัวแทนของพระเจ้า ศาสนาจึงเข้ามามีอิทธิพลในการตัดสินลงโทษบุคคล โดยใช้ตุลาการศาสนาในการพิจารณาพิพากษาตัดสินความรับผิดชอบ

⁴⁵ อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 230.

⁴⁶ พรชัย จันดีม รัชชัย ปิตะนีละบุตร และอัศวิน วัฒนวิบูลย์, ทฤษฎีและงานวิจัยทางอาชญาวิทยา, (กรุงเทพมหานคร : บั๊คเน็ต, 2543), น. 39.

⁴⁷ อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 230.

บุคคล ใช้ระบบไต่สวนด้วยวิธีทรมาน ป่าเถื่อน และทารุณโหดร้าย เพื่อให้ผู้ถูกกล่าวหายอมรับสารภาพ จึงมักพบว่าบ่อยครั้งที่ผู้ถูกกล่าวหาถึงแก่ความตายก่อนที่กระบวนการพิสูจน์ความผิดจะสิ้นสุดลง

เห็นได้ว่ากฎหมายในสมัยนั้นไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอน ทำให้ตุลาการศาสนาใช้อำนาจตัดสินความผิดและลงโทษบุคคลอย่างไร้ขอบเขต การตัดสินคดีขึ้นอยู่กับความรู้สึกของคณะตุลาการศาสนา เกิดความอคติ ลำเอียง ชนชั้นต่ำมักถูกลงโทษสถานหนัก แต่ชนชั้นสูงมักต้องโทษสถานเบา หรือไม่ต้องรับผิด หรือไม่ต้องรับโทษในที่สุด ดังนั้น กล่าวได้ว่าก่อนศตวรรษที่ 18 การลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิดมุ่งที่การแก้แค้นทดแทน (Retribution) แต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น ไม่เป็นธรรมและขาดความเสมอภาค

ต่อมาศตวรรษที่ 18 มีการเริ่มต้นในการปฏิรูปกฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาขึ้น โดยได้มีการรวมตัวกันของนักอาชญวิทยาหลายท่าน จัดตั้งเป็นสำนักและแนวความคิดทางอาชญวิทยา (School of Thought) ขึ้น โดยมีชื่อว่า สำนักและแนวความคิดทางอาชญวิทยาริมหรือดั้งเดิม⁴⁸ (Classical School of Criminology) ซึ่งถือว่าเป็นสถาบันทางอาชญวิทยาแห่งแรกของโลกซึ่งมีวัตถุประสงค์สำคัญ คือ เสนอแนวความคิดในการนำไปสู่การปฏิรูปกฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา อาทิเช่น เสนอว่าต้องมีการบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนในการลงโทษบุคคล การลงโทษก็ไม่ได้มุ่งที่การแก้แค้นแต่เพียงอย่างเดียว และเป็นจุดเริ่มต้นในการศึกษาสาเหตุของการกระทำความผิดขึ้นเป็นครั้งแรก

ซึ่งแนวความคิดสำคัญที่นำไปสู่การปรับปรุงกฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ก่อให้เกิดหลักการ แนวคิดและทฤษฎีในการกำหนดโทษทางอาญา ดังนี้

⁴⁸ ผู้ก่อตั้งสำนักและแนวความคิดทางอาชญวิทยาริมหรือดั้งเดิม (Classical School of Criminology) คือ “Cesare Baccaria” ท่านเป็นนักอาชญวิทยาที่เป็นนักกฎหมายเชื้อสายอิตาลี ท่านนำเสนอผลงานทางกฎหมายชิ้นสำคัญไว้ในหนังสือ โดยเขียนเป็นลักษณะเรียงความมีชื่อว่า “อาชญากรรมและการลงโทษ” (An Essay Crime and Punishment) “Cesare Baccaria” ได้นำเสนอแนวความคิดสำคัญที่นำไปสู่การปรับปรุงกฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

(1) แนวคิดทางทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความผิดอาญาของ Herbert L. Packer⁴⁹

Herbert L. Packer ได้ให้หลักการกำหนดความผิดอาญาไว้ 6 ประการ ในการพิจารณาว่าการกระทำเรื่องนั้นควรเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ดังนี้

ก. การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากกว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคมและหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น

ข. ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่าง ๆ

ค. การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือการถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญาจะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป

ง. หากเป็นความผิดอาญาแล้วจะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน

จ. การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ

ฉ. ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

ดังนั้น หากรัฐมุ่งแต่จะควบคุมความประพฤติของสมาชิกในสังคมโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือ โดยไม่พิจารณาถึงประสิทธิภาพและความสามารถของกลไกของรัฐที่จะใช้บังคับกฎหมายอาญาแล้ว กฎหมายจะไร้ความหมาย ขาดความศักดิ์สิทธิ์และเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานของรัฐที่ประพฤติมิชอบมีโอกาสดแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเองจากกฎหมายเหล่านี้ หรือหากมีการใช้บังคับกฎหมายซึ่งมิได้มีการใช้บังคับมาเป็นเวลานาน ผู้ถูกใช้บังคับก็จะเกิดปฏิกิริยาเพราะถือว่าถูกเลือกปฏิบัติซึ่งจะทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้บังคับกฎหมายและชุมชนเสื่อมเสียไป⁵⁰

⁴⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : จีระรัชการพิมพ์, 2562), น. 2-10.

⁵⁰ อภิวัฒน์ สุดสาว, “การกำหนดโทษอาญา ตามบทบัญญัติมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560,” จตุรนิติ, (มีนาคม-เมษายน 2561): น. 113-127.

(2) หลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิด⁵¹ (Punishment fit to the crime)

(2.1) “ทฤษฎีเจตจำนงอิสระ” (Free Will Theory) แนวคิดเรื่องหลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิด⁵² (Punishment fit to the crime) ตามแนวความคิด “ทฤษฎีเจตจำนงอิสระ” (Free Will Theory) ซึ่งทฤษฎีนี้มีแนวความคิดที่ว่า การพิจารณาบทลงโทษผู้กระทำความผิดควรจะได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของอาชญากรรม กล่าวคือ การกำหนดบทลงโทษนั้นต้องได้สัดส่วนเหมาะสมกับลักษณะความผิด (Equal punishment for the same crime) คือ การลงโทษต้องไม่มากจนมีลักษณะโหดร้ายทารุณ หรือไม่น้อยเกินไปจนทำให้ผู้กระทำความผิดคิดว่าคุ้มค่าที่จะได้ผลประโยชน์จากการกระทำความผิด หรือประกอบอาชญากรรมนั้น ทฤษฎีนี้ถือว่ามนุษย์ทุกคนมีเจตจำนงอิสระ (Free Will) และมนุษย์มีอิสระในการเลือกกระทำสิ่งใด ๆ ที่เห็นว่าเป็นประโยชน์มากกว่าเสียประโยชน์ เช่นเดียวกับการประกอบอาชญากรรม เมื่อมนุษย์เห็นว่าการกระทำความผิดนั้นทำให้เกิดความพอใจและตัดสินใจเลือกกระทำความผิดนั้น มนุษย์ย่อมต้องยอมรับผลร้ายที่จะต้องเกิดขึ้นด้วย

ดังนั้น ในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญา จึงต้องมีการพิจารณาหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ การกำหนดโทษทางอาญาต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของอาชญากรรมนั้นด้วย

(2.2) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrent Theory)

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง⁵³ (Deterrent Theory) นั้น เป็นทฤษฎีที่มีวัตถุประสงค์ 2 ประการ ประการแรก เพื่อลดอาชญากรรมหรือการกระทำความผิดซ้ำ และประการที่สอง เพื่อข่มขู่ไม่ให้ประชาชนเอาเยี่ยงอย่าง ในการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วน มีความเหมาะสมกับความร้ายแรงของอาชญากรรม โดยการลงโทษถือว่าเป็นมาตรการทางอาญาที่จำเป็นเพื่อข่มขู่ยับยั้งการ

⁵¹ อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 218.

⁵² เพิ่งอ้าง, น. 218-219.

⁵³ ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrent Theory) เป็นแนวคิดของซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Crsare Beccaria) และเจเรมี เบนธัม (Jeremy Bentham) เป็นผู้คิดค้นทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง ในศตวรรษที่ 18

กระทำความผิดให้ผู้อื่นเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเอาเยี่ยงอย่างและเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของการลงโทษในปัจจุบัน⁵⁴

(2.3) แนวคิดหรือทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism)

แนวคิดอรรถประโยชน์นิยม⁵⁵ (Utilitarianism Theory) ซึ่งเป็นแนวคิดทางจริยธรรมทางสังคม โดยนำเสนอว่า ในการออกกฎหมายต้องให้สอดคล้องกับกฎธรรมชาติ โดยต้องคำนึงถึงมวลความสุขของคนส่วนใหญ่ในสังคมเป็นสิ่งสำคัญ คือ ต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในรัฐอย่างไรก็ดี ทฤษฎีนี้เชื่อว่า มีกฎธรรมชาติ 2 ประการ คือ ความพึงพอใจ (Pleasure) และอีกประการหนึ่งคือ ความเจ็บปวด (Pain) กฎธรรมชาตินี้จะเป็นตัวกำหนดพฤติกรรมของมนุษย์เสมอ ดังนั้นก่อนที่มนุษย์จะตัดสินใจทำอะไรก็ต้องนำกฎธรรมชาติ 2 ประการ มาชั่งน้ำหนักก่อนเสมอ ในการประกอบอาชญากรรมก็เช่นเดียวกัน หากมนุษย์นั้นชั่งน้ำหนักแล้ว ผลของการกระทำความผิดที่จะได้รับจะทำให้มนุษย์นั้นเกิดความพึงพอใจมากกว่าการถูกลงโทษ มนุษย์นั้นก็เลือกที่จะกระทำความผิดหรือประกอบอาชญากรรมนั้น ทฤษฎีนี้จึงยึดถือความสุขของคนในสังคม เป็นเกณฑ์พื้นฐานในการตัดสินใจว่าอะไรถูกต้องเหมาะสม เพราะความถูกต้องเหมาะสมของการกระทำมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความสุขของคนส่วนใหญ่⁵⁶

ดังนั้น ทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism Theory) จึงนำเรื่องความสุขหรือความพึงพอใจ (Pleasure) และความทุกข์หรือความเจ็บปวด (Pain) มาใช้เป็นเกณฑ์ในการออกกฎหมายของรัฐว่าจะต้องก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน และเป็นทฤษฎีที่มีแนวคิดสนับสนุนหลักการกำหนดโทษทางอาญาต้องได้สัดส่วนเหมาะสมกับลักษณะความผิดหรือความร้ายแรงของอาชญากรรม⁵⁷

⁵⁴ อัจฉริยา ชุตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, หน้า 220-221.

⁵⁵ แนวคิดอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism) เป็นแนวคิดจริยธรรมทางสังคมของ เจเรมี เบนธัม (Jeremy Bentham) นักปราชญ์ชาวอังกฤษ ซึ่งเป็นนักกฎหมายและนักปฏิรูปสังคมคนสำคัญ

⁵⁶ อัจฉริยา ชุตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, หน้า 220.

⁵⁷ เฟิงฮ้าง, น. 220.

(3) หลักการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด
(Individualization of Punishment)

“หลักการลงโทษผู้กระทำความผิดต้องเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด”
(Individualization of Punishment) นั้นมีแนวคิดว่าการลงโทษต้องให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล ไม่ใช่ลงโทษโดยตัดเทียบกันตามลักษณะของการกระทำความผิดนั้น เนื่องจากหลักการลงโทษนี้ ต้องพิจารณาถึงความเป็นจริงที่ว่า มนุษย์ทุกคนมีความสามารถรู้ผิดชอบไม่เท่าเทียมกัน หรืออาจมีความแตกต่างจากบุคคลทั่ว ๆ ไป จึงไม่สามารถกำหนดเจตจำนงอิสระได้ตัดเทียบบุคคลอื่น อาทิเช่น เด็ก เยาวชน คนวิกลจริต เป็นต้น บุคคลเหล่านี้จึงควรได้รับการลดโทษหรือยกเว้นโทษ⁵⁸

หลักการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด (Individualization of Punishment) มีทฤษฎีที่สนับสนุน ดังนี้

(3.1) แนวคิดเจตจำนงประสงค์⁵⁹ (Determinism) ว่ามนุษย์ทุกคนอยู่ภายใต้อิทธิพลของสังคมและสิ่งแวดล้อม จึงทำให้มนุษย์ขาดเจตจำนงอิสระ ซึ่งปัจจัยนอกนี้เป็นมูลเหตุชักจูงใจที่นำไปสู่การกระทำความผิดหรือมีพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนได้ ดังนั้น สังคมและสิ่งแวดล้อมต้องมีส่วนร่วมรับผิดชอบแก้ไขด้วย

(3.2) ทฤษฎีความชั่ว (nulla poena sine culpa)

ความชั่ว (Schuld) ในที่นี้ไม่ได้หมายความว่าถึง “ความชั่วในความหมายทั่วไป” กล่าวคือไม่ได้หมายความว่าถึงสภาพความไม่ดี ไม่งามอันเกิดจากการฝ่าฝืนศีลธรรม หรือขนบธรรมเนียมประเพณีของสังคม แต่หมายถึง “ความตำหนิได้ของการกำหนดเจตจำนง”⁶⁰

ทฤษฎีความชั่ว (Schuld) หลักในกฎหมายอาญานั้นจะลงโทษบุคคลโดยปราศจากความชั่วไม่ได้ ซึ่งหลักกฎหมายอาญาดังกล่าวนี้ในภาษาลาตินที่เรียกว่า “nulla poena sine culpa” คือ

⁵⁸ อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 221-222.

⁵⁹ แนวคิดเจตจำนงประสงค์ เป็นแนวคิดนิยตินิยมของสำนักอาชญาวิทยาปฏิฐานนิยม (Positive School of Criminology) แนวความคิดนี้ เกิดขึ้นปลายศตวรรษที่ 19

⁶⁰ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2563), น. 293 – 294.

“หลักไม่มีโทษ โดยไม่มีความชั่ว” หมายถึง ความชั่วเป็นพื้นฐานในการลงโทษ ซึ่งเป็นหลักที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศออสเตรเลีย แม้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยจะไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงก็ตาม แต่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยเป็นกฎหมายที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความชั่ว⁶¹ โดยพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญฉบับแรกของไทย คือ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 56 บัญญัติว่า “ถ้าเด็กอายุไม่ถึงเจ็ดขวบ กระทำความผิด ท่านว่ามันยังมีรู้ผิดและชอบ อย่าให้ลงอาญาแก่มันเลย”⁶² จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญฉบับแรกของไทยได้กล่าวถึง “ความไม่รู้ผิดและชอบ” ยิ่งไปกว่านั้นประมวลกฎหมายอาญฉบับปัจจุบัน ก็ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้เช่นเดียวกัน โดยเรียกว่า “ความรู้ผิดชอบ”⁶³ เป็นข้อสาระสำคัญของ “ความชั่ว”⁶⁴ หรือ “ความชั่วร้าย”⁶⁵

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยเราปัจจุบัน แสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาตั้งอยู่บนพื้นฐานของความชั่วเช่นกัน โดยปรากฏในมาตรา 73⁶⁶ และมาตรา 74⁶⁷ เป็น

⁶¹ เพิ่งอ้าง, น. 293.

⁶² กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. ราชกิจจานุเบกษาฉบับพิเศษ 25 (1 มิถุนายน 127) : น. 221.

⁶³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 75 “ผู้ใดอายุกว่าสิบห้าปีแต่ต่ำกว่าสิบแปดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ให้ศาลพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นที่พึงเกี่ยวกับผู้นั้น ในอันที่จะควรวินิจฉัยว่าสมควรพิพากษาลงโทษผู้นั้นหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่าไม่สมควรพิพากษาลงโทษก็ให้จัดการตามมาตรา 74 หรือถ้าศาลเห็นว่าสมควรพิพากษาลงโทษ ก็ให้ลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดลงกึ่งหนึ่ง”

⁶⁴ เพิ่งอ้าง, น. 291 – 309.

⁶⁵ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556)

⁶⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 บัญญัติว่า “เด็กอายุยังไม่เกินสิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ

ให้พนักงานสอบสวนส่งตัวเด็กตามวรรคหนึ่งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก เพื่อดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น”

⁶⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 74 บัญญัติว่า “เด็กอายุกว่าสิบปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ให้ศาลมีอำนาจที่จะดำเนินการ ดังต่อไปนี้

(1) ว่ากล่าวตักเตือนเด็กนั้นแล้วปล่อยตัวไป และถ้าศาลเห็นสมควรจะเรียกบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่มาก่อนด้วยก็ได้

บทบัญญัติที่กำหนดความสามารถในการทำชั่วโดยพิจารณาที่อายุขณะกระทำความผิดตามกฎหมาย เพราะเป็นเด็กหรือเยาวชน และมาตรา 65⁶⁸ เป็นบทบัญญัติที่กำหนดความสามารถทำชั่วโดย

(2) ถ้าศาลเห็นว่า บิดา มารดา หรือผู้ปกครองสามารถดูแลเด็กนั้นได้ ศาลจะมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กนั้นให้แก่บิดา มารดา หรือผู้ปกครองไป โดยวางข้อกำหนดให้บิดา มารดา หรือผู้ปกครองระวังเด็กนั้นไม่ให้ก่อเหตุร้ายตลอดเวลาที่ศาลกำหนดซึ่งต้องไม่เกินสามปีและกำหนดจำนวนเงินตามที่เห็นสมควรซึ่งบิดา มารดา หรือผู้ปกครองจะต้องชำระต่อศาลไม่เกินครั้งละหนึ่งหมื่นบาท ในเมื่อเด็กนั้นก่อเหตุร้ายขึ้น

ถ้าเด็กนั้นอาศัยอยู่กับบุคคลอื่นนอกจากบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง และศาลเห็นว่าไม่สมควรจะเรียกบิดา มารดา หรือผู้ปกครองมาวางข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้น ศาลจะเรียกตัวบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่มาสอบถามว่าจะยอมรับข้อกำหนดทำนองที่บัญญัติไว้สำหรับบิดา มารดา หรือผู้ปกครองดังกล่าวมาข้างต้นหรือไม่ก็ได้ ถ้าบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ยอมรับข้อกำหนดเช่นนั้น ก็ให้ศาลมีคำสั่งมอบตัวเด็กให้แก่บุคคลนั้นไปโดยวางข้อกำหนดดังกล่าว

(3) ในกรณีที่ศาลมอบตัวเด็กให้แก่บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ตาม (2) ศาลจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤติดังกล่าวข้างต้นเช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 56 ด้วยก็ได้ ในกรณีเช่นว่านี้ ให้ศาลแต่งตั้งพนักงานคุมประพฤติหรือพนักงานอื่นใดเพื่อคุ้มครองประพฤติดังกล่าว

(4) ถ้าเด็กนั้น ไม่มีบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง หรือมีแต่ศาลเห็นว่าไม่สามารถดูแลเด็กนั้นได้หรือถ้าเด็กอาศัยอยู่กับบุคคลอื่นนอกจากบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง และบุคคลนั้นไม่ยอมรับข้อกำหนดดังกล่าวใน (2) ศาลจะมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กนั้นให้อยู่กับบุคคลหรือองค์การที่ศาลเห็นสมควรเพื่อดูแล อบรม และสั่งสอนตามระยะเวลาที่ศาลกำหนดก็ได้ในเมื่อบุคคลหรือองค์การนั้นยินยอม ในกรณีเช่นว่านี้ ให้บุคคลหรือองค์การนั้นมีอำนาจเช่นผู้ปกครองเฉพาะเพื่อดูแล อบรม และสั่งสอน รวมตลอดถึงการกำหนดที่อยู่และการจัดให้เด็กมีงานทำตามสมควร หรือให้ดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นก็ได้ หรือ

(5) ส่งตัวเด็กนั้นไปยังโรงเรียน หรือสถานฝึกและอบรม หรือสถานที่ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อฝึกและอบรมเด็กตลอดระยะเวลาที่ศาลกำหนด แต่อย่าให้เกินกว่าที่เด็กนั้นจะมีอายุครบสิบแปดปี

คำสั่งของศาลดังกล่าวใน (2) (3) (4) และ (5) นั้น ถ้าในขณะใดภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดไว้ ความปรากฏแก่ศาลโดยศาลรู้เอง หรือตามคำเสนอของผู้มีส่วนได้เสีย พนักงานอัยการ หรือบุคคลหรือองค์การที่ศาลมอบตัวเด็กเพื่อดูแล อบรม และสั่งสอน หรือเจ้าพนักงานว่า พฤติการณ์เกี่ยวกับคำสั่งนั้นได้เปลี่ยนแปลงไป ก็ให้ศาลมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งนั้น หรือมีคำสั่งใหม่ตามอำนาจในมาตรานี้”

⁶⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 บัญญัติว่า “มาตรา 65 ผู้ใดกระทำความผิด ในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือน ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น

พิจารณาที่ความสมบูรณ์ของจิต โดยกฎหมายจะไม่ลงโทษผู้วิกลจริตเพราะเป็นบุคคลที่ปราศจาก
ความชั่ว ดังนั้น กฎหมายจึงลดโทษให้เพราะจะลงโทษบุคคลเกินกว่าความชั่วของบุคคลนั้นไม่ได้

ดังที่กล่าวมาแล้ว เห็นได้ว่าทฤษฎีความชั่วมีหลักการและแนวคิดในการนำความรู้สึก
ผิดชอบของผู้กระทำความผิดในขณะที่กระทำความผิดมาพิจารณาเป็นเงื่อนไขในการกำหนดโทษให้
ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด (Individualization of Punishment)

กล่าวโดยสรุป วัตถุประสงค์ของการลงโทษในอดีต คือการลงโทษให้เจ็บทรมานและ
เป็นเยี่ยงอย่างแก่สังคม โดยมุ่งเน้นการแก้แค้นทดแทน แต่ปัจจุบันการลงโทษไม่ได้มุ่งเน้นแต่เพียง
การแก้แค้นทดแทนเพียงอย่างเดียวอีกต่อไป หากแต่เป็นการลงโทษที่คำนึงถึงมนุษยชนและ
ประโยชน์ต่อสังคมเป็นหลักด้วย คือการดำเนินการเพื่อควบคุมตัวผู้กระทำความผิดและพยายาม
มุ่งเน้นการแก้ไข ให้ผู้กระทำความผิดกลับคืนสู่สังคมได้ รวมทั้งมีการเสริมสร้างและพัฒนาอาชีพ
เมื่อผู้กระทำความผิดออกจากเรือนจำ อันเป็นการปกป้องคุ้มครองสังคมอย่างแท้จริง

2.2 หลักประกันในกฎหมายอาญา

“หลักประกันในกฎหมายอาญา”⁶⁹ เดิมทีเดียวหาใช่ความคิดในทางกฎหมายอาญาไม่ แต่
เป็นความคิดในทางการการเมืองที่ต้องการจะจำกัดอำนาจรัฐ ครั้นเมื่อ “หลักนิติรัฐ”
(Rechtsstaatlichkeitsprinzip) ได้รับการยอมรับกันอย่างกว้างขวางจึงได้มีการวาง “หลักประกันใน
กฎหมายอาญา” ขึ้นและผู้ที่ได้วาง “หลักประกันในทางกฎหมายอาญา” ขึ้นไว้ก็คือ Anselm von
Feuerbach โดยวางหลัก 3 ประการ ดังนี้

- (1) การลงโทษต้องมีกฎหมาย (nulla poena sine lege)
- (2) การลงโทษต้องขึ้นอยู่กับการมีอยู่ของการกระทำ (nulla poena sine crimine)
- (3) โทษที่จะลงต้องเป็นโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย (nullum crimen sine poena)

“หลักประกันในกฎหมายอาญา” จึงได้รับการเรียกขานกันในภาษาลาดินว่า “nullum
crimen, nulla poena sine lege” ซึ่งใช้แพร่หลายทั่วโลกจนกลายเป็นหลักสากล

แต่ถ้าผู้กระทำความผิดยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ผู้นั้นต้องรับ
โทษสำหรับความผิดนั้น แต่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

⁶⁹ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,
2563), น. 82.

สำหรับประเทศไทยนั้น เมื่อได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญแล้ว นอกจากจะได้บัญญัติหลักประกันนี้ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา⁷⁰ ยังได้มีการบัญญัติหลักประกันในกฎหมายอาญาไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดอีกด้วย⁷¹ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 32⁷² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 39⁷³ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 29 ดังนั้น หลักประกันในกฎหมายอาญาจึงเป็นหลักรัฐธรรมนูญด้วย⁷⁴

ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติหลักประกันในกฎหมายอาญาไว้ใน มาตรา 2 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

บทบัญญัตินี้หมายความว่าเฉพาะกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้นที่สามารถกำหนดว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญาได้ และเฉพาะกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ เท่านั้นเช่นกันที่สามารถกำหนดโทษสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งได้ และ

⁷⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

⁷¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 29 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลา ที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ใน กฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลา ที่กระทำความผิดมิได้”

⁷² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน พ.ศ. 2540 มาตรา 32 บัญญัติว่า “บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะ ได้กระทำการอันกฎหมาย ที่ใช้อยู่ในเวลา ที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลา ที่กระทำความผิดมิได้”

⁷³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 39 บัญญัติว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลา ที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลา ที่กระทำความผิดมิได้”

⁷⁴ คณิต ฅ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 83.

ทั้งสองประการที่กล่าวมาแล้วนั้น จะต้องมียุ่แล้วก่อนการกระทำนั้น และโดยที่การลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ ฉะนั้น รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่จะทำได้ กล่าวคือ ต้องยึด “หลักความชัดเจนแน่นอน” (Bestimmtheitsgrundsatz) ซึ่งข้อที่ว่ากฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอนนั้นเป็นผลที่สืบเนื่องมาจากเนื้อหาของบทบัญญัติดังกล่าว⁷⁵

ดังนั้น บทบัญญัติอันเป็น “หลักประกันในกฎหมายอาญา” จึงครอบคลุมเนื้อหา 4 ประการ คือ

2.2.1 การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล

มาตรา 2 วรรคหนึ่ง มีหลักว่า บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ในบทบัญญัติดังกล่าวมานั้น กฎหมายใช้คำว่า “บัญญัติ” ซึ่งแสดงว่ากฎหมายอาญาต้องเป็นกฎหมายที่เกิดจากการการบัญญัติ (Gesetzliche Rechte)⁷⁶ หมายความว่ากฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารที่มีอำนาจออกด้วย

กรณีจึงเป็นกฎหมายที่ตรงกันข้ามกับกฎหมายที่เกิดจากการการบัญญัติ คือกฎหมายจารีตประเพณี (Gewohnheitsrechte) กฎหมายจารีตประเพณี เป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ยอมรับกัน กฎหมายจารีตประเพณีจึงมิได้เกิดจากการการบัญญัติ หากแต่เกิดจากการปฏิบัติ เหตุนี้ จึงต้องห้ามมิให้นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในกฎหมายอาญา ซึ่งการห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณี หมายความว่า จะกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดในทางอาญาหรือกำหนดการเพิ่มโทษโดย กฎหมายจารีตประเพณีไม่ได้⁷⁷ (nulla poena sine lege scripta)

2.2.2 การห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล

การห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง⁷⁸ (Analogieverbot) ในกฎหมายอาญา หมายความว่า การห้ามใช้กฎหมายอาญาที่เกินเลขขอบเขตของบทบัญญัติที่พึงหาได้จากการตีความกฎหมาย ซึ่งมีเหตุผลเดียวกันกับเหตุผลของ “การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณี” กล่าวคือ การที่จะลงโทษ

⁷⁵ เพิ่งอ้าง, น. 84.

⁷⁶ เพิ่งอ้าง, น. 84.

⁷⁷ เพิ่งอ้าง, น. 85.

⁷⁸ เพิ่งอ้าง, น. 87.

ทางอาญาสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งนั้น ชอบที่จะให้เป็นเรื่องของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะตัดสินใจ⁷⁹

หากยอมให้มีการใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งได้แล้ว ผลก็จะกลายเป็นว่าการลงโทษการกระทำใดการกระทำหนึ่งหรือไม่นั้นจะขึ้นอยู่กับความรู้สึกในเรื่องผิดถูกของบุคคลจนเกินขอบเขต ซึ่งในเรื่องความรู้สึกอันเป็นเรื่องในทางอัตตะวิสัย (Subjective) นั้น ในทางกฎหมายแล้วเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนาและเป็นสิ่งที่ต้องหลีกเลี่ยงเหตุผลประการหลังนี้จึงเป็นเหตุผลในทางนโยบายทางอาญา⁸⁰

กฎหมายอาญาอาจมีช่องว่างได้ ซึ่งช่องว่างของกฎหมายนั้น อาจจะมีอยู่เดิมในกฎหมายแล้วหรืออาจจะเกิดขึ้นเนื่องจากการแก้ไขเพื่อเติมกฎหมายอาญานั้นในภายหลัง ในกรณีที่กฎหมายอาญามีช่องว่างนั้น หากเป็นกรณีของคดีอาญาศาลจะต้องพิพากษายกฟ้องและต้องปล่อยให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะตัดสินใจ แต่ถ้าเป็นกรณีของคดีแพ่งแล้วศาลจะปฏิเสธว่าไม่มีกฎหมายจะปรับใช้ไม่ได้⁸¹ ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4⁸²

2.2.3 กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน

การบัญญัติกฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน (nullum crimen sine lege certa) เพราะว่าการลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ ดังนั้น รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่สามารถทำได้ ต้องหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่กำกวมไม่แน่นอน เป็นไปตาม “หลักความชัดเจนแน่นอน”

⁷⁹ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 86.

⁸⁰ เพิ่งอ้าง, น. 87.

⁸¹ เพิ่งอ้าง, น. 88.

⁸² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

“หลักความชัดเจนแน่นอน”⁸³ (Bestimmtheitsgrundsatz) เป็นหลักประกันว่า กฎหมายที่บัญญัติขึ้นนั้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง และยังเป็นเครื่องป้องกันมิให้ศาลใช้อำนาจตามใจชอบหรือตามอำเภอใจหรือตามความรู้สึกของคน

ตัวอย่าง กรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายยังขาดความชัดเจนแน่นอน อาทิ ในความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 391 เป็นความผิดลหุโทษ กับความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 เป็นความผิดอาญาทั่วไป มีคำพิพากษาศาลฎีกาตัดสินว่า “ใช้อาวุธปืนตีเป็นแผลลอกที่ข้อมือ ไม่มีรอยฟกช้ำ เขียวหรือบวม หรืออาการแสดงว่าเป็นแผลแตกโลหิตตก รักษา 5 วันหาย ไม่เป็นอันตรายแก่กาย”⁸⁴ หรือ “จำเลยตีผู้เสียหาย 2 คน ด้วยเกี้ยวแผลถึงบวมชุนแพทย์ผู้ชันสูตรประมาณว่ารักษาหายภายใน 3 วัน และ 2 วัน ตามลำดับ โจทก์นำสืบว่า ผู้เสียหายรักษา 7 วัน 5 วัน หาย เห็นว่าลักษณะการกระทำของจำเลยและฐานแผลของผู้เสียหายต้องรักษาอยู่หลายวัน ถือได้ว่าเป็นอันตรายแก่กายไม่จำเป็นต้องมีโลหิตไหลเป็นอันตรายแก่กายย่อมมีผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295”⁸⁵ หรือ “บาดแผลถูกฟันด้วยมีดดาบ 2 แผล กว้าง 1 ซม. ยาว 2 ซม. ลึกหนังถลอก ไม่ถึงเป็นอันตรายแก่กายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 391”⁸⁶ เป็นต้น เห็นได้ว่าปัญหาที่เกิดขึ้นจากความผิดทั้งสองฐานนี้ คือ ผลของการทำร้ายขนาดไหนจึงจะถือว่าเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจและจากบทบัญญัติของกฎหมายและคำชี้ขาดตัดสินของศาลฎีกาเห็นว่ายังมีความสับสนในแง่ของกฎหมายอาญาและในแง่ของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา⁸⁷

หลักประกันในกฎหมายอาญาประการที่สามนี้ แสดงให้เห็นถึง “หลักนิติรัฐ” (Rechtsstaatlichkeitsprinzip) ในกฎหมายอาญาด้วยความเข้มแข็งกว่าในกฎหมายอื่นเช่นเดียวกัน ซึ่ง Prof. Dr. Hans Welzel ศาสตราจารย์ทางกฎหมายอาญาเยอรมัน ได้กล่าวไว้ว่า “อันตรายที่แท้จริงที่คุกคามหลักประกันของกฎหมายอาญาไม่ได้เกิดจากการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่เกิดจากความไม่ชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา”⁸⁸

⁸³ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 87.

⁸⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2546/2519

⁸⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 116/2503

⁸⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 149/2520

⁸⁷ เพิ่งอ้าง, น. 91.

⁸⁸ เพิ่งอ้าง, น. 93.

2.2.4 กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

การห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง⁸⁹ หมายความว่าถ้าบุคคลได้กระทำการอย่างใดลง และในขณะที่กระทำนั้น การกระทำนั้น ไม่มีโทษทางอาญาแล้ว ย่อมไม่อาจจะบัญญัติให้ย้อนหลังว่า การกระทำนั้น เป็นการกระทำที่ต้องรับโทษในทางอาญาได้โดยเด็ดขาด ซึ่งแสดงให้เห็นถึง “หลักนิติรัฐ” ในกฎหมายอาญาที่กล่าวไปกล่าว่า “หลักนิติรัฐ” ในกฎหมายลักษณะอื่นๆ ทั้งหมด เนื่องจาก มาตรา 2⁹⁰ แห่งประมวลกฎหมายอาญาและมาตรา 29 วรรคแรก⁹¹ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จำกัดเฉพาะในกฎหมายอาญาเท่านั้น

ดังนั้น กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่รัฐบัญญัติว่าการกระทำหรือไม่กระทำอย่างใดเป็น ความผิดและมีการกำหนดโทษที่จะลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด กฎหมายอาญาจึงมีความสำคัญต่อ ชีวิตประจำวันอย่างยิ่ง เนื่องจากเป็นเครื่องมือในการช่วยให้นุชนยุคนำชีวิตร่วมกันในสังคมได้ อย่างปกติสุข ด้วยเหตุดังกล่าว จึงมีความคิดจะให้มี “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ซึ่งเดิมมี วัตถุประสงค์ในทางการเมืองที่ต้องการจำกัดอำนาจรัฐ เรียกว่า “หลักนิติรัฐ” ต่อมาเมื่อหลักนิติรัฐ ได้รับการยอมรับ จึงมีการวางหลักประกันในกฎหมายอาญาขึ้น

2.3 หลักการตีความในกฎหมายอาญา

การตีความในกฎหมาย⁹² หมายถึง การค้นหาความหมายของกฎหมายที่มีถ้อยคำไม่ ชัดเจนกำกวมหรือมีความหมายได้หลายทาง เพื่อหยั่งทราบว่าถ้อยคำของบทบัญญัติของกฎหมายมี ความหมายอย่างไร ซึ่งการตีความในกฎหมายจะพึงกระทำเมื่อมีข้อสงสัยในความหมายของ กฎหมายเกิดขึ้น ถ้ากฎหมายชัดเจนอยู่แล้วก็ไม่ต้องตีความ เหตุผลที่ต้องมีการตีความกฎหมายก็

⁸⁹ เฟิงฮ้าง, น. 93.

⁹⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการ อันกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด นั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

⁹¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 29 บัญญัติว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้น แต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลง แก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ใน กฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”

⁹² หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์และทำปก เจริญผล, 2542), น. 118-119.

เพราะกฎหมายที่ถ้อยคำกำกวมหรือแปลได้หลายทางหรือบางครั้งแปลไม่ได้ความเลย แต่เพื่อที่จะใช้กฎหมายนั้นให้ได้ ก็ต้องแปลหรือตีความให้ได้ เมื่อได้ความหมายที่สามัญแล้วจะได้นำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่ต้องการวินิจฉัยได้ ในการร่างกฎหมายนั้นผู้ร่างจะต้องร่างให้สั้น กระทัดรัด ง่าย มีความหมายแน่นอน ไม่ยกย่อน ไม่ขัดต่อเหตุผลธรรมดาและความยุติธรรม แต่ในขณะที่เดียวกันก็ต้องไม่ให้มีช่องว่างได้ ถ้อยคำในกฎหมายจึงอาจสั้น รัดกุม แต่มีความหมายลึกซึ้ง บางครั้งถ้อยคำที่คิดว่าง่าย สามัญแล้ว พอเข้าไปอยู่ในประโยคก็อาจมีความหมายที่เคลือบคลุมชวนให้ถูกเถียงกันได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อกฎหมายใช้คำในความหมายคนละอย่างกับที่คนทั่วไปเข้าใจ การตีความกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่ไม้อาจหลีกเลี่ยงได้⁹³

ที่กล่าวว่าการตีความในกฎหมายจะทำเมื่อมีข้อสงสัยในความหมายของกฎหมายเกิดขึ้น ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย กล่าวว่าถ้ากฎหมายชัดเจนอยู่แล้วก็ไม่ต้องมีการตีความ แม้ว่าผู้ใช้กฎหมายจะรู้สึว่าการนำกฎหมายไปใช้บังคับแก่คดีเรื่องนั้นๆ จะไม่ยุติธรรม เพราะอะไรจะยุติธรรมหรือไม่ นั่น เป็นความคิดของมนุษย์แต่ละคน ซึ่งอาจคิดเห็นไปได้แตกต่างกันตามโลกทัศน์ของบุคคลแต่ละคน แต่กฎหมายต้องแน่นอนเมื่อบัญญัติไปแล้วก็ต้องยุติ เป็นหน้าที่ของผู้บัญญัติกฎหมายต่างหากที่จะคอยแก้ไขกฎหมายเพื่อให้เกิดความยุติธรรมอยู่เสมอ แต่ถ้าศาลยุติธรรมไม่ยอมใช้กฎหมายที่ศาลรู้สึกว่าจะเมื่อใช้ไปแล้วจะเกิดความไม่ยุติธรรมเฉพาะเรื่อง ก็เท่ากับศาลยุติธรรมทำหน้าที่นิติบัญญัติไปในตัวด้วย คือเป็นผู้ยกเลิกกฎหมายแล้วบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่เฉพาะคดีนั้นเอาเองตามชอบใจ ซึ่งผิดหลักเกณฑ์และเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนุญ ที่แยกอำนาจออกเป็นนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการ และการที่รัฐธรรมนุญบัญญัติให้ศาลเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีก็เพราะคาดหมายว่าศาลจะยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัด เพราะโดยที่ศาลยอมอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น รัฐธรรมนุญจึงให้ศาลมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีได้มีฉะนั้น อิสระของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีจะเป็นของน่ากลัว เพราะทำให้ศาลตัดสินใจตามอำเภอใจโดยไม่คำนึงถึงเจตจำนงของรัฐสภาซึ่งประกอบด้วยผู้แทนราษฎร และการทำเช่นนั้นจะทำให้ประชาชนไม่ไว้วางใจกฎหมาย ฉะนั้น ศาลจึงต้องตัดสินใจตามกฎหมายเพราะกฎหมายบัญญัติขึ้นด้วยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา การที่ศาลยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่ง

⁹³ รศ.พ.ต.ท.หญิงนัยนา เกิดวิชัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติเนย์, 2542), น. 128.

กฎหมายจึงเท่ากับศาลพิจารณาคดีตามเจตจำนงของราษฎร ซึ่งแสดงออกมาโดยการบัญญัติกฎหมายนั่นเอง⁹⁴

ประมวลกฎหมายกฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงหลักการตีความกฎหมายอาญาไว้เป็นการเฉพาะ อันต่างจากกฎหมายแพ่ง ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติถึงหลักการตีความกฎหมายแพ่งไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 4⁹⁵ ฉะนั้น เราจึงต้องพิจารณากันว่ากฎหมายอาญาของไทยใช้หลักเกณฑ์ใดในการตีความ

นักนิติศาสตร์ไทยมีความเห็นเรื่องหลักการตีความกฎหมายอาญาที่แตกต่างกัน โดยส่วนใหญ่มีความเห็นว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” ซึ่งการตีความกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด⁹⁶ คือ

(1) การตีความกฎหมายอาญาจะอาศัยเทียบเคียงบทบัญญัติกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ให้เป็นผลร้ายมิได้

(2) การตีความกฎหมายอาญาจะนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ให้เป็นผลร้ายมิได้

(3) การตีความกฎหมายอาญาจะนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ให้เป็นผลร้ายมิได้

อย่างไรก็ดี การตีความกฎหมายอาญานั้น แม้การตีความกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษรก็ตาม แต่ต้องไม่ให้เกิดผลประหลาด ถ้าการตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษรจะทำให้เกิดผลประหลาด ก็ต้องตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นอย่างเคร่งครัดดุจกัน⁹⁷

⁹⁴ หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, (ม.ป.ท.: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 118-119.

⁹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 บัญญัติว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

⁹⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2562), น. 21-31.

⁹⁷ ธานินทร์ กรีวิเชียร และวิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร : ชวนพิมพ์, 2539), น. 388.

ในกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งมีโทษทางอาญา อาจตีความได้หลายนัยศาลจะตีความตามนัยที่เป็นผลดีที่สุดแก่จำเลยได้หรือไม่ รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ ได้กล่าวในประเด็นนี้ว่ามีความเห็นทางวิชาการของนักนิติศาสตร์ไทย แบ่งเป็น 2 ความเห็น⁹⁸ ดังนี้

ความเห็นแรก ศาสตราจารย์ พระยาอรรถการีย์นิพนธ์ กล่าวไว้ว่า “การตีความด้วยบทกฎหมายต่างกับการวินิจฉัยข้อเท็จจริง เราพบอยู่บ่อยๆ ว่าศาลยกประโยชน์ให้แก่จำเลย เพราะกรณีเป็นที่สงสัย แต่การตีความด้วยบทศาลจะลงความเห็นว่าสงสัยไม่แน่นอนไม่ได้ ต้องค้นหาหลักฐานและตีความไปให้เสร็จนอกจากนี้ คำใดในกฎหมายที่สงสัย ศาลจะแปลไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่จำเลย โดยขยายความไปไม่ได้เพราะศาลไม่มีหน้าที่ช่วยจำเลย แต่ลงโทษคนผิด...”

ความเห็นที่สอง ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย เป็นนักนิติศาสตร์ไทยที่ศึกษากฎหมายในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) กล่าวถึงการตีความในกฎหมายอาญาว่า “การตีความในกฎหมายอาญามีหลักเช่นเดียวกับการตีความกฎหมายอื่นๆ กล่าวคือต้องตีความตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์”⁹⁹ และยังกล่าวต่อไปอีกว่า “การตีความกฎหมายอาญาจะตีความโดยขยายความให้เป็นผลดีแก่ผู้กระทำความผิดได้และถ้ากรณีเป็นที่สงสัยต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหา (in dubio pro reo)”¹⁰⁰ โดยคำกล่าวของศาสตราจารย์ ดร. หยุด แสงอุทัย ดังกล่าวมานั้น ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฅ นคร ได้กล่าวว่า คำกล่าวของศาสตราจารย์ ดร. หยุด แสงอุทัย ได้แสดงถึงหลักการตีความกฎหมายไว้บ้าง แต่ก็ยังไม่สมบูรณ์ครบถ้วนเสียทีเดียวเพราะหากเปรียบเทียบกับหลักการของการตีความกฎหมายที่จะได้กล่าวต่อไปนี้แล้วคำกล่าวของศาสตราจารย์ ดร. หยุด แสงอุทัย เป็นการกล่าวถึงหลักการของการตีความกฎหมายเพียง 2 ประการเท่านั้น กล่าวคือ ได้กล่าวถึงเฉพาะ “การตีความตามหลักภาษา” (Grammatische Auslegung) และ “การตีความตามหลักความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” (Teleologische Auslegung) เท่านั้น¹⁰¹

⁹⁸ อัจฉริยา ชูตินันท์, “นิติวิธีการตีความกฎหมายอาญาในประเทศไทย,” วารสารสุทธิปริทัศน์, ปีที่ 33, ฉบับที่ 107, น. 247-261 (กรกฎาคม - กันยายน 2562).

⁹⁹ หยุด แสงอุทัย และทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 43.

¹⁰⁰ เพ็ญอ้าง, น. 44.

¹⁰¹ คณิต ฅ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 75.

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร นักนิติศาสตร์ไทยที่ศึกษากฎหมายในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) โดยกล่าวถึงหลักเกณฑ์ในการตีความกฎหมายอาญาว่า ประกอบด้วยหลักสำคัญ 4 ประการ¹⁰² คือ

(1) การตีความตามหลักภาษา จากหลักประกันในกฎหมายอาญาตามมาตรา 2¹⁰³ แสดงให้เห็นว่ากฎหมายอาญาเกิดจากการบัญญัติซึ่งแสดงให้เห็นอย่างมั่นคงแน่นอนว่า บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำบัญญัติเป็นความผิดไว้ในกฎหมายเท่านั้น จึงทำให้จุดเริ่มต้นของการตีความอยู่ที่ “ถ้อยคำของตัวบทกฎหมาย” โดยพิจารณาว่าถ้อยคำที่ตีความนั้นกฎหมายอาญาต้องการให้มีความหมายตามที่ใช้กันทั่วไปหรือต้องการให้มีความหมายพิเศษ ถ้ากฎหมายอาญาต้องการให้มีความหมายพิเศษ กฎหมายอาญาต้องบัญญัติไว้โดยเฉพาะในบทนิยาม หรือถ้ากฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติความหมายพิเศษไว้ จึงต้องตีความโดยอาศัยความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบระหว่างกฎหมายอาญากับกฎหมายอื่น ไม่เช่นนั้นแล้ว การตีความกฎหมายอาญาก็ต้องเป็นไปตามความหมายทั่วไปที่ประชาชนเข้าใจตรงกันซึ่งมีการบัญญัติความหมายของถ้อยคำไว้ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน

(2) การตีความตามความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบของกฎหมาย การตีความตามหลักภาษาอาจมีความหมายที่แตกต่างกันได้และอาจจะยังขาดความชัดเจนที่จะทำให้ทราบความหมายที่ถูกต้องของตัวบท เมื่อกฎหมายอาญามีความสัมพันธ์ของกฎหมายอย่างเป็นระบบทั้งในกฎหมายอาญาเอง คือ การนำคุณธรรมทางกฎหมาย ของความผิดฐานนั้นมาช่วยเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายอาญา ทั้งนี้ เพื่อความถูกต้องตรงกับเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมายนั้นด้วย หรือความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบของกฎหมายอาญากับกฎหมายอื่น เมื่อปรากฏว่ามีการนิยามความหมายนั้นไว้ในกฎหมายอื่น ดังนั้น เพื่อความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมาย จึงเป็นกรณีที่ต้องนำหลักกฎหมายอื่นมาใช้ในกฎหมายอาญาด้วย

(3) การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย คือ การหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากประวัติความเป็นมาของตัวบทกฎหมายนั้น อาทิเช่น ค้นร่าง เหตุผลในการร่าง รายงาน

¹⁰² เพิ่งอ้าง, น. 75.

¹⁰³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 บัญญัติว่า “ บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

การประชุมของสภา เหตุผลในการประกาศใช้กฎหมาย เป็นต้น อันนำไปสู่การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย

(4) การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย คือ การนำคุณธรรมทางกฎหมายมาเป็นเครื่องมือช่วยในการตีความกฎหมายอาญา การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมายจึงต้องค้นหาคณะธรรมทางกฎหมายของการกระทำที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดนั้นด้วย

ในเรื่องการตีความกฎหมายอาญา นักนิติศาสตร์ไทยส่วนใหญ่มีความเห็นว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” อย่างไรก็ตามศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร มีความเห็นว่าไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายของประเทศไทยเรา¹⁰⁴ โดยเห็นว่าหลักการตีความกฎหมายอาญาโดยเคร่งครัดนั้น เป็นหลักการตีความกฎหมายอาญาในประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นั้น มีความผิดอาญา 2 ประเภท¹⁰⁵ คือ

(1) ความผิดอาญาตามคอมมอนลอว์ (Common law crime) เป็นความผิดอาญาที่เกิดขึ้นมาก่อนเป็นลำดับแรก ซึ่งศาลสร้างขึ้นจากผลที่ได้จากการพิจารณาข้อเท็จจริงในข้อพิพาท ไม่ใช่การตัดสินตามอำเภอใจ

(2) ความผิดอาญาตามที่กฎหมายบัญญัติ (Statutory crime) ซึ่งเป็นความผิดอาญาที่เกิดขึ้นภายหลัง

ดังนั้น การตีความกฎหมายอาญาในระบบคอมมอนลอว์จึงเป็นไปตามหลักที่ว่า “ถ้ากฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งปวงขัดแย้งต่อกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) จะถูกตีความโดยเคร่งครัดและถูกยอมรับในแบบอย่างที่น่าอนในฐานที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรได้แสดงหรือปรากฏออกมา”¹⁰⁶ ดังนั้น การตีความกฎหมายอาญาในระบบคอมมอนลอว์ ผู้พิพากษาอังกฤษจึงนิยมตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัด จึงไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายไทยซึ่งเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)

อนึ่ง ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร มีความเห็นสอดคล้องกับศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ว่าการตีความกฎหมายอาญาต้องใช้หลักการตีความตามตัวอักษร หรือตามหลักภาษาและตามเจตนารมณ์ประกอบกันเสียก่อน ซึ่งเครื่องมือที่จะนำพามาสู่เจตนารมณ์อันแท้จริงของกฎหมายได้นั้นต้องอาศัยหลักการตีความตามความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบของกฎหมายอาญา หลักการตีความ

¹⁰⁴ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, (ม.ป.ท.: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 83.

