

วิวัฒนาการความผิดทางเพศ :
ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายอิสลาม



นางสาวชนินดา พูลศิลป์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2559

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

EVOLUTION OF SEXUAL OFFENCES :
COMPARISON BETWEEN THAI LAW AND SHARIA LAW

Miss Chaninda Poolsilp



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

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2016

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	วิวัฒนาการความผิดทางเพศ : ศึกษาเปรียบเทียบระหว่าง
	กฎหมายไทยกับกฎหมายอิสลาม
โดย	นางสาวชนินดา พูลศิลป์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ชัชพล ไชยพร

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้รับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์พิเศษทอง จันทรางศุ)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ชัชพล ไชยพร)

.....กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. คณพล จันทน์หอม)

.....กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปาริณา ศรีวินิชย์)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(ดร. อดิสร อมาตยกุล)

ชินดา พูลศิลป์ : วิวัฒนาการความผิดทางเพศ :ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายอิสลาม (EVOLUTION OF SEXUAL OFFENCES :COMPARISON BETWEEN THAI LAW AND SHARIA LAW) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ผศ. ดร.ชัชพล ไชยพร, 206 หน้า.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาเปรียบเทียบฐานความผิดเกี่ยวกับเพศระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายอิสลาม เนื่องจากอาชญากรรมทางเพศเป็นอาชญากรรมหนึ่งของประเทศไทยที่มีแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้นเรื่อยๆ จึงทำให้ประชาชนส่วนใหญ่เริ่มมีความสนใจและตระหนักถึงปัญหาจากการกระทำความผิดฐานนี้มากยิ่งขึ้น โดยมีความเห็นว่าสาเหตุประการหนึ่งที่ทำให้ประเทศไทยไม่สามารถแก้ไขหรือป้องกันสังคมจากอาชญากรรมประเภทนี้ได้เนื่องมาจากความร้ายแรงของรูปแบบการลงโทษของประเทศไทยต่อการกระทำความผิดฐานเหล่านี้ และมีความเห็นว่าประเทศไทยควรที่จะเพิ่มโทษให้หนักขึ้นเพราะรูปแบบของโทษที่บังคับใช้ในปัจจุบันได้แก่โทษจำคุกและโทษปรับ เว้นแต่กรณีที่มีการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย จึงจะลงโทษด้วยการประหารชีวิต ในขณะที่กฎหมายบางประเทศหรือบางระบบบัญญัติให้สามารถลงโทษด้วยวิธีประหารชีวิตได้ แม้ผู้เสียหายไม่ถึงแก่ความตายก็ตามซึ่งได้แก่กฎหมายอิสลาม

จากการศึกษาพบว่าการกระทำความผิดทางเพศทั้งกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามต่างมีวิวัฒนาการที่ยาวนานและพัฒนาจากแนวความคิดทางด้านศาสนาเหมือนกัน โดยในอดีตนั้นจะพบว่าแนวความคิดของฐานความผิด ทั้งแนวความคิดและทฤษฎีการลงโทษนั้นมีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน แต่เนื่องจากวิวัฒนาการของแนวความคิดที่เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยและสังคม จึงทำให้ฐานความผิดและรูปแบบการลงโทษรวมทั้งความรุนแรงของการกำหนดโทษของทั้งสองระบบแตกต่างกัน ดังนั้นจึงเห็นว่าการที่จะเปลี่ยนแปลงรูปแบบการลงโทษของประเทศไทยให้มีความรุนแรงขึ้นนั้น ประการสำคัญคือจะต้องเข้าใจแนวความคิดของกฎหมายในเรื่องดังกล่าวเพื่อกำหนดรูปแบบการลงโทษให้สอดคล้องกับสังคมนั้นๆ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเน้นการศึกษาในเรื่องวิวัฒนาการและปรัชญาแนวความคิดของการบัญญัติความผิดทางเพศโดยเฉพาะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจาร รวมทั้งศึกษาถึงกฎหมายของต่างประเทศที่บังคับใช้กฎหมายอิสลามในปัจจุบัน ทั้งนี้เพื่อที่จะทำให้สามารถเข้าใจแนวความคิดของประเทศไทยและก่อให้เกิดองค์ความรู้ใหม่เกี่ยวกับความผิดทางเพศตามกฎหมายอิสลาม

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ลายมือชื่อนิสิต

ปีการศึกษา 2559

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

5685964034 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: SEXUAL OFFENCES / EVOLUTION / CONCEPTION / THAI LAW / SHARIA LAW

CHANINDA POOLSILP: EVOLUTION OF SEXUAL OFFENCES :COMPARISON BETWEEN THAI LAW AND SHARIA LAW. ADVISOR: ASST. PROF. CHACHAPON JAYAPHORN, Ph.D., 206 pp.

The objective of this research was to study and compare sexual related offenses between Thai law and Islamic law (Sharia Law). This is because sexual related crime is one of the crimes that are gradually increasing in Thailand. Some people deem it is necessary for Thailand to increase the severity of penalty for this type of crime, besides the currently modes of penalty for this crime, which are imprisonment and fine. The only exception is for the case where the rape victim was murder, where the offender may face death penalty. Meanwhile, in some other countries or other systems of law, death penalty is an available option even the victim is not dead; one of which is of the Islamic Law.

In the past, the fundamental concepts of this offence, both the concept of the offence and the theory for punishing, were closely similar because both evolved from religious-based concept. However, pertaining to revolutionary of idea, the offense and penalty for this type of crime of both law systems are now significantly different. Therefore, in order to increase the severity of Thai law's penalty for this crime, the most important requirement is thorough understanding of law's concept.

This thesis focused on studying of the law evolution and the underlying philosophy for setting up penalty for sexual related offence, especially, penalty for rape and for sexual assault; as well as studying of foreign laws, in countries where Islamic Law are in effect in the present day. In order to gain an insight in the concept of Thailand, as well as to create new knowledge on sexual related offences, in accordance with Islamic Law.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2016

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงด้วยดีด้วยความอนุเคราะห์อย่างยิ่งจากผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ชัชพล ไชยพร ซึ่งให้ความกรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ท่านได้สละเวลาอันมีค่าเพื่อให้คำแนะนำตลอดจนชี้แนะแนวทางในการศึกษาตลอดระยะเวลาในการศึกษาให้แก่ผู้ศึกษา จึงขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูง ณ โอกาสนี้

ผู้ศึกษาขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์พิเศษธงทอง จันทรางศุ ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. คณพล จันทน์หอม ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปาริณา ศรีวินิชย์ ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการและกรุณาให้คำปรึกษาเพื่อให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น และกราบขอบพระคุณ ดร. อณิส อมาตยกุล ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการและกรุณาให้ความรู้และคำปรึกษารวมทั้งชี้แนะแนวทางการศึกษาในส่วนของกฎหมายอิสลามอันเป็นประโยชน์สำคัญยิ่งในการศึกษาและทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้ศึกษาขอขอบคุณบุคคลที่มีส่วนสำคัญซึ่งคอยสนับสนุนผู้ศึกษาจนสามารถสำเร็จลุล่วงได้ด้วยดี ได้แก่ บิดาและมารดาที่รักและเคารพอย่างสูงสุดที่ให้โอกาสผู้ศึกษาได้ศึกษาและให้การสนับสนุนเสมอมา ขอขอบคุณเพื่อนๆ สาขาวิชากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาทุกคนที่คอยช่วยเหลือ และขอขอบคุณหัวหน้าและเพื่อนร่วมงานที่บริษัท ธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) สำหรับให้ความช่วยเหลือและคอยให้กำลังใจมาโดยตลอด

ผู้ศึกษาหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อบุคคลทั่วไปและในการศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายอิสลาม หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณประโยชน์ประการใด ผู้ศึกษาขอมอบให้แก่บุคคลทุกท่านที่ได้กล่าวมาในข้างต้นนี้ หากมีข้อบกพร่องประการใด ผู้ศึกษาขอน้อมรับไว้เพียงผู้เดียว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฑ
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	6
1.3 สมมติฐาน	6
1.4 วิธีการดำเนินการ	6
1.5 ขอบเขตการวิจัย	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	7
บทที่ 2 วิวัฒนาการ แนวความคิด ทฤษฎี และกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับความผิดทางเพศ ตามกฎหมายไทย	8
2.1 ลักษณะความผิดของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญาของ ประเทศไทย.....	8
2.2 แนวความคิดและวิวัฒนาการของความผิดทางเพศตามกฎหมายไทย	9
2.2.1 ยุคก่อนกฎหมายสมัยใหม่ของประเทศ (Pre-Modern Law)	10
2.2.1.1 ยุครุ่งสุโขทัย.....	10
2.2.1.2 ยุครุ่งศรีอยุธยา.....	11
2.2.1.3 ยุครุ่งรัตนโกสินทร์ตอนต้นก่อนรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้า เจ้าอยู่หัว	12
2.2.2 ยุคกฎหมายสมัยใหม่ (Modern Law).....	22

2.2.2.1 ยุคกรุงรัตนโกสินทร์ (ตั้งแต่รัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เป็นต้นมา)	22
2.3 การลงโทษทางอาญาและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษ	39
2.3.1 ลักษณะการลงโทษทางอาญา	39
2.3.2 ทฤษฎีกับการลงโทษทางอาญา	39
2.3.2.1 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน(Retribution).....	40
2.3.2.2 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการยับยั้งหรือการป้องกันการกระทำความผิด (Deterrence).....	41
2.3.2.3 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (Incapaciation).....	43
2.3.2.4 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้ไขผู้กระทำความผิด (Rehabilitation and Correction).....	43
2.3.3 ทฤษฎีอื่นที่เกี่ยวข้อง	45
2.3.3.1 ทฤษฎีตีตรา หรือทฤษฎีตราบาปหรือทฤษฎีปฏิกริยาโต้ตอบทางสังคม	45
2.4 การลงโทษทางอาญากับหลักสิทธิมนุษยชน (Human Rights).....	46
2.4.1 แนวคิดทั่วไปของสิทธิมนุษยชน	46
2.4.2 หลักสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษอาญา.....	46
2.4.2.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Right - UDHR).....	46
2.5 การลงโทษทางอาญาของประเทศไทยในปัจจุบัน.....	50
2.5.1 โทษประหารชีวิต	51
2.5.2 โทษจำคุก	51
2.5.3 โทษกักขัง	52
2.5.4 โทษปรับ	53

2.5.5 โทษริบทรัพย์สิน	53
2.6 วิวัฒนาการรูปแบบการลงโทษการกระทำความผิดทางเพศตามกฎหมายไทย	53
2.6.1 ยุคสมัยกรุงศรีอยุธยาและกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น	53
2.6.2 ยุคปฏิรูปกฎหมาย	57
2.6.3 ยุคปัจจุบัน	58
2.7 ความผิดทางเพศกับความผิดอันยอมความได้	62
บทที่ 3 วิวัฒนาการและแนวความคิดของความผิดทางเพศในกฎหมายอิสลาม	65
3.1 ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายอิสลาม	66
3.1.1 วิวัฒนาการของกฎหมายอิสลาม	66
3.1.2 แหล่งที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายของกฎหมายอิสลาม	67
3.1.3 วัตถุประสงค์ของกฎหมายอิสลาม	69
3.1.4 สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายอิสลาม	71
3.2 แนวความคิดและวิวัฒนาการของการกระทำความผิดทางเพศตามกฎหมายอิสลาม	73
3.2.1 ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์นอกสมรสหรือผิดประเวณี	74
3.2.2 ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกันหรือรักร่วมเพศ	75
3.2.3 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา	76
3.3 การลงโทษทางอาญาตามกฎหมายอิสลาม	76
3.3.1 แนวความคิดการลงโทษทางอาญาตามกฎหมายอิสลาม	76
3.3.2 ประเภทของโทษอาญาตามกฎหมายอิสลาม	78
3.4 การลงโทษทางอาญาตามกฎหมายอิสลามกับสิทธิมนุษยชน	78
3.4.1 บัญญัติปฏิญญาไคโรว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในอิสลาม คริสต์ศักราช 1990 (Cairo Declaration on Human Right in Islam 1990)	78
3.4.2 การรับรองอาหรับว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Arab Charter on Human Right)	79

3.5 วิวัฒนาการการลงโทษฐานการกระทำความผิดทางเพศตามกฎหมายอิสลาม	80
3.5.1 ยุคกฎหมายคลาสสิก	80
3.5.1.1 การลงโทษในความผิดฐานผิดประเวณี.....	80
3.5.1.2 การลงโทษฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกัน.....	86
3.5.1.3 การลงโทษในฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเรา.....	88
3.5.1.4 ความผิดฐานกระทำอนาจาร.....	90
3.5.2 ยุคก่อนกฎหมายสมัยใหม่	90
3.5.3 ยุคมืดของการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม	91
3.5.4 ยุคกฎหมายสมัยใหม่.....	94
3.5.4.1 ประเทศซาอุดีอาระเบีย	95
3.5.4.2 สาธารณรัฐอิสลามอิหร่าน	98
3.5.4.3 ประเทศบรูไน.....	103
3.6 แนวคิดเรื่องการลงโทษความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอิสลามในปัจจุบัน	109
บทที่ 4 วิเคราะห์และเปรียบเทียบวิวัฒนาการ แนวคิดของความผิดเกี่ยวกับเพศระหว่าง กฎหมายไทยกับกฎหมายอิสลาม.....	113
4.1 วิวัฒนาการและแนวความคิดเกี่ยวกับความผิดทางเพศตามกฎหมายไทย	113
4.1.1 ยุคก่อนการปฏิรูปกฎหมาย.....	113
4.1.2 ยุคภายหลังการปฏิรูปกฎหมายไทยจนถึงปัจจุบัน	116
4.1.2.1 วิเคราะห์แนวความคิดก่อนประเทศไทยประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา	117
4.1.2.2 ภายหลังที่ประเทศไทยประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา	119
4.1.2.3 วิเคราะห์แนวความคิดของความผิดทางเพศตามกฎหมายลักษณะอาญา ร. ศ. 127 จนถึงการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา	124
4.2. ความผิดทางเพศระหว่างเพศเดียวกัน.....	126
4.3 แนวความคิดและวิวัฒนาการความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายอิสลาม	129

4.3.1 ช่วงยุคคลาสสิก	129
4.3.2 แนวความคิดความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายอิสลามก่อนกฎหมายสมัยใหม่	130
4.3.3 แนวความคิดความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายอิสลามในปัจจุบัน	131
4.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบแนวความคิดการกระทำความผิดทางเพศระหว่างกฎหมายไทยและ กฎหมายอิสลาม	131
4.4.1 การแบ่งแยกฐานความผิด	131
4.4.1.1 ความผิดทางเพศตามกฎหมายไทยเดิม	131
4.4.1.2 ความผิดทางเพศตามกฎหมายไทยภายหลังปฏิรูป	132
4.4.1.3 ความผิดทางเพศตามกฎหมายอิสลามเดิม	132
4.4.1.4 ความผิดทางเพศตามกฎหมายอิสลามในปัจจุบัน	132
4.4.2 แนวความคิดของความผิดทางเพศตามกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลาม	132
4.4.3 คุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองตามกฎหมายไทยและกฎหมาย อิสลาม	137
4.4.3.1 คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดทางเพศตามกฎหมายไทย	138
4.4.3.2 คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดทางเพศตามกฎหมายอิสลาม	140
4.4.4 ความยินยอม	142
4.4.5 ปัจจัยการเปลี่ยนแปลง	145
4.4.5.1 ความเปลี่ยนแปลงบทบาทและสถานะทางสังคมของหญิง	145
4.4.5.2 การแบ่งแยกระหว่างรัฐกับศาสนจักร	146
4.5 วิเคราะห์และเปรียบเทียบวิวัฒนาการรูปแบบการลงโทษตามกฎหมายไทยและกฎหมาย อิสลาม	150
4.5.1 การลงโทษตามกฎหมายไทย	150
4.5.1.1 ยุคก่อนการปฏิรูปกฎหมายไทย	150
4.5.1.2 ยุคภายหลังการปฏิรูปกฎหมายไทย	152

4.5.1.3 วิเคราะห์การเปลี่ยนแปลงแนวความคิดเรื่องการกำหนดโทษและความรับผิดชอบ ติดตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน	154
4.5.2 การลงโทษตามกฎหมายอิสลาม	156
4.5.2.1 การลงโทษตามกฎหมายอิสลามเดิม	156
4.5.2.2 การลงโทษตามกฎหมายอิสลามช่วงยุคก่อนกฎหมายสมัยใหม่และ ยุคมืด ของการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม	158
4.5.2.3 การลงโทษตามกฎหมายอิสลามในปัจจุบัน	158
4.6 วิเคราะห์และเปรียบเทียบรูปแบบการลงโทษตามกฎหมายไทยกับกฎหมายอิสลาม	159
4.6.1 รูปแบบการลงโทษ	159
4.6.1.1 รูปแบบการลงโทษตามกฎหมายไทยเดิม	159
4.6.1.2 รูปแบบการลงโทษตามกฎหมายไทยภายหลังปฏิรูป	159
4.6.1.3 รูปแบบการลงโทษตามกฎหมายอิสลามเดิม	159
4.6.1.4 รูปแบบการลงโทษตามกฎหมายอิสลามช่วงยุคมืด	160
4.6.1.5 รูปแบบการลงโทษตามกฎหมายอิสลามปัจจุบัน	160
4.6.2 แนวความคิดและทฤษฎี	160
4.6.2.1 ทฤษฎีการลงโทษตามกฎหมายไทย	160
4.6.2.2 ทฤษฎีการลงโทษตามกฎหมายอิสลาม	162
4.6.3 ปัจจัยการเปลี่ยนแปลง	164
4.7 วิเคราะห์ข้อดีและข้อบกพร่อง	166
4.7.1 วิเคราะห์ข้อดีของกฎหมายไทย	166
4.7.2 วิเคราะห์ข้อบกพร่องของกฎหมายไทย	167
4.7.3 วิเคราะห์ข้อดีของกฎหมายอิสลาม	168
4.7.4 วิเคราะห์ข้อบกพร่องของกฎหมายอิสลาม	169
4.7.5 วิเคราะห์รูปแบบการลงโทษและเป้าหมายของการลงโทษ	170

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	175
5.1 บทสรุป.....	175
5.1.1 แนวความคิดในการกำหนดฐานความผิด.....	175
5.1.2 แนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดรูปแบบการลงโทษ.....	179
5.1.3 ปัจจัยที่ส่งผลต่อความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมาย อิสลาม.....	182
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	190
รายการอ้างอิง.....	191
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	206



สารบัญตาราง

ตารางที่ 1 เปรียบเทียบความผิดทางเพศของกฎหมายต่างประเทศ ประเทศซาอุดีอาระเบีย สาธารณรัฐอิสลามอิหร่าน และประเทศบรูไน.....	107
ตารางที่ 2 เปรียบเทียบแนวความคิดเกี่ยวกับความผิดทางเพศ.....	172
ตารางที่ 3 เปรียบเทียบการลงโทษความผิดทางเพศระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายอิสลาม.....	173
ตารางที่ 4 เปรียบเทียบปัจจัยการเปลี่ยนแปลงระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายอิสลาม	174



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบันประเทศไทยเผชิญกับอาชญากรรมประเภทต่างๆ มากมาย โดยอาชญากรรมประเภทหนึ่งที่มีแนวโน้มเพิ่มสูงมากขึ้นเรื่อยๆ คือ อาชญากรรมที่เกี่ยวกับความผิดทางเพศ อันได้แก่ความผิดฐานกระทำอนาจาร หรือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เป็นต้น ซึ่งอาชญากรรมประเภทรายนอกจากจะกระทบต่อตัวบุคคลที่ถูกกระทำแล้วยังส่งผลกระทบต่อสังคมไทยเป็นอย่างมากเช่นเดียวกัน เพราะแสดงให้เห็นว่าสังคมไม่มีความปลอดภัยเพียงพอ และด้วยเหตุดังกล่าวจึงทำให้ประชาชนเริ่มมีความสนใจในปัญหานี้เพิ่มมากขึ้นจากอดีต และเริ่มเห็นว่าประเทศไทยควรที่จะมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้มีการลงโทษที่มีความรุนแรงมากขึ้น อาจเนื่องมาจากสาเหตุประการหนึ่งที่กฎหมายยังคงกำหนดให้บางฐานความผิดเป็นคดีที่ยอมความได้ เช่น คดีความผิดเกี่ยวกับเพศฐานกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรค 1 เป็นความผิดอันยอมความได้ตามมาตรา 281 กล่าวคือ หากผู้กระทำความผิดได้ข่มขืนกระทำชำเราแต่มีเจตนาเพื่อต้องการที่จะเลี้ยงดูผู้ถูกกระทำ การกระทำเช่นนี้อาจจะไม่ต้องได้รับโทษทางอาญา จึงทำให้ผู้กระทำความผิดใช้วิธีการนี้เพื่อไม่ให้ตนต้องรับโทษ โดยการหลอกผู้เสียหายว่าจะเลี้ยงดู แต่เมื่อผ่านพ้นไป 3 เดือนกลับไม่เลี้ยงดูอีกต่อไป เนื่องจากคดีข่มขืนกลายเป็นคดีที่ขาดอายุความไปแล้ว เพราะพ้นระยะเวลาซึ่งผู้เสียหายจะต้องแจ้งความดำเนินคดีต่อเจ้าพนักงาน เป็นต้น กรณีเช่นนี้อาจทำให้เป็นทางหนึ่งให้ผู้กระทำความผิดใช้เพื่อไม่ต้องรับโทษและอาจกระทำความผิดซ้ำได้ ดังนั้นอาชญากรรมดังกล่าวจึงเป็นอาชญากรรมที่มีแนวโน้มเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ และหากนำไปเปรียบเทียบกับประเทศอื่นซึ่งมีบทกำหนดโทษที่มีรุนแรงมากกว่าอาจสามารถก่อให้เกิดความสงบสุขได้ เช่น ประเทศในกลุ่มที่ใช้ระบบกฎหมายอิสลาม ผู้กระทำความผิดฐานนี้อาจสามารถถูกลงโทษให้ถึงแก่ชีวิตได้ แม้ว่าผู้เสียหายจะไม่ถึงแก่ชีวิตก็ตาม ซึ่งโทษทางอาญาของไทยในปัจจุบันกำหนดบทลงโทษสำหรับความผิดฐานดังกล่าวเพียงให้ลงโทษปรับเงินหรือจำคุกเท่านั้น ส่วนผู้กระทำความผิดจะได้รับโทษถึงขั้นประหารชีวิตต่อเมื่อผู้เสียหายถึงแก่ความตาย และในกรณีเช่นนี้ศาลอาจไม่ลงโทษประหารชีวิตแต่ลงโทษให้จำคุกตลอดชีวิตแทนก็ได้ตามมาตรา 277 ทวิ (2) เป็นต้น ดังนั้นกฎหมายของไทยในปัจจุบันอาจยังไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการรักษาความสงบได้

จากการศึกษาพบว่าประเทศไทยได้มีความพยายามที่จะหามาตรการในการป้องกันการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศมาตั้งแต่ในอดีตเป็นระยะเวลาที่ยาวนานเช่นเดียวกัน โดยปรากฏครั้งแรกในพระอัยการลักษณะผัวเมีย ซึ่งเป็นกฎหมายที่ประกาศใช้ในสมัยสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 (อู่ทอง) เมื่อปี พ.ศ. 1904 ในช่วงยุคสมัยกรุงศรีอยุธยา ต่อมาในสมัยรัตนโกสินทร์ พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช (รัชการที่ 1) ทรงรวบรวมกฎหมายที่ตกทอดมาแต่สมัยกรุงศรีอยุธยามารวมกันและเรียกกฎหมายดังกล่าวนี้ว่า “กฎหมายตราสามดวง” โดยกฎหมายฉบับนี้ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดทางเพศในพระอัยการลักษณะผัวเมียเช่นเดียวกับสมัยกรุงศรีอยุธยา ซึ่งมีบทกำหนดโทษเป็นโทษปรับสินไหม เนื่องจากในสมัยนี้เห็นว่าเป็นเรื่องของการกระทำที่ผิดต่อศีลธรรมอันดีงามและเป็นเรื่องการกระทำละเมิดต่อบุคคล ต่อมาในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 5) ได้มีการพัฒนากฎหมายให้เข้ากับสภาพสังคมที่ต้องมีการติดต่อกับต่างประเทศและพัฒนากฎหมายเพื่อให้ประเทศต่างๆ ยอมรับ ในช่วงนี้จึงมีการประกาศใช้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี รัตนโกสินทรศก 118 โดยมีแนวความคิดเปลี่ยนไปจากเดิม กล่าวคือ ยุคสมัยนี้เริ่มมีการมองว่าการกระทำความผิดดังกล่าวไม่ใช่มีเพียงการกระทำผิดต่อศีลธรรมอันดีงามและเป็นเพียงการล่วงละเมิดต่อบุคคลอีกต่อไป จึงมีการกำหนดโทษให้มีลักษณะเป็นบทลงโทษทางอาญาแทน เริ่มมีการใช้โทษจำคุกเพิ่มจากโทษปรับจากอดีต และกฎหมายต่อจากนั้นก็ได้รับอิทธิพลว่าการกระทำความผิดฐานดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดทางอาญา ดังปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127 ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของประเทศไทยและความผิดฐานนี้ก็ได้บัญญัติไว้เป็นความผิดในหมวดหนึ่งของประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน

จากลักษณะดังกล่าวจึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายไทยแต่เดิมมองว่าเป็นการกระทำที่ผิดต่อศีลธรรมอันดีงาม ความผิดเกี่ยวกับเพศนี้จึงมีวิวัฒนาการมาจากศาสนา เพราะความผิดฐานนี้ถูกกำหนดในพระอัยการลักษณะผัวเมีย โดยนำมาจากแนวความคิดของศาสนาพราหมณ์ และยังเป็น การกระทำที่ผิดต่อศีลข้อ 3 ตามศาสนาพุทธอีกด้วย อย่างไรก็ตามแม้ว่ากฎหมายในยุคแรกจะได้รับอิทธิพลของศาสนา แต่จะพบว่าแนวความคิดของอาชญากรรมประเภทนี้ได้มีวิวัฒนาการมาจากแนวความคิดและรูปแบบการลงโทษที่เปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลา เนื่องจากการได้รับอิทธิพลแนวความคิดจากประเทศตะวันตก จึงมีใช้มีเพียงเพื่อมุ่งคุ้มครองศาสนาหรือศีลธรรมอันดีงามอีกต่อไป

หากศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางเพศแล้วจะพบว่ามิใช่เพียงประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common law) และกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law) เท่านั้น แต่จะ

พบว่าระบบกฎหมายระบบอื่นยังมีการบัญญัติความผิดทางเพศเช่นกัน ได้แก่ ระบบกฎหมายศาสนา เช่น ระบบกฎหมายอิสลาม เป็นต้น แม้ว่าพื้นฐานความคิดของระบบกฎหมายและรูปแบบการลงโทษ และพื้นฐานความคิดทางกฎหมายจะแตกต่างกันก็ตาม แต่หากศึกษาจะพบว่าแนวความคิดการกำหนดโทษนั้นมีความคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ กฎหมายในยุคแรกได้รับอิทธิพลจากศาสนาเช่นเดียวกัน แม้ประเทศไทยจะได้รับอิทธิพลจากศาสนาพุทธและศาสนาพราหมณ์ และกฎหมายอิสลามจะได้รับอิทธิพลจากศาสนาอิสลามก็ตาม จะพบว่าการบัญญัติฐานความผิดมีความคล้ายคลึงกัน เช่น มีการกำหนดความผิดฐานผิดประเวณี หรือฐานข่มขืนกระทำชำเรา การมีความสัมพันธ์เพศเดียวกัน แต่เหตุที่ปัจจุบันทั้งสองระบบมีความแตกต่างกันอย่างมากทั้งเรื่องการกำหนดความผิดและรูปแบบการลงโทษนั้น เนื่องมาจากวิวัฒนาการของการเปลี่ยนแปลงเพื่อให้เข้ากับสภาพสังคมที่แตกต่างกัน

ระบบกฎหมายอิสลามเป็นระบบกฎหมายของผู้นับถือศาสนาอิสลามหรือชาวมุสลิม โดยประเทศที่นำเอากฎหมายอิสลามไปใช้บังคับจะเป็นประเทศที่มีประชาชนส่วนใหญ่นับถือศาสนาอิสลาม เนื่องจากกฎหมายอิสลามนี้มาจากหลักเกณฑ์ที่กำหนดจากหลักการของศาสนาอิสลาม แม้ว่าระบบกฎหมายนี้จะมาจากศาสนาก็ตาม แต่จะพบว่าหลักการของอิสลามนี้ได้มีการกำหนดโทษทางอาญา กระบวนการทางอาญาในการดำเนินคดีและวิธีปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดทางอาญาไว้เช่นกัน และต่อมาประเทศเหล่านี้จึงได้นำหลักการดังกล่าวมาพัฒนาและบัญญัติให้เป็นแนวทางในการปฏิบัติใช้ในประเทศของตนเองจนกลายเป็นกฎหมายที่มีสภาพบังคับใช้และมีผลให้ประชาชนในประเทศต้องถือปฏิบัติ และหากมีผู้ละเมิดก็ต้องได้รับโทษตามกฎหมายนั้น

บทลงโทษในฐานความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายอิสลามในปัจจุบันมีลักษณะที่แตกต่างจากกฎหมายไทยเป็นอย่างมาก กล่าวคือ ตามกฎหมายไทยนั้นจะกำหนดบทลงโทษสำหรับการกระทำที่อีกฝ่ายไม่ยินยอมเท่านั้น ดังนั้นการมีเพศสัมพันธ์แม้จะนอกการสมรสแต่หากทำโดยสมัครใจยินยอม ก็จะไม่มีความผิดทางอาญา แต่ตามกฎหมายอิสลามการกระทำในลักษณะนี้เป็นสิ่งที่ต้องห้ามและมีบทกำหนดโทษไว้¹ เพราะฉะนั้นความหมายของความผิดทางเพศของกฎหมายอิสลามคือการมีเพศสัมพันธ์นอกคู่สมรสตามกฎหมายของตนเอง และกรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงถือเป็นส่วนหนึ่งของความผิดฐานการมีเพศสัมพันธ์นอกการสมรสด้วย การลงโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศจะมีรูปแบบที่ใช้ลงโทษ 2 แบบซึ่งได้แก่บทลงโทษด้วยการโบย 100 ครั้ง สำหรับผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่ยังไม่เคยแต่งงาน และบทลงโทษด้วยการปาก้อนหินจนถึงแก่ความตายสำหรับผู้กระทำความผิดที่แต่งงานแล้ว

¹ มุฮัมมัดซาคี เจ๊ะหะ, บทลงโทษในกฎหมายอิสลาม (กรุงเทพมหานคร: อิสลามิกอะเคเดมี, 2547), หน้า 94.

เว้นแต่พยานหลักฐานไม่เพียงพอที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยรูปแบบดังกล่าวได้ ผู้กระทำความผิดจะถูกลงโทษด้วยรูปแบบโทษเป็นไปตามดุลยพินิจของผู้พิพากษาแทน ซึ่งการลงโทษตามกฎหมายอิสลามด้วยรูปแบบการโบยและการปาก้อนหินให้ถึงแก่ความตายนั้นซึ่งมีลักษณะที่รุนแรงกฎหมายอิสลามจึงถูกมองว่ามีบทลงโทษที่มีความรุนแรงสำหรับการลงโทษในปัจจุบัน แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายอิสลามได้เกิดขึ้นเนื่องมาจากการที่มีความต้องการที่จะรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมเช่นเดียวกับกฎหมายระบบอื่น ดังนั้นการศึกษาถึงวิวัฒนาการและความเป็นมาของกฎหมายอิสลามจะทำให้สามารถเข้าใจถึงแนวความคิดหรือปรัชญาในการกำหนดโทษฐานความผิดเกี่ยวกับเพศได้

สำหรับที่มาของกฎหมายอิสลามเริ่มแรกเกิดขึ้นที่นครเมกกะ ประเทศซาอุดีอาระเบีย² โดยแต่เดิมไม่ค่อยมีความชัดเจนมากนัก เนื่องจากการกำหนดโทษจะเป็นไปในทิศทางตามที่สำนักความคิดต่างๆ ได้ตีความกันจากคัมภีร์อัลกุรอานและจากแนวทางในการปฏิบัติของท่านนบีมุฮัมมัดคือลัลลอฮุอะลัยฮิวะซัลลิม ซึ่งเป็นศาสนทูตของพระเจ้าอัลลอฮ์ซุบฮานะฮฺวะตะอะลา ดังนั้นแนวทางปฏิบัติจึงมีความแตกต่างกันออกไป โดยในช่วงยุคนี้จะมีบทลงโทษ 2 กรณี ได้แก่ การลงโทษด้วยการโบย 100 ครั้ง สำหรับผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่ยังไม่เคยผ่านการสมรสแล้ว และการลงโทษด้วยการปาก้อนหินจนตาย สำหรับผู้กระทำความผิดที่เคยผ่านการสมรส ในช่วงศตวรรษที่ 16 กฎหมายอิสลามได้ถูกนำไปใช้บังคับเป็นกฎหมายชัดเจนในครั้งแรกปรากฏในประมวลกฎหมายของ Ottoman (Ottoman Criminal Code หรือ OCC) ซึ่งใช้ในจักรวรรดิออตโตมัน (Ottoman Empire) โดยบทลงโทษในสมัยนี้จะลงโทษด้วยการปาก้อนหินจนตาย และการลงโทษด้วยการจ่ายค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่มีพยานหลักฐานไม่เพียงพอที่จะลงโทษด้วยการปาก้อนหินจนตายได้³ ต่อมาช่วงศตวรรษที่ 18 และ 19 เป็นช่วงที่มีการล่าอาณานิคม ซึ่งส่งผลกระทบต่อให้บทลงโทษตามกฎหมายอิสลามได้มีการเปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ มีการยกเลิกบทลงโทษด้วยการปาก้อนหินให้ถึงแก่ความตาย คงเหลือแต่เพียงโทษโบยเท่านั้น แต่ต่อมาในศตวรรษที่ 20 กฎหมายอิสลามได้เปลี่ยนการลงโทษให้มีลักษณะเดิม กล่าวคือ มีการนำโทษการปาก้อนหินจนตายและโทษโบย แต่ทุกยุคสมัยการกระทำความผิดทางเพศตามกฎหมายอิสลามถือเป็นคดีความอันไม่สามารถยอมความได้ และผู้กระทำจะต้องได้รับโทษทางอาญา

² ณรงค์ ศิริปะชนะ, *ความเป็นมาของกฎหมายอิสลามและดาโต๊ะยุติธรรม* (กรุงเทพมหานคร: บพิธ, 2518), หน้า 13.

³ Rudolph Peters, *Crime and Punishment in Islamic Law : Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-First Century* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), p. 94.

เสมอ ซึ่งแตกต่างจากประเทศไทยในสมัยอยุธยาและรัตนโกสินทร์ตอนต้นที่มีบทลงโทษเพียงจ่ายค่าสินไหมทดแทน

จากการศึกษาวิวัฒนาการของกฎหมายไทยในเบื้องต้นพบว่ากฎหมายไทยแต่เดิมนั้นเห็นว่าการผิดทางเพศจะเป็นความผิดทางแพ่ง เป็นเรื่องของการละเมิดบุคคลและแนวคิดได้เปลี่ยนแปลงให้เข้าตามสังคมโลกเนื่องจากได้รับอิทธิพลจากแนวคิดของประเทศตะวันตก ในขณะที่กฎหมายอิสลามเห็นว่าความผิดดังกล่าวเป็นเรื่องทางอาญามาตั้งแต่สมัยอดีตและแม้ว่าในช่วงศตวรรษที่ 18 และ 19 จะได้รับอิทธิพลจากทางประเทศตะวันตกก็ตามแต่ความคิดไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปมากนัก จึงยังคงโทษด้วยการปาก้อนหินและการโบย

แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายทั้งสองระบบนี้มีสิ่งที่เหมือนกันคือพื้นฐานความคิดในเรื่องความผิดทางเพศโดยที่ทั้งประเทศไทยและกฎหมายอิสลามมีการวิวัฒนาการมาจากเห็นว่าเป็นสิ่งที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีงาม ดังนั้นในการลงโทษในอดีตของไทยก็มีความรุนแรงเช่นเดียวกับระบบกฎหมายอิสลาม แต่เหตุที่มีความแตกต่างในลักษณะการลงโทษปัจจุบัน เนื่องจากระบบกฎหมายของประเทศไทยได้รับแนวความคิดจากประเทศฝรั่งเศสซึ่งใช้ระบบซิวิลลอว์ และเป็นระบบที่มุ่งเน้นการคุ้มครองสิทธิผู้กระทำความผิดหรือต้องคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนเป็นสำคัญ ประเทศไทยจึงยกเลิกโทษที่มีความรุนแรง และกำหนดให้โทษหลักสำหรับความผิดฐานนี้เป็นโทษจำคุกและการปรับ ในระหว่างที่กฎหมายอิสลามยังมีแนวความคิดที่จะกำหนดโทษในลักษณะเดิมต่อมา เนื่องด้วยเหตุผลอันสำคัญทางศาสนา แต่ทั้งนี้ตามที่ได้อ้างมาแล้วระบบทั้งสองระบบจะมีแนวคิดและมีการกำหนดความผิดทางเพศเนื่องจากเมื่อเกิดขึ้นแล้วก็จะก่อให้เกิดความไม่สงบเช่นกัน จึงได้กำหนดเป็นฐานความผิดทางอาญาลักษณะเดียวกันไว้ด้วย

ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามมีวิวัฒนาการลงโทษมาอย่างยาวนาน การศึกษาเปรียบเทียบวิวัฒนาการของระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายอิสลามจะสามารถทำให้เห็นถึงเหตุผลเบื้องหลังในการบัญญัติโทษสำหรับความผิดทางเพศในช่วงยุคสมัยต่างๆ ได้ ทั้งยังสะท้อนให้เห็นถึงปัจจัยที่ทำให้แนวความคิดในการบัญญัติโทษเปลี่ยนแปลงไปเช่นกัน แต่เนื่องจากในปัจจุบันยังไม่มีการศึกษาเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศของระบบกฎหมายอิสลาม แม้จะเป็นระบบกฎหมายหนึ่งของโลกที่กำหนดให้อาชญากรรมทางเพศเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรงมากและทั่วโลกให้ความสนใจเกี่ยวกับความผิดและรูปแบบการลงโทษ จึงเป็นที่มาให้ผู้ศึกษาทำการศึกษาเปรียบเทียบทั้งระบบกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามเพื่อจะได้ทราบพื้นฐานแนวความคิดของ

กฎหมายและเพื่อก่อให้เกิดองค์ความรู้ใหม่ในเรื่องความผิดทางเพศ ตลอดจนแนวความคิดที่กฎหมายไทยมิได้บัญญัติให้การกระทำความผิดทางเพศเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรงเหมือนดังเช่นกฎหมายอิสลาม

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อให้มีความเข้าใจเกี่ยวกับวิวัฒนาการและแนวความคิดหรือการกำหนดความผิดฐานกระทำความผิดทางเพศ
2. เพื่อศึกษาปรัชญาพื้นฐานในการกำหนดบทลงโทษของกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามตามทัศนะของไทยและอิสลาม
3. เพื่อเปรียบเทียบวิวัฒนาการ แนวความคิดและปรัชญาของการกำหนดบทลงโทษเกี่ยวกับความผิดทางเพศตามกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลาม
4. เพื่อให้เกิดองค์ความรู้ใหม่ในด้านวิวัฒนาการของกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามเกี่ยวกับการบัญญัติความผิดในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศ

1.3 สมมติฐาน

แนวความคิดและรูปแบบของการลงโทษของการกระทำความผิดทางเพศของประเทศไทยและตามกฎหมายอิสลามมีวิวัฒนาการอย่างยาวนานและมีการเปลี่ยนแปลงไปตามกระแสสังคมโลก รวมทั้งอิทธิพลจากกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตามเนื่องจากบริบทของสังคมและศาสนาที่ต่างกันจึงทำให้แนวคิดของฐานความผิดและรูปแบบการลงโทษในปัจจุบันมีความแตกต่างกัน

1.4 วิธีการดำเนินการ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้วิธีการวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยการค้นคว้าจากหนังสือ ตำรา บทความ วารสารของทั้งประเทศไทยและต่างประเทศ รวมทั้งกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายอิสลาม โดยกฎหมายไทยจะศึกษาตั้งแต่กฎหมายตราสามดวงจนถึงประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน ส่วนกฎหมายอิสลามจะศึกษาจากประมวลกฎหมายอาญาของ

ต่างประเทศที่ได้นำเอากฎหมายอิสลามไปใช้ รวมถึงแหล่งที่มาของกฎหมายอิสลาม เช่น คัมภีร์อัลกุรอานและอัลหะดีษ (แนวทางการปฏิบัติของท่านนบีมุฮัมมัดฯ) เพื่อนำข้อมูลที่ได้มาวิเคราะห์แนวความคิดหรือนโยบายในการกำหนดโทษ และเพื่อเป็นแนวทางในการพัฒนาโทษในฐานความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศไทยต่อไป

1.5 ขอบเขตการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาเปรียบเทียบฐานความผิดเกี่ยวกับเพศระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลาม โดยจะเน้นการศึกษาในเรื่องวิวัฒนาการและปรัชญาแนวความคิดของการบัญญัติโทษดังกล่าว โดยเฉพาะในส่วนสารบัญญัติรวมทั้งศึกษาถึงกฎหมายของต่างประเทศซึ่งได้นำกฎหมายอิสลามไปประยุกต์ใช้ในประเทศของตนด้วย ทั้งนี้เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบให้เห็นถึงลักษณะความเหมือนและความแตกต่างของการกำหนดโทษของทั้งสองระบบกฎหมาย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. สามารถเข้าใจวิวัฒนาการและแนวความคิดหรือการกำหนดความผิดฐานกระทำความผิดทางเพศ
2. เพื่อศึกษาปรัชญาพื้นฐานในการกำหนดบทลงโทษของกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามตามทัศนะของไทยและอิสลาม
3. เพื่อเปรียบเทียบวิวัฒนาการ แนวความคิดและปรัชญาของการกำหนดบทลงโทษเกี่ยวกับความผิดทางเพศตามกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลาม
4. เพื่อให้เกิดองค์ความรู้ใหม่ในด้านวิวัฒนาการของกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามเกี่ยวกับการบัญญัติความผิดในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศ

บทที่ 2

วิวัฒนาการ แนวความคิด ทฤษฎี

และกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับความผิดทางเพศตามกฎหมายไทย

มนุษย์อยู่ร่วมกันในสังคม ย่อมต้องก่อให้เกิดปัญหาขึ้น ปัญหาด้านหนึ่งที่มีผลกระทบต่อ การดำรงชีวิตความเป็นอยู่ของบุคคลในสังคม คือ ปัญหาด้านอาชญากรรม ดังนั้นจึงจำเป็นต้อง สร้างกฎเกณฑ์ต่างๆ เพื่อกำหนดขอบเขตให้คนในสังคมปฏิบัติตามหรือเพื่อที่จะควบคุมความประพฤติ ของบุคคลในสังคม หากบุคคลใดไม่ปฏิบัติตามย่อมจะต้องถูกลงโทษ เพื่อให้สังคมเกิดความปลอดภัย และความสงบสุข กฎเกณฑ์ประเภทหนึ่งที่กำหนดเป็นมาตรการเพื่อควบคุมพฤติกรรมของบุคคลใน สังคมเป็นสิ่งสำคัญได้แก่กฎหมาย ซึ่งกฎหมายถูกสร้างขึ้นเพื่อมุ่งคุ้มครองชีวิต ความปลอดภัยของ ร่างกาย ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่ง และเพื่อที่จะมุ่งคุ้มครองสิ่งดังกล่าว กฎหมายจึงได้กำหนด ความผิดหลายฐานความผิดเพื่อให้บังคับใช้กฎหมายได้เหมาะสมแก่การกระทำที่มีความแตกต่างกันไป หรืออาจกล่าวได้ว่าเพื่อที่จะอธิบายถึงปัญหาหากกฎหมายในรูปแบบใดบ้างที่ได้รับนับถือว่าเป็น กฎหมายอาญา¹ ปัจจุบันอาชญากรรมประเภทหนึ่งที่มีผลกระทบต่อสังคมเป็นอย่างมาก ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับเพศ เช่น ความผิดฐานกระทำอนาจาร และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เป็นต้น เนื่องจากเมื่ออาชญากรรมประเภทนี้เกิดขึ้นแล้วเมื่อใด ไม่เพียงแต่จะเกิดผลกระทบเฉพาะเหยื่อ ผู้ถูกระทำเท่านั้น แต่ยังส่งผลถึงสมาชิกของสังคมนั้นๆ ด้วย เพราะอาชญากรรมประเภทนี้จะก่อให้เกิด สมาชิกในสังคมเกิดความหวาดกลัว และไม่สามารถดำเนินชีวิตได้อย่างสงบสุข จากการศึกษาพบว่า ประเทศไทยนั้นตระหนักถึงปัญหาของอาชญากรรมประเภทนี้มาตั้งแต่สมัยอดีต และมีวิวัฒนาการ ด้านแนวความคิดและการกำหนดโทษมาเป็นระยะเวลาที่ยาวนาน โดยพบว่าแม้จะมีการเปลี่ยนแปลง ไปเพื่อให้สอดคล้องกับสังคมในยุคสมัยนั้นๆ แต่แนวความคิดตั้งแต่ในสมัยอดีตได้มีอิทธิพลเป็นอย่าง มากต่อแนวความคิดและการกำหนดโทษของฐานความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายปัจจุบัน

2.1 ลักษณะความผิดของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญาของ ประเทศไทย

“ความผิดเกี่ยวกับเพศ” คือความผิดในลักษณะ 9 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งมีทั้ง ความผิดที่กระทำต่อ “เสรีภาพในทางเพศ” กล่าวคือ เสรีภาพในการที่จะกำหนดความสัมพันธ์ในทาง

¹ คณิศ ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556), หน้า 65.

เพศด้วยตนเองของบุคคลและ “ความผิดเกี่ยวกับการชู้ตริตในทางเพศ” รวมตลอดถึง “ความผิดเกี่ยวกับความยอมรั้งเกี่ยวกับเพศ”²

การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นฐานความผิดที่บัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา โดยประกอบไปด้วยความผิด ดังต่อไปนี้

1. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (มาตรา 276 และ 277)
2. ความผิดฐานกระทำอนาจาร (มาตรา 278 และมาตรา 279)
3. ความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่ออนาจารซึ่งชายหรือหญิง แม้ผู้นั้นจะยินยอมก็ตาม หรือรับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือพาไปหรือสนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าวเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น (มาตรา 282)
4. ความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิง โดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชี้ย ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด หรือรับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือพาไป หรือสนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าวเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น (มาตรา 283)
5. ความผิดฐานพาเด็กไม่เกิน 18 ปีไปเพื่อการอนาจาร แม้เด็กนั้นจะยินยอมก็ตาม หรือซ่อนเร้นเด็กซึ่งถูกพาไปดังกล่าว (มาตรา 283 ทวิ)
6. ความผิดฐานพาผู้อื่นไปเพื่อการอนาจาร โดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชี้ย ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด หรือซ่อนเร้นบุคคลซึ่งถูกพาไปดังกล่าว (มาตรา 284)
7. ความผิดฐานดำรงชีพออยู่แม่เพียงบางส่วนจากรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณี (มาตรา 286)
8. ความผิดฐานแพร่สิ่งลามก (มาตรา 287)

แต่ในการวิจัยนี้ จะขอศึกษาเฉพาะกรณีความผิดที่กระทำต่อ “เสรีภาพในทางเพศ” ซึ่งได้แก่ความผิดฐานการข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำอนาจารเท่านั้น

2.2 แนวความคิดและวิวัฒนาการของความผิดทางเพศตามกฎหมายไทย

การแบ่งยุคประวัติศาสตร์ของประเทศไทยนั้นโดยทั่วไปสามารถแบ่งยุคออกได้เป็น 4 ยุค ได้แก่ ยุคกรุงสุโขทัย ยุคกรุงศรีอยุธยา ยุคกรุงธนบุรี และยุคกรุงรัตนโกสินทร์ แต่สำหรับการแบ่งยุค

² คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด*, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 518.

ประวัติศาสตร์กฎหมายนั้นมิได้อาศัยรูปแบบการแบ่งยุคตามแบบประวัติศาสตร์ทั่วไป แต่จะพิจารณาถึงการเปลี่ยนแปลงในด้านกฎหมายเป็นหลัก ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ยุค ได้แก่ ยุคก่อนกฎหมายสมัยใหม่ (Pre-Modern Law) และยุคกฎหมายสมัยใหม่ (Modern Law) โดยถือเอาช่วงรัชกาลที่ 4 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์เป็นจุดแบ่ง เพราะเป็นระยะเวลาที่ประเทศไทยได้รับอิทธิพลของกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งเป็นกฎหมายสมัยใหม่เข้ามาในประเทศจนมีการจัดทำประมวลกฎหมายในเวลาต่อมา³

2.2.1 ยุคก่อนกฎหมายสมัยใหม่ของประเทศ (Pre-Modern Law)

แม้ว่าประเทศไทยจะมีลายลักษณ์อักษรครั้งแรกในสมัยสุโขทัยซึ่งอาจเป็นยุคแรกที่จะสามารถเริ่มต้นศึกษากฎหมายไทยก็ตาม แต่เรื่องเกี่ยวกับกฎหมายมีมาตั้งแต่สมัยก่อนลายลักษณ์อักษร แต่อาจเรียกต่างกันไป กล่าวคืออาจเรียกกันว่า คำสั่งคำบัญชาบ้าง เรียกว่าข้อบัญญัติบ้าง บทบัญญัติบ้าง⁴ แต่เนื่องจากเป็นช่วงก่อนที่จะมีการจารึกเป็นลายลักษณ์อักษร การศึกษากฎหมายในช่วงนี้จึงอาจเป็นการยาก ดังนั้นการเริ่มต้นการศึกษาอาจสามารถเริ่มตั้งแต่ในช่วงกรุงสุโขทัย ซึ่งเป็นยุคแรกที่มีการจารึกเรื่องราวเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นครั้งแรกของประเทศไทย รวมถึงการจารึกในด้านกฎหมายด้วยเช่นกัน

2.2.1.1 ยุคกรุงสุโขทัย

กฎหมายในยุคกรุงสุโขทัยถือเป็นยุคแรกที่มีการบันทึกเกี่ยวกับสภาพบ้านเมืองรวมทั้งในด้านกฎหมายด้วยจนสะท้อนให้เห็นถึงลักษณะกฎหมายที่บังคับใช้ในสมัยยุคนั้น โดยกฎหมายในสมัยสุโขทัยจะมีลักษณะเป็นกฎหมายชาวบ้าน (Volksrecht) กล่าวคือเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นจากผลธรรมชาติของสามัญชนหรือสามัญสำนึก เป็นเรื่องความรู้สึกผิดชอบและชั่วดีที่เกิดจากการประพฤติปฏิบัติต่อกันมาเป็นเวลานาน โดยมีพื้นฐานที่สำคัญมาจากความคิดเรื่องทางศีลธรรม หลักฐานสำคัญที่ปรากฏในสมัยนี้คือหลักศิลาจารึก ในรัชกาลของพ่อขุนรามคำแหงมหาราช ซึ่งทั่วโลกสนใจว่าเป็นประดุกฎรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทย⁵ และทำให้ทราบถึงสภาพสังคม วิถีชีวิตและกฎหมายบางประการที่ถือปฏิบัติในสมัยนั้น

³ แสง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552), หน้า 49-50.

⁴ หลวงสุทริวาทนพฤทธิ, คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ชั้นปริญญาโท พุทธศักราช 2512 – 2513 (พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), หน้า 109.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 108.

ด้านกฎหมายนั้นปรากฏอยู่ในหลักศิลาจารึกหลักที่ 1 ซึ่งมี 4 ด้าน โดยในด้านที่ 1 บรรทัดที่ 19 – บรรทัดสุดท้าย ด้านที่ 2 เป็นเรื่องกฎหมายทั้งหมด คือ 35 บรรทัด ด้านที่ 3 หมดทั้งด้าน คือ 27 บรรทัด และด้านที่ 4 มีเรื่องกฎหมายตั้งแต่บรรทัดที่ 1 –16 เท่านั้น ส่วนบรรทัดที่ 17 – 27 เป็นเรื่องอื่น⁶

กฎหมายที่ปรากฏในหลักศิลาจารึกได้แก่⁷

- (1) กฎหมายเกี่ยวข้องกับการห้ามเก็บภาษีผ่านด่านภายในประเทศ
- (2) กฎหมายว่าด้วยเสรีภาพในการค้าขาย
- (3) กฎหมายมรดก
- (4) กฎหมายลักษณะตระลาการ
- (5) กฎหมายระหว่างประเทศ
- (6) กฎหมายว่าด้วยคำร้องเรียนหรือเรื่องราวร้องทุกข์ในสมัยสุโขทัยหรือข้อบัญญัติเรื่องทูลเกล้าฯ ถวายฎีกา
- (7) กฎหมายเกี่ยวกับที่ดินและบ่อหรือสระน้ำ
- (8) กฎหมายอาญาสุโขทัย ปรากฏว่ามีการจารึกกำหนดโทษทางอาญา แต่จะเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นการประทุษร้ายต่อทรัพย์

กฎหมายอาญาที่ปรากฏในหลักศิลาจารึก ได้แก่ กฎหมายลักษณะโจร โดยไม่ปรากฏถึงการกำหนดความผิดของการกระทำที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางเพศ และกำหนดโทษทางอาญา มีเพียงโทษปรับเท่านั้นซึ่งกำหนดไว้ในกฎหมายลักษณะโจร

2.2.1.2 ยุคกรุงศรีอยุธยา

กฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยา มีตราไว้ทั้งเป็นกฎหมายสารบัญญัติกำหนดสิทธิและหน้าที่ของปวงชน ตลอดจนวิธีบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาตัดสินอรรถคดี มีทั้งกฎหมายปกครอง เป็นทำนองรัฐธรรมนูญ ปกครองแผ่นดินมากมายหลายลักษณะรวมเป็นมาตราทั้งสิ้นทุกลักษณะแล้วมีถึง 1603 บท⁸ โดยบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางเพศถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะผัวเมีย ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ตราขึ้นมาในแผ่นดินสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 ดังนั้นการกระทำความผิดทางเพศ

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 109.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 135 – 178.