¹⁰⁵ เพ็งฮ้าง, น. 73.

¹⁰⁶ เพ็งฮ้าง, น. 73.

ตามประวัติความเป็นมาของกฎหมายอาญา และหลักคุณธรรมทางกฎหมายอาญาประกอบกัน ทั้งนี้ เพื่อหยั่งทราบความมุ่งหมายอันแท้จริงของกฎหมายนั้น ดังนั้น ในการตีความกฎหมายอาญานั้น ไม่มีการตีความอย่างอื่นนอกจากการตีความที่ถูกต้อง โดยการใช้อรรถาธิบายกฎหมายต้องอยู่ในขอบเขตของความหมายของตัวบทกฎหมาย หากใช้กฎหมายอาญาเกินเลยขอบเขตของความหมายของตัวบทกฎหมายแล้ว กรณีก็ไม่ใช่การตีความกฎหมายอาญา แต่เป็นการใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา (Analogy) อันเป็นไปในทางที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดแล้ว ย่อมเป็นสิ่งที่ต้องห้ามในกฎหมายอาญา ดังนั้น เพื่อหยั่งทราบความมุ่งหมายอันแท้จริงของกฎหมาย ศาลในฐานะเป็นผู้ใช้กฎหมายจึงต้องตีความกฎหมายโดยผูกมัดกับความหมายของตัวบทกฎหมาย แม้ผู้พิพากษาจะมีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ผู้พิพากษาต้องอยู่ในอำนาจตีความกฎหมาย โดยมีหน้าที่ค้นหาความหมายของตัวบทในการวินิจฉัยคดีโดย ต้องกระทำหน้าที่ถึงขนาดคาดหมายได้ว่าในเรื่องทำนองเดียวกันผู้พิพากษาอื่นก็ต้องวินิจฉัยเช่นเดียวกันนี้ หรืออาจกล่าวได้ว่าการตีความกฎหมายอาญาต้องมีลักษณะของความเป็นภาววิสัย (Objectivity) ที่สามารถตรวจสอบความถูกต้องได้ โดยคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลต้องมีเหตุผลในการตัดสินใจทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ดังนั้น การให้เหตุผลในคำพิพากษาหรือคำสั่ง ศาลจึงต้องให้เหตุผลที่ละเอียดชัดเจนที่สุดเท่าที่สามารถจะทำได้¹⁰⁷

อย่างไรก็ดี อาจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ เห็นว่า การตีความกฎหมายอาญานั้นมีความสำคัญต่อการปรับใช้กฎหมายและในการใช้กฎหมายต้องมีการตีความกฎหมายเสมอ แต่นักนิติศาสตร์ไทยก็ยังมีความเห็นในเรื่องการตีความกฎหมายอาญาที่ยังแตกต่างกันอยู่เพราะนักนิติศาสตร์ไทยได้ศึกษากฎหมายในประเทศที่มีระบบกฎหมายที่มีความแตกต่างกัน จึงมีนิติวิธี (Juristic Method) ในการตีความกฎหมายอาญาที่แตกต่างกัน

ดังนั้น การตีความกฎหมายอาญานอกจากตีความตามเจตนารมณ์อันเป็นความมุ่งหมายที่แท้จริงของกฎหมายแล้ว การตีความกฎหมายอาญาจะต้องสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของระบบกฎหมายของไทยที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ซึ่งได้รับรองและยืนยันไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 ตลอดจนเพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนในทางวิชาการ¹⁰⁸

¹⁰⁷ อัจฉริยา ชูตินันท์, “นิติวิธีการตีความกฎหมายอาญาในประเทศไทย,” วารสารสุโขทัยปริทัศน์, ปีที่ 33, ฉบับที่ 107, น. 252 (กรกฎาคม - กันยายน 2562).

¹⁰⁸ อัจฉริยา ชูตินันท์, นิติวิธีการตีความกฎหมายอาญาในประเทศไทย, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 260.

2.4 แนวคิดในการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของอาชญากรรม

แนวคิดเรื่องหลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิด (Punishment fit to the crime) ตามแนวความคิด “ทฤษฎีเจตจำนงอิสระ” (Free Will Theory) ซึ่งทฤษฎีนี้มีแนวความคิดที่ว่า การพิจารณาบทลงโทษผู้กระทำความผิดควรจะได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของอาชญากรรม กล่าวคือ การกำหนดบทลงโทษนั้นต้องได้สัดส่วนเหมาะสมกับลักษณะความผิด¹⁰⁹ (Equal punishment for the same crime) คือ การลงโทษต้องไม่มากจนมีลักษณะโหดร้ายทารุณ หรือไม่น้อยเกินไปจนทำให้ผู้กระทำความผิดคิดว่าคุ้มค่าที่จะได้ผลประโยชน์จากการกระทำความผิด หรือประกอบอาชญากรรมนั้น

ทฤษฎีนี้ถือว่ามนุษย์ทุกคนมีเจตจำนงอิสระ (Free Will) และมนุษย์มีอิสระในการเลือกกระทำสิ่งใดๆ ที่เห็นว่าเป็นประโยชน์มากกว่าเสียประโยชน์ เช่นเดียวกับการประกอบอาชญากรรม เมื่อมนุษย์เห็นว่าการกระทำความผิดนั้นทำให้เกิดความพอใจและตัดสินใจเลือกกระทำความผิดนั้น มนุษย์ย่อมต้องยอมรับผลร้ายที่จะต้องเกิดขึ้นด้วย

คำประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง 1789 ข้อ 8 บัญญัติว่า “กฎหมายต้องบัญญัติโทษทางอาญาที่จำเป็น”¹¹⁰

ดังนั้น โทษทางอาญาต้องประกอบด้วยสองลักษณะ คือ “จำเป็น” (necessary) และ “ได้สัดส่วน”(proportionate) ซึ่งตรงกับคำกล่าวของ Cesare Beccaria ที่ว่า “เพื่อไม่ให้โทษทางอาญาใดก็ตามเป็นการกระทำที่รุนแรงโดยคนหนึ่งหรือหลายคนต่อประชาชน โทษทางอาญาจึงต้องเปิดเผย จำเป็น และรุนแรงน้อยที่สุด ตามสถานการณ์ที่ปรากฏ และได้สัดส่วนกับความผิด และต้องเป็นโทษที่กำหนดโดยกฎหมาย”¹¹¹ ซึ่งหลักการนี้ได้ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง¹¹²

¹⁰⁹ ซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria) ผู้เป็นนักปราชญ์คนสำคัญในศตวรรษที่ 18 และผู้คิดค้นแนวคิดเรื่องหลักการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิด ภายใต้ทฤษฎีเจตจำนงอิสระ เพื่อนำมาใช้เป็นแนวความคิดพื้นฐานทางสาขาอาชญาวิทยาในการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

¹¹⁰ ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 145.

¹¹¹ เพิ่งอ้าง, น. 145.

¹¹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของ

2.5 แนวความคิดและทฤษฎีการคุ้มครองผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจาร

2.5.1 หลักสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน¹¹³ คือ สิทธิที่ติดตัวมนุษย์ทุกคน โดยไม่เลือกว่าจะเป็นสัญชาติ สถานที่เกิด เพศ ต้นกำเนิดทางชาติพันธุ์หรือทางชนชาติ สีผิว ศาสนา ภาษา หรือสถานะใดๆ ก็ตาม เราทุกคนล้วนเท่าเทียมกันและมีสิทธิมนุษยชนโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ สิทธิเหล่านี้ล้วนเกี่ยวพันกันพึ่งพาซึ่งกันและกัน และไม่อาจถูกแบ่งแยกได้

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน¹¹⁴ (Universal Declaration of Human Rights หรือ UDHR) คือ เอกสารที่ทั่วโลกตกลงใช้ร่วมกันเป็นแนวทางไปสู่เสรีภาพและความเท่าเทียม โดยการปกป้องสิทธิมนุษยชนของทุกคนในทุกแห่งหน นับเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ที่นานาประเทศเห็นพ้องกันว่าสิทธิและเสรีภาพเป็นสิ่งที่ต้องได้รับการปกป้องเพื่อให้มนุษย์สามารถมีชีวิตอยู่ได้อย่างเสรี เท่าเทียม และมีศักดิ์ศรี ปฏิญญาได้ถูกตอบรับในวันที่ 10 ธันวาคม 1948 โดยสหประชาชาติที่เพิ่งจะก่อตั้งได้ไม่นาน หลังจากชาวโลกต้องเผชิญกับ “การกระทำอย่างโหดร้ายป่าเถื่อน...ที่สร้างความเกรี้ยวกราดต่อจิตสำนึกของมวลมนุษยชาติ” ที่ได้เกิดขึ้นในสงครามโลกครั้งที่สอง การรับรองปฏิญญาในครั้งนั้นได้กลายเป็นรากฐานไปสู่อิสรภาพ ความยุติธรรม และความสงบสุข ปฏิญญานี้ได้อธิบายสิทธิและเสรีภาพ 30 อย่างที่มนุษย์ทุกคนต้องมีและไม่มีใครพรากมันไปได้ ซึ่งสิทธิเหล่านี้ได้เป็นรากฐานสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน แม้แต่ในปัจจุบัน เอกสารนี้ก็ยังคงบังคับใช้อยู่ และเป็นเอกสารที่ได้รับการแปลภาษามากที่สุดในโลก

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights หรือ UDHR) มีหลักสำคัญว่า “มนุษย์ทั้งปวงเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิเท่าเทียม

บุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระงับเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย”

¹¹³ ปกป้อง ศรีสนิท, สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2563), น. 17.

¹¹⁴ Amnesty international Thailand, “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 16 มกราคม 2564, จาก <https://www.amnesty.or.th/our-work/hre/what-udhr>

กัน”¹¹⁵ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยังคุ้มครองผู้ถูกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในฐานะผู้เสียหายไว้ด้วย โดยปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 8 “ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอันมีประสิทธิผลจากศาลที่มีอำนาจแห่งรัฐต่อการกระทำอันล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งตนได้รับตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย”¹¹⁶

หลักการของสิทธิมนุษยชน¹¹⁷ (The Human Rights Principles) ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน นอกจากระบุขอบเขตของสิทธิมนุษยชนว่าครอบคลุมสิทธิอะไรแล้ว ตัวปฏิญญาฯ เองยังได้นำเสนอหลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชนไว้ด้วย หลักการนี้ถือเป็นสาระสำคัญที่ใช้อ้างอิงความเป็นสากลของสิทธิมนุษยชน และใช้เป็นเครื่องมือชี้วัดว่าสังคมใดมีการเคารพและปฏิบัติตามหลักการสิทธิมนุษยชนหรือไม่ ทั้งนี้หลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชนประกอบด้วย

(1) เป็นสิทธิธรรมชาติติดตัวมนุษย์มาแต่เกิด (Natural Rights) หมายความว่า มนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรีประจำตัวตั้งแต่เกิดมาเป็นมนุษย์ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) นี้ไม่มีใครมอบให้ เป็นสิ่งที่ธรรมชาติได้กำหนดขึ้น ในมนุษย์ทุกคน ความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หมายถึง

1) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ คือ คุณค่าของคนในฐานะที่เขาเป็นมนุษย์

2) การให้คุณค่าของมนุษย์แบ่งเป็น 2 ประเภท

(2.1) คุณค่าของมนุษย์ในฐานะการดำรงตำแหน่งทางสังคม ซึ่งมีความแตกต่างกันขึ้นอยู่กับการมีอำนาจหรือการยึดครองทรัพยากรของสังคม

(2.2) คุณค่าของมนุษย์ในฐานะที่เป็นมนุษย์ซึ่งมีความเท่าเทียมกัน ไม่แบ่งแยก

3) การกำหนดคุณค่าที่แตกต่างกันนำมาซึ่งการลดทอนคุณค่าความเป็นมนุษย์ผู้คนในสังคม โดยทั่วไปมักให้คุณค่าของฐานะตำแหน่งหรือเงินตรามากกว่า ซึ่งการให้คุณค่าแบบนี้นำมาซึ่งการเลือกปฏิบัติจึงต้องปรับวิธีคิดและเน้นให้มีการปฏิบัติโดยการให้คุณค่าของความเป็นคนในฐานะความเป็นมนุษย์ไม่ใช่ให้คุณค่าคนตามสถานภาพทางเศรษฐกิจและสังคม

¹¹⁵ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, โดยกรมองค์การระหว่างประเทศ, 2551, กรุงเทพมหานคร : กระทรวงการต่างประเทศ, น. 20.

¹¹⁶ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, โดยกรมองค์การระหว่างประเทศ, 2551, กรุงเทพมหานคร : กระทรวงการต่างประเทศ, น. 22.

¹¹⁷ พีระศักดิ์ พอจิต, “เอกสารวิชาการส่วนบุคคล หัวข้อหลักสิทธิมนุษยชน เรื่องสิทธิมนุษยชนในหลายมิติ,” สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2559.

(2) หลักสิทธิมนุษยชนเป็นสากลและไม่สามารถถ่ายโอนกันได้ (Universality & Inalienability)

ความเป็นสากล หมายความว่า ทุกคนที่เกิดมาบนโลกนี้ ไม่ว่าจะเกิดที่ใดในโลก ไม่ว่าจะเกิดมาจากผู้ใดเป็นบุพการี ไม่ว่าจะเกิดในช่วงเวลาใด ย่อมได้รับสิทธินี้ติดตัวมาตั้งแต่เกิด รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไม่ว่ารัฐนั้นจะมีระบบทางการเมือง เศรษฐกิจ หรือวัฒนธรรมแบบใดก็ตาม¹¹⁸

ส่วนที่กล่าวว่าสิทธิมนุษยชนไม่สามารถถ่ายโอนให้แก่กันได้หมายความว่า ในเมื่อสิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิประจำตัวของมนุษย์มนุษย์แต่ละคนย่อมไม่สามารถมอบอำนาจ หรือสิทธิมนุษยชนของตนให้แก่ผู้ใดได้ไม่มีการครอบครองสิทธิแทนกัน แต่ต่างจากการครอบครองที่ดิน หรือทรัพย์สิน เพราะสิทธิมนุษยชนเป็นเรื่องที่ธรรมชาติกำหนดขึ้น เป็นหลักการที่ทุกคนต้องปฏิบัติแต่หากจะถามว่าในเมื่อสิทธิมนุษยชนเป็นของคนทุกคนเช่นนี้แล้ว สามารถมีสิทธิมนุษยชนเฉพาะกลุ่มได้หรือไม่ ในทางสากลได้มีการจัดหมวดหมู่และกลุ่มของสิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิของกลุ่มเฉพาะและสิทธิตามประเด็นปัญหา เช่น สิทธิสตรี สิทธิเด็ก สิทธิในกระบวนการยุติธรรม สิทธิผู้ติดเชื้อ HIV/เอดส์สิทธิของผู้ลี้ภัย เป็นต้น

(1) สิทธิมนุษยชนไม่สามารถแยกเป็นส่วนๆ ว่าสิทธิใดมีความสำคัญกว่าอีกสิทธิหนึ่ง (Indivisibility) กล่าวคือ สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ไม่สามารถแบ่งแยกว่ามีความสำคัญกว่าสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม สิทธิทั้งสองประการนี้ต่างมีความสำคัญเท่าเทียมกัน ดังนั้น รัฐบาลใดจะมาอ้างว่าต้องพัฒนาประเทศให้ประชาชนมีความเป็นอยู่ทางเศรษฐกิจ หรือต้องแก้ปัญหาลากท้องก่อน แล้วจึงค่อยให้ประชาชนมีส่วนร่วมทางการเมือง ย่อมขัดต่อหลักการนี้

(2) ความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ¹¹⁹ (Equality and Non-Discrimination)

รัฐจะเลือกคุ้มครองสิทธิกับคนบางกลุ่มไม่ได้ การให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจะต้องอยู่บนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights หรือ UDHR) ข้อ 1. รับรองว่า “มนุษย์ทุกคนเกิดมาอิสระและเสมอภาคกันในสิทธิและศักดิ์ศรี...” และในส่วนสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 14.1 ได้รับรองความเสมอภาคกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอย่างชัดเจนว่า “บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอภาคกันใน

¹¹⁸ ปกป้อง ศรีสนิท, สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 19.

¹¹⁹ เพิ่งอ้าง, น. 20.

การพิจารณาของศาล...” นอกจากนี้ในข้อ 14.3 ได้รับรองความเสมอภาคในสิทธิในกระบวนการยุติธรรมว่า “ในการตัดสินคดีอาญา บุคคลทุกคนมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรมดังต่อไปนี้เท่าเทียมกัน.....”

กล่าวโดยสรุป จากหลักการของสิทธิมนุษยชนตามหลักปรัชญาสากล ที่ว่าสิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิธรรมชาติติดตัวมนุษย์มาแต่เกิด มนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรีประจำตัว ตั้งแต่เกิดมาเป็นมนุษย์ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้ไม่มีใครมอบให้ เป็นสิ่งที่ธรรมชาติได้กำหนดขึ้นในมนุษย์ทุกคน รวมถึงสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย ไม่อาจมีผู้ใดมากระทำการอันล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานได้ ดังนั้น สำหรับผู้กระทำความผิด โดยการล่วงละเมิดทางเพศผู้อื่น อันถือเป็นการล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งกายและใจ นอกจากจะเป็นการกระทำผิดกฎหมายภายในประเทศแล้ว ยังเป็นการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานตามหลักปรัชญาสากลอีกด้วย

2.5.2 หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ได้ให้ความหมายของคำว่า “ศักดิ์ศรี” (dignity) ว่า หมายถึง เกียรติศักดิ์ ส่วน คำว่า “เกียรติ” หมายถึง ชื่อเสียง ความยกย่องนับถือ ความมีหน้ามีตา คำว่า “ศักดิ์” หมายถึง อำนาจ ความสามารถ กำลัง ฐานะ ความหมายเหล่านี้สอดคล้องกับความหมายของ คำว่า “dignity” ในภาษาอังกฤษ ซึ่งมีรากศัพท์มาจากภาษาโรมัน คำว่า “dignitas”¹²⁰

ในสมัยโรมันคำว่า “ศักดิ์ศรี” (dignitas) ความหมายเกี่ยวข้องกับสถานะของบุคคล “ศักดิ์ศรี” จึงหมายถึง ระดับชั้นทางการเมืองหรือทางสังคม (political or social rank) ที่มาจากการมีตำแหน่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมถึงอาจมาจากการยอมรับของประชาชนในความสำเร็จส่วนบุคคล หรือความมีศีลธรรมที่สูงส่งของบุคคลนั้น การยอมรับสถานะของ “ศักดิ์ศรี” ของบุคคลเช่นนี้จึงก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นที่จะต้องให้ความเคารพและให้เกียรติบุคคลผู้มีศักดิ์ศรีดังกล่าว หากผู้ใดละเมิดต่อหน้าที่นี้อาจถูกลงโทษในทางใดทางหนึ่ง ไม่ว่าจะทางอาญาหรือทางแพ่งก็ได้¹²¹

¹²⁰ ไชยันต์ กุลนิตติ, “หลักสิทธิมนุษยชน เรื่อง : ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยศาลรัฐธรรมนูญ,” การอบรมหลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตยรุ่นที่ 2, วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, น. 2.

¹²¹ Barroso, Luís Roberto, “Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse,” *Boston College International Law and Comparative Law Review*, 35(2): 331-393, (2012), p. 13. อ้างใน ไชยันต์ กุลนิตติ, หลักสิทธิมนุษยชน เรื่อง : ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยศาลรัฐธรรมนูญ, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 2.

ศาสนาคริสต์ เข้าใจ คำว่า “ศักดิ์ศรี” ในความหมายที่เกี่ยวข้องกับ ความเมตตาของพระเจ้า ผู้เป็นเจ้าของ เนื่องจาก มนุษย์ทั้งหลายถูกสร้างขึ้นตามความประสงค์ของพระเจ้า ผู้เป็นเจ้าของ ศักดิ์ศรีของมนุษย์ จึงเป็นสิ่งที่พระเจ้าผู้เป็นเจ้าประทาน มนุษย์ซึ่งเสมอกันในสายตาของพระเจ้านั้น จึงมีอาจทำลายหรือพรากศักดิ์ศรีของบุคคลอื่นหรือแม้กระทั่งของตัวเองได้¹²² ดังนั้น เราอาจสรุปลักษณะ โดยทั่วไปของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์¹²³ ได้ดังนี้

(1) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีลักษณะเป็นคุณค่าที่ติดตัวมากับความเป็นมนุษย์และการคงอยู่ของคุณค่าดังกล่าวไม่ได้ขึ้นอยู่กับปัจจัยอื่นใดเลย ยกเว้นความเป็นมนุษย์เท่านั้น ในแง่นี้มนุษย์จึงไม่อาจถูกปฏิบัติเยี่ยงวัตถุหรือสัตว์ได้

(2) คุณค่าอันเป็นศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น ไม่อาจถูกพรากหรือถ่ายโอนระหว่างกันได้ ไม่ว่าจะกระทำโดยบุคคลนั้นเองหรือบุคคลอื่นใด จึงยอมรับกันว่า หากสิ่งใดถูกถือว่าเป็นใน ความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว สิ่งนั้นย่อมเป็นสิ่งที่ละเมิด ไม่ได้โดยเด็ดขาด

(3) หลักที่ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ละเมิดไม่ได้โดยเด็ดขาด ส่งผลให้ความสามารถของบุคคลที่ต่างกันไม่มีผลต่อการดำรงอยู่ของคุณค่าแห่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

(4) ในรัฐเสรีประชาธิปไตยสมัยใหม่ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นหลักประกันที่เป็นมาตรฐานที่สุดของสังคม ว่ามนุษย์ย่อมเป็นประธานแห่งสิทธิและมีอำนาจในการกำหนดเจตจำนงที่ชอบธรรมของตนเองรัฐ จึงมีหน้าที่เพียงให้ความเคารพและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เท่านั้น

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights 1948) ได้กล่าวถึงหลักการในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย ซึ่งเป็นที่ยอมรับของประชาคมระหว่างประเทศอย่างกว้างขวาง หากมีการกล่าวถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นคุณค่าของสิทธิมนุษยชนย่อมต้องย้อนกล่าวถึงปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้ปฏิญญาดังกล่าว ยังถือเป็นหลักการสำคัญนำไปสู่การร่างสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศตลอดจนได้ปรากฏอย่างแพร่หลายในรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ รวมไปถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560

¹²² บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547), น. 86, อ้างใน ไชยันต์ กุลนิตติ, หลักสิทธิมนุษยชน เรื่อง : ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยศาลรัฐธรรมนูญ, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 2.

¹²³ ไชยันต์ กุลนิตติ, หลักสิทธิมนุษยชน เรื่อง : ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยศาลรัฐธรรมนูญ, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 3.

หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นฉบับที่ใช้บังคับในปัจจุบัน ได้บัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในหมวด 1 บททั่วไป มาตรา 4 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” บทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่กล่าวถึงหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น ได้มีการบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 4 และบัญญัติทำนองเดียวกันในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ โดยเป็นบทกำหนดการคุ้มครองปัจเจกบุคคลทั้งหลายที่อยู่ในประเทศไทย ซึ่งเป็นเรื่องที่สอดคล้องกับหลักสากล และเนื่องจากคำว่า “บุคคล” มีความหมายครอบคลุมไม่ว่าจะเป็นเพศใด หรือเพศสภาพใด ดังนั้น การใช้คำว่า “บุคคล” ในวรรคหนึ่งเพื่อเป็นหลักประกันในเรื่องการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลทุกคนตามหลักสากล โดยมีความมุ่งหมายเพื่อกำหนดหลักประกันเพื่อคุ้มครองความเท่าเทียมกันของบุคคล สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลและปวงชนชาวไทย¹²⁴

เมื่อพิจารณาแล้วเห็นได้ว่าหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ถูกบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองการให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในมาตราแรกๆ ของรัฐธรรมนูญ และในมาตราเดียวกันกับเรื่องสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว ย่อมแสดงให้เห็นว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีฐานะเป็นหลักการสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบุคคลไปด้วย¹²⁵

นอกจากนี้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 26 วรรคแรก ยังกล่าวถึงหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย” โดยความมุ่งหมายของมาตรานี้เพื่อเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล บทบัญญัติแห่งมาตรานี้เป็นการรวบรวมหลักการสำคัญๆ ที่เคยมีอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ

¹²⁴ “ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตรา ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560,” คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ พฤษภาคม 2562, สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, น. 6.

¹²⁵ ไชยันต์ กุลนิตติ, หลักสิทธิมนุษยชน เรื่อง : ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยศาลรัฐธรรมนูญ, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 14.

มาไว้ในที่เดียวกัน แต่บัญญัติให้ชัดเจนถึงความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญมากยิ่งขึ้น นอกจากนั้นเป็นการรองรับบทบัญญัติของมาตรา 25 ที่บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยไว้อย่างไม่จำกัด การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะมีเฉพาะที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือในกฎหมายมาตรา 26 จึงบัญญัติถึงเงื่อนไขที่จะตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้ให้ชัดเจน กล่าวคือ ถ้าเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญจะกำหนดได้แต่เฉพาะตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้โดยเฉพาะ มาตรานี้ได้กำหนดเงื่อนไขไว้ 4 ประการ¹²⁶ คือ

(1) ต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม

หลักนิติธรรม (Rule of Law) และหลักนิติรัฐ (Legal State) เป็นเรื่องที่นักวิชาการเห็นว่ามี ความหมายใกล้เคียงกันมาก คือ เป็นหลักการที่อารยประเทศยึดถือเป็นหลักที่ถือกำเนิดเป็นครั้งแรกในประเทศอังกฤษซึ่งใช้กฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) สำหรับคำว่า นิติรัฐ (Legal State) เป็นหลักที่เกิดขึ้นในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ซึ่งนำโดยประเทศสหพันธ์รัฐเยอรมัน ซึ่งใช้คำในภาษาเยอรมันว่า เรชท์สตาต (Rechtsstaat) แต่ทั้งนิติธรรม (Rule of Law) และนิติรัฐ (Legal State) ต่างใช้คิดตรงกันว่า

หลักที่ 1 ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ เจ้าหน้าที่รัฐหรือฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจกระทำการใดๆ ทั้งสิ้น ซึ่งต่างจากเอกชน ถ้าเอกชนจะดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด ถ้าไม่มีกฎหมายห้ามไว้ก็สามารถดำเนินการได้เสมอ การที่ไม่ให้เจ้าหน้าที่รัฐดำเนินการใด ๆ หากไม่มีกฎหมายบัญญัติเพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนและแม้จะมีกฎหมายบัญญัติก็จะมีข้อกำหนดเงื่อนไขขอบเขตในการใช้อำนาจไว้ด้วย

หลักที่ 2 คือ หลักที่ว่า เมื่อมีการกำหนดขอบเขตไว้เช่นใด รัฐหรือฝ่ายปกครองจะต้องใช้กฎหมายไปในขอบเขตแห่งอำนาจนั้นโดยเคร่งครัดไม่สามารถใช้อำนาจเกินกว่าขอบเขตที่กฎหมายบัญญัติไว้มิได้

(2) ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุหลักการนี้เป็นหลักการใหม่ที่กำลังเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศในอันที่จะป้องกันมิให้รัฐตรากฎหมายมาเพิ่มภาระแก่ประชาชนจนเกินความจำเป็น โดยคำนึงถึงประโยชน์ที่สังคมและส่วนรวมจะได้รับ เมื่อ

¹²⁶ “ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตรา ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560,” คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ พฤษภาคม 2562, สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, น. 38-40.

เทียบกับภาระที่ประชาชนทุกคนจะต้องปฏิบัติเพื่อให้ถูกต้องตามกฎหมาย เช่น ถ้ารัฐต้องการรู้ว่าประชาชนทั่วไปผู้ใดทำการค้าขายบ้าง รัฐอาจออกกฎหมายเพื่อกำหนดให้ประชาชนทั้งประเทศที่ประสงค์จะทำการค้าขายต้องมาจดทะเบียนต่อรัฐ เพียงเพื่อรัฐจะได้รู้ว่ามิใช่ผู้ใดค้าขายอยู่ที่ใดและทำอะไร ซึ่งในการออกกฎหมายเช่นนั้นประชาชนทุกคนที่ทำการค้าขายย่อมเกิดหน้าที่ที่จะต้องมาจดทะเบียนกับรัฐ จะต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินการดังกล่าวเป็นจำนวนมาก ในขณะที่รัฐสามารถสำรวจตรวจสอบเป็นครั้งคราว หรือสามารถรู้ได้จากข้อมูลของหน่วยงานอื่น เช่น หน่วยงานที่จัดเก็บภาษีอากร เป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าภาระที่เกิดแก่ประชาชน เมื่อเทียบกับประโยชน์ที่รัฐหรือสังคมจะได้รับย่อมไม่คุ้มค่ากัน หรือในกรณีที่รัฐตรากฎหมาย (พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ประสบภัยจากรถ พ.ศ. 2535) บังคับให้ประชาชนที่เป็นเจ้าของรถต้องจัดให้มีการประกันความเสียหายสำหรับผู้ประสบภัยโดยประกันภัยกับบริษัท แม้ว่าประชาชนส่วนหนึ่งจะได้ทำประกันภัยที่คุ้มครองรวมถึงการคุ้มครองที่กำหนดไว้ในกฎหมายแล้ว ก็ยังถูกบังคับให้ต้องทำประกันภัยซ้ำอีก อันเป็นการสร้างภาระให้เกิดแก่ประชาชนโดยไม่จำเป็น แม้ต่อมาจะได้มีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวโดยเพิ่มความว่า “สำหรับรถที่เจ้าของรถได้จัดให้มีการประกันภัยความเสียหายต่อผู้ประสบภัย โดยเอาประกันภัยครอบคลุมความเสียหายต่อผู้ประสบภัยและทรัพย์สิน ตามชนิด ประเภท และขนาดของรถที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงแล้วไม่ต้องจัดให้มีการประกันความเสียหายสำหรับผู้ประสบภัยอีก” แต่ในทางปฏิบัติรัฐก็มิได้ออกกฎกระทรวงดังกล่าวในส่วนที่เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพเกินจำเป็น มีความมุ่งหมายทำนองเดียวกับการห้ามตรากฎหมายสร้างภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น กล่าวคือ เพื่อป้องกันมิให้รัฐตรากฎหมายจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพเกินความจำเป็นเมื่อคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐหรือสังคมโดยรวม เช่น รัฐจะตรากฎหมายบังคับให้ผู้จะเล่นกีฬาเป็นอาชีพทุกชนิดต้องได้รับใบอนุญาต โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อยแก่สังคม หรือป้องกันมิให้เกิดอันตรายแก่ผู้ประกอบการอาชีพ ย่อมจะเห็นได้ชัดว่าประโยชน์ที่รัฐหรือสังคมจะได้รับ ย่อมไม่อาจเทียบได้กับความสูญเสียสิทธิและเสรีภาพที่จะเกิดขึ้นกับประชาชนอย่างแน่แท้ เพราะกีฬาเป็นจำนวนมากไม่มีความเสี่ยงภัยต่อชีวิตร่างกายของผู้เล่น หรือผู้ชม เช่น การแข่งขันหมากล้อม หมากรุก หรือแม้แต่การเล่นกอล์ฟ

(3) จะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เป็นคำที่เกิดขึ้นในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง เพื่อเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพของคนที่มนุษย์ทุกคนมีอยู่ในตัวเอง ซึ่งใครจะมาละเมิดมิได้ เช่น ชีวิตร่างกาย ชื่อเสียง เป็นต้น เดิมในรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีการบัญญัติคำดังกล่าวไว้

แต่ในรัฐธรรมนูญยุคใหม่ เช่น เยอรมัน ญี่ปุ่น และพันธกรณีระหว่างประเทศภายหลังมีการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติ คำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เริ่มบัญญัติในรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ. 1946 ดังนั้น คำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” จึงมีนัยแตกต่างไปจาก “ศักดิ์ศรี” ในความหมายทั่วไปที่หมายถึง “เกียรติศักดิ์”

(4) ต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วยบทบัญญัติดังกล่าวเป็นหลักประกันมิให้รัฐบาลอาศัยเสียงข้างมากในรัฐสภาที่จะตรากฎหมายตามอำเภอใจ จนอาจก่อให้เกิดความไม่สงบหรือเดือดร้อนแก่ประชาชน โดยไม่จำเป็น ส่วนบทบัญญัติในวรรคสอง เป็นบทบัญญัติเพื่อป้องกันมิให้มีการตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติ อันเป็นหลักสากลที่ใช้กันอยู่ทั่วไปในนานาชาติ ทั้งยังเป็นหลักการที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ เช่นเดียวกัน ความหมายในวรรคนี้ มิได้มีความมุ่งหมายเพียงห้ามมิให้ตรากฎหมายในทางจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพแก่บุคคลใดเป็นการเฉพาะ โดยตรงเท่านั้น แม้แต่การตรากฎหมายที่จะมีผลให้เกิดกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ ก็ต้องห้ามเช่นเดียวกัน ดังจะเห็นได้ว่าในบางกรณีที่ต้องกระทำ ก็ต้องมีบทบัญญัติยกเว้นไว้ให้ในรัฐธรรมนูญ ดังที่ปรากฏในมาตรา 37 วรรคเจ็ดของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ซึ่งบัญญัติยกเว้นให้กระทำได้ ในกรณีการตรากฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ โดยระบุเจาะจงอสังหาริมทรัพย์หรือเจ้าของอสังหาริมทรัพย์

2.6 วิวัฒนาการลักษณะการกระทำชำเรากับลักษณะการกระทำอนาจาร

สำหรับปัจจุบันข่าวเกี่ยวกับความรุนแรงทางเพศเป็นเรื่องที่ปรากฏแทบทุกวันในสังคมไทย ซึ่งเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นมาช้านานและนับวันยิ่งทวีความรุนแรง จึงได้มีการบัญญัติกฎหมายในความผิดเกี่ยวกับเพศขึ้นเพื่อใช้แก้ไขปัญหาคความรุนแรงดังกล่าว โดยกฎหมายแต่ละยุคสมัยก็มีการพัฒนาตามสถานการณ์สังคมโลกปัจจุบันและความก้าวหน้าไกลของเทคโนโลยีรวมทั้งการพัฒนาทางการแพทย์และวิทยาศาสตร์ประกอบกับทัศนคติของคนแต่ละยุค ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษา วิวัฒนาการลักษณะการกระทำชำเรากับวิวัฒนาการลักษณะการกระทำอนาจารในแต่ละยุคสมัย และศึกษาเปรียบเทียบลักษณะการกระทำชำเรากับลักษณะของการกระทำอนาจาร รายละเอียดดังต่อไปนี้

2.6.1 กฎหมายตราสามดวง

พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ผู้ทรงสถาปนากรุงรัตนโกสินทร์และทรงบัญชาให้ชำระกฎหมายทั้งหลายให้เป็นธรรม เรียกกันภายหลังว่า “กฎหมายตราสามดวง”¹²⁷ โดยมูลเหตุของการชำระสะสางกฎหมาย พบว่าเกิดมีคดีขึ้นคดีหนึ่งและมีการทูลเกล้าฯ ถวายฎีกาคดีที่เกิดขึ้นนี้ คือ คดีที่อ้าแดงบ้อมฟ้องหย่านายบุญศรีช่างเหล็กหลวง ทั้ง ๆ ที่ตนได้ทำชู้กับนายราชอรอดและศาลได้พิพากษาให้หย่าได้ตามที่อ้าแดงบ้อมฟ้อง โดยอาศัยการพิจารณาคดีตามบทกฎหมายที่มีความว่า “ชายหาผิดมิได้” หญิงขอหย่า ท่านว่าเป็นหญิงหย่าชาย หย่าได้” เมื่อผลของคดีเป็นเช่นนี้ นายบุญศรีจึงได้นำเรื่องขึ้นทูลเกล้าถวายฎีกาต่อพระเจ้าแผ่นดิน พระองค์ทรงเห็นด้วยกับฎีกาว่าคำพิพากษาของศาลนั้นขัดหลักความยุติธรรม ทรงสงสัยว่าการพิจารณาพิพากษาคดี จะถูกต้องตรงตามตัวบทหรือไม่ จึงมีพระบรมราชโองการให้เทียบกฎหมายทั้ง 3 ฉบับ คือ ฉบับที่ศาลใช้ กับฉบับที่หอหลวง และฉบับที่ห้องเครื่อง แต่ก็ไม่ปรากฏข้อความที่ตรงกัน เมื่อเป็นดังนี้ จึงทรงมีพระราชดำริว่ากฎหมายนั้นไม่เหมาะสม อาจมีความคลาดเคลื่อนจากการคัดลอกสมควรที่จะมีการชำระสะสางกฎหมายใหม่¹²⁸

ความผิดเกี่ยวกับเพศปรากฏอยู่ในพระไอยการลักษณะฝ่าฝืน โดยพระไอยการลักษณะฝ่าฝืนเป็นบทบัญญัติลักษณะหนึ่งในกฎหมายตราสามดวง เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในครอบครัว ทั้งในทางแพ่งและทางอาญา เช่น การสมรส การเป็นชู้ (ใช้เฉพาะหญิงผู้เป็นภรรยา มีชู้) การข่มขืนกระทำชำเราหญิงและเด็กหญิง ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา การชดใช้ค่าเสียหาย และการลงโทษในกรณีละเมิดข้อห้ามต่าง ๆ ทางกฎหมาย¹²⁹ ด้วยเหตุที่ได้จัดเอาบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศลงไว้ในพระไอยการลักษณะฝ่าฝืน ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา เพราะเห็นว่า การล่วงเกินบุตรหญิงของผู้อื่นเป็นการละเมิดอำนาจปกครองหรืออำนาจอิสระของบิดามารดา และการล่วงเกินภริยาของผู้อื่นเป็นการละเมิดอำนาจ

¹²⁷ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2562), น. 147.

¹²⁸ เพ็ญอ้อ, น. 144-145.

¹²⁹ กฤษฎา บุญยสวัสดิ, “บทบัญญัติต่างๆ ในกฎหมายตราสามดวง,” สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชนฯ, (2547), เล่มที่ 30, น. 114.

ปกครองหรืออำนาจอิสระของสามี¹³⁰ แสดงให้เห็นว่าในประวัติศาสตร์ความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นมีได้ มีขึ้นหรือมีอยู่เพื่อเป็นการปกป้องสตรีแต่อย่างใด ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเกิดจาก วัตถุประสงค์ของสังคมในอันที่จะปกป้องสิทธิในทรัพย์สิน องค์ประกอบที่สำคัญที่สุดของความผิด ฐานนี้อยู่ที่การเอาไปเสียซึ่งทรัพย์สินของ “ชาย” ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นการลักเอาไป ซึ่ง “พรหมจรรย์” และมุ่งคุ้มครองหญิงพรหมจารีจากการถูกล่วงล้ำโดยใช้กำลัง การลักพาตัวและ การบังคับให้สมรส¹³¹

พระไอยการลักษณะฝ่าฝืนได้ปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับเพศ โดย แบ่งเป็นสองลักษณะ คือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร พิจารณา ได้ดังนี้

2.6.1.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

1 มาตราหนึ่ง “ชายใดข่มขืนภริยาท่านถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณมผิดเมียทวิคูณ ถ้า ข่มขืนมิได้ถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณมผิดเมีย”¹³²

38 มาตราหนึ่ง “หญิงชายราษฎรอยู่กินเปนสามีภรรยาแลทรัพย์ สิ่งของบวคเปนภริยา สามเณร แล้ว แลสึกออกมาจะคืนอยู่กินด้วยหญิงอีกไซ้ ถ้าหญิงมิสมักเปน ภรรยาชายนั้นต่อไปก็ตามใจหญิง เหตุว่าบวคแล้วขาดจากสามีกัน ถ้าชายถูกลากข่มขืนหญิงนั้น ท่านให้ไหมชายคุดทำแก่หญิงม่าย”¹³³

41 มาตราหนึ่ง ถ้าพระครูภิกษุสามเณรผู้อยู่ในศีล ทำทุลาจนผิดกิจวิโนยทำร้ายด้วยหญิง หาสามีได้ถึงชำเราเป็นสัจไซ้ ชื่อว่าปราชิก ให้สึกออกลงโทษ 50 25 ที่ ส่งตัวลงญาช่างหลวง ส่วน หญิงนั้นให้ทำโทษคุดหญิงทำชู้นอกใจผัวนั้นแล

กล่าวลักษณะมูลวิาทแห่งฝ่าฝืน ด้วยเหตุต่างๆ โดยสังเขปเท่านี้¹³⁴

¹³⁰ ประสิทธิ์ พัฒนอมร, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522), น. 14.

¹³¹ วิชัย อริยะนัมทกะ, “วงการกฎหมายทั่วไป,” ตุลาพาน, ปีที่ 32, เล่มที่ 4, (กรกฎาคม-สิงหาคม 2528), น. 121.

¹³² ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 พิมพ์ตามฉบับหลวง ตรา 3 ดวง เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), น. 3.

¹³³ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166, น. 18.

¹³⁴ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166, น. 19.

46 มาตราหนึ่ง “เจ้าเงินก็ดี พี่น้องลูกหลานแห่งเจ้าเงินก็ดี ข่มขืนหญิงทาสถึงชำเรา หญิง ร้องแรกมีสักขีพยานไว้ ท่านให้แบ่งข้าตัวหญิงนั้นเสียกึ่งหนึ่งๆ ให้มันส่งให้แก่เจ้าเงิน ถ้าจับมือถือนมกอดจูบข่มขืนไม่ถึงชำเรา พิจารณาเปนสัจ ให้แบ่งข้าตัวเปน 4 ส่วน ลดส่วน 1 ให้แก่เจ้าเงิน 3 ส่วน ถ้ามันยอมด้วยไว้ อย่าให้แบ่งทุนเขานั้นเสียเลย ถ้ามันมีสมักอยู่ด้วยแลมกจะหย่าไว้ มันยังเกิด บุครด้วยเจ้าเงินแลพี่น้องลูกหลานแห่งเจ้าเงินไม่ จึงให้มันส่งข้าตัวจงถ้วน”¹³⁵

71 มาตราหนึ่ง “ชายใดข่มขืนหญิงมายถึงชำเรา ให้เอาเบี้ยในประณมพิศเมียทำ 5 ส่วน ยกเสียส่วน 1 เอา 4 ส่วน ตั้งใหม่เป็นสินไหมกึ่งพิในกึ่ง ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ใหม่กึ่งถึงชำเรา”¹³⁶

76 มาตราหนึ่ง “ชายใดมีเมียแล้วข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ใหม่ชายนั้น กึ่งประณมพิศเมีย ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ใหม่กึ่งถึงชำเรา”¹³⁷

77 มาตราหนึ่ง “ชายใดหาเมียมิได้ ข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ใหม่ชายนั้น กึ่งเบี้ยชายมีเมียแล้ว ถ้าข่มขืนมิถึงชำเรา ให้ใหม่กึ่งถึงชำเรา”¹³⁸

78 มาตราหนึ่ง “ชายใดข่มขืนหญิงเดกไม่รู้เสียยามิถึงชำเรา ให้ใหม่เอาเบี้ยประณมพิศเมีย ถ้าข่มขืนถึงชำเราโลหิตไหล ให้ใหม่เท่าเบี้ยประณมพิศเมียทวิคูณ ถ้าตบตีหญิงทำให้มีบาดเจ็บ ด้วย ท่านให้ใหม่ชายนั้นโดยบาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง”¹³⁹

88 มาตราหนึ่ง “ชายใดมิได้ผู้ขอลูกสาวหลานสาวท่าน แลบังอาจว่าตนเรียวแรงผู้เดียวก็ ดี ภาพวกเพื่อนไปด้วยก็ดี เข้ากุมเกาะเบาะจะแลงลูกสาวหลานสาวสาวแลเมียท่านไปด้วยแรงคน หญิงนั้นร้องแรก ขัดขวางมิคนรู้เห็นได้ยิน ข่มขืนหญิงนั้นได้ถึงชำเราก็คดี มิได้ถึงชำเราก็คดี หญิงนั้น มาหาความเป็นสัจไว้ ให้ใหม่โดยพระราชกฤษฎีกาเดิม ถ้าข่มขืนหญิงมีบาดเจ็บ ให้ใหม่โดยบาด เจ็บอีกโสดหนึ่ง พวกซึ่งไปด้วยนั้นให้ใหม่กึ่ง ถ้าชายหลายคนข่มขืนโทรมเอาหญิงนั้นไว้ ให้ ลงโทษแก่ชายนั้นด้วยลวดหนักคล 60 ที ให้ใหม่ตามบันดาศักดิ์ทวิคูณ เพราะมันบังอาจหยาบซ้ำต่อ แผ่นดินเมืองท่าน”¹⁴⁰

¹³⁵ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166, น. 20-21.

¹³⁶ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166, น. 34-35.

¹³⁷ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166, น. 42.

¹³⁸ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166, น. 42.

¹³⁹ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166, น. 42.

¹⁴⁰ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166, น. 47.

105 มาตราหนึ่ง บัญญัติว่า “ชายให้สู่ขอลูกสาวหลานสาวท่าน บิดา มานดาหญิงยินยอมให้ชายได้ให้มีขันหมากหมั้นนั้นจะทำการ ยังมีได้ทำการ ชายอื่นบังอาจว่าตนเรียวแรงกุมเกาะเบาะจะแลงหญิงนั้นด้วยแรงตน ช่มชู้หญิงนั้นถึงชำเราก็คดี มิได้ถึงชำเราก็คดี พิจารณาเป็นสัจ ไซ้ ท่านว่าล่วงพระราชอาชาความเมืองท่าน ให้ส่งหญิงนั้นให้แก่บิดา มานดาแล้วให้ทวนชายต้นเหตุด้วยลวดหนัง 50 ที ถ้ามีพวกไปด้วยให้ทวนกล 25 ที จงทุกคน ให้ไหมชายต้นเหตุโดยผิดเมียท่านในขันหมากนั้นจึงควร”¹⁴¹

เห็นว่าความผิดฐานช่มชู้ในกระทำชำเราตามกฎหมายตราสามดวงในพระไอยการลักษณะฝ่าฝืนประกอบไปด้วยบทบัญญัติ มาตรา 1 มาตรา 38 มาตรา 41 มาตรา 46 มาตรา 71 มาตรา 76 มาตรา 77 มาตรา 78 มาตรา 88 และ มาตรา 105

จากบทบัญญัติข้างต้นนั้น สามารถแยกองค์ประกอบได้ดังนี้

(1) ผู้กระทำ จากบทบัญญัติข้างต้นนั้น สามารถพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดในพระไอยการลักษณะฝ่าฝืนนั้น ไซ้ถ้อยคำต่างกัน โดยในมาตรา 1 มาตรา 71 และมาตรา 78 ไซ้คำว่า “ชายใด” ไซ้คำว่า “ชาย” หมายถึง มนุษย์เพศผู้ซึ่งโดยกำเนิดมีลिंगค์เป็นอวัยวะสืบพันธุ์¹⁴² แสดงว่า คำว่า “ชาย” ตามบทบัญญัติพระไอยการลักษณะฝ่าฝืนนั้น หมายถึงชายที่มีภริยาแล้วหรือยังไม่มีภริยาก็สามารถเป็นผู้กระทำความผิดฐานช่มชู้ในกระทำชำเราได้ทั้งสิ้น ส่วนมาตรา 38 ไซ้คำว่า “หญิงชายราษฎรอยู่กินเป็นฝ่าฝืนกันสามีสตรีทาสละภรรยาแลทรพัสต์สิ่งของบวชเป็นภิกษุ สามเณร แล้ว” หมายความว่า ชายที่เคยอยู่กินเป็นสามีภริยากับหญิง ต่อมาออกบวชเป็นภิกษุหรือสามเณรแล้ว เมื่อสึกออกมาหญิงมิได้สหมักรใจเป็นภริยาชายอีกต่อไป ชายมากระทำการช่มชู้หญิงนั้น จึงต้องรับโทษ ส่วนมาตรา 41 ไซ้คำว่า “พระครูภิกษุสามเณรผู้อยู่ในศีล” แสดงให้เห็นว่า บุคคลผู้จะบวชเป็นพระครูภิกษุหรือสามเณรต้องเป็นผู้ชายเท่านั้น จึงจะสามารถกระทำความผิดตามบทมาตราดังกล่าวได้ ในมาตรา 46 “เจ้าเงินก็ดี พี่น้องลูกหลานแห่งเจ้าเงินก็ดี” หมายถึงชายผู้เป็นเจ้าของทาสหรือพี่น้องลูกหลานของชายเจ้าของทาส¹⁴³ มาตรา 76 ไซ้คำว่า “ชายใดเมียแล้ว” และมาตรา 77 “ชายใดหาเมียมิได้”

¹⁴¹ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166, น. 51.

¹⁴² ราชบัณฑิตยสถาน, “พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554,” สืบค้นเมื่อวันที่ 21 มกราคม 2564, จาก <https://dictionary.orst.go.th/>

¹⁴³ ชิดชนก แผ่นสุวรรณ, “ความผิดฐานช่มชู้ในกระทำชำเราและอนาจาร : ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น. 21.

เห็นว่า กฎหมายใช้คำว่า “ชาย” หมายถึงไม่ว่าชายนั้นจะมีภริยาหรือไม่ แต่เห็นได้ว่าผู้กระทำความผิดต้องเป็นชายนั่นเอง ส่วนมาตรา 88 ใช้คำว่า “ชายใดมิได้สวามิภักดิ์ลูกสาวหลานสาวท่าน” หมายถึงชายที่ไม่ได้ทำการสวามิภักดิ์นั้นหมายหญิงนั้นต่อพ่อแม่ผู้ปกครองของหญิงนั้น แล้วมาทำการข่มขืนหญิงนั้น ต้องได้รับโทษ และมาตรา 105 “ชายอื่น” เมื่อพิจารณาตามบทมาตราดังกล่าวแล้ว ชายอื่นนั้น หมายถึงชายอื่นที่มีใช้คู่หมั้นคู่หมาย

กล่าวโดยสรุป เห็นได้ว่าตัวบทกฎหมายใช้คำว่า “ชาย” หรือภริยา ซึ่งหมายถึงมนุษย์เพศผู้ ซึ่งโดยกำเนิดมีลักษณะเป็นอวัยวะสืบพันธุ์ผู้ชาย ดังนั้น บุคคลผู้ที่กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในพระโอัยการลักษณะชั่วเมียจึงหมายความว่าเฉพาะต้องเป็นเพศชายเท่านั้น และผู้ถูกกระทำต้องเป็นหญิงเท่านั้น และต้องมีใช้ภริยาของตนโดยหญิงนั้นต้องไม่ยินยอม ซึ่งหากหญิงยินยอมแล้วย่อมไม่มีความผิดฐานนี้

(2) การกระทำ การข่มขืนกระทำชำเราตามพระโอัยการลักษณะชั่วเมียนั้น คำว่า “ข่มขืน” หมายความว่า การใช้กำลังบังคับขู่เข็ญโดยวิธีใดวิธีหนึ่ง อันแสดงถึงการที่หญิงนั้นต้องไม่ยินยอม ส่วนคำว่า “ชำเรา” หมายถึงการร่วมประเวณี ซึ่งการร่วมประเวณีนั้น หมายถึงการเสพสังวาสเป็นชั่วเมียกัน¹⁴⁴

นอกจากนี้ ตามพระโอัยการลักษณะชั่วเมียยังบัญญัติเรื่องการพยายามข่มขืนกระทำชำเราไว้ด้วย โดยใช้คำว่า “ข่มขืนยังไม่ถึงชำเรา”

(3) ผู้ถูกกระทำ มาตรา 1 กฎหมายใช้คำว่า “ภริยาท่าน” มาตรา 38 กฎหมายใช้คำว่า “หญิงมิสมักเปนนภรรยาชายนั้นต่อไป” มาตรา 41 กฎหมายใช้คำว่า “หญิงหาสามีได้” มาตรา 46 กฎหมายใช้คำว่า “หญิงทาส” มาตรา 71 กฎหมายใช้คำว่า “หญิงม่าย” มาตรา 76 ลูกสาวหลานสาวท่าน” มาตรา 77 กฎหมายใช้คำว่า “ลูกสาวหลานสาวท่าน” มาตรา 78 กฎหมายใช้คำว่า “หญิงเดกไม่รู้เดียงษา” มาตรา 88 กฎหมายใช้คำว่า “ลูกสาวหลานสาวท่าน” และมาตรา 105 กฎหมายใช้คำว่า “ลูกสาวหลานสาวท่าน บิดา มานดาหญิงยินยอมให้ชายได้ให้มิขันหมากหมั้นนั้นจะทำการ ยังมีได้ทำการ” จากบทบัญญัติดังกล่าวเห็นได้ว่า ผู้ถูกกระทำต้องเป็นหญิงเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ถ้อยคำในตัวบทจะใช้ถ้อยคำดังกล่าว แต่เห็นว่าสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองนั้นมิได้มีขึ้นหรือมีอยู่เพื่อเป็นการปกป้องสตรีแต่อย่างใด แต่ถ้าว่ามีขึ้นเพื่อปกป้องคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดา สามี อันจะถือได้ว่ากฎหมายมิได้มุ่งคุ้มครอง

¹⁴⁴ ราชบัณฑิตยสถาน, “พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554,” สืบค้นเมื่อวันที่ 21 มกราคม 2564, จาก <https://dictionary.orst.go.th/>

เสรีภาพทางเพศของหญิงอย่างแท้จริง เหตุการณ์เช่นนี้เป็นค่านิยมในสังคมได้ถ่ายทอดตลอดกันมา ชั่วคนแล้วชั่วคนเล่าว่า ชายผู้เป็น “เจ้าของ” หญิงได้ “สูญเสีย” สิทธิผูกขาดในตัวหญิง การข่มขืนกระทำชำเราหญิงนั้นเป็นการทำลายศักดิ์ศรีและเกียรติยศของผู้ชายผู้เป็นเจ้าของของหญิง นั่นคือบิดาในกรณีที่หญิงยังมิได้ทำการสมรส และสามีในกรณีที่หญิงได้สมรสแล้ว กฎหมายข่มขืนกระทำชำเราจึงมีวัตถุประสงค์ในการปกป้องผลประโยชน์ของบุคคลเพศชายต่อการ “เสื่อมราคา” ของทรัพย์สินทางเพศของคนอันเนื่องมาจากการล่วงล้ำโดยใช้กำลัง

นอกจากนี้ เห็นได้ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในพระไอยการลักษณะผิดเมียเน้นที่การล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง หากข่มขืนยังไม่ถึงชำเรา หมายถึงว่ายังไม่มีการร่วมประเวณี ผู้นั้นก็มีความผิดฐานการพยายามข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น

2.6.1.2 ความผิดฐานกระทำอนาจาร

2 มาตราหนึ่ง “ผู้ใดเล่าโลมจับมือถือนมกอดจูบเมียท่านก็ดี ผัวท่านไม่อยู่ไปหาเมียท่านถึงในเรือนแลในสถานที่ลับ ไม่มีผู้ใดอยู่ด้วยเปนค่านับก็ดี ไปหาเมียท่านถึงที่นอนในห้องอยู่แต่สองต่อสองก็ดี ท่านให้ไหมชายนั้นถึงเบียดประอมผิดเมีย ถ้าผู้ใดกล่าวคำแพะ โลมเมียท่านก็ดี ลักลอบพุดจาด้วยเมียท่านก็ดี พิจารณาเปนสังข์ ให้ไหมชายนั้นถึงเบียด ชกมือถือนมกอดจูบนั้น”¹⁴⁵

46 มาตราหนึ่ง “เจ้าเงินก็ดี พี่น้องลูกหลานแห่งเจ้าเงินก็ดี ข่มขืนหญิงทาสถึงชำเรา หญิงร้องแรกมีสักจิตพยานไ้ ท่านให้แบ่งตัวหญิงนั้นเสียกึ่งหนึ่งๆ ให้มันส่งให้แก่เจ้าเงิน ถ้าจับมือถือนมกอดจูบข่มขืนไม่ถึงชำเรา พิจารณาเปนสังข์ ให้แบ่งเข้าตัวเป็น 4 ส่วน ลดส่วน 1 ให้แก่เจ้าเงิน 3 ส่วน ถ้ามันยอมด้วยไ้ อย่าให้แบ่งทุนเขานั้นเสียเลย ถ้ามันมิสมักอยู่ด้วยแลมันจะหย่าไ้ มันยังหาเกิดบุตรด้วยเจ้าเงินแลพี่น้องลูกหลานแห่งเจ้าเงินไม่ จึงให้มันส่งเข้าตัวง้วน”¹⁴⁶

75 มาตราหนึ่ง “บุรุษผู้ใดจับข้อมือหยอกบุตรท่านก็ดี ขึ้นไปถึงที่นอนบุตรท่านก็ดี และนุคลากบุตรท่านไปจูบกอดทำชั่วแลทำประการใดก็ดี ท่านว่าชายนั้นผิด ให้ลงโทษโดยโทษาญโทษ”¹⁴⁷

จากบทบัญญัติดังกล่าว เห็นว่าความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายตราสามดวงในพระไอยการลักษณะผิดเมียประกอบไปด้วยบทบัญญัติ มาตรา 2 มาตรา 46 และมาตรา 75

¹⁴⁵ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166, น. 4.

¹⁴⁶ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166, น. 20-21.

¹⁴⁷ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166, น. 42.

จากบทบัญญัติข้างต้นนั้น สามารถแยกองค์ประกอบได้ดังนี้

(1) ผู้กระทำ ตามพระไอยการลักษณะฝ่าฝืนย มาตรา 2 ใช้คำว่า “ผู้ใด” หมายถึงบุคคลใดก็ได้ ส่วน มาตรา 46 กฎหมายใช้คำว่า “เจ้าเงินก็ดี พี่น้องลูกหลานแห่งเจ้าเงินก็ดี” หมายถึง นายทาสหรือพี่น้องของนายทาส¹⁴⁸ และมาตรา 75 “บุรุษผู้ใด” น่าจะหมายถึง บุรุษ ซึ่งแปลว่า ผู้ชาย เพศชาย คู่กับ สตรี¹⁴⁹ นั่นเอง

(2) การกระทำ การกระทำอนาจาร ตามความหมายของกฎหมายในปัจจุบัน หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ เพียงแต่กอดจูบลูบลำ แต่ต้องเนื้อตัวร่างกายในทางไม่สมควร ก็เป็นการอนาจารแล้ว¹⁵⁰ แต่ตามกฎหมายตราสามดวงในพระไอยการลักษณะฝ่าฝืนยนั้น ไม่ปรากฏคำว่า “อนาจาร” แต่อย่างใด แต่ด้วยบทกฎหมายใช้คำว่า “เส้าโลมจับมือถือนมกอดจูบ” “กล่าวคำแพละโลม” “ไปหาเมียท่านถึงในเรือนแลในสถานที่ลับ ไม่มีผู้ใดอยู่ด้วยเปนค่านับก็ดี” “ไปหาเมียท่านถึงที่นอนในห้องอยู่แต่สองต่อสองก็ดี” “จับซ้อมือหยอก” “ขึ้นไปถึงที่นอนบุตรที่ท่านก็ดี” และ “นุดลากบุตรท่าน ไปจูบกอดทำซู้แลทำประการใดก็ดี” เมื่อพิจารณาถ้อยคำในด้วยบทกฎหมายโดยตลอดแล้วเป็นนัยได้ว่าเป็นการกระทำไม่สมควรทางเพศ

(3) ผู้ถูกกระทำ จากบทบัญญัติ มาตรา 2 กฎหมายใช้คำว่า “เมียท่าน” ส่วนมาตรา 46 กฎหมายใช้คำว่า “หญิงทาส” และมาตรา 75 กฎหมายใช้คำว่า “บุตรท่าน” ซึ่งถือว่าวัตถุแห่งการกระทำความคิดฐานกระทำอนาจาร ตามกฎหมายตราสามดวงในพระไอยการลักษณะฝ่าฝืนย ก็คือการกระทำต่อหญิงเท่านั้น

กล่าวโดยสรุป การกระทำอนาจารตามกฎหมายตราสามดวงในพระไอยการลักษณะฝ่าฝืนยนั้นมุ่งคุ้มครองการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ อันเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย รวมไปถึงทางคำพูด การอยู่กันสองต่อสอง ขึ้นไปถึงที่นอนบุตรของผู้อื่น ก็ถือเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศแล้ว ซึ่งเห็นได้ว่า การกระทำอนาจารตามกฎหมายตราสามดวงในพระไอยการลักษณะฝ่าฝืนยนั้นมีความหมายกว้างกว่าการกระทำอนาจารในกฎหมายปัจจุบัน

¹⁴⁸ ชิดชนก แผ่นสุวรรณ, ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร : ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 27.

¹⁴⁹ ราชบัณฑิตยสถาน, “พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554,” สืบค้นเมื่อวันที่ 21 มกราคม 2564, จาก <https://dictionary.orst.go.th/>

¹⁵⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2049/2550

2.6.2 พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระไอยการลักษณะผิดเมียใช้บังคับอยู่ จนถึง พ.ศ.2442 จึงได้มีการตราพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ขึ้นในวันที่ 9 เมษายน 2442 หรือ ร.ศ.118 ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 อันมีผลเป็นการยกเลิกบทบัญญัติกฎหมายเก่าทั้งหมด เนื่องจากเหตุผลที่ว่ากฎหมายเดิมที่ว่าด้วยการข่มขืนทำชำเราผู้หญิงนั้นยังบกพร่องอยู่หลายประการเป็นเหตุให้เกิดความสงสัยต่างๆ ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่กล่าวหากันว่า ข่มขืนทำชำเรา จึงทรงพระราชดำริเห็นสมควร ให้แก้ไขพระราชกำหนดกฎหมายนั้นเสียใหม่ ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น¹⁵¹

2.6.2.1 ความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา

มาตรา 3 “ชายใดทำชำเราด้วยหญิงในเหตุ 4 ประการ ดังที่จะกล่าวต่อไปข้างล่างนี้ ท่านว่าชายผู้นั้นข่มขืนทำชำเราหญิง คือ

ข้อ 1. ขึ้นใจหญิง

ข้อ 2. หญิงยินยอม

ข้อ 3. หญิงยินยอมด้วยชายขู่เข็ญจะทำร้ายแก่ร่างกายแลชีวิตหญิงๆ มีความกลัว จึงยินยอม

ข้อ 4. หญิงยินยอมก็ดี ถ้าไม่ยินยอมก็ดี แต่หญิงนั้นยังมีอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา

ลงโทษตามข่มขืนทำชำเรา”¹⁵²

จากบทบัญญัติข้างต้นนั้น สามารถแยกองค์ประกอบได้ดังนี้

(1) กฎหมายใช้คำว่า “ชายใด”

(2) จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ต้องทำชำเราด้วยหญิงในเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งใน 4 ประการนี้ กล่าวคือข้อ 1. ขึ้นใจหญิง ในความหมายของข้อ 1 นั้นกฎหมายใช้คำว่า “ขึ้นใจหญิง” หมายถึงต้องใช้กำลังที่หนีทำอย่างไรไม่พ้น¹⁵³ ส่วนข้อ 2 กฎหมายใช้คำว่า “หญิงยินยอม” นั้นหมายความว่าแม้ชายไม่ได้ใช้กำลังข่มขืนใจ แต่หญิงนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้

¹⁵¹ พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์, พระราชบัญญัติในปัตยุบัน เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์กองหลวง, พิมพ์ครั้งแรก ร.ศ. 120), น. 300.

¹⁵² พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี รัตน โกสินทร ศก 118. ราชกิจจานุเบกษา 16 (วันที่ 9 เมษายน 118) น.16-17.

¹⁵³ พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์, “พระราชบัญญัติในปัตยุบัน เล่ม 1,” น. 301.

เช่น มีด ๆ ชายปลอมตัวเป็นผ้า หญิงไม่รู้ลึก ถ้าโดยให้ยาเบื่อเมากินไม่มีสติ¹⁵⁴ ซึ่งคล้ายกับนิยามคำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย”¹⁵⁵ ตามประมวลกฎหมายอาญาไทยในปัจจุบัน ส่วนใน ข้อ 3. หญิงยินยอมด้วยชายขู่จะทำร้ายแก่ร่างกายแลชีวิตหญิงๆ มีความกลัว จึงยินยอม หมายถึง หญิงไม่ได้ยินยอมโดยสมัครใจ แต่ด้วยการบังคับขู่เชี้ยว่าจะทำให้ได้รับอันตรายแก่ชีวิตและร่างกายของหญิงนั้น และข้อ 4. หญิงยินยอมก็ดี ถ้าไม่ยินยอมก็ดี แต่หญิงนั้นยังมีอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา หมายถึงข่มขืนหญิงที่อายุต่ำกว่า 12 ปี ไม่ว่าหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

(3) เมื่อพิจารณาพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 มาตรา 3 บัญญัติว่า “หญิง” เห็นได้ว่าการกระทำชำเราตามกฎหมายฉบับนี้ เป็นการกระทำชำเราตามธรรมชาติระหว่างชายกับหญิง โดยหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือโดยหญิงยินยอมเพราะไม่อยู่ในสภาวะที่อาจขัดขืนได้ หรือถูกขู่เชี้ยว่าจะได้รับอันตรายแก่ชีวิตร่างกายของหญิงนั้น รวมถึงกระทำแก่เด็กหญิงอายุไม่เกิน 12 ปี ไม่ว่าหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ผู้นั้นก็มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

โดยสรุป ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ยังคงไว้ซึ่งลักษณะสำคัญดังเช่นในพระไอยการลักษณะฝ่าฝืน กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นชาย ผู้ถูกกระทำความผิดจะต้องเป็นหญิง เห็นได้ว่ามีความแตกต่างจากพระไอยการลักษณะฝ่าฝืนอยู่บางประการ กล่าวคือ

(1) บทบัญญัติมีลักษณะกระชับมากขึ้น โดยยังคงมีบทบัญญัติเกี่ยวกับข่มขืนกระทำชำเราอยู่ แต่ไม่มีการแยกประเภทของการข่มขืนกระทำชำเราออกตามประเภทของผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำความผิดเช่นเดียวกับพระไอยการลักษณะฝ่าฝืน

(2) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ลักษณะแยกออกจากกฎหมายที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาและการปกครองบุตรของบิดามารดา และกำหนดโทษทางอาญาโดยเฉพาะมิได้มีลักษณะเป็นการละเมิดอำนาจปกครองของสามีหรือบิดามารดาอย่างเช่นในพระไอยการลักษณะฝ่าฝืน แสดงให้เห็นว่า

¹⁵⁴ พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์, “พระราชบัญญัติในบัดจุบัน เล่ม 1,” น. 301.

¹⁵⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (6) “ใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยให้ยาทำให้ง่วงเมามึนเมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน

แนวความคิดในการให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศแก่ตัวหญิงมากกว่าที่จะคุ้มครองเกียรติยศศักดิ์ศรีของสามีหรือบิดามารดา

2.6.2.2 ความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดา

มาตรา 5 “ผู้ใดทำชำเราทางเวจมรรคก็ดี ถ้าทำชำเราด้วยสัตว์เดรฉานผิดธรรมดาโลกย์ก็ดี พิจารณาเป็นสัตย์ ให้ลงจำคุกตั้งแต่ 10 ปีลงมา กับให้ทำการหนักด้วยก็ได้ ถ้ามิให้ทำการหน้าด้วยก็ได้

อนึ่ง ผู้ใดได้รับโทษ ตามความผิดที่ได้ว่ามาในมาตรา 5 นี้ครั้งหนึ่งแล้ว ภายหลังยังกลับ ซินกระทำผิดลงอีก เป็นครั้งที่ 2 ที่ 3 ต่อไป จะให้ลงโทษเข็ญตั้งแต่ 60 ที่ลงมาเพิ่มเข้ากับโทษจำคุกอีกด้วยได้”¹⁵⁶

จากบทบัญญัติข้างต้นนั้น สามารถแยกองค์ประกอบได้ดังนี้

(1) “ผู้ใด” ซึ่งหมายความว่า ผู้กระทำความผิดในมาตรานี้ อาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้

(2) ตัวบทกฎหมายใช้คำว่า “ทำชำเราทางเวจมรรคก็ดี ถ้าทำชำเราด้วยสัตว์เดรฉานผิดธรรมดาโลกย์ก็ดี” ซึ่งคำว่า “ชำเรา” หมายถึงการร่วมประเวณี หรือการร่วมเพศ¹⁵⁷ นั่นเอง

การกระทำความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 สามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณี

(1) ทำชำเราทาง “เวจมรรค”¹⁵⁸ หมายถึง ทวารหนัก ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้ว การทำชำเราทางเวจมรรค มีลักษณะเป็นการร่วมประเวณีทางทวารหนัก โดยไม่ได้จำกัดว่าจะเป็นการร่วมประเวณีระหว่างชายหรือชาย หรือ ชายกับหญิง หรือหญิงกับหญิง

¹⁵⁶ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี รัตน โกสินทร ศก 118. ราชกิจจานุเบกษา 16 (วันที่ 9 เมษายน 118), น. 17.

¹⁵⁷ “ชำเรา” หมายถึง (1) ก. ลีถ, ล่วงเข้าไป, เช่น ชายใดข่มขืนภริยาท่านถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณมผิดเมียทวีคุณ ถ้าข่มขืนมิได้ถึงชำเรา ให้ไหมโดยปรณมผิดเมีย (สามดวง พระไอยการลักษณะผัวเมีย) (ข. เซรา, ช้เรา, ว่าที่ลี้ก).

(2) (กฏ) ก. การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น. (ข. เซรา, ช้เรา, ว่าที่ลี้ก)ราชบัณฑิตยสถาน, “พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554,” สืบค้นเมื่อวันที่ 24 มกราคม 2564, จาก <https://dictionary.orst.go.th/>

(2) ทำซ้ำเราด้วยสัตว์เดรชานผิดธรรมดาโลกย์ คำว่า “เดรชาน หรือเดรจชาน”¹⁵⁹ หมายถึง สัตว์เว้นจากมนุษย์ เช่น หมู หมา วัว ควาย ซึ่งเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในดัวบทกฎหมายแล้ว แปลได้ว่า การร่วมประเวณีกับสัตว์

เมื่อพิจารณาเรื่องโทษในความผิดฐานข่มขืนทำซ้ำเรากับโทษในความผิดฐานทำซ้ำเร ผิดธรรมดาแล้ว ปรากฏว่ามีโทษเทียบเท่ากัน กล่าวคือให้ลงโทษจำคุกไว้ตั้งแต่ 10 ปีลงมา แสดงให้เห็นได้ว่าการกระทำซ้ำเรทางเวจมรรคหรือทำซ้ำเรสัตว์เดรชานมีความร้ายแรงเทียบเท่ากับการกระทำซ้ำเรหญิง

นอกจากนี้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ยังบัญญัติความผิดสำหรับบุคคลซึ่งพยายามข่มขืนทำซ้ำเร พยายามซ้ำเรทางเวจมรรค และพยายามซ้ำเรสัตว์เดรชาน¹⁶⁰ ไว้อีกด้วย และยังได้บัญญัติความผิดสำหรับบุคคลที่เป็นผู้สมรู้เป็นใจแลช่วยสนับสนุนผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเรหรือความผิดฐานซ้ำเรผิดธรรมดาด้วย¹⁶¹

2.6.2.3 สำหรับความผิดฐานกระทำอนาจารนั้น ในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ไม่ได้บัญญัติไว้

2.6.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

ในสมัยรัชการที่ 5 พระองค์ดำริที่จะจัดระบบกฎหมายและศาลไทยโดยได้ให้คำอธิบายและเปรียบเปรยว่า “ระบบกฎหมายและการศาลไทยในขณะนั้นมีสภาพเหมือนเรือกำปั่นที่ถูกเพรียง

¹⁵⁸ “เวจมรรค” หมายถึง ทวารหนัก (ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554, สืบค้นเมื่อวันที่ 21 มกราคม 2564, จาก <https://dictionary.orst.go.th/>)

¹⁵⁹ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554, สืบค้นเมื่อวันที่ 21 มกราคม 2564, จาก <https://dictionary.orst.go.th/>

¹⁶⁰ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 มาตรา 6 “ผู้ใดพยายามเพื่อจะข่มขืนทำซ้ำเรก็ดี เพื่อจะทำซ้ำเรทางเวจมรรคก็ดี แลเพื่อจะทำซ้ำเรสัตว์เดรชานก็ดี ซึ่งเป็นการผิดต่อมาตรา 3 มาตรา 4 แลมาตรา 5 แห่งพระราชกำหนดนี้ พิจารณาเป็นสัตย์ให้ลงโทษจำคุกไว้ตั้งแต่ 5 ปีลงมา กับให้ทำการหนักด้วยก็ได้ อนุมัติให้ทำการหนักด้วยก็ได้ แล้วจะปรับเป็นเงินทำขวัญตั้งตั้งแต่ 500 บาทลงมาด้วยก็ได้”

¹⁶¹ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 มาตรา 7 “ผู้ใดสมรู้เป็นใจด้วยฤช่วย ลงโทษผู้สมรู้อุดหนุนเหตุในการข่มขืนทำซ้ำเรก็ดีฤ เป็นใจแลช่วยในการทำซ้ำเรทางเวจมรรคก็ดี ฤทำซ้ำเรอุดหนุนด้วยสัตว์เดรชานก็ดี พิจารณาเป็นสัตย์ให้ลงโทษจำคุกตั้งตั้งแต่ 3 ปีลงมา กับให้ทำการหนักด้วยก็ได้ อนุมัติให้ทำการหนักด้วยก็ได้ แลจะปรับเงินทำขวัญตั้งตั้งแต่ 300 บาทลงมาด้วยก็ได้”

และปลวกกินฟูโรทรมทั้งลำ แต่ก่อนมานั้นเมื่อร้วแห่งใดก็เข้าไปตามอดุยาแต่เฉพาะตรงรอยร้วนั้น ที่อื่นก็โทรมลงอีก ครั้นนานเข้าก็ซำรดหนักลงทั้งลำเป็นเวลาสมควรที่ต้องตั้งกงขึ้นกระดานใหม่เป็นมันคงสืบไป” จึงได้ตรากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ขึ้นและประกาศใช้เมื่อวันที่ 1 มิถุนายน 2451 ซึ่งถือเป็นกฎหมายอาญาบับแรกของไทยและถือเป็นเหตุในการขอยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตกับต่างประเทศด้วย

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศอยู่ในภาค 2 ว่าด้วยลักษณะความผิดส่วนที่ 6 ว่าด้วยความผิดที่กระทำอนาจาร ตั้งแต่มาตรา 240 ถึงมาตรา 247 ซึ่งแบ่งเป็น 2 หมวด ได้แก่หมวดที่ 1 ความผิดฐานกระทำอนาจารอันเกี่ยวแก่สาธารณชน และหมวดที่ 2 ความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 สามารถแยกฐานความผิดได้ 5 ฐานความผิด ดังนี้

- (1) ความผิดฐานเอาสิ่งลามกอนาจารออกขายทอดตลาด หรือเผยแพร่แก่สาธารณชน
- (2) ความผิดฐานยุ้งเด็กอายุต่ำกว่าสิบสองขวบให้กระทำชำเราหรือทำอนาจาร
- (3) ความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา
- (4) ความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดามนุษย์
- (5) ความผิดฐานกระทำอนาจาร

ในเบื้องต้นผู้เขียนขอกล่าวเฉพาะความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา ความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดามนุษย์ และ ความผิดฐานกระทำอนาจาร

2.6.3.1 ความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา

ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 สามารถแยกได้สองลักษณะคือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 243 และความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสองขวบ ตามมาตรา 244 ผู้เขียนขอกล่าวเฉพาะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 243

มาตรา 243 “ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำชำเราขึ้นใจหญิง ซึ่งมีใช้ภรรยาของมั่งเอง ท่านว่าผู้นั้นข่มขืนกระทำชำเรา ต้องรวางโทษจำคุกตั้งแต่ปีหนึ่งขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราขึ้นใจหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของมั่งเอง ท่านว่ามันข่มขืนทำชำเรา มีความผิด ต้องรวางโทษคุกกันที่วามานั้น

ถ้าแลในการกระทำผิด เช่นว่ามาในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนชำเรานั้น มีบาดเจ็บสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้น ต้องรวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้ข่มขืนนั้น ต้องรวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”¹⁶²

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 243 สามารถแยกองค์ประกอบได้ดังนี้

(1) ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ใช้คำว่า “ผู้ใด” แสดงได้ว่าบุคคลผู้กระทำ ความผิดจะเป็นชายหรือหญิงก็ได้ โดยผู้ใช้กำลังทำร้ายกับผู้ทำชำเราไม่จำเป็นต้องเป็นคนเดียวกัน ฉะนั้น ถ้าหญิงจับแขนขาหญิงอีกคนหนึ่งให้ชายทำชำเราหญิงนั้นยอมเป็นตัวการร่วมกับชายและมี ผิดตามมาตรานี้¹⁶³

(2) คำว่า “ขืนใจหญิง” หมายความว่า หญิงไม่ยินยอม ซึ่งเมื่ออ่านรวมกับความในวรรค สองแล้ว คำว่า ไม่ยินยอม ในที่นี้ต้องหมายถึงความยินยอมโดยถูกหลอกลวงด้วย¹⁶⁴ เช่น หญิงไม่รู้ว่า เป็นการทำชำเราเป็นต้น การลอบทำชำเราขณะนอนหลับ¹⁶⁵ นอกจากนี้ “กระทำชำเรา” นั้นจะสำเร็จ บริบูรณ์ในเมื่อของลับของฝ่ายชายล่วงล้ำเข้าไปในของลับของฝ่ายหญิง ไม่ว่าจะเข้าไปเพียงเล็กน้อย เท่าใด¹⁶⁶

(3) กฎหมายใช้คำว่า “หญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของมันเอง” เห็นว่าผู้ที่ถูกกระทำนั้นต้องเป็น หญิงและหญิงที่ถูกกระทำชำเรานั้นต้องมิใช่ภรรยาของผู้กระทำ ความผิด ซึ่งหมายความว่าถึงภรรยาที่ ชอบด้วยกฎหมาย¹⁶⁷ อย่างไรก็ดี ความสำคัญคิดว่าเป็นภรรยา เช่น หญิงชายอยู่กินร่วมกันฉันทวิเมีย มาเป็นเวลาหลายปีโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรส ถือว่าเป็นความสำคัญคิดในข้อเท็จจริง

¹⁶² กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. ราชกิจจานุเบกษาฉบับพิเศษ 25 (1 มิถุนายน 127) น. 260.

¹⁶³ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2548), น. 358.

¹⁶⁴ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 358.

¹⁶⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 234/2466

¹⁶⁶ เพ็งฮ้าง, น. 358.

¹⁶⁷ เพ็งฮ้าง, น. 358.

2.6.3.2 ความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์

มาตรา 242 “ผู้ใดทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดี หรือทำชำเราด้วยสัตว์เดียรจฉานก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องรวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงสามปีแลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”¹⁶⁸

ความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์สามารถแยกองค์ประกอบได้ ดังนี้

(1) สำหรับผู้กระทำความผิดในความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งอาจจะหมายถึงชายหรือหญิงก็ได้

(2) “การกระทำผิดธรรมดาตามนุษย์” หมายความว่า ฝ่ายหนึ่งต้องใช้วิธีข่มขืนพันซ์ จะเป็นการกระทำระหว่างชายต่อชาย เช่นทำชำเราโดยเวจมรรค หรือระหว่างหญิงกับชายในทางอื่น นอกจากทางสังวาส หรือระหว่างหญิงหรือชายกับสัตว์เดรัจฉาน ส่วนการกระทำระหว่างหญิงกับหญิงที่เรียกกันว่าเล่นเพื่อน กฎหมายต่างประเทศไม่ถือว่าชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ และความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์จะเป็นความผิดสำเร็จเมื่อวิธีข่มขืนพันซ์เข้าไปในร่างกายของคนหรือสัตว์ ไม่ว่าน้ำอสุจิจะเคลื่อนหรือความใคร่ได้บำบัดแล้วหรือไม่¹⁶⁹

(3) ในส่วนวัตถุที่กระทำต่ออันอาจเป็น ชาย หญิง หรือสัตว์เดรัจฉาน ก็มีความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ด้วยกันทั้งสิ้น

2.6.3.3 ความผิดฐานกระทำอนาจาร

ความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 สามารถแยกได้สองลักษณะ คือ ความผิดฐานกระทำอนาจารแก่เด็กอายุต่ำกว่า 13 ขวบ ตามมาตรา 245 และความผิดฐานกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่า 13 ขวบขึ้นไป ตามมาตรา 246 ในวิธานิพนธ์เล่มนี้ผู้เขียนขอกล่าวเฉพาะความผิดฐานกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่า 13 ขวบขึ้นไป ตามมาตรา 246

มาตรา 246 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบสองขวบขึ้นไป โดยมันใช้อำนาจด้วยกำลังหรือด้วยวาจาขู่เข็ญ หรือมันใช้อุบายหลอกลวงด้วยประการใดใดก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องรวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”¹⁷⁰

จากบทบัญญัติข้างต้นใน สามารถแยกองค์ประกอบได้ดังนี้

¹⁶⁸ เพิ่งอ้าง, น. 260.

¹⁶⁹ เพิ่งอ้าง, น. 357.

¹⁷⁰ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. ราชกิจจานุเบกษาฉบับพิเศษ 25 (1 มิถุนายน 127) น. 261.

(1) สำหรับผู้กระทำความผิดในความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งอาจจะเป็นชายหรือหญิงก็ได้

(2) “กระทำการอนาจาร” หมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ เช่น จับนม จูบ กอด ลูบคลำ หรือจับต้องอวัยวะต่างๆ ข้อสำคัญต้องดูจิตใจของผู้กระทำด้วย กล่าวคือ มีการกระทำบางอย่างที่บุคคลบางคนกระทำอาจเป็นอนาจารหรือไม่เป็นอนาจารก็ได้ แล้วแต่จิตใจของผู้กระทำ เช่น แพทย์ลูบนมคนไข้ ถ้ากระทำเพื่อตรวจโรคตามวิชาแพทย์ ก็ไม่ผิดตามมาตรานี้ ถ้ากระทำไปโดยไม่เกี่ยวกับการตรวจโรค แต่ได้กระทำด้วยความรู้สึกทางเพศและถือเอาการตรวจโรคเป็นเครื่องมือก็เป็นการกระทำอนาจาร เช่นเดียวกับญาติผู้ใหญ่ที่จับต้องร่างกายเด็กหญิง ถ้ากระทำด้วยจิตรักใคร่อย่างญาติ เช่น จูบกอดเพราะความเอ็นดูสงสาร ก็ไม่ใช่ “กระทำการอนาจาร” แต่ถ้ากระทำด้วยความใคร่ในทางเพศก็เป็นการกระทำอนาจาร การกระทำดังกล่าวถ้าเป็นบุคคลอื่นมาเป็นผู้กระทำ ก็เป็นผิดฐานอนาจารโดยไม่ต้องสงสัย การกระทำต่อบุคคลเพศเดียวกันก็อาจเป็นอนาจารได้

การกระทำใดที่จะถือว่าสมควรหรือไม่สมควรนั้นต้องพิจารณากาลเทศะและสิ่งแวดล้อมประกอบด้วย เช่น การกอดเด็กหญิงซึ่งโดยผู้กอดไม่ใช่ญาติย่อมเป็นอนาจาร แม้เด็กหญิงยินยอมก็เป็นความผิดมาตรานี้ แต่ถ้าเป็นการกอดเพื่อเต็นรำก็ไม่ใช่ความผิด เพราะในปัจจุบันนี้ถือไม่ได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่สมควรและเมื่อการกระทำเช่นว่านั้นไม่เป็นอนาจารในตัวของมันเองแล้ว แม้ผู้กระทำจะมีความรู้สึกในทางเพศเกิดขึ้นก็ไม่เป็นความผิด เช่น ชายที่เต็นรำเกิดมีความรู้สึกในทางเพศเป็นต้น¹⁷¹

(3) ผู้ถูกระทำต้องเป็นการกระทำต่อเด็กอายุเกินกว่าสิบสองขวบ

ความผิดฐานกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่า 13 ขวบขึ้นไป ตามมาตรา 246 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ.2474 แก่อายุจากสิบสองขวบเป็นสิบสามขวบ

สำหรับหญิงอายุกว่าสิบสามขวบมีสิทธิให้ความยินยอมได้ ฉะนั้น มาตรานี้จึงเอาโทษต่อเมื่อผู้กระทำใช้กำลังทำร้าย ใช้อาวุธเขี่ย หรือใช้อุบายหลอกลวง (เช่น หญิงให้ทำเสน่ห์ยาแฝดก็ใช้อุบายลูบคลำร่างกายหญิง เป็นต้น) กระทำอนาจาร โดยหญิงสมัครใจ ไม่เป็นผิดตามมาตรานี้ อย่างไรก็ตาม ถ้าการกระทำนั้นกระทำต่อหน้าธารกำนัล และเป็นการกระทำอันควรขายหน้า ก็เป็น

¹⁷¹ หุยกต์ แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 261.

ความผิดตามมาตรา 337(2)¹⁷² อย่างไรก็ตามเป็นการควรรายหน้า ต้องดูกาลเทศะและความนิยมของประชาชนเวลานี้การที่สามีภรรยาหรือคู่รักจูบแลกกันตามสถานี่แบบฝรั่ง การที่หญิงชายเดินคางเขนไปตามถนนกันไม่ถือว่าเป็นการขายหน้า¹⁷³

กล่าวโดยสรุป ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญาลักษณะอาญา ร.ศ.127 ยังให้ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราว่า การที่ชายร่วมประเวณีกับหญิงโดยขืนใจหญิง โดยหญิงนั้นจะต้องมิใช่ภรรยาของตน และถือเป็นความผิดสำเร็จเมื่ออวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง

นอกจากนี้ตามประมวลกฎหมายอาญาลักษณะอาญา ร.ศ.127 ใช้คำว่า “ผู้ใด” แทนคำว่า “ชายใด” ซึ่งคำว่า “ผู้ใด” หมายถึง ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้ โดยหญิงอาจเป็นตัวการร่วมได้ แต่ด้วยลักษณะของการกระทำชำเราแล้วทำให้หญิงไม่อาจเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดฐานนี้ได้โดยตรง

จากที่กล่าวมาข้างต้น เห็นได้ว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามีขอบเขตการกระทำเฉพาะที่เป็นกรกระทำของชายที่กระทำต่อหญิง กล่าวคือ อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง แต่หากเป็นการกระทำของชายกับชาย ชายกับหญิงโดยทางอื่นนอกจากทางอวัยวะเพศหญิง หรือคนกระทำกับสัตว์ เหล่านี้ไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่เป็นความผิดสำหรับการกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์

2.6.4 ประมวลกฎหมายอาญา

ในปีพ.ศ. 2499 ประเทศไทยได้ปรับปรุงกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 อีกครั้ง เป็นประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน โดยประกาศใช้และให้มีผลบังคับตั้งแต่ 1 มกราคม 2500 ในส่วนความผิดเกี่ยวกับเพศอยู่ในลักษณะ 9 มีทั้งหมด 12 มาตรา ต่อมาในปี 2514 ได้มีการแก้ไขโดยคณะปฏิวัติ ซึ่งได้ออกประกาศ ฉบับที่ 11 ในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน 2514¹⁷⁴ โดยเพิ่มมาตรา 277 ทวิ 277 ตริ และหลังจากนั้นได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมาย

¹⁷² กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127มาตรา 337 ความผิดลหุโทษ ในฐานะกระทำอนาจาร บัญญัติว่า

(1) ผู้ใดแสดงวาจาลามกอนาจารต่อหน้าธารกำนัล ท่านว่ามันมีความผิด ต้องรวางโทษชั้น 3

(2) ผู้ใดเปลือยกายหรือกระทำการอย่างอื่น ๆ อันควรรายหน้าต่อหน้าธารกำนัล ท่านว่ามันมีความผิด ต้องรวางโทษชั้น 4

¹⁷³ เพิ่งอ้าง, น. 363.

¹⁷⁴ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๑๑

อาญาอีก 3 ครั้ง ในปีพ.ศ. 2525¹⁷⁵ 2530¹⁷⁶ และ 2540¹⁷⁷ โดยมาตราหลักของประมวลกฎหมายอาญาในความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศ คือมาตรา 276 ยังคงวางหลักดังเช่นกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 243 ที่ได้ให้ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราว่า “ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกายหรือด้วยวาจาขู่เชิญกระทำชำเราซึ่งมีใจหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนเอง...”¹⁷⁸ มาเป็นมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ที่ว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน....” เห็นได้ว่าการเปลี่ยนการใช้ถ้อยคำให้สละสลวยขึ้นจากเดิม เลิกใช้คำว่า “เมีย หรือ ภรรยา” มาใช้คำว่า “ภริยา” แทน

นอกจากนี้ ภายหลังจากเมื่อมีการตรวจชำระประมวลกฎหมายลักษณะอาญา และจัดทำประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายจึงมีมติให้ยกเลิกความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์เสีย เพราะเห็นว่ามักไม่เกิดเป็นคดีขึ้นประการหนึ่ง กับเห็นว่าจะเป็นการเสื่อมเสียเกียรติยศของประเทศชาติอีกประการหนึ่ง

ดังนั้น หลังจากปี พ.ศ. 2499 เป็นต้นมา การกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดี หรือกระทำชำเราด้วยสัตว์เดรัจฉานก็ดี ไม่ต้องรับผิดทางอาญาฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์อีกต่อไป

2.6.5 ประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศ (การแก้ไขปี พ.ศ.2550)

2.6.5.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ตามประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในมาตรา 276 และมาตรา 277 เมื่อปี พ.ศ. 2550 มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 20 กันยายน 2550 โดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติให้เหตุผลหลักของการแก้ไขไว้ว่า เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเรื่องการขจัดความแตกต่างของเพศและความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง

¹⁷⁵ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2525, ราชกิจจานุเบกษา 99, (6 สิงหาคม 2525) น. 6-7.

¹⁷⁶ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2530, ราชกิจจานุเบกษา 104, (1 กันยายน 2530).

¹⁷⁷ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 14) พ.ศ.2540, ราชกิจจานุเบกษา 114, (16 พฤศจิกายน 2540).

¹⁷⁸ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. ราชกิจจานุเบกษาฉบับพิเศษ 25 (1 มิถุนายน 127) น. 260.

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (การแก้ไขปี พ.ศ.2550) สามารถแยกออกเป็นสองลักษณะ คือ

(1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และ

(2) ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ตามมาตรา 277

ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้เขียนขอกล่าวเฉพาะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276

มาตรา 276 "ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เจ็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่ากระทำให้สองความใคร่ของผู้กระทำโดย การใช้วิยะเพศของผู้กระทำกระทำกับวิยะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับวิยะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมิหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง หรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกันต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้น ยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อกุมความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้"¹⁷⁹

สาระสำคัญของการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าว¹⁸⁰ มีดังนี้

¹⁷⁹ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550, ราชกิจจานุเบกษา 124, (19 กันยายน 2550), น. 2.

¹⁸⁰ พิมพ์พิสา พลหนองหลวง, "ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา," (หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต, 2559), น. 1-2.

ประการที่หนึ่ง การขจัดอคติในเรื่องเพศ กล่าวคือ ไม่ว่าจะเป็ น เพศหญิงหรือเพศชายก็ เป็นผู้ถูกระทำในความผิดฐานข่มขืนได้จากที่กฎหมายเดิมจำกัดเพียง ผู้ถูกระทำต้องเป็นหญิง เพียงกรณีเดียว

ประการที่สอง กำหนดให้กรณีสามีข่มขืนภรรยาของตัวเอง ก็เป็นความผิดฐานข่มขืน ซึ่งตามกฎหมายเดิมสามีข่มขืนภรรยาไม่เป็ นความผิด

ประการที่สาม การให้นิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ซึ่งกฎหมายเดิมไม่มีคำนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” การให้นิยามคำว่า “กระทำชำเรา” นั้น เป็นการแก้ปัญหาการตีความที่แตกต่างกัน ของนักกฎหมายจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509 ใช้เป็นบรรทัดฐานมานานหลายปี

เนื่องจากเดิมที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ที่บัญญัติใช้มาตั้งแต่ปี 2499 นั้น ไม่ เคยมีคำนิยามของคำว่า การกระทำชำเราบัญญัติไว้เลย การวินิจฉัยว่าขอบเขตของการกระทำ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องกระทำไปแค่ไหน เพียงใด จึงจะเป็นสำเร็ งนั้นยึดตามแนวคำ พิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509 ที่วางหลักไว้ว่า “จำเลยได้กระทำชำเราผู้เสียหายจนของลับของ จำเลยได้เข้าไปในของลับผู้เสียหายราว 1 องคุลี เช่นนี้ ถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็ งตาม ความหมายของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 แล้ว การที่ทางพิจารณาไม่ปรากฏว่ามีน้ำอสุจิ ของจำเลยออกมาอยู่ที่ของลับของผู้เสียหายหรือที่ของลับของจำเลยนั้น เป็นเรื่องสำเร็ งความใคร่ แล้วหรือไม่เป็นอีกส่วนหนึ่ง ไม่เป็ นเหตุให้เห็นว่าจำเลยกระทำชำเราไม่สำเร็ ง หรือเป็นเพียงขั้ นพยายาม” แนวคำพิพากษาดังกล่าวนี้นี้เป็นที่ยึดถือเป็นบรรทัดฐานกันมาหลายปีทำให้เดิม ความหมาย ของ การข่มขืนกระทำชำเราจะเป็นความผิดสำเร็ งหรือเพียงขั้ นพยายามนั้นจำกัดอยู่แค่เพียงเมื่อ อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเพียงกรณีเดียวเท่านั้น หากเป็ นกรณีอวัยวะเพศชาย ล่วงล้ำทวารหนักของ หรือช่องปาก หรือใช้สิ่งของอื่นล่วงล้ำทางอวัยวะเพศ หรือทวารหนัก แม้ว่า จะทำให้ผู้เสียหายทุกข์ทรมานหรือเกิดความเสียหายทางร่างกายหรือจิตใจสักเพียงใด ศาลก็จะ วินิจฉัยว่าเป็นเพียงความผิดฐานอนาจารเท่านั้น ซึ่งมีโทษแตกต่างกันมาทั้งทางกฎหมาย และจาก ความรู้สึ กของคนในสังคม

ประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศ (การแก้ไขปี พ.ศ.2550) ยังให้ ความหมายของคำว่า “การกระทำชำเรา” นั้นรวมทั้งการร่วมเพศทางทวารหนักและทางช่องปากอีก ด้วย เมื่อวิเคราะห์ถึงคำนิยามตามมาตรา 276 วรรคสองที่ว่า "การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำ กับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือ

ทวารหนักของผู้อื่น" เห็นได้ว่า การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น หากเป็นไปเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่ในอวัยวะเพศหญิง ทวารหนักหรือช่องปากของชายหรือหญิงแล้ว ยังรวมไปถึงการใช้สิ่งอื่นใด ซึ่งอาจเป็นอวัยวะส่วนอื่น เช่น นิ้ว ลิ้น มือ หรืออาจเป็นสิ่งของ เช่น อวัยวะเพศเทียม ไม้ ขวด หรือสิ่งอื่นใด สอดใส่ในอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักของชายหรือหญิงอีกด้วย โดยการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศในครั้งนี้ก็เพื่อพัฒนาให้ทันกับสภาพสังคมในปัจจุบัน

กล่าวโดยสรุป การข่มขืนกระทำชำเราตามบทบัญญัติกฎหมายนี้ได้ขยายขอบเขตของนิยามคำว่า “การกระทำชำเรา” ตามมาตรา 276 และ มาตรา 277 ออกไปอย่างกว้างมาก โดยให้นิยามของคำว่า การข่มขืนกระทำชำเรา (rape) นั้นให้หมายความรวมถึง

- (1) การร่วมประเวณีแบบธรรมชาติ และ
- (2) การร่วมประเวณีแบบผิดธรรมชาติ

ซึ่งต่างจากกฎหมายเดิมที่การข่มขืนกระทำชำเราจะเป็นความผิดสำเร็จหรือเพียงขึ้นพยายามนั้นจำกัดอยู่แค่เพียงเมื่ออวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเพียงกรณีเดียวเท่านั้น หากเป็นกรณีอวัยวะเพศชายล่วงล้ำทวารหนักหรือช่องปาก หรือใช้สิ่งของอื่นล่วงล้ำทางอวัยวะเพศหรือทวารหนัก ศาลก็จะวินิจฉัยว่าเป็นเพียงความผิดฐานอนาจารเท่านั้น

คำนิยามของคำว่า “การกระทำชำเรา” ที่แก้ไขเมื่อปี พ.ศ.2550 สอดคล้องกับความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายของหลายประเทศ ที่ว่า “การข่มขืนเป็นการบังคับการล่วงละเมิดทางเพศทางร่างกายมนุษย์โดยองคชาตหรือการบังคับสอดใส่ของวัตถุอื่นใดเข้าไปในช่องคลอดหรือทวารหนัก”¹⁸¹

อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศ (การแก้ไขปี พ.ศ.2550) ยังมีปัญหาเป็นที่ถกเถียงกันในหมู่นักกฎหมายที่ว่า คำว่า "กระทำกับ" เป็นคำกว้าง ที่ไม่ได้หมายถึงเฉพาะกริยาการสอดใส่หรือล่วงล้ำเท่านั้น อาจหมายถึง การจับต้อง สัมผัส ถูบลำ ถูไถ กรณีที่อวัยวะเพศชายเพียงถูไถกับอวัยวะเพศหญิง ทวารหนักหรือช่องปาก โดยปราศจากเจตนาจะล่วงล้ำ

¹⁸¹ “It is apparent from our survey of national legislation that, in spite of inevitable discrepancies, most legal systems in the common and civil law worlds consider rape to be the forcible sexual penetration of the human body by the penis or the forcible insertion of any other object into either the vagina or the anus,” คดี Furundzija ICTY Trial Chamber II, 10/12/1998, paragraph 181 อ้างถึงใน ปกป้อง ศรีสนิท, คำอธิบายกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: เดือนตุลา, 2556), หมายเลข 31 น. 29.