⁸ เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายสมัยอยุธยา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 27.

ปรากฏครั้งแรกสมัยกรุงศรีอยุธยาในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน แต่เนื่องจากการเสียกรุงของกรุงศรีอยุธยาจึงทำให้กฎหมายที่ใช้บังคับในช่วงยุคนั้นสูญหายไปเป็นอย่างมาก แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายของกรุงศรีอยุธยาถูกนำมาใช้บังคับเป็นกฎหมายในช่วงยุครัตนโกสินทร์ตอนต้นด้วย ดังนั้นจึงสามารถศึกษาพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งใช้บังคับต่อมาในยุครัตนโกสินทร์ตอนต้น

2.2.1.3 ยุครัตนโกสินทร์ตอนต้นก่อนรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว

กฎหมายในช่วงยุคต้นของกรุงรัตนโกสินทร์ที่มีปรากฏเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศมี 2 ฉบับ ได้แก่ พระราชกำหนดใหม่และพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน

(1) พระราชกำหนดใหม่

หากสังเกตในกฎหมายตราสามดวงจะพบว่ามีการใช้คำว่า “พระราชกำหนดเก่า” และ “พระราชกำหนดใหม่” ความแตกต่างก็คือพระราชกำหนดเก่าคือพระราชกำหนดที่จดจำได้มาแต่ครั้งกรุงศรีอยุธยา แต่พระราชกำหนดใหม่มาสะสมรวมกันในสมัยรัตนโกสินทร์⁹ ส่วนพระราชกำหนดใหม่ที่เกี่ยวข้องกับกระทำความผิดทางเพศได้ตราขึ้น ณ วันพฤหัสบดี เดือน 8 แรม 8 ค่ำ จุลศักราช 1144 โดยพระราชกำหนดใหม่นี้ยึดเอาศีลข้อ 3 ในทางพุทธศาสนาที่ว่า “พึงงดเว้นจากการล่วงเกินบุตรภรรยาผู้อื่น” ดังต่อไปนี้¹⁰

1. การห้ามข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นที่มีใ้บุตรภรรยาของตน เว้นแต่หญิงนั้นจะยินยอมสมัครใจ
2. ในกรณีที่หญิงยินยอมสมัครใจ กฎหมายก็สามารถเอาผิดกับชายได้หากหญิงนั้นเป็นเด็กที่ไม่มีความต้องการทางเพศ หรือกรณีที่หญิงยินยอมสมัครใจเนื่องจากเข้าใจผิดคิดว่าชายเป็นสามีตนเอง

⁹ แสง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 94-95.

¹⁰ ประสิทธิ์ พัฒนามร, "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522), หน้า 14.

3. พระราชกำหนดใหม่ถือว่าการร่วมประเวณี หรือเสพเมถุนทางอวัยวะ 3 แห่ง กล่าวคือ การร่วมประเวณีทางทวารปาก ทวารเบา และทวารหนัก ถือเป็น “อกุศลจิต” และ “ขาดศีล”

จากการบัญญัติกฎหมายดังกล่าว มีสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้¹¹

1. ห้ามข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นซึ่งมิใช่บุตรภรรยาของตน เว้นแต่หญิงนั้นจะยินยอมสมัครใจ

2. แม้หญิงนั้นจะยินยอมสมัครใจด้วย กฎหมายก็เอาผิดชายได้ ถ้าหญิงนั้น “เป็นเด็กนกำนันมิได้ปรารถนาเมถุน” หรือยินยอมด้วย เพราะ “ใส่ใจสำคัญว่าชายเป็นผิว”

3. พระราชกำหนดใหม่อ้างว่า การร่วมประเวณี หรือเสพเมถุนทางอวัยวะ 3 แห่ง เป็น “อกุศลจิต” และ “ขาดศีลธรรม” กล่าวคือ การร่วมประเวณีทางทวารปาก 1 ทวารเบา 1 ทวารหนัก 1 ข้อที่น่าสังเกตคือ การร่วมประเวณีเช่นนี้ แม้ตามกฎหมายในยุโรปและสหรัฐอเมริกา ก็ถือว่าเป็นความผิดทางอาญา เพราะวิถิตถารผิดธรรมตามมนุษย์

ก่อนที่ประเทศไทยจะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติขึ้น พลเมืองไทยนับถือสถาบันศาสนาเป็นจารีตหรือบรรทัดฐานที่ทุกคนยอมรับ ดังนั้นพระราชกำหนดกฎหมายของไทยแต่โบราณ จึงลงโทษผู้กระทำความผิดฐานล่วงเกินบุตรภรรยาผู้อื่นในทางอนาจารหรือประเวณี โดยถือว่านอกจากจะเป็นความผิดต่อเสรีภาพ ชื่อเสียงแล้ว ยังเป็นการผิดศีลธรรมในทางศาสนา เป็นการทำลายขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมไทยอย่างร้ายแรง¹²

(2) กฎหมายตราสามดวง: พระอัยการลักษณะผิดเมีย

กฎหมายตราสามดวงมีลักษณะเป็นการรวบรวมกฎหมายเก่าๆ ขึ้นเป็นเรื่องราว ตามรูปเดิม เรื่องหนึ่งๆ ถือเป็นกฎหมายฉบับหนึ่ง ในคำปรารภของแต่ละเรื่องจะกล่าวถึงเหตุแห่งการออกกฎหมายเรื่องนั้น และคำสั่งของพระมหากษัตริย์ที่ให้ตรากฎหมายนั้น จากลักษณะดังกล่าวจึงอาจถือได้ว่ากฎหมายตราสามดวงเป็นประมวลกฎหมาย แต่ก็ยังเป็นประมวลกฎหมายแบบเก่า ซึ่งเป็นที่รวบรวมกฎหมายที่ปรุงแต่งโดยนักกฎหมายและจารีตประเพณีสำคัญเท่านั้น แตกต่างจากประมวลกฎหมายสมัยใหม่ที่มีบทกฎหมายมีเนื้อหาครอบคลุมชีวิตสังคมทุกด้าน¹³ สำหรับกฎหมายซึ่ง

¹¹ นวลจันทร์ ทศนชัยกุล, รายงานการวิจัยการศึกษาความผิดเกี่ยวกับเพศ : กรณีข่มขืนกระทำชำเรา, หน้า 31.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 30.

¹³ แสง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 125.

ถือว่าเป็นแม่บทอันสำคัญเมื่อครั้งกรุงศรีอยุธยาก็คือคัมภีร์พระธรรมศาสตร์อันมีที่มาจากอินเดียตามความเชื่อในศาสนาฮินดู โดยไทยได้รับผ่านมอญซึ่งนับถือพุทธศาสนาเช่นเดียวกับไทย¹⁴ ซึ่งกฎหมายตราสามดวงจะใช้บังคับเฉพาะในเรื่องที่กระทบกับสังคมโดยตรง หรือความขัดแย้งขนาดที่อำนาจอิสระของเอกชนไม่สามารถหรือไม่เหมาะสมที่จะจัดการกันเองได้เท่านั้น ยังมีแดนอิสระซึ่งกฎหมายปล่อยให้เอกชนมีอำนาจจัดการความขัดแย้งที่เกิดขึ้นภายในได้เอง เช่น อำนาจอิสระที่บิดามารดามีอยู่เหนือบุตร สามียู่เหนือภรรยา มุลนายมีอยู่เหนือบ่าวไพร่ เป็นต้น¹⁵ โดยที่การกระทำ ความผิดทางเพศนั้นเริ่มปรากฏชัดเจนในพระอัยการลักษณะผัวเมียในกฎหมายตราสามดวงซึ่งบังคับใช้ในกรุงรัตนโกสินทร์และถือว่าเป็นแม่บทความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทย¹⁶

การตัดสินคดีในช่วงยุคนี้จะเป็นการตัดสินตามกฎหมายตราสามดวง แต่จะต้องไม่ขัดกับพระธรรมศาสตร์ ในกรณีที่ไม่สามารถตัดสินด้วยธรรมศาสตร์หรือกรณีที่หลักพระธรรมศาสตร์ไม่ได้กล่าวถึง พระมหากษัตริย์จะทรงตั้ง “พระราชกำหนดบทพระอัยการ” ขึ้นเพื่อเป็นแบบสำหรับพิพากษาเหตุคดีอย่างนั้นๆ ที่จะมีขึ้นในภายหลัง จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายสมัยโบราณนอกจากจะมีพระธรรมศาสตร์เป็นหลักในการวินิจฉัยคดีแล้วยังมี “พระอัยการ” หรือ “พระไอยการ” เฉพาะเรื่องเป็นแนวทางในการวินิจฉัยคดีเช่นกัน โดย คำว่า “อัยการ” หรือ “ไอยการ” นั้น หมายถึงกฎหมายพื้นฐานของแผ่นดินซึ่งทุกคนจะต้องปฏิบัติ¹⁷ ส่วนบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศถูกบัญญัติไว้ใน “พระอัยการลักษณะผัวเมีย” ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในครอบครัว ได้แก่ สามี ภรรยา บุตร บิดาและมารดา ทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา นอกจากนั้นยังกำหนดความผิดในขณะอยู่กินเป็นสามีและภริยากันอีกหลายประการ เช่น การเป็นชู้ การป้องกันเกียรติยศ และชื่อเสียงของสามีและการข่มขืนกระทำชำเราหญิงและเด็กหญิง เป็นต้น

ความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายตราสามดวง สามารถแบ่งได้ 3 ฐานความผิด ได้แก่ ความผิดฐานผิดประเวณีหรือมีชู้ ความผิดฐานข่มขืนยังมีถึงชำเรา และความผิดฐานข่มขืนจนถึงชำเรา

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 84.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 125.

¹⁶ ศิวตี เกิดเจริญ, "ผลกระทบจากการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), หน้า 20.

¹⁷ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 94.

(1) ความผิดฐานผิดประเวณีหรือมีชู้หรือการผิดภริยาผู้อื่น แบ่งออกเป็น ได้แก่ ผิดภรรยาท่านถึงชำเราหรือเป็นชู้ และผิดภริยาท่านยังไม่ถึงชำเรา

ก. ผิดภรรยาท่านยังชำเรา หรือเป็นชู้ (ตามมาตรา 4)

การลงโทษฐานผิดภรรยาท่านถึงชำเราหรือเป็นชู้สามารถลงโทษกับชายและหญิงที่กระทำชู้ โดยหญิงจะต้องได้รับโทษประจานซึ่งเป็นการลงโทษที่กระทำกับเนื้อตัวร่างกายของผู้กระทำความผิดอันเป็นลักษณะของโทษทางอาญา ฉะนั้นการกระทำชู้จึงเป็นความผิดฐานหนึ่งในกฎหมายอาญาในยุคนั้น

การจะพิจารณาว่าเป็นการกระทำความผิดฐานผิดประเวณีหรือเป็นชู้หรือไม่จะต้องพิจารณาว่าขณะที่ได้กระทำความผิดนั้นหญิงผู้ที่ได้เป็นชู้ยังคงอยู่ในอำนาจการปกครองของสามีหรือไม่ ซึ่งบางกรณีแม้หญิงผู้นั้นจะไม่ได้อยู่ร่วมกับภริยาแต่ก็ยังถือว่าเป็นภริยาของชายซึ่งเป็นสามีอยู่ เช่น กรณีศพของสามีหญิงยังคงอยู่บนเรือนของภริยา (ตามมาตรา 30) หากหญิงนั้นมีความสัมพันธ์กับชายอื่นถือว่าทั้งชายและหญิงนั้นได้กระทำชู้กัน เนื่องจากถือว่าการสมรสระหว่างหญิงผู้นั้นกับสามีของหญิงนั้นยังไม่ขาดจากกัน ภริยาจึงยังไม่สามารถมีสามีใหม่ได้ ส่วนการจะเป็นสามีภรรยาตามกฎหมายพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนนั้น แม้มิได้กำหนดว่าจะต้องจดทะเบียนสมรสให้ถูกต้องตามกฎหมายในปัจจุบัน แต่การจะเป็นสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องมีหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้¹⁸

1. ชายหญิงทั้งสองฝ่ายได้อยู่กินหลับนอนกันโดยมีเจตนาเป็นสามีภรรยา
2. บิดามารดาหรือผู้เป็นอิสระแก่หญิง (ผู้มีอำนาจปกครอง) ยินยอมยกหญิงให้เป็นภรรยาชายโดยหญิงนั้นยินยอม

การที่ชายหญิงได้เสียกันโดยไม่มีเจตนาเป็นสามีภรณากันก็ย่อมจะไม่มีทางเป็นสามีภรณากันเพราะไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่ 1 แต่หากความเป็นจริงหลักเกณฑ์ข้อ 2 ก็มีความสำคัญเท่าเทียมกัน เพราะแม้ว่าชายหญิงจะกินอยู่หลับนอนกันโดยมีเจตนาเป็นสามีภรณาก็ตาม ถ้าเป็นเรื่องที่บิดามารดาไม่ยินยอมยกหญิงให้เป็นภรรยาชายก็ดี หรือชายลักพาหญิงหนีไปก็ตีหรือลักลอบได้เสียกันเองก็ดี ไม่ถือว่าเป็นสามีภรณากันโดยชอบด้วยกฎหมาย นอกเสียจากพ่อแม่หญิงจะยินยอมยกหญิงให้เป็นภรรยาชายหรือตีด้วยในภายหลัง¹⁹

¹⁸ ดวงจิตต์ กำประเสริฐ, ประวัติศาสตร์กฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: ประชาชน, 2530), หน้า 77.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีแม้ว่าหญิงจะยังมีได้สมรสกับชายซึ่งเป็นสามีแต่ก็อาจเป็นการกระทำคู่ได้ซึ่งเรียกว่า “ผิดเมียในชั้นหมาก” หมายถึงการที่ชายมาสู่ขอหญิงโดยมีชั้นหมากหมั้นกันไว้แล้ว แต่ก่อนที่จะถึงกำหนดวันแต่งงานมีชายมาทำชู้กับหญิงผู้ที่ตนจะแต่งงานด้วย ชู้ผู้นั้นจะต้องถูกลงโทษด้วยการปรับไหม

สาเหตุประการหนึ่งที่พระอัยการลักษณะผิดเมียกำหนดให้ความผิดฐานผิดประเวณีหรือมีชู้เป็นความผิดทางอาญา เห็นได้จากการที่กฎหมายและประเพณีโบราณของไทยไม่ยินยอมให้หญิงมีสามีได้มากกว่าหนึ่งคน แต่อนุญาตให้ชายมีภรรยาได้หลายคน ซึ่งปรากฏให้เห็นได้จากการที่พระอัยการลักษณะผิดเมียนี้ได้จัดลำดับชั้นของภรรยาออกเป็น 3 ลำดับชั้น คือ

1. เมียกลางเมือง ได้แก่ “หญิงอันบิดามารดากุมมือให้เป็นเมียชาย” หรือ ภรรยาหลวงหรือเป็นภรรยาที่ทำการสมรสตามขนบธรรมเนียมประเพณี
2. เมียกลางนอก ได้แก่ “กรณีชายขอหญิงมาเลี้ยงเป็นอนุภรรยา หล้นเมียหลวงลง” หรือ ภรณยาน้อยหรืออนุภรรยา ซึ่งจำนวนนั้นมีได้ไม่จำกัดจำนวน
3. เมียกลางทาศิ ได้แก่ “หญิงใดมีทุกข์ยาก ชายช่วยไถ่ได้มาเห็นหมดหน้าเลี้ยงเป็นเมีย” หรือ “ภรรยาทาส” หรือภรรยาซึ่งเคยเป็นทาสมาก่อนแล้วชายได้ช่วยไถ่มาและเลี้ยงดูเป็นภรรยา ซึ่งจำนวนมีได้ไม่จำกัดจำนวนเช่นกัน

จากการจัดลำดับชั้นเมียในพระอัยการลักษณะผิดเมียจึงเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าชายสามารถมีภรรยาได้หลายคน โดยกฎหมายไม่ได้กำหนดเช่นเดียวกันในกรณีของหญิง จึงแสดงว่าสังคมในสมัยนี้ไม่ยินยอมการที่หญิงมีชายอื่นนอกจากสามีตน ดังนั้นหากหญิงไปมีชู้จึงจำเป็นต้องรับโทษตามกฎหมาย

ข. ผิดภริยาท่านยังไม่ถึงชำเรา (ตามมาตรา 2) ซึ่งกำหนดเป็นเพียงการกระทำมีลักษณะเป็นการเล้าโลม จับมือ ถือนม กอดจูบภริยาของผู้อื่น หรือการไปหาภริยาของผู้อื่นในบ้านเรือน ในเวลาที่สามีไม่อยู่หรือที่ลับสองต่อสองหรือห้องนอน หรือเป็นลักษณะการลักลอบพุดจา

(2) ความผิดฐานข่มขืนยังมีถึงชำเรา

มาตรา 2 บัญญัติว่า “ผู้ใดเล้าโลมจับมือถือนมกอดจูบเมียท่านก็ดี ผัวท่านไม่อยู่ไปหาเมียท่านถึงในเรือน แลในสถานที่ลับไม่มีผู้ใดอยู่ด้วยเป็นค่านับก็ตี ไปหาเมียท่านถึงในห้องนอน อยู่

แต่สองต่อสองก็ดี ท่านให้ไหมชายนั้นถึงเบียดประณิดเมีย ถ้าผู้ใดกล่าวคำแพะโลมเมียท่านก็ดี ลักลอบ พูจดด้วยเมียท่านก็ดี พิจารณาเป็นสัจไซ้ให้ไหมชายนั้นถึงเบียดชกมือถือนมกอดจูบนั้น”

มาตรา 75 บัญญัติว่า “บุรุษผู้ใดจับมือหยอกบุตรท่านก็ดี ขึ้นไปถึงที่นอนบุตรท่านก็ดี แลลุดลากบุตรท่านไปจับกอดทำชู้แลทำประการใดก็ดี ท่านว่าชายนั้นผิดให้ลงโทษโดยโทษานุโทษ”

มาตรา 76 บัญญัติว่า “ชายใดมีเมียแล้ว ช่มชื่นลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ไหมชายนั้นถึงประณิดเมีย ถ้าช่มชื่นมิถึงชำเราให้ไหมถึงถึงชำเรา”

มาตรา 77 บัญญัติว่า “ชายหาเมียมิได้ ช่มชื่นลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ไหมชายนั้นถึงเบียดชายมีเมียแล้ว ถ้าช่มชื่นมิถึงชำเรา ให้ไหมถึงถึงชำเรา”

ความผิดฐานช่มชื่นยังมีถึงชำเรานี้กฎหมายบัญญัติลักษณะการกระทำ เช่น การจับมือ ถือนม กอดจูบ ลักลอบทำชู้ หรือขึ้นไปหาบุตรหญิงของผู้อื่นถึงในเรือน หรือทำพฤติกรรมใดๆ ก็ตามแก่บุตรหญิงของผู้อื่น แม้กฎหมายจะมีได้ใช้คำว่าความผิดฐานกระทำอนาจารก็ตาม แต่หากเปรียบเทียบลักษณะดังกล่าวเห็นว่าเป็นการกระทำที่ยังไม่ถึงเป็นการช่มชื่นกระทำชำเรา เป็นเพียงแต่การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศเท่านั้น ความผิดฐานนี้จึงอาจถือเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามความหมายของกฎหมายปัจจุบัน ซึ่งจากการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวจะพบว่ากฎหมายใช้คำว่า “เมียท่าน” หรือ “บุตรท่าน” แสดงให้เห็นว่าความผิดฐานนี้มุ่งที่จะคุ้มครองอำนาจของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือสามีของผู้เสียหายที่มีต่อหญิง ดังนั้นผู้กระทำความผิดต้องรับโทษแม้หญิงจะเต็มใจหรือยินยอมให้ชายกระทำก็ตาม เพราะกฎหมายมุ่งคุ้มครองเกียรติของชายผู้ปกครองหรือชายผู้เป็นสามีเพื่อมิให้ถูกติฉินนินทาเพราะถูกหมิ่นเกียรติ²⁰

(3) ความผิดฐานช่มชื่นจนถึงชำเรา

การกระทำความผิดฐานช่มชื่นจนถึงชำเรา สามารถแบ่งความผิดได้ออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ ความผิดฐานช่มชื่นจนถึงชำเราทำแก่หญิง และความผิดฐานช่มชื่นจนถึงชำเราทำแก่เด็กหญิง

ก. ความผิดฐานช่มชื่นจนถึงชำเราทำแก่หญิง

มาตรา 1 บัญญัติว่า “ชายใดช่มชื่นภริยาท่านถึงชำเรา ให้ไหมประณิดเมีย ทวีคูณ”

มาตรา 76 บัญญัติว่า “ชายใดมีเมียแล้ว ช่มชื่นลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ไหมชายนั้นถึงประณิดเมีย”

²⁰ ศิวดี เกิดเจริญ, "ผลกระทบจากการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานช่มชื่นกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550," หน้า 22.

มาตรา 77 บัญญัติว่า “ชายหาเมียมิได้ ช่มชื่นลูกสาวหลานสาวท่านถึงข้าเรา ให้ไหมชายนั่นถึงเบี้ยชายมีเมียแล้ว”

จากบทบัญญัติดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่าเป็นการกำหนดความผิดฐานช่มชื่นกระทำข้าเราในยุคนี้มิได้มีขึ้นหรือมีอยู่เพื่อเป็นการปกป้องหญิงแต่อย่างใด หากแต่เกิดจากวัตถุประสงค์ของสังคมในอันที่จะปกป้องสิทธิในทรัพย์สินของชาย²¹ เนื่องจากการทำให้หญิงสูญเสียคุณค่าความเป็นหญิงหรือพรหมจรรย์ ผลคือหญิงยอมเสียโอกาสที่จะแต่งงาน หรือหากแต่งงานแล้ว ค่าตัวของหญิงซึ่งเป็นทรัพย์สินทางเพศของชายก็จะเสื่อมราคาไป ค่านิยมหรือความเชื่อในสังคมเช่นนี้ได้ถ่ายทอดตลอดมาว่าชายผู้เป็นเจ้าของหญิงได้สูญเสียสิทธิผูกขาดในตัวหญิง เป็นการทำลายศักดิ์ศรีและเกียรติยศของชายผู้เป็นเจ้าของหญิง²²

นอกจากนั้น ความผิดฐานนี้ยังมีข้อแตกต่างกับกฎหมายปัจจุบันอีกประการหนึ่ง คือกรณีช่มชื่นกระทำข้าเราภรรยา สามีจะไม่มีผิด เพราะเมื่อสามีอิสระที่จะปกครองภริยาอย่างเต็มที่แล้วย่อมส่งผลให้การมีเพศสัมพันธ์ต่อกันระหว่างสามีภริยากลายเป็นหน้าที่ที่ภรรยาจะต้องตอบสนองไม่อาจขัดขืนปองปิดได้ จึงไม่ปรากฏว่าการกระทำที่เรียกว่าช่มชื่นต่อภริยาในสมัยนั้น ประกอบกับหากภริยาหิบบกกล่าวอ้างว่าสามีมช่มชื่นตน ภริยาอาจจะต้องความผิดว่าทำหยาบช้าแก่สามีตามบทบัญญัติกฎหมายได้²³ ภริยาทั้งหลายจึงเกิดความเกรงกลัวมิกล้าที่จะกล่าวโทษสามี²⁴

ลักษณะความผิดฐานช่มชื่นจนถึงข้าเราตามพระอัยการลักษณะผัวเมียนั้นเป็นการร่วมประเวณีระหว่างชายกับหญิงตามธรรมชาติและหญิงนั้นเป็นหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนเองและกระทำโดยปราศจากความยินยอมของหญิงผู้นั้น ฉะนั้นหากหญิงให้ความยินยอมแล้ว การกระทำนั้นจะไม่เป็นการกระทำความผิดฐานช่มชื่นกระทำข้าเรา แต่อย่างไรก็ตามการร่วมประเวณีของหญิงโดย

²¹ วิชัย อริยะนันท์ทกะ, “วงการกฎหมายทั่วไป : แนวโน้มและข้อคิดบางประการเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายในความผิดฐานช่มชื่นกระทำข้าเรา,” ดุลพาท 32, 4(กรกฎาคม – สิงหาคม 2528) : 121 อ้างถึงใน วรุตพร เอื้ออารักษ์, “การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีช่มชื่นกระทำข้าเรา” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), หน้า 10.

²² เรื่องเดียวกัน

²³ มาตรา 60 “สามีภริยาอยู่ด้วยกัน ภริยามีความผิด สามีจะปราบปรามโดยตีหญิง หลงจะเอาโทษแก่สามีมิได้ ถ้าภรรยาตำว่าหยาบช้าแก่สามีมิให้ภริยาเอาข้างตอกดอกไม้ขอโทษแก่สามีมิ”

²⁴ นฤพนธ์ จ้อยทองมูล, “การกระทำความผิดทางเพศของบุคคลในครอบครัว” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 27.

หญิงให้ความยินยอมอาจเป็นการกระทำผิดฐานผิดประเวณีหรือเป็นชู้ได้ ซึ่งจะทำให้ต้องถูกลงโทษทางอาญา

ข. ความผิดฐานข่มขืนจนถึงชำเราเด็กหญิง

มาตรา 78 บัญญัติว่า “ชายใดข่มขืนเด็กมีรูปร่างเพียงสาว มิถึงชำเราให้หมั้นแก่่าเบี้ย ประถมผิดเมีย ถ้าข่มขืนถึงชำเราโลหิตไหล ให้หมั้นเท่าเบี้ยประถมผิดเมียทวีคูณ ถ้าตบตีหญิงทำให้บาดเจ็บด้วย ท่านให้หมั้นชายนั้นโดยบาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง”

การข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงในพระอัยการลักษณะผิดเมียไม่อนุญาตให้เด็กหญิง ให้ความยินยอมได้ แต่บทบัญญัติของกฎหมายถูกกำหนดอยู่ในอำนาจปกครองของบิดามารดา การข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงจึงถือเป็นการละเมิดอำนาจปกครองของบิดามารดาเด็กหญิงนั่นเอง ยังมีได้ให้ความคุ้มครองแก่ตัวเด็กหญิงโดยแท้จริง²⁵

การบัญญัติการกระทำความผิดทางเพศตามบทพระอัยการลักษณะผิดเมียนี้ มีความแตกต่างจากพระราชกำหนดใหม่ กล่าวคือตามพระราชกำหนดใหม่จะเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อมุ่งเน้นรักษาศีลธรรมทางศาสนา ตามพระอัยการลักษณะผิดเมียบัญญัติขึ้นเพื่อปกป้องอำนาจของสามี บิดาและมารดาต่อตัวหญิง ซึ่งเป็นผลเนื่องมาจากลักษณะของสังคมในยุคนั้นเป็นแบบ “ปิตาธิปไตย” ซึ่งบทบาทสำคัญเป็นของชาย สามีจึงมีอำนาจเหนือภรรยา บทบาทของผู้หญิงของสังคมจึงเป็นเพียงผู้รับใช้ โดยในช่วงเยาว์วัยพึงอยู่ในการควบคุมของบิดา เมื่อแต่งงานพึงอยู่ในการควบคุมของสามี และเมื่อสามีตาย ให้หญิงอยู่ในการดูแลของบุตรชาย กฎเกณฑ์เหล่านี้สะท้อนความเชื่อว่าผู้หญิงเปรียบประดุจวัตถุสิ่งของที่ขึ้นอยู่กับการจับวางของผู้ชายที่เป็นเจ้าของ²⁶ ซึ่งเป็นอิทธิพลจากแนวความคิดของคัมภีร์พระธรรมศาสตร์อันมีที่มาจากความเชื่อในศาสนาฮินดูที่ไทยได้รับผ่านทางมอญหรือประเทศเขมรซึ่งนับถือศาสนาพุทธเช่นเดียวกัน โดยการรับคัมภีร์พระธรรมศาสตร์เข้ามาส่งผลให้บทบาทของผู้ชายในสมัยกรุงศรีอยุธยาเด่นชัดและสถานภาพของหญิงในสมัยลดลง²⁷

²⁵ ชิดชนก แผ่นสุวรรณ, "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร : ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), หน้า 26.

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 19.

²⁷ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543) หน้า 87 อ้างถึงใน วราพร เอื้ออารักษ์, "การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา," หน้า 10.

และจากบันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ (Georg Padoux) บันทึกว่า “ชาวสยามนับถือศาสนาพุทธแบบบริสุทธิ์และได้รับอิทธิพลในเรื่องระบบกฎหมายและจารีตประเพณีจากคัมภีร์ธรรมศาสตร์ของ “พระมนู” จึงทำให้กฎหมายไทยเดิมที่บัญญัติเพื่อไม่ให้กระทำความผิดต่อศีลธรรมทางศาสนาและเพื่อคุ้มครองอำนาจของสามีและบิดามารดาที่มีต่อหญิงและอาจกล่าวได้ว่าการกระทำนี้เป็นความผิดต่อชายผู้เป็นสามีหรือบิดามารดาของผู้เสียหายมากกว่าจะเป็นความผิดต่อหญิงผู้เสียหายเอง

สาเหตุอีกประการหนึ่งที่ทำให้ชายนั้นมีสถานภาพที่สูงกว่าหญิง เนื่องมาจากการกำหนดบทบาทของชายและหญิงในสังคมให้ชายที่มีความแข็งแรงกว่าเป็นผู้นำในการต่อสู้รบและเป็นผู้นำครอบครัว ส่วนหญิงที่มีร่างกายอ่อนแอกว่าก็มีหน้าที่ดูแลบ้านเรือน ดูแลบุตร ไม่มีโอกาสได้เรียนหนังสือ ไม่มีโอกาสรู้จักสังคมภายนอก ทำให้บทบาทของหญิงในสังคมเริ่มหายไป ในขณะที่บทบาทของชายก็เด่นชัดขึ้น จึงทำให้ชายมีฐานะทางสังคมที่เหนือกว่าผู้หญิง²⁸ ซึ่งกฎหมายลักษณะผัวเมียเป็นกฎหมายที่สะท้อนให้เห็นฐานะสตรีสมัยก่อนได้มากที่สุดและได้กล่าวถึงฐานะสตรีไว้ดังนี้²⁹

1. สตรีอยู่ภายใต้การคุ้มครองของผู้อื่นเสมอ เช่น บิดามารดา สามี และญาติ คล้ายกับบทบัญญัติในพระวินัยปิฎกตามหลักพุทธศาสนา

2. การได้รับความคุ้มครองจากกฎหมาย หญิงได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายไม่เท่ากันตามชนชั้น คือราชินิกุลและหญิงชาววังนั้น สามีจะลงโทษรุนแรงไม่ได้

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระอัยการลักษณะนั้น แม้ว่าผู้ถูกกระทำ ความผิดจะต้องเป็นหญิง แต่ความจริงแล้วกฎหมายมิได้มุ่งคุ้มครองหญิงอย่างแท้จริง แต่กฎหมายกลับถือว่าการกระทำความผิดเช่นนี้ถือเป็นการหมิ่นเกียรติและศักดิ์ศรีของชายผู้เป็นสามีหรือบิดามากกว่า และผู้เสียหายที่แท้จริงในความผิดฐานนี้คือชายผู้เป็นสามีหรือบิดาของหญิง³⁰ อีกทั้งจากการลงโทษตามกฎหมายลักษณะผัวเมีย กฎหมายก็เรียกว่า “ประณมผิดเมีย” แทนที่จะเรียกว่าเป็นการทำผิดต่อหญิงนั่นเอง³¹ แต่อย่างไรก็ตาม ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระอัยการลักษณะผัวเมีย หมายรวมถึง การที่ชายร่วมประเวณีกับหญิงโดยอวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ

²⁸ นิธิ เมทินีวงค์, "แนวความคิดเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 25.

²⁹ ลำพรธมน น่วมบุญลือ, สิทธิและหน้าที่ของสตรีตามกฎหมายไทย (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2523), หน้า 9.

³⁰ นิธิ เมทินีวงค์, "แนวความคิดเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา," หน้า 55.

³¹ ประสิทธิ์ พัฒนามร, "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา," หน้า 16.

หญิง โดยหญิงมิได้ยินยอม³² ดังนั้นหากเป็นการมีเพศสัมพันธ์กันโดยมิใช่ระหว่างชายและหญิง หรือ มิใช่กรณีกระทำกับอวัยวะเพศหญิง ย่อมไม่เป็นการกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่ถือเป็น ความผิดฐานเสพเมถุนธรรมทางมุกขมรรคและเวจมรรค และการเล่นเพื่อน

(4) ความผิดฐานเสพเมถุนธรรมทางมุกขมรรคและเวจมรรค

ตามกฎหมายฉบับนี้ถือว่าการเสพเมถุนธรรมโดยทางมุกขมรรคและเวจมรรค เป็นการละเมิดศีลห้าข้อที่ว่าด้วยกาเมสุมิจฉาจารา ส่วนการเสพเมถุนธรรมทางเวจมรรคกับผู้หนึ่งผู้ใดที่ไม่ ต้องห้ามตามศีลข้อกาเมฯ ก็เป็นการละเมิดศีลข้อ อพรหมจริยา เวมณี อันเป็นอุโบสถศีล ซึ่งทางฝ่าย พุทธศาสนานั้นในพระวินัยปิฎกพระพุทธองค์ทรงมีพระบัญญัติว่า การเสพเมถุนทางทวารนั้นเป็นเหตุ แห่งอาบัติปาราชิกแก่ภิกษุผู้กระทำ อย่างไรก็ตาม ไม่มีการกำหนดโทษสำหรับการละเมิดไว้เป็น การเฉพาะ มีแต่เพียงระบุไว้เป็นการทั่วไปว่า “ถ้าแลผู้ใดมิได้กระทำตามพระราชกำหนดนี้ จะเอาผู้นั้น เป็นโทษตามโทษานุโทษ”

(5) การเล่นเพื่อน

การเล่นเพื่อนของหญิงนั้นถือว่าเป็นการละเมิดศีลข้ออพรหมจริยาฯ เช่นเดียวกับ ชาย และสำหรับหญิงสาววัง การกระทำดังกล่าวยังเป็นความผิดตามกฎหมายฉัยบาลอีกด้วย โดย ปรากฏในรัชกาลของพระบาทสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถในสมัยกรุงศรีอยุธยาตอนต้นมีข้อความว่า “นางสนมกำนัล คบผู้หญิงหนึ่งกันทำดูชายเป็นชู้เมียกัน ให้ลงโทษด้วยลวดหนัก 50 ที ศักคอบ ประจานรอบพระราชวังที่หนึ่งให้เอาชาวสติง ที่หนึ่งให้แก่พระเจ้าลูกยาเธอหลานเธอ” แต่เป็นที่ น่าสังเกตว่าไม่มีบทบัญญัติห้ามมิให้ชายมีความสัมพันธ์ทางเพศกันแต่อย่างใด³³ ซึ่งสมเด็จพระปิ่นเกล้า เจ้าอยู่หัวเคยมีพระราชนิพนธ์อธิบายทำนองว่า การห้ามมิให้พวกสนมกำนัลเล่นเพื่อนกันนั้น ที่จริงก็ เปรียบเสมือนห้ามมิให้บรรดาหม่อมห้ามนางในทั้งหลายมีชู้นั่นเอง เพียงแต่ในวังมีแต่ผู้หญิงจึงห้ามเป็น ชู้กับผู้หญิงด้วยกันเอง³⁴

³² นิธิ เมทินีวงศ์, "แนวความคิดเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา," หน้า 55.

³³ กิตติศักดิ์ ปรกติ, "ตำนานรักร่วมเพศ," วารสารนิติศาสตร์ 13, 2 (2526): 90.

³⁴ อรประภา สาครวาสี, "การกระทำความผิดทางเพศ : ศึกษาเฉพาะกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทาง ปาก" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 12.

2.2.2 ยุคกฎหมายสมัยใหม่ (Modern Law)

2.2.2.1 ยุครุ่งรัตนโกสินทร์ (ตั้งแต่รัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวเป็นต้นมา)

เมื่อประเทศไทยมีการติดต่อกับต่างประเทศมากขึ้นโดยเฉพาะในช่วงพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ การติดต่อกับต่างประเทศจึงทำให้ประเทศไทยเริ่มได้รับแนวคิดกฎหมายตะวันตก และถือเป็นจุดเริ่มต้นของยุคกฎหมายสมัยใหม่ (Modern Law) ต่อมาในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ เกิดปัญหาสำคัญอันมีผลต่อระบบกฎหมายไทยเป็นอย่างมาก คือ การที่ชาวต่างชาติไม่ยอมรับกฎหมายไทยที่บังคับใช้อยู่ในขณะนั้นซึ่งก็คือกฎหมายตราสามดวง ก่อให้เกิดปัญหาเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต กล่าวคือ ชาวต่างชาติต่างปฏิเสธเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขตของประเทศไทยนี้ส่งผลให้ชาวต่างประเทศแทนที่จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและขึ้นศาลของประเทศไทย กลับไปขึ้นอยู่กับศาลกงสุลแห่งประเทศตน อำนาจศาลทั่วไปจึงเป็นไปตามหลักที่ว่าโจทก์ต้องนำคดีไปฟ้อง ณ ศาลที่จำเลยขึ้นอยู่ กล่าวคือ หากจำเลยหรือผู้ถูกกล่าวหาเป็นชาวไทยก็ต้องขึ้นกับศาลไทย และหากจำเลยหรือผู้ถูกกล่าวหาเป็นชาวต่างประเทศก็ขึ้นอยู่ศาลกงสุลของชาติตนที่ได้รับสิทธิพิเศษทางการศาลในประเทศไทย³⁵ และประเทศเหล่านี้อ้างว่าจะไม่ยอมยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตจนกว่าประเทศไทยจะสามารถให้หลักประกันทางความยุติธรรมแก่คนในบังคับของตนได้อย่างเพียงพอ เช่นเดียวกับคนในบังคับได้รับจากศาลกงสุลตน³⁶ โดยเริ่มแรกนั้น ศาลกงสุลจะพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับชาวยุโรป แต่ต่อมาในช่วงศตวรรษที่ 19 สิทธิพิเศษทางการศาลได้ขยายออกไปเพื่อคุ้มครองคนในบังคับและคนในคุ้มครองของประเทศมหาอำนาจยุโรปด้วย เช่น ชาวฮินดู ชาวพม่า ซึ่งเป็นคนในความครอบครองของประเทศอังกฤษ หรือชาวเขมร ชาวมลายู ซึ่งเป็นคนในความครอบครองของประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น³⁷ จึงเป็นเหตุผลประการสำคัญที่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 5) ต้องปฏิรูปกฎหมายให้มีการเปลี่ยนแปลงด้วยการยอมรับกฎหมายจากตะวันตกมาใช้ในระบบกฎหมายไทย และเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายสมัยใหม่ โดยเรียกประมวลกฎหมายฉบับนี้ว่า “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” แต่การยกร่างกฎหมายนี้จำเป็นต้องใช้

³⁵ ยอร์ช ปาดูซ์, บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ การร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ผู้แปล, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2546), หน้า 40.

³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 42.

³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 40.

ระยะเวลาานาน ดังนั้น ในช่วงที่ร่างประมวลกฎหมายนี้ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 5) จึงออกพระราชกำหนดต่างๆ ออกมาใช้บังคับเพื่อแก้ไขปัญหาเฉพาะหน้าไปก่อน ซึ่งนอกจากการประกาศใช้กฎหมายวิธีสบัญญัติแล้ว ยังมีการประกาศใช้กฎหมายเรื่องๆ ไป เช่น พระราชกำหนดว่าด้วยการข่มขืนร่วมประเวณี ร.ศ. 118 เป็นต้น³⁸

(1) พระราชกำหนดว่าด้วยการข่มขืนร่วมประเวณี รัตนโกสินทรศก 118 (พ.ศ. 2441)

ในช่วงที่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 5) ทรงโปรดเกล้าฯ ให้ยกร่างประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายสมัยใหม่นั้นจำเป็นต้องใช้ระยะเวลาานาน ดังนั้นในช่วงระหว่างการยกร่างนี้จึงมีการออกพระราชกำหนดต่างๆ มาใช้บังคับเพื่อแก้ไขปัญหาคือเป็นการเฉพาะ ซึ่งพระราชกำหนดที่ตราขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาระหว่างการกระทำผิดทางเพศ ได้แก่ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ส่วนเหตุผลในการตราปรากฏในคำพระราชปรารภว่า³⁹ “เนื่องด้วยทรงเห็นว่ากฎหมายเดิมที่ว่าด้วยการข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิงนั้นยังมีข้อบกพร่องอยู่หลายประการเป็นเหตุให้เกิดความสงสัยต่างๆ ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่กล่าวหากันว่าข่มขืนกระทำชำเรา จึงทรงพระราชดำริเห็นสมควรแก้ไขพระราชกำหนดกฎหมายนั้นเสียใหม่ให้ชัดเจนดีขึ้นแต่ก่อนและพระราชกำหนดฉบับนี้ประกาศใช้เมื่อ 9 เมษายน 118”

ความผิดทางเพศที่ถูกบัญญัติไว้ในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 แบ่งความผิดออกได้เป็น 2 ฐานความผิด ได้แก่

ก. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 3 บัญญัติว่า “ชายใดทำชำเราด้วยหญิง ในเหตุ 4 ประการ ดังที่จะกล่าวต่อไปข้างล่างนี้ ท่านว่าชายผู้นั้นข่มขืนทำชำเราหญิง คือ

ข้อ 1 ขืนใจหญิง

ข้อ 2 หญิงยินยอม

ข้อ 3 หญิงยินยอมด้วยชายชู้ซึ่งจะทำร้ายแก่ร่างกายและชีวิตหญิง หญิงมีความกลัวจึงยินยอม

³⁸ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 125.

³⁹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 16 หน้า 16 วันที่ 9 เมษายน ร.ศ. 118

ข้อ 4 หญิงยินยอมก็ดี ถ้าไม่ยินยอมก็ดี แต่หญิงนั้นยังมีอายุต่ำกว่าสิบสองปีลงมา”

มาตรา 4 บัญญัติว่า “ชายใดข่มขืนหญิงดังเช่นว่าในมาตรา 3 พิจารณาให้ลงโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีลงมา กับให้ทำการหนักด้วยก็ได้ หรือไม่ทำการหนักด้วยก็ได้ แล้วจะปรับเป็นเงินทำขวัญให้แก่หญิงเป็นเงินทำขวัญ 1,000 บาทลงมาด้วยก็ได้”

การกระทำชำเราตามมาตราดังกล่าว เป็นการกระทำชำเราตามธรรมชาติระหว่างชายกับหญิง โดยขึ้นใจหญิง โดยหญิงยินยอม หรือโดยหญิงยินยอมเพราะชายขู่ขู่ว่าจะทำร้ายร่างกายและชีวิต จนทำให้หญิงเกิดความกลัวจึงยินยอม หรือการกระทำชำเราหญิงอายุต่ำกว่าสิบสองปีลงมาไม่ว่าหญิงจะยินยอมหรือไม่ หากเข้าลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังกล่าวข้างต้น แม้เพียงอวัยวะเพศชายสัมผัสกับอวัยวะเพศหญิงเท่านั้นก็ตาม⁴⁰ ผู้กระทำก็มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นอกจากนั้นจะเห็นว่าพระราชกำหนดนี้ได้มีแนวคิดในการคุ้มครองแตกต่างจากพระอัยการลักษณะผิวเมียในเรื่องการคุ้มครองอำนาจการปกครองของบิดามารดา ผู้ปกครอง และสามีของหญิงผู้ถูกระทำ กฎหมายใช้คำว่าหญิงแทนที่จะใช้คำว่าบุตรสาว หลานสาว หรือภรรยาท่านเหมือนเช่นบทกฎหมายเดิม จึงแสดงให้เห็นว่ากฎหมายฉบับนี้มุ่งเน้นที่จะคุ้มครองตัวหญิงผู้ถูกระทำและความยินยอมในเรื่องเพศของตัวหญิงผู้ถูกระทำ

ข. ความผิดฐานชำเราผิดธรรมดา

มาตรา 5 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราทางเวจมรรคก็ดี ถ้าทำชำเราด้วยสัตว์เดรฉานผิดธรรมดาโลกย์ก็ดีพิจารณาเป็นสัตย์ให้ลงโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีลงมา กับให้ทำการหนักด้วยก็ได้ ถ้ามิให้ทำการหนักด้วยก็ได้”

อนึ่ง ผู้ที่ได้รับโทษตามความผิดที่ได้ว่ามาในมาตรา 5 นี้ครั้งหนึ่งแล้ว ภายหลังกลับขึ้นกระทำผิดลงอีก เป็นครั้งที่สองที่สามต่อไป จะลงโทษเขี่ยนตั้งแต่หกสิบปีลงมา เพิ่มเข้ากับโทษจำคุกอีกด้วยก็ได้”

ความผิดฐานชำเราผิดธรรมดา ตามมาตรา 5 แห่งพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 แบ่งออกเป็น 2 ลักษณะความผิด ได้แก่

⁴⁰ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 มาตรา 4

1.การกระทำชำเราทางเวจมรรคหรือทางทวารหนัก คือ การร่วมประเวณีทางทวารหนัก โดยไม่จำกัดว่าจะเกิดระหว่างชายกับชายหรือหญิงกับหญิง เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด”⁴¹

2.การกระทำชำเราด้วยสัตว์เดรณารผิดธรรมดาโลก

จากความผิดดังกล่าว ความผิดที่เกี่ยวข้องกับการศึกษานี้ได้แก่ความผิดฐานการกระทำชำเราทางเวจมรรคหรือทวารหนักเท่านั้น

การที่พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 บัญญัติให้การร่วมเพศทางเวจมรรคหรือทวารหนักหรือการร่วมเพศเป็นความผิด เนื่องจากสังคมสมัยนั้นเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมอันควรลงโทษผู้กระทำ ซึ่งโทษที่ผู้กระทำจะได้รับในความผิดฐานชำเราผิดธรรมดาเท่ากับโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง⁴²

ความผิดทางเพศตามที่ปรากฏในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ยังคงเห็นว่ามีการบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและการข่มขืนกระทำชำเราทางเวจมรรคยังคงเป็นการกระทำที่สมควรกำหนดให้เป็นความผิดอยู่ ส่วนความผิดฐานกระทำอนาจารมิได้มีบทบัญญัติลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าว ซึ่งผู้กระทำต้องรับโทษตามพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน⁴³ และความผิดฐานมีผิดประเวณีหรือมีชู้ ไม่มีการบัญญัติเป็นความผิดตามกฎหมายอีกต่อไป

การประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ส่งผลให้บทบัญญัติตามความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเรา ที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนทุกมาตราถูกยกเลิกไปรวมถึงกฎหมายเก่าใดที่ยังไม่ได้ยกเลิก แต่ขัดกับพระราชกำหนดนี้ให้กฎหมายเก่านั้นเป็นอันยกเลิกไป และพระราชกำหนดข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ใช้บังคับจนถึง ร.ศ. 127 จึงถูกยกเลิกโดยการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127⁴⁴

⁴¹ ชิตชนก แผ่นสุวรรณ, "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร : ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา," หน้า 36.

⁴² สุมนัส ตั้งเจริญกิจกุล, "ความผิดทางเพศ : ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 48.

⁴³ เรื่องเดียวกัน

⁴⁴ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 16 หน้า 16 วันที่ 9 เมษายน ร.ศ. 118

(2) กฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127

ภายหลังจากที่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงตัดสินพระทัยเลือกระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law) ตามแบบประเทศภาคพื้นยุโรปมาเป็นแนวทางในการปฏิรูกระบบกฎหมายของประเทศไทย จึงทรงโปรดเกล้าแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมาย และเรียกว่า “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” ซึ่งนับเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย แต่เนื่องจากขณะนั้นยังไม่มีคำแปลคำว่า “Code” เป็น “ประมวลกฎหมาย” จึงเรียกในเวลานั้นว่า “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” แต่ในต้นร่างภาษาอังกฤษและคำแปลฉบับภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า “Code” และนับว่าเป็นกฎหมายสมัยใหม่ (Modern Law) ฉบับแรกของประเทศไทย⁴⁵ และเป็นประมวลกฎหมายสมัยใหม่ที่ยึดถือแนวตามกฎหมายตะวันตกฉบับแรกของไทย⁴⁶

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แบ่งออกเป็น 2 ภาคความผิด ได้แก่ ภาค 1 ว่าด้วยเรื่องบทบัญญัติทั่วไป เช่น การนิยามคำต่างๆ และภาค 2 ว่าด้วยเรื่องบทบัญญัติว่าด้วยลักษณะความผิด และบทกำหนดโทษ ในส่วนความผิดเกี่ยวกับเพศจะอยู่ในหมวด 6 ว่าด้วยความผิดขัดต่อศีลธรรมอันดี (Offence against morality) โดยมีบัญญัติไว้ในมาตรา 240 – 248 แบ่งเป็น 2 ส่วนคือ ส่วนที่ 1 ว่าด้วยความผิดอันขัดต่อศีลธรรมสาธารณะ และส่วนที่ 2 ว่าด้วยข่มขืนกระทำชำเราและลามกอนาจาร ดังนี้คือ

หมวดที่ 1 แบ่งประเภทความผิดได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ ความผิดฐานกระทำอนาจารอันเกี่ยวกับสาธารณชน (เช่น การเป็นสุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไปเพื่อไปทำอนาจาร) และอีกประเภทได้แก่ความผิดฐานชำเราผิดธรรมตามนุษย์ ซึ่งความผิดที่เกี่ยวข้องที่จะทำการศึกษได้แก่ความผิดฐานชำเราผิดธรรมตามนุษย์

มาตรา 242 “ผู้ใดทำชำเราผิดธรรมตามนุษย์ ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดี หรือทำชำเราด้วยสัตว์เดียรฉานก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทอีกโสดหนึ่งด้วย”

การทำชำเราผิดธรรมตามนุษย์ หมายความว่า ฝ่ายหนึ่งใช้อวัยวะสืบพันธุ์ จะเป็นการกระทำระหว่างชายต่อชายเช่น ทำชำเราโดยทางเวจมรรค (ทวารหนัก) หรือระหว่างหญิงกับหญิง

⁴⁵ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 226.

⁴⁶ คณพล จันทน์หอม, รากฐานกฎหมายอาญา (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558), หน้า 107.

หรือระหว่างหญิงกับชาย และความผิดสำเร็จเมื่ออวัยวะสืบพันธุ์เข้าไปในร่างกายของคน ไม่ว่าจะน้ำอสุจิ จะเคลื่อนหรือความใคร่ได้บำบัดแล้วหรือไม่⁴⁷ แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำระหว่างหญิงกับหญิงนั้น กฎหมายต่างประเทศถือว่ามิใช่การชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์⁴⁸ เหตุที่มีการบัญญัติฐานนี้ให้เป็นความผิด เนื่องจากเห็นว่าผู้กระทำชำเราโดยอุทริผิดกับมนุษย์ทั้งหลาย เช่น ชายต่อชาย ตามธรรมดาย่อมจะกระทำชำเราไม่ได้ ถ้าผู้ใดขึ้นกระทำก็เรียกว่าผิดธรรมดาตามนุษย์ หรือกระทำชำเราหญิงในทางอื่น นอกจากสังวาส เช่น กระทำในทางเวจมรรคหรือทางปาก ก็เรียกว่าผิดธรรมดาตามนุษย์เหมือนกัน⁴⁹

การชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ตามมาตรา 118 มีลักษณะไม่เหมือนกับที่บัญญัติไว้ใน พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 มาตรา 5 ที่จำกัดว่าต้องเป็นการร่วมประเวณี ทางทวารหนักหรือชำเราเท่านั้น แต่ตามประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 242 ได้ บัญญัติให้การชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์มีความชัดเจนมากขึ้นไม่ว่าจะเป็นการกระทำของชายหรือหญิง ไม่ว่าจะเป็นการชำเราทางเวจมรรคหรือทวารหนัก หรือทางช่องทางอื่นที่มีช่องทางปกติหรือทาง ช่องสังวาส โดยผู้กระทำชำเราโดยผิดธรรมดาตามนุษย์นั้น มีความผิดตามมาตรา 118 ด้วยกันทั้งผู้กระทำ และผู้ที่ยินยอมให้กระทำ เพราะการเช่นนี้ ต้องร่วมกันจึงจะกระทำได้⁵⁰ หรือแม้จะกระทำระหว่าง ผัวเมียก็มีความผิด⁵¹

หมวดที่ 2 แบ่งความผิดได้เป็น 2 ความผิด ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจาร

(1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 243 “ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่ขู่ขู่ผู้กระทำชำเรา ขึ้นใจหญิงที่มีใช้ภรรยาของตนเอง ท่านว่าผู้นั้น ข่มขืนกระทำชำเราต้องระวางโทษ จำคุกตั้งแต่หนึ่งปี ขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราขึ้นใจหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนเอง ท่านว่ามันข่มขืน กระทำชำเรามีความผิด ต้องระวางโทษดุจกันที่ว่ามันนั้น

⁴⁷ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2548), หน้า 357.