หรือสอดใส่ หรือกรณีมีการร่วมเพศของหญิงกับหญิง โดยการใช้อวัยวะเพศหญิงสอดใส่กับอวัยวะเพศหญิง หรือกรณีใช้นิ้วมือหรือลิ้นจับต้องลูกอัณฑะเพศ ทวารหนักโดยไม่มีการสอดใส่ กรณีเช่นว่านี้ จะถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่

หากพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาในอดีต คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1620/2536 “จำเลย ถอดกางเกงนอกและกางเกงในผู้เสียหายแล้วจับอวัยวะเพศของผู้เสียหาย โดยผู้เสียหายพยายามต่อสู้ เป็นการใส่แรงกายกระทำต่อผู้เสียหายถือว่าจำเลยกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหายโดยใช้กำลังประทุษร้าย”¹⁸²

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 117/2534 “จำเลยเพียงแต่ใช้อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่สัมผัสที่ ด้านนอกของอวัยวะเพศของผู้เสียหายซึ่งเป็นบุตรสาวของจำเลยจนสำเร็จความใคร่โดยไม่มีเจตนา สอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศผู้เสียหายแต่อย่างใดจึงไม่มีความผิดฐานพยายามกระทำชำเรา แต่การกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีตามประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา 279 วรรคแรก และเป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน จึงมีโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285”¹⁸³

เห็นได้ว่า กรณีที่ผู้กระทำจับ หรือสอดใส่ กับอวัยวะเพศของผู้เสียหายจนสำเร็จความใคร่ ตามกฎหมายเดิมไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา กรณีถือว่าเป็นเพียงความผิดฐาน อนาจารเท่านั้น เนื่องจากเมื่อพิจารณาเจตนาของผู้กระทำแล้วไม่ได้มีเจตนาสอดใส่

ดังนั้น หากจะตีความคำว่า “กระทำกับ” ในวรรคสองของมาตรา 276 ว่าเป็น “การกระทำ ใดๆก็ได้แบบกว้างๆ” คงจะไม่ตรงกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ถ้าให้ผู้กระทำที่มีเจตนาเพียงจับ ลูกอัณฑะ เพียงเท่านั้นมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเห็นว่าจะเป็นการลงโทษที่หนักเกินจาก เจตนา

แต่ภายหลังจากมีการแก้ไขกฎหมายใน พ.ศ.2550 ศาลฎีกาพยายามตีความคำว่า “กระทำกับ” หมายถึง “การล่วงล้ำ” หรือ “การสอดใส่” โดยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6816/2554 วาง หลังว่า “....ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง ที่แก้ไขในภายหลัง ให้คำนิยามของการกระทำชำเราไว้ว่า หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้ สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ซึ่งเป็นเพียงการขยายความแต่ก็ยังคง

¹⁸² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1620/2536

¹⁸³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 117/2534

เทียบเคียงการกระทำชำเราหญิงตามกฎหมายเดิมได้ ความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราหญิงนั้น ผู้กระทำจะต้องใช้อวัยวะเพศของตนกระทำในลักษณะใกล้ชิดพร้อมที่จะใช้อวัยวะเพศสอดใส่กับอวัยวะเพศของหญิงผู้ถูกระทำ การกระทำของจำเลยที่ใช้แรงกายบังคับจุดกระชากลากตัวผู้เสียหายเข้าไปในห้องน้ำ ล็อกประตูห้องน้ำ ถอดกางเกงชั้นนอกและกางเกงในของผู้เสียหายออกแล้วจับนมและอวัยวะเพศของผู้เสียหาย ซึ่งถือเป็นการกระทำการลวนลามผู้เสียหายแล้ว แต่จำเลยยังไม่ได้ถอดกางเกงที่ตนเองสวมใส่ออก การกระทำของจำเลยจึงยังไม่ถึงขั้นที่พยายามใช้อวัยวะเพศของตนเองสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย จึงถือว่าลักษณะการกระทำความผิดของจำเลยยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำการข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายได้ การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดเพียงฐานกระทำอนาจารผู้เสียหายเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสเท่านั้น¹⁸⁴ ดังนั้น การใช้อวัยวะเพศเพียงแค่สัมผัส โดยยังไม่มีการล่วงล้ำหรือสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย จึงยังไม่ถือว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จ อาจเป็นเพียงการพยายามข่มขืนกระทำชำเรา หรือกระทำอนาจาร ซึ่งโทษเบากว่าแล้วแต่เจตนาของผู้กระทำ

เมื่อพิจารณาบริบทแวดล้อมโดยรวมแล้ว เจตนาของการแก้ไขกฎหมายคงมีเพียงการขยายขอบเขตเพียงเพศสภาพของผู้กระทำและผู้ถูกระทำ สิ่งที่กระทำ และอวัยวะที่ถูกกระทำ แต่คงไม่ได้ตั้งใจจะขยายขอบเขตการกระทำออกไปว่าเพียงการจับหรือเพียงแค่การดูใกล้ถือว่าเป็นการกระทำชำเราด้วย เพราะเมื่อพิจารณาบรรดสองของมาตรา 276 แล้ว ใช้คำว่า "การกระทำชำเรา" หมายความว่า...การใช้...กระทำกับ..." คำว่า "กระทำกับ" นั้นอาจหมายถึงกระทำชำเรา¹⁸⁵ ดังนั้น การนำกฎหมายข่มขืน ก็ยังคงยึดกับการล่วงล้ำหรือสอดใส่เท่านั้น ซึ่งหากไม่มีการล่วงล้ำหรือสอดใส่แล้วจะถือว่าเป็นการกระทำชำเราไม่ได้ ประกอบกับการตีความกฎหมายอาญาต้องตีความอย่างเคร่งครัด และการบัญญัติกฎหมายนั้นก็ต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน ไม่เกิดข้อสงสัยแก่การตีความด้วย

2.6.5.2 ความผิดฐานอนาจาร

ความผิดฐานกระทำอนาจาร (การแก้ไขปี พ.ศ.2550) สามารถแยกออกเป็นสองลักษณะคือ

¹⁸⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6816/2554

¹⁸⁵ ยี่รัก อัจฉานนท์, "กฎหมายข่มขืนใหม่ ทำอะไรจะผิดฐานข่มขืนบ้าง," โดย iLaw ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2556," สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2564, จาก <https://ilaw.or.th/node/1859>

(1) ความผิดฐานกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่า 15 ปี ตามมาตรา 278 และ

(2) ความผิดฐานกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ตามมาตรา 279

ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ผู้เขียนขอกล่าวเฉพาะ ความผิดฐานกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่า 15 ปี ตามมาตรา 278

มาตรา 278¹⁸⁶ “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยขู่เชิญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”¹⁸⁷

ความหมายคำว่า “อนาจาร”

“อนาจาร” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.๒๕๕๔ ได้ให้ความหมายว่า หมายถึงความประพฤติชั่วความประพฤติน่าอับอาย เป็นฐานความผิดอาญาที่ผู้กระทำความผิดอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น ลามกน่าบัดสี ทำให้เป็นที่อับอาย เป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในความdingาม¹⁸⁸

“อนาจาร”ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้ให้ความหมายว่า หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ หรือการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ โดยกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายโดยตรง เช่น การจูดแขนหญิง การกอด จูบ ลูบ คลำ หรือสัมผัสจับต้องเนื้อตัวร่างกาย เป็นต้น หรือการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี การกระทำอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล และไม่ได้หมายความเฉพาะความใคร่หรือการค้าประเวณีเท่านั้น แต่รวมถึงการทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย โดยอาจจะไม่มีความมุ่งหมายในทางกามารมณ์ก็ได้¹⁸⁹

¹⁸⁶ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530, ราชกิจจานุเบกษา 104, (1 กันยายน 2530).

¹⁸⁷ อตราโทษ แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวล กฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2560

¹⁸⁸ ราชบัณฑิตยสถาน, “พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554,” สืบค้นเมื่อวันที่ 30 มกราคม 2564, จาก <https://dictionary.orst.go.th/>

¹⁸⁹ อริยพร โพธิ์ใส, “ความผิดเกี่ยวกับการอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา,” วารสารจตุนิติ, (มีนาคม - เมษายน 2561), น. 155 – 163. สืบค้นเมื่อวันที่ 30 มกราคม 2564, จาก https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/11all/all68.pdf.

การกระทำอนาจารตามความเห็นของนักกฎหมาย ได้ให้ความหมายว่า การกระทำอนาจาร หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อความต้องการทางเพศ อาทิเช่น กอด จูบ ลูบ คลำ และต้องเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่น และการกระทำอนาจารยังรวมการกระทำให้เกิดความอับอายขายหน้าในทางเพศอีกด้วย¹⁹⁰

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547 ยังกล่าวไว้ว่า คำว่า "อนาจาร" มีความหมายว่าเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวบุคคลที่ไม่สมควรทางเพศซึ่งมิได้หมายความเฉพาะการประเวณีหรือความใคร่เท่านั้น แต่รวมถึงการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย การที่จำเลยกอดเอวโจทก์ร่วม จับมือและดึงแขน โจทก์ร่วมเช่นนั้นจึงเป็นการกระทำอนาจารแก่โจทก์ร่วม โดยใช้กำลังประทุษร้ายเป็นความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 แม้บางครั้งจำเลยจะได้กระทำขณะอยู่ในรถยนต์กระบะแต่การที่จำเลยจับมือและดึงแขน โจทก์ร่วมให้เข้าไปในห้องพักของโรงแรมขณะอยู่ต่อหน้าพนักงาน โรงแรมเช่นนั้นเป็นการกระทำโดยเปิดเผยในที่ซึ่งอาจมีคนเห็นได้ แม้ไม่มีผู้ใดเห็นในขณะที่กระทำนั้นก็เป็นการก้ำกัณฑ์แล้ว เพราะการกระทำต่อหน้าธารกำนัลมิได้หมายความเฉพาะแต่กระทำโดยประการที่ทำให้บุคคลอื่นได้เห็น โดยแท้จริงเท่านั้น เพียงแต่กระทำในลักษณะที่เปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นได้ก็เป็นต่อหน้าธารกำนัลแล้ว ดังนั้น เมื่อจำเลยกระทำอนาจารแก่โจทก์ร่วมโดยใช้กำลังประทุษร้ายต่อหน้าธารกำนัล จึงเป็นความผิดที่มีโทษความผิดอันยอมความได้¹⁹¹

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534 การกระทำอนาจารคือ การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ เพียงแต่กอด จูบ ลูบคลำ และต้องเนื้อตัวร่างกาย ในทางไม่สมควรก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว¹⁹²

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5694/2541 การที่จำเลยเขาโอบไหล่ ผู้เสียหายทั้งที่ไม่เคยรู้จักกันมาก่อน ถือเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร¹⁹³

ดังที่กล่าวมาข้างต้น เห็นว่า การกระทำที่จะถือว่าเป็นอนาจารหรือไม่นั้น ไม่ได้จำกัดเฉพาะเพื่อความต้องการทางเพศตามความประสงค์ของผู้กระทำเท่านั้น แต่ต้องพิจารณาตามพฤติการณ์ที่ผู้กระทำกระทำให้ปรากฏออกมาภายนอกด้วยว่า การกระทำเช่นนั้นกระทำให้เกิดความ

¹⁹⁰ อัจฉริยา ชูตินันท์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556), น. 347.

¹⁹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547

¹⁹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534

¹⁹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5694/2541

อับอายขายหน้าในทางเพศหรือไม่ ถ้าการกระทำตามที่ปรากฏเป็นการกระทำให้เกิดความอับอายขายหน้าในทางเพศแล้ว แม้กระทำเพราะโทสะก็เป็นการกระทำอนาจาร¹⁹⁴

กล่าวโดยสรุป บทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้ระบุเพศของผู้กระทำความผิดหรือผู้ถูกระทำว่าต้องเป็นหญิงหรือชาย โดยระบุเพียงว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคล...” ดังนั้น ไม่ว่าจะกรณีใดชายกระทำต่อหญิง หญิงกระทำต่อชาย ชายกระทำต่อชาย หรือหญิงกระทำต่อหญิง ก็อาจมีความผิดฐานอนาจารได้ทั้งสิ้น

2.6.6 ความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ได้รับการแก้ไขล่าสุด พ.ศ. 2562

ความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญาในลักษณะ 9 มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงล่าสุดเมื่อปีพ.ศ.2562 ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 28 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 เป็นต้นไป¹⁹⁵ สาระสำคัญในการแก้ไข มีดังนี้

(1) แก้ไขความหมาย "กระทำชำเรา" โดยยกเลิกความในมาตรา 276 วรรคสองและมาตรา 277 วรรคสอง โดยกำหนดบทนิยามขึ้นใหม่ในมาตรา 1(18)

(2) กำหนดให้การใช้วัตถุ หรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร เรียกว่า "อนาจารโดยการล่วงล้ำ" มีระวางโทษเท่ากับฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ถ้ากระทำต่อเด็ก ก็ต้องระวางโทษเท่ากับฐานกระทำชำเราเด็ก

(3) กำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำอนาจารต้องระวางโทษหนักขึ้นถ้ากระทำโดยทำให้ผู้ถูกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดตามมาตรา 276 วรรคสองและมาตรา 277 วรรคสาม

(4) กำหนดความผิดฐานใหม่ "ฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำต่อชายในลักษณะเดียวกัน" เป็นความผิดที่ต้องระวางโทษเท่ากับการกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำต่อชายอันมีลักษณะเดียวกัน

(5) กำหนดให้ศาลเยาวชนและครอบครัวมีอำนาจใช้มาตรการคุ้มครองสวัสดิภาพแทนการลงโทษในกรณีที่เป็นกรกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกิน 15 ปี กระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่า 13 ปีแต่ยังไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กนั้นยินยอมตามมาตรา 277 วรรคห้า

¹⁹⁴ อัจฉริยา ชูตินันท์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 347.

¹⁹⁵ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562, ราชกิจจานุเบกษา 136, (27 พฤษภาคม 2562).

(6) เพิ่มความผิดฐานใหม่ "ฐานบันทึกภาพหรือเสียงการกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจาร" ตามมาตรา 280/1 วรรคหนึ่ง และต้องระวางโทษหนักขึ้นหากเผยแพร่หรือส่งต่อภาพหรือเสียงดังกล่าวตามมาตรา 280/1 วรรคสอง

(7) กำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 277 วรรคหนึ่งและการกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำตามมาตรา 278 วรรคสอง ซึ่งเป็นการกระทำระหว่างคู่สมรส ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล หรือไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย เป็นความผิดอันยอมความได้ หากมีเงื่อนไขนอกเหนือจากนี้ ถือเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ยอมความไม่ได้

(8) กำหนดให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อบุพการี พี่น้องร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ญาติสืบสายโลหิต และผู้อยู่ใต้อำนาจด้วยประการอื่นใดต้องระวางโทษหนักขึ้น ตามมาตรา 285

(9) กำหนดให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อบุคคลซึ่งไม่สามารถปกป้องตนเองอันเนื่องจากเป็นผู้ทุพพลภาพ ผู้มีจิตบกพร่อง โรคนิ่ว หรือจิตฟั่นเฟือน คนป่วยเจ็บ คนชรา สตรีมีครรภ์ หรือผู้ซึ่งอยู่ในภาวะไม่สามารถรู้ผิดชอบ ต้องระวางโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285/2

(10) ปรับปรุงความผิดฐานดำรงชีพจากรายได้ของผู้ซึ่งค่าประเวณีเป็นความผิดฐานใหม่ "ฐานแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณี" ตามมาตรา 286 โดยเพิ่มองค์ประกอบในส่วนของการกระทำและตัดข้อสันนิษฐานเดิมออกไป

โดยมีเหตุผลที่เป็นการสมควรปรับปรุงบทนิยามคำว่า "กระทำชำเรา" ในบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศและบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับศพในประมวลกฎหมายอาญาให้ชัดเจนและสอดคล้องกับลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติ และปรับปรุงบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศบางประการเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย และเพื่อให้ความคุ้มครองบุคคลซึ่งถูกระทำทางเพศกลุ่มต่างๆ มากยิ่งขึ้น เช่น เด็ก ผู้อยู่ภายใต้อำนาจของผู้กระทำ และผู้ซึ่งไม่สามารถปกป้องตนเองได้ อีกทั้งเพื่อป้องปรามมิให้มีการกระทำที่เป็นการเอาเปรียบหรือรับประโยชน์จากผู้ซึ่งค่าประเวณี หรือจากการค้าประเวณี¹⁹⁶

ดังนั้น ในปัจจุบันความผิดเกี่ยวกับเพศสามารถจำแนกออกเป็นฐานความผิดต่างๆ ได้ดังต่อไปนี้

¹⁹⁶ สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภานิติบัญญัติแห่งชาติ, เอกสารประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ.... (ความผิดเกี่ยวกับเพศ), (กรุงเทพมหานคร : สำนักการพิมพ์, 2562), น. 2.

- (1) ความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา ตั้งแต่มาตรา 276 ถึงมาตรา 277 ตรี
- (2) ความผิดเกี่ยวกับการกระทำอนาจาร ตั้งแต่มาตรา 278 ถึงมาตรา 280
- (3) เหตุที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้น ตามมาตรา 280/1 มาตรา 285 และมาตรา 285/2
- (4) การห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็ก ตามมาตรา 285/1
- (5) กรณีเป็นความผิดอันยอมความได้ ตามมาตรา 281
- (6) ความผิดเกี่ยวกับการพาไปเพื่อการอนาจาร ตั้งแต่มาตรา 282 มาตรา 284 มาตรา 285 และมาตรา 285/1

- (7) ความผิดฐานส่งเสริมหรือรับประโยชน์จากการค้าประเวณีของผู้อื่น มาตรา 287
- (8) ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจาร มาตรา 287 ถึงมาตรา 287/2

ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ผู้เขียนขอกล่าวเฉพาะบทบัญญัติเกี่ยวกับลักษณะการกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 กับบทบัญญัติเกี่ยวกับลักษณะการกระทำอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278

2.6.6.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 276 “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธหรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกันต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส และคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกและคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา

ต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”¹⁹⁷

กฎหมายปัจจุบันตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 นั้น มีการตัดบทนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ในมาตรา 276 วรรคสองและมาตรา 277 วรรคสองออก แล้วนำไปกำหนดเป็นบทนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ใน อนุ (18) มาตรา 1 ความดังต่อไปนี้

มาตรา 1(18)¹⁹⁸ “กระทำชำเรา หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น”

จากบทนิยามดังกล่าวสามารถแยกองค์ประกอบได้ดังนี้

“กระทำชำเรา” หมายความว่า

- (1) กระทำ
- (2) เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ
- (3) โดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำ

ก. อวัยวะเพศ

ข. ทวารหนัก

ค. ช่องปากของผู้อื่น

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน “กระทำชำเรา” หมายถึง ร่วมประเวณี หรือ การร่วมเพศ ซึ่งการร่วมประเวณี โดยการร่วมเพศต้องเป็นการกระทำระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น¹⁹⁹

ตามบทนิยามการกระทำชำเราในมาตรา 276 วรรคสองเดิมได้บัญญัติว่า ผู้กระทำอาจใช้อวัยวะเพศของตนกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกกระทำ หรือใช้วัตถุอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกกระทำก็ถือเป็นการกระทำชำเราด้วย ทำให้ความหมายของคำว่ากระทำชำเราตามกฎหมายเดิมกว้างขวางมาก ครอบคลุมถึงการใช้อวัยวะเพศ

¹⁹⁷ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562, ราชกิจจานุเบกษา 136, (27 พฤษภาคม 2562), น. 128.

¹⁹⁸ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562, ราชกิจจานุเบกษา 136, (27 พฤษภาคม 2562), น. 127.

¹⁹⁹ ราชบัณฑิตยสถาน, “พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554,” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2564, จาก <https://dictionary.orst.go.th/>

กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ไปจนถึงการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่นด้วย โดยไม่จำเป็นต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศอย่างเดียว ผู้กระทำอาจใช้สิ่งอื่นใด ก็ถือว่าเป็นการกระทำชำเราอีกด้วย ส่วนอวัยวะที่ถูกกระทำก็ไม่ได้จัดเพียงว่าต้องเป็นอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น อาจเป็นอวัยวะเพศชาย ทวารหนัก หรือช่องปาก ก็ได้

แต่กฎหมายที่แก้ไขใหม่ตัดข้อความที่ว่า “กระทำกับ” โดยเปลี่ยนเป็นถ้อยคำ “ล่วงล้ำ” และตัดข้อความที่ว่า “หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” ออกไป โดยกำหนดให้การใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น เป็นเหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานกระทำอนาจาร เรียกว่า “การอนาจารโดยการล่วงล้ำ” ซึ่งเป็นความผิดที่ต้องระวางโทษเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ถ้ากระทำต่อเด็ก ก็ต้องระวางโทษเท่ากับฐานกระทำชำเราเด็ก

นอกจากนี้ ผู้กระทำยังต้องมีเจตนาใช้อวัยวะเพศของตน “ล่วงล้ำ” ถ้าเจตนาล่วงล้ำ แต่ยังไม่ล่วงล้ำ ก็เป็นพยายามกระทำชำเรา แต่ถ้าไม่มีเจตนาล่วงล้ำเลย มีเจตนาเพียงดูไถภายนอกจนสำเร็จความใคร่ ก็เป็นการกระทำอันไม่สมควรในทางเพศ ผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น

ดังนั้น การกระทำชำเราตามบทนิยามใหม่ได้จำกัดนิยามของคำว่ากระทำชำเราแคบลงจากเดิม เห็นว่าผู้กระทำต้องใช้อวัยวะเพศเท่านั้นและจะเป็นความผิดสำเร็จเมื่อเอาอวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกกระทำ แต่หากการที่ชายใช้ปากอมอวัยวะเพศของผู้เสียหาย ซึ่งเป็นเด็กชาย²⁰⁰ ใช้นิ้วมือสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย²⁰¹ การใช้สิ่งอื่นใดใช้อวัยวะเพศของผู้หญิง²⁰² ปัจจุบันไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอีกต่อไป คงมีความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น

²⁰⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557

²⁰¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5828/2558

²⁰² คำพิพากษาศาลฎีกา 4164/2555

จากมาตรา 276 สามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ ดังนี้

(1) “ผู้ใด” จะเป็นชายหรือหญิงก็ได้

(2) ข่มขืน หมายถึง บังคับขืนใจโดยที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอม²⁰³ หากยินยอมก็ไม่เป็นการข่มขืน แต่หากยินยอมเนื่องจากสำคัญผิดคิดว่าเป็นสามีของตน ก็ไม่ถือว่าเป็นการยินยอมโดยสมัครใจ²⁰⁴ โดยการข่มขืนกระทำชำเราอาจกระทำโดยวิธีหนึ่งวิธีใดดังต่อไปนี้

1) "ขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ" หมายถึงทำให้กลัวว่าจะได้รับอันตรายในอนาคต ไม่จำกัดว่าจะต้องอันตรายแก่ชีวิตหรือแก่ร่างกาย อาจเป็นอันตรายต่อทรัพย์สินหรือต่อเสรีภาพก็ได้²⁰⁵ เช่น จำเลยจอดรถแล้วบังคับให้ผู้เสียหายถอดเสื้อผ้า ผู้เสียหายไม่ยอมถอดจำเลยบอกว่า หากไม่ถอดจะยึดข้อหาข่มขืนให้และต่อมาจำเลยหยิบอาวุธปืนมาขู่ ผู้เสียหายเกิดความกลัวจึงยอมให้จำเลยกระทำชำเรา²⁰⁶ ผู้เสียหายทำงานเป็นลูกจ้างอยู่ในบ้านของจำเลยและถูกจำเลยข่มขู่ว่าหากไม่ยินยอมให้จำเลยกระทำชำเราจะส่งตัวผู้เสียหายให้เจ้าพนักงานตำรวจดำเนินคดีในข้อหาหลบหนีเข้าเมือง ผู้เสียหายอยู่ในภาวะเสียเปรียบไม่อาจต่อสู้ขัดขืนจำเลยซึ่งเป็นนายจ้างของตนได้ ถือไม่ได้ว่าผู้เสียหายยินยอมให้จำเลยกระทำชำเรา²⁰⁷

2) "โดยใช้กำลังประทุษร้าย" อาจทำการประทุษร้ายแก่กายโดยใช้แรงกายภาพ เช่น ใช้กำลังจับแขนขาของหญิงแล้วกระทำชำเรา²⁰⁸ จับผู้เสียหายถอดเสื้อผ้าและจับแขนผู้เสียหายเพื่อให้พวกจำเลยข่มขืนเป็นการใช้กำลังประทุษร้าย²⁰⁹ ชกต่อยให้หญิงยินยอมให้กระทำชำเรา²¹⁰ หรือการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” ไม่ว่าจะใช้ยาทำให้มึนเมาหรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน เช่น ใช้ยาสลบ ยานอนหลับ หรือมอมเหล้าแล้วกระทำชำเรา ก็เป็น

²⁰³ สหรัญ กิติ ศุภการ, หลักและคำพิพากษาฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2563), น. 398.

²⁰⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1646/2532

²⁰⁵ สหรัญ กิติ ศุภการ, หลักและคำพิพากษาฎหมายอาญา, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 399.

²⁰⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5797/2544

²⁰⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7721/2549

²⁰⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 805/2490

²⁰⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3842/2545

²¹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 38/2534

การใช้กำลังประทุษร้าย แต่ถ้าหญิงมาหมดสติไปเองและจำเลยถือโอกาสกระทำชำเรา ถือว่าหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ซึ่งเป็นการกระทำในข้อ (๓) ไม่ใช่การใช้กำลังประทุษร้ายในข้อนี้

3) “โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” เช่น หญิงเมฆาสาหลบจำเลยถือโอกาสกระทำชำเรา²¹¹ กระทำชำเราผู้เสียหายซึ่งไม่มีสติในขณะที่ไปเข้าตรวจร่างกายที่โรงพยาบาล²¹² กระทำชำเราบุตรซึ่งบุตรมีสภาพกายพิการขาทั้งสองข้างไม่สามารถใช้การได้²¹³ จำเลยกระทำชำเราเด็กอายุเพียง 7 ปีเศษ²¹⁴

4) “โดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” เช่น กระทำชำเราหญิงขณะหญิงนอนหลับโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าเป็นสามีของหญิง ถือว่าหญิงไม่ยินยอม²¹⁵ แต่ถ้าทำให้เข้าใจผิดในข้อเท็จจริง มิใช่ให้เข้าใจผิด ว่าตนเป็นบุคคลอื่น เช่น หลอกว่าจะสมรสกับหญิง หลอกว่ารวยแต่ความจริงแสนยากจน หลอกว่ารักสุดหัวใจแต่ความจริงต้องการกระทำชำเราเท่านั้น หญิงจึงยินยอมให้กระทำชำเรา ผู้กระทำไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

(3) “ผู้อื่น”

อวัยวะที่ถูกกระทำนั้น ไม่จำกัดเฉพาะต้องเป็นการล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น อาจเป็นทวารหนัก หรือช่องปาก ก็ถือเป็นการกระทำชำเราได้ทั้งสิ้น

กล่าวโดยสรุป การกระทำชำเราตามบทนิยามใหม่ได้จำกัดค่านิยมของการกระทำชำเราแคบลงกว่าเดิมอย่างมาก โดยบัญญัติให้การล่วงละเมิดทางเพศโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกกระทำนั้น เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และนอกจากนี้ยังบัญญัติว่าจะเป็นการกระทำชำเรานั้นต้องมีการล่วงล้ำหรือสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกกระทำด้วย จึงจะถือว่าเป็นความผิดสำเร็จ หากยังไม่มีการล่วงล้ำหรือสอดใส่ ก็เป็นความผิดเพียงพยายามกระทำชำเรา แต่ถ้าไม่มีเจตนาล่วงล้ำเลย มีเจตนาเพียงดูไถภายนอกจนสำเร็จความใคร่ ก็เป็นความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น

²¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 382/2522

²¹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558

²¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7008/2554

²¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2530/2554

²¹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 233/2462, 1646/2532

2.6.6.2 ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 278²¹⁶ “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท²¹⁷

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสอง ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท²¹⁸

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสอง ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”²¹⁹

ความผิดฐานกระทำอนาจารนั้น พิจารณาได้ดังนี้

(1) ผู้กระทำในความผิดฐานนี้จะเป็นใครก็ได้ไม่จำกัดเพศ²²⁰

(2) กระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยบุคคลนั้น ไม่ยินยอม หากบุคคลนั้นยินยอมโดยสมัครใจ ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดฐานกระทำอนาจาร

²¹⁶ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530

²¹⁷ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562, ราชกิจจานุเบกษา 136, (27 พฤษภาคม 2562), น. 130.

²¹⁸ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562, ราชกิจจานุเบกษา 136, (27 พฤษภาคม 2562), น. 130.

²¹⁹ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562, ราชกิจจานุเบกษา 136, (27 พฤษภาคม 2562), น. 130.

²²⁰ คณิต ฅ นคร, กฎหมายอาญาศาสนาความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 197.

ในประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติคำนิยามคำว่า “กระทำอนาจาร” ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาดังเช่น “การกระทำชำเรา” ซึ่งในปัจจุบันตั้งแต่วันที่ 28 พฤษภาคม พ.ศ.2562 ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดความหมายของการกระทำชำเราใหม่ไว้ในมาตรา 1(18) “กระทำชำเรา หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ ล้วงล้าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” สิ่งที่เปลี่ยนไปจากกฎหมายเดิม คือ ไข่วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล้วงล้าอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหายเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ได้ถูกย้ายไปเป็นเหตุเพิ่มโทษของการอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 วรรคสอง และมาตรา 279 วรรคสี่และวรรคห้า เรียกว่า “การอนาจารโดยการล้วงล้า” ดังนั้น การที่ผู้กระทำใช้นิ้วสอดใส่อวัยวะเพศของผู้เสียหาย จากเดิมผู้กระทำเคยมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่ปัจจุบันผู้กระทำจะมีความผิดฐานอนาจาร โดยการล้วงล้า ซึ่งเป็นเหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานกระทำอนาจาร

ตามพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 กล่าวว่า “อนาจาร” หมายความว่า ความประพฤติชั่ว ความประพฤติน่าอับอาย เป็นฐานความผิดอาญา ที่ผู้กระทำกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น ลามก น่าบัดสี ทำให้เป็นที่อับอาย เป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม²²¹

และนอกจากนี้ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่าคำว่า "อนาจาร" มีความหมายว่าเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวบุคคลที่ไม่สมควรทางเพศซึ่งมิได้หมายความเฉพาะการร่วมประเวณีหรือความใคร่เท่านั้น แต่รวมถึงการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย การที่จำเลยกอดเอวโจทก์ร่วม จับมือและดึงแขนโจทก์ร่วมเช่นนั้นจึงเป็นการกระทำอนาจารแก่โจทก์ร่วมโดยใช้กำลังประทุษร้าย เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278²²² หรือการที่จำเลยเข้าโอบไหล่ผู้เสียหายซึ่งไม่เคยรู้จักกันมาก่อน ถือเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร²²³ หรือแม้แต่เพียงแต่กอด จูบ ลูบคลำ และต้อนเนื้อตัวร่างกาย ในทางไม่สมควรก็เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร อันเป็นความผิดสำเร็จแล้วด้วย²²⁴ ล่าสุด

²²¹ ราชบัณฑิตยสถาน, “พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554,” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2564, จาก <https://dictionary.orst.go.th/>

²²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547

²²³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5694/2541

²²⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534

มีคำพิพากษาศาลฎีกายืนยันว่า การกระทำอนาจาร หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ เช่น กอดจูบ ลูบคลำ และต้องเนื้อตัวร่างกายในทางไม่สมควร²²⁵

ดังนั้น ความผิดฐานกระทำอนาจารในปัจจุบันประกอบด้วย การกระทำ 2 ลักษณะด้วยกัน ได้แก่

(1) การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ เช่น กอดจูบ ลูบคลำ และต้องเนื้อตัวร่างกายในทางไม่สมควร

(2) การใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหายเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ (เหตุฉกรรจ์ ตามมาตรา 278 วรรคสอง)

อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยการล่วงล้ำ จุดพิจารณาว่าเป็นความผิดถึงขั้นสำเร็จหรือเพียงพยายามกระทำความผิดล้วนแล้วแต่ต้องพิจารณาว่าอวัยวะเพศของผู้กระทำหรือวัตถุหรืออวัยวะอื่นใดอันมิใช่อวัยวะเพศนั้น ได้มีการล่วงล้ำหรือสอดใส่หรือไม่

จากการพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ประเทศไทยได้มีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยแยกฐานความผิดออกเป็น 3 รูปแบบด้วยกัน กล่าวคือ

(1) การร่วมประเวณีตามธรรมชาติ

(2) การร่วมประเวณีผิดธรรมชาติตามนุษย์ ซึ่งในปัจจุบัน กฎหมายบัญญัติว่าเป็นเพียงเหตุเพิ่มโทษของความผิดฐานกระทำอนาจาร เรียกว่า “การอนาจารโดยการล่วงล้ำ”

(3) การกระทำอนาจาร

ในปัจจุบัน รสนิยมทางเพศเป็นเรื่องที่เปิดกว้างและเป็นที่ยอมรับในสังคมหมู่มาก กรณีนำไปสู่ความหลากหลายทางเพศที่ไม่ได้มีเฉพาะแค่ผู้ชายกับผู้หญิง รสนิยมของการร่วมเพศในสมัยนี้จึงไม่ได้มีเพียงแต่การร่วมประเวณีตามแบบพื้นฐานธรรมชาติปกติเท่านั้น ยังมีการร่วมเพศของคนเพศเดียวกัน อาจใช้วัตถุหรือสิ่งของอื่นใดเป็นเครื่องมือ หรือรสนิยมการร่วมเพศที่หลากหลาย ดังนั้น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 จึงต้องแก้ไขปรับปรุงให้ทันต่อยุคสมัยของสังคมและสภาพการณ์ในปัจจุบัน ควรต้องมุ่งหมายคุ้มครองผู้ถูกระทำทางเพศทุกเพศทุกวัยในแบบที่หลากหลายไม่ใช่แค่เพียงการร่วมเพศตามธรรมชาติเท่านั้น เพราะการร่วมเพศในแบบอื่น

²²⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 759/2562

ธรรมชาติก็อาจก่อความเสียหายทางร่างกายหรือทางจิตใจได้ไม่ต่างกัน ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 77²²⁶

อีกทั้ง นับแต่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ.2562 นั้น ทำให้คำจำกัดความของการกระทำชำเราและการกระทำอนาจารเปลี่ยนแปลงไป โดยการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีขอบเขตแคบลง ในขณะที่การกระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร มีขอบเขตกว้างขึ้น กล่าวคือ การกระทำอนาจารนอกจะหมายความว่าสอดจูบ ลูบคลำ และต้องเนื้อตัวร่างกายในทางไม่สมควรเพศแล้ว ยังมีความหมายรวมไปถึงการใช้สิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นใดอันมิใช่อวัยวะเพศ ล้วงล้ำหรือสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้ถูกระทำ ซึ่งเป็นเหตุเพิ่มโทษของการกระทำอนาจารที่เรียกว่า “การอนาจารโดยการล้วงล้ำ” หรือกล่าวอีกนัยคือ การกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ได้ถูกย้ายไปเป็นเหตุเพิ่มโทษของความผิดฐานกระทำอนาจารนั่นเอง ดังนั้น ปัจจุบันหากการที่ผู้กระทำใช้นิ้วสอดใส่อวัยวะเพศของผู้ถูกระทำ จากเดิมผู้กระทำเคยมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่ปัจจุบันผู้กระทำจะมีความผิดฐานอนาจาร โดยการล้วงล้ำซึ่งเป็นอนาจารที่มีเหตุกรรจ์ กรณีดังกล่าวจึงก่อให้เกิดความสับสนเคลือบแคลงว่าอะไรกันแน่คือจุดแบ่งแยกการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งกฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอนซึ่งเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาและเป็นหลักประกันความเป็นนิติรัฐ

นอกจากนี้ ความแตกต่างระหว่างการกระทำชำเรากับการอนาจาร โดยการล้วงล้ำนั้น พิจารณาวัตถุที่กระทำเป็นหลัก ถ้าผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตนล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกระทำ ผู้กระทำจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่หากผู้กระทำใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นใดอันมิใช่อวัยวะเพศล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้ถูกระทำ ผู้กระทำจะมีความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยการล้วงล้ำ ซึ่งการแก้ไขดังกล่าวคล้ายกับความผิดฐานอนาจารโดยการล้วงล้ำ (assault by penetration) ในกฎหมายอังกฤษ²²⁷

²²⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 77 “รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมาย ที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ โดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการกระทบประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง”

²²⁷ ปกป้อง ศรีสนิท, “การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเรื่องเพศ : ความหมายใหม่และโทษใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเรา,” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2564, จาก <https://www.the101.world/rape-in-thai-law/>

ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายเดิม สอดคล้องกับความหมายของ ข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายของหลายประเทศ และสอดคล้องหลักการเคารพศักดิ์ศรีความเป็น มนุษย์ (General Principle of respect for human dignity) นอกจากนี้ หากพิจารณาเรื่องความเสียหาย (harm) การที่ผู้เสียหายถูกบังคับสอดใส่อวัยวะเพศหรือทวารหนัก ไม่ว่าจะด้วยสิ่งใดก็ตาม น่าจะ ก่อให้เกิดความเสียหายที่เท่ากัน ไม่ว่าจะมองจากผู้เสียหายหรือมองจากสังคม²²⁸

อย่างไรก็ดี ความผิดฐานอนาจารโดยการล่วงล้ำ ตามมาตรา 278 วรรคสอง ได้กำหนด โทษเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคแรก และความผิดฐานอนาจารโดย การล่วงล้ำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีและความผิดฐานอนาจาร โดยการล่วงล้ำแก่เด็กอายุยังไม่เกิน สิบสามปี ตามมาตรา 279วรรคสี่และวรรคห้า ได้กำหนดโทษเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำ ชำเราเด็ก ตามมาตรา 277 วรรคแรกและวรรคสอง ซึ่งน่าจะเป็นสิ่งที่สะท้อนความรุนแรงของทั้ง สองฐานความผิดให้เห็นว่าเท่ากันได้ แต่การถูกประณามจากสังคมยังคงต่างกัน ระหว่าง “ข้อหา ข่มขืน” กับ “ข้อหาอนาจาร”²²⁹

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรเสนอให้มีการยกเลิกความผิดฐานอนาจารโดยการล่วงล้ำ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 วรรคสอง และมาตรา 279 วรรคสี่และวรรคห้า และ กำหนดให้ “การใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักผู้อื่น” ให้ ถือว่าเป็น “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา” ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนในการบัญญัติ กฎหมาย เกิดความเท่าเทียมกันตามหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและ กฎหมายอาญานานาชาติ

²²⁸ เพิ่งอ้าง.

²²⁹ เพิ่งอ้าง.

บทที่ 3

ลักษณะการกระทำชำเรากับลักษณะการกระทำอนาจารในกฎหมายต่างประเทศ

การกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 หมายความว่า “การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” เมื่อมีการแก้ไขความหมายของการกระทำชำเราโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ.2562 โดยกำหนดไว้ในมาตรา 1(18) ซึ่ง “กระทำชำเรา” หมายความว่า “กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” สิ่งที่เปลี่ยนไปจากกฎหมายเดิม คือ การใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นใดของผู้กระทำ ล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหายเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ได้ถูกย้ายไปเป็นเหตุเพิ่มโทษของการอนาจาร ดังนั้นการที่ผู้กระทำใช้นิ้วสอดใส่อวัยวะเพศของผู้เสียหาย จากเดิมผู้กระทำเคยมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (rape) แต่ปัจจุบันผู้กระทำจะมีความผิดฐานอนาจาร โดยการล่วงล้ำ (sexual assault by penetration) ซึ่งเป็นอนาจารที่มีเหตุเพิ่มโทษ ผู้เขียนจึงขอทำการศึกษาลักษณะการกระทำชำเรากับลักษณะการกระทำอนาจารในกฎหมายต่างประเทศ รายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษ ได้มีการออกกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศฉบับล่าสุด ปี พ.ศ.2546 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2546 ชื่อ “Sexual Offences act 2003” (พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003) โดยจุดประสงค์ของการบัญญัติพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 เพื่อให้กฎหมายว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศที่ใช้อยู่มีความทันสมัย และเป็นการเสริมสร้างความแข็งแกร่งของกฎหมายดังกล่าว ด้วยการปรับปรุงมาตรการป้องกันและปกป้องประชาชนจาก

ผู้ต้องหาในความผิดเกี่ยวกับเพศ²³⁰ ซึ่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 นั้น แบ่งความผิดเกี่ยวกับเพศออกเป็น 4 ฐานความผิด ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ ความผิดฐานกระทำอนาจาร และความผิดฐานบังคับให้ผู้อื่นเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม

สำหรับวิทยานิพนธ์เล่มนี้ผู้เขียนขอก้าวเพียงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ ความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น

3.1.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) ปรากฏอยู่ในส่วนที่ 1 บทที่ 42 ในพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 โดยแบ่งเป็น 2 มาตรา คือ มาตรา 1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และ มาตรา 5 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี รายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1.1.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 1²³¹ “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

(1) ผู้ใด ข่มขืนกระทำชำเราโดย

²³⁰ The Sentencing Guidelines Council, The Sexual Offence 2003 Definitive Guideline, Published by the Sentencing Guidelines Secretariat, April 2007, P.5, อ้างใน สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล, “ความผิดเกี่ยวกับเพศ : ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาอาญา, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 31.

²³¹ The Sexual Offences Act 2003

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.

(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.

(a) ผู้กระทำความผิดนำใช้วัยวะเพศชายของตนล่วงล้ำช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปาก
ของผู้อื่น

(b) โดยผู้อื่นไม่ยินยอมและ

(c) ไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้อื่นยินยอม

(2) เหตุอันควรเชื่อว่าผู้อื่นนั้นยินยอมหรือไม่นั้น ให้พิจารณาจากสภาพเหตุการณ์
ทั้งหมด รวมถึงขั้นตอนต่างๆ ที่ ผู้กระทำความผิดได้กระทำ เพื่อให้แน่ใจว่าผู้ถูกระทำความผิดนั้น ได้ยินยอม

(3) ให้นำมาตรา 75 และ 76 มาใช้บังคับกับมาตรานี้

(4) ผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต”

จากบทบัญญัติดังกล่าว ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามพระราชบัญญัติความผิด
เกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 ใช้คำว่า “ผู้ใด” ก็ตาม แต่ตามบริบทผู้กระทำความผิดตามความผิดฐานดังกล่าวนี้
หมายความถึงเฉพาะเพศชายเท่านั้น เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า “ใช้วัยวะเพศของตนล่วงล้ำ” ช่อง
คลอด ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น

ส่วนผู้ถูกระทำความผิด กฎหมายใช้คำว่า “ใช้วัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปทางช่องคลอด”
แสดงให้เห็นว่าผู้ถูกระทำความผิดต้องเป็นเพศหญิงเท่านั้น แต่หากเป็นการล่วงล้ำเข้าไปในทวารหนัก
หรือช่องปาก เห็นว่าผู้ถูกระทำความผิดจะเป็นเพศชายหรือเพศหญิงก็ได้

นอกจากนี้ในส่วนของวัตถุแห่งการกระทำความผิด พระราชบัญญัติความผิดทางเพศ ค.ศ.
2003 ให้ความสำคัญคุ้มครองถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือ
ช่องปากของผู้อื่น เช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของไทยในปัจจุบัน

อนึ่ง ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติความผิดทางเพศ ค.ศ.2003 จะ
เป็นความผิดสำเร็จก็ต่อเมื่อ ใช้อวัยวะเพศ ล่วงล้ำช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น

3.1.1.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

มาตรา 5²³² “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

²³² The Sexual Offences Act 2003

5 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.

- (1) ผู้ใด ข่มขืนกระทำชำเราโดย
 (a) ผู้กระทำเจตนาใช้อวัยวะเพศของตนล้วงล้ำ ช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปากของ
 ผู้อื่น
 (b) ผู้อื่นซึ่งมีอายุต่ำกว่า 13 ปี
 (2) ผู้กระทำความผิดในการกระทำความผิดตามมาตรา²³³นี้ต้องระวางโทษจำคุกตลอด
 ชีวิต”

จากบทบัญญัติของกฎหมายเห็นได้ว่าการร่วมประเวณีกับหญิงที่อายุต่ำกว่า 13 ปี ไม่ว่า
 เด็กหญิงจะยินยอมหรือไม่ ผู้นั้นก็มีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

เห็นได้ว่า แม้ Sexual offence Act 2003 (SOA - 2003) จะกำหนดผู้กระทำคือ “ผู้ใด” ก็
 ตาม แต่ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอังกฤษต้องเป็นผู้ชายเท่านั้น
 เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า ล้วงล้ำ (Penetrates) และต้องเป็นอวัยวะเพศชาย (his penis) เท่านั้น ซึ่ง
 ผู้กระทำความผิดตามกฎหมายอังกฤษนั้นจำกัดเฉพาะเพศชาย แต่ผู้ถูกกระทำนั้น อาจเป็นได้ทั้งชาย
 และหญิง เนื่อง (SOA - 2003) ได้ขยายความคุ้มครองไปถึงการที่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศชายล้วงล้ำ
 ช่องปากหรือทวารหนักของผู้อื่นด้วย ซึ่งอาจเป็นช่องปากหรือทวารหนักของชายหรือหญิงก็ได้

ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายของอังกฤษนั้นมีความหมายเฉพาะ
 การร่วมประเวณีตามธรรมชาติปกติเท่านั้น ซึ่งคำนิยามของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ใน
 Sexual offence Act 2003 (SOA - 2003) มีลักษณะคล้ายกับคำนิยามในความผิดฐานข่มขืนกระทำ
 ชำเรา ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ.2562 มาตรา 1(18)
 ของไทย

3.1.2 ความผิดฐานล้วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่

ความผิดฐานล้วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ ตามพระราชบัญญัติความผิดทางเพศ
 ค.ศ.2003 แบ่งเป็น 2 มาตรา คือ มาตรา 2 ความผิดฐานล้วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ และ
 มาตรา 6 ความผิดฐานล้วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่แก่เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี มีรายละเอียด
 ดังต่อไปนี้

3.1.2.1 ความผิดฐานล้วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่

มาตรา 2²³³ “ความผิดฐานล้วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่

²³³ The Sexual Offences Act 2003

2 “Assault by penetration

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

- (1) ผู้ใด กระทำความผิดโดย
 - (a) ใช้ส่วนหนึ่งของร่างกายหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำช่องคลอดหรือทวารหนักของผู้อื่น
 - (b) การล่วงล้ำนั้นเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ
 - (c) โดยผู้อื่น ไม่ยินยอมและ
 - (d) ไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้อื่นยินยอม
- (2) เหตุอันควรเชื่อว่าผู้อื่นนั้นยินยอมหรือไม่นั้น ให้พิจารณาจากสภาพเหตุการณ์ทั้งหมด รวมถึงขั้นตอนต่างๆ ที่ผู้กระทำนั้นได้กระทำ เพื่อให้แน่ใจว่าผู้ถูกระทำนั้นได้ยินยอม
- (3) ให้นำมาตรา 75 และ 76 มาใช้บังคับกับมาตรานี้
- (4) ผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต”

ตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 (Sexual offence Act 2003) กำหนดให้การใช้ส่วนหนึ่งของร่างกายหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดหรือทวารหนักของผู้อื่น ผู้กระทำความผิดนั้นมีความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ (sexual assault) ซึ่งเป็นบทมาตรานี้ที่แตกต่างหากจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร อย่างไรก็ตาม การกระทำความผิดดังกล่าวต้องเป็นกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unlawful) และเป็นการกระทำโดยผู้อื่นไม่ยินยอม (consent)

นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดให้การล่วงล้ำหรือการสัมผัสหรือกิจกรรมอื่นใดนั้นต้องมีวัตถุประสงค์ในทางเพศ โดยจะคำนึงจากสถานการณ์หรือจุดประสงค์ของบุคคลใดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด หรือโดยลักษณะของการกระทำแล้วเป็นเรื่องเกี่ยวกับเพศ โดยพิจารณาจากสถานการณ์หรือจุดประสงค์ของบุคคลใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด (หรือทั้งสองอย่าง) อันเป็นเรื่องทางเพศ²³⁴

-
- (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.”

²³⁴ The Sexual Offences Act 2003

ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ ตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 ใช้คำว่า “ผู้ใด” โดยกฎหมายมิได้ระบุว่าเพศของผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นเพศใด ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็ชายหรือหญิง ก็เป็นผู้กระทำความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ได้

ในส่วนการกระทำนั้น ต้องเป็นการใช้ส่วนหนึ่งของร่างกายหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปช่องคลอด หรือทวารหนักของผู้อื่น อาทิเช่น นิ้ว ลิ้น หรืออวัยวะเพศปลอม เป็นต้น

สำหรับวัตถุประสงค์การกระทำนั้นต้องมีการ “ล่วงล้ำ” หรือ “สอดใส่” เข้าไปในช่องคลอด หรือทวารหนักของผู้อื่น ซึ่ง “ช่องคลอด” นั้น เห็นว่าต้องเป็นการล่วงล้ำหรือสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิงหรือช่องคลอดของหญิงโดยสภาพเท่านั้น ส่วน “ทวารหนัก” นั้น ผู้ถูกกระทำจะเป็นชายหรือหญิงก็ได้ ทั้งนี้ ไม่รวมถึงการล่วงล้ำหรือสอดใส่เข้าไปในช่องปากของผู้อื่นด้วย

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ ตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 ถูกกำหนดโทษเท่ากัน กล่าวคือ “ให้รับโทษจำคุกตลอดชีวิต” แสดงให้เห็นว่าไม่จำเป็นการใช้อวัยวะเพศหรือการใช้ส่วนหนึ่งของร่างกายหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดหรือทวารหนักของผู้อื่น อันเป็นการกระทำชำเราตามธรรมชาติหรือการกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์นั้น ก็อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ถูกกระทำไม่ต่างกันหรือเทียบเท่ากัน

3.1.2.2 ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่แก่เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

มาตรา 6²³⁵ “ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่แก่เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

78 “Sexual

[F1 For the purposes of this Part ([F2 except sections 15 A and 71]), penetration, touching or any other activity is sexual if a reasonable person would consider that—

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

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

²³⁵ The Sexual Offences Act 2003

6 Assault of a child under 13 by penetration

(1) A person commits an offence if—

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

(b) the penetration is sexual, and

(1) ผู้ใด กระทำความผิดโดย

(a) ใช้ส่วนหนึ่งของร่างกายหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำช่องคลอด หรือทวารหนักของผู้อื่น

(b) การล่วงล้ำนั้นเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

(c) ผู้อื่นอายุต่ำกว่า 13 ปี

(2) ผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต”

ความผิดตามมาตรานี้มีความหมายเช่นเดียวกับความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ เพียงแต่จะเป็นความผิดฐานนี้ผู้ถูกกระทำต้องมีอายุต่ำกว่า 13 ปี ซึ่งในความผิดฐานนี้แม้เด็กจะยินยอม ผู้กระทำก็มีความผิด

กล่าวโดยสรุป คำนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” (Rape) ตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 หมายถึงการใช้ “อวัยวะเพศชาย” ล่วงล้ำหรือสอดใส่ (penetration) เข้าไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หากเป็นการใช้ “ส่วนหนึ่งของร่างกายหรือสิ่งอื่นใด” ล่วงล้ำหรือสอดใส่ (penetration) เข้าไปในช่องคลอดหรือทวารหนักของผู้อื่น ไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หากแต่เป็นความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ (Sexual Assault)

3.1.3 ความผิดฐานอนาจาร

ความผิดฐานอนาจาร ตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 แบ่งเป็น 2 มาตรา คือ มาตรา 3 ความผิดฐานอนาจาร และ มาตรา 7 ความผิดฐานอนาจารแก่เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1.3.1 ความผิดฐานอนาจาร

มาตรา 3²³⁶ “ความผิดฐานอนาจาร

(c) 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.

²³⁶ The Sexual Offences Act 2003

3 Sexual assault

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

(a) he intentionally touches another person (B),

(b) the touching is sexual,

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

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

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

- (1) ผู้ใดกระทำความผิดโดย
- (a) สัมผัสผู้อื่นโดยเจตนา
- (b) การสัมผัสเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ
- (c) โดยผู้อื่น ไม่ยินยอมให้สัมผัสและ
- (d) ไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้อื่นยินยอม
- (2) เหตุอันควรเชื่อว่าเข้านั้นยินยอมหรือไม่นั้น ให้พิจารณาจากสภาพเหตุการณ์ทั้งหมด รวมถึงขั้นตอนต่างๆ ที่ผู้กระทำนั้นได้กระทำ เพื่อให้แน่ใจว่าผู้ถูกระทำนั้นได้ยินยอม
- (3) ให้นำมาตรา 75 และ 76 มาใช้บังคับกับมาตรานี้
- (4) ผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องระวางโทษ
- (a) มีการตัดสินว่าบุคคลนั้นกระทำความผิดโดยการพิจารณาแบบรวบรัดให้ระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินจำนวนสูงสุดตามกฎหมาย หรือทั้งสองอย่าง
- (b) มีการตัดสินว่าบุคคลนั้นกระทำความผิดคดีอาญาแบบอุทธรณ์ให้ระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี”

ความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นต้องเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ โดยไม่มีการล่วงล้ำหรือสอดใส่ นอกจากนี้การกระทำที่จะถือว่าเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นต้องเป็นการกระทำโดยที่ผู้ถูกระทำไม่ยินยอม หากยินยอมแล้วผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดฐานนี้

ในความผิดฐานกระทำอนาจารนั้น กฎหมายไม่ได้จำกัดเพศของผู้กระทำและผู้ถูกระทำ ดังนั้น ทั้งผู้กระทำและผู้ถูกระทำอาจเป็นหญิงหรือชายก็ได้

ส่วน “การสัมผัส” หมายความว่า การสัมผัสกับส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือกับสิ่งอื่นใด หรือผ่านวัตถุใด ๆ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการสัมผัสก่อนที่จะมีการสอดใส่²³⁷ เห็นว่า การอนาจารพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 เป็นการสัมผัสในเรื่องเกี่ยวกับเพศ (the

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

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

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

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years.

²³⁷ The Sexual Offences Act 2003 79 (8)Touching includes touching—

(a) with any part of the body,

(b) with anything else,

(c) through anything,

and in particular includes touching amounting to penetration.

touching is sexual) หรือประสงค์ในทางเพศ อันเป็นการสัมผัสทางกายภาพในเนื้อตัวและร่างกายของผู้ถูกระทำ โดยผู้กระทำนั้นต้องไม่มีเจตนาล่วงล้ำหรือสอดใส่อวัยวะเพศ อวัยวะอื่นใดหรือสิ่งอื่นใดเข้าไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น

ดังนั้น หากผู้กระทำมีเจตนาใช้อวัยวะเพศ อวัยวะอื่นใด หรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำหรือสอดใส่เข้าไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปากแล้ว ไม่ว่าจะมีการล่วงล้ำสำเร็จหรือไม่ หรือเพียงแค่อวัยวะเพศของตน อวัยวะอื่นใดหรือสิ่งอื่นใดกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นแล้ว ผู้กระทำนั้นมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ หรือความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราหรือความผิดฐานพยายามล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ แล้วแต่กรณี เกือบกลิ่นความผิดฐานกระทำอนาจาร

3.1.3.2 ความผิดฐานกระทำอนาจารแก่เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

มาตรา 7²³⁸ “ความผิดฐานกระทำอนาจารแก่เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

(1) ผู้ใดกระทำความผิดโดย

(a) สัมผัสผู้อื่น โดยเจตนา

(b) การสัมผัสเป็นเรื่องเกี่ยวกับเพศและ

(c) ผู้อื่นนั้นอายุต่ำกว่า 13 ปี

(2) ผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องระวางโทษ -

(a) มีการตัดสินว่าบุคคลนั้นกระทำความผิดโดยการพิจารณาแบบรวบรัดให้ระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกินจำนวนสูงสุดตามกฎหมายหรือทั้งสองอย่าง

(b) มีการตัดสินว่าบุคคลนั้นกระทำความผิดคดีอาญาแบบอุจฉกรรจ์ให้ระวางโทษจำคุกไม่เกิน 14 ปี”

²³⁸ The Sexual Offences Act 2003

7 Sexual assault of a child under 13

(1) A person commits an offence if—

(a) he intentionally touches another person,

(b) the touching is sexual, and

(c) the other person is under 13.

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

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

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years

ความผิดตามมาตรา²³⁹นี้มีความหมายเช่นเดียวกับความผิดฐานกระทำอนาจาร เพียงแต่จะเป็นความผิดฐานนี้ผู้ถูกระทำต้องมีอายุต่ำกว่า 13 ปี ซึ่งในความผิดฐานนี้แม้เด็กจะยินยอมผู้กระทำก็มีความผิด

กล่าวโดยสรุป การกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 นั้น หมายถึงการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายอันเป็นการกระทำเกี่ยวกับเพศ หรือเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ โดยผู้กระทำต้องไม่มีเจตนาล่วงล้ำหรือสอดใส่ ดังนั้น การกระทำเกี่ยวกับเรื่องทางเพศใดก็ตามที่ไม่มีเจตนาล่วงล้ำหรือสอดใส่ แต่เมื่อเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศหรือมีเจตนาในทางเพศแล้ว ผู้กระทำมีความผิดฐานกระทำอนาจารทั้งสิ้น

3.2 ประเทศฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศส แบ่งความผิดเกี่ยวกับเพศไว้เป็น 2 ฐานใหญ่ๆ ได้แก่

- (1) ข่มขืนกระทำชำเรา คือ กิจกรรมทางเพศที่มีการสอดใส่ล่วงล้ำ²³⁹
- (2) อนาจาร คือกิจกรรมทางเพศอื่นๆ ที่นอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเรา²⁴⁰

3.2.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ย่อหน้าที่ 1: ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ข้อ 222-23²⁴¹ “การข่มขืนกระทำชำเรา หมายถึง การกระทำใดๆ ที่มีการสอดใส่ทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นลักษณะใดก็ตาม โดยวิธีการประทุษร้าย ทำให้ผู้อื่นขัดขืนไม่ได้ ชู้เจ็ญ หรือ ทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นผู้อื่น

การข่มขืนกระทำชำเราต้องระวางโทษจำคุกทางอาญาสิบห้าปี”

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศส หมายถึง การกระทำล่วงละเมิดทางเพศทุกอย่าง โดยการใช้อวัยวะเพศหรือวัตถุอื่นใดล่วงล้ำหรือสอดใส่เข้า

²³⁹ The French penal Code Section 222-23.

²⁴⁰ The French penal Code Section 222-27.

²⁴¹ The French penal Code

ARTICLE 222-23

“Any act of sexual penetration, whatever its nature, committed against another person by violence, constraint, threat or surprise, is rape.

Rape is punished by fifteen years' criminal imprisonment.”

ไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยการบังคับขู่เข็ญ หรือด้วยวิธีอื่นใด

ดังนั้น การข่มขืนกระทำชำเรา (Viol) ในประเทศฝรั่งเศส คือ การกระทำทุกอย่าง (tout acte) ที่มีการล่วงล้ำหรือการสอดใส่ ไม่ว่าจะโดยวิธีธรรมชาติหรือวิธีอื่นใด (qu'il soit) ต่อบุคคลอื่น โดยใช้กำลังประทุษร้าย (par violence) โดยการบังคับขู่เข็ญ (Countrainte) หรือด้วยวิธีอื่นใด ประกอบกัน (Constituer) การกระทำทุกอย่างจึงไม่จำกัดว่าต้องเป็นเฉพาะอวัยวะเพศชายเท่านั้นที่ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง แต่ยังหมายความรวมถึงการใช้อวัยวะอื่นใดนอกจากอวัยวะเพศหรือวัตถุอื่นใดล่วงล้ำหรือสอดใส่ก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว นอกจากนี้ วัตถุที่ถูกล่วงล้ำหรือสอดใส่ก็ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นเฉพาะอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น หากมีการล่วงล้ำหรือสอดใส่ทางทวารหนักหรือทางปาก หากผู้ถูกกระทำไม่ยินยอมก็เป็นความผิดฐานนี้ด้วย²⁴²

จากบทบัญญัติดังกล่าว เห็นว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้นไม่จำกัดว่าต้องเป็นการกระทำทางเพศเฉพาะอวัยวะเพศชายเท่านั้นที่ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง แต่รวมถึงการใช้อวัยวะอื่นใดนอกจากอวัยวะเพศหรือวัตถุอื่นใดล่วงล้ำหรือสอดใส่ด้วย นอกจากนี้วัตถุที่ถูกล่วงล้ำหรือสอดใส่นั้นกฎหมายก็ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นเฉพาะอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น ยังให้ความหมายรวมถึงการล่วงล้ำหรือการสอดใส่เข้าไปในทวารหนักหรือทางปากอีกด้วย

ดังนั้น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ประกอบไปด้วยการกระทำชำเราสองลักษณะด้วยกัน ได้แก่

- (1) การกระทำชำเราตามธรรมชาติ
- (2) การกระทำชำเราผิดธรรมชาติตามมนุษย์

ความหมายของการกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส คล้ายกับการกระทำชำเราตามกฎหมายเดิมของไทยที่แก้ไขเมื่อ พ.ศ.2550²⁴³

²⁴² กิตติพงษ์ พุกพ่วง, “ปัญหาขอบเขตความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และมาตรา 277 ตามประมวลกฎหมายอาญา แก้ไขเพิ่มเติม โดย พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2558), น. 128.

²⁴³ ปกป้อง ศรีสนิท, “การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเรื่องเพศ : ความหมายใหม่และโทษใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเรา,” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2564, จาก <https://www.the101.world/rape-in-thai-law/>

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสยังได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 15 ปี ไว้ในมาตรา 222-24(2)²⁴⁴ โดยคำนึงถึงอายุผู้ถูกระทำต้องต่ำกว่า 15 ปี โดยไม่คำนึงถึงความยินยอมของเด็ก แม้เด็กยินยอมผู้กระทำก็มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 15 ปี

3.2.2 ความผิดฐานกระทำอนาจาร

ย่อหน้าที่ 2 : การล่วงละเมิดทางเพศอื่น ๆ

ข้อ 222-27²⁴⁵ “การล่วงละเมิดทางเพศอื่นนอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเราต้องระวางโทษจำคุก 5 ปี และปรับ 75,000 ยูโร”

ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสได้กำหนดว่า “การกระทำอนาจาร” หมายความว่า การล่วงละเมิดทางเพศอื่นนอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเรา เห็นว่า การกระทำทางเพศใดที่ไม่มีการล่วงล้ำหรือสอดใส่ หากผู้กระทำมีวัตถุประสงค์ในทางเพศ ล้วนแล้วแต่มีความผิดฐานกระทำอนาจารทั้งสิ้น กรณีจึงถือได้ว่าความผิดฐานอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสนั้นคือฐานความผิดที่รองรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

กล่าวโดยสรุป ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศส ผู้กระทำและผู้ถูกระทำจะเป็นเพศหญิงหรือเพศชายก็ได้ และไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศชายล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น ยังหมายความรวมถึงการใช้สิ่งอื่นใด (whatever its nature) ล่วงล้ำอีกด้วย อาทิเช่น ขวด หรือนิ้วมือ เป็นต้น ส่วนวัตถุแห่งการกระทำ นอกจากจะหมายความถึงการล่วงล้ำหรือสอดใส่ทางอวัยวะเพศหญิงแล้ว ยังหมายความถึงการล่วงล้ำหรือสอดใส่ทางช่องปากหรือทางทวารหนักด้วย อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นการใช้สิ่งใดกระทำต่อสิ่งใด แต่

²⁴⁴ The French penal Code ARTICLE 222-24 “Rape is punished by twenty years' criminal imprisonment

2° where it is committed against a minor under the age of fifteen years;”

²⁴⁵ The French penal Code

ARTICLE 222-27 “(Ordinance No. 2000-916 of 19 September 2000 Article 3 Official Journal of 22 September into force 1 January 2002) Sexual aggressions other than rape are punished by five years' imprisonment and a fine of €75,000.”

การกระทำนั้นก็ต้องเป็นการสอดใส่ (penetration) เท่านั้น²⁴⁶ และการล่วงละเมิดทางเพศอื่น นอกเหนือจากที่กล่าวมานี้เป็นความผิดฐานอนาจาร

3.3 ประเทศญี่ปุ่น

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นมีทั้งหมด 264 มาตรา แบ่งออกเป็นภาคทั่วไป และภาคความผิด ซึ่งในความผิดเกี่ยวกับเพศถูกบัญญัติไว้ในบทที่ 22 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับลามก อนาจาร ความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดเกี่ยวกับการสมรสซ้อน (Chapter XXII Crimes of Obscenity, Rape and Bigamy) โดยเริ่มตั้งแต่ มาตรา 174 ถึงมาตรา 184

ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ผู้เขียนขอกล่าวเฉพาะความผิดเกี่ยวกับลามกอนาจารและความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา รายละเอียดดังต่อไปนี้

3.3.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเดิมบัญญัติว่า มาตรา 177²⁴⁷ “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเรา หญิงอายุไม่ต่ำกว่าสิบสามปี โดยการใช้กำลัง หรือโดยข่มขู่ ผู้นั้นมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และต้องระวางโทษจำคุกด้วยการให้ทำงานเป็นเวลาแน่นอนไม่น้อยกว่า 3 ปี ให้ใช้บทบัญญัติ เช่นเดียวกันนี้กับผู้ซึ่งร่วมประเวณีกับหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามปีด้วย”

ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาในประเทศญี่ปุ่น หมายถึง การใช้อวัยวะเพศชายข่มขืนกระทำชำเราด้วยเพศหญิงเท่านั้น ดังนั้น ผู้กระทำความผิด จะต้องเป็นชายเท่านั้น นอกจากนี้ ขอบเขตของการข่มขืนกระทำชำเราไม่รวมถึงการใช้อวัยวะอื่นใดหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของหญิงด้วย

นอกจากกฎหมายให้คำจำกัดความเฉพาะผู้ถูกระทำความผิดจะต้องเป็นหญิงเท่านั้นแล้ว วัตถุประสงค์แห่งการกระทำยังหมายเฉพาะอวัยวะเพศหญิงหรือช่องคลอดของหญิงเท่านั้นอีกด้วย กรณี

²⁴⁶ บทความครอบคลุมงานบริหาร อาจารย์ไพโรจน์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จัดพิมพ์ ในโอกาสอายุครบ 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ, หน้า 151.

²⁴⁷ Penal Code of Japan, Article 177 “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.”

ตามประมวลกฎหมายอาญาในประเทศญี่ปุ่นเห็นว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไม่นับรวมการกระทำชำเราทางทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นแต่อย่างใด

ต่อมาเมื่อวันที่ 16 มิถุนายน ค.ศ.2017 ประเทศญี่ปุ่นได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศบางส่วน ตามพระราชบัญญัติฉบับที่ 72 ค.ศ.2017 โดยมีการประกาศใช้เมื่อวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ.2017 ในการแก้ไขครั้งนี้เป็นการเปลี่ยนแปลงความผิดเกี่ยวกับเพศครั้งสำคัญและนับเป็นครั้งแรกนับตั้งแต่มีการกำหนดประมวลกฎหมายอาญาในปี ค.ศ. 1907 มีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 177²⁴⁸ “ผู้ใดบังคับให้ผู้อื่นมีเพศสัมพันธ์โดยการใช้อวัยวะเพศล้วงเข้าไปในช่องคลอด ทางทวารหนัก หรือทางปาก โดยการทำร้ายร่างกายหรือโดยข่มขู่ผู้มีอายุ 13 ปีขึ้นไป ผู้ซึ่งมีความผิดฐานบังคับให้ผู้อื่นมีเพศสัมพันธ์ เป็นต้น และต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าห้าปี ให้ใช้เช่นเดียวกันกับผู้ที่มีเพศสัมพันธ์กับผู้ที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปีด้วย”

การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว เป็นการแก้ไขกฎหมายอาญาที่ถือเป็นความก้าวหน้าครั้งใหญ่ในประเทศญี่ปุ่น ประกอบด้วยรายละเอียดที่สำคัญดังนี้

ประการแรก เปลี่ยนข้อกำหนดที่จำกัดไว้ว่าผู้ถูกกระทำหรือเหยื่อจะต้องเป็นผู้หญิงเท่านั้น เป็นกรณีผู้ชายก็เป็นผู้ถูกกระทำหรือเป็นเหยื่อได้

ประการที่สอง นอกจากการใช้อวัยวะเพศชายล้วงเข้าไปในช่องคลอดแล้ว การมีเพศสัมพันธ์ทางทวารหนักและช่องปากถือว่าเป็นความผิดฐานนี้ด้วย

ประการที่สาม มีการเปลี่ยนชื่อฐานความผิดจาก "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา" (rape) เป็น "ความผิดฐานบังคับให้ผู้อื่นมีเพศสัมพันธ์" (forced sexual intercourse)

²⁴⁸ Penal Code of Japan, Article 177 “Those who have performed sexual intercourse, anal sexual intercourse or oral sexual intercourse (hereinafter referred to as “sexual intercourse etc.”) with assault or intimidation against those aged 13 and older are guilty of forced sexual intercourse, etc. and shall be punished by imprisonment with work for not less than five years. The same shall apply to persons who have sexual intercourse, etc with those under 13 years of age.” (Act No. 72 of 2017 House of Representatives website (in Japanese))

ประการสุดท้าย เปลี่ยนโทษขั้นต่ำเพิ่มขึ้นจากจำคุกสามปีเป็นห้าปี นอกจากนี้บทลงโทษขั้นต่ำในกรณีที่ยื้อเสียชีวิตหรือได้รับบาดเจ็บจากการข่มขืนหรือในทำนองเดียวกันเพิ่มขึ้นจากจำคุกห้าปีเป็นหกปี

เห็นว่าสิ่งที่เปลี่ยนไปจากเดิม คือ ชื่อฐานความผิดจาก "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา" เป็น "ความผิดฐานบังคับให้มีเพศสัมพันธ์" นอกจากนี้การแก้ไขกฎหมายดังกล่าวยังมีการขยายขอบเขตของคำนิยามว่า "การบังคับให้มีเพศสัมพันธ์" หมายความว่า "การบังคับให้มีเพศสัมพันธ์โดยการใช้อวัยวะเพศล้วงเข้าไปในช่องคลอด ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่นที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 13 ปี โดยวิธีการทำร้ายหรือโดยข่มขู่" ในขณะเดียวกันก็มีการแก้ไขเพศของผู้ถูกระทำหรือเหยื่อ จากเดิมถูกจำกัดไว้เฉพาะเพศหญิงเท่านั้น กฎหมายใหม่ไม่คำนึงถึงเพศอีกต่อไป ดังนั้น ปัจจุบันทุกเพศไม่ว่าจะเป็นหญิงหรือชายก็เป็นผู้ถูกระทำหรือเหยื่อได้

อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นมีขอบเขตเพียงการใช้อวัยวะเพศล้วงเข้าไปหรือสอดใส่เท่านั้นที่ถือว่ามีความผิดฐานบังคับให้มีเพศสัมพันธ์ ซึ่งยังคงไว้อย่างเช่นกฎหมายเดิมไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขประการใด ฉะนั้นแล้ว การสอดมือ นิ้วหรือสิ่งของล้วงเข้าไปในร่างกายของผู้อื่นโดยการทำร้ายร่างกายหรือการข่มขู่ เหล่านี้ถือเป็น "ความผิดฐานบังคับอนาจาร" และมีการกำหนดโทษตามกฎหมายไว้ในระดับที่เบากว่า กล่าวคือจำคุกไม่น้อยกว่า 6 เดือน แต่ไม่เกิน 10 ปี เมื่อเทียบกับในความผิดฐานบังคับให้มีเพศสัมพันธ์ซึ่งมีอัตราโทษจำคุกแน่นอนไม่น้อยกว่า 5 ปี

ดังนั้น ในปัจจุบันความผิดฐานบังคับให้มีเพศสัมพันธ์ (หรือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา) ตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศญี่ปุ่น จึงมีขอบเขตเพียงการกระทำที่ใช้อวัยวะเพศล้วงเข้าไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปากกับบุคคลอื่นที่มีอายุ 13 ปีขึ้นไป โดยวิธีการทำร้ายหรือโดยข่มขู่

3.3.2 ความผิดฐานกระทำอนาจาร

ประมวลกฎหมายอาญาในประเทศญี่ปุ่นแบ่งความผิดฐานกระทำอนาจารออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ความผิดฐานอนาจารสาธารณะ ความผิดฐานแพร่กระจายของวัตถุลามกอนาจารและความผิดฐานบังคับอนาจาร มีรายละเอียดดังนี้

3.3.2.1 ความผิดฐานอนาจารสาธารณะ

มาตรา 174²⁴⁹ “ผู้ใดกระทำอนาจารในที่สาธารณะ ต้องระวางโทษจำคุกด้วยการทำงานไม่เกิน 6 เดือน ปรับไม่เกิน 300,000 เยน จำคุกโดยไม่มีการทำงานหรือปรับเล็กน้อย”

3.3.2.2 ความผิดฐานแพร่กระจายของวัตถุลามกอนาจาร

มาตรา 175²⁵⁰ “ผู้ที่แจกจ่าย ขาย หรือแสดงซึ่งเอกสารลามกอนาจาร ภาพวาด หรือวัตถุอื่นใด ต้องระวางโทษจำคุกด้วยการทำงานไม่เกิน 2 ปีปรับไม่เกิน 2,500,000 เยนหรือปรับเล็กน้อย ให้ใช้บทบัญญัติเช่นเดียวกันนี้กับบุคคลที่ครอบครองสิ่งเดียวกันนี้เพื่อวัตถุประสงค์ในการขาย”

3.3.2.3 ความผิดฐานบังคับอนาจาร

มาตรา 176²⁵¹ “ผู้ใดกระทำอนาจารชายหรือหญิงอายุไม่ต่ำกว่าสิบสามปี โดยการใช้กำลัง หรือโดยข่มขู่ ต้องระวางโทษจำคุกพร้อมทำงานไม่น้อยกว่า 6 เดือนแต่ไม่เกิน 10 ปี ให้ใช้บทบัญญัติเช่นเดียวกันนี้กับบุคคลที่กระทำอนาจารชายหรือหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามปี”

ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ผู้เขียนขอกล่าวเฉพาะความผิดฐานบังคับอนาจารเท่านั้น

ความผิดฐานบังคับให้มีเพศสัมพันธ์ (forced sexual intercourse) ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นมีขอบเขต คือ “การใช้อวัยวะเพศล้วงล้าเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของบุคคลอื่นที่มีอายุกว่า 13 ปีขึ้นไป” ทั้งนี้ ไม่รวมการใช้อวัยวะอื่นใดหรือวัตถุอื่นใดล้วงล้าหรือสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ดังนั้น การใช้อวัยวะอื่นใดหรือสิ่งอื่นใดล้วงล้าเข้าไปในร่างกายของผู้อื่นโดยการทำร้ายร่างกายหรือการข่มขู่ ผู้นั้นย่อมมี

²⁴⁹ Penal Code of Japan, Article 174 “A person who commits an indecent act in public shall be punished by imprisonment with work for not more than 6 months, a fine of not more than 300,000 yen, misdemeanor imprisonment without work or a petty fine.”

²⁵⁰ Penal Code of Japan, Article 175 “A person who distributes, sells or displays in public an obscene document, drawing or other objects shall be punished by imprisonment with work for not more than 2 years, a fine of not more than 2,500,000 yen or a petty fine. The same shall apply to a person who possesses the same for the purpose of sale.”

²⁵¹ Penal Code of Japan, Article 176 “A person who, through assault or intimidation, forcibly commits an indecent act upon a male or female of not less than thirteen years of age shall be punished by imprisonment with work for not less than 6 months but not more than 10 years. The same shall apply to a person who commits an indecent act upon a male or female under thirteen years of age.”

ความผิดฐานบังคับอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 176 ซึ่งมีการกำหนดโทษตามกฎหมายจำคุกไม่น้อยกว่า 6 เดือน แต่ไม่เกิน 10 ปี เป็นอัตราโทษในระดับที่เบากว่าเมื่อเทียบกับในความผิดฐานบังคับให้มีเพศสัมพันธ์ซึ่งมีอัตราโทษจำคุกแน่นอนไม่น้อยกว่า 5 ปี

ดังนั้น “การกระทำอนาจาร” ตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศญี่ปุ่น นอกจากจะมีความหมายว่า คือ การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่นโดยการใช้กำลังหรือโดยข่มขู่แล้ว ยังมีความหมายรวมไปถึงการใช้อวัยวะอื่นใดนอกจากอวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้อื่น โดยการทำร้ายร่างกายหรือการข่มขู่อีกด้วย

ต่อมาเมื่อปี ค.ศ.2017 ได้มีการแก้ไขความผิดฐานบังคับอนาจารตามมาตรา 176²⁵² บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารผู้อื่นซึ่งมีอายุไม่ต่ำกว่าสิบสามปี โดยการใช้กำลัง หรือโดยข่มขู่ ต้องระวางโทษจำคุกพร้อมทำงานไม่น้อยกว่า 6 เดือนแต่ไม่เกิน 10 ปี ให้ใช้บทบัญญัติเช่นเดียวกันนี้กับบุคคลที่กระทำอนาจารชายหรือหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามปี”

สิ่งที่เปลี่ยนไปจากเดิมคือ มีการแก้ไขเพิ่มเติมจากคำว่า “ชายหรือหญิง” เปลี่ยนเป็น “ผู้อื่น” ดังนั้น ผู้ถูกกระทำหรือเหยื่อในความผิดฐานบังคับอนาจารจึงไม่ถูกจำกัดเพศอีกต่อไป ไม่ว่าจะเพศชายหรือหญิงก็สามารถเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานบังคับอนาจารได้

นอกจากนี้ ยังมีคำพิพากษาศาลฎีการะบุว่า “ความผิดฐานบังคับอนาจารนั้น ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องมีเจตนาทางเพศ”²⁵³ คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวได้กลับแนวคำพิพากษาที่มีมาเกือบห้าทศวรรษ เนื่องจากในปี ค.ศ.1970 ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาว่าการที่จะตัดสินลงโทษบุคคลในความผิดฐานบังคับอนาจารนั้นต้องได้ความว่าผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาทางเพศหรือเพื่อสนองความต้องการทางเพศ²⁵⁴ คำตัดสินดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างหนักและได้ถือเป็นบรรทัดฐานตลอดมานับตั้งแต่ที่มีการปล่อยตัวผู้ต้องหาเพราะขาดเจตนาทางเพศ

²⁵² Penal Code of Japan, Article 176 “A person who, through assault or intimidation, forcibly commits an indecent act upon another person of not less than thirteen years of age shall be punished by imprisonment with work for not less than 6 months but not more than 10 years. The same shall apply to a person who commits an indecent act upon a male or female under thirteen years of age.” (Act No. 72 of 2017 House of Representatives website (in Japanese))

²⁵³ Saiko Saibansho [Sup. Ct.] Nov. 29, 2017, Case No. 2016 (a) 1731.

²⁵⁴ Sup. Ct. Jan. 29, 1970, Case No. 1968 (a) 95 คดีนี้ชายคนหนึ่งที่ถูกกล่าวหาว่าขู่ว่าจะเทน้ำกรดซัลฟิวริกลงบนใบหน้าของเหยื่อผู้หญิงเป็นเวลาสองชั่วโมงต่อหน้าภรรยา โดยพยานที่บ้านของพวกเขาเพราะ

แต่ต่อมาในปี ค.ศ.2017 ศาลฎีกาได้กลับแนวคำพิพากษาซึ่งระบุว่า “ความผิดฐานบังคับให้กระทำอนาจารนั้น ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องมีเจตนาทางเพศ” การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวสอดคล้องกับวิถีสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปมุ่งเน้นไปที่ความเสียหายของเหยื่อ ไม่ใช่เจตนาของผู้กระทำความผิด²⁵⁵ ดังนั้น ในปัจจุบันแม้ผู้กระทำความผิดไม่มีเจตนาทางเพศ หากกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุไม่ต่ำกว่าสิบสามปี โดยการใช้กำลัง หรือโดยข่มขู่ ก็มีความผิดฐานบังคับอนาจาร

ดังนั้น ขอบเขตของการกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศญี่ปุ่น นอกจากจะมีความหมายว่าการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่น โดยการใช้กำลังหรือโดยข่มขู่แล้ว ยังขยายขอบเขตให้มีความหมายรวมถึงการใช้อวัยวะอื่นใดหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้อื่น โดยการทำร้ายร่างกายหรือการข่มขู่อีกด้วย ถือว่าได้การกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นมีขอบเขตกว้างขวางมาก ซึ่งมีลักษณะคล้ายกันความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน

กล่าวโดยสรุป เมื่อพิจารณาบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศของแต่ละประเทศแล้ว เห็นว่าในแต่ละประเทศแบ่งฐานความผิดและให้คำจำกัดความที่แตกต่างกัน โดยในประเทศอังกฤษ กำหนดขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หมายถึง การที่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศชาย (his penis) ล่วงล้ำ (Penetrates) ช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกระทำ ซึ่งความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราในประเทศอังกฤษมีความหมายเฉพาะการร่วมประเวณีตามธรรมชาติปกติเท่านั้น สำหรับการมีส่วนหนึ่งของร่างกายหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดหรือทวารหนักของผู้อื่น อันถือว่าเป็นการกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ผู้กระทำความผิดนั้นไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หากแต่มีความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ (sexual assault) ส่วนความผิดฐานกระทำอนาจารในประเทศอังกฤษ หมายถึงเฉพาะการสัมผัสในเรื่องเกี่ยวกับเพศ (the touching is sexual) หรือประสังข์ในทางเพศ อันเป็นการสัมผัสทางกายภาพในเนื้อตัวและร่างกาย

เขาโกรธเธอ และนอกจากนี้ยังบังคับให้เธอถอดเสื้อและยื่นเปลือยกายเป็นเวลาห้านาทีในขณะที่เขาถ่ายรูปเธอเพื่อสร้างความอับอายและดูถูกเธอ ศาลฎีกาขับไปโรได้ตัดสินว่าผู้ต้องหาไม่มีเจตนาปลุกเร้าทางเพศหรือสนองความต้องการทางเพศ

²⁵⁵ Sup. Ct. 2016 (a) 1731ศาลตัดสินลงโทษผู้ต้องหาเนื่องจากบังคับให้ผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 13 ปีกระทำการทางเพศและลูบคลำผู้เสียหาย แม้ผู้ต้องหาอ้างว่าเขาได้กระทำการเหล่านี้เพื่อจุดประสงค์ทางการเงินไม่มีเจตนาอนาจาร ผู้ต้องหาที่มีความผิดฐานบังคับอนาจาร

ของผู้ถูกกระทำ โดยผู้กระทำนั้นต้องไม่มีเจตนาล่วงล้ำหรือสอดใส่สิ่งใดๆ เข้าไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ในส่วนของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศอังกฤษมีความหมายคล้ายความผิดฐานบังคับให้มีเพศสัมพันธ์ในประเทศญี่ปุ่น กล่าวคือการใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น ซึ่งมีความหมายเฉพาะการร่วมประเวณีตามธรรมชาติเท่านั้น แต่ในส่วนของความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศญี่ปุ่น นอกจากจะมีความหมายว่าการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่นแล้ว ยังขยายขอบเขตให้มีความหมายรวมถึงการใช้อวัยวะอื่นใดหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้อื่น แตกต่างจากประเทศอังกฤษ ซึ่งการใช้อวัยวะอื่นใดหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้อื่น ผู้กระทำมีความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ซึ่งมีโทษเทียบเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ส่วนประเทศฝรั่งเศสนั้นได้แบ่งความผิดทางเพศไว้เป็น 2 ฐานใหญ่ ได้แก่ ความผิดข่มขืนกระทำชำเรา หมายถึงการกระทำล่วงละเมิดทางเพศทุกอย่าง โดยการใช้อวัยวะเพศหรือวัตถุอื่นใดล่วงล้ำหรือสอดใส่เข้าไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น เห็นได้ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศฝรั่งเศสนั้นประกอบไปด้วยการร่วมประเวณีตามธรรมชาติและการร่วมประเวณีที่ผิดธรรมชาติ ซึ่งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศฝรั่งเศสมีความหมายกว้างขวางกว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศอังกฤษและความผิดฐานบังคับให้มีเพศสัมพันธ์ในประเทศญี่ปุ่น ส่วนความผิดฐานกระทำอนาจารในประเทศฝรั่งเศสคือ การล่วงละเมิดทางเพศอื่นนอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งเป็นความผิดที่รองรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

3.4 จากการศึกษาความผิดเกี่ยวกับเพศทั้งสามประเทศ สามารถเปรียบเทียบการกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับเพศในแต่ละประเทศ ดังตารางดังต่อไปนี้

ตารางเปรียบเทียบการกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับเพศและองค์ประกอบความผิดในแต่ละประเทศ

ประเทศ		อังกฤษ	ฝรั่งเศส	ญี่ปุ่น
องค์ประกอบความผิด				
ความผิดฐาน ข่มขืนกระทำ ชำเรา	ผู้กระทำ (Actor)	ผู้ใด	ผู้ใด	ผู้ใด
	ผู้ถูกกระทำ (victim)	ผู้อื่น	ผู้อื่น	ผู้อื่น
	อวัยวะที่ใช้ กระทำ	อวัยวะเพศชาย	อวัยวะเพศชาย อวัยวะอื่นใด หรือ วัตถุอื่นใด	อวัยวะเพศ
	วัตถุที่ถูกกระทำ	ช่องคลอด (the vagina) ทวารหนัก (anus) หรือช่อง ปาก (mouth)	ไม่จำกัดว่าเป็น อวัยวะใด	ช่องคลอด ทวาร หนัก ช่องปาก
	วิธีการกระทำ	ล้วงล้ำหรือสอด ใส่ (penetrates)	ล้วงล้ำหรือสอด ใส่ (penetration)	ล้วงล้ำ
	อัตราโทษ	จำคุกตลอดชีวิต	จำคุกสิบห้าปี	จำคุกไม่น้อยกว่า ห้าปี

ประเทศ		อังกฤษ	ฝรั่งเศส	ญี่ปุ่น
องค์ประกอบความผิด				
ความผิดฐานล้วง	ผู้กระทำ	ผู้ใด	-	-

ละเมิดโดยการ สอดใส่	(Actor)			
	ผู้ถูกกระทำ (victim)	ผู้อื่น	-	-
	อวัยวะที่ใช้กระทำ	ใช้ส่วนหนึ่งของ ร่างกายหรือสิ่ง อื่นใด	-	-
	วัตถุที่ถูกกระทำ	ช่องคลอดหรือ ทวารหนัก	-	--
	วิธีการกระทำ	ล้วงล้ำ	-	-
	อัตราโทษ	จำคุกตลอดชีวิต	-	-
ความผิดฐาน กระทำอนาจาร	ผู้กระทำ (Actor)	ผู้ใด	ผู้ใด	ผู้ใด
	ผู้ถูกกระทำ (victim)	ผู้อื่น	ผู้อื่น	ผู้อื่น
	วิธีการกระทำ	สัมผัสโดยมีเจตนา ทางเพศ	การล้วงละเมิดทาง เพศอื่นนอกจากการ ข่มขืนกระทำชำเรา	กระทำอนาจาร
ประเทศ องค์ประกอบความผิด		อังกฤษ	ฝรั่งเศส	ญี่ปุ่น
	ความหมายของ	การสัมผัสกับส่วน ใดส่วนหนึ่งของ	การล้วงละเมิดทาง เพศอื่น	การกระทำที่ไม่ สมควรทางเพศและ

	การกระทำอนาจาร	ร่างกาย หรือกับสิ่งอื่นใด หรือผ่านวัตถุใด ๆ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง รวมถึงการสัมผัส ก่อนที่จะมีการสอดใส่	นอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเรา	มีความหมายรวมไปถึงการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศ ล้วงล้าอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของบุคคลนั้น
	อัตราโทษ	จำคุกไม่เกิน 10 ปี	จำคุก 5 ปี และปรับ 75,000 ยูโร	จำคุกพร้อมทำงาน ไม่น้อยกว่า 6 เดือน แต่ไม่เกิน 10 ปี

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะการกระทำชำเรากับลักษณะการกระทำอนาจาร โดยการล่วงล้ำตามกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ

ความต้องการทางเพศ เป็นความต้องการตามธรรมชาติของมนุษย์ทุกคนเพียงเพื่อการดำรงเผ่าพันธุ์ มนุษย์แต่ละคนมีวิธีบำบัดความต้องการที่แตกต่างกันไป การแสดงออกเพื่อบำบัดความต้องการทางเพศ จำแนกออกเป็น 2 กลุ่มใหญ่²⁵⁶ ได้แก่

(1) กลุ่มที่ไม่มีคนอื่นมาเกี่ยวข้อง การบำบัดความต้องการทางเพศกลุ่มนี้ ไม่มีความเกี่ยวข้องกับบุคคลอื่น โดยตรง อาจเป็นการกระทำต่อตัวเอง ได้แก่ การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง หรือการเสกเปลือกลามกอนาจาร ทั้งที่เป็นเรื่องราว ภาพ หรือเสียง หรืออาจกระทำต่อสิ่งอื่นๆ ก็ได้ เช่น กระทำชำเราศพ กระทำชำเรากับสัตว์ (Bestiality)

(2) กลุ่มที่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้อง การบำบัดความต้องการทางเพศ กลุ่มนี้มีความรุนแรงกว่าการกระทำในกลุ่มแรก เนื่องจากมีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยทั่วไป ถ้าจะประกอบกิจกรรมทางเพศ ซึ่งเกี่ยวข้องกับผู้อื่น ผู้นั้นต้องยินยอมหรือสมัครใจให้กระทำการนั้น หากไม่แล้วจะถือเป็นการใช้ความรุนแรงในทางเพศหรือการประทุษร้ายทางเพศได้ ผู้จะให้ความยินยอมได้ต้องมีความสามารถให้ความยินยอมตามกฎหมายด้วย การกระทำทางเพศกลุ่มที่สองนี้ยังสามารถจำแนกออกเป็น 2 ลักษณะ²⁵⁷ ได้แก่

(2.1) กรณีที่ไม่มีการสัมผัสจับต้องบุคคลอื่น (Non-Contact)

กระทำในกลุ่มนี้เริ่มตั้งแต่การแสดงออกอันไม่สมควรหรือลามก (Indecent Exposure) การคุกคามทางเพศที่กระทำโดยกิริยาท่าทางหรือโดยวาจา (Sexual Harassment) การทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ (Sexual Humiliation) ถ้ามอง (Voyeurism) ทั้งที่เป็นการแอบดูด้วยตาหรืออัด

²⁵⁶ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), น. 539.

²⁵⁷ เพ็งอ้าง, น. 540.

ภาพหรือเสียงไว้ (Video Voyeurism) การเฝ้าติดตาม (Stalking) และที่ร้ายแรงเป็นพิเศษคือการบังคับให้ผู้อื่นเปิดเผยของสงวนหรือประกอบกิจกรรมทางเพศทั้งต่อตัวเองหรือบุคคลที่สามให้ดูหรือถ่ายภาพเก็บไว้

(2.2) กรณีที่มีการสัมผัสจับต้องบุคคลอื่น

การสัมผัสจับต้องผู้อื่น โดยไม่ยินยอมนั้นเป็นการทำลายเสรีภาพทางเพศ (Sexual Autonomy) ของบุคคลขั้นร้ายแรง และถือว่าเป็นการประทุษร้ายทางเพศ (Sexual Assault) โดยแท้จริง จำแนกออกเป็น 2 ระดับ ได้แก่

(ก) การสัมผัสจับต้องร่างกาย (Touching/Contact)

การสัมผัสจับต้องร่างกาย ไม่ว่าจะส่วนของร่างกายนั้นจะไวต่อความรู้สึกทางเพศหรือไม่ก็ตาม เช่น จับแขน ลูกขา หอมคอ จูบปาก หอมแก้ม เคลื่อนนม จับอวัยวะเพศ ถ้าได้กระทำเพื่อสนองความต้องการทางเพศแล้วย่อมเป็นการประทุษร้ายทางเพศทั้งสิ้น

(ข) การล่วงล้ำเข้าไปในร่างกาย (Penetration)

การล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายเป็นการประทุษร้ายทางเพศขั้นร้ายแรงที่สุดในความคิดดั้งเดิมหมายความเฉพาะการที่อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง แต่ต่อมาเห็นกันว่าการล่วงล้ำนั้นต้องตีความอย่างกว้างเพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนั้นการที่อวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของอีกฝ่ายหนึ่ง หรือการนำวัตถุหรืออวัยวะอื่นใดซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของอีกฝ่ายหนึ่ง ก็เป็นการล่วงล้ำทั้งสิ้น ทั้งนี้ โดยไม่จำกัดว่าผู้กระทำและผู้ถูกกระทำจะเป็นเพศใด

กฎหมายอาญามีบทบาทในการคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนและเสรีภาพทางเพศของบุคคล²⁵⁸ ส่วนการกระทำความผิดทางอาญา คือ การกระทำที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสังคมหรือประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ เมื่อบุคคลใดกระทำความผิดทางอาญาก็จะต้องได้รับโทษตามกฎหมายอาญา ส่วนจะมีโทษมากน้อยเพียงใดนั้นขึ้นอยู่กับระดับความร้ายแรงของการกระทำความผิด ดังนั้น จึงกำหนดให้การกระทำทางเพศหลายอย่างเป็นความผิดอาญา ถ้าหากการกระทำใดก้าวล่วงต่อเสรีภาพทางเพศ การกระทำนั้นย่อมเป็นความผิดอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้อง (กรณี 2) จะมีกฎหมายกำหนดเป็นความผิดเกือบทั้งสิ้น เช่น ความผิด

²⁵⁸ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 1, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 539.

ข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานกระทำอนาจาร ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นเดือดร้อนรำคาญ เป็นต้น

4.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะการกระทำชำเรากับลักษณะการกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำตามหลักกฎหมายไทย

4.1.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร

ความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายตราสามดวง ได้ถูกบัญญัติในพระไอยการลักษณะฟัวเมีย ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในครอบครัว โดยเหตุที่ในอดีตได้จัดเอาบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศบัญญัติไว้ในพระไอยการลักษณะฟัวเมีย ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา เนื่องจากเห็นว่า การล่วงเกินบุตรหญิงของผู้อื่นเป็นการละเมิดอำนาจปกครองหรืออำนาจอิสระของบิดามารดา และการล่วงเกินภริยาของผู้อื่นเป็นการละเมิดอำนาจปกครองหรืออำนาจอิสระของสามี กรณีจึงเห็นได้ว่าในอดีตความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นมิได้มีขึ้นหรือมีอยู่เพื่อเป็นการปกป้องสตรีแต่อย่างใด หากแต่มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ของสังคมในสมัยนั้นในอันที่จะคุ้มครองเกียรติยศและศักดิ์ศรีของสามีหรือบิดามารดา ดังที่เห็นจากบทบัญญัติที่ปรากฏในพระไอยการลักษณะฟัวเมีย ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อาทิ กฎหมายใช้คำว่า ชายใดข่มขืนภริยาท่านถึงชำเรา²⁵⁹ หรือเจ้าเงินก็ดี พี่น้องลูกหลานแห่งเจ้าเงินก็ดี ข่มขืนหญิงทาสถึงชำเรา²⁶⁰ หรือชายใดมีเมียแล้วข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา²⁶¹ ส่วนในความผิดฐานกระทำอนาจาร อาทิ ผู้ใดเล่าโลมจับมือถือนมกอดจูบเมียท่านก็ดี ฟัวท่านไม่อยู่ไปหาเมียท่านถึงในเรือนแลในสถานที่ลับ ไม่มีผู้ใดอยู่ด้วยเปนค่านับก็ดี ไปหาเมียท่านถึงที่นอนในห้องอยู่แต่สองต่อสองก็ดี²⁶² หรือบุรุษผู้ใดจับข้อมือหยอกบุตรท่านก็ดี ขึ้นไปถึงที่นอนบุตรท่านก็ดี และจุลลากบุตรท่านไปจูบกอดทำซู้แลทำประการใดก็ดี²⁶³ เป็นต้น

²⁵⁹ มาตรา 1 ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 พิมพ์ตามฉบับหลวง ตรา 3 ดวง เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), น. 3.

²⁶⁰ มาตรา 46 ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166, น. 20 - 21.

²⁶¹ มาตรา 76 ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166, น. 42.

²⁶² มาตรา 2 ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166, น. 4.

²⁶³ มาตรา 75 ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166, น. 42.

ต่อมาเมื่อได้มีการตราพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ขึ้น โดยกฎหมายดังกล่าวได้แยกบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารออกจากกฎหมายที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาและการปกครองบุตรของบิดามารดา และกำหนดโทษทางอาญาไว้โดยเฉพาะมิได้มีลักษณะเป็นการละเมิดอำนาจปกครองของสามีหรือบิดามารดาอย่างเช่นในพระไอยการลักษณะฝ่าฝืนเมีย โดยพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 เป็นกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีการเริ่มเปลี่ยนแนวความคิดในการมุ่งให้ความสำคัญคุ้มครองเสรีภาพทางเพศแก่ตัวหญิงมากกว่าที่จะคุ้มครองเกียรติยศศักดิ์ศรีของสามีหรือบิดามารดา ดังเกิดจากบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่บัญญัติว่า “ชายใดทำชำเราด้วยหญิง... ท่านว่าชายผู้นั้นข่มขืนทำชำเราหญิง คือ ข้อ 1.ขืนใจหญิง ข้อ 2.หญิงยินยอม ข้อ 3.หญิงยินยอมด้วยชายขู่ จะทำร้ายแก่ร่างกายแลชีวิตหญิงๆ มีความกลัว จึงยินยอม ข้อ 4.หญิงยินยอมก็ดี ถ้าไม่ยินยอมก็ดี แต่หญิงนั้นยังมีอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา”²⁶⁴ แสดงให้เห็นถึงการพัฒนาและการเปลี่ยนแปลงแนวคิดในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับเพศแบบก้าวกระโดด โดยมุ่งคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของหญิงอย่างแท้จริง

นอกจากนี้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ยังได้บัญญัติความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดา แบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ทำชำเราทางเวจมรรค²⁶⁵ และทำชำเราด้วยสัตว์เดรชัน โดยกฎหมายมุ่งคุ้มครองมิให้เกิดการกระทำชำเราที่ผิดธรรมดา ซึ่งเมื่อพิจารณาเรื่องโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับโทษในความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาแล้ว ปรากฏว่ามีโทษเทียบเท่ากัน กล่าวคือ ให้ลงโทษจำคุกไว้ตั้งแต่ 10 ปีลงมา การที่กฎหมายกำหนดให้โทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับโทษของความผิดฐานกระทำชำเราที่ผิดธรรมดาเทียบเท่ากันนั้น แสดงให้เห็นว่าการกระทำชำเราทางเวจมรรคหรือการกระทำชำเราสัตว์เดรชันนั้นมีระดับความร้ายแรงเทียบเท่ากับการกระทำชำเราบุคคลและก่อให้เกิดความเสียหายเทียบเท่ากันหรือไม่แตกต่างกัน

จนกระทั่งในปีพ.ศ.2550 ประมวลกฎหมายอาญาได้มีการบัญญัติคำนิยามของคำว่า “การกระทำชำเรา” ซึ่ง การกระทำชำเรา หมายความว่า “การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดย การใช้วัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการ

²⁶⁴ มาตรา 3 พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี รัตนโกสินทร ศก 118. ราชกิจจานุเบกษา 16 (วันที่ 9 เมษายน 118) น. 16-17.