⁴⁸ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา (พระนคร: วิบูลกิจ, 2497), หน้า 953.

⁴⁹ อรประภา สาครวาสี, "การกระทำความผิดทางเพศ : ศึกษาเฉพาะกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทาง ปาก," หน้า 67-68.

⁵⁰ เสถียร วชัยลักษณะ, กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (กรุงเทพฯ: นิติเวช, 2498), หน้า 110.

⁵¹ เสริม วินิจฉัยกุล, คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายอาญาภาคปลาย (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และ การเมือง, 2482), หน้า 242.

ถ้าแลในการกระทำความผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนชำเรานั้นมี บาดเจ็บสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับ ตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทอีกโสดหนึ่งด้วย

ถ้าแลหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้ข่มขืนนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปี จนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง”

จากตัวบทกฎหมายข้างต้นใช้คำว่า “ผู้ใด “ ซึ่งหมายความว่าจะเป็นชายหรือหญิงก็ได้ นั้น แต่กระนั้นก็ตามกฎหมายฉบับนี้มองว่าหญิงจะมีความผิดฐานข่มขืนชำเราไม่ได้ เพราะ ความผิดฐานนี้มีได้แต่เฉพาะชายเท่านั้นและการที่ชายสามิได้ร่วมประเวณีกับภริยา แม้จะเป็นการชื่นใจหรือใช้กำลังทำร้ายก็หาไม่มีความผิดไม่ จะมีความผิดก็แต่ฐานทำร้ายร่างกายเท่านั้น⁵² เพราะฉะนั้น บุคคลที่จะกระทำความผิดฐานนี้ต้องเป็นชายและกระทำต่อหญิงซึ่งมิใช่เป็นภรรยาที่ชอบด้วย กฎหมายของผู้กระทำ โดยหญิงนั้นมิได้ยินยอม (ชื่นใจ) และการไม่ยินยอมต้องหมายรวมถึง ความยินยอมโดยถูกหลอกลวงด้วย เช่น หญิงไม่รู้ว่าเป็นการกระทำชำเรา เป็นต้น การกระทำชำเรา จะสำเร็จเมื่อของลับฝ่ายชายล่วงล้ำเข้าไปในของลับฝ่ายหญิง ไม่ว่าจะเข้าไปเล็กน้อยเพียงใด และผู้ใช้ กำลังทำร้ายกับผู้ทำชำเราไม่จำเป็นต้องเป็นคนๆ เดียวกัน โดยการ “ใช้อำนาจด้วยกำลังกาย” มีความหมายอย่างเดียวกับ “กระทำการประทุษร้าย” ในมาตรา 97 เช่นเดียวกับตามมาตรา 241 ส่วน การใช้ “วาจาขู่เข็ญ” หมายถึงขู่เข็ญให้ต้องหวาดกลัวว่าไม่ว่าจะเป็นอันตรายอย่างไร⁵³ ส่วนการใช้ “อุบายหลอกลวง” ตามวรรคสอง หมายความว่า ทำหญิงเข้าใจผิด ซึ่งถ้าหญิงรู้ความจริงจะไม่ยอมให้ ทำชำเรา ทั้งอาจเป็นโดยหญิงไม่รู้ว่าเป็นการทำชำเราเลย เช่นหญิงคิดว่าเป็นสามิจึงยอมให้ทำชำเรา เป็นต้น อย่างไรก็ดี ถ้าหญิงสมัครใจให้ชายทำชำเรา แต่ความสมัครใจนั้นถูกหลอกลวง เช่น เชื่อว่าชาย นั้นจะเลี้ยงดูเป็นภรรยา แต่ภายหลังชายเลี้ยงดูเป็นภรรยาจริง ไม่ถือว่าเป็นการชื่นใจตามมาตรา⁵⁴

มาตรา 244 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราด้วยเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามขวบถึง หญิงนั้นยินยอมก็ตาม หรือมิได้ยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง

⁵² เรื่องเดียวกัน

⁵³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 241.

⁵⁴ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, หน้า 358.

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ เด็กหญิงที่ถูกชำเรานั้นมีบาดเจ็บอย่างสาหัส ท่านว่ามันผู้นั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีขึ้นไปจนถึงสิบห้าปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโสດหนึ่ง

ถ้าแลเด็กหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้กระทำความผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโสດหนึ่ง”

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้แก้อายุซึ่งเดิมกำหนดไว้มีอายุต่ำกว่าสิบสองขวบ เป็นอายุต่ำกว่าสิบสามขวบ เด็กหญิงอายุดังกล่าวนี้จะยินยอมให้ทำชำเราหรือไม่ยินยอมก็เป็นความผิดทั้งนั้น เพราะกฎหมายประสงค์ต้องการที่จะคุ้มครองเด็กหญิงมิให้ถูกทำชำเราที่เดียว⁵⁵ และหากเด็กหญิงนั้นถึงกับบาดเจ็บสาหัสหรือถึงแก่ความตาย ผู้กระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้นตามความในวรรคสองและวรรคสาม

(2) ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 245 บัญญัติว่า “ผู้ใดบังอาจกระทำการอนาจารแก่เด็กอายุต่ำกว่าสิบสามขวบ ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโสດหนึ่ง

ถ้าแลมันใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำความผิดเช่นว่ามานี้ ท่านว่ามันผู้กระทำความผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงห้าปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโสດหนึ่ง”

“การกระทำอนาจาร” หมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ เช่น จับนมจูบ กอด ลูกคลำหรือจับต้องอวัยวะต่างๆ⁵⁶ และการกระทำต่อบุคคลเพศเดียวกันก็อาจเป็นอนาจารได้⁵⁷ และหากมีการใช้อำนาจหรือด้วยวาจาขู่เข็ญ หรือใช้อุบายหลอกลวงก็จะต้องได้รับโทษหนักขึ้นตามความในวรรคสอง

มาตรา 246 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบสามขวบขึ้นไป โดยใช้อำนาจด้วยกำลังหรือด้วยวาจาขู่เข็ญ หรือมันใช้อุบายหลอกลวงด้วยประการใดใดก็ดี ท่านว่า

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 359.

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 361.

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน

มันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไป จนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง”

กฎหมายกำหนดบทลงโทษให้ต้องรับโทษต่อเมื่อการกระทำอนาจารนั้นได้ใช้กำลัง ทำร้าย วาจาขู่ขู่ขู่ หรือใช้อุปายหลอกลวง การกระทำอนาจารโดยหญิงสมัครใจ ไม่เป็นความผิด ตามมาตรานี้ เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้อนุญาตให้หญิงที่มีอายุกว่าสิบสามปีมีสิทธิให้ความยินยอมได้ ดังนั้นหากหญิงยินยอม ผู้กระทำจึงไม่จำเป็นต้องรับโทษ เว้นแต่ถ้าการกระทำนั้นได้กระทำต่อหน้า ธารกำนัล และเป็นการกระทำอันควรขายหน้า อาจต้องรับโทษตามมาตรา 337(2)⁵⁸ ซึ่งคำว่า “ต่อ หน้าธารกำนัล” หมายความว่า กระทำในที่ๆ สาธารณชนสามารถเห็นได้ โดยเหตุนี้การกระทำในที่ สาธารณสถาน แต่กระทำในเวลาที่ไม่สามารถมองเห็นได้ เช่น ในเวลาค่ำคืนดึกดื่นไม่มีใคร เดินผ่านไปมา ไม่ถือว่าเป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล แต่ถ้าแม้จะกระทำในที่ที่เป็นเอกชน แต่กระทำโดย เปิดเผยกลางวันแสดๆ ซึ่งโดยปกติสาธารณชนอาจเห็นได้ ถือว่าเป็นการกระทำต่อธารกำนัล⁵⁹

มาตรา 247 บัญญัติว่า “ความผิดอย่างใดที่เข้ามาในมาตรา 234 244 245 และ 246 นั้น ถ้าผู้กระทำเป็นบิดา มารดา หรือ ปู่ ย่า ตา ยาย กิติ ครอบอาจารย์ที่รับเลี้ยงผู้ถูกทำร้ายไว้ก็ ดี เจ้าหน้าที่ผู้มีตำแหน่งหน้าที่ปกครองรักษาผู้ถูกกระทำร้ายไว้ก็ดี ท่านว่าต้องระวางโทษของมัน ผู้กระทำมีความผิดหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในสี่มาตราที่ว่ามานั้นหนึ่งในสามส่วน”

กรณีผู้กระทำความผิดเป็นบิดาจะต้องเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ หมายความว่าถึงบิดามารดาบุญธรรม⁶⁰

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้แก้ไขซึ่งเดิม กำหนดไว้มีอายุต่ำกว่าสิบสองปีเป็นอายุต่ำกว่าสิบสามปีจากที่กำหนดไว้ใน พระราชกำหนดลักษณะ ข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ส่วนกรณีที่เด็กหญิงนั้นอายุต่ำกว่าสิบสามปีกฎหมายกำหนดว่าเด็กหญิง นั้นยังไม่สามารถให้ความยินยอมในการกระทำชำเราได้เช่นเดียวกับกฎหมายเดิมที่กำหนดไม่ ให้ ความสำคัญกับความยินยอมของเด็กหญิงที่อายุต่ำกว่าสิบสองปีเนื่องจากกฎหมายนี้ยังคงมี ความมุ่งประสงค์ต้องการที่จะคุ้มครองเด็กหญิงที่ไม่ให้ถูกกระทำทางเพศที่ไม่มีความเหมาะสมอยู่

⁵⁸ มาตรา 337 (2) “ผู้ใดเปลือยกาย หรือกระทำการอย่างอื่นอันควรขายหน้าธารกำนัล ท่านว่ามันมีความผิดต้อง ระวางโทษ”

⁵⁹ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, หน้า 363.

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน

เหมือนเดิม ดังนั้นแม้เด็กจะให้ความยินยอมในการกระทำดังกล่าวก็ตาม ก็ยังเป็นความผิดเช่นกัน เพราะกฎหมายทั้งสองฉบับเห็นว่าเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบสองปีลงมาหรือเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบสามปีลงมาไม่มีความสามารถที่สมบูรณ์ในการให้ความยินยอมในเรื่องเพศได้อย่างเหมาะสม นอกจากนี้จะเห็นว่ากฎหมายนี้ได้มีการกำหนดเพิ่มโทษในพฤติกรรมพิเศษด้วย เช่น ความสัมพันธ์พิเศษระหว่างผู้กระทำความผิดกับหญิงผู้ถูกกระทำ เป็นต้น เพื่อให้ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษสูงขึ้น ซึ่งการกำหนดเพิ่มโทษนี้มีลักษณะใกล้เคียงกับเหตุเพิ่มโทษในปัจจุบัน ในระหว่างที่ตามกฎหมายเดิมหรือพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 กำหนดเหตุเพิ่มโทษเพียงแค่กรณีผู้กระทำความผิดกลับมากระทำความผิดซ้ำเท่านั้น

ทั้งนี้ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้ใช้บังคับมาตลอดจนได้มีประมวลกฎหมายอาญา ออกใช้บังคับแทนเมื่อวันที่ 1 มกราคม 2500

(3) ประมวลกฎหมายอาญาก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พุทธศักราช 2550

บทบัญญัติในเรื่องความผิดทางเพศตามกฎหมายฉบับนี้นั้น แบ่งความผิดออกเป็น 2 ลักษณะความผิด ได้แก่

ก. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 276 บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดคิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท...”

การ “ข่มขืนกระทำชำเรา” มิได้มีการบัญญัติความหมายไว้ในประมวลกฎหมายฉบับนี้โดยตรงแต่สามารถอธิบายได้จากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่วางหลักว่า การข่มขืนกระทำชำเราคือการนำของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชาย “ล่วงล้ำ” เข้าไปสอดใส่ช่องสังวาส หรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง⁶¹ โดยหญิงไม่ยินยอม หรือยินยอมโดยสำคัญผิดในตัวผู้กระทำ การกระทำความผิดสำเร็จทันทีแม้ผ่านเข้าไปเล็กน้อย ไม่ได้ผ่านเข้าไปทั้งหมดก็ตาม แม้ชายยังไม่สำเร็จความใคร่โดยน้ำอสุจียังไม่เคลื่อน⁶² แต่ถ้าของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายเพียงแตะจรดช่องคลอดหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของ

⁶¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518

⁶² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 848/2548

หญิง แต่ไม่สามารถล่วงล้ำเข้าไปได้ ไม่ว่าจะด้วยเหตุใด เช่น เพราะอวัยวะสืบพันธุ์ชายโตไม่ได้ขนาด กับอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง หรือชายสำเร็จความใคร่เสียก่อน เหล่านี้ก็จะมีคามผิดฐานพยายามกระทำชำเรา⁶³ และนอกจากนั้นการกระทำความผิดตามมาตราดังกล่าวนี้ได้จะต้องเป็นกรณีผู้ที่ลงมือกระทำความผิดนั้นจะต้องเป็นชายเท่านั้น และจะต้องกระทำต่อหญิงซึ่งไม่ใช่ภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายของตนเอง ดังนั้นหากกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นภรรยาของตนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยหญิงไม่ยินยอมก็จะเป็นความผิด ในทำนองกลับกันหากกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายของตน แม้หญิงนั้นจะไม่ยินยอม ผู้กระทำก็ไม่มีคามผิดเพราะความผิดไม่เกิดขึ้น⁶⁴ ดังนั้นหากผู้กระทำเป็นสามีและผู้ถูกกระทำเป็นภรรยาของชายผู้นั้น ก็จะไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตราดังกล่าว แม้ชายซึ่งเป็นสามีจะใช้กำลังบังคับร่วมประเวณีกับหญิงและหญิงมิได้ยินยอมก็ตาม เหตุที่มีการบัญญัติในลักษณะเช่นนี้อาจเนื่องมาจากการที่กฎหมายไทยบัญญัติให้สามีภริยาจำต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ซึ่งรวมถึงการร่วมประเวณีด้วย ตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1461 ดังนั้นสามีจึงมีสิทธิที่จะได้ร่วมประเวณีกับภรรยาของตนในระหว่างที่เป็นสามีภริยากันอยู่ ด้วยเหตุนี้สามีจึงไม่ผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของตนเองโดยไม่จำต้องพิจารณาถึงความยินยอมของหญิงที่เป็นภรรยาเลย

มาตรา 277 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีใช้ภริยาของตนเอง โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต....”

การกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 มีความหมายเช่นเดียวกับการกระทำชำเราตามมาตรา 276 แต่ทั้งสองมาตราดังกล่าวมีความแตกต่างกันคือตามมาตรา 277 กฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองความบริสุทธิ์ของเด็กหญิงที่มีอายุยังไม่เกินสิบห้าปีมิให้ถูกล่วงละเมิดทางเพศ แต่มาตรา 276 กฎหมายมุ่งคุ้มครองความยินยอมของหญิงผู้ถูกกระทำเป็นสำคัญ ดังนั้นแม้ว่าเด็กจะให้ความยินยอมในการกระทำความผิดผู้กระทำก็ยังคงมีความผิด แต่เนื่องจากเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี อาจยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่างๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรม ความยังคิด และประสบการณ์ไม่เพียงพอ ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแสวงหาประโยชน์ทางมิชอบ

⁶³ ปริญญา จิตรกรานทีกิจ, ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2534), หน้า 1.

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

อย่างยิ่งในทางเพศจากเด็กหญิง ส่วนเหตุผลที่กฎหมายถือเอาอายุสิบห้าปี เป็นเกณฑ์ในการกำหนดความผิดทางเพศ คงเกี่ยวเนื่องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเดิมหญิงอายุสิบห้าปีก็สามารถทำการสมรสได้ คือให้ความยินยอมทางเพศได้แล้วนั่นเอง⁶⁵

ข. ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 278 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

“การกระทำอนาจาร” หมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรในทางประเพณีนิยมตามกาลเทศะหรือการกระทำใดๆ ไม่สมควรในทางเพศ การกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ เช่น กอดจูบ จับต้องของสงวน ฉุดแขนหญิงโดยหญิงไม่ยินยอมในที่สาธารณะ เปิดกระโปรงหญิง ซึ่งต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา แต่ถ้าเป็นการกระทำในทางประเพณีนิยมตามกาลเทศะหรือโดยความยินยอม เช่น กอดจูบลูกหลานต้องการแสดงความรักใคร่เอ็นดู กอดจับในเวลาเต้นรำ หรือจับฉุดมือ หยอกล้อเพราะชอบพอกันเคยกันเช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นการกระทำอนาจาร⁶⁶ และจะต้องเป็นกรณีที่กระทำต่อเนื้อตัวบุคคลโดยตรง ถ้าเป็นการกระทำต่อบุคคลแล้ว แม้จะให้ผู้อื่นใช้เนื้อตัวของเขากระทำต่อผู้กระทำก็เป็นการกระทำอนาจารได้ เช่น บังคับให้เขาจับต้องของลับของผู้กระทำ ดังนั้นหากไม่ใช่เป็นการกระทำต่อเนื้อตัว เช่น คำพูด ภาพวาด หรือเขียน ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำอนาจาร⁶⁷ ฉะนั้นการกระทำอนาจารจึงมีความหมายต่างจากการกระทำชำเรา เพราะการกระทำชำเรา หมายความว่า การร่วมประเวณีระหว่างชายและหญิง ความผิดฐานกระทำชำเราสำเร็จเมื่ออวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดหรืออวัยวะเพศหญิง แต่ถ้าอวัยวะเพศชายไม่สามารถล่วงล้ำเข้าไปได้ ไม่ว่าเหตุใด ผู้กระทำก็มีความผิดเพียงฐานพยายามกระทำชำเรา แต่การกระทำอนาจารเป็นเพียงการกระทำใดๆ อันไม่สมควรทางเพศ หากการกระทำอนาจารเป็นการประสงค์ถึงการประเวณี ผู้กระทำจะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นยังไม่ถึงขั้นกระทำชำเราสำเร็จหรือพยายามกระทำชำเรา⁶⁸

⁶⁵ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 199.

⁶⁶ ปริญญา จิตรกรรณที่กิจ, ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร, หน้า 17.

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 18.

มาตรา 279 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่脅ด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความผิดฐานกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีนี้ การกระทำอนาจารเป็นเช่นเดียวกับกับการกระทำอนาจารตามมาตรา 278 แต่เป็นการกระทำต่อเด็กไม่ว่าหญิงหรือชายซึ่งมีอายุยังไม่เกินสิบห้าปี⁶⁹

ความผิดทางเพศที่กำหนดในกฎหมายฉบับนี้จึงปรากฏเพียงสองฐานความผิดซึ่งได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น ส่วนความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ที่เคยบัญญัติเป็นความผิดฐานหนึ่งในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้นได้ถูกยกเลิกไป เนื่องจากคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายเห็นว่าเป็นเรื่องส่วนตัวบุคคล การฟ้องร้องอาจก่อให้เกิดความอับอายประกอบกับกฎหมายในหลายประเทศไม่มีการบัญญัติกระทำประเภทนี้ไว้⁷⁰

(4) พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พุทธศักราช 2550

ความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 276 มาตรา 277 และ มาตรา 286 มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 20 กันยายน 2550 โดยเหตุผลในการแก้ไขนี้ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกาประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ว่าบทบัญญัติในมาตรา 276 และมาตรา 277 และมาตรา 286 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้นเป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างในเรื่องเพศ จึงสมควรแก้ไขให้สอดคล้องกับหลักการ

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 23.

⁷⁰ สมนัส ตั้งเจริญกิจกุล, "ความผิดทางเพศ : ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร," หน้า 53.

มีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ⁷¹

ความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นความผิดกำหนดไว้ในลักษณะ 9 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญามีทั้งความผิดที่กระทำต่อเสรีภาพในทางเพศ ความผิดเกี่ยวกับการขูดรีดในทางเพศ รวมถึงตลอดถึงความผิดเกี่ยวกับความยอมรับในการรับรู้เกี่ยวกับเพศ ส่วนความผิดที่เกี่ยวข้องในการศึกษาในครั้งนี้ แบ่งออกเป็น 2 ลักษณะความผิด ได้แก่ การข่มขืนกระทำชำเรา และการกระทำอนาจาร ดังนี้

ก. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 276 บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่ใช้ภัยด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น...”

ที่ผ่านมาประมวลกฎหมายอาญาไม่มีการบัญญัติถึงคำนิยามของการข่มขืนกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารว่ามีความหมายอย่างไร แต่ศาลฎีกาได้วางหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิดไว้ว่า การกระทำที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราได้แก่การที่อวัยวะสืบพันธุ์ของชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง ส่วนการกระทำอนาจารคือการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่น โดยความผิดไม่เข้าลักษณะของการกระทำชำเราจึงจะเป็นการกระทำอนาจาร แต่เมื่อมีการกำหนดนิยามของคำว่ากระทำชำเราตามมาตรา 276 และมาตรา 277 ทำให้ นิยามของคำว่ากระทำชำเราเปลี่ยนไปอย่างมาก กล่าวคือ ลักษณะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 มี 2 ประการได้แก่ตัดคำว่า “หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน” เปลี่ยนเป็น “ผู้อื่นแทน”

⁷¹ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) เล่ม 124 ตอนที่ 56 ก วันที่ 19 กันยายน 2550

และนิยามคำว่า “การกระทำชำเรา” ใหม่⁷² จากลักษณะทั้งสองประการดังกล่าวนี้ส่งผลให้การกระทำชำเราที่ตามกฎหมายฉบับนี้ขยายความหมายจากเดิมอย่างมาก กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำความผิด จะเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศก็ได้ อาจจะเป็นคู่สมรสกันก็ได้ และการกระทำไม่จำเป็นต้องมีการล่วงล้ำก็ได้ เพราะการใช้กฎหมายใช้คำว่า “กระทำกับ” ดังนั้นหากชายใช้วัตถุใดๆ “สอดใส่” หรือเพียงแค่ “กระทำกับ” อวัยวะเพศของหญิงหรือทวารหนักของหญิง ก็เป็นการกระทำชำเราตามมาตรา 276 นี้แล้ว ดังนั้นการกระทำฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายนี้จึงมิได้จำกัดว่าจะต้องเป็นการกระทำของชายซึ่งกระทำต่อหญิงหรือให้ความสำคัญมุ่งที่จะคุ้มครองหญิงผู้ถูกกระทำเท่านั้นอีกต่อไป รวมถึงกรณีผู้กระทำอาจเป็นคู่สมรสของผู้ถูกกระทำก็ได้

มาตรา 277 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดที่เกี่ยวกับความผิดซึ่งมีใช้ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่เด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต ...”

ความผิดฐานนี้มีลักษณะของการกระทำความผิดเช่นเดียวกับมาตรา 276 เพียงแต่กฎหมายต้องการที่จะคุ้มครองเด็กเป็นการเฉพาะ ตามกฎหมายเดิมนั้นจะต้องเป็นกรณีที่ชายกระทำต่อหญิงซึ่งเป็นเด็กเท่านั้น แต่กฎหมายอาญาฉบับนี้ต้องการคุ้มครองไม่ว่าผู้เสียหายจะเป็นเด็กหญิงหรือเด็กชาย ดังนั้นหากกระทำต่อเด็กชายก็สามารถเป็นความผิดตามฐานนี้ได้ ฉะนั้นตามกฎหมายนี้ผู้กระทำซึ่งเป็นชายหรือหญิงอาจจะกระทำต่อเด็กซึ่งเป็นหญิงหรือชายก็ได้ เพราะปัจจุบันพฤติกรรมในการแสวงหาความพึงพอใจทางเพศในหลายลักษณะ โดยไม่จำกัดเฉพาะแค่ชายกระทำต่อหญิง

⁷² หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2 – 3, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า

ข. ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 278 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยชู้เชื้อด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

การกระทำอนาจารตามมาตรานี้ได้ใช้คำว่า “บุคคล” ดังนั้น จึงเป็นกรณีที่ชายทำกับชายได้ หรือหญิงทำต่อหญิงก็ได้ หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ ผู้กระทำก็จะต้องรับผิดชอบตามมาตราดังกล่าว แต่การกระทำความผิดกรณีที่ได้กระทำต่อบุคคลที่มีอายุกว่าสิบห้าปี ซึ่งกฎหมายเห็นว่าอายุเพียงพอที่จะสามารถให้ความยินยอมได้ ดังนั้นหากการกระทำนั้นได้กระทำลงไปโดยอีกฝ่ายยินยอม ผู้กระทำจะไม่ต้องรับโทษ เว้นแต่เป็นความยินยอมที่เกิดจากการชู้เชื้อด้วยประการใดๆ หรือการใช้กำลังประทุษร้าย หรือการที่บุคคลนั้นไม่อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือการทำให้บุคคลอื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นคนอื่น

ผลจากการกำหนดลักษณะของการข่มขืนกระทำชำเราในมาตรา 276 จึงทำให้การกระทำอนาจารตามกฎหมายนี้มีเพียง 2 กรณี⁷³ ได้แก่ ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตนกระทำกับอวัยวะอื่นๆ ของผู้ถูกระทำนอกจากอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก หรือ ผู้กระทำใช้สิ่งอื่นใด (นอกจากอวัยวะเพศ) เช่น มือ ปาก หรือวัตถุอื่นใด กระทำกับอวัยวะอื่นๆ ของผู้ถูกระทำ นอกจากอวัยวะเพศ หรือทวารหนัก อันเป็นการไม่สมควรในทางเพศ

มาตรา 279 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยชู้เชื้อด้วยประการใดๆ โดยการใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นยังอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁷³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2 (กรุงเทพฯ: กรุงเทพฯ พับลิชชิ่ง, 2557), หน้า 309.

ความผิดฐานนี้มุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองความเจริญวัยของเด็กมิให้ถูกรบกวนโดยการสัมผัสทางเพศก่อนวัยอันควร คุณธรรมทางกฎหมายประการแรกคือ “ความบริสุทธิ์ทางเพศ” และเนื่องจากเป็นการกระทำโดยเด็กไม่ยินยอมคุณธรรมทางกฎหมายในประการที่ต่อไป คือ “เสรีภาพในการตัดสินใจ” ของเด็ก⁷⁴ ฉะนั้นกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม และถ้าการกระทำผิดดังกล่าว กระทำโดยการขู่เชิญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเองเป็นบุคคลอื่น ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น

กล่าวโดยสรุป ปัจจุบันความผิดทางเพศของไทยปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา แต่หากศึกษาวิวัฒนาการกฎหมายไทยแล้วจะพบว่าแนวความคิดในเรื่องความผิดดังกล่าวเป็นแนวคิดที่มาจากกฎหมายในด้านความผิดทางแพ่งก่อน โดยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศนี้ปรากฏเป็นฐานความผิดครั้งแรกในพระอัยการลักษณะผัวเมียซึ่งบังคับใช้ในสมัยกรุงศรีอยุธยาและสืบทอดมายังสมัยรัตนโกสินทร์ โดยแบ่งความผิดเป็นความผิดฐานผิดประเวณีหรือการมีชู้ ฐานข่มขืนถึงชำเรา ฐานข่มขืนไม่ถึงชำเรา ฐานเสพเมถุนธรรมทางมุกขมรรคและเวจมรรคและฐานเล่นเพื่อน ซึ่งจากบทบัญญัติของกฎหมายในมาตราต่างๆ สะท้อนให้เห็นว่าผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นชายเท่านั้นและจะกระทำความผิดกับหญิงเท่านั้นและกฎหมายดังกล่าวนี้มุ่งที่จะคุ้มครองอำนาจของสามีหรือบิดามารดา โดยมีได้มุ่งเน้นที่จะคุ้มครองผู้ถูกกระทำหรือหญิงเป็นสำคัญ เหตุอันเนื่องมาจากสถานะของหญิงในยุคสมัยนั้น ที่จะต้องอยู่ภายใต้การปกครองของสามีหรือบิดามารดา ดังนั้นการกระทำทางผิดทางเพศในยุคนี้จึงถือว่าเป็นการกระทำละเมิดต่ออำนาจปกครองเป็นสำคัญ ส่งผลให้โทษตามพระอัยการลักษณะผัวเมียเป็นโทษปรับอันเป็นโทษทางแพ่ง และในความผิดบางประการแม้ไม่เกี่ยวข้องกับอำนาจการปกครองแต่ถูกกำหนดเนื่องมาจากเห็นว่าเป็นสิ่งที่ผิดศีลธรรมคือความผิดฐานเสพเมถุนธรรมทางมุกขมรรคและเวจมรรค แต่แนวคิดในฐานความผิดนี้ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปในช่วงที่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว โดยปรากฏว่าในพระราชกำหนดว่าด้วยการข่มขืนร่วมประเวณี ร.ศ. 118 มีการบัญญัติโทษเปลี่ยนแปลงไป โดยกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศได้แก่ ฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดชำเราผิดธรรมดา และฐานความผิดบางฐานซึ่งไม่เหมาะสมแก่สภาพสังคมในยุคนั้นได้ถูกยกเลิกไป และจากการบัญญัติกฎหมายในยุคนี้เองสามารถเห็นได้จากการเปลี่ยนแปลงของแนวความคิดโดยกฎหมายใช้คำว่าหญิงแทนคำว่าเมียท่าน ลูกท่าน หรือหลานท่าน แสดงให้เห็นว่า กฎหมายมุ่งคุ้มครองหญิงผู้ถูกกระทำและความยินยอมของหญิงผู้นั้น โดยมีได้

⁷⁴ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553), หน้า 438.

มุ่งคุ้มครองอำนาจปกครองของสามีหรือบิดามารดาเช่นแต่เดิมอีกต่อไป และแนวความคิดในการคุ้มครองดังกล่าวนี้ได้มีผลถึงการบัญญัติความผิดทางเพศในกฎหมายอาญาปัจจุบัน อย่างไรก็ตามกฎหมายได้มีวิวัฒนาการในการเปลี่ยนแปลงเพื่อให้สอดคล้องกับสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ฉะนั้นความผิดบางประการได้ถูกยกเลิกไป และกฎหมายอาญาในปัจจุบันจึงคงเหลือความผิดเกี่ยวกับเพศเพียงสองฐานได้แก่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารเท่านั้น

2.3 การลงโทษทางอาญาและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษ

การลงโทษ หมายถึง การกระทำที่เป็นผลร้ายแก่ผู้ต้องรับโทษ ซึ่งอาจจะเป็นผลร้ายต่อร่างกาย จิตใจหรือทรัพย์สิน ซึ่งการลงโทษนั้นเป็นเสมือนเครื่องมือของการตัดสินของสาธารณะ⁷⁵

2.3.1 ลักษณะการลงโทษทางอาญา

ลักษณะโทษทางอาญามีดังต่อไปนี้⁷⁶

- (1) โทษจะต้องลงแก่ผู้กระทำเนื่องจากมีการกระทำความผิดตามกฎหมาย กล่าวคือ จะต้องมีความผิดบัญญัติเป็นความผิดและมีโทษสำหรับความผิดนั้น
- (2) โทษจะต้องเป็นไปโดยเสมอภาค จะมีขึ้นเพื่อลงโทษบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะไม่ได้
- (3) โทษจะต้องบังคับใช้โดยรัฐ กล่าวคือจะต้องมีกระบวนการตามที่กฎหมายกำหนด
- (4) โทษนั้นจะต้องเป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นการจำกัดเสรีภาพทางร่างกาย หรือถูกปรับ หรือริบทรัพย์สินก็ตาม
- (5) ผลร้ายนั้นเป็นไปเพื่อดำเนินการกระทำของผู้กระทำ

2.3.2 ทฤษฎีกับการลงโทษทางอาญา

กฎหมายอาญามีขึ้นเพื่อแก้แค้น และแก้ไข ทั้งในด้านพฤติกรรม (Conduct) และในแง่จิตใจ (Moral) โดยคำนึงถึงประโยชน์ร่วมกัน (Utilitaire)⁷⁷ และเพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์นี้ กฎหมายอาญาจึงได้กำหนดโทษทางอาญาเพื่อใช้เป็นมาตรการหรือเป็นเครื่องมือในการควบคุมพฤติกรรมของ

⁷⁵ อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556), หน้า 130.

⁷⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 212.

⁷⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), หน้า 16.

บุคคลในสังคมให้อยู่ในทางที่พึงประสงค์ วัตถุประสงค์ในการลงโทษจึงแตกต่างกันตามแต่ละยุคแต่ละสมัยเพื่อให้เข้ากับสภาพสังคมในสมัยนั้นๆ ซึ่งทำให้เกิดทฤษฎีในการลงโทษที่แตกต่างกันเพื่อที่จะสามารถเลือกใช้ให้เหมาะสมกับการกระทำความผิดในลักษณะต่างๆ โดยทฤษฎีการลงโทษทางอาญาเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์มี 4 ทฤษฎี ได้แก่

2.3.2.1 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน(Retribution)

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนหรือแก้แค้นตอบแทนเป็นทฤษฎีที่เริ่มต้นมาจากความสำนึกของมนุษย์ที่จะตอบสนองต่อการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง⁷⁸ ซึ่งการลงโทษนี้วิวัฒนาการมาจากการแก้แค้นกับผู้ที่กระทำความผิดจากผู้เสียหายด้วยตนเองเพื่อตอบสนองการกระทำความผิดนั้นๆ แต่ต่อมาเมื่อสังคมได้พัฒนาและเจริญขึ้น จึงไม่สามารถที่จะแก้แค้นด้วยตนเองได้อีกต่อไป และจำต้องให้รัฐเข้ามามีบทบาทในการแก้แค้นแทนตนเอง⁷⁹ โดยทฤษฎีนี้ถือหลักว่า เมื่อบุคคลใดกระทำความผิด หรือทำให้ผู้อื่นเดือดร้อน ย่อมต้องได้รับผลตอบแทนจากการกระทำนั้นอย่างสาสม⁸⁰

การลงโทษตามทฤษฎีนี้มีลักษณะเป็นมาตรวัดอัตราส่วนของการลงโทษจากความผิด โดยจะคำนึงถึงความเจ็บปวดที่เหยื่อรับเป็นสำคัญ⁸¹ การลงโทษจึงมีลักษณะ “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” ตามกฎหมายฮัมมูราบีหรือที่เรียกว่า “An eye for an eye, a tooth for a tooth” ซึ่งเป็นรูปแบบการลงโทษที่มีความรุนแรง ป่าเถื่อน โดยการลงโทษเพื่อการทดแทนนี้ตั้งอยู่บนหลักที่ว่า ถ้าการกระทำความผิดร้ายแรงเพียงใด โทษที่กระทำความผิดจะได้รับก็จะรุนแรงเช่นเดียวกัน⁸² แต่อย่างไรก็ตาม แม้จะมีลักษณะเป็นการลงโทษค่อนข้างรุนแรงและมีความทารุณโหดร้าย แต่การลงโทษลักษณะนี้ถือเป็นวิธีการชดเชยความผิดอย่างหนึ่งเพื่อรักษาความยุติธรรมไว้⁸³ และแท้จริงแล้วกฎเกณฑ์นี้เป็นที่มาแห่งหลักความได้สัดส่วน (proportionality principle) ที่ยังปรากฏอยู่ในหลัก

⁷⁸ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, ทฤษฎีอาญา (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556), หน้า 84.

⁷⁹ Joel Meyer, "Reflections on Some Theories of Punishment," 59JCrImL Criminology & Police 59, 4 (1968): 595.

⁸⁰ อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 130.

⁸¹ Joel Meyer, "Reflections on Some Theories of Punishment," 59JCrImL Criminology & Police: 595.

⁸² สิริกาญจน์รัชนี สุวรรณชาติ, "โทษปรับ : ศึกษากรณีการใช้มาตรการอื่นมาเสริมและแทนการปรับ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 12.

⁸³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, หน้า 209.

กฎหมายในปัจจุบัน และทำให้การแก้แค้นไม่เกินไปกว่าความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ⁸⁴ ด้วยเหตุนี้ ปัจจุบันจึงปรากฏทฤษฎีดังกล่าวนี้อยู่ในกฎหมายอาญาของหลายประเทศ เพราะในปัจจุบันทฤษฎีแก้แค้นตอบแทนหรือแก้แค้นทดแทนนั้นมิได้หมายความว่าความเพียงแต่ “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” ตามกฎหมายฮัมมูราบีเท่านั้น แต่หมายความถึงการที่กำหนดกฎเกณฑ์หรือมาตรฐาน เพื่อให้การลงโทษนั้นทำให้แต่พอเหมาะสม⁸⁵ ฉะนั้น แม้ว่าการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนจะถูกลดความสำคัญลง แต่ก็ยังคงมีอยู่ ทั้งนี้เนื่องจากยังสอดคล้องกับความรู้สึกของผู้เสียหายและประชาชนทั่วไปในการที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษเพื่อทดแทนให้สาสมกัน⁸⁶ เพราะจะทำให้สังคมส่วนใหญ่พอใจตลอดจนตัวผู้กระทำความผิดที่ยินดีที่จะรับโทษตามสัดส่วนของความผิดที่ตนได้กระทำลง นอกจากนี้ยังมีผลในการป้องกันสังคมอีกด้วย เพราะการใช้วิธีการลงโทษแบบนี้ย่อมมีผลทั้งในทางทำให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกสำนึกตัวและทำให้บุคคลภายนอกเกรงกลัวต่อโทษนั้น⁸⁷ ด้วยเหตุดังกล่าว การลงโทษตามทฤษฎีนี้จะมิยอมให้มีเหตุผลโทษ เว้นแต่กรณีที่ผู้กระทำก่อนอายุหรือวิกลจริต ซึ่งแสดงว่าไม่มีเจตจำนงอิสระอย่างเต็มที่ และไม่ลงโทษการกระทำที่ขาดเจตนา เพราะการกระทำดังกล่าวไม่มีการกำหนดเจตจำนง (Will)⁸⁸

2.3.2.2 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการยับยั้งหรือการป้องกันการกระทำความผิด (Deterrence)

คริสต์ศักราชที่ 18 สำนักความคิดโดยซีซาร์เบ็คคาเรีย (Cesare Baccaria) ได้ก่อตั้งสำนักความคิด สำนักอาชญาวิทยาตั้งเดิม (Classical School) และได้พัฒนาแนวความคิดในการลงโทษซึ่งจากเดิมมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้แค้นตอบแทนเป็นเพื่อยับยั้งหรือป้องกันการกระทำความผิดซึ่งทฤษฎีนี้มีแต่เดิมเช่นเดียวกับทฤษฎีแก้แค้นทดแทน⁸⁹ แต่มีข้อแตกต่างกัน คือ การลงโทษตามแนวคิดการลงโทษเพื่อป้องกันยับยั้งเป็นการมองผลที่จะเกิดขึ้นต่อสังคมในภายหน้าว่าการลงโทษอาชญากรต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันไม่ให้มีอาชญากรได้กระทำความผิดนั้นขึ้นอีกในอนาคต แต่

⁸⁴ ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาขั้นสูง (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 165.

⁸⁵ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, ทฤษฎีอาญา, หน้า 85.

⁸⁶ ปกรณ์ มณีปกรณ์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วน จำกัด เอ็ม. ที. เพรส, 2553), หน้า 257.

⁸⁷ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, ทฤษฎีอาญา, หน้า 89.

⁸⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, หน้า 213.

⁸⁹ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, ทฤษฎีอาญา, หน้า 89.

การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนเป็นการกำหนดโทษเพื่อตอบแทนการกระทำความผิดในอดีต จึงต้องคำนึงถึงสัดส่วนความเหมาะสมของการลงโทษกับความผิดที่กระทำ

แนวความคิดของสำนักอาชญาวิทยาตั้งเดิมมีรากฐานความเชื่อว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นจากเจตจำนงอิสระ (Free Will) ที่จะเลือกหรือไม่เลือกทำอะไรก็ได้ โดยเห็นว่ามนุษย์จะเลือกทำสิ่งที่จะทำให้ตนเองได้รับประโยชน์และพอใจ แต่ไม่เลือกทำสิ่งที่ทำให้เกิดความทุกข์และความเจ็บปวด อาชญากรรมจึงเกิดขึ้นเนื่องจากอาชญากรได้ตัดสินใจกระทำความผิดเพราะเห็นว่าตนจะได้รับประโยชน์และความพอใจจากการกระทำนั้น เพราะฉะนั้นเมื่อตัดสินใจเลือกกระทำแล้ว จึงต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง ด้วยเหตุนี้การลงโทษจึงควรมีขึ้นเพื่อป้องกันการกระทำความผิดโดยให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกถึงความเจ็บปวดจากผลการกระทำของตนเพราะเมื่อความผิดก่อให้เกิดความเจ็บปวดและไม่ก่อให้เกิดผลดีเลย เมื่อมนุษย์ได้รับความเจ็บปวดจากการกระทำความผิดมากกว่าได้รับความพอใจแล้ว เขาจะหลีกเลี่ยงที่จะกระทำความผิด⁹⁰ นอกจากนี้จะมีวัตถุประสงค์เพื่อยับยั้งตัวผู้กระทำความผิดไม่ให้กระทำความผิดซ้ำแล้ว ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อยับยั้งมิให้ผู้อื่นกระทำความผิดในลักษณะเช่นเดียวกันอีก เพราะการลงโทษจะแสดงให้เห็นว่าหากกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวย่อมจะต้องได้รับความเจ็บปวดแค้นเช่นเดียวกัน กล่าวได้ว่า การที่ผู้กระทำความผิดถูกลงโทษ มิใช่เพราะได้กระทำความผิด แต่เป็นการลงโทษเพื่อป้องกันมิให้ผู้อื่นลอกเลียนแบบอย่างการกระทำผิดนั้นๆ ขึ้นอีกในภายหน้าเป็นสำคัญ⁹¹ ดังนั้นทฤษฎีนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อยับยั้งเป็นการเฉพาะ (specific deterrence) เช่น ตัวผู้กระทำความผิดเองด้วยการทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความหวาดกลัวไม่กล้ากระทำความผิดอีกและกลับตัวเป็นคนดี และเพื่อป้องกันยับยั้งเป็นการทั่วไป (general deterrence) คือ การลงโทษเพื่อให้คนทั่วไปเห็นว่าหากกระทำความผิดย่อมต้องได้รับโทษ คนเหล่านั้นจะเกิดความกลัวและไม่กล้าที่จะกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันอีก ดังนั้นการลงโทษเพื่อการป้องกันและยับยั้งเป็นการทั่วไปจึงเป็นการลงโทษโดยคาดหวังว่าโทษจะมีผลต่อบุคคลทั่วไปไม่ให้เอาเป็นเยี่ยงอย่าง

⁹⁰ ปกรณ์ มณีปกรณ์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, หน้า 258.

⁹¹ วิศิษฐ์ เจนนานนท์, "โทษประหารชีวิต : ศึกษาวิธีการบังคับโทษด้วยการฉีดยาพิษกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, ภาควิชานิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 12.

2.3.2.3 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (Incapacitation)

ทฤษฎีการลงโทษตามแนวความคิดนี้ เป็นการลงโทษด้วยวิธีการป้องกันสังคมจากผู้กระทำความผิดโดยแยกผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคมอาจเป็นชั่วคราว เช่น จำคุก กักขัง หรือเป็นการถาวร ได้แก่ โทษประหารชีวิต เพื่อมิให้มีโอกาสกลับมากระทำความผิดอีก⁹²

การลงโทษเพื่อตัดโอกาสผู้กระทำความผิดออกจากสังคมและการลงโทษเพื่อยับยั้งหรือป้องกันการกระทำความผิดมีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือมีความคล้ายคลึงกันในแง่ที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันการเกิดอาชญากรรม ส่วนที่แตกต่างกันคือการลงโทษเพื่อเป็นข่มขู่ยับยั้งจะเป็นการป้องกันมิให้กระทำความผิดด้วยการลงโทษเพื่อทำให้เกิดความเกรงกลัว ส่วนการลงโทษเพื่อตัดโอกาสกระทำความผิดจะเน้นป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดซ้ำโดยการตัดโอกาสในการกระทำความผิดของเขา⁹³

รูปแบบการลงโทษเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ตามแนวความคิดการลงโทษนี้ ได้แก่ การประหารชีวิต จำคุก กักขัง ถือเป็น การตัดบุคคลผู้กระทำความผิดออกจากสังคม โดยเฉพาะการลงโทษประหารชีวิตถือเป็น การตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมอย่างถาวร ส่วนการลงโทษจำคุก กักขัง เป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมช่วงระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อให้สมาชิกในสังคมปลอดภัยจากอาชญากรรม⁹⁴

2.3.2.4 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้ไขผู้กระทำความผิด (Rehabilitation and Correction)

ตั้งแต่ศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา แนวความคิดเรื่องการลงโทษมีการเปลี่ยนแปลงจากแนวความคิดเดิม เนื่องจากได้รับอิทธิพลมาจากแนวความคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนมากขึ้น ประกอบกับการคำนึงในด้านจิตวิทยาและด้านสังคมศาสตร์ โดยเป็นทฤษฎีที่มาจากแนวคิดของสำนักอาชญาวิทยาปฏิฐานนิยม (Positive School) ซึ่งเชื่อในเรื่องเกี่ยวกับเจตจำนงกำหนด (Determinism) กล่าวคือ การกระทำของมนุษย์ถูกกำหนดจากปัจจัยต่างๆ มนุษย์ไม่สามารถเลือกการกระทำได้อย่าง

⁹² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, หน้า 211.

⁹³ ธัญญวรัตน์ ตั้งกาญจนานนท์, "วิวัฒนาการของกระบวนการลงโทษจำคุกในประเทศไทยและปัจจัยที่ส่งผลต่อความเปลี่ยนแปลง" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), หน้า 17.

⁹⁴ อัจฉรียา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, หน้า 132.

อิสระ ใช้เหตุผลในการเลือก แต่มนุษย์ถูกกดดันหล่อหลอมจากสิ่งแวดล้อมและปัจจัยต่างๆ จนมีบุคลิกภาพที่บกพร่องและนำไปสู่การกระทำความผิด การลงโทษจึงไม่ควรมุ่งเน้นที่การกระทำความผิดเป็นหลัก แต่ควรพิจารณาจากสาเหตุที่ทำให้เกิดการกระทำความผิดและการแก้ไขไปที่สาเหตุ⁹⁵ จึงเกิดแนวคิดที่ให้โอกาสคนกลับตัว ให้โอกาสแก้ไข ปรับปรุงตัวด้วยการทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ให้ถลำลึกไปสู่การกระทำความผิดมากขึ้น ทั้งนี้โดยการพยายามหลีกเลี่ยงไม่ให้ผู้กระทำความผิดถูกลงโทษในลักษณะที่เป็นการทำลายคุณลักษณะหรือศักยภาพในการกลับเข้าสู่สังคมของเขา โดยการใช้มาตรการลงโทษที่ไม่ให้ทำให้เกิดรอยมลทินหรือได้รับการขุดแหว่งจากผู้กระทำความผิดอื่นๆ ได้แก่ การใช้มาตรการหลีกเลี่ยงโทษจำคุก เช่น การรอลงอาญาโดยมีคัมประพฤติ การใช้โทษปรับ และการใช้มาตรการชุมชนอื่น เพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดได้รับผลกระทบในทางลบในเรือนจำ⁹⁶

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้ไขผู้กระทำความผิดมีวิวัฒนาการจากทฤษฎีที่เคยใช้อยู่ในศาสนาคริสต์ตั้งแต่ครั้งโบราณกาล เช่น การไถ่บาปหรือการสารภาพบาป เป็นต้น เพื่อให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสเริ่มต้นชีวิตใหม่ ซึ่งต่อมาทฤษฎีการแก้ไขผู้กระทำความผิดนี้มีผู้นำมาใช้อย่างแพร่หลายจนถึงปัจจุบัน เนื่องจากในปัจจุบันมนุษย์เห็นความมีคุณค่าของการอยู่ร่วมกันและการพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกันมากขึ้น และค่านึงถึงหลักศีลธรรมและหลักมนุษยธรรมมากยิ่งขึ้น และเห็นพ้องตรงกันว่า การลงโทษเพียงอย่างเดียวไม่อาจทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดีได้ แต่กลับเป็นการเสริมสร้างสันดานหยาบกระด้างยิ่งขึ้น หรือเพิ่มความเหี้ยมโหดแก่ผู้กระทำความผิดให้เพิ่มมากขึ้นไปอีก ซึ่งเห็นว่าไม่เป็นผลดีต่อคนในชุมชนหรือสังคมแม้แต่น้อย และไม่อาจเป็นหลักประกันว่าจะไม่มีการกระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก⁹⁷ จึงต้องแก้ไขฟื้นฟูหรือเยียวยารักษาผู้กระทำความผิดเปลี่ยนให้เคารพกฎหมายให้ได้ ด้วยการกระทำควบคู่กับการลงโทษ

จากแนวความคิด ทฤษฎีการลงโทษ และวิธีการต่างๆ ของกฎหมายอาญาดังกล่าวข้างต้นมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลาเพื่อจะเปลี่ยนแปลงและก้าวหน้าไปตามวิวัฒนาการของมนุษย์และให้สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป

⁹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 260.

⁹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 260- 261.

⁹⁷ อัจฉริยา ชูตินันท์, อาญาวิทยาและทัณฑวิทยา, หน้า 132.

2.3.3 ทฤษฎีอื่นที่เกี่ยวข้อง

2.3.3.1 ทฤษฎีตีตรา หรือทฤษฎีตราบาปหรือทฤษฎีปฏิกริยาโต้ตอบทางสังคม

ทฤษฎีตีตรา หรือทฤษฎีตราบาปหรือทฤษฎีปฏิกริยาโต้ตอบทางสังคม มาจากแนวความคิดว่าอาชญากรรมเกิดขึ้นเพราะสังคมเป็นผู้ตราบาป การตราบาปจะเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำความผิดครั้งแรก และผู้กระทำความผิดได้เข้าไปเกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมและหน่วยงานทางสังคม สถาบันเหล่านี้เป็นผู้กำหนดว่าเขาประพฤติเป็นอาชญากร เมื่อเป็นเช่นนี้ผู้กระทำความผิดก็ยอมรับการตราบาปและเริ่มกำหนดทิศทางแห่งความประพฤติของตนในอนาคตให้สอดคล้องกับการรับรู้ของสังคม ด้วยเหตุนี้อาชญากรรมจึงเกิดขึ้นเพราะปฏิกริยาระหว่างบุคคลกับสังคม⁹⁸ ปฏิกริยาของสังคมต่อผู้กระทำความผิดที่นอกจากไม่ให้อภัยแก่ผู้กระทำความผิดแล้วยังมีส่วนปิดกั้นมิให้บุคคลเหล่านี้มีโอกาสในการกลับตัวหรือปรับเปลี่ยนพฤติกรรม การที่ประชาชนในสังคมมีแนวโน้มที่จะตีตราผู้กระทำความผิดหรือผู้ที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบน แม้ว่าบุคคลเหล่านี้จะพ้นโทษหรือกลับตัวเป็นคนดีแล้วก็ตาม แต่คนทั่วไปก็ไม่ค่อยยอมรับบุคคลเหล่านี้⁹⁹ โดยเกิดปฏิกริยาตอบโต้ของสังคมที่มีต่อบุคคลที่กระทำความผิดที่แสดงออกมาในแง่ลบ ได้แก่ การรังเกียจ การดูถูกเหยียดหยาม การไม่น้อมรับ การไม่ให้อภัย การไม่ให้โอกาสแก้ตัว หรือพฤติกรรมต่างๆ ในทางลบที่สังคมแสดงต่อผู้กระทำความผิด (แม้ว่าผู้กระทำความผิดจะได้รับโทษไปแล้วก็ตาม) เหล่านี้เรียกว่าสังคม “ตีตรา” แก่ผู้กระทำความผิด¹⁰⁰

ทฤษฎีตีตราหรือตราบาปนี้มีอิทธิพลต่อกระบวนการยุติธรรมในแนวทางที่ลดบทบาทของรัฐในการลงโทษผู้กระทำความผิด และทำให้เกิดนโยบายต่อการลงโทษผู้กระทำความผิดแนวใหม่ โดยเป็นนโยบายที่มีลักษณะแตกต่างจากแนวความคิดกระบวนการยุติธรรมที่เป็นอยู่จากระบบที่มุ่งเน้นลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างรุนแรงเพื่อป้องกันมิให้กลับไปกระทำความผิดซ้ำ เปลี่ยนเป็นการลงโทษที่มุ่งเน้นปรับปรุงแก้ไขหรือไม่เน้นการลงโทษมากเกินไป¹⁰¹

⁹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 98.