²⁶⁵ เวจมรรค หมายถึง ทวารหนัก หรือช่องทวารหนัก

ใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” ซึ่งแนวความคิดในการบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงไปจากอดีตอย่างมาก จากอดีตที่จำกัดเพียงแค่การกระทำชำเราตามธรรมชาติ แต่ในปี พ.ศ.2550 ได้ขยายลักษณะการข่มขืนกระทำชำเราให้สอดคล้องกับหลักสากล โดยมุ่งคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคลทุกเพศและทุกสถานะภาพ และนอกจากนี้ยังคุ้มครองรวมไปถึงการถูกระงับการกระทำชำเราทางช่องทางอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศด้วย

ในปัจจุบัน ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 มาตรา 276²⁶⁶ ประกอบมาตรา 1(18) บัญญัติว่า “กระทำชำเราหมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” แม้กฎหมายจะคุ้มครองผู้ถูกระงับในทวิทุก แต่จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวเห็นว่าสิ่งที่ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงอันจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้นั้นต้องเป็นอวัยวะเพศชายเท่านั้น เนื่องจากกฎหมายแยก “การกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนัก” ไปเป็นเหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 วรรคสอง และมาตรา 279 วรรคสี่และวรรคห้า ดังนั้น คุณธรรมทางกฎหมายตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นี้ มุ่งประสงค์คุ้มครองเสรีภาพในทางเพศเฉพาะลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติเท่านั้น

ส่วนความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 วรรคแรก²⁶⁷ และมาตรา 279 วรรคแรก²⁶⁸ สิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครองในความผิดฐานนี้คือ “เสรีภาพในทางเพศ” หรือ “ความบริสุทธิ์ในทางเพศของเด็ก” ในกรณีความผิดฐานกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี เช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หากแต่การกระทำอนาจารนั้นเป็น

²⁶⁶ มาตรา 276 วรรคแรก “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปี ถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท”

²⁶⁷ มาตรา 278 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

²⁶⁸ มาตรา 279 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ ซึ่งระดับความร้ายแรงน้อยกว่าการกระทำชำเรา ซึ่งการกระทำอนาจารนั้นเป็นการล่วงละเมิดทางเพศในทางกายภาพ อันเป็นการกระทำทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกาย โดยไม่มีการล่วงล้ำสิ่งใดๆ เข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น

กล่าวโดยสรุป กฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศได้ถูกพัฒนามาหลายยุคหลายสมัย ซึ่งในแต่ละยุคสมัยแสดงให้เห็นแนวความคิดที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองที่แตกต่างกัน ซึ่งนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ประเทศไทยแบ่งฐานความผิดเกี่ยวกับเพศได้เป็น 3 ฐานความผิดใหญ่ๆ คือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ และความผิดฐานกระทำอนาจาร เมื่อพิจารณาคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว ถึงกฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองที่เหมือนกันทั้งสามฐานความผิด คือ “เสรีภาพในทางเพศ” หรือ “ความบริสุทธิ์ในทางเพศของเด็ก” จะแตกต่างกันก็แต่โดยระดับความร้ายแรงอาชญากรรมเท่านั้น

4.1.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบความหมาย องค์ประกอบของความผิดฐานกระทำชำเรา ความผิดฐานการกระทำอนาจาร และความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ

4.1.2.1 วิเคราะห์ความหมายของการกระทำชำเราและการกระทำอนาจาร

(1) ความหมายของการกระทำชำเรา

ในอดีตการกระทำชำเรา หมายถึง ผู้ชายใช้กำลังบังคับขู่เข็ญให้หญิงร่วมประเวณีด้วย โดยหญิงนั้นไม่ยินยอม โดยในอดีตการกระทำชำเราหมายความเฉพาะการร่วมประเวณีตามธรรมชาติระหว่างผู้ชายกับผู้หญิงเท่านั้น

ต่อมาตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เริ่มมีการใช้คำว่า “ผู้ใด” แทน “ชายใด”²⁶⁹ ซึ่งดูแล้วเหมือนว่าผู้กระทำจะเป็นชายหรือหญิงก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาด้อยคำในฉบับท โดยตลอดประกอบกับลักษณะของการกระทำชำเราแล้ว ทำให้หญิงไม่อาจเป็นผู้ลงมือกระทำ ความผิดฐานนี้ได้โดยตรง เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า “กระทำชำเราขึ้นใจหญิง” เห็นว่าประมวลกฎหมายอาญาลักษณะอาญา ร.ศ.127 ยังคงให้ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราว่า การที่ชายร่วมประเวณีกับหญิงโดยขึ้นใจหญิง อันเป็นการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ โดยหญิงนั้นจะต้องมิใช่ภรรยาของตน และถือเป็นความผิดสำเร็จเมื่ออวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง

²⁶⁹ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 243 “ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำชำเราขึ้นใจหญิง ซึ่งมีใช้ภรรยาของตนเอง ท่านว่าผู้นั้นข่มขืนกระทำชำเรา ต้องรวางโทษจำคุกตั้งแต่ปีหนึ่งขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

ในอดีตกฎหมายไทยไม่เคยมีคำนิยามของคำว่าข่มขืนกระทำชำเราบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเลย การวินิจฉัยว่าขอบเขตของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องกระทำไปแค่ไหน เพียงใด ยึดตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเท่านั้น จนกระทั่งได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ได้มีการบัญญัติคำนิยามของคำว่า “การกระทำชำเรา” ครั้งแรก “การกระทำชำเรา หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”²⁷⁰ ลักษณะการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 กว้างขวางมาก มีได้ตั้งแต่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศสอดใส่ ไปจนถึงผู้กระทำใช้วัตถุอื่นใดสอดใส่ โดยสามารถแยกความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้สองรูปแบบ ได้แก่ การกระทำชำเราตามธรรมชาติปกติ และการกระทำชำเราผิดธรรมชาติตามนุษย์ คำนิยามของคำว่า “การกระทำชำเรา” ที่แก้ไขเมื่อปี พ.ศ.2550 สอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส²⁷¹ และสอดคล้องกับความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายอาญาในหลายประเทศ ที่ว่า “การข่มขืนเป็นการบังคับการล่วงละเมิดทางเพศทางร่างกายมนุษย์โดยองคชาตหรือการบังคับสอดใส่ของวัตถุอื่นใดเข้าไปในช่องคลอดหรือทวารหนัก”²⁷² รวมทั้ง สอดคล้องกับคำนิยามของศาลอาญาระหว่างประเทศ ที่กำหนดคำนิยามของคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” หมายถึง “การสอดใส่ในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหายโดยอวัยวะเพศชายหรือวัตถุอื่นใดหรือการสอดใส่อวัยวะเพศชายในช่องปาก โดยวิธีการบังคับ หรือขู่ผู้เสียหายหรือบุคคลที่สาม”²⁷³

²⁷⁰ มาตรา 276 วรรคสอง และ มาตรา 277 วรรคสอง พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550, ราชกิจจานุเบกษา 124, (19 กันยายน 2550), น. 2.

²⁷¹ ปกป้อง ศรีสนิท, “การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเรื่องเพศ : ความหมายใหม่และโทษใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเรา,” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2564, จาก <https://www.the101.world/rape-in-thai-law/>

²⁷² “It is apparent from our survey of national legislation that, in spite of inevitable discrepancies, most legal systems in the common and civil law worlds consider rape to be the forcible sexual penetration of the human body by the penis or the forcible insertion of any other object into either the vagina or the anus.” คดี Furundzija ICTY Trial Chamber II, 10/12/1998, paragraph 181 อ้างถึงใน ปกป้อง ศรีสนิท, คำอธิบายกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: เดือนตุลา, 2556), หมายเลข 31 น. 29.

²⁷³ “objective elements of rape :

ในปัจจุบัน ตั้งแต่วันที่ 28 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 ได้มีการยกเลิกความในมาตรา 276 วรรคสองและมาตรา 277 วรรคสองดังกล่าว และกำหนดความหมายของการกระทำชำเราใหม่ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(18) บัญญัติว่า “กระทำชำเรา หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น”²⁷⁴ สิ่งที่เปลี่ยนไปจากกฎหมายเดิม คือ การใช้สิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นใดของผู้กระทำสอดใส่อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหายเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ได้ถูกย้ายไปเป็นเหตุเพิ่มโทษของการอนาจาร เรียกว่า “การกระทำอนาจารโดยการล้วงล้า” (Sexual assault by penetration) ดังนั้น การกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 นั้น จึงมีขอบเขตเพียงแต่ลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติเท่านั้น

(2) ความหมายของการกระทำอนาจาร

ในอดีต การกระทำอนาจารนอกจากจะหมายความถึง การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ อันเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายแล้ว ยังมีความหมายรวมถึงการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ โดยขึ้นไปหาผู้หญิงถึงในเรือน หรือที่นอน อยู่กันสองต่อสอง การกล่าววาจาที่ไม่สมควร หรือการคุกคามด้วย ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าการกระทำอนาจารในกฎหมายปัจจุบัน

แม้ในปัจจุบัน ยังไม่มีการบัญญัติคำนิยามของคำว่า “การกระทำอนาจาร” ไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายดังเช่นคำว่ากระทำชำเรา แต่มีความเห็นของนักวิชาการหรือนักกฎหมายได้ให้ความหมายของคำว่ากระทำอนาจาร หมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อความต้องการทางเพศ อาทิเช่น จับนม

(i) the sexual penetration, however slight:

(a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or

(b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator;

(ii) by coercion or force or threat of force against the victim or a third person. In *Furundzija ICTY Trial Chamber II*, 10/12/1998, paragraph 185 อ้างใน ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563), น. 123.

²⁷⁴ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562, ราชกิจจานุเบกษา 136, (27 พฤษภาคม 2562).

จูบ กอด ลูบคลำ และต้องเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่น และการกระทำอนาจารยังรวมการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศอีกด้วย²⁷⁵

อีกทั้ง ศาลฎีกายังเคยวินิจฉัยว่าคำว่า "อนาจาร" มีความหมายว่าเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวบุคคลที่ไม่สมควรทางเพศซึ่งมิได้หมายความเฉพาะการประเวณีหรือความใคร่เท่านั้น แต่รวมถึงการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย

นอกจากนี้ ตามพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 กล่าวไว้ว่า “อนาจาร” หมายความว่า ความประพฤติชั่ว ความประพฤติน่าอับอาย เป็นฐานความผิดอาญา ที่ผู้กระทำการทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่นลามก น่าบัดสี ทำให้เป็นที่อับอาย เป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคล โดยมีเจตนาไม่สมควรในทางเพศผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานกระทำอนาจาร แต่อย่างไรก็ตามจะต้องพิจารณาจากเจตนาของผู้กระทำเป็นเกณฑ์ประกอบด้วย

อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันการกระทำอนาจารนอกจากจะมีความหมายดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ยังให้การกระทำอนาจารมีความหมายรวมถึง “การกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่น ซึ่งมีใช่อวัยวะเพศ ล้วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น” หรือที่เรียกว่า “การกระทำอนาจารโดยการล้วงล้ำ” (Assault by Penetration)

การแก้ไขเพิ่มเติมบทกฎหมายดังกล่าวทำให้ขอบเขตและลักษณะของการกระทำอนาจารในปัจจุบันได้ถูกขยายออกไปอย่างกว้างขวาง ดังนั้น ปัจจุบันการใช้ปากอมอวัยวะเพศของผู้เสียหาย การจับอวัยวะเพศของผู้เสียหายใส่เข้าไปในทวารหนักของจำเลย²⁷⁶ การใช้นิ้วมือหรืออวัยวะเพศปลอมล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหาย จะไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอีกต่อไป หากแต่มีความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล้วงล้ำเท่านั้น กรณีจึงถือได้ว่าในปัจจุบันการกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ได้ถูกย้ายไปเป็นเหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานกระทำอนาจารนั่นเอง เมื่อพิจารณาข้อหาแล้วเหมือนจะเบากว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำ

²⁷⁵ อัจฉริยา ชูตินันท์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร :

โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต), น. 347.

²⁷⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6336/2557

ชำระ ทั้งที่การกระทำดังกล่าวเป็นภัยร้ายแรงต่อผู้ถูกระทำและควรถูกประณามเทียบเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเรา

วิเคราะห์แล้วเห็นว่า การกระทำชำเราตามบทบัญญัติที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมในปัจจุบันนั้น ได้จำกัดขอบเขตของลักษณะการกระทำชำเราให้แคบลงกว่าเดิม คงเหลือเพียงแต่ลักษณะที่เป็นการกระทำชำเราตามธรรมชาติเท่านั้น กล่าวคือ การล่วงละเมิดทางเพศโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นเท่านั้นที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ในขณะที่เดียวกันก็ขยายขอบเขตของการกระทำอนาจารออกไปอย่างมาก โดยการกระทำอนาจารนั้นนอกจากจะหมายความว่า เป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่นแล้ว ยังมีความหมายรวมถึงการใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นใดมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นด้วย

4.1.2.2 วิเคราะห์องค์ประกอบความผิดฐานกระทำชำเรา ความผิดฐานกระทำอนาจาร และความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ประกอบด้วย ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา 276 และความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก มาตรา 277 ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนขอกล่าวเฉพาะองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา 276

มาตรา 276²⁷⁷ “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายใน

²⁷⁷ มาตรา 276 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27)

ลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส และคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกและคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

องค์ประกอบความผิด

ก. องค์ประกอบภายนอก

(1) ผู้ใด

ผู้กระทำ คือ “ผู้ใด” จะเป็นบุคคลเพศใดก็ได้ จะเป็นหญิงหรือชายก็ได้ นอกจากนี้เนื่องจากความหลากหลายในทางเพศและความก้าวไกลของเทคโนโลยี บุคคลผู้กระทำหรือผู้ถูกระทำจะผ่าตัดเพศมาแล้วก็ได้ เช่น ชายข้ามจีนกระทำชำเราชายที่ผ่าตัดแปลงเพศโดยทำให้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศที่ถูกแปลงมากี่เป็นการกระทำชำเราแล้ว ทั้งนี้ อวัยวะเพศที่ผ่าตัดแปลงแล้วดังกล่าว ต้องมีส่วนของอวัยวะเพศเดิมเป็นส่วนประกอบด้วย ถ้าหากอวัยวะเพศใหม่ไม่มีอวัยวะเพศเดิมเป็นส่วนประกอบอยู่เลย ไม่อาจเป็นอวัยวะเพศตามความหมายของการกระทำชำเรา²⁷⁸

ยิ่งไปกว่านั้น ผู้ถูกระทำจะอายุเท่าใดก็ได้ ไม่จำกัดไว้เหมือนดังเช่นความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ตามมาตรา 277 แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาอายุของเด็กที่ถูกกระทำตามมาตรา 277 วรรคหนึ่งแล้ว อายุของผู้อื่นตามมาตรา 276 โดยหลักแล้วต้องมีอายุเกิน 15 ปีขึ้นไป²⁷⁹ แต่ในบางกรณี “ผู้อื่น” ตามมาตรา 276 อาจมีอายุไม่เกิน 15 ปีก็ได้ เช่น นายแดงข้ามจีนกระทำชำเราเด็กหญิงคำ อายุ 14 ปี ซึ่งเป็นภริยาของนายแดง (โดยได้รับอนุญาตจากศาลให้จดทะเบียนสมรส)

²⁷⁸ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 1, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 545.

²⁷⁹ สหรัฐ กิติ ศุภการ, หลักและคำพิพากษา : กฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2563), น. 397.

นายแดงไม่มีความผิดตามมาตรา 277 เนื่องจากเด็กหญิงคำเป็นภริยาของนายแดง แต่การกระทำของนายแดง เป็นความผิดตามมาตรา 276

(2) ข่มขืนกระทำชำเรา

การกระทำ คือ “ข่มขืน” หมายถึง บังคับขืนใจโดยที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอม หากหญิงยินยอมให้ชายร่วมประเวณี ก็ไม่เป็นการข่มขืน ผู้กระทำไม่มีความผิด²⁸⁰ ส่วนการยินยอมโดยสำคัญผิดว่าเป็นสามีของตน ไม่ถือว่าเป็นการยินยอมโดยสมัครใจ²⁸¹

“กระทำชำเรา” ตามประมวลกฎหมายอาญา ได้กำหนดนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” ไว้ในมาตรา 1(18)²⁸² บัญญัติว่า กระทำชำเรา หมายความว่า “กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” สามารถจำแนกได้ ดังนี้

ก. ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำ (1) อวัยวะเพศ (2) ทวารหนัก หรือ (3) ช่องปากของผู้อื่น

ข. ส่วนกรณี ผู้กระทำใช้วัตถุ หรืออวัยวะอื่นใดล่วงล้ำ (1) อวัยวะเพศ (2) ทวารหนักของผู้อื่น ไม่เป็นการกระทำชำเราตามคำนิยามของมาตรา 1(18) แต่ผู้กระทำอาจมีความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามมาตรา 278 วรรคสอง หรือมาตรา 279 วรรคสี่และวรรคห้า แล้วแต่กรณี

ดังนั้น เฉพาะการกระทำดังต่อไปนี้เท่านั้นที่ถือว่าเป็นการกระทำชำเราตามความในมาตรา 1(18)²⁸³

ก. กรณีชายกระทำต่อหญิง ได้แก่ อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในทวารหนักของหญิง อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องปากของหญิง

ข. กรณีชายกระทำต่อชาย ได้แก่ อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในทวารหนักของชายอื่น หรืออวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องปากของชายอื่น

²⁸⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7841/2552

²⁸¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1646/2532

²⁸² มาตรา 1 (18) เพิ่ม โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562

²⁸³ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 1, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 548.

ค. กรณีหญิงกระทำต่อชาย ได้แก่ หญิงจับอวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง หรือหญิงใช้อวัยวะเพศของตนล้วงล้าเข้าไปในปากของชาย

ง. กรณีหญิงกระทำต่อหญิง เดิมเรียกว่า "เล่นเพื่อน" ซึ่งจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราถ้าจะมีกรณีเดียว คือ การนำอวัยวะเพศของตนล้วงล้าเข้าไปในช่องปากของหญิงอีกคนหนึ่ง ส่วนกรณีอื่น เช่น การใช้นิ้วสอดเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงอื่น ไม่เป็นการชำเราตามนิยามของมาตรา 1 (18)

ผู้กระทำต้องมีเจตนาใช้อวัยวะเพศของตน "ล้วงล้า" ถ้ามีเจตนาล้วงล้า แต่ยังไม่มีการล้วงล้า ก็มีความผิดเพียงพยายามกระทำชำเรา แต่ถ้าไม่มีเจตนาล้วงล้าเลย มีเจตนาเพียงดูไถภายนอก ผู้กระทำไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หากแต่มีความผิดฐานกระทำอนาจาร

นอกจากนี้ การกระทำชำเรานั้นผู้กระทำต้องมีเจตนาพิเศษ "เพื่อสนองความใคร่" ของผู้กระทำ กล่าวคือ เป็นการกระทำเพื่อบำบัตหรือปลดปล่อยอารมณ์ทางเพศของผู้กระทำ ถ้าผู้กระทำไม่ได้มีความมุ่งหมายเช่นนั้น ย่อมไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

"การล้วงล้า"²⁸⁴ (Penetration) คือ อวัยวะเพศของผู้กระทำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ซึ่งอวัยวะทั้งสามเป็นรูหรือช่อง ที่ใช้สำหรับประกอบกิจกรรมทางเพศได้ จะเป็นความผิดสำเร็จเมื่อมีการล้วงล้าปากช่องคลอด รูทวารหนัก หรือริมฝีปากเข้าไป ไม่ว่าจะเข้าไปลึกมากน้อยเพียงใด ไม่ว่าจะน้ำอสุจิจะเคลื่อนหรือเชื้อพรหมจารีจะขาดหรือไม่ หรือจะสวมเสื่อผ้า ถุงยางอนามัยหรือสิ่งอื่นใดขณะสอดใส่ด้วยหรือไม่ก็ตาม ซึ่งศาลฎีกาไทยได้ยึดแนวทางดังกล่าวนี้เป็นหลักในการวินิจฉัยมาโดยตลอด

(3) "ผู้อื่น"

วัตถุประสงค์การกระทำ คือ ผู้อื่น ซึ่งตามมาตรา 1 นี้หมายความว่า ผู้ถูกระทำจะเป็นเพศชายก็ได้ เพศหญิงก็ได้ หรือผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศมาก็ได้ รวมไปถึงภริยาหรือสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้กระทำด้วย หากไม่ยินยอมให้ร่วมประเวณี ผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

(4) โดยวิธีอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(4.1) โดยขู่เจ็ญด้วยประการใดๆ หมายถึงทำให้กลัวว่าจะได้รับอันตรายในอนาคต ไม่จำกัดวิธีใด อาจเป็นทั้งอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สิน

²⁸⁴ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 1, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 547.

(4.2) โดยใช้กำลังประทุษร้าย²⁸⁵ หมายถึงการทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจโดยการใส่แรงกายภาพ หรือวิธีอื่นใด รวมการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะใส่ยาทำให้มีนเมา หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน

(4.3) โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เป็นกรณีที่ผู้กระทำให้ไม่ได้ก่อให้เกิดภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้โดยตรง รวมทั้งกรณีที่ผู้เสียหายรู้ตัวและไม่รู้ตัวขณะกระทำชำเรา เช่น ผู้เสียหายมาไม่ได้สติจึงกระทำชำเราขณะผู้เสียหายหลับ หรือกระทำชำเราผู้เสียหายที่ร่างกายพิการไม่สามารถเดินหรือขัดขืนได้

(4.4) โดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น หมายถึงผู้กระทำทำให้ผู้ถูกระทำให้เข้าใจผิดว่าผู้กระทำนั้นเป็นบุคคลอีกคนหนึ่ง เช่น ทำให้เข้าใจผิดคิดว่าเป็นสามีของผู้เสียหายจึงยอมให้ร่วมประเวณี เป็นต้น

ข. องค์ประกอบภายใน

ผู้กระทำต้องมีเจตนากระทำความผิด กล่าวคือต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ขณะเดียวกันต้องประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำ คือ การใช้วิธีข่มขู่ของตน “ลวงล้า” เข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ถ้ามีเจตนาประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลแล้ว แม้ว่าผู้กระทำจะไม่สามารถสอดใส่อวัยวะเพศ ผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา อย่างไรก็ดี หากผู้กระทำไม่ได้ประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลแล้ว ผู้กระทำก็ไม่มีผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แม้พยายามก็ไม่ผิด แต่ผู้กระทำมีความผิดฐานกระทำอนาจาร เช่น เจตนาใช้อวัยวะของตนถูโกววัยวะเพศของผู้อื่น ไม่ได้สอดใส่อวัยวะเพศเข้าไปด้วย ผู้กระทำไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา²⁸⁶

ความผิดฐานกระทำอนาจาร

ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย ความผิดฐานกระทำอนาจารประกอบด้วย ความผิดฐานกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่า 15 ปี มาตรา 278 และความผิดฐานกระทำอนาจารแก่

²⁸⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (6) “ใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใส่แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใส่ยาทำให้มีนเมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน

²⁸⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2530/2554

เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี มาตรา 277 ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนขอกล่าวเฉพาะองค์ประกอบของ
ความผิดฐานกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่า 15 ปี มาตรา 278

มาตรา 278 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ
โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้น
เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือ
ทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่
อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึง
ยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสอง ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมี
อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่น
บาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสอง ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดย
ใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายใน
ลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามแสนบาทถึงสี่แสน
บาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

ก. องค์ประกอบภายนอก

(1) ผู้ใด (อาจเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ก็ได้)

(2) กระทำอนาจาร

“อนาจาร” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 ได้ให้ความหมายว่า
หมายถึงความประพฤติชั่วความประพฤติน่าอับอาย เป็นฐานความผิดอาญาที่ผู้กระทำความผิดอัน
ควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลโดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น ลามก
น่าบัดสีทำให้เป็นที่อับอาย เป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในความดีงาม

ในทางพุทธศาสนา คำว่า “อนาจาร” หมายถึงความประพฤติไม่ดีไม่งามไม่เหมาะสมแก่
บรรพชิต ซึ่งไม่ได้เจาะจงเฉพาะในเรื่องเพศ เช่น การรื้อยกรองหรือทำดอกไม้ ใช้เครื่องกินเครื่องนุ่ง

เครื่องนอนเดียวกับสตรี ฉันทอาหารยามวิกาล ขับร้อง ฟ้อนรำ เล่นเกมส์กีฬาต่างๆ เหมือนเด็ก เป็นต้น²⁸⁷

“อนาจาร” ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้ให้ความหมายว่า หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ หรือการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศโดยกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายโดยตรง เช่น การขูดแขนหญิง การกอด จูบ ลูบ คลำ หรือสัมผัสจับต้องเนื้อตัวร่างกาย เป็นต้น หรือการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี การกระทำอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล และไม่ได้หมายความเฉพาะความใคร่หรือการค้าประเวณีเท่านั้น แต่รวมถึงการทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย โดยอาจจะไม่มีความมุ่งหมายในทางกามารมณ์ก็ได้²⁸⁸

แม้ว่าประมวลกฎหมายอาญาจะมีได้นิยามถ้อยบัญญัติที่ว่า “กระทำอนาจาร” (Indecent Act) หมายความว่าอย่างไร แต่อย่างไรก็ตาม นักนิติศาสตร์และศาลฎีกาส่วนใหญ่มีความเห็นว่า คำว่า “อนาจาร” มีความหมายว่าเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ²⁸⁹

การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศซึ่งเป็นการกระทำอนาจารกว้างขวางเพียงไร รองศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม กล่าวว่า มีข้อพิจารณา²⁹⁰ ดังต่อไปนี้

ก. การกระทำอนาจารเป็นการกระทำไม่ถึงขั้นกระทำชำเรา

การกระทำอนาจารต้องไม่ถึงขั้นที่เรียกว่ามีการนำอวัยวะเพศล้วงล้ำเข้าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น เพราะถ้าถึงขั้นล้วงล้ำเข้าไปแล้วย่อมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งเคลื่อนกลืนความผิดฐานกระทำอนาจาร กรณีที่มีการใช้อวัยวะเพศดู โดยยังไม่ถึงขั้นล้วงล้ำเข้าไปนั้น ต้องพิจารณาเจตนาของผู้กระทำเป็นสำคัญว่าเจตนาใช้อวัยวะเพศล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นหรือไม่ ถ้ามีเจตนาล้วงล้ำเข้าไป ผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา

ข. การกระทำอนาจารจำต้องมีการสัมผัส (Touching/Contact)

²⁸⁷ พระไตรปิฎกแปลไทย ฉบับหลวง พระวินัยปิฎก เล่ม 7 จุลวรรค ภาค 2 (กรุงเทพมหานคร : กรมศาสนา, 2514).

²⁸⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547

²⁸⁹ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2561), น. 361, อ้างใน คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 1, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 580.

²⁹⁰ เพ็งอ้าง, น. 580.

การกระทำอนาจารเป็นการกระทำต่อบุคคลอื่นโดยไม่สมควรทางเพศ ดังนั้น จะเป็นการกระทำอนาจารได้ต้องมี "บุคคลอื่น" เป็นวัตถุแห่งการกระทำ

กฎหมายต่างประเทศหลายประเทศ ส่วนมากถือเอาการ "สัมผัส" เป็นเครื่องพิจารณาว่าเกิดการกระทำอนาจารขึ้นหรือไม่ กฎหมายบางฉบับถือโดยเคร่งครัดว่าต้องได้สัมผัสเฉพาะอวัยวะเพศหรือส่วนของร่างกายที่ปกคลุมทางเพศเท่านั้น จึงจะมีความผิดฐานกระทำอนาจาร²⁹¹ แต่กฎหมายบางฉบับก็ไม่ได้ถือเคร่งครัดเช่นว่านี้ กล่าวคือ ถ้าหากได้สัมผัสโดยมีความมุ่งหมายในทางเพศต่อผู้อื่นก็เป็นความผิดทั้งสิ้น²⁹²

(3) แก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี

ผู้ถูกกระทำจะเป็นเพศใดก็ได้ แต่ต้องมีอายุกว่า 15 ปี ขึ้นไป เช่น หญิงจับนมหญิง ชายจับอวัยวะเพศชาย หญิงใช้อวัยวะเพศถูไถกับอวัยวะเพศหญิง ชายใช้อวัยวะเพศถูไถกับอวัยวะเพศชาย ถ้าหากอายุไม่เกิน 15 ปี ผู้กระทำอาจมีความผิดตามมาตรา 279

(4) โดยวิธีอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(4.1) โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ หมายถึงทำให้กลัวว่าจะได้รับอันตรายในอนาคต ไม่จำกัดวิธีใด อาจเป็นทั้งอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สิน

(4.2) โดยใช้กำลังประทุษร้าย หมายถึงการทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจโดยการใส่แรงกายภาพ หรือวิธีอื่นใด รวมการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะใช้ยาทำให้มึนเมา หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน

(4.3) โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่ได้ก่อให้เกิดภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้โดยตรง รวมทั้งกรณีที่ผู้เสียหายตัวและไม่รู้ตัวขณะกระทำชำเรา

(4.4) โดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น หมายถึงผู้กระทำทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจผิดว่าผู้กระทำนั้นเป็นบุคคลอีกคนหนึ่ง

ข. องค์ประกอบภายใน

²⁹¹ ประมวลกฎหมายอาญาแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย มาตรา 243.4 หรือประมวลกฎหมายอาญาแห่งมลรัฐนิวยอร์ก มาตรา 130(3), อ้างใน, คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 1, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 582.

²⁹² พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 ของอังกฤษ มาตรา 3 บัญญัติแต่เพียงว่าเป็นการสัมผัสโดยเจตนาซึ่งเป็นไปในทางเพศ อ้างใน, คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 1, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 582.

ผู้กระทำได้กระทำอนาจารโดยเจตนา ถ้าหากไม่เจตนาข้อมไม่มีความผิดตามมาตรา นี้ เช่น แพทย์รักษาคนไข้ เป็นต้น

ความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ

มาตรา 278 วรรคสอง “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น ผู้กระทำได้ระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท”

การกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ (Assault by Penetration) เป็นเหตุจูงใจของความผิดฐานกระทำอนาจาร กล่าวคือ ผู้กระทำอนาจารใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ผู้นั้นต้องได้รับโทษหนักขึ้น

“วัตถุ”²⁹³ หมายถึง สิ่งใดๆ ที่มีรูปร่าง เช่นอวัยวะเพศชายปลอม เป็นต้น

ส่วนถ้อยบัญญัติที่ว่า “อวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศ”²⁹⁴ หมายถึงอวัยวะที่นอกเหนือจากอวัยวะเพศ เช่น นิ้วหรือมือ เพราะถ้าใส่อวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นจะอยู่ในขอบเขตของการกระทำชำเรา

องค์ประกอบสำคัญ ต้องมีการล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นจึงจะเป็นเหตุจูงใจตาม มาตรา 278 วรรคสอง ถ้าใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปในช่องปากหรือใส่อวัยวะเพศแต่ไม่ได้ล่วงล้ำเพียงแต่อยู่ภายนอกอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ข้อมไม่เป็นการอนาจาร โดยการล่วงล้ำอันจะเข้าเหตุจูงใจตามวรรคสองของมาตรา 278

พิเคราะห์แล้วเห็นว่า แม้ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้มีการบัญญัติคำนิยามของคำว่าการกระทำอนาจารไว้ อย่างเช่นการกระทำชำเรา คงมีแต่เพียงแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ความเห็นของนักวิชาการและนักนิติศาสตร์เท่านั้นที่มีความเห็นตรงกันว่า การกระทำอนาจาร หมายความว่า “การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกาย” นอกจากนี้ ในปัจจุบันตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ยังขยายความหมายของการกระทำอนาจารให้มีความหมายรวมไปถึง การกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหายนั้นด้วย เท่ากับเป็นการเพิ่มขอบเขตของการกระทำอนาจารขึ้นมาใหม่ โดยปัจจุบันการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือ

²⁹³ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 1, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 586.

²⁹⁴ เพิ่งอ้าง.

ทวารหนักของผู้เสียหาย อันถือว่าการกระทำชำเราในลักษณะผิดธรรมชาติ การใช้นิ้วมือหรืออวัยวะเทียมล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหายกลับกลายเป็นเหตุเพิ่มโทษของความผิดฐานกระทำอนาจารในกฎหมายปัจจุบันเท่านั้น จึงทำให้ลักษณะการกระทำอนาจารในปัจจุบันมีความกว้างขวางขึ้นกว่าอดีตอย่างมาก

จากการที่แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยบัญญัติให้การกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหายเป็นเหตุเพิ่มโทษของความผิดฐานกระทำอนาจาร หรือที่เรียกว่า “การอนาจารโดยการล่วงล้ำ” นั้น ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว จากการศึกษาข้างต้น “การกระทำอนาจาร” คือการกระทำที่จำเป็นต้องมีการสัมผัสโดยมีเจตนาในทางเพศ และต้องไม่ถึงขั้นกระทำชำเรา²⁹⁵ กล่าวคือ ต้องไม่มีการนำอวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น เพราะเมื่อถ้ำถึงขั้นล่วงล้ำเข้าไปแล้วย่อมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งเคลื่อนกลืนความผิดฐานกระทำอนาจาร

นอกจากนี้ กรณีการกระทำอนาจารนั้นผู้กระทำต้องมีเจตนากระทำอนาจารด้วย กล่าวคือ การใช้อวัยวะเพศถูไถ โดยยังไม่ถึงขั้นล่วงล้ำเข้าไปนั้น ผู้กระทำจะมีความผิดแค่ไหนเพียงไรต้องพิจารณาเจตนาของผู้กระทำเป็นสำคัญด้วยว่า ผู้กระทำมีเจตนาใช้อวัยวะเพศหรือใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นหรือไม่ เพราะหากผู้กระทำมีเจตนาใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกกระทำแล้ว แม้ยังไม่มีการล่วงล้ำ แต่มีการกระทำที่มีลักษณะใกล้ชิดต่อผลแล้ว ผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ไม่ใช่เพียงแค่กระทำอนาจาร

ดังนั้น เมื่อกฎหมายอาญามีบทบาทในการคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนและเสรีภาพทางเพศของบุคคล ส่วนการกระทำความผิดทางอาญา คือ การกระทำที่มีผลกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมหรือประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ เมื่อบุคคลใดกระทำความผิดทางอาญาก็จะต้องได้รับโทษตามกฎหมายอาญา ส่วนจะมีโทษมากน้อยเพียงใดนั้นขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของการกระทำความผิด สำหรับประเทศไทยจำแนกความผิดเกี่ยวกับเพศกลุ่มที่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้อง กรณีที่มีการสัมผัสจับต้องบุคคลอื่น ออกเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยใช้เกณฑ์จำแนกตามระดับความร้ายแรงของอาชญากรรม แม้ทั้งสองฐานความผิดเป็นกรณีกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายเหมือนกัน

²⁹⁵ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 1, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 580.

แต่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นกรณีที่ใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำต่อเสรีภาพทางเพศของบุคคลโดยมีการล่วงล้ำสิ่งใดๆ เข้าไปในอวัยวะของผู้ถูกระทำที่เป็นรูหรือช่อง อาจเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำได้รับอันตรายแก่กาย จิตใจ หรืออาจเป็นอันตรายต่อชีวิตได้ ถือว่าเป็นความผิดอาญาอย่างร้ายแรง ขณะที่ความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นกระทำการอันไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่น แต่ยังไม่ถึงขั้นมีสิ่งใดๆ ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักของผู้นั้น ถือว่าเป็นความผิดอาญาที่มีระดับความร้ายแรงรองลงมา

ส่วนในเรื่องวัตถุแห่งการกระทำ ตามประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติวัตถุที่ถูกระทำในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ชัดเจน ได้แก่ อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ส่วนความผิดฐานกระทำอนาจารนั้น ไม่ได้บัญญัติวัตถุที่ถูกระทำไว้อย่างเช่นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่การกระทำอนาจารนั้นโดยลักษณะแล้วอาจเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นก็ได้ หรืออาจเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่ออวัยวะอื่นใดของร่างกายนอกเหนือจากอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นก็ได้ แต่ผู้กระทำต้องไม่มีเจตนาใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นใดล่วงล้ำอวัยวะเพศ หรือทวารหนักผู้อื่น เพราะหากผู้กระทำมีเจตนาเอาอวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศ หรือทวารหนักผู้อื่นแล้ว ย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราแล้วแต่กรณี มิใช่ความผิดฐานกระทำอนาจาร

นอกจากนี้ ในการกำหนดความผิดอาญานั้นจะประกอบไปด้วยองค์ประกอบ 2 ส่วน คือ 1. ส่วนภาวะวิสัย (Objective Elements) ซึ่งเรียกว่า “องค์ประกอบภายนอก” 2. ส่วนอัตวิสัย (Subjective Elements) ซึ่งเรียกว่า “องค์ประกอบภายใน” รวมกันเรียกว่า “องค์ประกอบของความผิด” หมายถึง สิ่งทั้งหลายที่ไม่ใช่ส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิดและที่เป็นส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิดที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง²⁹⁶

- องค์ประกอบภายนอก (Objective Elements) คือสิ่งที่เป็นส่วนภายนอกที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง เป็นสิ่งที่ไม่ใช่ส่วนจิตใจของผู้กระทำ ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้น คือ “การใช้อวัยวะเพศ” และในความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยการล่วงล้ำ คือ “การใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศ”

²⁹⁶ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2563), น. 106.

- องค์ประกอบภายใน (Subjective Elements) คือสิ่งที่ตรงข้ามกับองค์ประกอบภายนอก กล่าวคือสิ่งที่อยู่ในตัวของผู้กระทำความผิด หรือเป็นส่วนจิตใจที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง ซึ่งสิ่งดังกล่าวนี้ตามปกติจะมีสิ่งเดียวแต่ในความผิดบางฐานหรือหลายฐาน อาจมีองค์ประกอบภายในมากกว่าสิ่งหนึ่งสิ่งใด เช่น เจตนา ประมาท หรือโดยทุจริตเป็นมูลเหตุจูงใจ ในส่วนความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือ ผู้กระทำมีเจตนาใช้อวัยวะเพศของตน “ล้วงล้ำ” เข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ส่วนในของความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล้วงล้ำ คือ ผู้กระทำต้องมีเจตนาใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

พิเคราะห์แล้วเห็นว่ากฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ.2562 กลับกำหนดให้ “การถูกล้วงล้ำโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ” เท่านั้นที่ผู้กระทำถูกลงโทษใน “ข้อหาข่มขืนกระทำชำเรา” ในขณะที่เดียวกัน “การถูกล้วงล้ำโดยการใช้อื่นใดหรืออวัยวะอื่นใดของผู้กระทำ” กลับเป็นเพียงเหตุเพิ่มโทษของ “ข้อหาการกระทำอนาจาร” เท่านั้น แท้ที่จริงแล้วทั้งสองลักษณะความผิดนั้นมีความน่าตำหนิได้และควรถูกประนามในข้อหาความผิดที่มีระดับความร้ายแรงเทียบเท่ากัน กล่าวคือ ในความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล้วงล้ำนั้น ผู้กระทำมีวัตถุประสงค์ในการกระทำทางเพศ คือ “การล้วงล้ำ” สิ่งใดๆ เข้าไปในร่างกายของผู้ถูกระทำเช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จะแตกต่างกันก็แต่เพียงวัตถุแห่งการกระทำเท่านั้น

4.1.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะการกระทำชำเรา กับลักษณะการกระทำอนาจารโดยการล้วงล้ำตามหลักกฎหมาย

4.1.3.1 วิเคราะห์ขอบเขตของความผิดฐานกระทำชำเรา กับความผิดฐานการกระทำอนาจารโดยการล้วงล้ำ

ในอดีต การกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 วรรคสอง บัญญัติว่า “การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้อื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”²⁹⁷ ลักษณะการกระทำชำเราในอดีตมีขอบเขต

²⁹⁷ มาตรา 276 วรรคสอง แก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

กว้างขวางมาก มีความหมายตั้งแต่การใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำหรือสอดใส่อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากผู้เสียหาย ไปจนถึงการใช้อวัยวะอื่นใดนอกจากอวัยวะเพศหรือวัตถุอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักของผู้เสียหาย เห็นว่าความหมายของการกระทำชำเราตามกฎหมายเดิมประกอบไปด้วยการกระทำชำเรา 2 ลักษณะด้วยกัน ได้แก่ การกระทำชำเราตามธรรมชาติปกติประการหนึ่ง และการกระทำชำเราผิดธรรมชาติตามนุษย์อีกประการหนึ่ง

ในปัจจุบัน ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดความนิยามของการกระทำชำเราใหม่ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(18) “การกระทำชำเรา หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น”²⁹⁸ โดยมีเหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้เกิดความชัดเจนและสอดคล้องกับลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติเท่านั้น และเนื่องจากในอดีตมีการอ้างอิงในหลายมาตราเพื่อความสะดวกในการอ้างอิง²⁹⁹

จะเห็นได้ว่าสิ่งที่ถูกตัดออกไปคือ “การใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” ได้ถูกย้ายไปเป็นเหตุเพิ่มโทษของการอนาจาร เรียกว่า “การอนาจารโดยการล่วงล้ำ” ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278 วรรคสอง บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท”³⁰⁰

จากการศึกษากรณีลักษณะของการกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ประกอบมาตรา 1(18) คือ “การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศ ของผู้กระทำ ล่วงล้ำ อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” ส่วนลักษณะการกระทำอนาจาร คือ “การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อความต้องการ

²⁹⁸ มาตรา 1(18) แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562

²⁹⁹ สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภานิติบัญญัติแห่งชาติ, เอกสารประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ.... (ความผิดเกี่ยวกับเพศ), (กรุงเทพมหานคร : สำนักการพิมพ์, มกราคม 2562), น. 2.

³⁰⁰ มาตรา 278 วรรคสอง เพิ่มโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562

ทางเพศ อาทิเช่น กอด จูบ ลูบ คลำ และต้องเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่น และนอกจากนี้การกระทำอนาจารยังรวมการกระทำให้เกิดความอับอายขายหน้าในทางเพศอีกด้วย”

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบกับลักษณะการกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 วรรคสองแล้ว คือ “การกระทำโดยการใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศ ล่วงล้ำ อวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น”

ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการบัญญัติกฎหมายทั้งสองฐาน คือ ก่อให้เกิดความสับสนเคลือบแคลงว่าจะไรกันแน่คือจุดแบ่งแยกความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจาร ในเมื่อกฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน ซึ่งเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาและเป็นหลักประกันความเป็นนิติรัฐ

ดังนั้น ในปัจจุบันการใช้วัตถุสอดเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย ผู้ข่มขืนมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) ส่วนการใช้นิ้วมือแห้วเข้าไปบริเวณทวารหนัก³⁰¹ หรือใช้นิ้วมือสอดเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย³⁰² จากเดิมผู้กระทำเคยมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) แต่ปัจจุบันผู้กระทำจะมีความผิดฐานอนาจารโดยการล่วงล้ำเท่านั้น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 วรรคสอง (Sexual assault by penetration) ซึ่งเป็นการกระทำอนาจารที่เป็นเหตุเพิ่มโทษ เห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวยังขาดความชัดเจน

ยกตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6336/2557 “การกระทำของจำเลยที่ใช้ปากอมอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ จากนั้นจับอวัยวะเพศของผู้เสียหายใส่เข้าไปในทวารหนักของจำเลย ถือได้ว่าเป็นการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศของผู้เสียหาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสอง การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานกระทำชำเรา” แต่หากพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันแล้ว จำเลยไม่มีความผิดฐานกระทำชำเราอีกต่อไป หากแต่มีความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 วรรคสอง เท่านั้น

สำหรับประเทศไทยแล้ว หลักประกันในกฎหมายอาญา “Nullum crimen, Nulla Poena Sine Lege” นอกจากจะได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา³⁰³ แล้ว ยังได้มีการบัญญัติ

³⁰¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10864/2557

³⁰² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8718/2559

³⁰³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และหากที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

หลักประกันในกฎหมายอาญาไว้ในรัฐธรรมนูญ³⁰⁴ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศอีกด้วย ดังนั้น หลักประกันในกฎหมายอาญานี้จึงเป็น “หลักรัฐธรรมนูญ”³⁰⁵

หลักประกันในกฎหมายอาญาถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 2 วรรคแรก³⁰⁶ ซึ่งกำหนดว่า “กฎหมายอาญาต้องเกิดจากการบัญญัติ” เท่านั้น กล่าวคือ กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติสามารถกำหนดให้การกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นความผิด (nullum crimen sine lege) และกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้นที่สามารถกำหนดโทษสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งโดยเฉพาะ (nulla poena sine lege) โดยหลักทั้งสองประการที่กล่าวมานี้ต้องมีอยู่ก่อนการกระทำนั้นเสมอ รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนเสมอ โดยหลักประกันในกฎหมายอาญามีเนื้อหาครอบคลุมสี่ประการ ได้แก่ 1) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน 2) การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล 3) การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล และ 4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายอาญานั้นต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน (nullum crimen sine lege certa) เป็นไปตาม “หลักความชัดเจนแน่นอน” เนื่องจากการลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่สามารถทำได้ โดยการบัญญัติกฎหมายอาญาต้องหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่กำกวมไม่แน่นอน

สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว แม้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้คำจำกัดความของการกระทำชำเราชัดเจนและสอดคล้องกับลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติ และเพื่อแก้ปัญหาการตีความจากคำนิยามของคำว่ากระทำชำเราในอดีต โดยตัดข้อความที่ว่า “กระทำกับ” เปลี่ยนเป็นถ้อยคำ “ล่วงล้ำ” และตัดข้อความที่ว่า “หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนัก

³⁰⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 29 “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”

³⁰⁵ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), น. 83.

³⁰⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

ของผู้อื่น” ออกไป ทำให้กฎหมายที่บัญญัติขึ้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง และเพื่อเป็นเครื่องป้องกันมิให้ศาลใช้อำนาจตามใจชอบหรือตามอำเภอใจหรือตามความรู้สึกของตน แต่อย่างไรก็ตาม การที่กำหนดให้การใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือ ทวารหนักของผู้อื่นเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร เรียกว่า “อนาจาร โดยการล่วงล้ำ” อันเป็นเหตุ เพิ่มโทษฐานของการกระทำอนาจารนั้น เมื่อพิจารณาจากลักษณะการกระทำชำเราตั้งแต่อดีต องค์กรประกอบที่สำคัญในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราคือ “การล่วงล้ำ” หรือ “สอดใส่” (Penetration) อวัยวะเพศของผู้กระทำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ซึ่ง อวัยวะทั้งสามเป็นรูหรือช่อง (Orifice) ที่ใช้สำหรับประกอบกิจกรรมทางเพศได้ และจะเป็น ความผิดสำเร็จเมื่อมีการล่วงล้ำปากช่องคลอด รูทวารหนัก หรือริมฝีปากเข้าไป ไม่ว่าจะเข้าไปลึก มากน้อยเท่าใด ไม่ว่าจะน้ำสุจจะเคลื่อนหรือเยื่อพรหมจารีจะขาดหรือไม่ หรือจะสวมเสื้อผ้า ถุงยาง อนามัยหรือสิ่งอื่นใดขณะสอดใส่ด้วยหรือไม่ก็ตาม ซึ่งศาลฎีกาไทยยังคงยึดแนวทางดังกล่าวนี้เป็น หลักในการวินิจฉัยมาโดยตลอด³⁰⁷ และเมื่อพิจารณาลักษณะการกระทำอนาจารตั้งแต่อดีต องค์กรประกอบที่สำคัญก็คือ การกระทำที่จำต้องมีการสัมผัสโดยมีเจตนาในทางเพศและต้องไม่ถึงชั้น กระทำชำเรา³⁰⁸ กล่าวคือ ต้องไม่มีการล่วงล้ำสิ่งใดเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักของผู้อื่น เพราะถ้า ถึงชั้นล่วงล้ำเข้าไปแล้วย่อมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

การที่วัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ.2562 เห็นว่าการใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศ ล่วงล้ำ อวัยวะเพศหรือทวารหนัก ไม่ถือว่าเป็นการประเวณีตามธรรมชาติปกติแบบพื้นฐานมนุษย์ จึงไม่สามารถบัญญัติว่าเป็น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ กรณีมีความสงสัยอยู่ว่าควรจะบัญญัติว่าเป็นความผิดฐานใดจึงจะ เหมาะสม ครั้นจะบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราที่ผิดธรรมดาตามมนุษย์ อันเป็นความผิดอีกฐานหนึ่ง ก็จะมีลักษณะคล้ายกับกฎหมายไทยในอดีตที่ถูกยกเลิกไป อาจเป็นเพราะด้วยเหตุนี้ จึงนำไปบัญญัติ ไว้เป็นเหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานกระทำอนาจาร กรณีจึงถือได้ว่าการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวยัง ขาดเหตุผลอยู่มากพอสมควร ขัดกับหลักความชัดเจนแน่นอน

เมื่อพิจารณาการกระทำชำเราและการกระทำอนาจาร เป็นการกระทำที่มีผลกระทบ กระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพอย่างร้ายแรงต่อของคนสังคมหรือคนส่วนใหญ่ของประเทศ จึงถูก กำหนดให้การกระทำดังกล่าวมีโทษทางอาญา ซึ่งเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุด ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ ของรัฐในการบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่สามารถทำได้ ะไรกันแน่คือจุดแบ่งของ

³⁰⁷ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 1, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 547.

³⁰⁸ เพ็งอ้าง, น. 580.

ลักษณะการกระทำชำเราและลักษณะการกระทำอนาจาร ควรใช้เกณฑ์การล่วงล้ำหรือสอดใส่หรือ
เกณฑ์การสัมผัสจับต้องจึงจะสมควร

การแก้ไขดังกล่าวทำให้คำจำกัดความของคำว่ากระทำชำเราแคบลง เหลือเพียงแค่การ
กระทำชำเราตามธรรมชาติ ในขณะที่เดียวกันการกระทำอนาจารถูกขยายไปไกลถึงการใช้วัตถุหรือ
อวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ซึ่ง “หลักความชัดเจน
แน่นอน” ในการบัญญัติกฎหมายอาญา มีความสำคัญยิ่งกว่าข้อห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง
จน Prof. Dr. Hans Welzel ถึงกับกล่าวว่า “อันตรายที่แท้จริงที่คุกคามหลักประกันกฎหมายอาญา
ไม่ได้เกิดจากการใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่เกิดจากความไม่ชัดเจนแน่นอนของกฎหมาย
อาญา”³⁰⁹

นอกจากนี้ ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายเดิม ที่บัญญัติว่า “การ
กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ
ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของ
ผู้อื่น”³¹⁰ คำนิยามดังกล่าวสามารถแบ่งลักษณะของการกระทำชำเราออกเป็น 2 รูปแบบด้วยกัน
ได้แก่ การกระทำชำเราโดยการร่วมประเวณีตามธรรมชาติและการกระทำชำเราโดยการร่วม
ประเวณีที่ผิดธรรมชาติตามนุษย์ ซึ่งสอดคล้องกับความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมาย
ของหลายประเทศ ที่ว่า “การข่มขืนเป็นการบังคับการล่วงละเมิดทางเพศทางร่างกายมนุษย์โดย
องคชาตหรือการบังคับสอดใส่ของวัตถุอื่นใดเข้าไปในช่องคลอดหรือทวารหนัก”³¹¹ รวมทั้ง
สอดคล้องกับคำนิยามของศาลอาญาระหว่างประเทศ ที่กำหนดคำนิยามของคำว่า “ข่มขืนกระทำ
ชำเรา” หมายถึง “การสอดใส่ในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหายโดยอวัยวะเพศชายหรือ

³⁰⁹ อัจฉริยา ชูตินันท์, “ทฤษฎีและหลักกฎหมายอาญา,” เอกสารประกอบการสอนหลักสูตรนิติ
ศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2562.

³¹⁰ มาตรา 278 วรรคสอง แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา
(ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

³¹¹ “It is apparent from our survey of national legislation that, in spite of inevitable discrepancies,
most legal systems in the common and civil law worlds consider rape to be the forcible sexual penetration of
the human body by the penis or the forcible insertion of any other object into either the vagina or the anus.” คดี
Furundzija ICTY Trial Chamber II, 10/12/1998, paragraph 181 อ้างถึงใน ปกป้อง ศรีสนิท, คำอธิบายกฎหมาย
อาญาระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: เดือนตุลา, 2556), หมายเลข 31 น. 29.

วัตถุอื่นใดหรือการสอดใส่อวัยวะเพศชายในช่องปาก โดยวิธีการบังคับ หรือขู่เข็ญผู้เสียหายหรือบุคคลที่สาม”³¹² เมื่อมีการแก้ไขโดยตัดข้อความที่ว่า “กระทำกับ” เปลี่ยนเป็นถ้อยคำ “ล่วงล้ำ” ทั้งนี้เพื่อแก้ปัญหาคำพิพากษาคำนิยามของคำว่ากระทำชำเราในอดีต ซึ่งก็เหมาะสมและเป็นไปตามวัตถุประสงค์แล้ว

4.1.3.2 วิเคราะห์ระดับความเสียหายของความผิดฐานกระทำชำเรากับความผิดฐานการกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ

การตัดคำว่า “การใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” ออกไปแล้วนำ “การกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมีใช้อวัยวะเพศ ล่วงล้ำ อวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น” ไปบัญญัติเป็นเหตุเพิ่มโทษความผิดฐานการกระทำอนาจารนั้น เมื่อพิจารณาเรื่องความเสียหาย (harm) การที่ผู้เสียหายถูกบังคับสอดใส่อวัยวะเพศหรือทวารหนัก ไม่ว่าจะด้วยสิ่งใดก็ตาม น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายที่เท่ากัน

แม้ว่าความผิดฐานอนาจาร โดยการล่วงล้ำตามมาตรา 278 วรรคสอง จะกำหนดโทษเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคแรก และความผิดฐานอนาจารโดยการล่วงล้ำตามมาตรา 279 วรรคสี่และวรรคห้า จะกำหนดโทษเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 277 วรรคแรกและวรรคสอง ซึ่งน่าจะเป็นสิ่งที่สะท้อนความรุนแรงของทั้งสองความผิดให้เห็นว่าเท่ากัน แต่การถูกประณามจากสังคมยังคงต่างกัน ระหว่าง “ข้อหาข่มขืนกระทำชำเรา” กับ “ข้อหากระทำอนาจาร”

4.1.3.3 วิเคราะห์การบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักสากล

ปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights หรือ UDHR) มีหลักสำคัญว่า “มนุษย์ทั้งปวงเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิเท่าเทียม

³¹² “objective elements of rape :

(i) the sexual penetration, however slight:

(a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or

(b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator;

(ii) by coercion or force or threat of force against the victim or a third person. In Furundzija ICTY Trial Chamber II, 10/12/1998, paragraph 185 อ้างใน ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563), น. 123.

กัน” ซึ่งเป็นที่ยอมรับของประชาคมระหว่างประเทศอย่างกว้างขวาง หากมีการกล่าวถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นคุณค่าของสิทธิมนุษยชนย่อมต้องย้อนกล่าวถึงปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้ปฏิญญาดังกล่าวยังถือเป็นหลักการสำคัญนำไปสู่การร่างสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศตลอดจนได้ปรากฏอย่างแพร่หลายในรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ รวมไปถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560

หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ฉบับปัจจุบัน ได้ถูกบัญญัติไว้ มาตรา 4 วรรคแรก ความว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” นอกจากนี้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 26 วรรคแรก ยังกล่าวถึงหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุมเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย” ดังนั้น การตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 มาตรา 26 ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ การตรากฎหมายนั้นจะต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลไม่ได้

ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายเดิม ที่บัญญัติว่า “การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” สอดคล้องกับหลักการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์¹³ (General Principle of respect for human dignity) แต่การที่ปรับปรุงบทนิยามใหม่โดยกำหนดให้ “กระทำชำเรา” ในมาตรา 276 ประกอบมาตรา 1(18) สอดคล้องกับลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติ และกำหนดให้วัตถุที่กระทำจะต้องเป็น “อวัยวะเพศ” เท่านั้น ที่ล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น จึงจะถือว่า

¹³ ปกป้อง ศรีสนิท, “การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเรื่องเพศ : ความหมายใหม่และโทษใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเรา,” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2564, จาก <https://www.the101.world/rape-in-thai-law/>

เป็นความผิดฐานกระทำชำเรา ส่วนการใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศ ล้วงล้ำ อวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น กลับเป็นเหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานอนาจาร

เห็นว่าการบัญญัติคำนิยามดังกล่าวนี้คำนึงถึงวัตถุที่กระทำและคำจำกัดความในอดีตที่จำกัดเฉพาะการกระทำชำเราตามธรรมชาติมากเกินไป เมื่อในสภาพการณ์สังคมโลกปัจจุบันเปลี่ยนแปลงไปจากสภาพการณ์ในอดีตมาก เนื่องจากความก้าวหน้าไกลทางเทคโนโลยีและพัฒนาการทางวิทยาศาสตร์การแพทย์และทักษะของคนยุคปัจจุบันคู่เคียงกัน การแสดงออกซึ่งเพศวิถีของมนุษย์นั้นมีความหลากหลาย ไม่ได้มีเพียงแบบการร่วมประเวณีแบบพื้นฐานเท่านั้น ยังมีกิจกรรมทางเพศของคนเพศเดียวกัน ในแบบที่พึงพอใจในการใช้วัตถุหรือใช้สิ่งของ หรือมีรสนิยมแบบที่หลากหลาย ดังนั้น ในปัจจุบันเมื่อรสนิยมทางเพศเป็นสิ่งที่เปิดกว้าง สิ่งที่ถูกห้ามต้องมุ่งคุ้มครองคือ ผู้ถูกระทำทางเพศที่ไม่ใช่แค่เพียงตามแบบพื้นฐานธรรมชาติเท่านั้น การบัญญัติกฎหมายเช่นนี้ถือว่าขัดแย้งกับหลักการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (General Principle of respect for human dignity)

กรณีจึงเห็นควรต้องแก้ไขปรับปรุงให้ขอบเขตลักษณะของการกระทำชำเราที่ทันต่อสภาพการณ์และบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป เพราะการกระทำทางเพศในแบบฝืนธรรมชาติก็อาจก่อความเสียหาย บอบช้ำทั้งทางร่างกายและทางจิตใจเท่ากับหรือมากกว่าการร่วมเพศแบบธรรมชาติ ถือว่าการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติพอสมควรในเรื่องสถานะภาพทางเพศและสถานะของบุคคล ไม่ครอบคลุมถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ แม้บุคคลเหล่านี้จะเป็นบุคคลส่วนน้อย แต่ก็ไม่ใช่ไม่มีอยู่และก็เป็นมนุษย์เช่นเดียวกันที่ควรได้รับความคุ้มครองทางกฎหมาย การบัญญัติกฎหมายเช่นนี้อาจสร้างผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างร้ายแรง หากปล่อยให้เกิดการเลือกปฏิบัติขึ้นต่อเนื่องเรื่อยมาจนประชาชนในสังคมเกิดความเคยชินที่ว่าการใช้นิ้ว มือ อวัยวะเพศปลอม วัตถุ หรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำอวัยวะเพศ หรือทวารหนักนั้นมีความผิดเพียงฐานกระทำอนาจารเท่านั้น จะส่งผลให้เกิดอาชญากรรมทางเพศมากขึ้น ทวีคูณ ผู้เสียหายได้รับสิทธิน้อยลงหรือไม่ได้รับสิทธิอันตนพึงได้รับตามกฎหมาย สังคมขาดหลักความเสมอภาคเท่าเทียมอันเป็นหลักในการดำรงอยู่เพื่อให้สังคมสงบสุข

ดังนั้น เมื่อการลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดที่รัฐใช้กับประชาชน อันส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐใช้เป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบเรียบร้อย การร่างหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายอาญาจึงถือว่าเป็นการตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน การแก้ไขกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศดังกล่าวต้องไม่ขัดกับหลักนิติธรรม ไม่เพิ่ม

ภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลไม่ได้

4.1.3.4 วิเคราะห์ระดับความร้ายแรงของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ

โทษทางอาญา³¹⁴ ถือว่าเป็นโทษที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมากที่สุด ในบรรดาโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอื่น ๆ เนื่องจากโทษประหารชีวิต จำคุก หรือการกักขังนั้น มุ่งกระทำต่อเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกายของผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญา ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 จึงวางหลักการเกี่ยวกับการกำหนดโทษในทางอาญาไว้เฉพาะว่า “รัฐพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง”³¹⁵ เพื่อให้ฝ่ายที่มีหน้าที่ออกกฎหมายใช้เป็นกรอบในการตรากฎหมายและในการกำหนดโทษอาญา

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ประสบกับสภาวะปัญหา “กฎหมายอาญาฟ้อ” เนื่องจากการกำหนดกฎหมายที่มีโทษในทางอาญาจำนวนมาก ก่อให้เกิดการใช้กฎหมายอาญาที่ไม่เหมาะสม และทำให้เกิดปัญหาในการบริหารงานยุติธรรมทางอาญา ส่งผลทำให้เกิดการขาดประสิทธิภาพในการใช้บังคับกฎหมายอย่างแท้จริง Herbert L. Packer กล่าวไว้ว่า การพิจารณาว่าการกระทำเรื่องนั้นควรเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ต้องปรากฏว่าการกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่มชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคมและหมู่มชนส่วนมากมิได้ให้อภัย นอกจากนี้จะต้องไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ และการถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญานั้นจะต้องไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป หากเป็นความผิดอาญาแล้วจะต้องมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำความผิดดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถ

³¹⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 บัญญัติว่า “โทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิดมี ดังนี้

- (1) ประหารชีวิต
- (2) จำคุก
- (3) กักขัง
- (4) ปรับ
- (5) ริบทรัพย์สิ้น”

³¹⁵ มาตรา 77 วรรคสาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

ทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ อีกทั้งต้องไม่มีมาตรการควบคุมอื่นๆ แล้วนอกจากการใช้กฎหมายอาญา³¹⁶

นอกจากนี้ ซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria) ได้กล่าวไว้ใน ทฤษฎีเจตจำนงอิสระ (Free Will Theory) ว่า “การพิจารณาบทลงโทษผู้กระทำความผิดควรจะได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของอาชญากรรม” กล่าวคือ การกำหนดบทลงโทษนั้นต้องได้สัดส่วนเหมาะสมกับลักษณะของความผิด (Equal punishment for the same crime) การลงโทษนั้นต้องไม่มากจนมีลักษณะโหดร้ายทารุณ หรือไม่น้อยเกินไปจนทำให้ผู้กระทำความผิดคิดว่าคุ้มค่าที่จะได้ผลประโยชน์จากการกระทำความผิด หรือประกอบอาชญากรรมนั้น ทฤษฎีนี้ถือว่ามนุษย์ทุกคนมีเจตจำนงอิสระ (Free Will) และมนุษย์มีอิสระในการเลือกกระทำสิ่งใดๆ ที่เห็นว่าเป็นประโยชน์มากกว่าเสียประโยชน์ เช่นเดียวกับการประกอบอาชญากรรม เมื่อมนุษย์เห็นว่าการกระทำความผิดนั้นทำให้เกิดความพอใจและตัดสินใจเลือกกระทำความผิดนั้น มนุษย์ย่อมต้องยอมรับผลร้ายที่จะต้องเกิดขึ้นด้วย³¹⁷

ในความคิดเกี่ยวกับเพศเป็นความคิดที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและเป็นความคิดที่เป็นอันตรายต่อสังคมอย่างร้ายแรง กรณีจึงจำเป็นต้องกำหนดโทษอาญาเพื่อให้ผู้กระทำผิดเข็ดหลาบไม่กระทำการนั้นอีกต่อไป

ในปัจจุบัน “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา” มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท³¹⁸

“ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี” มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท³¹⁹

“ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี” มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

³¹⁶ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร : จีระการพิมพ์, 2562), น. 2-10.

³¹⁷ อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2563), น. 225.

³¹⁸ มาตรา 276 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562

³¹⁹ มาตรา 277 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562

“ความผิดฐานกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี” นั้นมีอัตราโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ³²⁰

“ความผิดฐานกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี” นั้นมีอัตราโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ³²¹

เมื่อมีการแก้ไขกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศใหม่ โดยย้าย “การกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น” ไปเป็นเหตุเพิ่มโทษความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยเรียกว่า “การกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ”

โดย “ความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ” ตามมาตรา 278 วรรคสอง มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท³²²

“ความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี” ตามมาตรา 279 วรรคสี่ มีโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท³²³ และ

“ความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี” ตามมาตรา 279 วรรคห้า มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต³²⁴

เห็นได้ว่าความผิดฐานอนาจารโดยการสอดใส่ ตามมาตรา 278 วรรคสอง ถูกกำหนดโทษเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคแรก ความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ตามมาตรา 279 วรรคสี่ ถูกกำหนดโทษเท่ากับความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีตามมาตรา 277 วรรคแรก และความผิดฐานกระทำอนาจาร

³²⁰ มาตรา 278 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8)

พ.ศ. 2530

³²¹ มาตรา 279 วรรคแรก แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา

(ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562

³²² มาตรา 278 วรรคสอง เพิ่มโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27)

พ.ศ. 2562

³²³ มาตรา 279 วรรคสี่ เพิ่มโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27)

พ.ศ. 2562

³²⁴ มาตรา 279 วรรคห้า เพิ่มโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27)

พ.ศ. 2562

โดยการล่วงล้ำเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ตามมาตรา 279 วรรคห้า ถูกกำหนดโทษเท่ากับความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปีตามมาตรา 277 วรรคสอง

การที่ความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยการล่วงล้ำมีระวางโทษเทียบเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้น แสดงให้เห็นว่าระดับความร้ายแรงของอาชญากรรมในความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยการล่วงล้ำเทียบเท่ากับระดับความร้ายแรงของอาชญากรรมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพียงแต่ลักษณะของการกระทำไม่ใช่การกระทำชำเราตามธรรมชาติเท่านั้น

จากการศึกษาผู้เขียนจึงเห็นว่า การกำหนดความผิดอาญาต้องเป็นไปตามระดับความร้ายแรงของอาชญากรรม ในปัจจุบันการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ผู้กระทำมีความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยการล่วงล้ำเท่านั้น แม้ว่าความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยการล่วงล้ำจะถูกกำหนดโทษเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งน่าจะเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นความรุนแรงของทั้งสองฐานความผิดได้ว่าเท่ากันได้ แต่จากความรู้สึกของคนทั่วไปในสังคมยังคงต่างกัน ระหว่าง “ข้อหาข่มขืนกระทำชำเรา” กับ “ข้อหากระทำอนาจาร” ความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำนั้นหากพิจารณาข้อหาแล้วดูเหมือนจะเบากว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ทั้งที่ การกระทำดังกล่าวก็เป็นการประทุษร้ายทางเพศอันมีการล่วงล้ำ ซึ่งถือว่าเป็นภัยร้ายแรงเทียบเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเรา กรณีจึงเห็นควรกำหนดบทลงโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับลักษณะของความผิด เพื่อให้ผู้กระทำผิดเข็ดหลาบไม่กระทำการนั้นอีกต่อไป

4.1.3.5 การตราความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

แม้รัฐธรรมนูญจะมีหลักเกณฑ์ของการตรากฎหมายว่า “รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น”³²⁵ ในขณะที่เดียวกันรัฐธรรมนูญก็บัญญัติว่า “รัฐพึงยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ เพื่อไม่ให้เป็นการแก่ประชาชน” นอกจากนี้พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย

³²⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 77 บัญญัติว่า “รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมาย ที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ โดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง”

พ.ศ. 2562 มาตรา 5 วางหลักเกณฑ์ว่า “หน่วยงานของรัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ โดยไม่ชักช้า เพื่อไม่ให้เป็นการแก่ประชาชน” กล่าวคือ เมื่อรัฐกำหนดให้มีการตรากฎหมายใหม่เท่าที่จำเป็นแล้ว รัฐจะต้องย้อนกลับไปพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่แล้วว่าหมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือเป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพของประชาชนมากน้อยเพียงใด เพื่อจะได้ยกเลิก หรือปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเหล่านั้นเสียใหม่ให้สอดคล้องกับสถานะที่เป็นจริงในปัจจุบัน³²⁶

ในสภาพการณ์สังคมโลกปัจจุบันเปลี่ยนแปลงไปจากสภาพการณ์ในอดีตอย่างมาก ประกอบทัศนคติของคนยุคปัจจุบันก็แตกต่างกัน ก่อให้เกิดความหลากหลายในทางเพศ การร่วมเพศในสมัยปัจจุบันจึงมิใช่การร่วมประเวณีตามธรรมชาติปกติแบบในอดีตเท่านั้น ยังมีกิจกรรมทางเพศของคนเพศเดียวกัน การร่วมเพศแบบการพึงพอใจกับการใช้วัตถุหรือสิ่งของ หรือการร่วมเพศแบบต่าง ๆ ที่มีความหลากหลาย ดังนั้น ความผิฐฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงควรมุ่งหมายที่จะคุ้มครองผู้ถูกระทำทางเพศที่ไม่ใช่แค่เพียงการร่วมประเวณีแบบพื้นฐานธรรมชาติปกติเท่านั้น บทบัญญัติดังกล่าวจึงจำเป็นต้องแก้ไขปรับปรุงให้ทันสมัย สอดคล้องกับสภาพการณ์ เพื่อให้การตรากฎหมายอยู่ภายใต้กรอบและหลักการสำคัญที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อไม่ก่อการแก่ประชาชน

4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะการกระทำชำเรากับลักษณะของการกระทำอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยกับตามกฎหมายต่างประเทศ

จากการศึกษาบทบัญญัติในความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายต่างประเทศมีการกำหนดขอบเขตและฐานความผิดที่แตกต่างกันมากพอสมควร เมื่อมาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.2.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะการกระทำชำเรากับลักษณะของการกระทำอนาจารของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ

³²⁶ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, “ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560,” พฤษภาคม 2562, หน้า 121.

พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 (Sexual Offences Act 2003) นั้น แบ่งความผิดเกี่ยวกับเพศออกเป็น 4 ประการ คือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ ความผิดฐานกระทำอนาจาร และความผิดฐานบังคับให้ผู้อื่นเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม

สำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 (Sexual Offences Act 2003) บัญญัติไว้ในมาตรา 1

มาตรา 1³²⁷ “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

(1) ผู้ใด ข่มขืนกระทำชำเราโดย

(a) ผู้กระทำเจตนาใช้อวัยวะเพศชายของตนล่วงล้ำช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น

(b) โดยผู้อื่นไม่ยินยอมและ

(c) ไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้อื่นยินยอม

(2) เหตุอันควรเชื่อว่าผู้อื่นนั้นยินยอมหรือไม่นั้น ให้พิจารณาจากสภาพเหตุการณ์ทั้งหมด รวมถึงขั้นตอนต่างๆ ที่ผู้กระทำนั้นได้กระทำ เพื่อให้แน่ใจว่าผู้ถูกกระทำนั้นได้ยินยอม

(3) ให้นำมาตรา 75 และ 76 มาใช้บังคับกับมาตรานี้

(4) ผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต”

ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 (Sexual Offences Act 2003) ต้องเป็นเพศชายเท่านั้น เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า “ใช้อวัยวะเพศชายของตน” (his penis)

³²⁷ The Sexual Offences Act 2003

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.

(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.

การกระทำ คือ การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) มีขอบเขตเฉพาะการใช้อวัยวะเพศชายของตน (his penis) ล้วงล้ำ (penetrates) ช่องคลอด (the vagina) ทวารหนัก (anus) หรือช่องปาก (mouth) ของผู้อื่น แสดงให้เห็นว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตาม มาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 (Sexual Offences Act 2003) หมายความว่าเฉพาะเป็นการกระทำชำเราตามธรรมชาติเท่านั้น โดยสิ่งที่จะล้วงล้ำเข้าไปต้องเป็นอวัยวะเพศชายเท่านั้น ซึ่งลักษณะการข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) ในมาตรา 1 นี้ไม่รวมการใช้สิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นใด ล้วงล้ำช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้กระทำด้วย กล่าวอีกในคือ ลักษณะการข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) ในมาตรา 1 ไม่รวมการกระทำชำเราผิดธรรมชาติตามนุษย์

ส่วนวัตถุแห่งกระทำ มีขอบเขตรวมทั้งช่องคลอด (the vagina) ทวารหนัก (anus) หรือช่องปาก (mouth) ของผู้อื่น

และผู้ถูกกระทำ หากเป็นการที่ใช้อวัยวะเพศชายล้วงล้ำช่องคลอด ผู้ถูกกระทำต้องเป็นหญิงเท่านั้น แต่หากเป็นการล้วงล้ำอวัยวะเพศชายเข้าไปในทวารหนักหรือช่องปาก ผู้ถูกกระทำอาจเป็นเพศชายหรือเพศหญิงก็ได้

อย่างไรก็ดี ไม่ว่าจะผู้ถูกกระทำจะเป็นชายหรือหญิง การที่ผู้กระทำจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามบทบัญญัติดังกล่าวนี้ ต้องปรากฏว่าผู้ถูกกระทำไม่ยินยอมให้กระทำ ซึ่งบุคคลที่จะให้ความยินยอมตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 (Sexual Offences Act 2003) ต้องเป็นบุคคลที่ยินยอม โดยการเลือกและมีอิสระและความสามารถในการเลือกนั้นด้วย³²⁸

เมื่อเปรียบเทียบกับความผิดฐานกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาไทย ผู้กระทำ ความผิดนั้นจะเป็นบุคคลเพศใดก็ได้ จะเป็นหญิงหรือชายก็ได้ นอกจากนี้ เนื่องจากในปัจจุบันมีความหลากหลายในทางเพศ บุคคลผู้กระทำหรือผู้ถูกกระทำจะผ่าตัดเพศมาแล้วก็ได้ เช่น ชายข่มขืนกระทำชำเราชายที่ผ่าตัดแปลงเพศโดยทำให้อวัยวะเพศของตนล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศที่ถูกแปลงมาก็เป็นการกระทำชำเราแล้ว ทั้งนี้ อวัยวะเพศที่ผ่าตัดแปลงแล้วดังกล่าว ต้องมีส่วนของอวัยวะเพศเดิมเป็นส่วนประกอบด้วย ถ้าหากอวัยวะเพศใหม่ไม่มีอวัยวะเพศเดิมเป็นส่วนประกอบอยู่เลย ไม่อาจเป็นอวัยวะเพศตามความหมายของการกระทำชำเรา³²⁹ แตกต่างจากพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 (Sexual Offences Act 2003) ผู้กระทำต้องเป็นเพศชายเท่านั้น

³²⁸ 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.

³²⁹ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 1, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป),

ส่วนการกระทำคำว่า “การกระทำชำเรา” ตามประมวลกฎหมายอาญาไทยที่แก้ไขใหม่ ได้กำหนดนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ไว้ในมาตรา 1(18)³³⁰ บัญญัติว่า กระทำชำเรา หมายความว่า “กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถจำแนกได้ว่า ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตนล้วงล้า (1) อวัยวะเพศ (2) ทวารหนัก หรือ (3) ช่องปากของผู้อื่น

ส่วนผู้ถูกกระทำตามกฎหมายไทย ผู้ถูกกระทำจะเป็นเพศชายหรือเพศหญิงก็ได้ หรือผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศมาก็ได้ รวมไปถึงภริยาหรือสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้กระทำด้วย

ดังนั้น การกระทำชำเราตามกฎหมายไทยต้องเป็นการข่มขืนใจให้ผู้อื่นร่วมประเวณี อันเป็นการร่วมประเวณีระหว่างชายกระทำต่อหญิง ชายกระทำต่อชาย หรือหญิงกระทำต่อชาย เป็นต้น แต่ไม่รวมถึงการที่หญิงกระทำต่อหญิง เดิมเรียกว่า “เล่นเพื่อน” ซึ่งจะเป็ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราน่าจะมีกรณีเดียว คือ การนำอวัยวะเพศของตนล้วงล้าเข้าไปในช่องปากของหญิงอีกคนหนึ่ง ส่วนกรณีอื่น เช่น การใช้นิ้วสอดเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงอื่น ไม่เป็นการชำเราตามนิยามของมาตรา 1 (18)

ส่วน “ความผิดฐานล้วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่” ถูกบัญญัติไว้ใน มาตรา 2 พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 (Sexual Offences Act 2003) ความว่า

มาตรา 2³³¹ “ความผิดฐานล้วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่

น. 545.

³³⁰ มาตรา 1 (18) เพิ่ม โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562

³³¹ The Sexual Offences Act 2003

2 “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.

(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.

- (1) ผู้ใด การทำความผิดโดย
 - (a) ใช้ส่วนหนึ่งของร่างกายหรือสิ่งอื่นใดล้วงล้ำช่องคลอดหรือทวารหนักของผู้อื่น
 - (b) การล้วงล้ำนั้นเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ
 - (c) โดยผู้อื่น ไม่ยินยอมและ
 - (d) ไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้อื่นยินยอม
 - (2) เหตุอันควรเชื่อว่าผู้อื่นนั้นยินยอมหรือไม่นั้น ให้พิจารณาจากสภาพเหตุการณ์ทั้งหมด รวมถึงขั้นตอนต่างๆ ที่ ผู้กระทำนั้นได้กระทำ เพื่อให้แน่ใจว่าผู้ถูกระทำนั้นได้ยินยอม
 - (3) ให้นำมาตรา 75 และ 76 มาใช้บังคับกับมาตรานี้
 - (4) ผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต”
- มาตรานี้กำหนดให้การใช้ส่วนหนึ่งของร่างกายหรือสิ่งอื่นใดล้วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดหรือทวารหนักของผู้อื่น อันจะถือว่าเป็นการกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนัยนั้น ผู้กระทำมีความผิดฐานล้วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ (Assault by penetration)

กรณีสังเกตได้ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 (Sexual Offences Act 2003) จึงหมายความเฉพาะการร่วมประเวณีตามธรรมชาติเท่านั้น

ความผิดฐานล้วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ มิได้ระบุว่าเพศของผู้กระทำความผิดว่าต้องเป็นเพศใด ดังนั้น ไม่ว่าจะ เป็นชายหรือหญิง ก็เป็นผู้กระทำความผิดฐานล้วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ได้

ในส่วนของการกระทำนั้นต้องเป็นการใช้ “ส่วนหนึ่งของร่างกาย” หรือ “สิ่งอื่นใด” ล้วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดหรือทวารหนักของผู้อื่น ซึ่ง “ส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย” หมายความว่าถึงอวัยวะอื่นที่มีโซอวัยวะเพศ เช่น นิ้ว ลิ้น เป็นต้น ส่วน “สิ่งอื่นใด” หมายถึง อวัยวะเพศเทียมหรือ Sextoys เป็นต้น อย่างไรก็ตามผู้กระทำจะมีความผิดตามมาตรานี้ได้ ต้องปรากฏว่ามีการ “ล้วงล้ำ” หรือ “สอดใส่” สิ่งเช่นว่านั้น เข้าไปในช่องคลอดหรือทวารหนักของผู้อื่นด้วย

วัตถุประสงค์การกระทำ ได้แก่ ช่องคลอดหรือทวารหนักของผู้อื่นเท่านั้น ทั้งนี้ ไม่รวมการล้วงล้ำหรือสอดใส่เข้าไปในช่องปากอย่างเช่นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ทั้งนี้ การล้วงล้ำเข้าไปทางช่องคลอด เห็นว่าผู้ถูกระทำต้องเป็นเพศหญิงเท่านั้น ส่วนการล้วงล้ำเข้าไปทางทวารหนัก เห็นว่าผู้ถูกระทำจะเป็นชายหรือหญิงก็ได้

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

นอกจากนี้ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ ตามพระราชบัญญัติความผิดทางเพศ ค.ศ.2003 (Sexual Offences Act 2003) ยังกำหนดโทษเท่ากัน กล่าวคือ ให้รับโทษจำคุกตลอดชีวิต ซึ่งเป็นสิ่งซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าทั้งสองฐานความผิดนั้นมีระดับความร้ายแรงของอาชญากรรมเทียบเท่ากัน

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศไทยแล้ว ประมวลกฎหมายอาญาไทยไม่มีความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่อย่างเช่นพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 (Sexual Offences Act 2003) ของประเทศอังกฤษ

แต่อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายอาญาไทย มาตรา 278 วรรคสอง แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ.2562 กำหนดว่า “การกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลอื่น”³³² ผู้กระทำนั้นต้องรับโทษหนักขึ้นในความผิดฐานกระทำอนาจาร เรียกว่า “การอนาจารโดยการล่วงล้ำ”

คำว่า “วัตถุ” หมายถึงสิ่งใดๆ ที่มีรูปร่าง เช่นอวัยวะเพศปลอม เป็นต้น ส่วนถ้อยคำที่ว่า “อวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศ” หมายถึง อวัยวะอื่นที่นอกเหนือจากอวัยวะเพศ เช่น นิ้วหรือมือ เป็นต้น เพราะหากเป็นอวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นแล้ว ย่อมอยู่ในขอบเขตของการกระทำชำเราตามมาตรา 276³³³

กล่าวโดยสรุป เมื่อพิจารณากฎหมายความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ ตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 (Sexual Offences Act 2003) ของประเทศอังกฤษ มาตรา 2 เห็นว่าขอบเขตของความผิดฐานดังกล่าวนี้ คือ การใช้ส่วนหนึ่งของร่างกายหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดหรือทวารหนักของผู้อื่น มีลักษณะคล้ายกับความผิด

³³² มาตรา 278 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท”

³³³ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 1, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป), น. 586.

ฐานอนาจารโดยการล่วงล้ำซึ่งเป็นเหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย³³⁴

นอกจากนี้สิ่งที่ยกกันอีกประการหนึ่งก็คือ ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 (Sexual Offences Act 2003) และความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย ได้ถูกกำหนดให้มีโทษเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แสดงให้เห็นว่าทั้งสองประเทศเห็นว่าการกระทำชำเรานั้นหมายถึงการร่วมประเวณีตามธรรมชาติเท่านั้น แต่ที่ปฏิเสธไม่ได้เลยว่าทั้งสองฐานความผิดมีระดับความร้ายแรงอาชญากรรมเทียบเท่ากัน

แต่อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 (Sexual Offences Act 2003) แยกความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่เป็นความผิดอีกฐานหนึ่งต่างหากจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร เมื่อพิจารณาความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยแล้ว ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดที่เป็นเพียงเหตุเพิ่มโทษของความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น

ส่วน “ความผิดฐานกระทำอนาจาร” ตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 (Sexual Offences Act 2003) กำหนดไว้ใน มาตรา 3 คือ

มาตรา 3³³⁵ “ความผิดฐานอนาจาร

³³⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 วรรคสอง เพิ่มโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562

³³⁵ The Sexual Offences Act 2003

3 Sexual assault

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

(a) he intentionally touches another person (B),

(b) the touching is sexual,

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

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

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

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

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

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

- (1) ผู้ใดกระทำความผิดโดย
- (a) สัมผัสผู้อื่นโดยเจตนา
 - (b) การสัมผัสเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ
 - (c) โดยผู้อื่น ไม่ยินยอมให้สัมผัสและ
 - (d) ไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้อื่นยินยอม
- (2) เหตุอันควรเชื่อว่าค่านั้นยินยอมหรือไม่นั้น ให้พิจารณาจากสภาพเหตุการณ์ทั้งหมด รวมถึงขั้นตอนต่างๆ ที่ ผู้กระทำนั้นได้กระทำ เพื่อให้แน่ใจว่าผู้ถูกระทำนั้นได้ยินยอม
- (3) ให้นำมาตรา 75 และ 76 มาใช้บังคับกับมาตรานี้
 - (4) ผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องระวางโทษ
- (a) มีการตัดสินว่าบุคคลนั้นกระทำความผิดโดยการพิจารณาแบบรวบรัดให้ระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินจำนวนสูงสุดตามกฎหมาย หรือทั้งสองอย่าง
- (b) มีการตัดสินว่าบุคคลนั้นกระทำความผิดคดีอาญาแบบอุจฉกรรจ์ให้ระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี”

การสัมผัส หมายความว่า การกระทำที่ผู้กระทำมีเจตนาทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกาย รวมถึงการสัมผัสกับส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือกับสิ่งอื่นใด หรือผ่านวัตถุใด ๆ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการสัมผัสก่อนที่จะมีการสอดใส่³³⁶

ความผิดฐานกระทำอนาจาร ผู้กระทำต้องมีเจตนาในทางเพศ และนอกจากนี้ต้องเป็นการกระทำที่ผู้ถูกระทำไม่ยินยอม หรือไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้ถูกระทำยินยอม ดังนั้น หากผู้ถูกระทำยินยอมแล้ว ย่อมไม่มีความผิดฐานกระทำอนาจาร

เมื่อพิจารณาการกระทำอนาจารตามกฎหมายไทยแล้ว นอกจากจะมีความหมายว่าการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ เช่น กอดจูบ ลูบคลำ แต่ต้องเนื้อตัวร่างกายในทางไม่สมควรแล้ว ปัจจุบันยังมีความหมายรวมไปถึงการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำ

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years.

³³⁶ The Sexual Offences Act 2003 79 (8) Touching includes touching—

(a) with any part of the body,

(b) with anything else,

(c) through anything,

and in particular includes touching amounting to penetration.

อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นด้วย³³⁷ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของประเทศอังกฤษที่ความผิดฐานกระทำอนาจารมีขอบเขตเฉพาะการสัมผัสกับส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายหรือกับสิ่งอื่นใดหรือผ่านวัตถุใดๆ และการสัมผัสก่อนที่จะมีการสอดใส่เท่านั้น

4.2.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะการกระทำชำเรากับลักษณะของการกระทำอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยกับประเทศฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศส แบ่งความผิดเกี่ยวกับเพศไว้เป็น 2 ฐาน คือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา³³⁸ และความผิดฐานกระทำอนาจาร³³⁹

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศสถูกบัญญัติไว้ในข้อ 222-23 รายละเอียดดังนี้

ข้อ 222-23³⁴⁰ “ข่มขืนกระทำชำเรา หมายถึง การกระทำใดๆ ที่มี การสอดใส่ทางเพศไม่ว่าจะเป็นลักษณะใดก็ตาม โดยวิธีการประทุษร้าย ทำให้ผู้อื่นขัดขืนไม่ได้ ชูเชิญ หรือทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นผู้อื่น

การข่มขืนกระทำชำเราต้องระวางโทษจำคุกทางอาญาสิบห้าปี”

The French penal Code Section 222-23 ให้ความหมายของ การกระทำชำเรา หมายความว่า การกระทำล่วงละเมิดทางเพศทุกอย่าง โดยการใช้อวัยวะหรือวัตถุอื่นใดล่วงล้ำหรือ

³³⁷ มาตรา 278 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยชูเชิญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่น ซึ่งมีใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท”

³³⁸ The French penal Code Section 222-23.

³³⁹ The French penal Code Section 222-27.

³⁴⁰ The French penal Code

ARTICLE 222-23

“Any act of sexual penetration, whatever its nature, committed against another person by violence, constraint, threat or surprise, is rape.

Rape is punished by fifteen years' criminal imprisonment.”

สอดใส่ช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยการบังคับขู่เข็ญ หรือด้วยวิธีอื่นใด

ขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศสไม่จำกัดว่าต้องเป็นการกระทำทางเพศโดยอวัยวะเพศชายอย่างเดียวเท่านั้นที่จะล่วงล้ำในอวัยวะเพศหญิง แต่รวมถึงการใช้อวัยวะอื่นใดหรือวัตถุอื่นใดล่วงล้ำหรือสอดใส่ก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความหมายของการกระทำชำเราของฝรั่งเศสคล้ายกับความหมายของการกระทำชำเราตามกฎหมายเดิมของไทยที่แก้ไขเมื่อ พ.ศ.2550³⁴¹

นอกจากนี้วัตถุแห่งการกระทำที่ถูกล่วงล้ำหรือสอดใส่นั้น The French penal Code ก็ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นเฉพาะอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น ยังให้ความหมายรวมถึงการล่วงล้ำหรือการสอดใส่เข้าไปในทวารหนักหรือทางช่องปากอีกด้วย

จะเห็นได้ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตาม The French penal Code นั้นมีขอบเขตทั้งการร่วมประเวณีตามธรรมชาติและการร่วมประเวณีผิดธรรมชาติด้วย ซึ่งมีขอบเขตกว้างขวางมาก

เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทยแล้วความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้นมีขอบเขตและรูปแบบเฉพาะการร่วมประเวณีตามธรรมชาติปกติเท่านั้น กล่าวคือ มีความหมายเฉพาะการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นเท่านั้น ส่วนการใช้สิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นใดนอกจากอวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหายเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาไทย เห็นได้ว่า การกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาไทยมีขอบเขตแคบกว่ากระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส

ส่วนความผิดฐานกระทำอนาจารตาม The French penal Code ถูกบัญญัติไว้ในข้อที่ข้อ 222-27 มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

³⁴¹ มาตรา 276 วรรคสอง “การกระทำชำเรา ตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดย การใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”

ข้อ 222-27³⁴² “การล่วงละเมิดทางเพศอื่นนอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเราต้อง
ระวางโทษจำคุก 5 ปี และ 75,000 ยูโร”

The French penal Code ได้กำหนดว่า “การกระทำอนาจาร” หมายความว่า การล่วง
ละเมิดทางเพศอื่นนอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งก็หมายถึงการกระทำทางเพศอื่นใดที่
ผู้กระทำความผิดประสงค์ในทางเพศนอกเหนือจากการใช้วัยวะเพศหรือวัตถุอื่นใดล่วงล้ำหรือสอด
ใส่ช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น

หากพิจารณาคำว่า "การกระทำอนาจาร" ตามกฎหมายไทยแล้ว นอกจากจะ
มีความหมายว่าการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ เช่น กอดจูบ ลูบคลำ แต่ต้องเนื้อตัวร่างกายในทางไม่
สมควรแล้ว ปัจจุบันยังมีความหมายรวมถึงการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะ
เพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นด้วย

4.2.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะการกระทำชำเราตาม มาตรา 276 กับลักษณะของการ
กระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรคสอง ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยกับประเทศ
ญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ใน Penal Code of Japan บทที่ 22
ประกอบไปด้วยความผิดเกี่ยวกับลามกอนาจาร ความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา และ
ความผิดเกี่ยวกับการสมรสซ้อน

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตาม Penal Code of Japan ถูกบัญญัติไว้ใน มาตรา 177
รายละเอียดดังนี้

มาตรา 177 “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงอายุไม่ต่ำกว่าสิบสามปี โดยการใช้กำลัง หรือ
โดยข่มขู่ ผู้นั้นมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และต้องระวางโทษจำคุกด้วยการให้ทำงานเป็น
เวลาแน่นอนไม่น้อยกว่า 3 ปี ให้ใช้บทบัญญัติเช่นเดียวกันนี้กับผู้ซึ่งร่วมประเวณีกับหญิงอายุต่ำกว่า
สิบสามปีด้วย”

ผู้กระทำ หมายความว่าเฉพาะเพศชายเท่านั้นที่จะเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำ
ชำเรา

³⁴² The French penal Code

ARTICLE 222-27 “(Ordinance No. 2000-916 of 19 September 2000 Article 3 Official Journal of 22
September into force 1 January 2002) Sexual aggressions other than rape are punished by five years'
imprisonment and a fine of €75,000.”

นอกจากนี้ ขอบเขตของการข่มขืนกระทำชำเราซึ่งจำกัดเฉพาะการใช้ “อวัยวะเพศชาย” ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ซึ่งเป็นการร่วมประเวณีตามธรรมชาติเท่านั้น ไม่รวมถึงการใช้อวัยวะอื่นใดหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงด้วย

ส่วนผู้ถูกระทำต้องเป็นเพศหญิง โดยกำหนดอายุของหญิงต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 13 ปี และวัตถุที่ถูกระทำมีขอบเขตเพียงแค่อวัยวะเพศหญิง ไม่รวมการล่วงล้ำทางทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่นด้วย

แต่ปัจจุบัน ประเทศญี่ปุ่น ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในความคิดเกี่ยวกับเพศบางส่วนตามพระราชบัญญัติฉบับที่ 72 ค.ศ.2017 ในการแก้ไขครั้งนี้เป็นการเปลี่ยนแปลงความคิดเกี่ยวกับเพศครั้งสำคัญ โดยมีการแก้ไขชื่อฐานความผิดจาก "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา" เป็น "ความผิดฐานบังคับให้มีเพศสัมพันธ์" มีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 177³⁴³ “ผู้บังคับให้ผู้อื่นมีเพศสัมพันธ์โดยการใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด ทางทวารหนัก หรือช่องปาก โดยการทำร้ายร่างกายหรือโดยข่มขู่ผู้ที่มีอายุ 13 ปีขึ้นไป ผู้นั้นมีความผิดฐานบังคับให้มีเพศสัมพันธ์และต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าห้าปี ให้ใช้บทบัญญัติเช่นเดียวกันนี้กับผู้ที่มีเพศสัมพันธ์กับบุคคลที่อายุต่ำกว่า 13 ปี”

“ความผิดฐานบังคับให้มีเพศสัมพันธ์” ที่แก้ไขเพิ่มเติมนี้มีขอบเขต คือ “การบังคับให้มีเพศสัมพันธ์โดยการใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 13 ปี โดยวิธีการทำร้ายหรือโดยข่มขู่” ซึ่งมีความหมายแตกต่างจากความหมายเดิมอย่างมาก

ดังนั้น วัตถุที่จะล่วงล้ำได้นั้นจำกัดเพียงการใช้ “อวัยวะเพศ” เท่านั้น สำหรับการใช้อวัยวะอื่นนอกจากอวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำ ช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นกรณีไม่ถือว่าผู้กระทำมีความผิดฐานบังคับให้มีเพศสัมพันธ์ หากแต่เป็นความผิดฐานบังคับอนาจาร

³⁴³ Penal Code of Japan, Article 177 “Those who have performed sexual intercourse, anal sexual intercourse or oral sexual intercourse (hereinafter referred to as “sexual intercourse etc.”) with assault or intimidation against those aged 13 and older are guilty of forced sexual intercourse, etc. and shall be punished by imprisonment with work for not less than five years. The same shall apply to persons who have sexual intercourse, etc with those under 13 years of age.” (Act No. 72 of 2017 House of Representatives website (in Japanese))

และมีการกำหนดโทษตามกฎหมายไว้ในระดับที่เบากว่า กล่าวคือ จำคุกไม่น้อยกว่า 6 เดือน แต่ไม่เกิน 10 ปี เมื่อเทียบกับในความผิดฐานบังคับให้มีเพศสัมพันธ์ซึ่งมีอัตราโทษจำคุกแน่นอนไม่น้อยกว่า 5 ปี

ในขณะที่เดียวกัน “ผู้ถูกระทำ” ไม่จำกัดเฉพาะเพศหญิงอีกต่อไป ดังนั้น ปัจจุบันทุกเพศไม่ว่าจะเป็นหญิงหรือชายก็เป็นผู้ถูกระทำได้ทั้งสิ้น และผู้ถูกระทำนั้นจำกัดเฉพาะบุคคลที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 13 ปีเท่านั้น

กล่าวได้ว่า ในปัจจุบันความผิดฐานบังคับให้มีเพศสัมพันธ์ (หรือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา) ตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศญี่ปุ่น มีขอบเขตเพียงการใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด ทางทวารหนัก หรือทางปากของผู้อื่น

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายอาญาของไทยแล้ว ผู้กระทำความผิดจะเป็นชายหรือหญิงก็ได้ หากเป็นผู้หญิงโดยลักษณะแล้วไม่อาจเป็นผู้กระทำความผิดได้โดยตรง แต่อาจเป็นตัวการร่วมในการกระทำความผิดก็ได้

ส่วนผู้ถูกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาไทย หากเป็นการล่วงล้ำเข้าไปทางช่องคลอดหรืออวัยวะเพศแล้ว โดยลักษณะแล้วผู้ถูกระทำก็จะต้องเป็นหญิงเท่านั้น แต่หากเป็นการล่วงล้ำเข้าไปทางทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น ผู้ถูกระทำนั้นจะเป็นชายหรือหญิงก็ได้ ซึ่งคล้ายกับประเทศญี่ปุ่น

นอกจากนี้ วัตถุประสงค์ที่ถูกระทำตามประมวลอาญาไทย นอกจากจะเอาอวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงแล้ว ยังมีความหมายรวมไปถึงการใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปในทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่นด้วย มีความหมายคล้ายกับกฎหมายอาญาของญี่ปุ่นที่แก้ไขใหม่

ส่วนเรื่องอายุของผู้ถูกระทำนั้น แม้ตามประมวลกฎหมายอาญาไทยจะไม่ได้จำกัดอายุของผู้ถูกระทำว่าจะต้องมีอายุเท่าใด แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาอายุของเด็กที่ถูกกระทำตามมาตรา 277 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่าต้องมีอายุไม่เกินสิบห้าปี ดังนั้น อายุของผู้ถูกระทำตามมาตรา 276 นี้ โดยหลักแล้วต้องไม่ต่ำกว่า 15 ปีขึ้นไป³⁴⁴ ซึ่งต่างจากประเทศญี่ปุ่นกำหนดอายุของผู้ถูกระทำไว้ว่าต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 13 ปี

³⁴⁴ สหรัฐ กิติ ศุภการ, หลักและคำพิพากษา : กฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2563), น. 397.

กล่าวโดยสรุป ความผิดฐานบังคับให้มีเพศสัมพันธ์ (ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา) ในประเทศญี่ปุ่น มีขอบเขตเพียงการใช้อวัยวะเพศล้วงเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ซึ่งเป็นการร่วมประเวณีตามธรรมชาติเท่านั้น โดยขอบเขตของความผิดฐานบังคับให้มีเพศสัมพันธ์นี้มีลักษณะเช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย

ในส่วนความผิดฐานกระทำอนาจารนั้น ตาม Penal Code of Japan แบ่งความผิดฐานกระทำอนาจารออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ความผิดฐานอนาจารสาธารณะ (Public Indecency) ความผิดฐานแพร่กระจายของวัตถุลามกอนาจาร (Distribution of Obscene Objects) และความผิดฐานบังคับอนาจาร (Forcible Indecency) ซึ่งผู้เขียนจะขอก้าวเฉพาะความผิดฐานบังคับอนาจารตามมาตรา 176 เท่านั้น รายละเอียดดังต่อไปนี้

มาตรา 176³⁴⁵ “ผู้ใดกระทำอนาจารชายหรือหญิงอายุไม่ต่ำกว่าสิบสามปี โดยการใช้กำลังหรือโดยข่มขู่ ต้องระวางโทษจำคุกพร้อมทำงานไม่น้อยกว่า 6 เดือนแต่ไม่เกิน 10 ปี ให้ใช้บทบัญญัติเช่นเดียวกันนี้กับบุคคลที่กระทำอนาจารชายหรือหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามปี”

ต่อมาเมื่อปี ค.ศ.2017 ได้มีการแก้ไขความผิดฐานบังคับอนาจารตามมาตรา 176³⁴⁶ บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำอนาจารผู้อื่นซึ่งมีอายุไม่ต่ำกว่าสิบสามปี โดยการใช้กำลัง หรือโดยข่มขู่ ต้องระวางโทษจำคุกพร้อมทำงานไม่น้อยกว่า 6 เดือนแต่ไม่เกิน 10 ปี ให้ใช้บทบัญญัติเช่นเดียวกันนี้กับบุคคลที่กระทำอนาจารผู้อื่นที่มีอายุต่ำกว่าสิบสามปี”

เห็นว่ามี การแก้ไขเพิ่มเติมจากคำว่า "ชายหรือหญิง" เปลี่ยนเป็น "ผู้อื่น" การที่กฎหมายไม่จำกัดเรื่องเพศไว้ในตัวบทกฎหมาย เนื่องจากมีวัตถุประสงค์จะคุ้มครองบุคคลทุกเพศทุกวัยไม่ให้

³⁴⁵ Penal Code of Japan, Article 176 “A person who, through assault or intimidation, forcibly commits an indecent act upon a male or female of not less than thirteen years of age shall be punished by imprisonment with work for not less than 6 months but not more than 10 years. The same shall apply to a person who commits an indecent act upon a male or female under thirteen years of age.”