⁹⁹ พรชัย ชันดี, ทฤษฎีอาชญาวิทยา : หลักการ งานวิจัย และนโยบายประยุกต์ (กรุงเทพฯ: สุเนตรฟิล์ม, 2553), หน้า 287.

¹⁰⁰ ปกรณ์ มณีปกรณ์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, หน้า 187.

¹⁰¹ พรชัย ชันดี, ทฤษฎีอาชญาวิทยา : หลักการ งานวิจัย และนโยบายประยุกต์, หน้า 287.

2.4 การลงโทษทางอาญากับหลักสิทธิมนุษยชน (Human Rights)

2.4.1 แนวคิดทั่วไปของสิทธิมนุษยชน

แนวความคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนมาจากรากฐานความคิดเรื่องสิทธิธรรมชาติที่มองว่ามนุษย์ทั้งหลายเกิดมาเท่าเทียมกัน มนุษย์มีสิทธิบางประการที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิดจนกระทั่งถึงแก่ความตาย สิทธิดังกล่าวได้แก่ สิทธิในชีวิต เสรีภาพในร่างกาย และความเสมอภาค ซึ่งเป็นสิทธิที่ไม่อาจโอนให้แก่กันได้ และใครจะล่วงละเมิดมิได้ หากมีการล่วงละเมิดก็อาจก่อให้เกิดอันตรายหรือกระทบกระเทือนต่อสภาพความเป็นมนุษย์¹⁰² และยังมีรากฐานความคิดมาจากความคิดทางศาสนาคริสต์ นับตั้งแต่ความเชื่อเรื่องความเป็นภราดรภาพสากลของมนุษยชาติ คำสอนว่ามนุษย์ทุกคนเสมอเหมือนกันในสายตาของพระเจ้า เพราะต่างเป็นบุตรของพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของทุกคน คำสอนในเรื่องศักดิ์ศรีหรือคุณค่าของความเป็นมนุษย์ในความหมายที่มนุษย์คือสัตว์โลกที่พระเจ้าผู้เป็นเจ้าของสร้างขึ้นมาตามรูปแบบหรือฉายาของพระองค์ (Image of God) มนุษย์จึงไม่อาจยอมให้อำนาจรัฐอยู่เหนือมนุษย์ชนิดที่ปราศจากเงื่อนไข¹⁰³ ดังนั้น สิทธิมนุษยชนจึงเป็นสิทธิในความเป็นมนุษย์ซึ่งติดตัวมาแต่กำเนิดของบุคคล โดยมีความหมายรวมถึงอิสรภาพ เสรีภาพ สิทธิประโยชน์และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์¹⁰⁴

2.4.2 หลักสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษอาญา

2.4.2.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Right - UDHR)

หลักการเรื่องสิทธิมนุษยชนนั้นเริ่มเกิดความตระหนักภายหลังจากการยุติสงครามโลกครั้งที่ 2 ในปี พ.ศ. 2488 (ค.ศ. 1945) ซึ่งเป็นสงครามที่นำมาซึ่งการสูญเสียและหายนะเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะในเรื่องความทารุณโหดร้ายจากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การย้ายยี่สิบสี่ตรี เด็กถือเป็นการทำลายศักดิ์ศรีของมนุษย์อย่างชัดเจน ดังนั้นวันที่ 24 ตุลาคม 2488 (ค.ศ. 1945) จึงก่อตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้น โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อทำหน้าที่ในการดูแลความมั่นคงปลอดภัยและรักษา

¹⁰² วีระ โลจายะ, กฎหมายสิทธิมนุษยชน (กรุงเทพมหานคร แสงจันทร์การพิมพ์, 2531), หน้า 1.

¹⁰³ วีระ โลจายะ, “ความสัมพันธ์ระหว่างศาสนากับสิทธิมนุษยชน”, หนังสือระลึกวันรพี, 2551, มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, หน้า 8 อ้างถึงใน จรัญ โฆษณานันท์, สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ปรัชญา กฎหมายและความเป็นจริงทางสังคม, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2556), หน้า 99.

¹⁰⁴ ชาตี ชัยเดชสุริยะ, มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (กรุงเทพฯ โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2545), หน้า 1.

สันติภาพของโลก¹⁰⁵ และในวันที่ 10 ธันวาคม 2491 (ค.ศ. 1948) มีการประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เพื่อเป็นการประกาศเจตนารมณ์ในการร่วมมือระหว่างประเทศที่มีความสำคัญในการวางกรอบเบื้องต้นเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน โดยปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้ประกอบด้วยคำปรารภและเนื้อความอีก 30 ข้อ กล่าวถึง สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานสำหรับชายและหญิงทุกหนทุกแห่งในโลกโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ¹⁰⁶ และประเทศไทยเป็นประเทศกลุ่มแรกที่ทำให้การรับรองดังกล่าว¹⁰⁷

ในกฎบัตรสหประชาชาติปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและบรรดาข้อตกลงระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนทั้งหลาย มิได้มีการให้คำนิยามของคำว่าสิทธิมนุษยชนไว้ เนื่องจากสิทธิมนุษยชนอาจมีความแตกต่างกันไปตามบริบทของสังคม เช่น สังคม วัฒนธรรม ศาสนา ระบบกฎหมาย ระบบเศรษฐกิจ ระบบการเมืองและการปกครอง เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามจากแนวความคิดเบื้องต้นในเรื่องสิทธิมนุษยชนดังที่กล่าวมาประกอบ อาจสามารถนิยามความหมายของคำว่า “สิทธิมนุษยชน” หมายความว่า สิทธิที่มีตามธรรมชาติ ซึ่งติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิด โดยมีความเป็นสากลและมีการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หรือ กติกาอนุสัญญาข้อตกลงต่างๆ ระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน ที่ทุกประเทศทั่วโลกรับรอง¹⁰⁸

บทกำหนดที่เกี่ยวข้องกับกระบวนยุติธรรมทางอาญา ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติในข้อ 5 กำหนดว่า “บุคคลใดจะถูกทรมานหรือได้รับการปฏิบัติหรือการลงโทษที่เป็นการทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือลดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ได้” เนื่องจากเหตุผล 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรกการลงโทษที่ทารุณโหดร้ายและการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดอย่างต่ำช้า ย่อมก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานที่ไม่จำเป็น และประการที่สอง การปฏิบัติดังกล่าวเป็นการไม่ยอมรับเกียรติภูมิของความเป็นมนุษย์¹⁰⁹ โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันได้วางหลักว่า ศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์จะได้รับกระทบกระเทือน หากมนุษย์ได้ถูกลดค่า

¹⁰⁵ ศรีสมบัติ โชคประจักษ์ชัด และกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, บทวิเคราะห์ข้อมูล สถานการณ์ และเชื่อมโยงเพื่อวางทิศทางแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่3 (พ.ศ. 2557 – 2561) (กรุงเทพฯ: กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, 2558), หน้า 7.

¹⁰⁶ นพนิธิ สุริยะ, สิทธิมนุษยชน (กรุงเทพฯ: วิญญูชน 2537), หน้า 59.

¹⁰⁷ ศรีสมบัติ โชคประจักษ์ชัด และกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, บทวิเคราะห์ข้อมูล สถานการณ์ และเชื่อมโยงเพื่อวางทิศทางแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่3 (พ.ศ. 2557 – 2561), หน้า 7.

¹⁰⁸ เรื่องเดียวกัน

¹⁰⁹ อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, หน้า 134.

มาเป็นเพียงวัตถุของการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง กรณีนี้ย่อมถือว่ามี การละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว¹¹⁰

ลักษณะการกระทำที่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อาจสามารถจำแนกได้ดังต่อไปนี้¹¹¹

1. การกระทำที่ปรากฏอย่างชัดแจ้งว่าเป็นการละเมิดในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อันเป็นการกระทำที่ลดคุณค่าของมนุษย์ลงมาในระดับที่เป็นเพียงสิ่งของ เช่น การกระทำที่เป็น การทรมาน การเอาคนลงเป็นทาส การขับไล่กลุ่มคน การเนรเทศ การติดตามไล่ล่า การบังคับให้ ทำงาน การก่อการร้าย การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ และการทดลองที่กระทำต่อมนุษย์

2. การกระทำที่เป็นการลงโทษทางอาญา หากแต่เป็นการลงโทษที่รุนแรงเกินควร หรือเป็นการลงโทษที่ทารุณโหดร้าย

3. การกระทำใดๆ ที่มนุษย์ถูกลดค่าเป็นเพียงวัตถุของการกระทำนั้นๆ

4. การล่วงละเมิดไปในขอบเขตอันเป็นเรื่องส่วนบุคคล

5. การล่วงละเมิดในชื่อเสียงเกียรติยศของบุคคลอันเกิดมาจากการกระทำของรัฐ

นอกจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแล้ว องค์การสหประชาชาติยังได้ออก มาตรฐานฉบับต่างๆ เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยเฉพาะเจาะจง และมีเนื้อหาในทิศทางที่ขยายการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทาง อาญา เพื่อเป็นมาตรฐานเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในบริบทของ ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิเสรีภาพของมนุษย์กับการใช้อำนาจรัฐในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยปัจจุบันประเทศไทยเป็นภาคีสถิติสัญญา ด้านสิทธิมนุษยชนซึ่งสหประชาชาติถือเป็น สนธิสัญญา หลัก จำนวน 7 ฉบับ ได้แก่¹¹²

¹¹⁰ ซาดี ซัยเดชสุริยะ, มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หน้า 101.

¹¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 102.

¹¹² สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, "พันธกรณีระหว่างประเทศ" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 26 เมษายน 2558. แหล่งที่มา: <http://www.nhrc.or.th/Human-Rights-Knowledge/International-Human-Rights-Affairs/International-Law-of-human-rights.aspx>

1. อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child- CRC)
2. อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Woman - CEDAW)
3. กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR)
4. กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economics, Social and Cultural Rights - ICESCR)
5. อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination - CERD)
6. อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment - CAT)
7. อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities - CRPD)

การที่ประเทศไทยเข้าเริ่มเป็นภาคีหรือยอมรับหลักเกณฑ์สากลขององค์การสหประชาชาติดังกล่าวข้างต้นมีผลต่อกฎหมายของไทยที่จะต้องปฏิบัติตามหลักดังกล่าว โดยปรากฏในกฎหมายไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอาญา ดังนี้

(1) พระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พุทธศักราช 2542

มาตรา 3 “สิทธิมนุษยชน หมายถึง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย หรือตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม” ดังนั้น สิทธิมนุษยชนจึงหมายถึงสิทธิความเป็นมนุษย์หรือสิทธิในความเป็นคนอันเป็นสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ทุกคนที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิด สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่ไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ และไม่มีบุคคลองค์กรหรือแม้แต่วิชาจะล่วงละเมิดสิทธิความเป็นมนุษย์นี้ได้สิทธิ ในความเป็นมนุษย์นี้ เป็นของคนทุกคน โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างกันของเชื้อชาติ ศาสนา แหล่งกำเนิด เพศ อายุ สีผิว หรือฐานะทางเศรษฐกิจสังคม

(2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศไทย ซึ่งหลักสิทธิมนุษยชนพื้นฐานได้มีปรากฏไว้อยู่หลายมาตราในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ เพื่อเป็นการยืนยันว่าสิทธิของพลเมืองไทยขั้นพื้นฐาน จะได้รับการคุ้มครองทางกฎหมาย เช่น มาตรา 4 บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง” หรือ มาตรา 26 บัญญัติว่า “การใช้อำนาจ โดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญนี้” เป็นต้น

(3) ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 2 ว่า “บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ ในขณะนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็น โทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทาง อาญาจึงเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานทางกฎหมาย เรื่องสิทธิใน ความเป็นมนุษย์ และเรื่องการใช้อำนาจหน้าที่รัฐในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในการปฏิบัติต่อ มนุษยธรรม¹¹³ การมีหลักประกันต่างๆ ตามกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการ ยุติธรรมทางอาญานั้น ย่อมทำให้เกิดความเชื่อถือของสาธารณและประชาคมโลกที่ว่าผู้ที่ดำเนิน คดีอาญาหรือการลงโทษทางอาญานั้นได้ผ่านกระบวนการตรวจสอบตามครรลองของกฎหมายอย่างมี มาตรฐานและมีการปฏิบัติที่เหมาะสม¹¹⁴ แม้ว่าเห็นว่าบุคคลนั้นจะต้องถูกลงโทษก็ตาม แต่จะต้องคำนึง ว่าโทษนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนด้วย

2.5 การลงโทษทางอาญาของประเทศไทยในปัจจุบัน

รูปแบบการลงโทษในปัจจุบันของประเทศไทยมีการกำหนดไว้ 5 รูปแบบ ปรากฏใน ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 วรรคหนึ่งกำหนดรูปแบบการลงโทษไว้ดังนี้

¹¹³ ขาดิ ชัยเดชสุริยะ, มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หน้า 1.

¹¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 3.

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

2.5.1 โทษประหารชีวิต

โทษประหารชีวิต มีความมุ่งหมายประการแรกเพื่อป้องกันสังคม คือเป็นการตัดผู้นั้นออกจากสังคมอย่างเด็ดขาดไม่ให้มีโอกาสกลับมาทำสิ่งที่เป็นภัยต่อสังคมได้อีก และความมุ่งหมายอีกประการหนึ่งคือเพื่อทำให้ประชาชนคนอื่นเกิดความหวาดหวั่นไม่กล้ากระทำความผิด และความมุ่งหมายประการที่สามนั้นเป็นไปในทำนองแก้แค้นของสังคมโดยจะเห็นได้จากที่กฎหมายได้บัญญัติให้ลงโทษประหารชีวิตสำหรับการกระทำที่โหดร้ายทารุณ

เนื่องจากแนวความคิดทางด้านสิทธิมนุษยชนส่งผลต่อรูปแบบการลงโทษประหารชีวิต โดยปัจจุบันรูปแบบการประหารชีวิตจะดำเนินการโดยมีหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติคือ วิธีการประหารต้องไม่เป็นการทารุณโหดร้ายขัดต่อสิทธิมนุษยชน ต่อดตายเร็วที่สุด และไม่ทำให้ศพถูกทำลายจนน่าเกลียด ทั้งนี้ ควรให้ระยะเวลาที่นักโทษรู้ว่าจะถูกประหารชีวิตจนถึงเวลาลงมือประหารนั้นสั้นที่สุด¹¹⁵ อย่างไรก็ตามโทษประหารชีวิตนั้นจะไม่ใช้กับเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี หากบุคคลนั้นอายุต่ำกว่าสิบแปดปี ให้เปลี่ยนวิธีการลงโทษเป็นโทษจำคุกห้าสิบปีแทน ตามมาตรา 18 วรรคสอง และวรรคสามแห่งประมวลกฎหมายอาญา

2.5.2 โทษจำคุก

โทษจำคุกเป็นโทษตัดเสรีภาพของผู้กระทำความผิดให้อยู่ในที่จำกัด เพื่อมิให้ผู้นั้นออกไปกระทำความผิดอีกหรือเป็นการกั้นผู้นั้นออกจากสังคมชั่วคราว เพื่อลงโทษและปรับปรุงแก้ไขผู้นั้น¹¹⁶ โทษจำคุกจัดว่าเป็นวิธีการลงโทษที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดในการสนองนโยบายการลงโทษตามแนวทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้ไขผู้กระทำความผิด เนื่องจากการจำคุกจะทำให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกหวาดกลัวเพราะถูกจำกัดเสรีภาพ ตลอดจนการถูกจำคุกจะทำให้เจ้าพนักงานมีเวลาและโอกาส

¹¹⁵ ปกรณ์ มณีปกรณ์, อาญาวิทยาและทัณฑวิทยา, หน้า 268.

¹¹⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, หน้า 219.

ฝึกอบรมอาชีพ ควบคุมความประพฤติของผู้ต้องโทษเพื่อให้สามารถกลับตัวเป็นคนดี โดยโทษจำคุกแยกออกเป็น 2 ประเภท คือ โทษจำคุกตลอดชีวิตและการจำคุกมีกำหนดเวลา¹¹⁷ อย่างไรก็ตามกฎหมายอาญาได้กำหนดเงื่อนไขสำหรับการลงโทษประเภทนี้ไว้มิให้นำมาใช้บังคับแก่ผู้กระทำความผิดซึ่งกระทำความผิดในขณะที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีและให้เปลี่ยนเป็นโทษระวางโทษจำคุกห้าสิบปีแทน ตามมาตรา 18 วรรคสองและวรรคสามแห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเงื่อนไขการลงโทษจำคุกดังกล่าวเป็นเงื่อนไขเดียวกับการลงโทษประหารชีวิต กล่าวคือ กรณีการลงโทษจำคุกตลอดชีวิตต่อเด็กอายุต่ำกว่าสิบแปดปี ให้เปลี่ยนวิธีการลงโทษเป็นโทษจำคุกห้าสิบปีแทน

2.5.3 โทษกักขัง

โทษกักขังเป็นโทษซึ่งบัญญัติใหม่ไว้ในมาตรา 18 (3) แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 เป็นโทษสถานเบากว่าโทษจำคุก วัตถุประสงค์ของโทษกักขังมีไว้เพื่อกำหนดเงื่อนไขในการเปลี่ยนโทษจำคุกเป็นกักขัง เพราะไม่ประสงค์จะจำคุกกระยะสั้น (ไม่เกิน 3 เดือน) แก่ผู้กระทำความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ เพราะจะทำให้เกิดปมด้อยและเสียหายแก่ผู้ต้องโทษเล็กน้อยในอนาคตได้ และไม่ถูกตราหน้าว่าเคยติดคุกมาก่อนอันจะทำให้เสียสิทธิบางอย่างอีกด้วย อีกประการหนึ่งการจำคุกกระยะสั้นไม่เกิดผลดีแก่ผู้กระทำต้องโทษ เพราะไม่สามารถอบรมนิสัยหรือฝึกหัดอาชีพได้เนื่องจากเวลาน้อย และเป็นการสิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย¹¹⁸

โทษกักขังเป็นการลงโทษด้วยการกักขังไว้ในสถานที่อื่นซึ่งมิใช่เรือนจำหรือกักขังในที่อยู่อาศัยของผู้กระทำความผิดเองก็ได้ นอกจากนั้นศาลยังมีอำนาจเปลี่ยนโทษกักขังเป็นโทษจำคุกในภายหลังได้หากผู้กระทำความผิดประพฤติตัวไม่ดี ฝ่าฝืนระเบียบของสถานที่กักขังหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไข¹¹⁹ แต่มีข้อน่าสังเกตว่าโทษกักขังนี้ แม้จะเป็นโทษอาญาอย่างหนึ่งแต่ก็ยังไม่มีความผิดฐานใดที่บัญญัติให้ต้องโทษกักขังโดยตรง โดยโทษกักขังจะใช้แก่ผู้กระทำความผิดในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) การเปลี่ยนจากโทษจำคุกเป็นกักขัง ตามมาตรา 23
- (2) การเปลี่ยนจากโทษปรับ กรณีไม่ยอมเสียค่าปรับ หรือศาลสงสัยว่าจะหลีกเลี่ยงไม่ชำระค่าปรับ ตามมาตรา 29
- (3) ขัดขืนคำพิพากษาให้รับทัณฑ์สัน ตามมาตรา 37
- (4) ไม่ยอมทำทัณฑ์บนหรือยอมทำแต่หาประกันไม่ได้ ตาม มาตรา 46

¹¹⁷ เรื่องเดียวกัน

¹¹⁸ ปกรณ์ มณีปกรณ์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, หน้า 272-273.

¹¹⁹ อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, หน้า 153.

(5) ไม่ชำระเงินตามศาลสั่งเมื่อผิดทัณฑ์บน ตามมาตรา 47

2.5.4 โทษปรับ

โทษปรับเป็นโทษที่ใช้มากที่สุดในทางปฏิบัติทั้งในอดีตและปัจจุบัน และถือว่าเป็นผลดีและเป็นประโยชน์ทั้งต่อผู้กระทำความผิดและต่อรัฐ เพราะการปรับผู้กระทำความผิดจะต้องชำระค่าปรับให้แก่รัฐโดยไม่ถูกจำคุก แต่ถ้าหากรัฐใช้วิธีการจำคุกแก่ผู้กระทำความผิดแล้ว รัฐก็จะต้องเป็นภาระเลี้ยงดูแก่ผู้กระทำความผิดตลอดเวลาที่อยู่ระหว่างที่ถูกจำคุกและจะขาดรายได้จากการประกอบอาชีพปกติด้วย¹²⁰ โทษปรับนี้เป็นการลงโทษที่กฎหมายเห็นว่าการชำระเงินตามจำนวนที่กำหนดก็เป็นความเหมาะสมกับความผิดแล้ว และพอที่จะให้ผู้กระทำสำนึกตน แต่ศาลก็อาจลงโทษทั้งจำคุกและปรับด้วยก็ได้ เพราะการปรับก็เป็นส่วนหนึ่งของการชดใช้ความผิดด้วย¹²¹

2.5.5 โทษริบทรัพย์สิน

โทษริบทรัพย์สินเป็นโทษที่มีอยู่มาแต่เดิมในอดีตมีลักษณะเป็นการลงโทษที่ก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจแก่ผู้กระทำความผิดอย่างยิ่ง¹²² และมีความแตกต่างกับโทษทางอาญาประเภทอื่นกล่าวคือ โทษในทางอาญาเป็นโทษที่ลงแก่ตัวผู้กระทำความผิด ส่วนโทษริบทรัพย์สินเป็นโทษที่ลงแก่ทรัพย์สินเป็นสำคัญว่าเข้าหลักเกณฑ์ที่จะรับได้หรือไม่ โดยไม่คำนึงถึงตัวบุคคลว่าได้กระทำความผิดหรือไม่¹²³ ดังนั้นโทษริบทรัพย์จึงเป็นโทษอย่างหนึ่ง เพราะทำให้ผู้กระทำความผิดซึ่งมีทรัพย์สินนั้นๆ อยู่ต้องเสียของของตนเองไปอันเป็นโทษ¹²⁴

2.6 วิวัฒนาการรูปแบบการลงโทษการกระทำความผิดทางเพศตามกฎหมายไทย

2.6.1 ยุคสมัยกรุงศรีอยุธยาและกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น

ความผิดทางเพศในยุคนี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 4 ลักษณะความผิด ซึ่งมีการลงโทษที่แตกต่างกันอันมีผลเนื่องมาจากแนวความคิดในความผิดนั้นๆ ดังต่อไปนี้

¹²⁰ เรื่องเดียวกัน

¹²¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, หน้า 224.

¹²² ปกรณ์ มณีปกรณ์, อาชญาวิทยาและทัณฑ์วิทยา, หน้า 274.

¹²³ อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑ์วิทยา, หน้า 154.

¹²⁴ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, หน้า 227.

ก. บทลงโทษฐานผิดประเวณี

กฎหมายกำหนดลงโทษตามกฎหมายตราสามดวงในพระอัยการลักษณะผัวเมีย จะมีบทลงโทษทั้งชายและหญิง เช่น ในกรณีชายและหญิงเป็นชู้กัน มีบทลงโทษให้ประจานหญิงซึ่งทำชู้หรือการให้ลงโทษเอาเฉลวปะหน้า ทัดดอกชบาสีแดงข้างหู รอยดอกชบาเป็นมาลัยใส่ศีรษะใส่คอ เว้นแต่ในกรณีที่สามีของหญิงนั้นไม่ต้องการให้ภรรยาตนได้รับโทษประจานสามารถไถ่ได้ โดยจะต้องนำเงินค่าสินไหมทดแทนที่ได้จากชายชู้มาเสียให้กับพระคลังหลวงเป็นค่าหญาข้างหลวง จากบทบัญญัติที่ว่า “..ถ้าชายมันยังรักเมียมัน มันมิให้ประจานไซ้ ให้เอาสินไหมให้พระคลังหลวง”

กรณีหญิงได้กระทำความผิดฐานผิดประเวณีหรือเป็นชู้ พระอัยการลักษณะผัวเมียได้กำหนดบทลงโทษไว้ด้วยว่า “ถ้าหญิงทำชู้ด้วยชายผู้เดียวนั้นไซ้ ให้ไหมทวิคุณ ถ้าทำชู้เปลี่ยนชายอื่นให้ไหมชายโดยประณมผิดเมีย ส่วนหญิงนั้นให้โกนศีรษะเป็นตะแลงแกง เอาขาขึ้นหย่างประจาน แล้วให้ตะเวนรอบตลาด แล้วทวนด้วยลวดหนึ่งยี่สิบที แต่ถ้าผัวยังรักเมียมันขอไม่ให้ลงโทษประจานก็จะงดโทษให้เอาสินไหมเข้าพระคลังหลวง” จากบทกำหนดโทษดังกล่าว จึงสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณีได้แก่¹²⁵

1. กรณีหญิงนั้นทำชู้กับชายเดิม ชายชู้จะต้องถูกลงโทษด้วยการ “ปรับไหมทวิคุณ” หรือการเพิ่มมากขึ้นจากการปรับไหมของการกระทำความผิดครั้งแรก
2. กรณีหญิงนั้นทำชู้กับชายคนใหม่ ชายชู้จะต้องถูกลงโทษด้วยการ “ประณมผิดเมีย” หรือการให้เหมือนเช่นเดียวกับต้องใช้ใหม่ในการกระทำความผิดครั้งแรก

“เบี้ยปรับประณมผิดเมีย” เป็นสินไหม โดยการปรับจำนวนเท่าใดนั้นจะขึ้นอยู่กับผู้ที่ถูกกระทำนั้นมีบรรดาศักดิ์หรือศักดินาในลำดับใด ซึ่งจะแตกต่างกันไปตามลำดับชั้น เช่น กรณีหญิงนั้นมีบรรดาศักดิ์เป็นเจ้าพระยานาหมื่นเอกอุ จะลงโทษด้วยการปรับไหมประณมผิดเมีย 30 ชั่ง แต่หากหญิงนั้นมีศักดินา 200 – 5 ไร่ จะลงโทษด้วยการปรับไหมประณมผิดเมีย 2 ชั่ง¹²⁶ เป็นต้น

กรณีการลงโทษหญิงที่กระทำความผิดซ้ำยังจะต้องได้รับโทษประจานโดยจะต้องนำตัวไปประจานรอบตลาดเหมือนดังเช่นการกระทำความผิดครั้งแรก แต่จะมีโทษการทวนด้วยลวดหนึ่งยี่สิบที

¹²⁵ วรณัฐ วรชาติเดชา, ความรุนแรงในครอบครัว (กรุงเทพฯ: กลุ่มงานอาจารย์ กองบัญชาการศึกษา สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, 2557), หน้า 2.

¹²⁶ ชิตชนก แผ่นสุวรรณ, "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร : ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา," หน้า 17.

ด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ทั้ง 2 กรณี หญิงผู้นั้นอาจไม่จำเป็นต้องรับเช่นนี้ก็ได้อีก หากสามีนำเงินค่าสินไหมทดแทนที่ได้จากชายผู้มาเสียให้กับพระคลังหลวงเป็นค่าหญ้าข้างหลวง

กรณีหากหญิงผู้นั้นยังคงทำผิดหรือไปกระทำชู้่อีกเป็นครั้งที่สาม กฎหมายกำหนดถือว่าหญิงผู้นั้นเป็นหญิงแพศยา และจะลงโทษหญิงแพศยาด้วยการเอาปูนเขียนหน้าหญิงรายนั้นเป็นตารางร้อยดอกขบาเป็นมาลัย ใส่ศีรษะใส่คอ แล้วให้เอาหญิงนั้นขึ้นขาหย่างประจาน และหากสามีไม่ต้องที่จะอยู่ร่วมกันต่อไปอีก กฎหมายได้กำหนดว่า “หญิงใดทำชู้นอกใจผิด พิจารณาเป็นสัตย์ ให้ปรับไหมชายหญิงชู้โดยพระราชกฤษฎีกา และช่าง ม้า โค กระบือ เรือ เกวียน ทาส ททรัพย์ทั้งปวงให้ตกแก่ผู้ผิดกว่าทั้งสิ้น หญิงได้แต่ผ้าถุงผืนผ้าห่มผืน” ซึ่งหมายความว่าหญิงผู้นั้นจะต้องถูกลงโทษด้วยการโดนริบทรัพย์ทั้งหมดและทรัพย์ของหญิงผู้นั้นทั้งหมดจะตกแก่สามีหญิงผู้นั้น

ส่วนกรณีการลงโทษชาย ชายจะต้องถูกปรับไหมซึ่งการปรับจำนวนจะแตกต่างกันไปตามลำดับภรรยาที่ชายผู้นั้นได้กระทำชู้ด้วย กล่าวคือ หากชายได้ทำชู้กับหญิงซึ่งเป็นลำดับเมียกลางเมือง ชายผู้นั้นจะต้องถูกปรับเต็มจำนวนตามที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกา หรือหากทำชู้กับเมียกลางนอก จะต้องถูกปรับ 4 ใน 5 หรือหากทำชู้กับเมียกลางทาศี จะต้องถูกปรับ 3 ใน 5 ส่วนของจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้ ฉะนั้นการที่พระอัยการลักษณะผิดเมียกำหนดประเภทของภรรยาไว้ ทั้งยังมีการกำหนดลำดับชั้นของภรรยาเพื่อที่จะกำหนดจำนวนโทษที่จะลงต่อผู้กระทำความผิด แต่ชายชู้อาจไม่ต้องถูกปรับไหมหากเป็นกรณีที่หญิงผู้นั้นได้ทำชู้เป็นความผิดครั้งที่สามเหตุที่กฎหมายกำหนดไม่ต้องลงโทษปรับไหมแก่ชายชู้่อีก เนื่องมาจากเป็นการป้องกันมิให้มีการหารายได้จากเบี้ยปรับไหมและเป็นการแสดงให้เห็นว่าหญิงผู้นั้นเป็นคนไม่ดี¹²⁷

กล่าวโดยสรุป บทลงโทษของการกระทำความผิดฐานนี้จึงสามารถแบ่งออกได้ 2 รูปแบบ คือ โทษประจานและโทษปรับไหม ซึ่งรูปแบบการลงโทษนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากแนวความคิดต่อความผิดนี้ กล่าวคือ การลงโทษประจานนั้น เนื่องมาจากสังคมยุคนั้นไม่ยินยอมให้หญิงมีสามีมากกว่าหนึ่งคน ดังเช่นชายซึ่งสามารถมีภรรยาได้หลายคนดังปรากฏได้ว่ากฎหมายยินยอมและยอมรับด้วยการบัญญัติลำดับของภรรยาไว้ในกฎหมาย ดังนั้นหากหญิงไปมีความสัมพันธ์กับชายอื่นยอมเป็นการกระทำที่ไม่สามารถยอมรับได้ในสังคมยุคนั้น จึงจำเป็นต้องมีการลงโทษประจานเพื่อให้คนในสังคมไม่เอาเป็นเยี่ยงอย่างและรู้ว่าการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นสิ่งที่ไม่สมควรกระทำ ส่วนโทษปรับซึ่งเป็นการลงโทษแก่ชายชู้ผู้นั้นเป็นรูปแบบการลงโทษเนื่องมาจากสถานภาพของชายและหญิงในยุคนั้นมีความแตกต่างกัน ซึ่ง

¹²⁷ เรื่องเดียวกัน

สถานภาพของชายจะสูงกว่าหญิง ดังนั้นหากมีการทำชู้กับภรรยาของชายนั้นจึงเป็นการกระทำละเมิดต่ออำนาจของชาย จึงจำต้องลงโทษด้วยวิธีการปรับใหม่

ข. บทลงโทษฐานความผิดข่มขืนจนถึงชำเรา

บทลงโทษฐานความผิดข่มขืนจนถึงชำเรา แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ

1. กรณีชายข่มขืนภรรยา ให้ลงโทษด้วยการปรับใหม่ประณมผิดเมียทวิคูณ
2. กรณีชายข่มขืนเด็กหรือลูกสาวหรือหลานสาว หากชายผู้ใดมีภรรยาแล้ว ให้ลงโทษด้วยการใหม่ชายนั้นถึงประณมผิดเมีย แต่หากชายผู้นั้นยังมิได้มีภรรยาและ กระทำการข่มขืนลูกสาวหลานสาว ให้ใหม่ปรับใหม่กึ่งหนึ่งของการปรับใหม่กรณีชายซึ่งมีภรรยาแล้วกระทำการข่มขืนต่อลูกสาวหรือหลานสาว

ค. บทลงโทษฐานความผิดข่มขืนยังมีถึงชำเราหรือการกระทำอนาจาร

ความผิดฐานข่มขืนยังมีถึงชำเราหรือการกระทำอนาจาร มีบทลงโทษปรับใหม่ครั้งหนึ่งของโทษปรับใหม่ฐานกระทำการข่มขืนกระทำชำเรา เว้นแต่กรณีกระทำอนาจารที่บ้านของหญิงในขณะที่สามีไม่อยู่และเป็นสถานที่ลับตาคนหรือการไปกระทำในห้องนอน เช่นนี้จะต้องถูกปรับใหม่เท่ากับฐานข่มขืนกระทำชำเรา

จากบทลงโทษดังกล่าว บทลงโทษฐานความผิดประเวณีหรือเป็นชู้ ฐานการกระทำความผิดฐานข่มขืนยังมีถึงชำเราและฐานความผิดฐานข่มขืนยังมีถึงชำเรามีบทกำหนดโทษให้มีการ “ปรับใหม่” ซึ่งการปรับใหม่นี้มีลักษณะเป็นการลงโทษปรับในปัจจุบันและเป็นโทษทางแพ่ง ซึ่งมีการพัฒนาโดยเริ่มแรกมีการปรับเป็น “สินไหมพินัย” โดยแบ่งสภาพของการปรับ ถ้าปรับเป็น “สินไหม” ก็จะให้แก่ผู้เสียหาย หากเป็น “พินัย” ก็จะให้แก่หลวง ต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงโทษปรับอีก โดยถือว่าโทษปรับเป็นการชำระโทษให้แก่รัฐซึ่งต้องชำระต่อศาล สำหรับสินไหมก็กลายเป็นถ้อยคำเป็นค่าสินไหมทดแทนในทางแพ่ง ซึ่งหากผู้เสียหายต้องการจะให้มีการชดใช้ค่าเสียหายก็จะต้องดำเนินการเรียกค่าสินไหมทดแทนในลักษณะละเมิด¹²⁸

¹²⁸ วรขมล เพ็งดิษฐ์, "การบังคับโทษปรับ : ศึกษากรณีอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานบังคับคดีอาญา" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, ภาควิชานิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), หน้า 8.

2.6.2 ยุคปฏิรูปกฎหมาย

ภายหลังจากที่ประเทศไทยได้ปฏิรูปกฎหมาย ความผิดทางเพศซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายซึ่งได้แก่พระราชกำหนดว่าด้วยการข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 และกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จะพบว่าลักษณะและรูปแบบการลงโทษมีการเปลี่ยนแปลงไป โดยที่การกำหนดรูปแบบบทลงโทษในความผิดตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 กำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องถูกลงโทษด้วยวิธีการจำคุก หรือการเชี่ยน หรือการลงโทษด้วยการปรับ แม้ว่าการเชี่ยนจะมีได้มีลักษณะเหมือนโทษทางอาญาในปัจจุบันก็ตาม แต่จากลักษณะกระทำที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย จึงมีลักษณะเป็นการลงโทษทางอาญาแต่เป็นลักษณะการลงโทษทางอาญาในสมัยโบราณ การลงโทษด้วยวิธีการเชี่ยนปรากฏในกฎหมายตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา ส่วนการลงโทษด้วยการจำคุกและการปรับ เป็นวิธีการลงโทษทางอาญาซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับการลงโทษทางอาญาในปัจจุบัน และการลงโทษตามกฎหมายฉบับนี้มีการกำหนดลงโทษให้ลงโทษด้วยการจำคุก ถือเป็นกฎหมายฉบับแรกของไทยที่กำหนดโทษจำคุก อาจเนื่องมาจากการที่กฎหมายไทยเริ่มได้รับแนวความคิดจากกฎหมายตะวันตก ซึ่งกฎหมายตะวันตกส่วนใหญ่ได้กำหนดโทษด้วยวิธีนี้

ต่อมาลักษณะการลงโทษตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มีลักษณะการลงโทษมีการเปลี่ยนแปลงจากเดิม ซึ่งเหตุผลประการหนึ่งของการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการลงโทษนี้เนื่องมาจากแนวความคิดการกำหนดลักษณะความผิดฐานนี้จากเดิมที่เป็นเรื่องของกรกระทำละเมิดให้กลายเป็นโทษทางอาญาด้วยการเปลี่ยนบทลงโทษจึงมีการเปลี่ยนแปลงจากโทษปรับใหม่เป็นโทษจำคุกแทน ส่วนการลงโทษที่มีความรุนแรงเหมือนดังเช่นที่เคยถูกบัญญัติไว้กฎหมายของไทยเดิม บทบัญญัติเหล่านี้ไม่ได้มีการยกเลิกหรือแก้ไขอย่างเป็นทางการ หากแต่ได้มีพระบรมราชโองการในปี พ.ศ. 2439 (ค.ศ. 1896) และ พ.ศ. 2440 (ค.ศ. 1897) ให้ศาลมีอำนาจที่จะพิพากษากำหนดโทษตรากฎหมายสมัยใหม่แทนที่โทษดั้งเดิม นอกจากกำหนดโทษจำคุกแล้ว กฎหมายฉบับนี้ยังสามารถลงโทษปรับเป็นเงินทำขวัญ และให้แก่หญิงผู้นั้น แต่น่าจะถือว่าเป็นค่าสินไหมทดแทนทางแพ่งมากกว่าจะเป็นโทษทางอาญา¹²⁹ อย่างไรก็ตามการลงโทษที่กำหนดค่าปรับให้แก่หญิงแสดงว่ากฎหมายฉบับนี้มุ่งเน้นที่จะคุ้มครองตัวหญิงผู้ถูกกระทำและความยินยอมในเรื่องเพศของตัวหญิงผู้ถูกกระทำซึ่งแตกต่างจากกฎหมายเดิมของไทยต่อมา

¹²⁹ ประสิทธิ์ พัฒนอมร, "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา," หน้า 20.

ฉะนั้นจึงเห็นว่าโทษที่ลงกำหนดสำหรับความผิดทางเพศตามพระราชกำหนดว่าด้วยการข่มขืนร่วมประเวณี ร.ศ. 118 และกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 คือโทษเชี่ยน แต่จะลงเฉพาะกรณีการกระทำความผิดซ้ำ โทษปรับ และโทษจำคุก ส่วนการลงโทษด้วยรูปแบบประจานไม่มีกำหนดบังคับใช้อีก

2.6.3 ยุคปัจจุบัน

การลงโทษฐานกระทำความผิดทางเพศในปัจจุบันกำหนดบทลงโทษไว้ในประมวลกฎหมายอาญา

ก. ความผิดฐานกระทำชำเรา

กรณีข่มขืนกระทำชำเราแก่หญิง กฎหมายกำหนดบทลงโทษในมาตรา 276 ว่า “...ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท” ดังนั้นบทลงโทษสำหรับความผิดฐานนี้คือโทษจำคุกและโทษปรับ

กรณีข่มขืนกระทำชำเราแก่เด็กหญิง กฎหมายได้มีการกำหนดบทลงโทษในมาตรา 277 ว่า “...ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท” ดังนั้นบทลงโทษสำหรับความผิดฐานนี้มีบทลงโทษเช่นเดียวกับกรณีข่มขืนกระทำชำเราหญิง

ข. ความผิดฐานกระทำอนาจาร

กรณีกระทำอนาจารหญิง กฎหมายกำหนดบทลงโทษในมาตรา 278 ว่า “...ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

กรณีกระทำอนาจารเด็กหญิง กฎหมายได้มีการกำหนดบทลงโทษในมาตรา 279 วรรคแรกว่า “...ระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ดังนั้นบทลงโทษฐานความผิดนี้คือจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่หากได้กระทำการอนาจารเด็กและได้กระทำการใช้กำลังร่วมด้วยหรือทำให้เด็กเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น กฎหมายกำหนดบทลงโทษในมาตรา 279 วรรคสองว่า “...ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” บทลงโทษฐานความผิดนี้จำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

จากการกำหนดดังกล่าวจะพบว่าความผิดทางเพศของประเทศไทยในปัจจุบันใช้รูปแบบการลงโทษเพียง 2 วิธีเท่านั้น ได้แก่ การลงโทษด้วยวิธีการจำคุก ซึ่งจะลงโทษตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และ

วิธีการลงโทษด้วยการปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท โดยศาลอาจจะลงโทษให้มีการทั้งจำคุกและปรับพร้อมกันก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ผู้กระทำความผิดอาจได้รับโทษชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิตได้ หากผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา¹³⁰ หรือกระทำอนาจารเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำความถึงแก่ความตาย¹³¹

ค. พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พุทธศักราช 2558

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2558 เพื่อให้เด็กได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมากยิ่งขึ้นและปรับปรุงอัตราโทษปรับให้สอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบัน โดยมีเหตุแห่งการแก้ไขสำคัญสองประการได้แก่ ประการแรกคือให้ศาลสามารถตรวจสอบความยินยอมของเด็กในการสมรสได้และให้เป็นประโยชน์ของเด็กอย่างแท้จริงเพื่อป้องกันปัญหาผู้กระทำความผิดใช้การสมรสเป็นเหตุให้ไม่ต้องรับโทษในกรณีเด็กถูกบังคับให้ยินยอมสมรสกับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุกว่าสิบสามปีแต่ไม่เกินสิบห้าปีไม่ต้องรับโทษ และเหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมอีกประการหนึ่งคือเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดอ้างความสำคัญผิดหรือความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดเพื่อไม่ต้องรับผิดหรือได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลงได้ ในกรณีที่กระทำต่อเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบสามปี¹³² จากเหตุผลทั้งสองประการดังกล่าวส่งผลให้ความในมาตรา 277 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พุทธศักราช 2550 ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติฉบับนี้และบัญญัติมาตรา 285/1 เพิ่มเติม

(ก) ยกเลิกความในมาตรา 277 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พุทธศักราช 2550 และใช้ข้อความมาตรา 277 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้แทน

มาตรา 277 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

¹³⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ทวิ

¹³¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 280

¹³² พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พุทธศักราช 2558, (2558, 13 กุมภาพันธ์), ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 132, ตอนที่ 10 ก, หน้า 50

การกระทำซ้ำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของ ผู้กระทำโดยใช้อวัยวะเพศผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้ สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุก ตลอดชีวิต.....

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกิน สิบแปดปีกระทำต่อเด็ก ซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กผู้ถูกกระทำนั้นยินยอม ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็ก ผู้ถูกกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก หรือจะอนุญาตให้ทั้งสองฝ่าย สมรสกันโดยกำหนดเงื่อนไขให้ต้องดำเนินการภายหลังการสมรสก็ได้ และเมื่อศาลได้พิจารณามีคำสั่ง ใดๆแล้ว ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมาย กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใด ก็ได้ ในการพิจารณาของศาลให้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิดและเด็ก ผู้ถูกกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกกระทำ หรือเหตุอื่นอันควรเพื่อประโยชน์ของเด็ก ผู้ถูกกระทำด้วย”

จากความในมาตรา 277 ดังกล่าว จะพบว่าการบัญญัติในวรรคที่หนึ่งถึงสามจะมี ลักษณะเช่นเดียวกับความในมาตรา 277 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พุทธศักราช 2550 แต่ความใน มาตรานี้มีการแก้ไขความในวรรคที่ห้าโดยกำหนดให้ศาลสามารถพิจารณาและคุ้มครองเด็กกรณีเด็ก อายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปีสมรสกับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราซึ่งอายุไม่เกิน สิบแปดปีและยังสามารถกำหนดเงื่อนไขภายหลังการสมรสได้อีกด้วย โดยศาลจะลงโทษผู้กระทำ ความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ซึ่งแต่เดิม มาตรา 277 ประมวลกฎหมายอาญาก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติว่า “..ถ้าเป็นการกระทำที่ชายกระทำต่อเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรส กัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสกันระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษใน ความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำผิดนั้นไป” และมาตรา 277 ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม

ประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “..ถ้าเป็นบุคคลที่อายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป” จึงเห็นได้ว่ากฎหมายเดิมของไทยนั้นเปิดโอกาสให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในกรณีที่ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้เด็กและผู้กระทำความผิดสมรสกันก็ได้เป็นกรณีที่บุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำแก่เด็กอายุกว่าสิบสามปีและยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองนั้นสมรสกัน ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ ถ้ากำลังรับโทษอยู่ก็ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดไป แม้เด็กอายุไม่ถึงสิบเจ็ดปี ศาลอาจอนุญาตให้สมรสกันได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448¹³³ เพื่อต้องการรักษาความสงบสุขของสังคมและสถาบันครอบครัว แต่การบัญญัติกรณีเช่นนี้ก็อาจเกิดปัญหาเด็กถูกบังคับให้ยินยอมในการสมรสได้ ดังนั้นกฎหมายฉบับนี้จึงให้อำนาจศาลในการตรวจสอบความยินยอมของเด็กได้ เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาการไม่ยินยอมในการสมรสแต่กระทำไปเพื่อผู้กระทำความผิดจะไม่ต้องรับโทษ

(ข) เพิ่มข้อความมาตรา 285/1 ในประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 285/1 บัญญัติว่า “การกระทำความผิดตามมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรค 3 และมาตรา 283 ทวิ วรรคสอง หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นความผิดนั้น”

พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้วางหลักเพิ่มเติมในกรณีที่ผู้เสียหายเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ผู้กระทำความผิดจะไม่สามารถอ้างได้ว่าไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดไม่ได้เหมือนดังเช่นกฎหมายเดิม เพราะแต่เดิมกรณีเช่นนี้หากผู้กระทำความผิดไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดย่อมถือว่าขาดเจตนาในการกระทำความผิด ฉะนั้น ผู้กระทำความผิดก็จะต้องได้รับโทษทางอาญาเพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กมากขึ้น

นับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นความผิดทางเพศที่กฎหมายบัญญัติขึ้น เพื่อให้ครอบคลุมถึงการกระทำความผิดทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำในลักษณะอื่นๆ ที่นอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเรา การประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไข

¹³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 200.

เพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พุทธศักราช 2550 ทำให้จำกัดความของการกระทำซ้ำเราเปลี่ยนแปลงไป โดยการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเรามีขอบเขตกว้างขึ้น ในขณะที่เดียวกันการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารก็มีขอบเขตแคบลง ความผิดบางลักษณะซึ่งแต่เดิมเคยเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร เช่น การใช้วัยวะเพศชาย ญู่ไถภายนอกอวัยวะเพศของผู้อื่น เป็นเพียงความผิดฐานกระทำอนาจาร แต่ในปัจจุบันการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราและในปัจจุบันจะเห็นว่ากฎหมายได้บัญญัติคุ้มครองเด็กมากขึ้นได้แก่การที่ศาลสามารถตรวจสอบความยินยอมการสมรสของเด็กเพื่อป้องกันการถูกบังคับจากผู้กระทำเพื่อให้ตนเองพ้นโทษ และกรณีผู้กระทำผิดไม่สามารถอ้างการไม่รู้อายุของเด็กที่ต่ำกว่าสิบสามปีได้

2.7 ความผิดทางเพศกับความผิดอันยอมความได้

“ความผิดอันยอมความได้” หมายความว่า คู่กรณีสามารถตกลงประนีประนอมยอมความเลิกคดีกันได้ เมื่อมีการยอมความโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว สิทธินำคดีอาญามาฟ้องเป็นอันระงับไปจะนำมาฟ้องร้องหรือดำเนินคดีต่อไปไม่ได้ โดยที่กฎหมายไทยได้บัญญัติให้ความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นเป็นความผิดที่สามารถยอมความกันได้ ปรากฏตั้งแต่ในกฎหมายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ตามมาตรา 248 ว่า “การฟ้องเอาโทษแก่ผู้กระทำผิดกฎหมายหมวดนี้นั้น ถ้าคดีเป็นข้อกล่าวหาว่าใช้อำนาจด้วยกำลัง เพื่อขู่ขู่ทำซ้ำเราหญิงตั้งว่าในตอนต้นแห่งมาตรา 243 ก็ดี หรือว่าคดีมีข้อหาว่าใช้อุบายหลอกลวงทำซ้ำเราซึ่งใจหญิง ตั้งว่าไว้ในตอน 2 แห่งมาตรา 243 นั้นก็ดี หรือว่าคดีเป็นข้อหาว่าบังอาจกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุสิบสองขวบขึ้นไป ตั้งว่าไว้ในมาตรา 246 นั้นก็ดี ท่านให้พิจารณาฐานที่เกิดก่อน ถ้าเหตุมิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัลไซ้ ท่านให้ถือว่าต่อผู้ที่ถูกกระทำร้ายมาร้องทุกข์ จึงให้เจ้าพนักงานเอาคดีนั้นขึ้นขึ้นว่ากล่าวตามกระบิลเมือง”

ต่อมาประมวลกฎหมายอาญาก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้เช่นกัน ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 281 ว่า “การกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคแรก และมาตรา 278 นั้น ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย หรือมิได้เป็นการกระทำแก่บุคคลตั้งระบุมไว้ในมาตรา 285 เป็นความผิดอันยอมความได้” จากมาตราดังกล่าว ความผิดทางเพศที่จะสามารถยอมความกันได้ต้องเป็นกรณีการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคแรก และมาตรา 278 เท่านั้น และจะต้องไม่เป็นการกระทำดังต่อไปนี้¹³⁴ คือ

¹³⁴ ปริญญา จิตรกรานทีกิจ, ความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราและอนาจาร, หน้า 38.

1. เกิดต่อหน้าธารกำนัล หมายความว่าถึง การกระทำโดยประการที่ทำให้บุคคลอื่นได้เห็น หรือ การกระทำในสถานที่ที่ประชาชนหรือสาธารณชนสามารถเห็นได้ ซึ่งแม้จะไม่มีผู้เห็นการกระทำนั้น ด้วยเหตุใดก็ตาม
2. เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย
3. เป็นการกระทำแก่บุคคลดังระบุไว้ในมาตรา 285 ซึ่งได้แก่
 - ก. ผู้สืบสันดาน
 - ข. ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล
 - ค. ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ
 - ง. ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล

เมื่อประเทศไทยได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2550 ยังคงกำหนดให้สามารถ ยอมความกัน โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 281 ว่า “การกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคแรกและ มาตรา 278 นั้น ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ ความตาย หรือมิได้เป็นการกระทำแก่บุคคลดังระบุไว้ในมาตรา 285 เป็นความผิดอันยอมความได้” ซึ่งเป็นการบัญญัติในลักษณะเช่นเดียวกับมาตรา 281 ตามประมวลกฎหมายอาญาก่อนประกาศใช้ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

จากการที่กฎหมายไทยได้บัญญัติให้การกระทำความผิดทางเพศสามารถยอมความได้ จึงทำ ให้เกิดความเห็นว่าอาจเป็นสาเหตุประการหนึ่งในการใช้เป็นวิธีการที่สามารถทำให้ผู้กระทำความผิด ไม่ต้องรับโทษก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม อาจารย์เฉลิมวุฒิ สารกิจ อาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา ให้ความเห็นว่าการยอมความเป็นความตั้งใจของกฎหมายที่จะเปิดช่องให้ถาม ความประสงค์ของผู้เสียหายว่าต้องการจะดำเนินคดีหรือไม่ และถึงแม้ว่าจะเป็นการผิดทางอาญา แต่ หากเป็นความผิดที่สังคมโดยรวมไม่ได้รับผลกระทบอย่างเช่นการหมิ่นประมาทหรือการข่มขืนก็ สามารถยอมความได้¹³⁵

กล่าวโดยสรุป วิวัฒนาการรูปแบบการลงโทษของประเทศไทยมีการพัฒนาและเปลี่ยนแปลง ไปอย่างมากตามสภาพสังคมในช่วงแต่ละยุคสมัย ซึ่งโทษจะมีลักษณะใดเพื่อสอดคล้องกับ

¹³⁵ พันธดา อุทัยพิพัฒนากุล, "รายงาน : ข่มขืน-ยอมความ ช่องโหว่กฎหมายหรือสิทธิของเหยื่อ?" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 6 ตุลาคม 2559. แหล่งที่มา: <http://prachatai.com/journal/2016/07/66746>

แนวความคิดและความรู้สึกต่อความผิดในช่วงเวลานั้นๆ รวมทั้งความเชื่อในด้านศีลธรรม ซึ่งฐานความผิดใดเห็นว่าเป็นการกระทำความผิดที่ผิดศีลธรรมก็จะกำหนดบทลงโทษที่มีความรุนแรง เช่น การประจาน เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อประเทศไทยได้รับแนวความคิดของตะวันตกและส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมของไทยด้วย โทษเดิมของไทยมิได้ถูกนำมาใช้อีก และจะกำหนดโทษแก่เฉพาะความผิดที่เพื่อคุ้มครองผู้ถูกระงับและสังคมเท่านั้น มิได้กำหนดโดยเห็นว่าเป็นเรื่องผิดศีลธรรมเหมือนเช่นในอดีต และลักษณะการลงโทษจะกำหนดรูปแบบที่มีลักษณะเหมือนกับตะวันตก ได้แก่ โทษจำคุกและโทษปรับ ซึ่งเป็นโทษที่ใช้บังคับกับฐานความผิดทางเพศในปัจจุบัน และเหตุผลอีกประการหนึ่งคือเมื่อสังคมเปลี่ยนแปลงไป สถานภาพและบทบาทของหญิงก็เปลี่ยนไปด้วย จึงทำให้เปลี่ยนแนวความคิดจากเดิมที่ว่าผู้หญิงเป็นเสมือนทรัพย์สินของชายเป็น แนวความคิดที่เน้นความเสมอภาคระหว่างหญิงและชาย จึงส่งผลกระทบต่อรูปแบบการลงโทษจากทางแพ่งเป็นทางอาญา แต่อย่างไรก็ตามวิวัฒนาการลงโทษที่เหมือนกัน คือ ไม่ว่าจะยุคสมัยใด การลงโทษจะมีการแบ่งโทษของผู้ถูกระงับที่เป็นเด็กไว้เป็นการเฉพาะเพื่อที่จะคุ้มครองเด็กจากการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศโดยที่แนวความคิดเพื่อการคุ้มครองเด็กนั้นมีมาตั้งแต่สมัยกฎหมายของกรุงศรีอยุธยา แสดงว่าประเทศไทยนั้นได้ตระหนักและมุ่งคุ้มครองเด็กไม่ว่าจะยุคสมัยใดก็ตาม แต่อาจจะแตกต่างกันในเรื่องอายุของเด็กเนื่องจากเป็นความผิดของสังคมในขณะนั้นที่เห็นควรว่าอายุเท่าใดที่เหมาะสมที่รัฐควรให้ความคุ้มครองแตกต่างกัน

บทที่ 3

วิวัฒนาการและแนวความคิดของความผิดทางเพศในกฎหมายอิสลาม

“อิสลาม” มาจากคำภาษาอาหรับหมายถึงการยอมจำนนต่อพระเจ้า (Submission) และยังเกี่ยวโยงอีกความหมายหนึ่ง คือ สลาม (Salam) ซึ่งหมายถึงความสันติ ดังนั้น คำว่า “อิสลาม” จึงหมายถึงการศรัทธาและยอมตนต่อพระองค์พระเจ้าเพื่อความเป็นมนุษย์ที่สมบูรณ์แบบที่สุดและอยู่ร่วมกันด้วยสันติธรรมและขันติธรรม¹ อิสลามจึงเป็นศาสนาที่เคารพบูชาและศรัทธาต่ออำนาจสูงสุดขององค์พระเจ้า (อัลลอฮ์ (ช.บ.)) เพียงองค์เดียว²

“กฎหมายอิสลาม” (Islamic Law) หรือ “กฎหมายชารีอะฮ์” (Sharia Law) มีความหมายดั้งเดิมแปลว่าเส้นทางซึ่งนำไปสู่ต้นน้ำ ซึ่งอาจเปรียบได้ว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่สำคัญเช่นเดียวกับน้ำที่เป็นสิ่งจำเป็นในการดำเนินชีวิตของมนุษย์และทุกชีวิตบนโลก³ และอาจหมายความว่าเส้นทางดำเนินชีวิตเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายของพระเจ้า โดยกฎหมายของพระเจ้าตามความเชื่อของบุคคลผู้นับถือศาสนาอิสลามหรือชาวมุสลิมนั้นจะมีที่มาจาก 2 แหล่งที่สำคัญ ได้แก่ คัมภีร์อัลกุรอาน และสุนนะห์ของท่านนบีมุฮัมมัดฯ ซึ่งเป็นผู้ที่ถูกเลือกโดยพระเจ้าเพื่อเป็นศาสดาของศาสนาอิสลามและเพื่อให้มาชี้ทางให้มนุษย์อยู่ในแนวทางของศาสนา โดยสุนนะห์นั้นประกอบด้วยพระวจนะของท่านและการกระทำของท่านเพื่อเป็นแบบอย่างในการกระทำไปในทางที่ถูกต้องและเป็นไปตามพระประสงค์ของพระเจ้า⁴ อย่างไรก็ตามเมื่อกฎหมายของพระเจ้าไม่สามารถที่จะชี้แนะแนวทางในการดำเนินปฏิบัติในทุกปัญหาที่มนุษย์ต้องเผชิญได้ ฉะนั้นเมื่อเกิดปัญหาขึ้นมาในสังคม สำนักกฎหมายต่างๆ จึงใช้วิธีการตีความจากบทบัญญัติของกฎหมายพระเจ้าเพื่อให้สามารถปรับใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นต่างๆ ได้ จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายอิสลามคือกฎเกณฑ์หรือบทบัญญัติของศาสนาอิสลามประกอบด้วยหลักเกณฑ์ด้านสังคมและแนวคิดหรือหลักพื้นฐานด้านกฎหมาย⁵ นอกจากนั้นกฎหมายอิสลามไม่เพียงเป็นแต่กฎหมายบ้านเมืองเท่านั้น แต่ที่สำคัญกว่านั้นคือเป็นพื้นฐานของวัฒนธรรมที่ใช้บังคับกับผู้นับถือ

¹ สุชาติ เศรษฐมาลินี, *ความรุนแรง สันติภาพ และความหลากหลายในโลกอิสลาม* (กรุงเทพฯ: ศยาม, 2550), หน้า 16.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 126.

³ Mohamed Abdel-Khalek Omar, "Reasoning in Islamic Law : Part One," *Arab Law Quarterly* 12(1997): 154-155.

⁴ Ibid., 149.

⁵ Asifa Quraishi, "Who Says Sharia Demands the Stoning of Women? A Description of Islamic Law and Constitutionalism," *Berkeley Journal of Middle Eastern & Islamic Law* 1(2008): 164.

ศาสนาอิสลามหรือมุสลิมซึ่งถือเป็นเอกลักษณ์อย่างหนึ่ง โดยมีการนำกฎหมายอิสลามไปบังคับใช้ในหลายประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศตะวันออกกลาง ซึ่งประชาชนส่วนใหญ่นับถือศาสนาอิสลาม แต่ดังที่กล่าวมาแล้วว่ากฎหมายอิสลามมีพื้นฐานมาจากศาสนาอิสลาม ผู้ที่อยู่ภายใต้กฎหมายอิสลามจึงเป็นผู้นับถือศาสนาอิสลามหรือมุสลิม ส่วนกรณีผู้ที่ไม่ได้นับถือศาสนาอิสลามจะตกอยู่ภายใต้กฎหมายอิสลามแต่เฉพาะบางกรณีเท่านั้น เช่น ในปีคริสต์ศักราช 1987 ชาวต่างประเทศจำนวน 87 คน ถูกจับกุมในงานเลี้ยงที่เมืองเจดดา ประเทศซาอุดีอาระเบียในความผิดฐานดื่มของมึนเมา⁶ เป็นต้น

3.1 ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายอิสลาม

3.1.1 วิวัฒนาการของกฎหมายอิสลาม

ประวัติพัฒนาการของกฎหมายอิสลามอาจแบ่งออกได้เป็น 8 ช่วงเวลาดังนี้

1. ช่วงที่ 1 ตั้งแต่การอพยพจากเมืองมักกะฮ์สู่เมืองมะดีนะฮ์ ไปจนถึงการสิ้นชีวิตของท่านศาสดานบีมุฮัมมัดฯ เมื่อราวฮิจเราะฮ์ศักราชที่ 11
2. ช่วงที่ 2 เริ่มจากความพยายามของบรรดาสหายและสาวกของท่านนบีมุฮัมมัดฯ ในการตีความและอธิบายพระคัมภีร์อัลกุรอาน และแบบฉบับของท่านนบีมุฮัมมัด (อัลหะดีษ) เมื่อราวฮิจเราะฮ์ศักราชที่ 50
3. ช่วงที่ 3 เริ่มราวฮิจเราะฮ์ศักราชที่ 50 ไปถึงต้นศตวรรษที่ 2 ของฮิจเราะฮ์ศักราชอันเป็นช่วงเวลาที่นักนิติศาสตร์อิสลามและอิมามผู้นำสำนักนิติศาสตร์ต่างๆ พากันตีความคำสอนระหว่างอิหม่ามทางฝั่งตะวันตกของคาบสมุทรอาระเบียผู้ยึดมั่นการตีความด้วยบทคำสอนตามตัวอักษรกับอิหม่ามทางฝั่งตะวันออกในแผ่นดินอิรักผู้ยึดมั่นในการใช้เหตุผลมาตีความด้วยบทแทนการจำกัดอยู่กับตัวอักษร
4. ช่วงที่ 4 อันเป็นยุครุ่งเรืองของนิติศาสตร์อิสลามเริ่มจากต้นศตวรรษที่ 2 ของฮิจเราะฮ์ศักราชไปจนถึงกลางศตวรรษที่ 4 ของฮิจเราะฮ์ศักราช อันเป็นช่วงเวลาที่สำนักนิติศาสตร์หลักๆใน

⁶ จิตติมา ทรัพย์พอกพูล, "ความเหมาะสมในการใช้โทษเข็ญ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติ, สาขาวิชานิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 36.

นิกายสุนหนี่และชีอะฮ์เกิดขึ้น โดยเฉพาะการจัดตั้งสำนักกฎหมายอิสลามนิกายสุนหนี่ขึ้น 4 แห่ง ได้แก่⁷

1. สำนักกฎหมายมัซฮับ “ฮานาฟี” ใช้แพร่หลายในประเทศอินเดียทางตอนเหนือ ประเทศอาหรับ ประเทศซีเรีย ประเทศอียิปต์ และประเทศตุรกี เป็นต้น

2. สำนักกฎหมายมัซฮับ “มาลิกี” ใช้แพร่หลายในทวีปแอฟริกาตอนเหนือ ประเทศโมร็อกโก และสเปน เป็นต้น

3. สำนักกฎหมาย “ซาฟีอี” ใช้แพร่หลายในประเทศอินเดียทางตอนใต้คาบสมุทรมลายู ประเทศอินโดนีเซีย ประเทศฟิลิปปินส์รวมถึงประเทศไทย

4. สำนักกฎหมาย “ฮัมมาลี” ใช้แพร่หลายอยู่ในกลุ่มประเทศอาหรับทั่วไป

5. ช่วงเวลาที่ 5 เป็นยุคที่พัฒนาการของนิติศาสตร์อิสลามมาถึงจุดหยุดนิ่งและแข็งตัวเริ่มจากปลายศตวรรษที่ 4 จนถึงกลางศตวรรษที่ 7 ของฮิญาเราะฮ์ศักราช

6. ช่วงเวลาที่ 6 เป็นยุคมืดของนิติศาสตร์อิสลาม โดยเริ่มจากช่วงเวลาที่พวกมองโกลเผาทำลายกรุงแบกแดดในกลางศตวรรษที่ 7 ไปจนถึงปลายศตวรรษที่ 13 ของฮิญาเราะฮ์ศักราชหรือจากคริสต์ศักราชที่ 1258 จนถึงคริสต์ศักราชที่ 1876

7. ช่วงเวลาที่ 7 เริ่มจากปลายศตวรรษที่ 13 ของฮิญาเราะฮ์ศักราชหรือจากคริสต์ศักราชที่ 1258 เมื่อจักรวรรดิออตโตมานให้มีการปรับวิธีการพิจารณากฎหมายอิสลามในสำนักนิติศาสตร์ฮานาฟีเสียใหม่ให้เข้ากับยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงอันเป็นผลมาจากอิทธิพลของกฎหมายตะวันตก

8. ช่วงเวลาที่ 8 เป็นช่วงเวลาแห่งการฟื้นฟูในหมู่ประเทศมุสลิมภายหลังการได้รับเอกราชจากชาติเจ้าอาณานิคมอันเป็นผลมาจากอิทธิพลของกฎหมายตะวันตก การระหว่างประเทศ เศรษฐกิจ สังคม ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและอื่นๆท่ามกลางการเปลี่ยนแปลงของโลกในศตวรรษที่ 20

3.1.2 แหล่งที่มาหรือป่อเกิดของกฎหมายของกฎหมายอิสลาม

กฎหมายอิสลามมีที่มาจากหลักฐานที่สำคัญ 4 ประการ คือ

1. คัมภีร์อัลกุรอาน ถือว่าเป็นโองการของอัลลอฮ์ (ซ.บ.) พระผู้เป็นเจ้าของที่ทรงประทานลงมาให้แก่ท่านนบีมุฮัมมัดฯ เพื่อประกาศแก่ประชาชาติทั้งมวลให้ศรัทธาและได้ปฏิบัติตามในการดำเนิน

⁷ ณรงค์ ศรีปะชนะ, ความเป็นมาของกฎหมายอิสลามและดาโต๊ะยุติธรรม, หน้า 13.

ชีวิต⁸ โดยประธานมาต่างกรรมต่างวาระที่พระองค์เห็นสมควร ภายหลังจากที่ท่านนบีมุฮัมมัดฯ ได้สิ้นพระชนม์ไปแล้ว จึงได้มีการรวบรวมจากที่กระจัดกระจายอยู่ตามบันทึกต่างๆ ตลอดถึงการจดจำของบรรดาผู้ใกล้ชิดและผู้เป็นสาวก รวมทั้งสิ้น 30 บท เป็นจำนวน 6,000 กว่าโองการ และจะพบมิติความสัมพันธ์ ได้แก่ ความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับพระผู้เป็นเจ้าและความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ด้วยกันในด้านต่างๆ⁹ และเนื่องจากความเชื่อที่ว่าคัมภีร์นี้ประทานมาจากพระเจ้า จึงเป็นที่มาอันดับแรกของกฎหมายอิสลามและมีความสำคัญมากที่สุด จากสาเหตุดังกล่าวจึงมีความเห็นพ้องกันว่ามนุษย์มีความจำเป็นที่จะต้องยึดถือและปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด เว้นแต่ที่ไม่มีระบุไว้โดยตรง เช่นนี้ย่อมเป็นที่อนุมัติโดยปริยายว่าให้ใช้หลักฐานอื่นในลำดับรองลงมา อันได้แก่สุนนะห์ของท่านนบีมุฮัมมัดฯ¹⁰

2. อัลหะดีษ คือข้อบัญญัติจากการกระทำหรือปฏิบัติกรต่างๆ และพระวจนพจน์ตลอดถึงการวินิจฉัยข้อปัญหากฎหมายบางเรื่องบางอย่าง รวมทั้งการดำเนินตามวิถีความเป็นอยู่ทุกอริยบทของท่านนบีมุฮัมมัดฯ ซึ่งได้มีการบันทึก และจดจำโดยผู้ใกล้ชิดและบรรดาสาวกทั้งหลายเก็บรักษาไว้เป็นหลักการทางศาสนา และปฏิบัติตามกันมาตลอด เรียกว่า“สุนนะห์” ซึ่งเป็นการบันทึกทั้งก่อนที่ท่านจะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นนบีหรือหลังจากได้รับการแต่งตั้งให้เป็นนบี รวมเวลา 63 ปี¹¹ เนื่องจากการจะแปลกฎหมายของพระเจ้านั้นเป็นสิ่งที่ยาก เพราะมนุษย์ไม่สามารถเข้าใจถึงเหตุผลของพระเจ้าได้อย่างแท้จริง จึงเกิดสำนักความคิดด้านกฎหมายสำนักต่างๆ ขึ้นเพื่อมาตีความกฎหมายดังกล่าว แต่ก็ยังคงไม่สามารถคาดได้ว่าสิ่งที่แปลนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องและตรงตามพระประสงค์ของพระเจ้าจริงหรือไม่ ดังนั้นจึงนำคำสอนของท่านนบีมุฮัมมัดฯ มาพิจารณาประกอบเพื่อช่วยให้เป็นแนวทางการปฏิบัติ¹² ฐานะของสุนนะห์จึงเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายรองจากอัลกุรอาน

3. อัลอิจญ์มาอ์ (มติเอกฉันท์) คือความเห็นเกี่ยวกับปัญหาทางกฎหมายอิสลามที่สอดคล้องต้องกันของนักนิติศาสตร์อิสลาม ในกรณีที่ไม่มีความเห็นใดปรากฏในคัมภีร์อัลกุรอาน หรืออัลหะดีษที่จะยกมาปรับกับปัญหาที่เป็นข้อขัดแย้ง และให้ถือตามความเห็นและการพิจารณาอันสอดคล้องต้องกันในหมู่สาวกผู้ใกล้ชิดของพระองค์ท่านซึ่งถือว่าเป็นแนวทางที่ดีที่สุด แต่จะต้องมีหลักฐาน

⁸ อับดุลเลาะ การีนา, ศาสตราจารย์แห่งอัลกุรอานและอัสนุนนะฮ์ (สงขลา: โรงพิมพ์หาดใหญ่กราฟฟิก, 2551), หน้า 158.

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 225.

¹⁰ กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่องระบบการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย (กรุงเทพฯ เดือนตุลา, 2555), หน้า 38.

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 227.

¹² Asifa Quraishi, "Who Says Sharia Demands the Stoning of Women? A Description of Islamic Law and Constitutionalism," *Berkeley Journal of Middle Eastern & Islamic Law*: 165.

จากอัลกุรอานหรือสุนนะห์ที่สนับสนุนด้วย เพราะการพูดเรื่องศาสนาโดยขาดหลักฐานสนับสนุนนั้น ถือว่าเป็นความผิดอย่างหนึ่งและหลักฐานนั้นอาจเป็นอัลกีياس¹³ (หรือหลักการเทียบเคียง)

4. อัลกีياس (หลักการเทียบเคียง) คือ การเปรียบเทียบโดยอาศัยเหตุผลที่ต่อเนื่องด้วยหลักแหล่งที่มาของกฎหมายอิสลามทั้ง 3 ประการดังกล่าวข้างต้น โดยจะต้องไม่ขัดกับหลักการทั้ง 3 ประการดังกล่าว หรือถ้าหากยังไม่สามารถกระทำได้อีกก็ให้ดำเนินการวินิจฉัยตามหลักธรรม (กฎหมายอิสลามหรือชารีอะฮฺ) การปฏิบัติตามศาสนกิจหรือตามประเพณีนิยมทั่วไปที่ไม่ขัดกับหลักธรรมหรือจริยธรรมของอิสลาม

3.1.3 วัตถุประสงค์ของกฎหมายอิสลาม

หลักการสำคัญของกฎหมายอิสลาม คือ มนุษย์มีสิทธิและในบางกรณีก็เป็นหน้าที่เพื่อตอบสนองความจำเป็นและความต้องการ จึงต้องพยายามหาทางให้ได้มาซึ่งความสำเร็จและความสุข โดยผลประโยชน์ของคนอื่นจะไม่ได้รับอันตรายและยังความเสียหายให้แก่ความพยายามที่จะทำตามสิทธิและหน้าที่ของเขาเท่านั้น และยังจะต้องสร้างความเป็นปึกแผ่นทางสังคมการช่วยเหลือซึ่งกันและกัน และการร่วมมือกันระหว่างมนุษย์ในการบรรลุถึงวัตถุประสงค์ด้วย¹⁴ ดังนั้นวัตถุประสงค์ของชารีอะฮฺหรือกฎหมายอิสลามก็คือการบอกแนวทางที่ดีที่สุดแก่มนุษย์และจัดหาวิธีการที่จะตอบสนองความต้องการของเขาโดยวิธีการที่ประสบความสำเร็จที่สุดและเป็นประโยชน์มากที่สุด¹⁵ ซึ่งกฎหมายอิสลามแบ่งวัตถุประสงค์เพื่อที่จะปกป้องและคุ้มครอง โดยแบ่งออกเป็น 3 ระดับ ได้แก่ ระดับความจำเป็น ระดับความต้องการ และระดับเสริมแต่ง

(1) วัตถุประสงค์ระดับความจำเป็น

กฎหมายอิสลามเห็นว่าวัตถุประสงค์ระดับความจำเป็นนั้นเป็นสิ่งที่ต้องปกป้องคุ้มครอง เนื่องจากเป็นพื้นฐานในการดำรงชีวิตของมนุษย์ และหากถูกละเลยโดยกฎหมาย ก็จะก่อให้เกิด

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 165.

¹⁴ เมาลานา ซัยยิด อูบล อะลา เมาคูดี, มาเข้าใจอิสลามกันเถอะ, บรรจง บินกาซัน, ผู้แปล, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 140.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 139.

ความุ่นวายขึ้น โดยนักวิชาการมีความเห็นพ้องกันว่าวัตถุประสงค์ที่อิสลามต้องการปกป้องมี 5 ประการ ดังนี้¹⁶

ก. ศาสนา

ศาสนาเป็นหลักในการดำเนินชีวิตของมนุษย์ จึงเป็นเรื่องพื้นฐานที่กฎหมายจะต้องให้การปกป้อง โดยพิจารณาถึงสิทธิต่างๆ ด้วยการบัญญัติกฎหมายเพื่อปกป้องศาสนาจากสิ่งที่สามารถมากระทบ ดังนั้นรัฐจึงจำเป็นต้องออกกฎหมายหรือกำหนดโทษเพื่อป้องกันการไม่เชื่อหรือการไม่ศรัทธาหรือเพื่อให้หยุดการทำบาปเพราะการกระทำเหล่านั้นจะส่งผลกระทบต่อศาสนา

ข. ชีวิตมนุษย์

สิทธิในการมีชีวิตของมนุษย์เป็นสิ่งที่พระเจ้าทรงประทานให้ ดังนั้นจึงไม่มีใครสามารถพรากสิทธิดังกล่าวไปได้ โดยศาสนาอิสลามปกป้องด้วยการกำหนดกฎหมาย เช่น กฎหมายเศรษฐกิจ กฎหมายอาญา ซึ่งความผิดที่กำหนดเกี่ยวกับสิทธิในการมีชีวิต เช่น การทำร้ายร่างกาย และถือเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรงหนึ่งในเจ็ดของอาชญากรรมร้ายแรงตามกฎหมายอิสลาม ทั้งยังเป็นการกระทำที่ทำต่อสิทธิศาสนาและชีวิต เป็นต้น

ค. สติปัญญา

สติปัญญาเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งซึ่งพระเจ้าได้ประทานให้แก่มนุษย์และทำให้มนุษย์มีความแตกต่างไปจากสัตว์ทั่วไปและเพื่อที่จะปกป้องให้สติปัญญาของมนุษย์ ศาสนาอิสลามจึงได้กำหนดข้อห้ามไม่ให้ดื่มแอลกอฮอล์ทุกชนิด เพราะถือว่าเป็นสิ่งชั่วร้าย โดยผลของการดื่มแอลกอฮอล์จะทำให้มนุษย์ขาดสติและเหตุผลและนำไปสู่การทำร้ายความสัมพันธ์ทั้งความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับมนุษย์และความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับพระเจ้า

ง. วงศ์ตระกูล

การมีเพศสัมพันธ์เป็นหนทางที่จะสามารถทำให้มนุษย์ไม่สูญพันธุ์ ฉะนั้นศาสนาอิสลามจึงได้กำหนดและส่งเสริมให้มนุษย์มีครอบครัวด้วยการแต่งงานซึ่งเป็นทางเดียวที่จะมีครอบครัวและรักษาสายสัมพันธ์อย่างถูกต้องและชอบธรรม และเพื่อให้เกิดระบบสังคมที่สมบูรณ์แบบ จึงต้องกำหนดหน้าที่และความสัมพันธ์ระหว่างสามีและภรรยา ครอบครัว และหน้าที่ของพ่อแม่ที่มีต่อบุตรของพวกเขา เช่น หน้าที่ในการให้ความรู้แก่บุตรหรือหน้าที่ในการดูแลบุตร เป็นต้น

¹⁶ Abdul Qadeer Baksh, "The Five Higher Goals of Shariah Law," [Online] Accessed: Oct. 10, 2016. Available from: <https://abdulqadeerbaksh.wordpress.com/2013/07/12/the-five-higher-goals-of-shariah-law>

จ. ทรัพย์สิน

ทรัพย์สินเป็นสิ่งสำคัญของชีวิต ซึ่งพระเจ้าได้ประทานให้แก่มนุษย์ให้มีสิทธิในการครอบครองทรัพย์เหล่านั้น มนุษย์จึงต้องใช้สิทธิในการใช้ทรัพย์แต่ต้องใช้ไปในทางที่ถูกต้องและสมควร

(2) วัตถุประสงค์ระดับความความต้องการ

วัตถุประสงค์ระดับนี้เป็นระดับที่มีความจำเป็นต่อชีวิตน้อยกว่าระดับความจำเป็น ตัวอย่างเช่น การแต่งงาน การค้า และการขนส่งในลักษณะต่างๆ อิสลามได้สนับสนุนและวางระเบียบสำหรับความต้องการเหล่านี้ไว้ แต่แม้ขนาดมันไปก็มิได้กระทบต่อมนุษย์มากนัก โดยเฉพาะระดับปัจเจกชน¹⁷ แต่อย่างไรก็ตาม หากวัตถุประสงค์ระดับความความต้องการหนึ่งๆ ได้ครอบคลุมไปยังผู้คนจำนวนมากซึ่งจำเป็นต้องอาศัยมันแล้วย่อมถือว่าสิ่งนั้นกลายเป็นสิ่งจำเป็น¹⁸

(3) วัตถุประสงค์ระดับการเสริมแต่ง

วัตถุประสงค์ระดับการเสริมแต่ง หมายถึงสิ่งต่างๆ ที่ถูกสร้างขึ้นเพียงเพื่อเป็นตัวช่วยเสริมสร้างความสวยงาม ความสมบูรณ์หรือสะดวกสบายยิ่งขึ้นแก่มนุษย์เท่านั้น อาทิเช่น เครื่องหอม เสื้อผ้าที่สวยงาม บ้านอาศัยที่มั่นคง เป็นต้น¹⁹

3.1.4 สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายอิสลาม

กฎหมายอิสลามได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ 4 ประการไว้สำหรับมนุษย์ ดังนี้

(1) สิทธิของพระเจ้าซึ่งมนุษย์มีหน้าที่จะต้องปฏิบัติให้ครบถ้วนสมบูรณ์ โดยมีสี่ประการได้แก่ สิทธิประการแรก มนุษย์จะต้องมีศรัทธาในพระเจ้าเท่านั้น และจะต้องไม่เอาสิ่งหนึ่งสิ่งใดมาเป็นภาคีกับพระองค์ สิทธิประการที่สอง จะต้องยอมรับและปฏิบัติตามทางนำหรือบทบัญญัติของพระองค์และจะต้องแสวงหาความโปรดปรานจากพระองค์ทั้งความคิดและจิตวิญญาณ รวมถึงการศรัทธาในคำสั่ง

¹⁷ Jasser Auda, หลักเจตนารมณ์แห่งกฎหมายอิสลาม, นัศรุลลอฮ์ หมัดตะพงค์ ลันวาร์กอเมะ, ผู้แปล, (ปัตตานี: คณะอิสลามศึกษาและนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอิสลามยะลา, 2556), หน้า 25.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน

สอนของท่านนบีมุฮัมมัดฯ สิทธิประการที่สาม จะต้องเชื่อฟังพระองค์อย่างซื่อสัตย์ โดยการปฏิบัติ ตามกฎที่มีอยู่ในคัมภีร์อัลกุรอานและคำสอนของท่านนบีมุฮัมมัดฯ และสิทธิประการสุดท้าย จะต้อง เคารพภักดีพระองค์²⁰

(2) สิทธิต่อตัวของเขา

คือ ห้ามใช้สิ่งทั้งหลายที่เป็นอันตรายต่อร่างกาย ความคิด หรือศีลธรรมของมนุษย์ เช่น อิสลามห้ามฆ่าตัวตายและย้ำแก่นมนุษย์ว่าชีวิตเป็นของพระเจ้ามิได้มีไว้เพื่อทำร้ายหรือทำลายในทางที่ ไร้เหตุผล²¹

(3) สิทธิของคนอื่นที่อยู่เหนือเขา

ในด้านหนึ่ง ชารีอะฮ์ได้สั่งมนุษย์ให้ตอบสนองสิทธิส่วนบุคคลให้ครบถ้วนสมบูรณ์และเป็น ธรรมต่อตัวเขาเอง แต่ในอีกด้านหนึ่งชารีอะฮ์ได้ขอให้เขาหาทางตอบสนองสิทธิดังกล่าวในลักษณะ ที่ไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น²² ชารีอะฮ์พยายามที่จะสร้างสมดุลขึ้นระหว่างสิทธิของมนุษย์และสิทธิของ สังคมเพื่อที่จะได้ไม่เกิดความขัดแย้งและจะได้มีความร่วมมือกันในการสถาปนากฎหมายของพระเจ้า เช่น การมีซู การผิดประเวณี และการมีเพศสัมพันธ์โดยผิดธรรมชาติ เพราะไม่เพียงแต่จะผิดศีลธรรม และทำลายสุขภาพของผู้กระทำเองเท่านั้น แต่ยังแพร่กระจายความเสียหายและการไร้ศีลธรรมใน สังคม เป็นสาเหตุของกาโมโรค ทำลายสุขภาพของสังคมและศีลธรรมของประชากรรุ่นใหม่ ทำลาย ความสัมพันธ์ระหว่างผู้คนและทำลายโครงสร้างทางวัฒนธรรมและสังคมประชาคมด้วย ดังนั้น อิสลามจึงหาแนวทางที่จะทำลายทั้งรากและกิ่งก้านสาขาของอาชญากรรมดังกล่าว²³

(4) สิทธิของสิ่งที่ถูกสร้างอื่นๆ ทั้งหมด

พระเจ้าเป็นเจ้าของได้ให้เกียรติมนุษย์ด้วยการให้มีอำนาจเหนือสิ่งถูกสร้างของพระองค์ แต่อย่างไร ก็ตาม มนุษย์จะต้องไม่นำมันไปใช้ทางสิ้นเปลืองโดยไม่ก่อให้เกิดผลผลิตและจะต้องไม่ทำอันตรายหรือ สร้างความเสียหายโดยไม่จำเป็น²⁴ ส่วนวัตถุประสงค์ที่สำคัญก็เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงความสิ้นเปลืองในทุก รูปแบบและเพื่อการใช้ทรัพยากรทั้งหมดทั้งที่มีชีวิตและไม่มีชีวิตอย่างดีที่สุด²⁵

²⁰ เมาลานา ซัยยิด อิบูล อะลา เมาคูดี, มาเข้าใจอิสลามกันเถอะ, หน้า 143-144.

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 148-150.

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 150.

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 151.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 162.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 163.

จากหลักการและวัตถุประสงค์ของกฎหมายอิสลามดังกล่าว กฎหมายอิสลามจึงได้กำหนดความผิดฐานต่างๆ ขึ้นมาเพื่อปกป้องและคุ้มครองวัตถุประสงค์ต่างๆ ซึ่งรวมถึงกรณีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศด้วย

3.2 แนวความคิดและวิวัฒนาการของการกระทำความผิดทางเพศตามกฎหมายอิสลาม

วิวัฒนาการของกฎหมายอิสลามอาจสามารถแบ่งได้ 8 ช่วงดังที่กล่าวมาแล้ว อย่างไรก็ตาม การศึกษาจะศึกษากฎหมายอิสลามโดยแบ่งเป็น 4 ยุค ซึ่งแต่ละยุคจะมีการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญของกฎหมายอิสลาม ได้แก่ ยุคกฎหมายคลาสสิก ยุคก่อนกฎหมายสมัยใหม่ ยุคมืดของการบังคับใช้กฎหมายอิสลามและยุคกฎหมายสมัยใหม่

(1) ยุคกฎหมายคลาสสิก ในช่วงยุคนี้กฎหมายอิสลามจะมีแหล่งที่มาที่สำคัญ ได้แก่ คัมภีร์อัลกุรอานและอัลหะดีษหรือแนวทางการปฏิบัติหรือวัจนะของท่านนบีมุฮัมมัดฯ แต่การปฏิบัติจะมีความแตกต่างกัน เนื่องจากจะเป็นไปตามแนวทางในการตีความของสำนักความคิดต่างๆ ในช่วงนั้น อย่างไรก็ตามในช่วงยุคนี้กฎหมายอิสลามยังไม่ได้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นกฎหมายอย่างชัดเจน

(2) ยุคก่อนกฎหมายสมัยใหม่ (ศตวรรษที่ 16) เป็นยุคที่มีการนำกฎหมายอิสลามที่เคยเป็นเพียงแค่หลักในการดำรงชีวิตมาบัญญัติเป็นรูปแบบของกฎหมายชัดเจนเป็นครั้งแรก ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญาของอาณาจักรออตโตมัน หรือ Ottoman Criminal Law (OCC) โดยนอกจากประมวลกฎหมายนี้จะนำเอากฎหมายอิสลามมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรแล้วยังมีการบัญญัติกฎหมายทางอาญาอีกด้วยอันเป็นผลจากอิทธิพลของกฎหมายตะวันตก

(3) ยุคมืดของการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม (ศตวรรษที่ 18 – 19) เป็นยุคที่กฎหมายอิสลามได้รับอิทธิพลความคิดด้านกฎหมายจากกฎหมายตะวันตกทั้งต่อกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญารวมถึงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วย กฎหมายอิสลามในช่วงนี้จึงเกิดความเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างมากและเกิดความแตกต่างจากกฎหมายที่เคยบังคับใช้แต่เดิม

(4) ยุคกฎหมายสมัยใหม่ เป็นยุคภายหลังที่ประเทศที่เคยตกเป็นอาณานิคมของประเทศมหาอำนาจต่างๆ สามารถเรียกร้องเอกราชได้สำเร็จ ซึ่งประเทศเหล่านี้ได้นำเอาหลักการของกฎหมายอิสลามเดิมกลับมาใช้เป็นกฎหมายของประเทศอีกครั้ง และนำกฎหมายอิสลามมาบัญญัติเป็นประมวลกฎหมายอาญาในรูปแบบที่ชัดเจนยิ่งขึ้น

โดยในช่วงยุคกฎหมายคลาสสิก ยุคก่อนกฎหมายสมัยใหม่และยุคมืดของการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม จะพบว่ากฎหมายซารีอะฮ์หรือกฎหมายอิสลามได้บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำ ความผิดทางเพศ โดยสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ฐานความผิดซึ่งได้แก่ ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์นอกสมรสหรือผิดประเวณี ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกันหรือรักร่วมเพศ และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

3.2.1 ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์นอกสมรสหรือผิดประเวณี

ความผิดฐานการมีเพศสัมพันธ์นอกสมรสหรือการผิดประเวณี เรียกในภาษาอาหรับว่า “ซินา” (Zina) หมายถึง การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิงที่มีคู่สมรสของตนเองหรือการที่อวัยวะเพศชายหรือส่วนหนึ่งล้ำเข้าไปในช่องคลอดของหญิงที่เป็นที่ต้องห้ามซึ่งไม่ใช่ภรรยาของตนเอง และมีความต้องการทางเพศแม้จะไม่มีกรหลั่งอสุจิกก็ตาม

เหตุที่กฎหมายอิสลามกำหนดให้การกระทำความผิดประเวณีเป็นอาชญากรรม เนื่องมาจากการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของสังคม ด้วยเหตุว่าการกระทำนี้เป็นสิ่งที่น่าสนใจ ความขัดแย้งของครอบครัว ความอิจฉาริษยา การเกิดบุตรนอกสมรส และการแพร่ระบาดของโรคติดต่อ²⁶ ซึ่งกฎหมายอิสลามต้องการให้มนุษย์ดำเนินชีวิตไปในทางที่ถูกต้องรวมถึงเพื่อให้เกิดความสงบสุขของสังคม และเหตุผลประการสำคัญอีกประการหนึ่ง คือกฎหมายอิสลามมาจากหลักเกณฑ์ของศาสนาและศาสนาอิสลามได้กำหนดให้การกระทำความผิดประเวณีถือเป็นส่วนหนึ่งจากบรรดาบาปใหญ่รองจากการตกศาสนา การตั้งภาคีและการฆาตกรรมและถูกบัญญัติไว้ในคัมภีร์อัลกุรอานซึ่งเป็นการบัญญัติโดยคำสั่งของพระเจ้า²⁷ เอาไว้ในอัลกุรอานว่า :

“และสุเจ้าทั้งหลายอย่าเข้าใกล้การผิดประเวณี แท้จริงการผิดประเวณีคือความอนาจารและเป็นหนทางอันชั่วช้าเลวทราม”

แนวความคิดของความผิดฐานนี้อาจเทียบได้กับความผิดทางเพศตามกฎหมายไทยในพระอัยการลักษณะผิดประเวณีซึ่งกำหนดความผิดของการกระทำชายและหญิงที่มีความสัมพันธ์กันโดยที่ชายและหญิงนั้นมิได้เป็นคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายของตนโดยจะพิจารณาว่าขณะกระทำความผิด

²⁶ Firouz Mahmoudi, "On Criminalization in Iran, European Journal of Crime," *Criminal Law and Criminal Justice* 10(2002): 509.

²⁷ Asifa Quraishi, "Who Says Sharia Demands the Stoning of Women? A Description of Islamic Law and Constitutionalism," *Berkeley Journal of Middle Eastern & Islamic Law*: 167.

นั้นหญิงมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่หรือไม่ แต่แนวความคิดของกฎหมายอิสลามกำหนดให้ผู้กระทำความผิดสามารถเป็นได้ทั้งบุคคลที่แต่งงานแล้วหรือไม่ก็ตาม กล่าวคือหากชายหรือหญิงที่แต่งงานแล้วไปทำการผิดประเวณี อิสลามถือว่าเขาได้กระทำสิ่งที่ เป็น “อาชญากรรม” แม้เป็นการแสดงออกซึ่งความรักก็ตาม เพราะมันขัดแย้งอย่างสิ้นเชิงกับความหมายครอบครัวที่อิสลามพยายามสร้างให้เกิดขึ้น ส่วนในกรณีคู่รักไม่ได้แต่งงานกันอิสลามมิได้ห้ามไม่ให้เขาทั้งสองนั้นรักกัน แต่อิสลามห้ามการแสดงออกถึงความรักทางเรือนร่างตราบใดที่ยังไม่แต่งงานกันอย่างถูกต้อง เป็นการตัดสินใจที่หวังสร้างความสมดุลระหว่างความรักกับค่านิยมของความเป็นครอบครัว อิสลามจึงสนับสนุนการแต่งงานและอำนวยความสะดวกในทุกวิถีทางเพื่อให้การแต่งงานเกิดความง่ายดาย²⁸ แสดงให้เห็นว่าอิสลามมิได้เป็นปรปักษ์กับธรรมชาติ แต่อิสลามห้ามก็คือ “ความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างบุคคลที่ไม่ได้แต่งงานกันต่างหาก” เพราะในระบบอิสลามถือว่าครอบครัวเป็นรากฐานความสุขของสังคม²⁹

จากเหตุผลในการบัญญัติความผิดฐานนี้จึงสามารถกล่าวได้ว่ากฎหมายอิสลามได้บัญญัติความผิดฐานผิดประเวณีขึ้นเพื่อให้ประชาชนมีความสัมพันธ์เฉพาะกับคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายของตนเองเท่านั้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องความมั่นคงสถาบันครอบครัว ซึ่งการปกป้องสถาบันครอบครัวนั้นเป็นการรักษาไว้ซึ่งวงศ์ตระกูลอันเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายอิสลามในระดับจำเป็น เพราะศาสนาอิสลามเห็นว่าการรักษาไว้ซึ่งสายตระกูลเป็นความจำเป็นประการหนึ่งที่ศาสนาต้องพิทักษ์³⁰

3.2.2 ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกันหรือรักร่วมเพศ

เหตุที่มีการบัญญัติความผิดนี้ เนื่องจากกฎหมายอิสลามมองว่าลักษณะของการมีเพศสัมพันธ์โดยทั่วไปตามธรรมชาตินั้นจะเป็นกรณีที่อวัยวะเพศชายจะล่งล้าไปยังช่องคลอดของฝ่ายหญิง ดังนั้นการมีเพศสัมพันธ์กันระหว่างเพศเดียวกันนั้นจะทำให้ชายและหญิงมีบทบาทที่เปลี่ยนแปลงไปเพราะไม่มีลักษณะดังกล่าวจึงถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดหลักธรรมชาติและเป็นสิ่งที่ไม่ควรกระทำเพราะขัดต่อหลักการของพระอัลลอฮ์ (ช.บ.)³¹ ซึ่งความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกันหรือรักร่วมเพศแบ่งออกเป็น 2 ฐานความผิด ได้แก่

²⁸ Jasser Auda, หลักเจตนารมณ์แห่งกฎหมายอิสลาม, หน้า 108.

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 108.

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 58.

³¹ Sara Omar, "From Semantics to Normative Law: Perception of Liwat (Sodomy) and Sihaq (Tribadism) in Islamic Jurisprudence (8th – 15th Century Ce) " Islamic Law and Society 19(2012): 237.

3.2.2.1 การมีเพศสัมพันธ์หรือการร่วมประเวณีระหว่างชายกับชายเรียกในภาษาอาหรับว่า “อัล-ลิวัต” (AL-Liwat) การกระทำเช่นนี้ศาสนาอิสลามถือว่าเป็นข้อห้ามอย่างเด็ดขาด การมีเพศสัมพันธ์หรือการร่วมประเวณีระหว่างชายกับชายผู้ที่ฝ่าฝืนจะต้องถูกลงโทษสถานหนัก เช่นเดียวกับกรณีความผิดของการผิดประเวณี

3.2.2.2 การมีเพศสัมพันธ์หรือการร่วมประเวณีระหว่างหญิงกับหญิงเรียกในภาษาอาหรับว่า “อัส-ลีฮาก” กล่าวคือการสัมผัสกายระหว่างหญิงกับหญิงด้วยการเสียดสี เล้าโลม เยี่ยงการกระทำของพวกเลสเบี้ยนซึ่งเป็นสิ่งต้องห้าม ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์หรือการร่วมประเวณีระหว่างหญิงกับหญิงมิได้ถูกบัญญัติชัดเจนในคัมภีร์อัลกุรอาน ความผิดฐานนี้จึงมิได้ถูกลงโทษตามกฎหมายอิสลาม แต่เนื่องจากการมีความสัมพันธ์ระหว่างหญิงกับหญิงด้วยกันเป็นบาปอย่างหนึ่ง นักกฎหมายอิสลามมีมติเป็นเอกฉันท์ว่าผู้ที่มีเพศสัมพันธ์ระหว่างหญิงกับหญิงด้วยกันจะต้องลงโทษ โดยกฎหมายบ้านเมือง³² ซึ่งจะต้องได้รับโทษตามดุลยพินิจของผู้พิพากษาหรือผู้มีอำนาจของรัฐ

3.2.3 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

การข่มขืนหรือที่เรียกในภาษาอาหรับว่า “ซินา บิ อัล-อิคราฮ์” (Zina bi al-ikrah) หมายถึง การมีเพศสัมพันธ์นอกการสมรสด้วยการบังคับหรือการกระทำที่ใช้กำลังขืนใจเพื่อที่จะมีเพศสัมพันธ์ โดยเป็นการกระทำระหว่างชายและหญิงซึ่งมิใช่คู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายของตนเอง โดยอีกฝ่ายไม่ยินยอม

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

3.3 การลงโทษทางอาญาตามกฎหมายอิสลาม

3.3.1 แนวความคิดการลงโทษทางอาญาตามกฎหมายอิสลาม

กฎหมายอิสลามถูกบัญญัติจากศาสนาอิสลาม โดยวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา แบ่งออกได้เป็น 3 ประการ ดังนี้³³

1. กฎหมายอิสลามต้องการที่จะปกป้องสังคมจากอาชญากรรม เพราะหากในสังคมนั้นเกิดอาชญากรรม สังคมย่อมตกอยู่ในอันตราย กฎหมายอิสลามจึงพยายามที่จะสร้างความมั่นคงและความปลอดภัยในสังคมรวมทั้งทำให้ประชาชนในสังคมเกิดความปลอดภัยและสงบสุข

³² สุลัยมาน ดอเลาะและญาดุลฮัก มิงสมร, กฎหมายอิสลามลักษณะอาญา (สงขลา: บรรลือการพิมพ์, 2557), หน้า 92.

³³ Abdurrahman Raden Aji Haqqi, "Criminal Punishment and Pursuit Justice in Islamic Law," International Journal of Technical Research and Application 15(2015): 6-7.

2. กฎหมายอิสลามต้องการทำให้อาชญากรเกิดความสำนึกผิดและแก้ไขผู้กระทำความผิด ด้วยการให้ผู้กระทำความผิดเหล่านั้นไม่ก่ออาชญากรรมเหล่านั้นและประพฤติตนอย่างเหมาะสม

3. การลงโทษทางอาญาเป็นการตอบแทนการกระทำความผิดของอาชญากร ซึ่งเป็นผู้ก่อให้เกิดอันตรายต่อสังคม ดังนั้นบุคคลเหล่านั้นจึงควรถูกตอบแทนตราบเท่าที่เขาเหล่านั้นยังเลือกที่จะกระทำความผิดแทนการประพฤติตนที่เหมาะสม เพราะสังคมและประชาชนทุกคนในสังคมย่อมมีสิทธิที่จะได้รับความปลอดภัย

แนวความคิดของการลงโทษตามกฎหมายอิสลามนั้น โดยมีหลัก 3 ประการ คือ³⁴

1. มุสลิมจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำทั้งหมดของตน ซึ่งนอกจากหลักการนี้จะเป็นการป้องกันสังคมจากอาชญากรรมแล้ว แต่การได้รับโทษตามกฎหมายอิสลามหรือชารีอะฮ์นั้นจะสามารถทำให้บุคคลนั้นไม่ต้องรับโทษภายหลังความตายอีก (โลกหน้า) เพราะถือว่าเป็นการชดเชยในสิ่งที่เขาได้กระทำลงไปจากบรรดาความผิดต่างๆ³⁵

2. การลงโทษควรมีประสิทธิภาพในการป้องกันมากเท่าที่สามารถป้องกันได้ เพราะการลงโทษที่มีความรุนแรงเป็นบทบาทพื้นฐานที่จะสามารถยับยั้งและป้องกันได้

3. อิสลามต้องการที่จะปกป้อง 6 ประการแก่ประชาชน คือ

(1) ความศรัทธา บุคคลที่ละทิ้งความศรัทธา จะต้องถูกลงโทษด้วยการประหารชีวิต แต่เนื่องจากการบังคับใช้จริงมายาวนานนับ 1000 ปี เป็นเพียงทัศนคติหรือนิติศาสตร์อิสลามบางท่าน

(2) ศักดิ์ศรี อิสลามปกป้องศักดิ์ศรี ดังนั้นหากมีคนมาทำร้ายหรือดูหมิ่น หรือลดศักดิ์ศรี คนนั้นจะถูกลงโทษ นอกจากนั้นยังปกป้องบุคคลจากการลงโทษด้วยการลงโทษบุคคลที่กล่าวหาว่าผู้นั้นกระทำความผิดด้วยการโบย 80 ครั้ง

(3) สติ กฎหมายอิสลามปกป้องด้วยการกำหนดห้ามการดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์

(4) ทรัพย์สิน อิสลามปกป้องความมั่งคั่งของประชาชนทุกคน ดังนั้นบุคคลที่ละเมิดต่อทรัพย์สินผู้อื่นย่อมต้องถูกลงโทษอย่างรุนแรง เช่น การตัดมือผู้ลักขโมยทรัพย์ของผู้อื่น เป็นต้น

(5) ชีวิต

(6) วงศ์ตระกูล

³⁴ Ibid., 8.

³⁵ สมาคมนักเรียนเก่าอาหรับ, ฟิกฮฺซุนนะฮฺ (นันทบุรี: สมาคม, 2545), หน้า 19.

3.3.2 ประเภทของโทษอาญาตามกฎหมายอิสลาม

กฎหมายอิสลามสามารถแบ่งประเภทโทษออกเป็น 3 รูปแบบ ได้แก่

1. กิคือศ (Qesas Offenses) เป็นความผิดที่ทำต่อร่างกายของบุคคลและเป็นการกำหนดโทษในฐานะสิทธิส่วนบุคคล ซึ่งผู้เสียหายหรือญาติใกล้ชิดมีสิทธิให้อภัยหรือเปลี่ยนแปลงบทลงโทษ³⁶ ได้แก่ ความผิดฐานฆ่าบุคคลอื่นและความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

2. หุดูด (Hudud Offenses) เป็นความผิดที่ถือว่าเป็นการกระทำต่อพระเจ้า โทษที่ถูกบัญญัติไว้ในคัมภีร์อัลกุรอานหรือการบัญญัติโดยคำสั่งของพระเจ้า และเป็นการกำหนดโทษในฐานะสิทธิของพระเจ้า³⁷ ความผิดประเภทนี้จะมีการกำหนดบทลงโทษที่ชัดเจนและไม่อาจสามารถเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขได้ซึ่งประกอบไปด้วย ความผิดฐานลักทรัพย์ ความผิดฐานปล้นทรัพย์ ความผิดฐานการมีเพศสัมพันธ์นอกการสมรส ความผิดฐานการกล่าวหาบุคคลอื่นว่ามีเพศสัมพันธ์นอกการสมรส ความผิดฐานตีมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ และความผิดฐานการเลิกล้มถือศาสนาอิสลาม

3. ตะซีรอ (Ta'azir Offenses) แปลว่า กฎเกณฑ์ของสังคม ดังนั้นจึงหมายถึงกฎหมายที่มาจากนิติบัญญัติของรัฐเนื่องจากบทบัญญัติในคัมภีร์อัลกุรอานอาจไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์บางอย่างเพื่อไว้แก้ปัญหาได้หรือเพื่อให้ใช้ได้เหมาะสมกับปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน จึงจำเป็นต้องสร้างกฎเกณฑ์บางอย่างขึ้น เช่น กฎหมายจราจร กฎหมายภาษี เป็นต้น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม เนื่องจากเห็นว่าเป็นการกระทำที่ต้องห้ามหรือการกระทำนั้นอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชนและสังคม

3.4 การลงโทษทางอาญาตามกฎหมายอิสลามกับสิทธิมนุษยชน

3.4.1 บัญญัติปฏิญญาไคโรว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในอิสลาม คริสต์ศักราช 1990 (Cairo Declaration on Human Right in Islam 1990)

คริสต์ศักราช 1990 กลุ่มประเทศที่นับถือศาสนาอิสลามทั่วโลกได้รวมตัวกันก่อตั้งองค์กรอิสลาม (Organization of Islamic Conference หรือ O.I.C) และบัญญัติปฏิญญาไคโรว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในอิสลาม ค.ศ. 1990 (Cairo Declaration on Human Right in Islam 1990) ขึ้นเมื่อวันที่ 5 สิงหาคม ค.ศ. 1990 โดยนำหลักการเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนตามหลักคำสอนของศาสนามาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรูปแบบปฏิญญาฯ โดยปฏิญญาไคโรว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในศาสนาอิสลาม ค.ศ. 1990 มีสถานะและสภาพบังคับไม่แตกต่างจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

³⁶ มุฮัมมัดซาคี เจ๊ะหะ, บทลงโทษในกฎหมายอิสลาม, หน้า 38.

³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 38.

ค.ศ. 1948 เนื่องจากปฏิญญาฉบับนี้มีใช้สนธิสัญญาระหว่างประเทศ จึงไม่ก่อให้เกิดพันธะทางกฎหมายที่จะต้องผูกพันรัฐที่เข้าเป็นสมาชิกในอันที่จะต้องปฏิบัติตามปฏิญญาดังกล่าว³⁸ ดังนั้นถ้อยคำในปฏิญญาฉบับนี้จึงมิใช่กฎหมายแต่เป็นเพียงความร่วมมือกันของประเทศสมาชิกองค์การอิสลาม หรือ O.I.C เพื่อที่จะให้มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมนุษยชนที่สอดคล้องและถูกต้องตามหลักกฎหมายอิสลามเพื่อที่จะได้นำมาปรับใช้ต่อไปทั้งยังเป็นแนวทางสำหรับการร่างกฎหมายในประเทศต่างๆ ที่จะจัดทำขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามหลักกฎหมายอิสลาม³⁹ จากแนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนตามหลักศาสนาอิสลาม เชื่อว่ามนุษย์ทุกคนถูกสร้างโดยพระเจ้า มนุษย์ทุกคนจึงเสมอภาคกันต่อหน้าพระเจ้า อิสลามถือว่ามนุษย์ชนทั้งมวลคือประชาชาติเดียวกัน พวกเขาได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน⁴⁰ ซึ่งแนวคิดพื้นฐานดังกล่าวมีลักษณะความสอดคล้องกับหลักการของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948

3.4.2 การรับรองอาหรับว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Arab Charter on Human Right)

สันนิบาตแห่งอาหรับ (League of Arab State) ได้ดำเนินการก่อตั้งคณะกรรมการถาวรด้านสิทธิมนุษยชนสันนิบาตอาหรับ (Permanent Commission of Human Right of the Arab League) ในปี ค.ศ. 1968 และในปี ค.ศ.1994 สันนิบาตแห่งรัฐอาหรับจึงให้การรับรองอาหรับว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Arab Charter on Human Right) แต่มีข้อวิจารณ์ว่ากฎบัตรฯ นี้ยังไม่สอดคล้องกับบรรทัดฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ในปี 2004 สมัชชาแห่งสันนิบาตรัฐอาหรับจึงได้รับรองกฎบัตรอาหรับฉบับแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งมีผลบังคับใช้ในปี 2008 สารของกฎบัตรที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่มีการปรับปรุงเพิ่มเติมใหม่ในเนื้อหาหลายๆ ส่วน เช่น การรับรองความเท่าเทียมแห่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของชายและหญิง, สิทธิในชีวิต, การห้ามกระทำทารุณ, การปฏิบัติที่โหดร้ายไม่เป็นมนุษย์ เป็นต้น⁴¹ อย่างไรก็ตาม มีข้อน่าสังเกตว่าท้ายที่สุดแล้วกฎบัตรนี้ยังคงไม่สามารถข้ามพ้นข้อวิจารณ์เรื่อง “ความเป็นอาหรับ” หรือ “วิถีอิสลาม” ในหลายๆ กรณีดังปรากฏในตัวกฎบัตรซึ่งยอมรับข้อจำกัดต่อเรื่องเสรีภาพในการนับถือศาสนา สิทธิของชายและหญิงซึ่งยังไม่มีมีความเท่าเทียมกันอย่างแท้จริง การ

³⁸ สุดปรารถนา นิละไพจิตร, "สิทธิมนุษยชนในอิสลามกับการรับรองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), หน้า 158.