³⁴⁶ Penal Code of Japan, Article 176 “A person who, through assault or intimidation, forcibly commits an indecent act upon another person of not less than thirteen years of age shall be punished by imprisonment with work for not less than 6 months but not more than 10 years. The same shall apply to a person who commits an indecent act upon a male or female under thirteen years of age.” (Act No. 72 of 2017 House of Representatives website (in Japanese))

ถูกประทุษร้ายต่อเสรีภาพในทางเพศ ดังนั้น ผู้ถูกกระทำหรือเหยื่อในความคิดฐานบังคับอนาจารจึงไม่ถูกจำกัดในเรื่องเพศอีกต่อไป ไม่ว่าจะเป็นเพศชายหรือหญิงก็สามารถเป็นผู้เสียหายในความคิดฐานบังคับอนาจารได้

“การกระทำอนาจาร” ตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศญี่ปุ่น มีความหมายว่า การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่น โดยการใช้กำลังหรือโดยข่มขู่ นอกจากนี้ ยังมี ความหมายรวมไปถึงการใช้อวัยวะอื่นใดหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้อื่น โดยการทำร้ายร่างกายหรือการข่มขู่อีกด้วย

อีกทั้ง ความคิดฐานบังคับอนาจารในปัจจุบัน ตามคำพิพากษาศาลฎีกากำหนดว่า ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องมีเจตนาทางเพศอีกต่อไป หากผู้กระทำกระทำอนาจารแก่ผู้อื่นซึ่งอายุไม่ต่ำกว่าสิบสามปี ถือว่าผู้นั้นมีความคิดฐานบังคับอนาจาร ต้องได้รับโทษตามกฎหมาย³⁴⁷ การที่คำพิพากษาของศาลฎีกาในญี่ปุ่นวางหลักไว้เช่นนี้เพื่อให้สอดคล้องกับวิถีของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ประกอบกับมุ่งเน้นไปที่ความเสียหายของเหยื่อ ไม่ใช่เจตนาของผู้กระทำความผิด

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบคำว่า "การกระทำอนาจาร" ตามประมวลกฎหมายไทยแล้ว นอกจากจะมีความหมายว่าการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ เช่น กอดจูบ ถูบคลำ แต่ต้องเนื้อตัวร่างกายในทางไม่สมควรแล้ว ปัจจุบันยังมีความหมายรวมไปถึงการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่น ซึ่งมีใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นด้วย โดยมีลักษณะคล้ายกับความคิดฐานบังคับอนาจารในประเทศญี่ปุ่น

³⁴⁷ Saiko Saibansho [Sup. Ct.] Nov. 29, 2017, Case No. 2016 (a) 1731.

4.2.4 จากการศึกษาความผิดเกี่ยวกับเพศในแต่ละประเทศ สามารถเปรียบเทียบการกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับเพศในแต่ละประเทศ ดังตารางดังต่อไปนี้

ตารางเปรียบเทียบการกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับเพศและองค์ประกอบความผิดในแต่ละประเทศ

ประเทศ		ไทย	อังกฤษ	ฝรั่งเศส	ญี่ปุ่น
องค์ประกอบความผิด					
ความผิดฐาน ข่มขืนกระทำ ชำเรา	ผู้กระทำ (Actor)	ผู้ใด	ผู้ใด	ผู้ใด	ผู้ใด
	ผู้ถูกกระทำ (victim)	ผู้อื่น	ผู้อื่น	ผู้อื่น	ผู้อื่น
	อวัยวะที่ใช้ กระทำ	อวัยวะเพศ ของผู้กระทำ	อวัยวะเพศ ชาย	อวัยวะเพศชาย อวัยวะอื่นใด หรือวัตถุอื่นใด	อวัยวะเพศ
	วัตถุที่ถูกกระทำ	อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่อง ปาก	ช่องคลอด (the vagina) ทวารหนัก (anus) หรือ ช่องปาก (mouth)	ไม่จำกัดว่าเป็น อวัยวะใด	ช่องคลอด ทวารหนัก ช่องปาก
	วิธีการกระทำ	ล่วงล้ำ	ล่วงล้ำหรือ สอดใส่ (penetrates)	ล่วงล้ำหรือ สอดใส่ (penetration)	ล่วงล้ำ
	อัตราโทษ	จำคุกตั้งแต่สี่ ปีถึงยี่สิบปี	จำคุกตลอด ชีวิต	จำคุกสิบห้าปี	จำคุกไม่น้อย กว่าห้าปี

ประเทศ		ไทย	อังกฤษ	ฝรั่งเศส	ญี่ปุ่น
องค์ประกอบความผิด					
ความผิดฐานล่องละเมิดโดยการสอดใส่	ผู้กระทำ (Actor)	-	ผู้ใด	-	-
	ผู้ถูกกระทำ (victim)	-	ผู้อื่น	-	-
	อวัยวะที่ใช้กระทำ	-	ใช้ส่วนหนึ่งของร่างกายหรือสิ่งอื่นใด	-	-
	วัตถุที่ถูกกระทำ	-	ช่องคลอดหรือทวารหนัก		
	วิธีการกระทำ	-	ล้วงล้ำ		
	อัตราโทษ	-	จำคุกตลอดชีวิต	-	-
ความผิดฐานกระทำอนาจาร	ผู้กระทำ (Actor)	ผู้ใด	ผู้ใด	ผู้ใด	ผู้ใด
	ผู้ถูกกระทำ (victim)	ผู้อื่น	ผู้อื่น	ผู้อื่น	ผู้อื่น
	วิธีการกระทำ	กระทำอนาจาร	สัมผัสโดยมีเจตนาทางเพศ	การล้วงละเมิดทางเพศอื่นนอกจากการข่มขืนกระทำชำเรา	กระทำอนาจาร

ประเทศ		ไทย	อังกฤษ	ฝรั่งเศส	ญี่ปุ่น
องค์ประกอบความผิด					
	ความหมาย ของการ กระทำ อนาจาร	การกระทำที่ไม่ สมควรทางเพศ และมีความหมาย รวมไปถึงการ กระทำโดยใช้วัตถุ หรืออวัยวะอื่นซึ่ง มิใช่อวัยวะเพศ ล่วงล้ำอวัยวะเพศ หรือทวารหนัก ของบุคคลนั้น	การสัมผัสกับส่วนใด ส่วนหนึ่งของ ร่างกาย หรือกับสิ่ง อื่นใด หรือผ่านวัตถุ ใด ๆ และโดยเฉพาะ อย่างยิ่งรวมถึงการ สัมผัสก่อนที่จะมี การสอดใส่	การล่วง ละเมิดทาง เพศอื่น นอกเหนือจ ากการ ข่มขืน กระทำ ชำเรา	การกระทำ ที่ไม่ สมควร ทางเพศ และมี ความหมาย รวมไปถึง การกระทำ โดยใช้วัตถุ หรือ อวัยวะอื่น ซึ่งมิใช่ อวัยวะเพศ ล่วงล้ำ อวัยวะเพศ หรือทวาร หนักของ บุคคลนั้น
	อัตราโทษ	จำคุกไม่เกินสิบปี	จำคุกไม่เกิน 10 ปี	จำคุก 5 ปี และ ปรับ 75,000 ยูโร	จำคุก พร้อม ทำงานไม่ น้อยกว่า 6 เดือนแต่ไม่ เกิน 10 ปี

จากตารางข้างต้น เห็นได้ว่าความผิดเกี่ยวกับเพศสามารถแบ่งตามระดับความร้ายแรงได้สามระดับ กล่าวคือ ประการแรก “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา” คือ การใช้อวัยวะเพศสอดใส่ อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น มีความหมายเฉพาะการร่วมประเวณีตามธรรมชาติปกติเท่านั้น ซึ่งมีระดับความร้ายแรงมากที่สุด อาจทำให้ผู้ถูกระทำได้รับอันตรายต่อชีวิตและร่างกายได้ ประการที่สอง “ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่” คือ การใช้ส่วนหนึ่งของร่างกายหรือสิ่งอื่นใดสอดใส่อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ซึ่งกำหนดให้มีโทษเทียบเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเนื่องจากมีระดับความร้ายแรงเทียบเท่ากัน แต่ด้วยเหตุที่ลักษณะของการกระทำดังกล่าวไม่ใช่การร่วมประเวณีตามแบบพื้นฐานธรรมชาติปกติเท่านั้น ประการสุดท้ายคือ “ความผิดฐานกระทำอนาจาร” ซึ่งในประเทศอังกฤษได้ให้คำนิยามว่า คือ การสัมผัสกับส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือกับสิ่งอื่นใด หรือผ่านวัตถุใดๆ โดยมีเจตนาในทางเพศ รวมถึงการสัมผัสก่อนที่จะมีการสอดใส่ด้วย เห็นได้ว่าความผิดฐานกระทำอนาจารนี้มีระดับความร้ายแรงน้อยกว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ แต่สำหรับประเทศไทย เห็นว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยใกล้เคียงกับประเทศอังกฤษและญี่ปุ่น กล่าวคือ การใช้อวัยวะเพศสอดใส่อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ซึ่งมีความหมายเฉพาะการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ ส่วนการใช้สิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นใดนอกจากอวัยวะเพศสอดใส่อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ได้ถูกบัญญัติเป็นเหตุเพิ่มโทษของความผิดฐานการกระทำอนาจารเท่านั้น เรียกว่า การอนาจารโดยการล่วงล้ำ แม้ความผิดฐานอนาจารโดยการล่วงล้ำจะถูกกำหนดโทษเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งน่าจะเป็นสิ่งที่สะท้อนความรุนแรงของทั้งสองความผิดให้เห็นว่าเท่ากันได้ แต่อย่างไรก็ตามการถูกประณามจากสังคมยังคงต่างกัน ระหว่าง “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา” กับ “ความผิดฐานกระทำอนาจาร” จึงเห็นได้ว่ากฎหมายไทยควรแก้ไขปรับปรุงให้ก้าวทันสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปและขยายความคุ้มครองบุคคลทุกเพศให้ได้รับการคุ้มครองเท่าเทียมกัน ไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งในอดีตการใช้สิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นใดของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น อันเป็นการกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์นั้น เป็นความผิดที่เคยมีอยู่ในกฎหมายลักษณะอาญาของไทย แต่ภายหลังไทยตัดความผิดเหล่านี้ออกโดยเห็นว่ามักไม่เกิดเป็นคดีขึ้นและเห็นว่าจะเป็นการเสื่อมเสียเกียรติยศของประเทศชาติ เมื่อรสนิยมของการร่วมเพศในสมัยนี้ไม่ได้มีเพียงแบบการร่วมประเวณีแบบพื้นฐานปกติเท่านั้น ยังมีกิจกรรมทางเพศของคนเพศเดียวกัน หรือรสนิยมทางเพศในรูปแบบต่างๆ ที่หลากหลาย หรือการพึงพอใจกับการใช้วัตถุหรือสิ่งของในการร่วมเพศ ดังนั้น ความผิดเกี่ยวกับเพศ

ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยควรมุ่งหมายจะคุ้มครองผู้ถูกระทำทางเพศที่ไม่ใช่แค่เพียงตามแบบพื้นฐาน จึงถึงเวลาแล้วที่จะต้องแก้ไขปรับปรุงความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศไทยให้ทันสมัย เท่าทันกับกฎหมายของนานาชาติที่พัฒนาควบคู่ไปกับเทคโนโลยีเพราะการกระทำทางเพศในแบบสิ้นธรรมชาติอาจก่อความเสียหายทางจิตใจหรือทางร่างกายเท่ากับหรือมากกว่าการร่วมเพศแบบธรรมชาติ

4.3 เหตุผลความจำเป็นและความเหมาะสมในการกำหนดขอบเขตที่เหมาะสมเกี่ยวกับลักษณะการกระทำชำเรา ลักษณะการล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ และลักษณะการกระทำอนาจาร

ในการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) โดยแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามคำว่า “การกระทำชำเรา” โดยตัดบทนิยามคำว่า “การกระทำชำเรา” ที่กำหนดอยู่ในมาตรา 276 วรรคสอง และมาตรา 277 วรรคสอง และนำมากำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(18) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจะได้ไม่ต้องบัญญัติบทนิยามของคำว่า “การกระทำชำเรา” ซ้ำกันในหลายมาตรา นอกจากนี้ยังมีการแก้ไขบทนิยามคำว่า “การกระทำชำเรา” ให้มีขอบเขตเฉพาะกรณีการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นเท่านั้น เพื่อให้เป็นไปตามลักษณะของการกระทำชำเราตามธรรมชาติ

ส่วนการใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นใดสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น อันเป็นการกระทำชำเราผิดธรรมชาติมนุษย์ ปัจจุบันไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอีกต่อไป แต่ได้กำหนดให้เป็นความผิดฐานอนาจารในลักษณะร้ายแรงที่ผู้กระทำต้องได้รับโทษหนักขึ้นในมาตรา 278 วรรคสอง และมาตรา 279 วรรคสี่และวรรคห้า เรียกว่า “การอนาจารโดยการล่วงล้ำ” โดยกำหนดโทษเทียบเท่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบุคคลตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง และฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 วรรคหนึ่งและวรรคสอง แล้วแต่กรณี

ความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีการแก้ไขในปี พ.ศ.2550 ได้บัญญัตินิยามคำว่า “กระทำชำเรา” เป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสองและมาตรา 277 วรรคสอง โดยการกระทำชำเราหมายความว่า “การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” ลักษณะการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหลังการแก้ไขในปี พ.ศ.2550 มีขอบเขตกว้างขวางมาก การกระทำชำเรามีได้ตั้งแต่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้เสียหาย ไปจนถึงผู้กระทำใช้สิ่งอื่น

ใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหาย เป็นต้น เห็นได้ว่าการข่มขืนกระทำชำเราหลังการแก้ไขในปี พ.ศ.2550 การกระทำชำเรานั้นไม่เพียงแต่เป็นการร่วมเพศทางธรรมชาติปกติเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการร่วมเพศผิดธรรมชาติของมนุษย์อีกด้วย ซึ่งการร่วมเพศแบบธรรมชาติหรือผิดธรรมชาตินั้นก็อาจก่อให้เกิดความเสียหายทั้งทางร่างกายและจิตใจคู่กัน การแก้ไขความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยการบัญญัติค่านิยมในปี พ.ศ.2550 สภานิติบัญญัติแห่งชาติให้เหตุผลหลักของการแก้ไขไว้ว่า เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเรื่องการจัดการความแตกต่างของเพศและความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และนับว่าเป็นก้าวหนึ่งที่สำคัญของวิวัฒนาการในความคิดเกี่ยวกับเพศของประเทศไทย นับเป็นก้าวที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างแท้จริง อีกทั้งยังเป็นการกำหนดบทบัญญัติของกฎหมายให้ทัดเทียมอารยประเทศ

ในปัจจุบัน ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีการแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 โดยมีการกำหนดความหมายของการกระทำชำเราขึ้นใหม่ ไว้ในมาตรา 1(18) “กระทำชำเรา หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” ความหมายของการกระทำชำเราดังกล่าวมีความหมายเฉพาะการกระทำชำเราตามธรรมชาติเท่านั้น

สิ่งที่เปลี่ยนไปจากเดิมคือ “การใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นใดอันมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำหรือสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” อันเป็นการกระทำชำเราผิดธรรมชาติตามนุษย์นั้น ในปัจจุบัน ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอีกต่อไป หากแต่เป็นเหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานกระทำอนาจาร เรียกว่า “ความผิดฐานอนาจารโดยการล่วงล้ำ”

ดังนั้น การกระทำอนาจารในปัจจุบัน นอกจากจะหมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ แล้ว ยังขยายความรวมไปถึงการใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นใดอันมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำหรือสอดใส่อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นด้วย ลักษณะของการกระทำอนาจารตามกฎหมายใหม่นี้ มีขอบเขตกว้างขวางมาก ในขณะที่ลักษณะของการกระทำชำเรามีขอบเขตแคบลง

หากมองย้อนไปในอดีตตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ตลอดจนกฎหมายลักษณะอาญา รศ. 127 จะบัญญัติว่าการกระทำชำเราทางเวจรรคหรือทวารหนักนั้น ผู้กระทำมีความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมชาติตามนุษย์

แม้ความผิดฐานอนาจารโดยการล่วงล้ำ ตามมาตรา 278 วรรคสอง จะกำหนดโทษเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคแรก ความผิดฐานอนาจารโดยการล่วงล้ำเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีตามมาตรา 279 วรรคสี่ จะกำหนดโทษเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ตามมาตรา 277 วรรคแรก และความผิดฐานอนาจารโดยการ

ล่วงล้ำแต่ก็อายุยังไม่เกินสิบสามปีตามมาตรา 279 วรรคห้า จะกำหนดโทษเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ตามมาตรา 277 วรรคสอง ซึ่งน่าจะเป็นสิ่งที่สะท้อนความรุนแรงของทั้งสองความผิดให้เห็นว่าเท่ากันได้ แต่การถูกประณามจากสังคมยังคงต่างกัน ระหว่าง “ข้อหากระทำชำเรา” กับ “ข้อหากระทำอนาจาร” นอกจากนี้ การกระทำชำเราในแบบพื้นธรรมาชาติ อาจก่อความเสียหายทางจิตใจหรือทางร่างกายเท่ากับหรือมากกว่าการกระทำชำเราแบบธรรมาชาติปกติเสียด้วยซ้ำ

ผู้เขียนเห็นว่าหากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของไทยได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติค่านิยมของคำว่า ให้มีข้อความดังต่อไปนี้

“การกระทำชำเรา หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”

โดยเป็นการกำหนดของเขตของลักษณะของการกระทำชำเรา ตามมาตรา 1 อนุ 18 ให้มีความหมายประกอบไปด้วยการกระทำ 2 ลักษณะด้วยกัน ได้แก่ การกระทำชำเราตามธรรมชาติประการหนึ่งและการกระทำชำเราผิดธรรมชาติตามนุษย์อีกประการหนึ่ง เนื่องจาก การล่วงล้ำสิ่งใด ๆ เข้าไปในร่างกายก็ถือว่าเป็นการประทุษร้ายทางเพศขั้นร้ายแรงที่สุดเฉกเช่นเดียวกัน แม้ในความคิดดั้งเดิมการกระทำชำเรานั้นจะหมายความเฉพาะการที่อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงอันมีความหมายเฉพาะการกระทำชำเราตามแบบพื้นฐานธรรมาชาติปกติเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี ค่านิยมดังกล่าวก็ล้าแล้วแต่เป็นสิ่งที่มนุษย์กำหนดขึ้นเองทั้งสิ้น เมื่อยุคสมัยเปลี่ยนแปลงไป เห็นกันว่า การล่วงล้ำนั้นควรจะต้องตีความอย่างกว้างเพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น การที่อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของอีกฝ่ายหนึ่ง หรือการนำวัตถุหรืออวัยวะอื่นใดซึ่งมิใช่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของ อีกฝ่ายหนึ่ง ก็เป็นการถูกล่วงล้ำทั้งสิ้น ทั้งนี้ โดยไม่จำกัดว่าผู้กระทำและผู้ถูกกระทำจะเป็นเพศใด สอดคล้องกับความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายของหลายประเทศ และสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนและเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (General Principle of respect for human dignity) อีกทั้ง เพื่อให้กฎหมายอาญาเกิดความชัดเจนแน่นอนตามหลักประกันในกฎหมายอาญาว่าอะไรคือจุดแบ่งแยกระหว่างความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจาร นอกจากนี้ เพื่อให้กฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศสอดคล้องกับสภาพการณ์สังคมโลกปัจจุบันที่ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 ควรมุ่งหมายที่จะคุ้มครอง

ผู้ถูกระทำทางเพศที่ไม่ใช่เพียงแต่การร่วมประเวณีตามแบบพื้นฐานปกติเท่านั้น บทบัญญัติดังกล่าวจึงจำเป็นต้องแก้ไขปรับปรุงให้ทันสมัย สอดคล้องกับสภาพการณ์ เพื่อให้การตรากฎหมายอยู่ภายใต้กรอบและหลักการสำคัญที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 77 นอกจากนี้ยังคุ้มครองสิทธิของบุคคลทุกเพศทุกวัยไม่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติอีกด้วย

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

กฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศได้ถูกพัฒนามาหลายยุคหลายสมัย ซึ่งในแต่ละยุคสมัยสะท้อนให้เห็นแนวคิดในการบัญญัติกฎหมายที่แตกต่างกันตามวัฒนธรรม สภาพการณ์ และค่านิยมในสังคม นับแต่อดีตจวบจนถึงปัจจุบัน ประเทศไทยแบ่งฐานความผิดเกี่ยวกับเพศได้เป็นสามฐานความผิด ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ และความผิดฐานกระทำอนาจาร อย่างไรก็ตาม หลังจากที่ประเทศไทยใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน ความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ตลอดจนกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้ถูกยกเลิกไป โดยคณะอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเห็นว่ากฎหมายของประเทศอื่น เช่น อิตาลี ฝรั่งเศส ไม่มีการฟ้องตามมาตรานี้ เนื่องจากการฟ้องตามมาตรานี้จะก่อให้เกิดความอับอายอย่างมาก ประกอบกับกรณีจะเป็นความผิดตามมาตรานี้ก็มีน้อย ทำให้ประเทศไทยไม่มีความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์อีกนับแต่ปี พ.ศ.2499

หากพิจารณาคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดเกี่ยวกับเพศทั้งสามฐานนี้แล้ว เห็นว่าสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองก็คือ เสรีภาพในทางเพศของบุคคลคู่เดียวกัน จะแตกต่างกันตามระดับความร้ายแรงของอาชญากรรมเท่านั้น โดยคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามุ่งคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศของบุคคลไม่ให้มีการล่วงล้ำหรือสอดใส่ อันอาจส่งผลให้ผู้ถูกระทำได้รับอันตรายแก่ชีวิตและร่างกายได้ ส่วนคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นมุ่งคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศไม่ให้ถูกระทำการอันไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายเท่านั้น ยังไม่ถึงขั้นถูกล่วงล้ำหรือสอดใส่ ซึ่งเป็นระดับอาชญากรรมที่มีความร้ายแรงน้อยกว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ในอดีตกฎหมายไทยไม่เคยมีคำจำกัดความของคำว่ากระทำความผิดฐานข่มขืนไว้ในประมวลกฎหมายเลย การวินิจฉัยว่าขอบเขตของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้อง

กระทำไปแค่ไหนเพียงใดยึดตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ทำให้เดิมความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราจำกัดอยู่เพียงแค่ว่าเมื่ออวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเพียงกรณีเดียวเท่านั้น หากเป็นกรณีอวัยวะเพศชายล่วงล้ำทวารหนักของ หรือช่องปาก หรือใช้สิ่งของอื่นล่วงล้ำทางอวัยวะเพศหรือทวารหนัก แม้ว่าจะทำให้ผู้เสียหายทุกข์ทรมานเพียงใด ศาลก็จะวินิจฉัยว่าเป็นเพียงความผิดฐานอนาจารเท่านั้น ซึ่งมีโทษต่างกันมาก

จนกระทั่งได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ได้บัญญัติคำนิยามของการกระทำชำเราไว้ในมาตรา 276 วรรคสอง และมาตรา 277 วรรคสอง ความว่า “การกระทำชำเราหมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” แสดงให้เห็นว่าลักษณะการทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 มีขอบเขตกว้างขวางมาก มิได้ตั้งแต่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศสอดใส่อวัยวะเพศผู้เสียหาย ไปจนถึงผู้กระทำใช้วัตถุอื่นใดสอดใส่อวัยวะเพศของผู้เสียหาย ซึ่งสามารถแยกลักษณะของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ 2 รูปแบบ ได้แก่ การกระทำชำเราตามธรรมชาติและการกระทำชำเราที่ผิดธรรมชาติ

ในปัจจุบัน พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ.2562 กำหนดความหมายของการกระทำชำเราไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(18) “กระทำชำเราหมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” สิ่งที่เปลี่ยนไปจากกฎหมายเดิม คือการใช้สิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นใดของผู้กระทำ สอดใส่อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหายเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ผู้กระทำไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอีกต่อไป หากแต่มีความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ ซึ่งเป็นเพียงเหตุเพิ่มโทษของความผิดฐานกระทำอนาจาร ดังนั้น ลักษณะการกระทำชำเราในปัจจุบันจึงมีขอบเขตเฉพาะใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำอันเป็นการร่วมประเวณีตามธรรมชาติปกติเท่านั้น

ส่วนความหมายของการกระทำอนาจารนั้น ในอดีตนอกจากจะหมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศอันเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายแล้ว ยังมีความหมายรวมถึงการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศโดยขึ้นไปหาผู้หญิงถึงในเรือน หรือที่นอน อยู่กันสองต่อสอง การกล่าว

วาจาที่ไม่สมควร หรือการจู่ดลาคด้วย เห็นได้ว่า ลักษณะของการกระทำอนาจารในอดีตมีความหมายกว้างกว่าลักษณะของการกระทำอนาจารในกฎหมายปัจจุบัน

แม้ว่าประมวลกฎหมายอาญาจะมีได้นิยามล้อยบัญญัติที่ว่า “กระทำอนาจาร” (Indecent Act) หมายความว่าอย่างไร แต่อย่างไรก็ตาม นักนิติศาสตร์ นักวิชาการ และแนวคำพิพากษาศาลฎีกามีความเห็นที่ว่า คำว่า “อนาจาร” มีความหมายว่าเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ

รองศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทรหอม กล่าวว่า การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศซึ่งเป็นการกระทำอนาจารกว้างขวางเพียงไร มีข้อพิจารณา ดังนี้ ประการแรก การกระทำอนาจารเป็นการกระทำไม่ถึงขั้นกระทำชำเรา กล่าวคือ การกระทำอนาจารต้องไม่ถึงขั้นที่เรียกว่ามีการนำอวัยวะเพศล้วงล้าเข้าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น เพราะถ้าถึงขั้นล้วงล้าเข้าไปแล้วย่อมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ประการที่สอง การกระทำอนาจารจำต้องมีการสัมผัส (Touching/Contact) โดยมีเจตนาในทางเพศ

ในปัจจุบัน ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 คำว่า “อนาจาร” นอกจากจะมีความหมายว่าเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศแล้ว ยังได้ขยายความหมายของการกระทำอนาจาร รวมไปถึง การกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล้วงล้าอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหายนั้นด้วย ดังนั้น การใช้นิ้วมือหรืออวัยวะเทียมล้วงล้าอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหาย อันเป็นลักษณะการกระทำชำเราที่ผิดธรรมดาตามนุษย์ กลับกลายเป็นเหตุเพิ่มโทษของความผิดฐานกระทำอนาจารในกฎหมายปัจจุบัน การแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวทำให้ลักษณะการกระทำอนาจารในปัจจุบันมีความกว้างขวางอย่างมาก

ในการแก้ไขคำนิยามของการกระทำชำเราฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ.2562 มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความชัดเจนและสอดคล้องกับลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติ ในขณะเดียวกันก็กำหนดให้การกระทำที่มีลักษณะเป็นการล้วงล้าอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลโดยการใช่วัตถุ หรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศ เป็นความผิดฐานกระทำอนาจารในลักษณะร้ายแรงที่ผู้กระทำต้องได้รับโทษหนักขึ้น โดยมีระวางโทษเทียบเท่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากลักษณะความร้ายแรงเทียบเท่ากัน เพียงแต่ลักษณะของการกระทำไม่สามารถถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราตามธรรมชาติ

จากลักษณะของการกระทำชำเราและการกระทำอนาจาร โดยการล้วงล้าตามบทกฎหมายที่แก้ไขใหม่ เห็นว่าทั้งสองฐานความผิดนั้นกฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองสิ่งใดกันแน่

และอะไรคือปัจจัยในการกำหนดความผิด เพราะเมื่อพิจารณาลักษณะของการกระทำความผิดทั้งสองฐานนั้นไม่ว่าจะมุมมองใดย่อมก่อให้เกิดความเสียหายกับผู้เสียหายคู่เดียวกัน แต่หากมองจากความรู้สึกของคนในสังคมทั่วไปยังคงต่างกันระหว่าง “ข้อหาข่มขืนกระทำชำเรา” กับ “ข้อหากระทำอนาจาร”

นอกจากนี้ยังก่อให้เกิดความสับสนเคลือบแคลงว่าอะไรคือจุดแบ่งแยกการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร ควรใช้เกณฑ์ “ล่วงล้ำหรือสอดใส่” หรือใช้เกณฑ์ “การสัมผัสจับต้องเนื้อตัวร่างกาย” หรือค่านึงเพียงแค่วัตถุที่กระทำเท่านั้น ในเมื่อกฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนซึ่งเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาและเป็นหลักประกันความเป็นนิติรัฐอีกด้วย

ด้วยสภาพการณ์สังคมโลกปัจจุบันเปลี่ยนแปลงไปจากสภาพการณ์ในอดีตมาก จึงทำให้การกระทำชำเราไม่ได้จำกัดเฉพาะตามความเข้าใจในอดีตแบบชนชาติปกติเท่านั้น ประกอบกับเมื่อพิจารณาจากความเสียหายของการกระทำนั้นทำให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายบอบช้ำทั้งร่างกายและจิตใจไม่แตกต่างกัน

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 (Sexual Offences Act 2003) นั้น แบ่งความผิดเกี่ยวกับเพศออกเป็น 4 ประการ คือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ ความผิดฐานกระทำอนาจาร และความผิดฐานบังคับให้ผู้อื่นเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม ซึ่งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 (Sexual Offences Act 2003) มีขอบเขตเฉพาะการใช้อวัยวะเพศชายของตน (his penis) ล่วงล้ำ (penetrates) เข้าไปในช่องคลอด (the vagina) ทวารหนัก (anus) หรือช่องปาก (mouth) ของผู้อื่น ซึ่งความหมายของการกระทำชำเราตามกฎหมายของอังกฤษนั้นมีขอบเขตเฉพาะเป็นการกระทำชำเราตามธรรมชาติเท่านั้น โดยสิ่งที่จะล่วงล้ำเข้าไปต้องเป็นอวัยวะเพศชายเท่านั้น ไม่รวมการใช้สิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นใดด้วย ส่วนการใช้ส่วนหนึ่งของร่างกายหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำช่องคลอดหรือทวารหนักของผู้อื่น ผู้กระทำความผิดมีความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ (Assault by penetration) นอกจากนี้ ความผิดฐานกระทำอนาจาร (Sexual assault) มีขอบเขตคือ การกระทำที่ผู้กระทำมีเจตนาทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกาย รวมถึงการสัมผัสกับส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือกับสิ่งอื่นใด หรือผ่านวัตถุใดๆ รวมถึงการสัมผัสก่อนที่จะมีการสอดใส่

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศส (The French penal Code) แบ่งความผิดเกี่ยวกับเพศไว้เป็น 2 ฐาน ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งการกระทำชำเรา ตามมาตรา 222-23 หมายความว่า “การกระทำล่วงละเมิดทางเพศทุกอย่าง โดยการใช้อวัยวะหรือวัตถุอื่นใดล่วงล้ำหรือสอดใส่เข้าไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยการบังคับขู่เข็ญ หรือด้วยวิธีอื่นใด” แสดงให้เห็นว่าขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศสไม่จำกัดว่าต้องเป็นอวัยวะเพศชายเท่านั้นที่ล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น แต่หมายความรวมถึงการใช้อวัยวะอื่นใดหรือวัตถุอื่นใดล่วงล้ำหรือสอดใส่ก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วย อีกทั้ง วัตถุประสงค์แห่งการกระทำที่ถูกล่วงล้ำหรือสอดใส่ ก็ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นเฉพาะอวัยวะเพศหญิง แต่หมายความรวมถึงการล่วงล้ำหรือการสอดใส่เข้าไปในทวารหนักหรือทางช่องปากอีกด้วย จะเห็นได้ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศส นั้นมีขอบเขตทั้งการร่วมประเวณีตามธรรมชาติและการร่วมประเวณีที่ผิดธรรมชาติ ส่วนความผิดฐานกระทำอนาจารประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศส หมายถึง การล่วงละเมิดทางเพศอื่นนอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเรา อันเป็นการกระทำที่ไม่มีการล่วงล้ำหรือสอดใส่ กรณีจึงกล่าวได้ว่าความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศส นั้นเป็นฐานความผิดที่รองรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นเอง

และหากพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาในประเทศญี่ปุ่น (Penal Code of Japan) ปรากฏในบทที่ 22 ประกอบไปด้วยความผิดเกี่ยวกับลามกอนาจาร ความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดเกี่ยวกับการสมรสซ้อน ใน "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา" ภายหลังถูกแก้ไขชื่อเป็น "ความผิดฐานบังคับให้มีเพศสัมพันธ์" ซึ่งหมายถึง “การใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 13 ปี โดยวิธีการทำร้ายหรือโดยข่มขู่” สำหรับการใช้อวัยวะอื่นนอกจากอวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ไม่ถือว่าผู้กระทำความผิดมีความผิดฐานบังคับให้มีเพศสัมพันธ์ หากแต่เป็นความผิดฐานบังคับอนาจาร ส่วนความผิดฐานบังคับอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศญี่ปุ่น หมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่น โดยการใช้อำนาจหรือโดยข่มขู่ นอกจากนี้ ยังมีความหมายรวมถึงการใช้อวัยวะอื่นใดหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้อื่นโดยการทำให้ร้ายร่างกายหรือการข่มขู่อีกด้วย

เมื่อพิจารณาความหมายของการกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 มีองค์ประกอบความผิดใกล้เคียงกับการกระทำชำเราตาม

ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 222-23 ซึ่งรวมการกระทำใดๆ ที่มีการสอดใส่ทางเพศไม่ว่าจะเป็นลักษณะใดก็ตาม ลักษณะของการกระทำชำเราดังกล่าวสอดคล้องกับความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายของหลายประเทศ รวมทั้งสอดคล้องกับความหมายของการกระทำชำเราตามบริบทของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ และนับเป็นก้าวสำคัญของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมากขึ้นอีกระดับสอดคล้องหลักการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (General Principle of respect for human dignity) ส่วนความผิดฐานกระทำอนาจารตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 มีองค์ประกอบความผิดใกล้เคียงกับการกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 222-27 คือ การล่วงละเมิดทางเพศอื่นนอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเรา โดยไม่มีการล่วงล้ำหรือสอดใส่สิ่งใดๆ เข้าไปในร่างกายของผู้ถูกระทำ เพียงแต่บัพัญญูติตามพระราชบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวมีปัญหาในการตีความคำว่า “กระทำกับ” เท่านั้น เมื่อพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ.2562 ตัดข้อความที่ว่า “กระทำกับ” โดยเปลี่ยนเป็นถ้อยคำ “ล่วงล้ำ” ก็นับว่าเป็นการแก้ไขปัญหาการตีความในอดีตอันทำให้บัพัญญูติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเกิดความชัดเจนและสอดคล้องกับหลักสากลแล้ว

ดังนั้น เมื่อการล่วงล้ำสิ่งใดๆ เข้าไปในร่างกายก็ถือว่าเป็นการประทุษร้ายทางเพศขั้นร้ายแรงที่สุด ผู้เขียนเห็นว่าความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำที่ว่าโดยลักษณะของการกระทำแม้จะไม่สามารถถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราตามธรรมชาติ จึงไม่อาจบัญญัติเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้นั้นก็ล้วนแล้วแต่เป็นสิ่งที่มนุษย์กำหนดขึ้นเองทั้งสิ้น เมื่อยุคสมัยเปลี่ยนแปลงไป เห็นว่า การล่วงล้ำนั้นควรจะต้องตีความอย่างกว้างเพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น การที่อวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของอีกฝ่ายหนึ่ง หรือการนำวัตถุหรืออวัยวะอื่นใดซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของอีกฝ่ายหนึ่ง ก็ล้วนมีการกระทำอันเป็นการล่วงล้ำเป็นองค์ประกอบความผิด อีกทั้งเมื่อพิจารณาความชั่วร้ายภายในจิตใจของผู้กระทำ ไม่ว่าจะเป็นการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ หรือใช้วัตถุอื่นใดล่วงล้ำหรือสอดใส่ ก็นับว่าผู้กระทำนั้นมีความชั่วร้ายไม่ต่างกัน

นอกจากนี้ ลักษณะการกระทำชำเราต้องมีการล่วงล้ำหรือสอดใส่สิ่งใดๆ เข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกระทำ ส่วนลักษณะการกระทำอนาจารต้องเป็นการกระทำที่ไม่ถึงขั้นกระทำชำเรา กล่าวคือ ลักษณะการกระทำอนาจารต้องไม่ถึงขั้นนำอวัยวะเพศ

ล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น เพราะหากถึงขั้นมีการล่วงล้ำหรือสอดใส่แล้ว ผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากกฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน ซึ่งเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาและเป็นหลักประกันความเป็นนิติรัฐ

เมื่อรสนิยมของการร่วมเพศในสมัยนี้ ไม่ได้มีเพียงแบบการร่วมประเวณีแบบพื้นฐานเท่านั้น ยังมีกิจกรรมทางเพศของคนเพศเดียวกัน รสนิยมแบบต่างๆ ที่หลากหลาย รวมทั้งแบบพึงพอใจกับการใช้วัตถุหรือสิ่งของ ดังนั้น สิ่งที่ถูกกฎหมายมุ่งหมายจะคุ้มครองผู้ถูกระทำทางเพศต้องไม่ใช่แค่เพียงตามแบบพื้นฐานปกติ รัฐจึงต้องแก้ไขปรับปรุงให้ทันสังคมและสอดคล้องกับสภาพการณ์ เพราะการกระทำทางเพศในแบบผิดธรรมชาติอาจก่อความเสียหายทางจิตใจหรือทางร่างกายไม่แพ้กัน อีกทั้ง การบัญญัติกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนจะต้องไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล ซึ่งเป็นหลักตามรัฐธรรมนูญและเป็นหลักสากล

ดังนั้น การใช้สิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นใดของผู้กระทำ สอดใส่อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหายจึงไม่สมควรที่จะได้รับโทษในสถานเบาเพียงแค่เป็นเหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น แต่ควรบัญญัติความผิดที่ระดับร้ายแรงเทียบเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามแบบพื้นฐานธรรมชาติปกติ จึงเห็นควรกำหนดให้การกระทำทั้งสองลักษณะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเช่นเดียวกัน

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการที่ได้ศึกษาเปรียบเทียบลักษณะการกระทำชำเราและลักษณะการกระทำอนาจารตามกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา โดยการกำหนดคำนิยามของคำว่ากระทำชำเราใหม่ไว้ใน มาตรา 1(18) ความว่า “กระทำชำเราหมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” สิ่งที่เปลี่ยนไปจากกฎหมายเดิม คือ การใช้สิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นใดของผู้กระทำ สอดใส่อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหายเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ได้ถูกย้ายไปเป็นเหตุเพิ่มโทษของการอนาจาร เรียกว่า ความผิดฐานอนาจารโดยการล่วงล้ำ (sexual assault by penetration) ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 วรรคสอง และมาตรา 279 วรรคสี่และวรรคห้า

เห็นได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวยังขาดความชัดเจนแน่นอนในเรื่องของจุดแบ่งแยกระหว่างการกระทำความผิดฐานกระทำชำเราและความผิดฐานการกระทำอนาจาร นอกจากนี้ ยังเป็นการเลือกปฏิบัติกระทบต่อหลักสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (General Principle of respect for human dignity) อีกทั้ง เมื่อสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป บทบัญญัติดังกล่าวจึงมีความจำเป็นต้องแก้ไขปรับปรุงให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ จึงเห็นควรปรับปรุงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้

ยกเลิก ความผิดฐานการอนาจารโดยการล่วงล้ำ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 วรรคสอง และมาตรา 279 วรรคสี่และวรรคห้า ความว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท”

และขอเสนอให้กำหนดขอบเขตของลักษณะการข่มขืนกระทำชำเราและลักษณะการกระทำอนาจารใหม่ โดยกำหนดบทนิยามคำศัพท์ของ “กระทำชำเรา” และ “การกระทำอนาจาร” มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) กำหนดบทนิยามของ คำว่า “การกระทำชำเรา” ไว้ในมาตรา 1(18) หมายความว่า “การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” เพื่อขจัดอคติในเรื่องเพศ คู่สมรสบุคคลทุกเพศทุกวัย ก่อให้เกิดความเท่าเทียม ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ สอดคล้องกับสภาพการณ์และหลักการศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (General Principle of respect for human dignity)

(2) กำหนดบทนิยามของ คำว่า “การกระทำอนาจาร” ไว้ในมาตรา 1(19) หมายความว่า “การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศอันเป็นการล่วงละเมิดทางเพศอื่นนอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเรา”

หากได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น จะทำให้บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศมีความชัดเจนแน่นอนยิ่งขึ้น สอดคล้องกับหลักสากล เคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตลอดจนเพื่อพัฒนากฎหมายอาญาให้ก้าวไกล สอดคล้องกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป เป็นไปตามหลักรัฐธรรมนูญ

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. บทบัญญัติทั่วไป เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 11.

กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จักรวรรดิพิมพ์, 2562.

กฤษฎา บุญยสมัต. บทบัญญัติต่างๆ ในกฎหมายตราสาม ศาหรานุกรมไทยสำหรับเยาวชนฯ เล่มที่ 30.

ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2547

กิตติพงษ์ พุกพ่วง. “ปัญหาขอบเขตความรับผิดชอบข้ามขึ้นกระทำชำเราตามมาตรา 276 และ

มาตรา 277 ตามประมวลกฎหมายอาญา แก้ไขเพิ่มเติมโดย พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวล

กฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2558.

คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,

2563.

คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

คณพล จันทน์หอม. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร :

สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563.

คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ. ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตรา ของรัฐธรรมนูญ

แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานเลขาธิการสภา

ผู้แทนราษฎร, 2562.

ไชยันต์ กุลนิตติ. “หลักสิทธิมนุษยชน เรื่อง ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็น

มนุษย์โดยศาลรัฐธรรมนูญ. การอบรมหลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตยรุ่นที่ 2.”

วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2559.

ชิดชนก แผ่นสุวรรณ. “ความผิดฐานข้ามขึ้นกระทำชำเราและอนาจาร: ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตรา

สามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

ชานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ. การตีความกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์
ชวนพิมพ์, 2539.

นัทธี จิตสว่าง. หลักทฤษฎีวิทยา : หลักการวิเคราะห์ระบบงานราชทัณฑ์. ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2540.

อ้างใน มนสิชา บุนนาค. “การกำหนดโทษทางเลือกกับการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556.

นัยนา เกิดวิชัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิตินัย, 2542.

บรรเจิด ลิงคะเนติ. หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ.

พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547.อ้างใน ไชยนต์ กุลนิตติ.

“หลักสิทธิมนุษยชน เรื่อง : ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

โดยศาลรัฐธรรมนูญ. การอบรมหลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตยรุ่นที่ 2.

วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2547.

ปกป้อง ศรีสนิท. กฎหมายอาญาชั้นสูง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,
2563.

ปกป้อง ศรีสนิท. สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์
วิญญูชน, 2563.

ปกป้อง ศรีสนิท. “การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเรื่องเพศ: ความหมายใหม่และโทษใหม่ของ
การข่มขืนกระทำชำเรา.” <https://www.the101.world/rape-in-thai-law/>, 2 กุมภาพันธ์
2564.

ปฎิญาสากรว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยกรมองค์การระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร :
กระทรวงการต่างประเทศ, 2551.

ประสิทธิ์ พัฒนอมร. “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522.

ผจงจิตต์ อธิคมนันตะ. สังคมวิทยาว่าด้วยอาชญากรรมและการลงโทษ. กรุงเทพมหานคร :
มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2525.

พีระศักดิ์ พอจิต. เอกสารวิชาการส่วนบุคคล หัวข้อหลักสิทธิมนุษยชน เรื่องสิทธิมนุษยชน
ในหลายมิติ. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2559.

พรชัย ชันดีม, ชัชชัย ปิตะนีละบุตร และอัศวิน วัฒนวิบูลย์. ทฤษฎีและงานวิจัยทางอาชญาวิทยา.

กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์บุ๊คเน็ต, 2543.

ไพโรจน์ กัมพูศิริ. บทความครอบคลุมวงงานบริหาร อาจารย์ไพโรจน์ คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จัดพิมพ์ ในโอกาสอายุครบ 60 ปี. กรุงเทพมหานคร :

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

พิมพ์พิศา พลหนองหลวง. “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.”

หลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต, ม.ป.ป.

ย้งรัก อัจฉานนท์. “กฎหมายข่มขืนใหม่ ทำอะไรจะผิดฐานข่มขืนบ้าง.” โดย iLaw ลงวันที่

26 กุมภาพันธ์ 2556.” <https://ilaw.or.th/node/1859>, 1 กุมภาพันธ์ 2564

ราชบัณฑิตยสถาน. “พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554.” <https://dictionary.orst.go.th/>,

21 มกราคม 2564

วิชัย อริยะนันทกะ. “วงการกฎหมายทั่วไป.” อุลพาห. ปีที่ 32. เล่มที่ 4. (กรกฎาคม-สิงหาคม 2528).

สทรรฐ กิติ สุภการ. หลักและคำพิพากษากฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร :

สำนักพิมพ์อมรินทร์พรินต์ติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2563.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์

วิญญูชน, 2562.

สุมนัส ตั้งเจริญกิจกุล. “ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,

2552.

สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภานิติบัญญัติ

แห่งชาติ. “เอกสารประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมาย

อาญา (ฉบับที่..) พ.ศ.... (ความผิดเกี่ยวกับเพศ).” กรุงเทพมหานคร : สำนักการพิมพ์,

2562.

สหชน รัตนไพจิตร. “ความประสงค์ของการ ลงโทษอาญา: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้

กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527.

หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร :

สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 21. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์และทำปก

เจริญผล, 2542.

อภิวัฒน์ สุดสาว. “การกำหนดโทษอาญา ตามบทบัญญัติมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญ

แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560.” จลนिति. (มีนาคม - เมษายน 2561).

อริยพร โพธิ์ใส. “ความคิดเกี่ยวกับการอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา.”

วารสารจลนिति. (มีนาคม - เมษายน 2561).

https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/11al

[l/all68.pdf](#), 30 มกราคม 2564.

อัจฉริยา ชูตินันท์. อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์

วิญญูชน, 2563.

อัจฉริยา ชูตินันท์. ทฤษฎีและหลักกฎหมายอาญา เอกสารประกอบการสอนหลักสูตรนิติศาสตร

มหาบัณฑิต. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2562.

อัจฉริยา ชูตินันท์. “นิติวิธีการตีความกฎหมายอาญาในประเทศไทย.” วารสารสุทธิปริทัศน์.

ปีที่ 33. ฉบับที่ 107. (กรกฎาคม - กันยายน 2562).

อัจฉริยา ชูตินันท์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร :

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556.

อัจฉริยา ชูตินันท์. “หลักการกำหนดความผิดอาญาและหลักการกำหนดโทษในการตรากฎหมาย.”

วารสารสุทธิปริทัศน์. ปีที่ 35. ฉบับที่ 3. (2564).

ภาษาต่างประเทศ

Amnesty international Thailand. “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน.”

<https://www.amnesty.or.th/our-work/hre/what-udhr>, 16 มกราคม 2564.

ALF ROSS. On Guilt. Responsibility and Punishment. London: Steven & Sons Limited, 1975.

A. Flew. Definition of Punishment in Contemporary Punishment ed. By Rudolph J. Gerber and Patrick D. McAnany Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1972.

Barroso. Luís Roberto. Here. “There. and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse.” Boston College International Law and Comparative Law Review. 35(2): 331-393(2012).

H.L. A. Hart. Punishment and Responsibility. London: Oxford University Press, 1982.

Johannes Andenaes. The General Part of the Criminal Law of Norway.
London: Sweet & Maxwell Limited, 1965.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ - นามสกุล

นางสาวปารดา สุทธิทองแท้

ประวัติการศึกษา

พ.ศ. 2550 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

พ.ศ. 2556 ประกาศนียบัตรวิชาว่าความ

แห่งสภาทนายความในพระราชูปถัมภ์ รุ่นที่ 38

พ.ศ. 2557 เนติบัณฑิต สมัยที่ 67

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

พนักงานอัยการ ตำแหน่ง อัยการผู้ช่วย

สำนักงานอัยการสูงสุด