³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 159.

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 140.

⁴¹ จริญญา โฆษณานันท์, สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ปรัชญา กฎหมายและความเป็นจริงทางสังคม (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2556), หน้า 514.

สนับสนุนให้มีการลงโทษรุนแรงทางกายภาพ และการยินยอมให้มีการลงโทษประหารชีวิตต่อเด็กถ้ากฎหมายเปิดช่องให้กระทำ เป็นต้น⁴²

ฉะนั้น ลักษณะของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในอิสลามมีความแตกต่างจากการรับรองสิทธิมนุษยชนของสังคมตะวันตกบางประการเช่นกัน กล่าวคือ แม้จะพบว่าสิทธิมนุษยชนในอิสลามมีข้อจำกัดและเงื่อนไขการใช้สิทธิเสรีภาพมากมาย แต่ข้อจำกัดและเงื่อนไขต่างๆ นั้น อาจมีผลกระทบต่อปัจเจกชนแม้จะทำให้ปัจเจกชนแต่ละคนไม่อาจมีสิทธิเสรีภาพได้อย่างเต็มที่ แต่ก็มิได้เป็นการลดทอนคุณค่าหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ให้หมดสิ้นไปแต่อย่างใดคงเป็นเพียงการลดสิทธิเสรีภาพเท่าที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองหรือปกป้องประโยชน์ ความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของสังคมส่วนรวม เนื่องจากสังคมที่ดีย่อมจะส่งผลต่อทุกคนในสังคมด้วย สิทธิมนุษยชนตามหลักศาสนาอิสลามจึงโน้มเอียงไปทางแนวคิดแบบสากลนิยมมากกว่าการรับรองคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างเต็มที่ตามแนวความคิดปัจเจกชนนิยมดังที่กลุ่มตะวันตกยึดถือ⁴³

3.5 วิวัฒนาการการลงโทษฐานการกระทำความผิดทางเพศตามกฎหมายอิสลาม

3.5.1 ยุคกฎหมายคลาสสิก

กฎหมายอิสลามในยุคคลาสสิกมีแหล่งที่มา ได้แก่ คัมภีร์อัลกุรอานและซุนนะห์ (พระวจนะหรือการปฏิบัติ) ของท่านนบีมุฮัมมัดฯ ซึ่งทั้ง 2 แหล่งที่มาดังกล่าว แม้จะเป็นเรื่องของกฎเกณฑ์ของศาสนาเป็นสำคัญ แต่จะพบว่าในคัมภีร์อัลกุรอานหรือการปฏิบัติของท่านนบีมุฮัมมัดฯ จะมีเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญา สิ่งเหล่านี้จึงเป็นแหล่งที่มาที่สำคัญของกฎหมายอาญาของกฎหมายอิสลาม

3.5.1.1 การลงโทษในความผิดฐานผิดประเวณี

เงื่อนไขของผู้ที่จะได้รับโทษตามความผิดฐานนี้จะต้องมีเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

ก. ผู้กระทำผิดเป็นมุสลิม มีสติ สัมปชัญญะ บรรลุศาสนภาวะ และกระทำไปโดยสมัครใจ ซึ่งกฎหมายอิสลามถือว่าบุคคลย่อมพ้นจากภาวะเด็กเมื่อ⁴⁴

1. มีอายุ 15 ปีบริบูรณ์ หรือ
2. มีอายุ 9 ปี หย่อน 15 วัน ถ้า

⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 514.

⁴³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 141.

⁴⁴ ณรงค์ ศิริปะชนะ, ความเป็นมาของกฎหมายอิสลามและดาโต๊ะยุติธรรม, หน้า 192.

ก. ชายมีน้ำกามเคลื่อนด้วยประการใดๆ หรือ

ข. หญิงมีระดูตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมายอิสลาม

ข. กระทำไปโดยเจตนาที่สมบูรณ์มิได้บกร่อง เช่น กรณีสำคัญผิดในข้อเท็จจริง เช่นนี้ถือว่าเจตนาบกร่อง จึงไม่ต้องได้รับโทษตามที่กำหนดไว้

ค. การกระทำผิดประเวณีนั้นได้รับการยืนยันที่ได้เด็ดขาด เช่น ด้วยการสารภาพของผู้กระทำผิดนั้นด้วยสำนวนการสารภาพที่ชัดเจนด้วยใจสมัครหรือด้วยการมีพยานของชายจำนวน 4 คน

ง. ผู้กระทำผิดประเวณีต้องไม่กลับคำรับสารภาพก่อนการดำเนินบทลงโทษ

จ. เป็นผู้มีอิสระ ดังนั้นหากเป็นกรณีผู้กระทำความผิดเป็นทาส จะไม่ได้รับโทษเต็มเหมือนดังเช่นผู้กระทำความผิดทั่วไป แต่จะต้องได้รับโทษกึ่งหนึ่ง และบุคคลนั้นจะไม่ได้รับการลงโทษด้วยการปาก้อนหิน⁴⁵

บทลงโทษของการกระทำความผิดทางเพศในกฎหมายอิสลามที่ใช้เพื่อลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดซึ่งรูปแบบการลงโทษที่สำนักกฎหมายต่างเห็นพ้อง ได้แก่ โทษโบย โทษปาก้อนหินและโทษเนรเทศ

(1) การลงโทษด้วยการโบยหรือการเขียน 100 ครั้ง เป็นการลงโทษสำหรับการกระทำความผิดของผู้ยังไม่เคยผ่านการสมรสมาก่อนหรือผู้ที่ไม่ใช่มุฮอซัน โดยปรากฏหลักฐานการลงโทษด้วยวิธีนี้สำหรับผู้กระทำผิดประเวณีในอัลกุรอานที่ระบุว่า⁴⁶

“หญิงที่ทำผิดประเวณีและชายที่ทำผิดประเวณีนั้น พวกท่านจงเขียนแต่ละบุคคลจากทั้งสองนั้น 100 ครั้งและจงอย่าให้ความสงสารแก่บุคคลทั้งสองยับยั้งเจ้า จงลงโทษตามบทบัญญัติของอัลลอฮ์ (ช.บ.)”

วิธีการลงโทษด้วยการการโบย กำหนดว่าจะต้องไม่ดำเนินการลงโทษขณะที่สภาพอากาศมีความร้อนจัดหรือเย็นจัดเกินไป หรือจำเลยอยู่ในสภาพที่เจ็บป่วย เว้นแต่ไม่สามารถที่จะเยียวยารักษาให้หายจากความเจ็บป่วยนั้นได้และบุคคลนั้นสามารถทนความเจ็บป่วยได้ การโบยให้โบยที่หลังและอวัยวะส่วนอื่นที่มีใช้ใบหน้าและอวัยวะเพศ หรืออวัยวะที่อาจเป็นอันตรายถึงตายได้ และไม่ควรรักษาที่เก่าแต่ให้โบยไปยังส่วนต่างๆ ของร่างกายอย่างทั่วถึง ส่วนวิธีการโบยจะต้องโบยอยู่ในระดับปานกลาง กล่าวคือ จะไม่ยกมือสูงเกินศีรษะ จำเลยไม่ควรถูกมัดในขณะที่ถูกโบยหรืออยู่ในสภาพเปลือยกาย แต่ให้สวมเสื้อที่เหมาะสมคือ เสื้อฝ้านั้นต้องไม่สามารถป้องกันความเจ็บปวดได้ หาก

⁴⁵ Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law* (Oxford: Clarendon Press, 1982), p. 175.

⁴⁶ คัมภีร์อัลกุรอาน บทที่ 24 โองการที่ 2

จำเลยเป็นชายให้ยืมในขณะที่โดนทำโทษ แต่หากเป็นจำเลยเป็นหญิงให้ปกปิดเรือนร่างด้วยผ้าบางๆ และนั่งในขณะที่ถูกทำโทษ และจะไม่มีการลงโทษในขณะที่มีประจำเดือนหรืออยู่ในระหว่างการตั้งครรภ์ให้รอจนกว่าจะคลอดเสียก่อน พร้อมกับให้เวลาในการให้นมบุตรอีกเป็นเวลา 2 ปี และจะต้องกระทำต่อหน้าสาธารณะอย่างเปิดเผย และไม่ให้ลงโทษในมัสยิดสถาน ทั้งนี้การลงโทษด้วยการโบยมีเป้าหมายเพื่อการปรามและทำให้หลายจำมีไซ่ทำให้ถึงแก่ชีวิต แต่หากจำเลยถูกลงโทษด้วยการโบยจนถึงขั้นถึงแก่ชีวิตจะไม่ได้รับค่าสินไหมทดแทนจากความตายนั้น

การโบยในกฎหมายอิสลามจะมีวิธีการแตกต่างจากวิธีการที่ใช้ในประเทศอื่น กล่าวคือ การโบยจะต้องส่งผลต่อผิวหนังเท่านั้น แต่จะไม่ส่งผลถึงเนื้อภายใต้ผิว การโบยจึงเกิดบาดแผลหรือทำให้เนื้อหนังแตกนั้นเป็นการกระทำที่ขัดต่อคำสอนของศาสนาอิสลาม เนื่องจากเป็นเพียงเพื่อต้องการลงโทษให้เป็นการสั่งสอนเท่านั้น แต่ไม่ได้เป็นการลงโทษเพื่อทรมาน

สำนักกฎหมายมัซฮับฮัมมาลี มีทัศนะว่าการลงโทษโดยการโบยสามารถผนวกเข้ากับบทลงโทษโดยการปาก้อนหินจนตาย⁴⁷ แต่สำนักกฎหมายมัซฮับฮานาฟี สำนักกฎหมายมัซฮับมาลิกี และสำนักกฎหมายมัซฮับชาฟีอีมีทัศนะว่าไม่จำเป็นต้องผนวกการลงโทษการประหารชีวิตโดยการปาก้อนหินจนตาย เนื่องจากเป็นบทลงโทษที่จำเป็นสำหรับผู้กระทำผิดประเวณีทั้งชายและหญิงที่สมรสแล้วคือการประหารชีวิตโดยการปาด้วยก้อนหินจนตาย⁴⁸

(2) การปาด้วยก้อนหิน (อัล-ร้อจญุม) หรือการประหารชีวิตโดยประชาชน

คัมภีร์อัลกุรอานมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์นอกการสมรสไว้ถึง 27 บท แต่ไม่พบว่ามีบทบัญญัติถึงการลงโทษด้วยการปาก้อนหินจนตาย มีเพียงการให้ลงโทษด้วยการโบยเท่านั้น⁴⁹ การลงโทษด้วยวิธีการนี้ปรากฏในอัลหะดีษของท่านนบีมุฮัมมัดฯ และการบังคับโทษนั้นใช้ทั้งกับชายและหญิงผู้กระทำ⁵⁰ แต่มีรายงานว่าเคยมีปรากฏในคัมภีร์อัลกุรอานที่ถูกประทานลงมาเพื่อบัญญัติถึงบทลงโทษนี้ นักกฎหมายส่วนใหญ่มีทัศนะว่าโองการดังกล่าวได้ถูกยกเลิกไปแล้ว แต่ผลบังคับของบทลงโทษนี้ยังคงมีผลบังคับใช้ต่อมา

⁴⁷ สุลัยมาน ดอละและญาคูลฮัก มิงสมร, กฎหมายอิสลามลักษณะอาญา, หน้า 105.

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 105-106.

⁴⁹ Reza Aslan, "The Problem of Stoning in the Islamic Penal Code: An Argument for Reform " 3 *UCLA J. ISLAMIC & NEAR E.L.* 91, Fall/Winter (2003-04): 96.

⁵⁰ Asifa Quraishi, "Who Says Sharia Demands the Stoning of Women? A Description of Islamic Law and Constitutionalism," *Berkeley Journal of Middle Eastern & Islamic Law*: 168.

หลักฐานว่าด้วยการขว้างก้อนหินจนตายในกรณีของผู้กระทำผิดที่เป็นบุคคลที่สมรสแล้ว คือ การกระทำที่มีรายงานมาจากท่านนบีมุฮัมมัดฯ และบทในอัลกุรอานที่ถูกยกเลิกการอ่านแต่ยังคงใช้ข้อตัดสินจากบทที่ว่า :

“ชายที่แต่งงานแล้วและหญิงที่แต่งงานแล้ว เมื่อทั้งสองได้กระทำผิดประเวณี พวกท่านจงขว้างบุคคลทั้งสองโดยเด็ดขาด (ถึงตาย) อันเป็นการลงทัณฑ์จากพระองค์อัลลอฮ์ (ช.บ.) และอัลลอฮ์ (ช.บ.) ทรงเกียรติยิ่ง อีกทั้งทรงปรีชาญาณยิ่ง”

การลงโทษด้วยการขว้างหรือการปาก้อนหินจนตาย คือ การลงโทษโดยประชาชน เพื่อที่จะทำให้บุคคลผู้ต้องคำตัดสินให้ถูกประหารชีวิตด้วยการขว้างหินจนตาย ในกรณีที่ผู้ถูกลงโทษเป็นชายให้ลงโทษในสภาพที่จำเลยนั้นยืน โดยไม่ถูกผูกมัดกับสิ่งใด และขุดหลุมให้ถึงเอวผู้นั้น⁵¹ ไม่ว่าการกระทำผิดนั้นจะได้รับการยืนยันด้วยการสารภาพหรือด้วยพยานก็ตาม ส่วนถ้าผู้ถูกลงโทษเป็นหญิงให้ขุดหลุมลึกถึงอกในกรณีที่การกระทำผิดได้รับการยืนยันด้วยพยาน แต่หากเป็นกรณีที่นางสารภาพไม่ต้องขุดหลุม ทั้งนี้เพื่อที่จะได้หนีได้หากต้องการกลับคำให้การสารภาพหรือการถอนคำสารภาพ ซึ่งกรณีที่ผู้สารภาพถอนคำสารภาพก่อนที่เขาจะถูกลงโทษ ก็จะมีผลทำให้เขาไม่ต้องรับโทษอีกต่อไป เพราะการถอนคำสารภาพของเขามีผลทางกฎหมาย อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าผู้ถอนคำสารภาพนั้นจะไม่ต้องได้รับโทษหุดูด (Hudud Offenses) แต่เขาอาจต้องรับโทษตะซีรอ (Ta'azir Offenses) แทน ถ้าหากความผิดพิสูจน์โดยพยานประเภทอื่นๆ⁵² ซึ่งการหลบหนีนั้นเป็นวิธีการหนึ่งในการถอนสารภาพ

การดำเนินการลงโทษให้กระทำต่อหน้าผู้มีอำนาจ (อิหม่าม) หรือตัวแทนและต่อหน้าพยานรับรู้ที่มีจำนวนไม่น้อยกว่า 4 คน โดยหากเป็นกรณีที่ศาลตัดสินจากคำให้การของพยานจะต้องดำเนินการปาโดยพยานเหล่านั้นเป็นคนเริ่มก่อนแล้วจึงค่อยตามด้วยผู้พิพากษาและประชาชน แต่หากเป็นกรณีที่ตัดสินจากคำสารภาพของผู้กระทำความผิดเอง ผู้พิพากษาจะเป็นผู้ดำเนินการปาเป็นคนแรกแล้วจึงค่อยตามด้วยประชาชน⁵³ และลักษณะก้อนหินที่จะใช้ในการปานั้นให้ใช้ก้อนหินขนาดปานกลาง (พอดีมือ) ไม่เล็กและไม่ใหญ่เกินไป เนื่องจากการหากใช้หินที่มีขนาดเล็กเกินไปจะต้องใช้ระยะเวลาและจะทำให้บุคคลที่ต้องรับโทษเกิดความทุกข์ทรมานมากเกินไป แต่หากใช้ก็

⁵¹ Reza Aslan, "The Problem of Stoning in the Islamic Penal Code: An Argument for Reform " 3 *UCLA J. ISLAMIC & NEAR E.L.* 91: 92.

⁵² มุฮัมมัดซาก็ เจ๊ะหะ, *กฎหมายอาญาอิสลาม* (กรุงเทพมหานคร: ออฟเซ็ท, 2555), หน้า 184.

⁵³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 93.

ก้อนหินที่มีขนาดใหญ่เกินไปอาจจะทำให้ผู้กระทำความผิดนั้นถึงแก่ความตายเร็วเกินไป⁵⁴ โดยการปาก้อนหินนั้นถูกกำหนดว่าจะต้องปาที่ละก้อนจนกว่าผู้นั้นจะถึงแก่ความตาย⁵⁵

ส่วนกรณีผู้กระทำความผิดเป็นหญิงที่อยู่ในระหว่างการตั้งครรภ์ จะต้องให้เลื่อนการลงโทษไปก่อนจนกว่าที่เด็กจะคลอดโตพอที่สมควร⁵⁶ ซึ่งศาลประเทศไนจีเรียเคยตัดสินให้มีการเลื่อนการลงโทษไปจนกว่าเด็กจะอายุครบ 20 เดือน⁵⁷

ผู้ที่จะต้องถูกลงโทษด้วยการปาก้อนหิน หรือผู้ที่เคยผ่านการสมรสมาแล้ว หรือเรียกว่ามูฮซอน จะมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

- ก. บรรลุศาสนภาวะและมีสติสัมปชัญญะ
- ข. เป็นอิสระหรือไม่ได้เป็นทาส
- ค. กระทำความผิดโดยสมัครใจ
- ง. ผ่านการสมรสที่ถูกต้องและมีเพศสัมพันธ์เกิดขึ้นจากการสมรสนั้น

มีข้อน่าสังเกตว่า บทกฎหมายซึ่งกำหนดโทษตามกฎหมายอาญาในฐานะความผิดเกี่ยวกับเพศมีลักษณะที่ไม่เท่าเทียมกัน กล่าวคือ จะลงโทษในลักษณะใดนั้นจะขึ้นอยู่กับสถานภาพและเพศของผู้ถูกกล่าวหาการกระทำความผิด⁵⁸ โดยความแตกต่างของการลงโทษจะใช้เกณฑ์การแบ่งการลงโทษเพียงองค์ประกอบว่าผู้กระทำความผิดนั้นเป็นบุคคลที่เคยผ่านการสมรสแล้วหรือยังไม่เคยผ่านการสมรส ส่วนความแตกต่างของการลงโทษอาจเนื่องจากผู้ที่เคยผ่านการสมรสนั้นเคยรับรู้ และสัมผัสกับความสุขของการร่วมประเวณีจากการสมรสที่ถูกต้องมาแล้ว ซึ่งเป็นการเพียงพอที่จะยับยั้งไม่ให้ทำการผิดประเวณี และการที่เขายังต้องการที่จะทำการผิดประเวณีนั้นแสดงถึงความเสื่อมเสียของวิสัยตามธรรมชาติของความเป็นมนุษย์ และยังแสดงว่าเขาผู้นั้นมีอำนาจซึ่งฝังอยู่ในตัวเขาที่คอยผลักดันให้กระทำความผิด จึงเป็นการสมควรยิ่งที่จะเพิ่มโทษให้หนักขึ้น ทั้งในความเจ็บปวดและในความรุนแรง⁵⁹

⁵⁴ Rudolph Peters, *Crime and Punishment in Islamic Law : Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-First Century*, p. 37.

⁵⁵ Reza Aslan, "The Problem of Stoning in the Islamic Penal Code: An Argument for Reform " *3 UCLA J. ISLAMIC & NEAR E.L.* 91: 93.

⁵⁶ Ibid., 96.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ อัมมัน แดเปาะ, "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายอาญาอิสลามกับประมวลกฎหมายไทย" (วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาอิสลามศึกษา, มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ 2547), หน้า 80.

(3) การเนรเทศ

การลงโทษด้วยวิธีการเนรเทศนั้นมีหลักฐานที่ว่าด้วยการเนรเทศผู้กระทำความผิดเป็นเวลา 1 ปี เป็นคำตัดสินให้เนรเทศนั้นต้องมาจากคำตัดสินของผู้พิพากษา และการเนรเทศนี้จำเป็นทั้งผู้กระทำความผิดที่เป็นชายและเป็นหญิง ยกเว้นในกรณีของผู้หญิงต้องมีผู้ที่เป็นมุสลิม (ชายที่ห้ามแต่งงานด้วย) ร่วมเดินทางไปกับนาง และระยะทางในการเนรเทศคือ 3 ไมล์ซึ่งเท่ากับ 5.25 กิโลเมตร

อย่างไรก็ตาม เรื่องการลงโทษด้วยการเนรเทศนั้น นักวิชาการมีความแตกต่างกันออกไป คือ

1. ลงโทษด้วยการโบยและลงโทษเนรเทศพร้อมกัน
2. ให้ลงโทษด้วยการเนรเทศแก่ชายเท่านั้น เพราะในอดีตนั้นผู้หญิงถือเป็นสิ่งที่หวงห้าม จึงไม่น่าจะสามารถเนรเทศผู้หญิงได้
3. ไม่มีการลงโทษด้วยการเนรเทศ

ความเห็นที่แตกต่างในเรื่องการลงโทษเนรเทศนั้น สำนักกฎหมายมัซฮับฮานาฟี เห็นว่าจะไม่ใช้กับกรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่ยังไม่เคยผ่านการสมรส จึงต้องลงโทษบุคคลเหล่านั้นด้วยการโบยเท่านั้น ในขณะที่สำนักกฎหมายอื่นเห็นว่าจะต้องลงโทษด้วยการเนรเทศและการโบยไปพร้อมๆ กัน⁶⁰ แต่อย่างไรก็ตาม มีรายงานว่าท่านนบีมุฮัมมัดฯ ได้กล่าวว่า “ท่านทั้งหลายจงยึดถือแนวทางของฉัน แท้จริงพระองค์อัลลอฮ์ (ซ.บ.) ได้ทรงให้ทางออกแก่นางเหล่านั้น ชายและหญิงที่ยังมิได้แต่งงานและผิดประเวณีให้โบย 100 ครั้ง และเนรเทศ 1 ปี สำหรับชายและหญิงที่แต่งงานแล้ว และผิดประเวณีก็ให้โบย 100 ครั้งและปาก้อนหินจนตาย”⁶¹ จากรายงานดังกล่าวนี้จึงเห็นได้ว่าโทษเนรเทศนั้นใช้กับกรณีผู้กระทำความผิดซึ่งกระทำฐานผิดประเวณีจะเป็นกรณีบุคคลที่ยังไม่เคยผ่านการสมรสมาก่อน โดยระยะเวลาการเนรเทศคือ 1 ปี และการเนรเทศนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นโทษที่ลงโทษเฉพาะกับชายเท่านั้น โทษเนรเทศสามารถลงโทษกับผู้กระทำความผิดที่เป็นหญิงได้ด้วย

หลักสำคัญที่จะพิจารณาได้ว่าจะสามารถลงโทษผู้ใดว่าได้กระทำความผิดฐานผิดประเวณีนั้น ท่านนบีมุฮัมมัดฯ จะลงโทษผู้กระทำความผิดต่อเมื่อบุคคลที่กระทำความผิดได้ยอมรับสารภาพต่อหน้าของท่านด้วยการสาบานว่าตนกระทำความผิดรวม 4 ครั้งและยอมรับสารภาพซึ่งคำรับสารภาพนั้นจะต้องมีลักษณะที่ชัดเจนปราศจากความคลุมเคลือของการกระทำความผิด หรือการนำสืบพยาน

⁶⁰ Firouz Mahmoudi, "On Criminalization in Iran, European Journal of Crime," *Criminal Law and Criminal Justice*: 510.

⁶¹ รายการโดยมุสลิม อะบู ดาวูด และอัตติรมีซี

ทั้งหมด 4 คน⁶² ซึ่งจะต้องเป็นมุสลิมชาย มีสติสัมปชัญญะ และคุณลักษณะที่ดี และเป็นบุคคลที่เห็น ขณะกระทำความผิด แต่หากพยานไม่ครบหรือไม่สามารถพิสูจน์ความผิดได้ พยานอาจจะต้องถูกลงโทษฐานกล่าวหาว่าบุคคลอื่นร่วมประเวณี ต้องถูกลงโทษเช่นเดียวกันกับการผิดประเวณีด้วยการโอบย ซึ่งความผิดฐานนี้ได้ถูกบัญญัติไว้ในอัลกุรอานเช่นกัน⁶³

3.5.1.2 การลงโทษฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกัน

การลงโทษความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกัน นักกฎหมายอิสลามมีความเห็นแตกต่างกันว่าควรจะลงโทษสถานเดียวกับการกระทำความผิดประเวณี หรือว่าจะต้องลงโทษให้ทั้งสองฝ่ายที่มีส่วนร่วมตายไปด้วยกัน ถึงแม้ว่าการลงโทษจะดูโหดเหี้ยมทารุณแต่ก็ได้รับความเห็นชอบ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการรักษาความบริสุทธิ์ของสังคมอิสลามให้พ้นจากอาชญากรรมประเภทนี้⁶⁴ ซึ่งแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ

ก. ฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายกับชาย

คัมภีร์อัลกุรอานบัญญัติถึงการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายและชายว่าพระเจ้าได้ลงโทษคนที่รักร่วมเพศนี้ด้วยการทำให้ดินตกมาจากฟ้าเพื่อที่จะฝังกลบผู้กระทำความผิดทุกคนให้ตายทั้งหมด จากบทบัญญัติในคัมภีร์อัลกุรอานดังกล่าวจึงทำให้สำนักกฎหมายต่างๆ เห็นพ้องตรงกันว่าในคัมภีร์อัลกุรอานได้บัญญัติว่าชายที่มีความสัมพันธ์กันกับชายจะต้องได้รับการลงโทษอย่างแน่นอน แต่ว่ารูปแบบการลงโทษจะใช้รูปแบบใดนั้นไม่แน่ชัด เพราะไม่ปรากฏรูปแบบการลงโทษในคัมภีร์อัลกุรอาน⁶⁵ ฉะนั้นนักวิชาการจึงมีความเห็นเกี่ยวกับรูปแบบการลงโทษที่แตกต่างกัน ดังนี้

⁶² Firouz Mahmoudi, "On Criminalization in Iran, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*: 522.

⁶³ Asifa Quraishi, "Who Says Sharia Demands the Stoning of Women? A Description of Islamic Law and Constitutionalism," *Berkeley Journal of Middle Eastern & Islamic Law*: 167.

⁶⁴ ยูซุฟ กือรฎอวี, *ทะเลาะและหะรอมในอิสลาม*, บรรจง บินกาาริน, ผู้แปล, (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด เจริญวิทย์ การพิมพ์ 2539), หน้า 222.

⁶⁵ Amr A. Shalakany, "Islamic Legal Histories," *J. Middle Eastern & Islamic law* 1(2008): 43.

(ก) การบังคับโทษให้เป็นลักษณะเดียวกับการลงโทษความผิดฐานผิดประเวณี⁶⁶

(ข) การบังคับโทษด้วยรูปแบบหุ้ดุด (Hudud Offenses) ด้วยวิธีการปาก้อนหินจนตาย โดยความเห็นนี้เป็นความเห็นตามแนวความคิดของที่สำนักกฎหมายมัชฮับมาลิกี สำนักกฎหมายมัชฮับซาฟีอี และสำนักกฎหมายมัชฮับฮัมมาลี ได้ยึดถือตามแนวชุนนะฮว่าต้องลงโทษด้วยรูปแบบหุ้ดุด (Hudud Offenses) และด้วยการประหารชีวิต แต่จะมีการลงโทษควรวที่แตกต่างจากความผิดฐานผิดประเวณี จึงเห็นว่าจะต้องลงโทษประหารชีวิตด้วยวิธีการปาหินจนตายทั้งสองฝ่ายโดยไม่พิจารณาว่าเป็นผู้ที่เคยผ่านการสมรสมาแล้วหรือไม่ก็ตาม⁶⁷ ซึ่งการที่จะลงโทษด้วยรูปแบบหุ้ดุด (Hudud Offenses) ได้นั้นจึงต้องใช้พยานหลักฐานที่เหมือนเช่นกรณีความผิดฐานผิดประเวณี คือมีพยานซึ่งเป็นผู้ชายจำนวนสี่คนที่เห็นเหตุการณ์การกระทำความผิด หรือเป็นกรณีผู้กระทำความผิดรับสารภาพ และไม่สามารถใช้พยานแวดล้อมได้ แต่หากไม่มีพยานดังกล่าว จะไม่สามารถลงโทษได้ด้วยรูปแบบหุ้ดุด (Hudud Offenses) แต่จะต้องลงโทษไปตามดุลยพินิจของผู้พิพากษาแทน⁶⁸

(ค) การบังคับโทษด้วยกฎหมายบ้านเมือง โดยความเห็นนี้เป็นแนวความเห็นตามสำนักกฎหมายมัชฮับฮานาฟี เห็นว่าลักษณะการกระทำไม่ใช่ลักษณะของการผิดประเวณีที่จะเป็นกรณีอัยวะเพศชายล่วงเข้าไปในอัยวะเพศหญิง จึงไม่สามารถลงโทษด้วยรูปแบบหุ้ดุด (Hudud Offenses) ได้ แต่เห็นว่าควรลงโทษด้วยกฎหมายบ้านเมืองโดยให้เป็นไปตามดุลยพินิจของผู้พิพากษา⁶⁹ จึงไม่จำเป็นต้องมีพยานหลักฐานเหมือนดังเช่นการลงโทษด้วยหุ้ดุด (Hudud Offenses) คือ พยานผู้พบเห็นการกระทำความผิดเพียงแค่สองคนเท่านั้น ทั้งยังสามารถใช้พยานแวดล้อมเข้ามาประกอบการพิจารณาการลงโทษได้อีก⁷⁰

อย่างไรก็ตาม มีปรากฏการลงโทษในอัลหะดีษว่าชายทั้งสองจะต้องได้รับการลงโทษด้วยการประหารชีวิตโดยไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้ที่เคยผ่านการสมรสหรือไม่ก็ตาม จึงเป็นการลงโทษที่มีความรุนแรงมากกว่ากรณีความผิดฐานผิดประเวณี เพราะหากบุคคลที่ยังไม่เคยผ่านการสมรสมาก่อนกระทำความผิดฐานผิดประเวณีย่อมไม่ถูกลงโทษถึงขั้นประหารชีวิต แต่เหตุที่ลงโทษฐานชายและ

⁶⁶ Sara Omar, "From Semantics to Normative Law: Perception of Liwat (Sodomy) and Sihaq (Tribadism) in Islamic Jurisprudence (8th – 15th Century Ce) " *Islamic Law and Society*: 229.

⁶⁷ Amr A. Shalakany, "Islamic Legal Histories," *J. Middle Eastern & Islamic law* 44.

⁶⁸ *Ibid.*, 47.

⁶⁹ *Ibid.*, 44.

⁷⁰ *Ibid.*, 51.

ชายมีเพศสัมพันธ์ระหว่างกันเนื่องจากเห็นว่าการกระทำนี้จะเป็นส่งผลกระทบต่อที่อาจจะทำให้มนุษยชาติต้องสูญพันธุ์ได้⁷¹

ข. ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างหญิงและหญิง

กรณีการลงโทษความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างหญิงและหญิงนั้น ทุกสำนักกฎหมายเห็นพ้องไปในแนวทางเดียวกันว่าไม่สามารถลงโทษตามรูปแบบโทษหุดูด (Hudud Offenses) ได้ เนื่องจากลักษณะทางกายภาพของหญิงไม่สามารถกระทำการลักษณะคล้ายความผิดฐานผิดประเวณีได้ เพราะไม่สามารถทำการล่วงล้ำได้ ฉะนั้นรูปแบบการลงโทษจึงไม่ลงโทษด้วยรูปแบบหุดูด (Hudud Offenses) และให้ลงโทษด้วยรูปแบบตะซีรอ (Ta'azir Offenses) หรือกฎหมายบ้านเมือง⁷² แต่จะลงโทษเท่าใดนั้นสำนักกฎหมายมีความเห็นแตกต่างกันโดยเห็นว่าหญิงผู้กระทำแต่ละคนต้องอาจถูกลงโทษด้วยการโบย 50 ครั้ง หรือ 100 ครั้ง หรือการลงโทษจำนวนเท่าใดนั้น เป็นดุลยพินิจของผู้พิพากษาในการเห็นควรในแต่ละกรณีไป⁷³

3.5.1.3 การลงโทษในฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเรา

การลงโทษฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นเกิดข้อถกเถียงเป็นจำนวนมากว่าจะต้องลงโทษด้วยรูปแบบเดียวกันกับการลงโทษฐานกระทำผิดประเวณีหรือไม่ เนื่องจากกฎหมายอิสลามไม่มีบทบัญญัติในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในคัมภีร์อัลกุรอานโดยตรงและการกระทำในลักษณะนี้มีความแตกต่างจากการกระทำฐานผิดประเวณีหรือฐานมีเพศสัมพันธ์นอกการสมรสเพราะการข่มขืนกระทำชำเรานั้นอาจสามารถก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายได้เนื่องจากจะต้องมีการขืนใจหรือขัดขืนหรือแม้กระทั่งฆ่าเหยื่อเพื่อให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้ การข่มขืนกระทำชำเราจึงเป็นการกระทำที่มีผลทำให้เสื่อมเสียเกียรติและศักดิ์ศรี ซึ่งเป็นการกระทำอันกระทบทั้งต่อสิทธิของพระอัลลอฮ์ (ซ.บ.) และสิทธิของมนุษย์ ในระหว่างที่ความผิดฐานผิดประเวณีเป็นการกระทำที่เกิดจากการยินยอมมีเพศสัมพันธ์ของชายและหญิงจึงมิได้ทำให้เสื่อมเสียเกียรติและศักดิ์ศรี แต่เป็นการกระทำที่ถือว่ากระทบต่อสิทธิของพระอัลลอฮ์ (ซ.บ.) เท่านั้น ไม่ถือว่ากระทบต่อสิทธิของมนุษย์ จากลักษณะการกระทำดังกล่าว Asifa Quraishi จึงให้ความเห็นว่าการข่มขืนกระทำชำเรานั้นมิใช่เป็นการกระทำ

⁷¹ Ibid., 43.

⁷² Sara Omar, "From Semantics to Normative Law: Perception of Liwat (Sodomy) and Sihaq (Tribadism) in Islamic Jurisprudence (8th – 15th Century Ce) " *Islamic Law and Society*: 239.

⁷³ Ibid., 241.

อันมีลักษณะเป็นการผิดประเวณี แต่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย แต่ความเห็นของ Karamah (ทนายความด้านสิทธิมนุษยชน) ได้กล่าวว่าในอัลหะดีษและการปฏิบัติในช่วงคลาสสิก ถือว่าการช่มชืนกระทำชำเราเป็นการกระทำเดียวกันกับการผิดประเวณี ปรากฏจากการปฏิบัติของท่านนบีฮัมมัดฯ ว่าหากชายใดช่มชืนกระทำชำเราหญิงจะต้องได้รับโทษ โดยบทลงโทษนั้นจะลงโทษเหมือนดังเช่นฐานการผิดประเวณี เพราะถือว่าการช่มชืนกระทำชำเราเป็นการมีเพศสัมพันธ์นอกการสมรสประเภทหนึ่ง แต่หญิงที่ถูกช่มชืนใจให้มีเพศสัมพันธ์นอกสมรส หญิงผู้นั้นจะไม่ถูกลงโทษใดๆ เนื่องจากเป็นการกระทำลงไปจากการถูกบังคับ ปราศจากความยินยอมและความสมัครใจ และพระอัลลอฮ์ (ช.บ.) ตรัสว่า “ที่เขาถูกบังคับให้กระทำโดยที่เขาไม่ได้เป็นผู้สมัครใจและไม่ได้หวงกลับมากระทำซ้ำนั้น ก็ไม่มีบาปใดๆ แก่เขาเลย”⁷⁴

การลงโทษในฐานความผิดนี้อาจมีการลงโทษให้จ่ายค่าสินไหมทดแทนเพิ่มได้อีก ในกรณีที่หญิงผู้ถูกระทำนั้นยังไม่เคยผ่านการสมรสมาก่อน ชายที่กระทำนั้นจะต้องจ่ายค่าทดแทนให้แก่ฝ่ายหญิงเท่ากับค่าตัวของหญิงผู้นั้นหากมีชายมาสู่ขอ ซึ่งต้องพิจารณาจากเกณฑ์เกี่ยวกับอายุ สถานะทางสังคมของหญิงนั้นด้วย แต่หากเป็นกรณีที่ชายกระทำกับหญิงซึ่งเป็นทาสนั้น ชายผู้นั้นจะต้องจ่ายเงินค่าทดแทนให้กับเจ้าของทาสของหญิงแทนตัวหญิงเอง ส่วนเหตุผลที่มีการกำหนดโทษให้ชายเสียค่าสินไหมทดแทนนั้นเพื่อเป็นการตอบแทนที่หญิงนั้นมีเพศสัมพันธ์ด้วย⁷⁵

ความผิดทางเพศตามกฎหมายอิสลามนั้นไม่ว่าจะเป็นกรณีความผิดฐานผิดประเวณี ความผิดฐานมีความสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันหรือความผิดฐานกระทำชำเราซึ่งจะต้องลงโทษด้วยรูปแบบหุฎุ้ด (Hudud Offenses) นั้น มีข้อน่าสังเกตว่า การกระทำเหล่านี้บางกรณีอาจไม่สามารถลงโทษด้วยรูปแบบหุฎุ้ด (Hudud Offenses) ได้ หากผู้กระทำหรือผู้ล่วงล้ำเป็นหญิงหรือชายที่ยังเป็นผู้เยาว์หรือเป็นกรณีที่สติไม่สมประกอบ เพราะถือว่าไม่ครบองค์ประกอบความผิด เนื่องจากไม่สามารถกระทำล่วงล้ำได้สมบูรณ์ เช่น เด็กชายมีเพศสัมพันธ์กับหญิงที่บรรลุนิติภาวะแล้ว กรณีเช่นนี้ไม่สามารถลงโทษด้วยรูปแบบหุฎุ้ด (Hudud Offenses) ได้ เพราะการกระทำดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการกระทำผิดประเวณีตามกฎหมายอิสลาม แต่หากเป็นกรณีชายบรรลุนิติภาวะได้กระทำกับหญิงผู้เยาว์ เช่นนี้ถือว่าครบองค์ประกอบฐานความผิด เพราะชายผู้กระทำสามารถล่วงล้ำไปในอวัยวะเพศหญิงได้ ดังนั้นจึงสามารถลงโทษด้วยรูปแบบหุฎุ้ด (Hudud Offenses)⁷⁶ แต่แม้ว่าจะครบองค์ประกอบความผิดก็ตาม เด็กหญิงที่กระทำจะไม่ถูกลงโทษ เพราะไม่เข้าองค์ประกอบผู้ที่จะลงโทษซึ่งบัญญัติว่าจะต้องบรรลุ

⁷⁴ สมาคมนักเรียนเก่าอาหรับ, ฟิกฮฺซุนนะฮฺ, หน้า 128.

⁷⁵ Rudolph Peters, Crime and Punishment in Islamic Law : Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-First Century, p. 69.

⁷⁶ Sara Omar, "From Semantics to Normative Law: Perception of Liwat (Sodomy) and Sihaq (Tribadism) in Islamic Jurisprudence (8th – 15th Century Ce) " Islamic Law and Society: 249-250.

นิติภาวะ ดังนั้นกรณีที่ทั้งสองฝ่ายเป็นผู้เยาว์ก็ จะไม่มีการลงโทษเพราะไม่เข้าเงื่อนไขหลักเกณฑ์อายุ และสติปัญญาที่อาจยังคงบกพร่องอยู่⁷⁷

3.5.1.4 ความผิดฐานกระทำอนาจาร

ตามกฎหมายอิสลามนั้นการพยายามกระทำอนาจาร เช่น การกอดแล้วโลมกัน หรือพบว่าทั้งสองนอนบนเตียงเดียวกัน หรือการกระทำอนาจารต่างๆ ไม่อาจจัดอยู่ในนิยามของความผิดฐานล่วงล้ำผิดประเวณีตามที่อิสลามต้องห้าม จึงไม่อาจสามารถดำเนินการลงโทษด้วยบทลงโทษประเภทหุดูด (Hudud Offenses) ได้ เพราะเป็นการกระทำที่ปราศจากการนำเอาองค์ประกอบของผู้ชายเข้าไปในอวัยวะเพศของสตรีจึงไม่ถือว่าเป็นการทำความผิดประเวณีที่สามารถดำเนินการลงโทษด้วยบทลงโทษประเภทหุดูด (Hudud Offenses) แต่การกระทำดังกล่าวถือเป็นบาปเท่านั้น จึงสามารถดำเนินการลงโทษด้วยบทลงโทษประเภทตะซีรอ (Ta'azir Offenses) เท่านั้น ถึงแม้ว่าการกระทำดังกล่าวอาจนำไปสู่การผิดประเวณีก็ตาม⁷⁸

3.5.2 ยุคก่อนกฎหมายสมัยใหม่

จักรวรรดิออตโตมัน (Ottoman Empire) เป็นอาณาจักรอิสลาม โดยเริ่มสถาปนาขึ้นในปี ค.ศ. 1299 สิ้นสุดในปี ค.ศ. 1923 มีระยะเวลากว่า 600 ปี อาณาจักรแห่งนี้ได้แผ่ขยายกว้างใหญ่ครอบคลุมทวีปเอเชีย ยุโรปและแอฟริกา ส่งผลทำให้ประเทศอิสลามต่างๆ มีเอกภาพอีกครั้งภายใต้การปกครองของอาณาจักรออตโตมัน โดยอาณาจักรออตโตมันได้มีการนำเอาหลักการของกฎหมายอิสลามนำเข้ามารวบรวมเป็นประมวลกฎหมายออตโตมัน (Ottoman Criminal Code หรือ OCC) ซึ่งถือว่าเป็นรูปแบบประมวลกฎหมายอิสลามที่มีความชัดเจนเป็นครั้งแรก และประมวลกฎหมายอาญานี้ถูกพัฒนาโดยสำนักกฎหมายมัซฮับฮานาฟีและรัฐได้นำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรรวบรวมเป็นประมวลกฎหมาย⁷⁹

⁷⁷ Ibid., 251.

⁷⁸ อัดดุซุกี๊และมุหัมมัด บิน อะรอฟะฮฺ (1230 ฮ.ศ.) “หาซียะฮฺ อัดดุซุกี๊ อะลา อัซซุหฺ อัลกะบิร” กอฮิเราะฮฺ, เล่ม 4 หน้า 313 อ้างถึงใน สุลัยมาน ดอเลาะและญาดุลอัก มิงสมร, กฎหมายอิสลามลักษณะอาญา, หน้า 86-87.

⁷⁹ Rudolph Peters, *Crime and Punishment in Islamic Law : Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-First Century*, p. 69.

แนวความคิดของออตโตมันในด้านกฎหมายที่ส่งผลต่อการพัฒนาการใช้กฎหมายอิสลามสำคัญ ได้แก่⁸⁰

1. มีการบันทึกรวบรวมคำวินิจฉัยข้อบัญญัติทางศาสนาอย่างเป็นระบบและกระบวนการโดยการจัดเรียบเรียงหัวข้อเป็นหมวดหมู่และแบ่งเป็นบทต่างๆ สอดคล้องกับหมวดหมู่และบทที่ปรากฏในตำรากฎหมายอิสลาม หนังสือรวบรวมสิ่งเหล่านี้จึงเป็นเสมือนนิติศาสตร์อิสลามเชิงประยุกต์ระหว่างหลักการทฤษฎีกับปรับใช้กรณีเหตุการณ์หรือปัญหาที่เกิดขึ้นในยุคสมัย
2. มีการตราพระราชกฤษฎีกาสุลต่านซึ่งเกี่ยวกับประเด็นปัญหาทางนิติศาสตร์ เช่น การกำหนดอายุความ เป็นต้น
3. เริ่มมีการจัดทำและตราประมวลกฎหมายขึ้นบังคับใช้ในตอนปลายของยุคเพื่อตอบสนองความต้องการยุคสมัยและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจและกฎหมายกับประเทศยุโรป

ประมวลกฎหมายอาญาออตโตมันแบ่งออกเป็น 3 บท ส่วนบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความผิดทางเพศถูกบัญญัติไว้ในหมวดที่ 1 โดยใน 9 มาตราแรกกำหนดบทลงโทษด้วยรูปแบบโทษปาก้อนหิน แต่ในกรณีที่มีพยานหลักฐานไม่เพียงพอที่จะลงโทษด้วยการปาก้อนหินจนตายได้ กฎหมายได้กำหนดให้ลงโทษปรับแทนซึ่งจะกำหนดแตกต่างกันไปตามสถานะ เช่น แต่งงานหรือไม่ เป็นทาสหรือไม่ เป็นมุสลิมหรือไม่ รวมทั้งพิจารณาจากสถานะทางการเงิน ดังนั้นคนที่มีฐานะทางการเงินร่ำรวย จะต้องจ่ายค่าปรับมากกว่าคนที่ฐานะทางการเงินน้อยกว่า และหากเป็นการกระทำความผิดกรณีผู้กระทำความผิดมิใช่มุสลิม แต่ได้กระทำกับมุสลิม บุคคลที่มิใช่มุสลิมจะจ่ายค่าปรับน้อยกว่าผู้กระทำความผิดที่เป็นมุสลิม⁸¹ ซึ่งจำนวนจะเป็นไปตามที่สุลต่านเห็นสมควร⁸²

3.5.3 ยุคมืดของการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม

การบังคับใช้กฎหมายอิสลามในช่วงยุคนี้เป็นช่วงที่กฎหมายอิสลามไม่สามารถใช้บังคับได้อย่างเต็มที่ดังเช่นในยุคก่อนๆ ทั้งแนวความคิดและระบบการลงโทษก็มีความแตกต่างไปจากเดิม ซึ่งปัจจัยประการสำคัญที่ทำให้เกิดผลกระทบดังกล่าว เนื่องมาจากการได้รับอิทธิพลแนวความคิดจาก

⁸⁰ กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่องระบบการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย, หน้า 117-118.

⁸¹ Rudolph Peters, Crime and Punishment in Islamic Law : Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-First Century, p. 94.

⁸² Ibid., 97.

ประเทศตะวันตก โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส เพราะประเทศที่ใช้กฎหมายอิสลามเหล่านี้ตกเป็นอาณานิคมของประเทศตะวันตกหรืออาจเป็นกรณีที่ใช้ประเทศที่ใช้กฎหมายอิสลามไม่ได้ตกเป็นอาณานิคมแต่เห็นว่าหลักกฎหมายของประเทศตะวันตกเป็นแนวคิดที่เหมาะสมกับการนำมาปรับใช้กับประเทศตนและรับแนวความคิดมาจึงทำให้กฎหมายอิสลามได้รับอิทธิพลในเรื่องกฎหมายมาจากประเทศเหล่านี้ด้วย

แนวความคิดของตะวันตกที่ส่งผลกระทบต่อกฎหมายอิสลามเป็นอย่างมากได้แก่ประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากทั้งสองประเทศนี้เห็นว่ากระบวนการในการพิจารณาตามประเทศต่างๆ ที่ใช้กฎหมายอิสลามเป็นไปอย่างไม่เป็นธรรม ประชาชนขาดหลักประกัน ทั้งบทลงโทษที่ถูกกำหนดกฎหมายอิสลามเป็นโทษที่มีความรุนแรง เพราะเป็นโทษที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย โดยเฉพาะการลงโทษด้วยการปาก้อนหินจนตาย ดังนั้นจึงพยายามที่จะแก้ไขกฎหมายอิสลามโดยที่อิทธิพลประเทศอังกฤษ จะเข้าแทรกแซงในกรณีกฎหมายประเทศนั้นๆ มีข้อโหว่ในการลงโทษและเห็นว่ากฎหมายอังกฤษมีความเหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้และประเทศอังกฤษยังได้ต่อต้านการลงโทษบทลงโทษของสุลต่านเพราะเห็นว่าเป็นการลงโทษที่ไม่มีความชัดเจน เป็นการลงโทษโดยการใช้ดุลยพินิจอันเป็นการกระทำที่ขัดแย้งต่อ rule of law⁸³ ส่วนกรณีประเทศฝรั่งเศส ส่งผลต่ออิทธิพลกฎหมายอิสลามอย่างกว้างขวาง ทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายอาญา โดยรับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายของนโปเลียนที่ 1⁸⁴

ในช่วงศตวรรษที่ 18 แนวความคิดของตะวันตกเริ่มมีอิทธิพลต่อแนวความคิดของกฎหมายอิสลามและมีอิทธิพลต่อการเปลี่ยนแปลงรูปแบบกฎหมายในช่วงศตวรรษที่ 19 ซึ่งผลโดยเฉพาะต่อแนวความคิดในการลงโทษเพื่อการยับยั้งและการลงโทษเพื่อก่อให้เกิดความเจ็บปวด มีวัตถุประสงค์ประการสำคัญคือ⁸⁵

1. ยกเลิกการลงโทษที่มีความรุนแรงอย่างสมบูรณ์ ด้วยการนำเอาแนวความคิดของตนเข้ามาเข้าแทนที่

⁸³ Ibid., 106.

⁸⁴ Herbert J. Liebensny, "Impact of Western Law in the Counties of the near East," *The George Washington Law Review* 22(1953): 129.

⁸⁵ Rudolph Peters, *Crime and Punishment in Islamic Law : Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-First Century*, p. 104.

2. เปลี่ยนแปลงรูปแบบกฎหมายอาญาในกฎหมายอิสลาม ด้วยการเปลี่ยนแปลงกระบวนการยุติธรรมไปที่ละเล็กทีละน้อยและในที่สุดจะเข้าแทนที่กฎหมายเดิม เช่น กรณีประเทศอังกฤษต่อประเทศอินเดียหรือประเทศไนจีเรียตอนเหนือ เป็นต้น

3. เน้นเรื่องการเปลี่ยนแปลงบทลงโทษของศาลท่านแห่งอาณาจักรออตโตมัน เนื่องจากเห็นว่าเป็นการลงโทษที่เป็นไปตามดุลยพินิจ จึงไม่มีความชัดเจนของการลงโทษอันเป็นผลเสียต่อประชาชนและทำการชำระกฎหมายใหม่เพื่อใช้กำหนดแนวทางใช้ในศาล

ในเริ่มแรกนั้น ทั้งประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศสยังคงให้ประเทศเหล่านี้ใช้กฎหมายอิสลามอยู่ แต่จะค่อยๆ เปลี่ยนแปลงกฎหมายให้เป็นไปตามที่ตนคิดว่าเหมาะสมจนในที่สุดกฎหมายอิสลามมีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายของประเทศตะวันตก ซึ่งสาเหตุดังกล่าวจึงทำให้แนวคิดของประเทศตะวันตกมีอิทธิพลต่อกฎหมายเกี่ยวกับความผิดทางเพศด้วย กล่าวคือ คดีข่มขืนกระทำชำเราจะไม่ให้อยู่ภายใต้กฎหมายอิสลาม เพราะหากให้คดีเหล่านี้้อยู่ภายใต้กฎหมายอิสลามแล้วมักจะเกิดกรณีที่เกี่ยวข้องหรือครอบครัวเหยื่อมักจะมีการถอนข้อกล่าวหาเพื่อแลกกับคำมั่นว่าจะแต่งงาน เพราะสามารถรักษาศักดิ์ศรีของตระกูลได้ ซึ่งดีกว่าหากจะต้องเปิดเผยเรื่องดังกล่าวในกระบวนการทางศาล⁸⁶ และการพิสูจน์พยานหลักฐานที่ต้องมีความชัดเจนมากขึ้น และจะต้องพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัย⁸⁷

นอกจากนั้นอิทธิพลของแนวความคิดของประเทศตะวันตกยังส่งผลต่อรูปแบบการลงโทษในฐานความผิดเกี่ยวกับเพศคือการลงโทษความผิดทางเพศนั้นจะไม่มีการลงโทษด้วยการปาก้อนหินจนตายอีกต่อไป เนื่องจากประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศสมีจุดประสงค์ประการแรกคือต้องการที่จะยกเลิกรูปแบบการลงโทษที่ไม่สามารถเป็นที่ยอมรับได้โดยเฉพาะโทษปาก้อนหิน⁸⁸ แม้ว่าการลงโทษด้วยวิธีการปาก้อนหินจะเป็นการลงโทษในรูปแบบหนึ่งที่กำหนดตามกฎหมาย ในยุคนั้น แต่ศาลก็มักหาเหตุผลเพื่อที่จะไม่ใช้บทลงโทษนั้นๆ แต่ก็มิได้มีการกำหนดยกเลิกการลงโทษนี้ชัดเจน เพราะเป็นโทษที่พระเจ้ากำหนดไว้ จึงไม่สามารถยกเลิกได้⁸⁹ เช่น ประเทศไนจีเรีย ไม่มีการใช้บังคับบทลงโทษด้วยการปาก้อนหินอีกต่อไปและใช้มาตรการการลงโทษด้วยการจำคุกแทน เป็นต้น

⁸⁶ Ibid., 114.

⁸⁷ Ibid., 119.

⁸⁸ Ibid., 115.

⁸⁹ Ibid., 109.

ส่วนรูปแบบการลงโทษด้วยวิธีการโบยยังคงให้มีการใช้อยู่ แต่ถูกจำกัดด้วยเงื่อนไขมากขึ้น กล่าวคือ จะลงโทษด้วยวิธีนี้ได้ต่อเมื่อเจ้าพนักงานรัฐเป็นผู้อนุญาต ดังนั้นส่วนใหญ่จึงใช้โทษจำคุกและปรับแทน⁹⁰ รูปแบบการลงโทษที่เปลี่ยนแปลงไปส่งผลคือการลงโทษจะไม่มี ความแตกต่างมากระหว่างผู้ที่เคยสมรสและไม่เคยผ่านการสมรส เพราะจะต้องได้รับโทษเช่นเดียวกัน แต่ต่างกันตรงที่ผู้ที่ยังไม่เคยผ่านการสมรสจะได้รับโทษจำคุก ส่วนอีกกรณีที่ถูกกล่าวหาเป็นชายจะได้รับโทษจำคุกและโบยอีก 100 ครั้ง แต่หากเป็นกรณีผู้กระทำความผิดเป็นหญิงอาจถูกลงโทษด้วยการจำคุกหรือปรับ เช่น กรณีหญิงมีครรภ์⁹¹ จากที่กล่าวมาจึงเห็นได้ว่าอิทธิพลแนวความคิดด้านการลงโทษตามแนวความคิดของตะวันตกส่งผลอิทธิพลอย่างมากต่อรูปแบบการลงโทษตามกฎหมายอิสลาม กล่าวคือ ไม่มีการใช้โทษปาก้อนหินสำหรับผู้กระทำความผิดฐานผิดประเวณีและเปลี่ยนรูปแบบการลงโทษเป็นโทษจำคุกแทน ส่วนการโบยยังคงมีการใช้บังคับแต่จะต้องเป็นกรณีที่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ และจะต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น

นอกจากนี้บางประเทศที่มีได้ตกเป็นอาณานิคมของประเทศเหล่านี้แต่ก็อาจได้รับอิทธิพลของแนวความคิดตะวันตกเช่นกัน ซึ่งอาจเห็นว่าเป็นมาตรการที่เหมาะสมในการลงโทษและนำมาปรับใช้ใน ประเทศของตนเอง เช่น ประเทศอียิปต์ จะได้รับอิทธิพลแนวความคิดจากกฎหมายออตโตมัน แต่โดยไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติโทษลายลักษณ์อักษรให้ลงโทษด้วยการปาก้อนหิน ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1830 และมีการยกเลิกโทษโบยในปี ค.ศ. 1861 โทษจำคุกได้กลายมาเป็นโทษหลักในการลงโทษของกฎหมายอิสลาม⁹²

ฉะนั้นจากผลกระทบและการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายอิสลามที่กล่าวมาข้างต้น จึงถือได้ว่ายุคนี้เป็นยุคมืดของการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม

3.5.4 ยุคกฎหมายสมัยใหม่

เนื่องจากกฎหมายอิสลามได้ถูกนำไปใช้ในหลายประเทศทั่วโลกที่มุสลิมมีภูมิลำเนาอยู่ และกฎหมายอาจมีความแตกต่างกันไปเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพของสังคมประเทศนั้นๆ โดยประเทศที่จะทำการศึกษา ได้แก่ ประเทศซาอุดีอาระเบีย ซึ่งเป็นประเทศที่ถูกยอมรับเป็นต้นแบบของประเทศใน

⁹⁰ Ibid., 123.

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid., 140.

กลุ่มมุสลิมและกฎหมายที่ใช้บังคับในประเทศนั้นจะมีการปรับเปลี่ยนจากหลักการเดิมตามที่ศาสนาบัญญัติน้อยกว่าประเทศอื่น ดังนั้นจึงเห็นควรที่จะศึกษา เพราะจะสามารถทำให้เข้าใจถึงแนวความคิดในฐานความผิดเรื่องทางเพศได้ดี ต่อมาคือสาธารณรัฐอิสลามอิหร่าน เนื่องจากเป็นประเทศที่มีการปกครองแบบรัฐอิสลามอย่างเข้มแข็งมากรวมถึงการบังคับใช้กฎหมายได้นำเอาหลักกฎหมายอิสลามมาใช้และบัญญัติเป็นรูปแบบของประมวลกฎหมายได้อย่างมีความชัดเจน และประเทศบรูไน เนื่องจากเป็นประเทศในแถบเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ที่นำกฎหมายอิสลามเข้ามาใช้บังคับและบัญญัติในรูปแบบของประมวลกฎหมาย และเป็นประเทศแรกที่ทำให้มีผลบังคับใช้ทั่วทั้งประเทศซึ่งประเทศในแถบเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ที่มีการใช้กฎหมายอิสลามจะใช้เพียงเฉพาะเขตพื้นที่หรือจังหวัดเท่านั้น

3.5.4.1 ประเทศซาอุดีอาระเบีย

ประเทศซาอุดีอาระเบีย เป็นประเทศที่ถูกยอมรับว่าเป็นแบบอย่างของการดำเนินชีวิตในกลุ่มประเทศอิสลาม การดำเนินการใดๆ ไม่ว่าจะเป็นหลักเกณฑ์ของการดำเนินชีวิตจะได้รับอิทธิพลจากกฎหมายอิสลามรวมถึงในด้านกฎหมายด้วย

ประเทศซาอุดีอาระเบีย ปกครองด้วยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช มีพื้นฐานจากจารีตประเพณีและศาสนาอิสลาม โดย Basic Law of Governance ของประเทศซาอุดีอาระเบีย มาตรา 1 ระบุว่า “ประเทศซาอุดีอาระเบียเป็นสาธารณรัฐอิสลาม โดยมีคัมภีร์อัลกุรอาน และสุนนะห์ของท่านนบีมุฮัมมัดฯ เป็นรัฐธรรมนูญของประเทศ” กฎหมายของประเทศซาอุดีอาระเบียจึงมีแหล่งที่มาที่สำคัญจากคัมภีร์อัลกุรอานและสุนนะห์ของท่านนบีมุฮัมมัดฯ และด้วยเหตุดังกล่าวจึงทำให้กฎหมายของประเทศซาอุดีอาระเบียมีความเป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัว กล่าวคือ แม้ประเทศซาอุดีอาระเบียใช้กฎหมายอิสลามเป็นกฎหมายหลักในการปกครองประเทศก็ตาม แต่การบังคับใช้กฎหมายนั้นจะมีความแตกต่างจากการบังคับใช้กฎหมายอิสลามของประเทศอื่นๆ คือกฎหมายของประเทศไม่ได้มีแหล่งที่มาจากกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเหมือนเช่นประเทศต่างๆ และปฏิเสธที่จะนำกฎหมายอิสลามปรับปรุงเปลี่ยนแปลงกฎหมายบางอย่างเพื่อที่จะให้เหมาะสมกับสภาพสังคมของประเทศตน⁹³ กฎหมายอิสลามที่ใช้บังคับอยู่ในประเทศซาอุดีอาระเบียจึงเป็นกฎหมายอิสลามที่เป็นแบบแท้จริง เพราะฉะนั้นเอกลักษณ์ของกฎหมายประเทศซาอุดีอาระเบียนอกจากจะมีความแตกต่างจากกฎหมายของประเทศตะวันตกแล้วยังมีความแตกต่างจากกฎหมายอิสลามของประเทศมุสลิมอื่นๆ ด้วยเช่นกัน แม้ว่าระบบกฎหมายของประเทศซาอุดีอาระเบียใช้กฎหมายอิสลามเป็นหลักเพื่อเป็นหลักการที่ผู้พิพากษาจะใช้ในการตัดสินคดีเกี่ยวกับอาชญากรรมทางอาญาด้วย แต่อย่างไรก็

⁹³ Hossein Esmaeili, "On a Slow Boat Towards the Rule of Law : The Nature of Law in the Saudi Arabian Legal System," *Arizonz Journal of International and Comparative Law* 26(2009): 4-5.

ตามเพื่อที่จะสามารถรักษาความสงบสุขของสังคมให้เกิดขึ้นได้ จึงต้องมีพระราชบัญญัติที่ออกโดยนิติบัญญัติมาบังคับใช้ร่วมด้วยกับกฎหมายอิสลาม⁹⁴

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นว่า กฎหมายที่มีผลใช้บังคับของประเทศจะมาจากกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่ถูกบัญญัติไว้ในคัมภีร์อัลกุรอานและอัลหะดีษ และถือเป็นโทษหลักของรัฐ⁹⁵ ประเทศซาอุดีอาระเบียจึงไม่มีกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างแท้จริง และกฎหมายของประเทศค่อนข้างมีจำนวนที่จำกัด อาชญากรรมทุกอย่างจะถูกตัดสินด้วยกฎหมายอิสลาม ในปี ค.ศ. 2001 ประเทศซาอุดีอาระเบียได้ประกาศใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นฉบับแรกของประเทศ โดยได้รับต้นแบบมาจากกฎหมายของประเทศอียิปต์และกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส และแม้ว่าในปี 2010 ประเทศซาอุดีอาระเบียจะปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาก็ตาม แต่ก็ยังมิได้มีการนำมาประกาศใช้บังคับอย่างเป็นทางการ รากฐานของกฎหมายของประเทศซาอุดีอาระเบียจึงได้แก่คัมภีร์อัลกุรอาน⁹⁶ และคำสั่งของพระมหากษัตริย์ซึ่งจะต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้นำทางศาสนา⁹⁷ ดังนั้นหน้าที่ของกฎหมายของประเทศซาอุดีอาระเบีย ไม่ได้มีขึ้นเพื่อที่จะต้องการสร้างหรือปกป้องสิทธิของประชาชนหรือเป็นกฎเกณฑ์เพื่อที่จะให้ประชาชนเป็นพลเมืองที่ดีของสังคม แต่หน้าที่ของกฎหมายคือต้องการที่เป็นกฎเกณฑ์เพื่อให้ประชาชนดำเนินชีวิตให้เป็นไปตามพระประสงค์ของพระเจ้า⁹⁸

แม้ว่าซาอุดีอาระเบียจะไม่มีกฎหมายอาญาเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างเป็นทางการ แต่ก็ปรากฏให้เห็นว่าประเทศซาอุดีอาระเบียได้มีการกำหนดโทษความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยแบ่งดังนี้

⁹⁴ Richard F Nyrop et al, *Area Handbook for Saudi*, 3 ed. (United State of America: Government Printing Office, 1977), p. 341.

⁹⁵ Graeme R. Newman, *Crime and Punishment around the World* (United State of America: ABC-CLIO, 2010), p. 359.

⁹⁶ Joseph L. Brand, "Aspects of Saudi Arabian Law and Practice," *Boston College International and Comparative Law Review* 4(1986): 2.

⁹⁷ Graeme R. Newman, *Crime and Punishment around the World*, p. 352.

⁹⁸ Joseph L. Brand, "Aspects of Saudi Arabian Law and Practice," *Boston College International and Comparative Law Review*: 6.

1. ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์นอกการสมรสหรือผิดประเวณี

ความผิดฐานนี้จะลงโทษไปตามกฎหมายอิสลามทั่วไป กล่าวคือ ในกรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่ยังไม่เคยผ่านการสมรส จะถูกลงโทษด้วยการโบย 100 ครั้งและจำคุก 1 ปี แต่หากผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่เคยผ่านการสมรสแล้ว จะถูกลงโทษด้วยการปาก้อนหินจนตาย⁹⁹

แต่อย่างไรก็ตามมีการวิจัยสำรวจว่าแม้ประเทศซาอุดีอาระเบียจะมีการกำหนดโทษฐานปาก้อนหินจนตาย แต่ในช่วง ค.ศ. 1981 และ 1992 มีการลงโทษด้วยวิธีการนี้ค่อนข้างน้อย และในช่วงระหว่างปี 2007 – 2010 ไม่มีการลงโทษด้วยวิธีการดังกล่าว ส่วนบทกำหนดโทษด้วยวิธีปาก้อนหินจนตายนั้นยังคงเป็นรูปแบบหนึ่งที่ยังมีผลบังคับใช้ เนื่องจากการกระทำเหล่านี้เป็นความผิดที่กระทำต่อพระเจ้า¹⁰⁰ จึงไม่อาจแก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้

2. ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกัน

เนื่องจากประเทศซาอุดีอาระเบียเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายอิสลามอย่างเคร่งครัด ดังนั้นความผิดฐานนี้จึงถูกบัญญัติให้เป็นความผิดทางอาญาด้วย โดยความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกันผู้กระทำความผิดอาจถูกลงโทษด้วยการโบยหรือการจำคุก หรือประหารชีวิต ซึ่งรูปแบบในการลงโทษดังกล่าวนี้ใช้บังคับกับกรณีความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกันระหว่างหญิงด้วย

3. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ศาลของประเทศซาอุดีอาระเบียได้มีการวางบรรทัดฐานว่าการข่มขืนกระทำชำเราให้ลงโทษด้วยรูปแบบ “หุดูด” (Hudud Offenses) เว้นแต่ในกรณีที่ไม่มีพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิดได้เพียงพอ ผู้พิพากษาจะลงโทษด้วยรูปแบบ “ตะซีรอ (Ta’azir Offenses)”¹⁰¹

⁹⁹ Liv Tonnessen, *Woman’s Activism in Saudi Arabia : Male Guardianship and Sexual Violence* (Norway: CMI, 2016), p. 11.

¹⁰⁰ Joseph L. Brand, "Aspects of Saudi Arabian Law and Practice," *Boston College International and Comparative Law Review*: 359.

¹⁰¹ Liv Tonnessen, *Woman’s Activism in Saudi Arabia : Male Guardianship and Sexual Violence*, p. 1.

3.5.4.2 สาธารณรัฐอิสลามอิหร่าน

ก่อนที่จะมีการปฏิวัติ ปี 1979 ในศตวรรษที่ 19 – 20 เหมือนดังเช่นประเทศมุสลิมอื่นทั่วไป สาธารณรัฐอิสลามอิหร่านใช้กฎหมายอิสลามแต่การบังคับใช้กฎหมายอิสลามนั้นถูกจำกัดภายใต้แนวความคิดของกฎหมายประเทศตะวันตก เช่น การตราประมวลกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐอิสลามอิหร่านใน ค.ศ. 1925 มีรูปแบบการตราแบบประมวลกฎหมายฝรั่งเศสโดยไม่ปรากฏถึงการนำเอากฎหมายอิสลามเข้ามาบัญญัติในประมวลกฎหมายฉบับนี้¹⁰² แต่ภายหลังจากที่ได้มีการปฏิวัติ และก่อตั้งสาธารณรัฐอิสลามเกิดขึ้น ได้นำเอากฎหมายอิสลามเข้ามาใช้บังคับในประเทศปรากฏในรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 วางหลักว่า “ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายพาณิชย์ กฎหมายอาญา กฎหมายการคลังและการภาษี กฎหมายมหาชน วัฒนธรรม การทหาร การเมือง กฎหมายอื่นหรือข้อบังคับอื่นจะต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายอิสลาม” ใน ค.ศ. 1979 มีการก่อตั้งศาลเพื่อพิจารณาคดีและเริ่มนำเอากฎหมายอิสลามในฐานะความผิดเกี่ยวกับฆ่าบุคคลอื่น การทำการกบฏ การลักทรัพย์ เป็นต้น ในปี 1981 และปี 1982 มีการตรากฎหมาย “The Act of Hudud, Qesas and Other Relevant provisions” และ “Diyat Act” และตราพระราชบัญญัติที่เรียกว่า “The law on Islamic Punishment” ในปี 1983 มีการตรากฎหมาย “Ta’azirat Act” ซึ่งมีการกำหนดฐานความผิด เช่น ความผิดฐานผิดประเวณี การมีความสัมพันธ์เพศเดียวกัน การกล่าวหาว่าบุคคลอื่นกระทำผิดประเวณี เป็นต้น¹⁰³ ส่วนความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางเพศมีปรากฏในกฎหมาย Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran 1991 ซึ่งมีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้อย่างมีความละเอียดมาก โดยความผิดทางเพศถูกบัญญัติไว้ในส่วนแรกของประมวลกฎหมายอาญานี้ โดยประมวลกฎหมายอาญาฉบับนี้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ตั้งแต่ในมาตรา 63 - 138 ออกเป็น 5 ลักษณะความผิด ได้แก่

1. ความผิดฐานผิดประเวณี

การผิดประเวณี คือ การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิงโดยที่ความสัมพันธ์นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งกฎหมายได้กำหนดให้ผู้กระทำความผิดจะรับโทษตามกฎหมายจะต้องเป็นผู้บรรลุนิติภาวะ มีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ กระทำโดยเจตนาที่จะกระทำความผิดหรือกระทำโดย

¹⁰² Firouz Mahmoudi, "On Criminalization in Iran, European Journal of Crime," *Criminal Law and Criminal Justice*: 45.

¹⁰³ Ibid., 46.

สมัครใจและรู้ข้อเท็จจริงในความผิดว่าหากได้กระทำลงไปจะต้องถูกลงโทษ¹⁰⁴ โดยประมวลกฎหมายอาญาระบบนี้กำหนดโทษสำหรับความผิดฐานนี้ 3 รูปแบบ คือ

ก. โทษประหารชีวิต จะลงโทษด้วยรูปแบบนี้ในกรณีที่การกระทำดังกล่าวเกิดระหว่างบุคคลที่มีสายโลหิตเดียวกันหรือใกล้ชิดกันที่ถูกกำหนดห้ามโดยกฎหมายศาสนา กรณีเป็นการกระทำระหว่างบุตรบุญธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรม กรณีเป็นการกระทำระหว่างชายที่ไม่ใช่มุสลิมกับหญิงที่เป็นมุสลิมซึ่งชายที่มีไม่ใช่มุสลิมจะถูกลงโทษประหารชีวิตได้ด้วยเช่นกัน¹⁰⁵ หรือกรณีที่ชายและหญิงนั้นได้ถูกตัดสินว่ากระทำความผิดประเวณีมาแล้วจำนวน 4 ครั้ง¹⁰⁶

ข. โทษปาก้อนหินจนตาย จะลงโทษด้วยรูปแบบนี้ในกรณีที่หญิงได้ผิดประเวณีกับชายที่มีภรรยาอย่างถูกต้องตามกฎหมายอยู่แล้วหรือเป็นกรณีที่ชายได้ผิดประเวณีกับหญิงที่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้ว¹⁰⁷

การลงโทษด้วยโทษการปาก้อนหินจนตายนี้หากจำเลยเป็นชายก็ให้ชุดหลุมเท่ากับเอาจำเลย ส่วนหากจำเลยเป็นหญิงก็ให้ชุดหลุมให้ถึงอก¹⁰⁸ โดยหากเป็นกรณีที่พิสูจน์ความผิดจากการที่จำเลยได้ให้การรับสารภาพ การเริ่มการลงโทษจะต้องให้ผู้พิพากษาเป็นผู้เริ่มลงมือปาหิน แต่หากเป็นกรณีที่ความผิดถูกตัดสิน เนื่องจากการดำเนินกระบวนการทางศาล ก็ให้บุคคลที่เป็นพยานเป็นผู้เริ่มลงมือปาก้อนหินเป็นคนแรก¹⁰⁹ โดยขนาดก้อนหินที่ใช้เพื่อการลงโทษนั้นจะต้องมีขนาดที่พอเหมาะ คือ ไม่มีขนาดเล็กหรือใหญ่เกินไป¹¹⁰

ค. โทษโบย 100 ครั้ง เป็นบทลงโทษสำหรับผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นชายและหญิงที่ยังไม่ผ่านการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย

การลงโทษด้วยโทษโบยนั้นหากจำเลยเป็นชายให้ถูกลงโทษโดยระหว่างที่จำเลยนั้นยืนและใช้เสื้อผ้าปกปิดเฉพาะส่วนที่สำคัญ ส่วนหากจำเลยเป็นหญิง ให้ลงโทษในขณะที่จำเลยนั้นนั่ง

¹⁰⁴ Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran 1991 Article 64

¹⁰⁵ Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran 1991 Article 64

¹⁰⁶ Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran 1991 Article 90

¹⁰⁷ Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran 1991 Article 83

¹⁰⁸ Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran 1991 Article 102

¹⁰⁹ Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran 1991 Article 99

¹¹⁰ Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran 1991 Article 104

และให้สวมเสื้อผ้าให้เหมาะสมกับการที่จะถูกลงโทษคือจะต้องมีลักษณะพอดีตัว โดยการโบายจะต้องโบายไปทั่วทุกส่วนของร่างกาย ยกเว้นหน้า หัว และอวัยวะเพศ¹¹¹

กรณีการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นหญิงจะไม่สามารถลงโทษหญิงนั้นได้ทันที หากหญิงผู้นั้นอยู่ระหว่างการตั้งครรภ์ แต่จะต้องรอให้หญิงผู้นั้นคลอดบุตรก่อนและรอจนกว่าจะสามารถหาบุคคลที่จะมาดูแลบุตรของนางได้ จึงจะเริ่มการลงโทษหรือหญิงผู้นั้นอยู่ระหว่างมีประจำเดือนจะต้องรอให้หญิงนั้นหมดประจำเดือนเสียก่อน¹¹² รวมถึงกรณีเจ็บป่วยจะต้องเลื่อนการลงโทษออกไป เว้นแต่หากไม่สามารถรักษาให้หายได้ ให้ลงโทษไปตามที่ผู้พิพากษาเห็นสมควร¹¹³ หรือเป็นกรณีที่หญิงนั้นถูกตัดสินให้ลงโทษประหารชีวิตหรือปาก้อนหินจนตายจึงสามารถดำเนินการลงโทษได้ในทันที¹¹⁴

การตั้งครรภ์ของหญิง อาจถือเป็นหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าหญิงนั้นได้กระทำความผิดประเวณี แต่อย่างไรก็ตามหญิงที่ตั้งครรภ์นั้นจะไม่ต้องรับโทษจนกว่าจะมีพยานหลักฐานพิสูจน์ได้ว่าหญิงนั้นเป็นผู้กระทำความผิดฐานผิดประเวณีจริง¹¹⁵

การจะลงโทษด้วยโทษปาก้อนหินหรือโทษโบายนั้นจะต้องเป็นกรณีที่มีพยานบุคคลมาให้การจำนวน 4 คนซึ่งทั้ง 4 คนนี้จะต้องเป็นผู้ชาย หรือกรณีที่พยานเป็นผู้หญิง จะต้องมีพยานที่เป็นผู้หญิง จำนวน 2 คน และพยานที่เป็นผู้ชายอีกจำนวน 3 คน¹¹⁶ และพยานจะต้องอยู่ในระหว่างการดำเนินการลงโทษด้วย หากพยานหนีไประหว่างการลงโทษ ถือว่าการลงโทษนั้นเป็นโมฆะ¹¹⁷ เพราะการจะลงโทษได้นั้นพยานจะต้องอยู่ตลอดระหว่างการลงโทษมิเช่นนั้นจะไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้

¹¹¹ Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran 1991 Article 100

¹¹² Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran 1991 Article 91

¹¹³ Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran 1991 Article 94

¹¹⁴ Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran 1991 Article 93

¹¹⁵ Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran 1991 Article 73

¹¹⁶ Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran 1991 Article 74

¹¹⁷ Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran 1991 Article 107

กรณีผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดในช่วงเทศกาลของศาสนา เช่น ในช่วงเดือนรอมดอน หรือในวันศุกร์ เป็นต้น ผู้พิพากษาอาจลงโทษด้วยโทษอื่นเพิ่มจากที่กำหนดข้างต้นแล้วก็ได้¹¹⁸ จึงถือว่าเป็นกรณีเหตุเพิ่มโทษให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้น

การลงโทษดังกล่าวข้างต้นหากต่อมาผู้กระทำความผิดได้เปลี่ยนศาสนา หรือบุคคลดังกล่าวกลายเป็นบุคคลวิกลจริตไป บุคคลนั้นก็จะไม่ต้องรับโทษตามกฎหมายนี้¹¹⁹ เพราะกฎหมายอิสลามบังคับใช้กับผู้นับถือศาสนาอิสลาม และผู้ที่รับโทษฐานนี้ได้จะต้องเป็นผู้มีสติสัมปชัญญะครบถ้วนอันเป็นเงื่อนไขในการลงโทษ

2. ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายกับชาย

การมีความสัมพันธ์ระหว่างชายกับชาย คือ กรณีที่ทั้งสองฝ่ายเป็นชายกับชายและมีเพศสัมพันธ์กัน และบุคคลผู้กระทำความผิดทั้งคู่จะต้องได้รับการลงโทษ โดยบทลงโทษของฐานความผิดนี้ ได้แก่

(1) กรณีผู้กระทำความผิดระหว่างผู้ที่บรรลุนิติภาวะแล้ว จะต้องถูกลงโทษด้วยการประหารชีวิตทั้งคู่ ซึ่งรูปแบบวิธีการประหารชีวิตนั้นจะขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของผู้พิพากษา¹²⁰

(2) กรณีมีเพศสัมพันธ์กันระหว่างฝ่ายหนึ่งเป็นผู้เยาว์ ผู้เป็นฝ่ายกระทำความผิดจะต้องถูกลงโทษด้วยการประหารชีวิต ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งให้ลงโทษด้วยการโบย 74 ครั้งหากมิได้เกิดจากการถูกบังคับ¹²¹

(3) กรณีที่ทั้งสองฝ่ายเป็นผู้เยาว์ ทั้งสองฝ่ายจะต้องถูกลงโทษด้วยการโบย 74 ครั้ง เว้นแต่อีกฝ่ายหนึ่งได้กระทำไป เนื่องจากถูกบังคับจากอีกฝ่าย¹²²

3. ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างหญิงกับหญิง

ฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างหญิงกับหญิง จะมีลักษณะความผิดที่คล้ายกับความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายและชาย แต่ผู้กระทำความผิดฐานนี้ทั้งสองฝ่ายจะเป็นหญิง บทลงโทษ

¹¹⁸ Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran 1991 Article 106

¹¹⁹ Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran 1991 Article 95

¹²⁰ Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran 1991 Article 111

¹²¹ Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran 1991 Article 112

¹²² Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran 1991 Article 112

ของความผิดฐานนี้จะไม่ได้พิจารณาว่าบุคคลที่กระทำนั้นเป็นผู้เยาว์หรือไม่ จำเลยในความผิดฐานนี้จะถูกลงโทษเท่ากัน กล่าวคือ ทั้งสองฝ่ายจะถูกลงโทษด้วยการโบย 100 ครั้ง¹²³

4. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบัญญัติเป็นความผิดไว้ในมาตรา 82 ของประมวลกฎหมายซึ่งกำหนดไว้ให้ลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดอย่างเท่าเทียมกันด้วยโทษประหารชีวิตเท่านั้น โดยไม่พิจารณาถึงว่าผู้กระทำความผิดนั้นจะเป็นผู้เยาว์หรือไม่ หรือว่าบุคคลผู้กระทำความผิดนั้นจะเคยผ่านการสมรสมาแล้วหรือไม่ก็ตาม โดยเงื่อนไขในการลงโทษจะมีลักษณะเดียวกับเงื่อนไขฐานผิดประเวณีคือเป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะ เป็นผู้มีสติสัมปชัญญะปกติ ยินยอมที่จะกระทำความผิดและมีเจตนาที่จะกระทำความผิด

5. ความผิดฐานการร่วมกันมีเพศสัมพันธ์เป็นกลุ่ม

ความผิดฐานการร่วมกันมีเพศสัมพันธ์เป็นกลุ่มคือ การที่บุคคลมากกว่าสองคนร่วมกันกระทำความผิดฐานผิดประเวณีหรือฐานเพศสัมพันธ์ระหว่างชายและชาย¹²⁴

บทลงโทษของผู้กระทำความผิด หากจำเลยเป็นชายก็ให้ลงโทษด้วยการโบยและเนรเทศออกจากสถานที่ 3 - 12 เดือน แต่หากจำเลยเป็นหญิงก็ให้ลงโทษด้วยวิธีการโบย 74 ครั้งเท่านั้น¹²⁵

การที่จะลงโทษฐานความผิดนี้ได้จะต้องเป็นกรณีที่มีบุคคลผู้กระทำความผิดสองคนให้การรับสารภาพ ซึ่งบุคคลนั้นจะต้องเป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะ มีสติสัมปชัญญะปกติ เจตนาที่จะให้การรับสารภาพ และจะต้องเป็นผู้ที่เข้าร่วมกระทำความผิด¹²⁶ หรืออาจเป็นกรณีที่พิสูจน์จากพยานซึ่งเป็นชายอย่างน้อยสองคน¹²⁷

¹²³ Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran 1991 Article 129

¹²⁴ Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran 1991 Article 135

¹²⁵ Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran 1991 Article 138

¹²⁶ Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran 1991 Article 136

¹²⁷ Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran 1991 Article 137

3.5.4.3 ประเทศบรูไน

ช่วงศตวรรษที่ 15 ภายหลังจากประเทศบรูไนได้รับเอกราชจากการอยู่ภายใต้อารักขาของประเทศอังกฤษ จึงได้มีการเปลี่ยนรูปแบบการปกครอง โดยใช้ระบบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชตามปรัชญาราชธิปไตยอิสลามมลายู (Malay Islamic Monarchy) ซึ่งทำให้เกิดแนวคิดนำเอาของกฎหมายอิสลามเข้ามาบังคับใช้ในประเทศ ในช่วงแรกจะนำเอากฎหมายอิสลามมาบังคับใช้ในเฉพาะด้านกฎหมายแพ่งเท่านั้น แต่ต่อมาก็ได้นำมาใช้บังคับในด้านกฎหมายอาญาเช่นกัน ปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ของประเทศบรูไนซึ่งจะเป็นประมวลกฎหมายอิสลามมีผลบังคับใช้ทั่วประเทศ

การที่ประเทศบรูไนได้ปรับปรุงและเปลี่ยนแปลงกฎหมายอาญาให้มีการนำเอาหลักเกณฑ์ของกฎหมายอิสลามเข้ามาใช้บังคับในประเทศ เนื่องจากประเทศบรูไนเป็นประเทศมุสลิม รัฐบาลจึงต้องการให้ประชาชนที่นับถือศาสนาอิสลามหรือเป็นชาวมุสลิมจะดำเนินชีวิตให้อยู่ในแนวทางของศาสนาอิสลาม โดยความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศบรูไนปรากฏใน Shariah Penal Code Order, 2013 ซึ่งโดยทั่วไปขอบเขตในการใช้บังคับกฎหมายอิสลามจะมีผลบังคับใช้เฉพาะบุคคลที่นับถือศาสนาอิสลาม ดังนั้นหากบุคคลใดไม่ใช่มุสลิม ก็จะไม่ต้องถูกบังคับให้อยู่ภายใต้กฎหมายอิสลาม เพราะกฎหมายอิสลามเป็นกฎหมายของผู้นับถือศาสนา ไม่ใช่กฎหมายของแผ่นดิน อันจะทำให้มีผลใช้กับประชาชนทุกคนที่อาศัยในประเทศ แต่ประมวลกฎหมายอาญาฉบับนี้จะมีใช้บังคับถึงบุคคลที่ไม่ได้นับถือศาสนาอิสลามด้วย หากได้กระทำความผิดกับบุคคลที่เป็นมุสลิมในบางฐานความผิด เช่น กรณีมีเพศสัมพันธ์นอกสมรสหรือเป็นชู้กับมุสลิม บุคคลนั้นจะตกอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ด้วย อย่างไรก็ตามการลงโทษอาจมีความแตกต่างกัน เช่น การลงโทษด้วยการปาก้อนหินในฐานความผิดการมีเพศสัมพันธ์นอกสมรสจะไม่นำมาใช้กับบุคคลที่ไม่ใช่มุสลิม

กฎหมายอาญา Shariah Penal Code Order 2013 เป็นประมวลกฎหมายที่กล่าวถึงบทกำหนดฐานความผิดและบทกำหนดโทษ ซึ่งหลักการสำคัญที่ถูกนำไปบัญญัตินั้นจะมีที่มาจากคัมภีร์อัลกุรอานและสุนนะห์ของท่านนบีมุฮัมมัดฯ แต่อาจมีบางฐานความผิดที่ไม่ได้มีการกล่าวไว้ในคัมภีร์อัลกุรอาน และสุนนะห์ของท่านนบีมุฮัมมัดฯ แต่ถูกกำหนดและบัญญัติเป็นกฎหมายในประมวลกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น ความผิดฐานขายไม่เข้าร่วมในการละหมาดวันศุกร์ หรือ

ความผิดฐานไม่เคารพเดือนรอมฎอน เป็นต้น โดยความผิดเกี่ยวกับเพศที่ปรากฏในกฎหมายฉบับนี้ ได้แก่

1. ความผิดฐานผิดประเวณี (ซินา) คือ การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิงโดยสมัครใจกับบุคคลที่ไม่ใช่คู่สมรสของตนเอง¹²⁸ ซึ่งหากบุคคลใดได้กระทำความผิดดังกล่าวก็จะต้องถูกลงโทษโดยแบ่งออกเป็น 3 กรณี ดังนี้¹²⁹

(1) กรณีการกระทำความผิดถูกพิสูจน์ได้จากผู้กระทำความผิดได้รับสารภาพหรือมีพยานอย่างน้อย 4 คนสามารถพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดได้ ผู้กระทำความผิดจะถูกลงโทษด้วยรูปแบบหุ้ดุด (Hudud Offenses) ได้แก่

ก. หากผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่สมรสแล้ว ให้ลงโทษด้วยวิธีการปากกอนหินจนตายต่อหน้ากลุ่มชนมุสลิม หรือ

ข. หากผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่ยังไม่เคยผ่านการสมรส ให้ลงโทษด้วยวิธีการโบย 100 ครั้งต่อหน้ากลุ่มชนมุสลิม และให้จำคุก 1 ปี

(2) กรณีการกระทำความผิดถูกพิสูจน์ด้วยวิธีอื่น จะถูกลงโทษดังนี้

ก. หากผู้ที่ผ่านการสมรสแล้ว ให้ลงโทษโดยการโบยไม่เกิน 30 ครั้ง และให้จำคุกไม่เกิน 7 ปี

ข. หากผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่ยังไม่เคยผ่านการสมรสให้ลงโทษโดยการโบยไม่เกิน 15 ครั้ง และให้จำคุกไม่เกิน 3 ปี

(3) กรณีผู้กระทำความผิดไม่ใช่มุสลิมแต่ได้กระทำร่วมกับมุสลิม หากถูกพิสูจน์ด้วยการรับสารภาพหรือมีพยาน 4 คนมาพิสูจน์ก็จะต้องถูกลงโทษด้วยรูปแบบหุ้ดุด (Hudud Offenses) เหมือนดังเช่นมุสลิม แต่หากถูกพิสูจน์ด้วยหลักฐานอื่น ก็จะถูกลงโทษเหมือนดังเช่นกรณี (2)

¹²⁸ Syariah Penal Code Order, 2013 section 68

¹²⁹ Syariah Penal Code Order, 2013 section 69

2. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิงซึ่งมิใช่คู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายมีลักษณะดังต่อไปนี้¹³⁰

- (1) เป็นการกระทำที่ขืนใจเหยื่อ
- (2) ปราศจากความยินยอมของเหยื่อ
- (3) เหยื่อให้ความยินยอม แต่ความยินยอมนั้นเกิดจากความกลัวตายหรือกลัวเจ็บ
- (4) เหยื่อให้ความยินยอม โดยสำคัญผิดว่าผู้กระทำความผิดจะสมรสกับตนได้
- (5) เหยื่อให้ความยินยอม เนื่องจากเข้าใจผิดในข้อเท็จจริง
- (6) ความยินยอมบกพร่อง เนื่องจากเหยื่อเป็นผู้วิกลจริตหรืออยู่ในภาวะมีเมมา ซึ่งทำให้ไม่สามารถเข้าใจหลักการและเหตุการณ์ถึงสิ่งที่ตนให้ความยินยอมลงไป หรือกรณีความยินยอมเกิดจากเด็กที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ

ส่วนโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดฐานนี้ แบ่งตามพยานหลักฐานในการพิสูจน์เหมือนเช่นเดียวกับความผิดฐานผิดประเวณี ดังนี้¹³¹

ก. กรณีผู้กระทำความผิดได้ให้การสารภาพหรือมีพยานอย่างน้อย 4 คน สามารถพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดได้ ผู้กระทำความผิดจะถูกลงโทษด้วยรูปแบบหุุด (Hudud Offenses) ได้แก่

(1) หากผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่สมรสแล้ว ให้ลงโทษด้วยวิธีการปาก้อนหินจนตายต่อหน้ากลุ่มชนมุสลิม หรือ

(2) หากผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่ยังไม่เคยผ่านการสมรส ให้ลงโทษด้วยวิธีการโบย 100 ครั้งต่อหน้ากลุ่มชนมุสลิม และให้จำคุก 1 ปี

ข. กรณีความผิดถูกพิสูจน์ด้วยวิธีอื่น จะถูกลงโทษดังนี้

(1) หากผู้ที่ผ่านการสมรสแล้ว ให้ลงโทษโดยการจำคุกไม่เกิน 30 ครั้งและโบยไม่เกิน 40 ครั้ง

¹³⁰ Syariah Penal Code Order, 2013 section 75

¹³¹ Syariah Penal Code Order, 2013 section 76

(2) หากผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่ยังไม่เคยผ่านการสมรสให้ลงโทษ โดยการจำคุกไม่เกิน 15 ปี และโบยไม่เกิน 20 ครั้ง

3. ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกัน

ก. กรณีความผิดระหว่างเพศชายกับชาย

บุคคลใดมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายกับชาย และให้รวมถึงกรณีระหว่างชายกับหญิงซึ่งมิใช่คู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่การกระทำนั้นมีลักษณะผิดธรรมชาติคือการมีเพศสัมพันธ์โดยทวารหนัก โดยบทลงโทษนั้นจะมีลักษณะรูปแบบเดียวกับกรณีความผิดฐานผิดประเวณี ซึ่งการลงโทษจะมีรูปแบบใดขึ้นอยู่กับดุลยพินิจการกระทำความผิด¹³²

ข. กรณีความผิดระหว่างเพศหญิงกับหญิง

กรณีความผิดฐานนี้มีรูปแบบการลงโทษแบ่งออกเป็น 2 กรณี ดังนี้¹³³

(ก) กรณีหญิงมุสลิมกับหญิงมุสลิม ต้องถูกลงโทษด้วยการปรับไม่เกิน 40,000 ดอลลาร์บรูไน จำคุกไม่เกิน 10 ปี โบยไม่เกิน 40 ครั้ง หรือลงโทษรวมกัน

(ข) กรณีระหว่างหญิงมุสลิมกับไม่ใช่หญิงมุสลิม ต้องถูกลงโทษด้วยการปรับไม่เกิน 40,000 ดอลลาร์บรูไน จำคุกไม่เกิน 10 ปี โบยไม่เกิน 40 ครั้ง หรือลงโทษรวมกัน

จากการศึกษากฎหมายของประเทศซาอุดีอาระเบีย ประเทศสาธารณรัฐอิสลามอิหร่าน และประเทศบรูไน จึงสามารถสรุปเปรียบเทียบได้ ดังนี้

¹³² Syariah Penal Code Order, 2013 section 82

¹³³ Syariah Penal Code Order, 2013 section 92

ตารางที่ 1 เปรียบเทียบความผิดทางเพศของกฎหมายต่างประเทศ ประเทศซาอุดีอาระเบีย
สาธารณรัฐอิสลามอิหร่าน และประเทศบรูไน

ประเทศซาอุดีอาระเบีย		ประเทศสาธารณรัฐอิสลามอิหร่าน		ประเทศบรูไน	
ฐานความผิด	รูปแบบการลงโทษ	ฐานความผิด	รูปแบบการลงโทษ	ฐานความผิด	รูปแบบการลงโทษ
1.ฐานผิดประเวณีหรือเป็นชู้	กรณีผ่านการสมรสแล้ว : ปาก้อนหินจนตาย	1.ฐานผิดประเวณีหรือเป็นชู้	กรณีผ่านการสมรสแล้ว : ปาก้อนหินจนตาย	1.ฐานผิดประเวณีหรือเป็นชู้	หากพิสูจน์ความผิดได้จากการรับสารภาพหรือมีพยานอย่างน้อย 4 คน : ปาก้อนหินจนตาย (กรณีผ่านการแต่งงานแล้ว)/โบย 100 ครั้งและจำคุก 1 ปี (กรณียังไม่เคยแต่งงาน)
	กรณียังไม่เคยผ่านการสมรส : โบย 100 ครั้ง	กรณียังไม่เคยผ่านการสมรส : โบย 100 ครั้ง	กรณียังไม่เคยผ่านการสมรส : โบย 100 ครั้ง	กรณียังไม่เคยผ่านการสมรส : โบย 100 ครั้ง	หากพิสูจน์ความผิดได้จากหลักฐานอื่น : โบยไม่เกิน 30 ครั้ง และให้จำคุกไม่เกิน 7 ปี (กรณีผ่านการแต่งงานแล้ว)/โบยไม่เกิน 15 ครั้ง และให้จำคุกไม่เกิน 3 ปี (กรณียังไม่เคยแต่งงาน)

ประเทศซาอุดีอาระเบีย		ประเทศสาธารณรัฐอิสลามอิหร่าน		ประเทศบรูไน	
ฐานความผิด	รูปแบบการลงโทษ	ฐานความผิด	รูปแบบการลงโทษ	ฐานความผิด	รูปแบบการลงโทษ
2.ฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกัน	โทษหรือจำคุก หรือประหารชีวิต	2.ฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกัน	กรณีชาย - ชาย : โทษประหาร แต่หากเป็นผู้เยาว์ให้โทษ 74 ครั้ง	2.ฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกัน	ระหว่างชาย - ชาย : รูปแบบเดียวกับลงโทษฐานผิดประเวณี
			กรณีหญิง - หญิง : โทษ 100 ครั้ง		ระหว่างหญิง - หญิง : ปรับไม่เกิน 40,000 ดอลลาร์บรูไน จำคุกไม่เกิน 10 ปี โทษไม่เกิน 40 ครั้ง หรือรวมกัน
3.ฐานข่มขืนกระทำชำเรา	กรณีผ่านการสมรส : ปาก้อนหินจนตาย	3.ฐานข่มขืนกระทำชำเรา	ประหารชีวิต	3.ฐานข่มขืนกระทำชำเรา	หากพิสูจน์ความผิดได้จากการรับสารภาพ หรือมีพยานอย่างน้อย 4 คน : ปาก้อนหินจนตาย (กรณีผ่านการแต่งงานแล้ว)/โทษ 100 ครั้งและจำคุก 1 ปี (กรณียังไม่เคยแต่งงาน)
	กรณียังไม่เคยผ่านการสมรส : โทษ 100 ครั้ง				หากพิสูจน์ความผิดได้จากหลักฐานอื่น : จำคุกไม่เกิน 30 ปี และโทษไม่เกิน 30 ครั้ง(กรณีผ่านการแต่งงานแล้ว)/ ให้จำคุกไม่เกิน 15 ปี และโทษไม่เกิน 20 ครั้ง (กรณียังไม่เคยแต่งงาน)

ประเทศซาอุดีอาระเบีย		ประเทศสาธารณรัฐอิสลามอิหร่าน		ประเทศบรูไน	
ฐานความผิด	รูปแบบการลงโทษ	ฐานความผิด	รูปแบบการลงโทษ	ฐานความผิด	รูปแบบการลงโทษ
-	-	4.ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์แบบเป็นกลุ่ม	กรณีชาย : โบยและเนรเทศออกจากสถานที่ 3 - 12 เดือน กรณีหญิง : โบย 74 ครั้ง	-	-

3.6 แนวคิดเรื่องการลงโทษความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอิสลามในปัจจุบัน

เนื่องด้วยคัมภีร์อัลกุรอานมิได้บัญญัติความผิดนี้ไว้ชัดเจน ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงเป็นเรื่องที่มีความน่าสับสนเป็นอย่างมากในทางปฏิบัติ โดยปัจจุบันจะเห็นได้ว่ามีคดีจำนวนมากที่เหยื่อกลับถูกลงโทษฐานผิดฐานผิดประเวณีมากกว่าผู้กระทำความผิด เพราะเหยื่อไม่สามารถที่จะพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำความผิดได้และเหยื่อมักจะถูกตัดสินให้ปากก่อนหินจนตาย¹³⁴ เนื่องจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามิได้เป็นความผิดที่ถูกกำหนดไว้ในคัมภีร์อัลกุรอานเหมือนดังเช่นความผิดฐานผิดประเวณีหรือการมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกัน ดังนั้นศาลจึงมักให้ความหมายของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำผิดประเวณี¹³⁵ ซึ่งจะส่งผลต่อการพิสูจน์พยานหลักฐาน แต่ทั้งสองความผิดมีลักษณะที่ต่างกันดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จึงทำให้เกิดความเห็นในเรื่องการลงโทษในปัจจุบันที่แตกต่างกัน คือ

¹³⁴ Reza Aslan, "The Problem of Stoning in the Islamic Penal Code: An Argument for Reform " 3 *UCLA J. ISLAMIC & NEAR E.L.* 91: 95.

¹³⁵ AzmanMohd Noor, "Rape : A Problem of Crime Classification in Islamic Law," *Arab Law Quarterly* 24(2010): 428.

(1) สำนักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำในลักษณะเป็นส่วนหนึ่งของความผิดฐานผิดประเวณี จึงจะต้องลงโทษในลักษณะเดียวกัน คือ การโบย 100 ครั้งสำหรับบุคคลที่ยังไม่แต่งงาน และปาก้อนหินสำหรับบุคคลที่แต่งงานแล้วมีผลต่อการพิสูจน์พยาน¹³⁶ ซึ่งส่งผลคือมีคดีเกิดขึ้นเป็นจำนวนมากที่เหยื่อจากการถูกข่มขืนจะต้องถูกลงโทษด้วยการปาก้อนหินจนตายแต่ไม่สามารถที่จะลงโทษผู้กระทำความผิด เพราะเหยื่อเหล่านั้นไม่สามารถพิสูจน์ได้อย่างชัดเจนถึงการกระทำความผิดของผู้ข่มขืนตน ศาลจึงไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดแต่จะลงโทษเหยื่อแทนในฐานะการมีเพศสัมพันธ์ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) ปัจจุบันมองว่าผู้กระทำความผิดจะเป็นพวกที่อยู่นอกกฎหมายและมีอันตรายต่อความสงบสุขของสังคม¹³⁷ มีผลกระทบต่อการศึกษาหลักฐาน ไม่จำเป็นต้องใช้พยาน 4 คนและสามารถรับฟังพยานแวดล้อมได้รวมถึงหลักฐานจากวิทยาศาสตร์ เช่น การตรวจ DNA การลงโทษเช่นนี้จะสามารถเป็นการคุ้มครองหญิงได้มากกว่า¹³⁸

(3) ความเห็นว่าควรจะลงโทษแบบตะซีรอ (Ta'azir Offenses) เนื่องด้วยเห็นว่าการข่มขืนกระทำชำเราไม่ใช่ความผิดที่ถูกบัญญัติไว้แน่นอน จึงควรลงโทษด้วยรูปแบบ¹³⁹ เช่นสามารถลงโทษทางแพ่งได้ด้วยการให้จ่ายค่าสินไหมทดแทนได้ เป็นต้น

แม้จะเห็นได้ว่าปัจจุบันเริ่มมีความเห็นที่แตกต่างกันในเรื่องของการกำหนดโทษ แต่อย่างไรก็ตามประเทศส่วนใหญ่ยังคงมีแนวคิดในเรื่องการลงโทษในความผิดในเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราเป็นส่วนหนึ่งของการผิดประเวณี และทำให้ปัจจุบันยังมีบทลงโทษเหมือนเช่นเดิม คือ การลงโทษด้วยการโบยและการปาก้อนหินจนถึงแก่ความตาย

กล่าวโดยสรุปแล้ว กฎหมายอิสลามมีแนวความคิดเกี่ยวกับผิดทางเพศที่มีความแตกต่างจากความผิดทางเพศของไทย กล่าวคือกฎหมายไทยกำหนดความผิดทางเพศขึ้นมาเพื่อที่จะมุ่งคุ้มครองผู้ถูกระทำหรือเหยื่อให้มีต้องมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลที่ผู้นั้นไม่ได้ยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์ด้วย จึงพิจารณาในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายเป็นสำคัญซึ่งปรากฏให้เห็นจากการกำหนดความผิดฐาน

¹³⁶ Ibid., 431.

¹³⁷ Ibid., 434.

¹³⁸ Ibid., 435.

¹³⁹ Ibid., 437.

ข่มขืนกระทำชำเรา นอกจากนั้นยังคุ้มครองผู้ถูกระทำจากพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมทางเพศอีกด้วย จากการกำหนดความผิดฐานกระทำอนาจาร แต่กฎหมายอิสลามมิได้กำหนดความผิดในลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายไทย กล่าวคือมิได้กำหนดเพื่อคุ้มครองความยินยอม แต่กำหนดเนื่องมาจากการกระทำที่ถูกระงับโดยหลักการของศาสนาและปรากฏการห้ามนี้ในคัมภีร์อัลกุรอาน เพราะฉะนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าความผิดทางเพศตามกฎหมายอิสลามอาจกำหนดเพื่อที่จะให้ประชาชนปฏิบัติให้เป็นไปตามแนวทางของศาสนา เนื่องจากกฎหมายอิสลามนำเอาหลักการอิสลามมาบัญญัติซึ่งหมายความว่าเห็นว่าการกระทำเช่นนี้จะทำให้ไม่สามารถดำเนินชีวิตให้ถูกต้องตามที่ควรและเป็นการกระทำที่จะก่อให้เกิดความไม่สงบแก่สังคมเกิดขึ้นมากกว่ามุ่งคุ้มครองความยินยอมการมีเพศสัมพันธ์เหมือนกฎหมายไทย แต่ก็พบว่าแม้ประเทศที่นำกฎหมายอิสลามไปบังคับใช้เหมือนกัน แต่บางฐานความผิดแตกต่างกัน เนื่องจากบางฐานความผิดถูกกำหนดขึ้นมาใช้บังคับในประเทศนั้นๆ เอง อย่างไรก็ตามจะพบว่าประเทศที่ใช้กฎหมายอิสลามจะมีความผิด 3 ฐานความผิดที่เหมือนกันซึ่งได้แก่ความผิดฐานผิดประเวณี ความผิดฐานการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกัน และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งเป็นความผิดที่ถูกบัญญัติตั้งแต่ยุคคลาสสิกและมีผลใช้บังคับเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน

ส่วนรูปแบบของการลงโทษในความผิดนี้ เนื่องจากกฎหมายอิสลามกำหนดเพื่อที่จะให้ประชาชนปฏิบัติตามสิ่งที่ศาสนาบัญญัติ ดังนั้นการกำหนดโทษจึงมีความรุนแรงมากกว่าการกำหนดโทษของกฎหมายไทยมาก เช่น การลงโทษด้วยการปาก้อนหินซึ่งใช้กับผู้กระทำความผิดที่ผ่านการสมรสมาก่อนและการโบยสำหรับลงโทษผู้กระทำความผิดซึ่งยังไม่เคยผ่านการสมรส และแม้ว่ากฎหมายอิสลามนั้นจะมีช่วงยุคที่ได้รับอิทธิพลแนวความคิดของกฎหมายตะวันตกซึ่งส่งผลต่อระบบกฎหมายอิสลามเป็นอย่างมากรวมทั้งรูปแบบการลงโทษและการพิสูจน์ที่เปลี่ยนแปลงไปตามแนวความคิดของตะวันตก แต่ในยุคปัจจุบันประเทศซึ่งใช้กฎหมายอิสลามก็นำรูปแบบการลงโทษในลักษณะเดิม คือ การโบยและการปาก้อนหินมาใช้บังคับอีก เนื่องจากรูปแบบนี้ถูกกำหนดไว้ในคัมภีร์อัลกุรอานจึงไม่สามารถเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกไปได้ ซึ่งอาจส่งผลให้ประชาคมโลกเห็นว่าการลงโทษตามกฎหมายอิสลามมีความรุนแรงและไม่คุ้มครองสิทธิมนุษยชน แต่จะพบว่าประเทศในกลุ่มมุสลิมเองได้มีหลักการเรื่องสิทธิมนุษยชนเช่นเดียวกัน แต่หลักการดังกล่าวมีความแตกต่างจากหลักการเรื่องสิทธิมนุษยชนตามแนวความคิดของตะวันตก ดังนั้น หลักความคิดนี้จึงมิได้เป็นปัจจัยสำคัญต่อการเปลี่ยนแปลงโทษ ซึ่งแตกต่างจากประเทศไทยที่ได้รับอิทธิพลแนวความคิดนี้จาก

ตะวันตกและส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการลงโทษของประเทศ กล่าวคือ มีการยกเลิกโทษต่างๆ ที่เคยใช้ในสมัยโบราณ เช่น โทษการโบยหรือโทษประจาน เป็นต้น เนื่องจากเห็นว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อสิทธิมนุษยชน



บทที่ 4

วิเคราะห์และเปรียบเทียบวิวัฒนาการ แนวคิดของความผิดเกี่ยวกับเพศระหว่าง กฎหมายไทยกับกฎหมายอิสลาม

4.1 วิวัฒนาการและแนวความคิดเกี่ยวกับความผิดทางเพศตามกฎหมายไทย

วิวัฒนาการและแนวความคิดเกี่ยวกับความผิดทางเพศตามกฎหมายไทยมีวิวัฒนาการมาเป็นระยะเวลายาวนานปรากฏในกฎหมายทุกฉบับของไทย โดยสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ยุค คือ ยุคก่อนการปฏิรูปกฎหมาย และภายหลังยุคการปฏิรูปกฎหมาย

4.1.1 ยุคก่อนการปฏิรูปกฎหมาย

การกระทำความผิดทางเพศตามกฎหมายไทยในช่วงยุคก่อนการปฏิรูปคือช่วงตั้งแต่ในสมัยกรุงศรีอยุธยาจนถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ มี 2 ฉบับ ได้แก่ พระอัยการลักษณะผิดเมียในกฎหมายตราสามดวงและพระราชกำหนดใหม่ และจากกฎหมายทั้ง 2 ฉบับนี้ จึงขอแบ่งการวิเคราะห์แนวความคิดของฐานความผิดเป็น 5 ฐานความผิด ดังนี้

1. ความผิดฐานผิดประเวณีหรือมีชู้ หรือการผิดภริยาผู้อื่น

ความผิดดังกล่าวบัญญัติชัดเจนครั้งแรกในพระอัยการลักษณะผิดเมียในกฎหมายตราสามดวง สมัยกรุงศรีอยุธยาและใช้สืบต่อเรื่อยมาจนถึงสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น โดยพระอัยการฉบับนี้เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างสามีและภรรยาและยังรวมถึงความผิดที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศด้วย โดยองค์ประกอบสำคัญของฐานความผิดนี้คือต้องเป็นกรณีหญิงผู้นั้นอยู่ระหว่างการสมรสในขณะที่กระทำความผิด และชายจะถูกลงโทษก็ต่อเมื่อได้ยุ่งเกี่ยวกับหญิงที่มีสามีแล้วนั่นเอง ดังนั้นความผิดฐานนี้จึงสำคัญที่หญิงนั้นมีสามีอยู่ขณะนั้นหรือไม่ และหญิงผู้นั้นจะต้องมีความสัมพันธ์ด้วยความยินยอมด้วย เพราะหากไม่ยินยอมจะมีใช่เป็นการกระทำความผิดฐานผิดประเวณี แต่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือการข่มขืนยังมีถึงชำเรา ซึ่งชายเท่านั้นที่จะต้องถูกลงโทษ อิทธิพลสำคัญที่มีผลกระทบต่อแนวความคิดของกฎหมายในยุคนี้คือแนวความคิด

จากศาสนาพราหมณ์ซึ่งประเทศไทยได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายธรรมศาสตร์และมีอิทธิพลต่อกฎหมายไทยเป็นอย่างมากในยุคนี้โดยที่ศาสนาพราหมณ์เป็นศาสนาที่มีแนวความคิดยกย่องให้ชายมีสถานะเหนือกว่าสถานะหญิง จึงทำให้บทบาทของหญิงต้องอยู่ภายใต้อำนาจปกครองตลอดเวลา หากเป็นกรณีหญิงที่ยังไม่แต่งงานจะอยู่ภายใต้การปกครองของบิดาและมารดา แต่เมื่อหญิงแต่งงานแล้วหญิงนั้นจะอยู่ภายใต้การปกครองของสามีและสามีจะมีอำนาจเหนือภรรยา บทบาทที่หญิงมีสถานะต่ำกว่าชายนั้น ส่งผลต่อการบัญญัติเป็นกฎหมายด้วยกล่าวคือกฎหมายยุคช่วงนี้กำหนดให้อำนาจสามีและบิดามารดาต่อตัวหญิงเป็นอย่างมาก เช่น การให้อำนาจสามีโดยตีภรรยาได้โดยไม่มีความผิด ถ้าภรรยาตำหนายาบช้าแก่สามี ภรรยาต้องเอาข้างตอกดอกไม้ไปขอโทษต่อสามี¹ เป็นต้น ฉะนั้นจึงเห็นได้ว่าสามีมีอำนาจอิสระที่จะปกครองภริยาอย่างเต็มที่ซึ่งรวมทั้งอำนาจในการมีเพศสัมพันธ์ของภรรยาที่เป็นของสามีด้วย การที่หญิงไปมีความสัมพันธ์กับชายอื่นจึงเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่ออำนาจของสามี นอกจากนี้กฎหมายพระอัยการลักษณะผัวเมียยังได้บัญญัติลำดับชั้นเมียด้วยซึ่งเป็นสิ่งสะท้อนให้เห็นว่าแนวความคิดในยุคนี้ยอมรับการที่ชายมีภรรยาได้หลายคน แต่ไม่มีการแสดงให้เห็นว่าสังคมสามารถยอมรับหญิงในกรณีเช่นนี้ได้ เพราะฉะนั้นการที่หญิงไปมีความสัมพันธ์กับชายอื่นนอกจากสามีของตนจึงเป็นสิ่งที่สังคมมองว่าชั่วร้ายมาก จึงจำเป็นต้องกำหนดความผิดเพื่อลงโทษทางอาญา

2. ความผิดฐานข่มขืนจนถึงชำเรา (ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา)

ความผิดฐานข่มขืนจนถึงชำเรา บัญญัติไว้ในพระอัยการลักษณะผัวเมีย ซึ่งเป็นกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลแนวความคิดจากศาสนาพราหมณ์เช่นเช่นเดียวกับกรณีความผิดฐานผิดประเวณี ดังที่กล่าวมาแล้วศาสนาพราหมณ์เป็นศาสนาที่ยกย่องให้ชายมีบทบาทหรือสถานะสูงกว่าหญิง ทำให้หญิงจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจของสามีหรือภายใต้อำนาจของบิดาและมารดา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าสามีหรือบิดาและมารดานั้นมีอำนาจเหนือตัวหญิง ฉะนั้นการที่มีผู้ใดมากระทำการข่มขืนชำเราภรรยาหรือลูกสาวหรือหลานสาว จึงเป็นความผิดอันทำให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับการลงโทษด้วยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพราะถือว่าเป็นการกระทำละเมิดต่อสามีหรือบิดาและมารดาของหญิงนั้น

¹ พระอัยการลักษณะผัวเมีย มาตรา 60

นอกจากจะพบว่าความผิดฐานข่มขืนจนถึงชำเราถูกบัญญัติไว้ในพระอัยการลักษณะผัวเมียแล้วยังมีปรากฏในกฎหมายของกรุงรัตนโกสินทร์ที่เรียกว่าพระราชกำหนดใหม่ ซึ่งตราขึ้นเนื่องจากยึดหลักศีลข้อ 3 ในพระพุทธศาสนา “พึงงดเว้นจากการล่วงเกินบุตรภรรยาผู้อื่น” โดยมีสาระสำคัญคือการห้ามข่มขืนหญิงอื่นเว้นแต่หญิงผู้นั้นยินยอม แต่แม้ว่าหญิงนั้นยินยอมก็อาจมีความผิดได้ หากหญิงนั้นยังเป็นเด็กที่ไม่มีความต้องการทางเพศ และกฎหมายดังกล่าวนี้ยังถือว่าเป็นแม่บทของกฎหมายเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราของกฎหมายต่อมาอีกด้วย

3. ความผิดฐานกระทำอนาจาร (ความผิดฐานข่มขืนยังมีถึงชำเรา)

กฎหมายเดิมของไทยช่วงก่อนการปฏิรูปกฎหมาย ไม่มีการบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารไว้โดยตรง แต่จากลักษณะของการบัญญัติการกระทำความผิดฐานข่มขืนยังมีถึงชำเราในพระอัยการลักษณะผัวเมียว่าเป็นกระทำการเล้าโลม จับมือ ถือนม กอดจูบภริยาของผู้อื่น หรือไปหาภริยาของผู้อื่นในบ้านเรือน ในเวลาที่สามีไม่อยู่หรือไปหาในที่ลับสองต่อสองหรือไปหาภริยาของผู้อื่นในห้องนอนหรือลึกลอบพูดจา² ซึ่งมีลักษณะเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศเท่านั้น ยังไม่ถึงขั้นการผิดประเวณีหรือข่มขืนกระทำชำเรา และเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายปัจจุบันลักษณะดังกล่าวนี้จึงมีลักษณะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารในปัจจุบันนั่นเอง

แนวความคิดของความผิดนี้ปรากฏในพระอัยการลักษณะผัวเมียซึ่งเป็นกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลมาจากศาสนาพราหมณ์เช่นกัน ดังนั้นสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองนี้จะมีลักษณะเช่นเดียวกับกับความผิดฐานผิดประเวณีและฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับเดียวกัน เพราะแนวความคิดและเหตุในการที่จะคุ้มครองมีแนวความคิดเดียวกัน กล่าวคือกฎหมายบัญญัติความผิดฐานนี้เพื่อมุ่งที่จะคุ้มครองอำนาจการปกครองของสามีและบิดามารดา เพราะถือว่าการกระทำลักษณะดังกล่าวเป็นการกระทำละเมิดต่ออำนาจของสามีหรือบิดาและมารดาหญิงนั้น

4. ความผิดฐานเสพเมถุนธรรมทางมุขธรรมและเวจมรรค

การร่วมประเวณีทางทวารหนักรวมทั้งการมีเพศสัมพันธ์ทางปาก มีแนวคิดเนื่องมาจากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำละเมิดต่อศีลธรรมอันดี ซึ่งในยุคสมัยนั้นได้มีการกำหนดให้ประชาชน

² พระอัยการลักษณะผัวเมีย มาตรา 2

รักษาศิลปะทั้งศิลปะหัตถ์และศิลปะแปดอู่โบลศิลปะ ซึ่งเหตุผลของการบัญญัติคือการร่วมประเพณีทางทวารปาก ทวารเบา และทวารหนัก ถือเป็นอกุศลจิตและชาติศิลปะ³ ซึ่งความผิดฐานนี้ปรากฏในพระราชกำหนด ใหม่และพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน

5. ความผิดทางเพศฐานความสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกัน (ความผิดฐานการเล่นเพื่อน)

ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันแต่เดิมได้กำหนดชัดเจนเฉพาะแต่กรณีการมีความสัมพันธ์ระหว่างหญิงด้วยกันเองเท่านั้น ซึ่งเรียกว่า “การเล่นเพื่อน” ปรากฏอยู่ในกฎหมายเตียรบาลซึ่งมิได้ใช้บังคับกับประชาชนทั่วไป ส่วนกรณีความสัมพันธ์ระหว่างชายกับชายนั้นกลับไม่ปรากฏชัดเจน โดยเหตุที่ปรากฏเฉพาะกรณีหญิงนั้น เนื่องจากต้องการที่จะห้ามไม่ให้หญิงชาววังมีความสัมพันธ์ด้วยกันเอง

จากฐานความผิดดังกล่าวข้างต้นจะพบว่าความผิดฐานผิดประเพณีหรือมีชู้ ความผิดฐานข่มขืนถึงชำเราและความผิดฐานข่มขืนยังมีถึงชำเรา ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อป้องกันการละเมิดอำนาจปกครองของบิดา มารดาหรือสามีต่อตัวหญิง ซึ่งเป็นผลเนื่องมาจากสภาพและบทบาททางสังคมของหญิงในยุคนั้น ส่วนความผิดฐานเสพเมณูธรรมทางมุกขธรรมและเวจมรรคถูกบัญญัติขึ้นเนื่องจากเป็นการกระทำละเมิดศีลธรรม และส่วนความผิดฐานการเล่นเพื่อนเพื่อเป็นการบัญญัติเพื่อป้องกันหญิงชาววังมีเพศสัมพันธ์กันและไม่มีผลบังคับใช้กับประชาชนโดยทั่วไป ฉะนั้นความผิดทางเพศในช่วงยุคนี้จะกำหนดเป็นความผิดเพื่อป้องกันอำนาจการปกครองและศีลธรรมอันดีเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคมและเป็นไปตามแนวความคิดในสังคมยุคนั้น

4.1.2 ยุคภายหลังการปฏิรูปกฎหมายไทยจนถึงปัจจุบัน

แม้ว่าการแบ่งยุคของกฎหมายไทยในดังที่กล่าวมาในบทที่ 2 จะแบ่งออกเป็นสองช่วงคือก่อนการปฏิรูปกฎหมายและภายหลังการปฏิรูปกฎหมาย อย่างไรก็ตามจะพบว่าภายหลังการปฏิรูปกฎหมายมีแนวความคิดเปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมากโดยเฉพาะอย่างยิ่งช่วงที่ประเทศไทยประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้นการวิเคราะห์และเปรียบเทียบความผิดทางเพศในยุคภายหลังการ

³ พระราชกำหนดใหม่ ข้อ 3

ปฏิรูปกฎหมายไทยจนถึงปัจจุบันจะขอแบ่งการวิเคราะห์เป็นสองช่วง ได้แก่ ช่วงก่อนประเทศไทยประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาและช่วงภายหลังประเทศไทยประกาศใช้กฎหมายอาญา

4.1.2.1 วิเคราะห์แนวความคิดก่อนประเทศไทยประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา

ภายหลังจากที่ประเทศไทยปฏิรูปกฎหมายแล้วจนถึงช่วงก่อนที่จะประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญานั้น มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางเพศ 2 ฉบับซึ่งได้แก่ พระราชกำหนดว่าด้วยการข่มขืนร่วมประเวณี ร.ศ. 118 และกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กฎหมายดังกล่าวทั้งสองฉบับนี้เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นในช่วงที่ประเทศไทยได้รับอิทธิพลจากความคิดของประเทศตะวันตกแทนที่ความคิดแบบไทยเดิมและความคิดของศาสนาพราหมณ์ จึงทำให้แนวความคิดในเรื่องการปกครองและกฎหมายของไทยก็เหินห่างไปจากโบราณราชประเพณีอย่างสิ้นเชิง เพราะถูกภาวะครอบงำของความคิดและวิธีการของทางตะวันตกเข้ามาแทนที่ โดยเฉพาะความคิดในเรื่องอำนาจรัฐในการปกครอง และการบริหารบ้านเมือง⁴ จากการแทนที่ทางแนวความคิดนี้เอง จึงทำให้ลักษณะกฎหมายความผิดทางเพศมีลักษณะที่แตกต่างจากเดิมด้วยเช่นกัน ซึ่งความผิดทางเพศตามกฎหมายทั้งสองฉบับจึงขอแบ่งการวิเคราะห์แนวความคิดการกระทำความผิดเป็น 3 ฐานความผิด คือ

1. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

แต่เดิมตามพระอัยการลักษณะผิดเมียในกฎหมายตราสามดวง ดังที่กล่าวมาแล้วความผิดฐานนี้ได้บัญญัติขึ้นเพื่อที่จะคุ้มครองอำนาจการปกครองที่อยู่เหนือตัวหญิงผู้ถูกระทำโดยมิได้มุ่งคุ้มครองหญิงผู้ถูกระทำอย่างแท้จริง อย่างไรก็ตามเมื่อมีการประกาศใช้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนร่วมประเวณี ร.ศ. 118 กฎหมายใช้คำว่าหญิงแทนคำว่าบุตรสาว หลานสาว หรือภรรยาท่าน แสดงให้เห็นว่ากฎหมายได้พัฒนาความคิดจากปกป้องอำนาจปกครองของชายให้กลายมาเป็นคุ้มครองหญิงผู้ถูกระทำเอง อย่างไรก็ตามความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายนี้ยังคงจำกัดว่าผู้กระทำจะต้องเป็นชาย ส่วนผู้ถูกระทำจะต้องเป็นหญิงเท่านั้น โดยที่กฎหมายฉบับนี้ได้แยกการคุ้มครองระหว่างหญิงและเด็กหญิงเหมือนดังเช่นกฎหมายเดิม ส่วนการข่มขืนระหว่างสามีและภรรยาจะไม่ใช่ความผิดทางอาญา

⁴ ศรีศักร วัลลิโภดม, กฎหมายตราสามดวงกับความเชื่อของไทย, (กรุงเทพมหานคร : เมืองโบราณ, 2545), หน้า 5 อ้างถึงใน กิตติบดี ไยพูล, "ภาษากฎหมายไทยกับการเปลี่ยนแปลงทางสังคม," มนุษยศาสตร์ สังคมศาสตร์ 21(1), ตค - ธค (2546): 15.

ต่อมาเมื่อประเทศไทยมีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ตามกฎหมายฉบับนี้ยังคงบัญญัติความผิดทางเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราเหมือนเช่นกฎหมายเดิมอื่นๆ โดยกฎหมายฉบับนี้มีแนวความคิดที่เหมือนกับพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 กล่าวคือผู้กระทำความผิดยังคงเป็นชายและผู้ถูกระทำจะเป็นได้เฉพาะหญิงเท่านั้น ส่วนการข่มขืนระหว่างสามีภรรยาไม่เป็นความผิดทางอาญาเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตามความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายฉบับนี้ได้มีการแยกความผิดเป็นกรณีกระทำต่อหญิงและกรณีกระทำต่อเด็กหญิงเหมือนดังเช่นกฎหมายเดิม

2. ความผิดฐานกระทำอนาจาร

ความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นจะพบว่ากฎหมายของไทยเดิมไม่มีการบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจาร แต่จากลักษณะของการกระทำสามารถเปรียบเทียบกับความผิดฐานข่มขืนยังมีถึงชำเราในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งแต่เดิมความผิดฐานนี้ได้บัญญัติขึ้นเพื่อที่จะคุ้มครองอำนาจการปกครองที่อยู่เหนือตัวหญิงผู้ถูกระทำเช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยในช่วงยุคนี้ความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นจะพบว่าไม่ได้มีการบัญญัติเป็นความผิดในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 แต่จะมีเฉพาะในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เท่านั้น แต่ลักษณะการกระทำยังคงมีแนวความคิดเหมือนเช่นกฎหมายอัยการลักษณะผัวเมีย กล่าวคือยังคงให้ความสำคัญกับกรณีการกระทำที่ไม่เหมาะสมทางเพศที่ยังไม่ถึงขั้นผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้อย่างไรก็ตามแนวความคิดตามกฎหมายฉบับนี้มุ่งคุ้มครองผู้ถูกระทำและมีได้บัญญัติเพื่อคุ้มครองอำนาจชายเหนือตัวหญิงอีกต่อไป

3. ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกัน

แต่เดิมความผิดทางมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันเคยปรากฏในช่วงก่อนการปฏิรูปกฎหมาย แต่ในช่วงยุคนั้นจะใช้บังคับเฉพาะกับหญิงชาววังเท่านั้น อย่างไรก็ตามเมื่อมีการประกาศใช้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ผู้ที่กระทำความผิดฐานนี้ไม่ถูกจำกัดจะต้องเป็นหญิงชาววังเท่านั้นแต่มีผลบังคับใช้กับประชาชนโดยทั่วไปและไม่กำหนดว่าเป็นกรณีระหว่างหญิงกับหญิงเหมือนแต่เดิม โดยเรียกความผิดฐานนี้ว่าการชำเราผิดธรรมดา

ต่อมาเมื่อประเทศไทยมีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กฎหมายฉบับนี้ยังคงได้รับอิทธิพลความคิดเรื่องการมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกัน โดยเรียกความผิดฐานนี้ว่าการชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์

ส่วนเหตุที่กฎหมายทั้งสองฉบับบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวนี้เป็นความผิดเนื่องจากเห็นว่าผู้กระทำชำเราโดยอุตรีผิดกับมนุษย์ กล่าวคือกรณีชายกับชายปกติจะกระทำชำเราไม่ได้หรือกรณีกระทำชำเรากับหญิงในทางอื่นนอกจากสังวาสก็เห็นว่าผิดธรรมดาตามนุษย์เช่นเดียวกัน

4.1.2.2 ภายหลังที่ประเทศไทยประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา

ภายหลังที่ประเทศไทยประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาจะพบว่าแนวความคิดเรื่องการความผิดทางเพศเปลี่ยนแปลงไปจากกฎหมายเดิม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

1. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

เนื่องจากแนวความคิดฐานความผิดนี้มีการเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมซึ่งสามารถแบ่งการวิเคราะห์ออกได้ 3 ประเด็น ดังนี้

ก. แนวความคิดเรื่องผู้กระทำความผิด

(ก) ประมวลกฎหมายอาญาก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

กฎหมายไทยเดิมเคยมองว่าผู้กระทำความผิดจะเป็นได้เฉพาะชายเท่านั้น หญิงไม่สามารถเป็นตัวการลงมือกระทำความผิดในฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาเริ่มมีแนวความคิดไม่จำกัดเฉพาะเป็นชายเท่านั้น ซึ่งเห็นได้จากการแก้ไขกฎหมายจาก “ชายใด...” เป็น “ผู้ใด...” อย่างไรก็ตามผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ยังคงมีแนวความคิดว่าต้องเป็นกรณีเป็นชายเท่านั้น เนื่องจากลักษณะทางกายภาพของหญิงไม่สามารถกระทำความผิดฐานนี้ได้ ส่วนกรณีข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีและภรรยาที่สอดด้วยกฎหมายนั้นไม่เป็นความผิด เนื่องจากจารีตประเพณีที่สังคมถือว่าหญิงภริยาได้ยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์กับชายตั้งแต่การสมรสกับชายผู้นั้นแล้ว

จึงไม่เกิดการข่มขืน⁵ ซึ่งยังคงเหมือนเช่นเดียวกับกฎหมายในช่วงยุคก่อนการปฏิรูปกฎหมาย ดังนั้นสามีจึงไม่สามารถเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้

(ข) พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

เมื่อประเทศไทยได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ซึ่งมีแนวความคิดที่แตกต่างจากกฎหมายของไทยที่เคยบังคับใช้มา โดยที่แต่เดิมกฎหมายกำหนดว่าผู้กระทำความผิดจะเป็นชาย แต่ตามกฎหมายฉบับนี้ผู้กระทำความผิดฐานนี้สามารถเป็นทั้งชายหรือหญิงก็ได้ รวมทั้งกรณีการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีและภรรยาได้บัญญัติให้เป็นความผิดทางอาญาด้วย เนื่องจากเริ่มมีความคิดต้องการที่จะคุ้มครองความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ของภรรยาโดยภรรยาไม่จำเป็นต้องมีเพศสัมพันธ์หากมิยินยอมเพื่อป้องกันการกระทำของสามีไปโดยเป็นการฝืนใจภรรยา ปรากฏเห็นได้จากจึงได้เปลี่ยนจากการบัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่มีใจภรรยาตน....” ด้วยการตัดคำว่า “มีใจภรรยาตน” ออกไปเพื่อจะคุ้มครองให้ภรรยาจากการกระทำข่มขืนกระทำชำเราของสามีตนเอง เพราะฉะนั้นจากเดิมที่สามีสามารถมีเพศสัมพันธ์กับภรรยาได้ตามต้องการแม้เป็นการฝืนใจภรรยา การกระทำดังกล่าวมิได้เป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายไทยแต่อย่างใด แต่ในปัจจุบันหากสามีได้มีเพศสัมพันธ์โดยมิได้รับความยินยอมจากภรรยา ชายนั้นสามารถถูกลงโทษทางอาญาฐานกระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเราภรรยาได้

ข. แนวความคิดเรื่องผู้ถูกระทำ

(ก) ประมวลกฎหมายอาญาก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

แนวความคิดเรื่องผู้กระทำความผิดของไทยมาแต่เดิมนั้นจะแบ่งออกเป็นกรณีกระทำต่อหญิงและอีกกรณีคือกระทำต่อเด็กหญิง โดยเหตุที่แยกกรณีเช่นนี้เนื่องจากเด็กนั้นยังคงมีรู้เพียงสา กฎหมายจึงจำเป็นต้องปกป้องคุ้มครองมากกว่ากรณีของหญิง ดังนั้นจะพบว่าหากผู้ถูกระทำเป็นเด็กหญิงบทลงโทษมักจะมีรุนแรงมากกว่า ทั้งไม่สามารถนำเอาความยินยอมของเด็กมาเป็นเหตุ

⁵ สุชาติ เหล่าพูลสุข, "ความผิดทางเพศ : กรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา" (หลักสูตรปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2548), หน้า 27.

ให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษได้เหมือนเช่นกรณีของหญิงด้วยซึ่งแนวความคิดนี้ส่งผลถึงประมวลกฎหมายอาญาก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

(ข) พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

เมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 กฎหมายไม่บัญญัติจำกัดเฉพาะเป็นเด็กหญิงเท่านั้นเหมือนเช่นตามกฎหมายในช่วงยุคก่อน แต่ผู้ถูกกระทำสามารถเป็นได้ทั้งกรณีเด็กชายและเด็กหญิงได้เช่นเดียวกับส่วนกรณีกระทำต่อหญิง ผู้ถูกกระทำสามารถเป็นได้ทั้งชายและหญิงด้วยเช่นเดียวกัน โดยการเปลี่ยนจากคำว่า “หญิงซึ่งมิใช่ภรรยา” เป็น “ผู้อื่น” แทน

ค. ลักษณะการกระทำความผิด

(ก) ประมวลกฎหมายอาญาก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

ภายหลังจากการปฏิรูปกฎหมายจะพบว่ากฎหมายก่อนประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2550 มิได้มีการบัญญัติลักษณะการกระทำความผิดไว้โดยตรง แต่จากคำพิพากษาของศาลฎีกาอธิบายว่าเป็นการกระทำอันมีลักษณะที่อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปใส่ช่องสังวาสหรืออวัยวะเพศหญิงโดยหญิงมิได้ยินยอมหรือยินยอมโดยสำคัญผิด

(ข) พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติลักษณะการข่มขืนกระทำชำเราชัดเจนไว้ในมาตรา 276 คือเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศหรือการใช้สิ่งอื่นใดของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ลักษณะการกระทำจึงมีความกว้างมากขึ้น ซึ่งแต่เดิมสิ่งที่กระทำนั้นจะจำกัดเฉพาะอวัยวะเพศชายเท่านั้นและจะกระทำต่ออวัยวะเพศหญิงเท่านั้น แต่ปัจจุบันกฎหมายได้บัญญัติสิ่งที่กระทำและสิ่งที่ถูกกระทำกว้างมากขึ้น จึงส่งผลให้การกระทำบางอย่างซึ่งแต่เดิมเป็นเพียงการกระทำที่ไม่เหมาะสมทางเพศอาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ในปัจจุบัน

2. ความผิดฐานกระทำอนาจาร

ดังที่กล่าวมาแล้วว่ากฎหมายของไทยเดิมไม่มีการบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจาร แต่สามารถเปรียบเทียบได้กับความผิดฐานข่มขืนยังมีถึงชำเราตามพระอัยการลักษณะผิดเมียในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งแต่เดิมความผิดฐานนี้ได้บัญญัติขึ้นเพื่อที่จะคุ้มครองอำนาจการปกครองที่อยู่เหนือตัวหญิงผู้ถูกระทำเช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อย่างไรก็ตามจะพบว่าความผิดฐานกระทำอนาจารมีการบัญญัติในกฎหมายเป็นครั้งแรกในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และกฎหมายต่อมาเรื่อยมาจนถึงปัจจุบันซึ่งสามารถแบ่งการวิเคราะห์ออกได้ 3 ประเด็น ดังนี้

ก. แนวความคิดเรื่องผู้กระทำความผิด

ตามกฎหมายไทยเดิมจะกำหนดให้ผู้กระทำความผิดเป็นชายเท่านั้น เช่น มาตรา 75 ตามพระอัยการลักษณะผิดเมียว่า “บุรุษผู้ใดจับมือหยอกบุตรีท่านก็ดี” หรือ มาตรา 76 “ชายใดมีเมียแล้ว.....ถ้าข่มขืนมีถึงชำเราให้ใหม่ถึงชำเรา” เป็นต้น แต่แนวความคิดเริ่มมีการเปลี่ยนแปลงไปเมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เช่น มาตรา 245 ว่า “ผู้ใดบังอาจกระทำการอนาจารแก่เด็กอายุต่ำกว่าสิบสามขวบ...” หรือ มาตรา 246 ว่า “ผู้ใดกระทำการอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบสามขวบขึ้นไป” ต่อมาแนวความคิดได้เปลี่ยนแปลงไปโดยไม่จำกัดเฉพาะผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นชายเท่านั้น เพราะกฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” ดังนั้นหญิงจึงสามารถเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้เช่นกัน และกฎหมายได้บัญญัติใช้คำว่า “ผู้ใด” จนถึงกฎหมายอาญาปัจจุบันจึงสะท้อนให้เห็นว่าผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารนี้สามารถเป็นได้ทั้งหญิงและชาย โดยไม่จำกัดเฉพาะชายเป็นผู้กระทำความผิดอีกต่อไป

ข. แนวความคิดเรื่องผู้ถูกระทำผิด

ตามกฎหมายอัยการลักษณะผิดเมียได้บัญญัติโดยใช้คำว่า “ผู้ใดเล่าโลมจับมือถืออนมกอดจูบเมีย..” หรือ “บุรุษผู้ใดจับมือหยอกบุตรี...” และตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ใช้คำว่า “...เพื่อการอนาจารซึ่งหญิงหรือเด็กหญิง...” แสดงว่าแต่เดิมผู้ถูกระทำความผิดจะต้องเป็นเด็กหญิงและหญิงเท่านั้น ซึ่งแนวความคิดเรื่องผู้ถูกระทำตามความผิดฐานนี้ของไทยมาแต่เดิมนั้นแบ่งออกเป็นกรณีกระทำต่อเด็กหญิงและหญิงเช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากต้องการคุ้มครองระหว่างเด็กและหญิงที่ต่างกัน แต่ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้ประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 แนวความคิดเรื่องผู้กระทำความผิดเปลี่ยนแปลงไป โดยไม่จำกัดว่าผู้ถูกระทำความผิดจะเป็นได้เฉพาะเด็กหญิงและ

หญิง โดยเดิมใช้คำว่า “เมีย บุตรี หญิงหรือเด็กหญิง” เปลี่ยน “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคล...” ซึ่งคำว่าบุคคลนั้นสามารถเป็นได้ทั้งหญิงหรือชาย

ค. ลักษณะการกระทำความผิด

ภายหลังจากการปฏิรูปกฎหมายได้เริ่มมีการกำหนดใช้คำว่ากระทำอนาจาร โดยจะใช้กับลักษณะการกระทำใดที่ไม่ถึงกับการกระทำข่มขืนชำเรา แต่เป็นเพียงการกระทำที่ไม่เหมาะสมทางเพศเท่านั้น แต่ต่อมาเพื่อมุ่งที่จะคุ้มครองให้มีความครอบคลุมมากยิ่งขึ้น การกระทำบางลักษณะที่แต่เดิมเคยเป็นเพียงการกระทำที่ไม่เหมาะสมทางเพศกลายเป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและทำให้กฎหมายไทยในปัจจุบันมีรูปแบบการกระทำความผิดอนาจาร 2 รูปแบบเท่านั้น ได้แก่ กรณีผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตนกระทำกับอวัยวะอื่นๆ ของผู้ถูกระทำนอกจากอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก หรือกรณีผู้กระทำได้ใช้สิ่งอื่นใด (นอกจากอวัยวะเพศ) เช่น มือ ปาก หรือวัตถุอื่นใด กระทำกับอวัยวะอื่นๆ ของผู้ถูกระทำ นอกจากอวัยวะเพศ หรือทวารหนัก ซึ่งเป็นการไม่สมควรในทางเพศเพื่อกำหนดลักษณะข่มขืนกระทำชำเราที่กว้างขึ้นและคุ้มครองผู้ถูกระทำได้มากขึ้น

3. ความผิดฐานการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียว

ความผิดฐานนี้ในช่วงยุคก่อนการปฏิรูปจะเรียกว่า “การเล่นเพื่อน” โดยจำกัดความผิดเฉพาะหญิงสาววังไม่ให้มีความสัมพันธ์กับหญิงสาววังด้วยกันเองเท่านั้น มิได้มีผลบังคับถึงประชาชนทั่วไป และไม่มีปรากฏห้ามกรณีความสัมพันธ์ระหว่างชายกับชาย แต่ต่อมาเมื่อพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ ทรงประกาศใช้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ซึ่งเป็นพระราชกำหนดที่ได้นำเอาแนวความคิดของเรื่อง Sodomy ของตะวันตกมาบัญญัติเป็นกฎหมายและเรียกฐานความผิดนี้ว่าการทำชำเราผิดธรรมดาและฐานการทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ มีลักษณะความผิดรวมถึงกรณีการร่วมประเวณีทางทวารหนัก โดยไม่จำกัดว่าจะเกิดระหว่างชายกับชายหรือหญิงกับหญิง แต่จะพบว่าประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบันไม่มีการบัญญัติความผิดนี้อีกต่อไป

4.1.2.3 วิเคราะห์แนวความคิดของความผิดทางเพศตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จนถึงการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา

1. เปรียบเทียบแนวความคิดระหว่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กับ
ประมวลกฎหมายอาญา

(1) แนวความคิดที่คล้ายคลึงกัน

ก. ฐานข่มขืนกระทำชำเรา

เมื่อเปรียบเทียบแล้วจะพบว่าความคิดในเรื่องฐานข่มขืนกระทำชำเรายังเป็นเหมือน
เช่นที่บัญญัติตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กล่าวคือ ยังคงมีแนวความคิดว่าการจะเป็นการ
กระทำความผิดดังกล่าวได้นั้นต้องเป็นกรณีกระทำชำเราแก่หญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน หรือกล่าวอีกนัย
คือจะเป็นกรณีที่ชายทำต่อหญิงและหญิงนั้นต้องมิใช่ภรรยาของชายนั้น อย่างไรก็ตามจะพบว่าทั้ง
กฎหมายทั้งสองฉบับนี้มีการแบ่งความผิดเป็นกรณีกระทำต่อหญิงและเด็กหญิงแยกออกจากกัน
สะท้อนให้เห็นว่าทั้งสองกฎหมายต้องการคุ้มครองเด็กมากกว่ากรณีหญิงทั่วไป และจึงได้บัญญัติว่าแม้
เด็กยินยอมผู้กระทำความผิดยังจำต้องได้รับโทษทางอาญาเหมือนเช่นกันเพียงแต่แตกต่างกันที่อายุ
เด็กเท่านั้น

ข. ฐานกระทำอนาจาร

เมื่อเปรียบเทียบแล้วจะพบว่าความคิดในเรื่องฐานกระทำอนาจารมีลักษณะที่
คล้ายคลึงกันกับกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เช่นกัน กล่าวคือมีการกำหนดให้เป็นการกระทำที่
ไม่เหมาะสมทางเพศเหมือนกัน ทั้งนี้ทั้งกฎหมายทั้งสองฉบับได้แยกกรณีเด็กจากกรณีบุคคลทั่วไปด้วย
สะท้อนให้เห็นว่าทั้งสองฉบับให้ความสำคัญในการคุ้มครองเด็กเช่นกัน

(2) แนวความคิดที่แตกต่างกัน

แนวความคิดที่แตกต่างกันนั้นส่งผลประการสำคัญที่ทำให้ความผิดบางประเภทไม่
ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยอีกซึ่งได้แก่ความผิดฐานการมีเพศสัมพันธ์กับเพศ
เดียวกันตามความผิดฐานชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ส่วนเหตุผลที่ความผิดฐานนี้ไม่มีกำหนดให้เป็น
ความผิดทางอาญาอีกต่อไป เนื่องมาจากผู้ร่างกฎหมายเห็นว่าเป็นเรื่องส่วนตัวและไม่ค่อยเกิดการ
ฟ้องร้องเป็นคดี จึงยกเลิกความผิดฐานนี้ไปตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา

2. คุณธรรมทางกฎหมาย

จากการศึกษาทั้งสองกฎหมายจะพบว่าคุณธรรมทางกฎหมายนั้นมีความคล้ายคลึงกัน ดังนี้

(ก) การคุ้มครองเสรีภาพในการมีเพศสัมพันธ์ของบุคคล

จากการเปรียบเทียบกฎหมายทั้งสองฉบับพบว่ามีการบัญญัติคุ้มครองการมีเพศสัมพันธ์ โดยไม่ให้ถูกบังคับหรือแม่ขู่เชือดหรือการใช้กำลัง ซึ่งได้แก่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจาร

(ข) การคุ้มครองความบริสุทธิ์ทางเพศของเด็ก

จะพบว่าทั้งสองฉบับมีการแยกการบัญญัติความผิดระหว่างผู้กระทำความผิดที่เป็นบุคคลธรรมดากับผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กออกจากกัน โดยหากเป็นกรณีเด็กแม่เด็กจะให้ความยินยอม ผู้กระทำความผิดยังคงต้องรับโทษทางอาญา

3. ปัจจัยที่ทำให้แนวความคิดตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แตกต่างจากประมวลกฎหมายอาญา

เหตุที่ต้องมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาปรากฏให้เห็นจากเหตุแห่งการบัญญัติที่ว่า “โดยเป็นการสมควรปรับปรุงกฎหมายอาญาเพราะตั้งแต่ได้ประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญาในพ.ศ. 2451 เป็นต้นมาพฤติการณ์ของบ้านเมืองได้เปลี่ยนแปลงไปอันมาก”⁶ ดังนั้นจึงแสดงให้เห็นว่าความเปลี่ยนแปลงแนวความคิดเกี่ยวกับความผิดทางเพศนี้เนื่องมาจากเพื่อบัญญัติให้สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปนั่นเอง ซึ่งสิ่งที่เปลี่ยนแปลงไปเพื่อให้เข้ากับสภาพสังคมนั้นทำให้เห็นแนวความคิดที่แตกต่างไปจากเดิม คือ คุณธรรมทางกฎหมายอันได้แก่ศีลธรรมอันดีงาม โดยจากการศึกษาจะพบว่าความผิดที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จะเกี่ยวข้องกับศีลธรรมโดยตรง ซึ่งคือการบัญญัติฐานความผิดเรื่องการมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกันซึ่งเห็นว่าเป็นเรื่องขัดต่อศีลธรรมเป็นการกระทำที่อุทรืผิดมนุษย์และเป็นสาเหตุนำไปสู่การสูญเสียพันธุ์ของมนุษย์ได้ โดยมีลักษณะของการกระทำแตกต่างจากฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจาร กล่าวคือทั้งสองฐานความผิดดังกล่าวจะต้องเป็นกรณีที่กระทำโดยอีกฝ่ายไม่ยินยอมเว้นแต่ผู้ถูกระทำเป็นเด็ก แต่ฐาน

⁶ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 73 หน้า 1 วันที่ 15 พฤศจิกายน 2499

มีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันไม่ได้บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองความยินยอมแต่บัญญัติขึ้นเนื่องจากคุณนั้นมองว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดต่อศีลธรรมอันดีงามตามมาตรฐานของศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคม แต่อย่างไรก็ตามเมื่อมีการจัดทำประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายได้มีมติให้ยกเลิกความผิดฐานนี้เสีย เพราะเห็นว่าเป็นเรื่องของบุคคลและไม่ค่อยเกิดการฟ้องร้องคดีและเป็นการไม่สอดคล้องกับสิทธิเสรีภาพของมนุษย์ในการกำหนดเจตจำนงทางเพศของตนเอง⁷ ฉะนั้นความผิดฐานนี้จึงไม่ปรากฏอีกตั้งแต่เมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาอีกต่อไป

4.2. ความผิดทางเพศระหว่างเพศเดียวกัน

1. วิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดทางเพศระหว่างเพศเดียวกัน

ก. ก่อนการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา

จากการศึกษาพบว่าความผิดทางเพศที่ปรากฏในกฎหมายไทยก่อนการประกาศใช้ประมวลกฎหมายจะมีอยู่ 2 ฉบับ ได้แก่ พระราชกำหนดว่าด้วยการข่มขืนร่วมประเวณี ร.ศ. 127 ในฐานความผิดฐานชำเราผิดธรรมดา และในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ในฐานความผิดฐานผิดธรรมตามนุษย์ จากความผิดทั้งสองจะพบว่ากฎหมายได้บัญญัติขึ้นเนื่องจากมองว่าการเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมอันดีงามของสังคมในยุคนั้นและเพื่อปกป้องคุ้มครองศีลธรรมดังกล่าวจึงได้บัญญัติให้การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันเป็นความผิดทางอาญา

ข. ภายหลังการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา

ภายหลังจากที่ประเทศไทยได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาจะไม่พบว่ากฎหมายได้บัญญัติความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกัน เนื่องจากเหตุผลว่าผู้ร่างกฎหมายเห็นว่าจากสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปและเห็นว่าเป็นเรื่องของส่วนบุคคล จึงไม่ควรถือที่จะนำความผิดดังกล่าวมาบัญญัติเพื่อลงโทษผู้กระทำ

ค. พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

ต่อมาเมื่อประเทศไทยได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 จะพบว่ามีการเปลี่ยนแนวความคิดที่เกี่ยวกับความผิดระหว่างเพศเดียวกัน กล่าวคือประเทศไทยกำหนดว่ากรณีข่มขืนกระทำชำเราระหว่างเพศเดียวกันให้เป็น

⁷ ชิตชนก แผ่นสุวรรณ, "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร : ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา," หน้า 73.

ความผิดทางอาญา ซึ่งแต่เดิมมองว่าการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายไทยจะต้องเป็นกรณีระหว่างชายและหญิงเท่านั้น เป็นผลอันเนื่องมาจากความคิดที่ว่า การข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นกรณีที่อวัยวะเพศชายล่วงเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น อย่างไรก็ตามปรากฏเหตุแห่งการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดในการบัญญัติความผิดว่าเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปและเพื่อให้มีความเสมอภาคและเท่าเทียมกัน ดังนั้นกฎหมายจึงบัญญัติเพิ่มเติมที่แต่เดิมกำหนดเพียงกรณีระหว่างชายกับหญิงเป็นกรณีระหว่างเพศเดียวกันก็สามารถมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้

2. วิเคราะห์ปัจจัยความแตกต่างระหว่างก่อนประเทศไทยประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาจนถึงปัจจุบัน

ก. ลักษณะการกระทำ

ลักษณะการกระทำในฐานความผิดนี้ที่สำคัญคือความยินยอม กล่าวคือกฎหมายเดิมแม้ทั้งสองฝ่ายจะกระทำไปด้วยความสมัครใจ แต่ยังคงได้รับโทษทาอาญา แต่กฎหมายปัจจุบันจะบัญญัติให้เป็นความผิดเฉพาะกรณีที่การบังคับจิตใจอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น ดังนั้นกรณีหากเป็นการกระทำที่ทั้งสองฝ่ายให้ความยินยอมย่อมไม่เป็นการกระทำที่ผิด

ข. การเปลี่ยนแปลงแนวความคิด

เหตุผลประการสำคัญอีกประการหนึ่งคือกฎหมายในช่วงก่อนการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ประเทศบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองศาสนาและศีลธรรมอันดีงาม เนื่องจากสังคมในยุคนั้นกฎหมายจะมีความใกล้ชิดกับศาสนาและศีลธรรมอันดีงามเป็นอย่างมาก ซึ่งมักจะปรากฏเหตุแห่งการร่างกฎหมายว่าเนื่องจากเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมทางศาสนา แต่ภายหลังจากที่ประเทศไทยประกาศใช้ประมวลกฎหมาย แนวความคิดในการบัญญัติกฎหมายจะมีได้นำเอาเรื่องของศาสนามาบัญญัติโดยตรงเหมือนดังเช่นอดีต เป็นผลเนื่องมาจากการได้รับอิทธิพลแนวความคิดมาจากประเทศตะวันตก ส่งผลให้แนวความคิดเรื่องการบัญญัติกฎหมายความผิดทางเพศเปลี่ยนมาเป็นที่คุ้มครองเสรีภาพในการมีเพศสัมพันธ์ของบุคคล ดังนั้นกฎหมายเดิมนั้นแม้ว่าจะกระทำไปโดยความยินยอมก็เป็นความผิดแต่กฎหมายปัจจุบันซึ่งมุ่งคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคล หากทั้งสองฝ่ายยินยอมจะไม่เป็นความผิดทางอาญาเพราะไม่ได้เกิดจากการข่มขืนใจอีกฝ่าย

กล่าวโดยสรุป แนวความคิดเรื่องการกระทำความผิดทางเพศตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และประมวลกฎหมายนั้นมึลักษณะคล้ายคลึงกันหลายประการ อย่างไรก็ตามจะพบว่าทั้งสองฉบับมีความแตกต่างกันในเรื่องสิ่งที่กฎหมายต้องการคุ้มครอง กล่าวคือ ตามกฎหมายลักษณะ

อาญา ร.ศ. 127 จะบัญญัติความผิดทางอาญาหากเห็นว่าเป็นการกระทำที่ส่งผลต่อศีลธรรมอันดีงาม ซึ่งได้แก่ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกัน ในระหว่างที่ประมวลกฎหมายอาญาจะบัญญัติ เฉพาะความผิดเพื่อคุ้มครองบุคคลและสังคม ซึ่งผลจากการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดนี้เองจึงทำให้ กฎหมายอาญาไทยในปัจจุบันที่เกี่ยวกับความผิดทางเพศมีอยู่เพียง 2 ฐานความผิด ได้แก่ ฐานข่มขืน กระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารเท่านั้น

จากลักษณะการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวจึงเห็นความเปลี่ยนแปลงของแนวความคิดของ กฎหมายไทยที่มีการพัฒนาบทบาทของหญิงมากขึ้นและเริ่มคำนึงความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ ของหญิงซึ่งเป็นการสะท้อนให้เห็นว่ากฎหมายเริ่มมีการคุ้มครองตัวหญิงผู้ถูกกระทำเอง นอกจากนี้ ความผิดทางเพศบางฐานความผิดที่เคยถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายไทยเดิมกลับไม่มีการบัญญัติให้เป็น ความผิดอีกต่อไปอันได้แก่ความผิดฐานผิดประเวณี โดยหลวงสุทธิวาหนฤพุมิ ให้ความเห็นว่า ลักษณะ ความผิดฐานเป็นชู้และผิดภรรยาผู้อื่นในสมัยนั้น ทั้งชายชู้และหญิงที่มีชู้จะได้รับโทษทางอาญา และ การกระทำความผิดนี้มีหลักการเดิมเป็นโทษทางอาญา เนื่องจากในสมัยโบราณหญิงเป็นแม่บ้านที่ แท้จริงและทางศีลธรรมจรรยาจะถือเคร่งครัดเรื่องคบชู้จึงถือเป็นกรณีร้ายแรง⁸ ต่อมาหลักการและ เหตุผลของกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป นอกจากนั้นความผิดทางเพศอันมีลักษณะเป็นการกระทำ ความผิดต่อศีลธรรม เช่น ความผิดฐานชำเราผิดธรรมดาในพระราชกำหนดว่าด้วยการข่มขืนร่วม ประเวณี ร.ศ. 118 หรือความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาในสมัยในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เป็นต้น ได้ถูกยกเลิกไปเช่นกัน เนื่องจากคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายเห็นว่าเป็นเรื่องส่วนตัว บุคคล เช่นเดียวกับความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์เพศเดียวกัน กอรปกับประเทศไทยมีหลักเกี่ยวกับการ กระทำความผิดทางอาญาว่า การกระทำใดที่จะเป็นความผิดทางอาญานั้นต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่ กระทบต่อสังคมเป็นสำคัญเท่านั้น ทำให้กฎหมายภายหลังปฏิรูปนี้จึงไม่มีการบัญญัติความผิดใน ลักษณะดังกล่าวอีกต่อไป

⁸ หลวงสุทธิวาหนฤพุมิ, คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ชั้นปริญญาโท พุทธศักราช 2512 – 2513, หน้า

4.3 แนวความคิดและวิวัฒนาการความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายอิสลาม

4.3.1 ช่วงยุคคลาสสิก

กฎหมายอิสลามเป็นระบบกฎหมายที่มีรากฐานความคิดมาจากศาสนาอิสลาม หลักการสำคัญของกฎหมายอิสลามคือการเชื่อในพระเจ้า โดยที่ความเชื่อดังกล่าวของศาสนาอิสลามมิใช่เป็นเพียงศาสนาเท่านั้น แต่ยังใช้เป็นแนวทางในการดำเนินชีวิตเพื่อให้ถูกต้องสมควรตามหลักการของศาสนา ดังนั้นการกระทำใดที่ศาสนาบัญญัติห้ามไว้จะนำการกระทำนั้นมาบัญญัติเป็นกฎหมายเช่นเดียวกัน เพื่อมุ่งที่จะคุ้มครองประโยชน์ของมนุษย์ โดยสิ่งที่กฎหมายอิสลามมุ่งที่จะปกป้อง ได้แก่ ประโยชน์สาธารณะ ทรัพย์สิน ความปลอดภัย สถาบันครอบครัว ชีวิต และเพื่อปกป้องสิ่งเหล่านี้จึงกำหนดกฎหมายขึ้นมารวมทั้งความผิดเกี่ยวกับเพศด้วย โดยได้บัญญัติประเภทของการกระทำ ความผิดทางเพศแบ่งออกได้ดังนี้

1. ความผิดฐานผิดประเวณี

ความผิดฐานผิดประเวณีนี้ถูกกำหนดให้เป็นความผิด เนื่องจากเป็นการกระทำที่ถูกกำหนดห้ามไว้ในคัมภีร์อัลกุรอานซึ่งเป็นแหล่งที่มาที่สำคัญที่สุดของการบัญญัติกฎหมายอิสลาม เนื่องจากศาสนาอิสลามถือว่าการมีเพศสัมพันธ์นอกคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายของตนนั้นเป็นบาปใหญ่รองจากการฆ่าคนและการเลิกนับถือศาสนา เพราะการกระทำผิดนี้นี้อาจนำไปสู่ปัญหาต่างๆ ได้ เช่น ปัญหาครอบครัว ปัญหาบุตรนอกสมรสหรือแม้กระทั่งอาชญากรรมประเภทอื่นๆ ได้ เป็นต้น และการกำหนดความผิดนี้เนื่องจากต้องการที่จะคุ้มครองสถาบันครอบครัวเป็นหลักและจากรูปแบบการลงโทษเป็นรูปแบบหุดูด (Hudud offenses) (การโบยและการปาก้อนหิน) อันเป็นรูปแบบการลงโทษที่จะใช้ลงโทษสำหรับการกระทำอันเป็นการกระทบต่อสิทธิของพระเจ้า เนื่องจากเห็นว่าหากบุคคลไม่กระทำความผิดประเวณีจะทำให้สถาบันครอบครัวเกิดความมั่นคงและจะสามารถนำไปสู่ความสงบสุขของสังคม

2. ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกัน

นอกจากกฎหมายอิสลามจะห้ามไม่ให้มีเพศสัมพันธ์กันระหว่างชายและหญิงที่มีใช้คู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายของตนแล้ว กฎหมายอิสลามยังได้ห้ามการรักร่วมเพศด้วยทั้งระหว่างชายกับชายและหญิงกับหญิง เหตุที่บัญญัติเช่นนี้เนื่องจากแนวความคิดที่ว่าพฤติกรรมเช่นนี้เป็นการสวนทางกับระเบียบของธรรมชาติ เป็นการทำลายความรู้สึกทางเพศของผู้ชาย และเป็นอาชญากรรมต่อสิทธิของหญิง (ข้อห้ามดังกล่าวนี้ใช้กับกรณีผู้หญิงด้วยเช่นกัน) และยังทำลายความรู้สึก ศีลธรรม และการ

ดำรงชีวิตที่ดีของมนุษย์ลงอีกด้วย⁹ กล่าวคืออิสลามมองว่าการมีเพศสัมพันธ์โดยธรรมชาตินั้นจะเป็นกรณีที่อยู่ระหว่างเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของหญิง แต่หากเป็นการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันจะไม่สามารถมีเพศสัมพันธ์ลักษณะดังกล่าวได้ และลักษณะการมีเพศสัมพันธ์จะทำให้มีฝ่ายหนึ่งที่ทำหน้าที่แทนเพศตรงข้ามอันเห็นว่าเป็นการผิดธรรมชาติจึงถือว่าเป็นเรื่องที่สวนทางกับระเบียบของธรรมชาติ

3. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

กฎหมายอิสลามมิได้มีการกำหนดความผิดนี้โดยตรงเหมือนดังเช่นกฎหมายไทย เนื่องจากการกระทำนี้ไม่ได้ถูกกล่าวไว้ในคัมภีร์อัลกุรอานเหมือนกรณีผิดประเวณี แต่นักวิชาการมีความเห็นว่าคุณลักษณะของการกระทำความผิดนี้ถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำความผิดประเวณี เพราะเป็นกรณีที่อยู่ระหว่างเพศชายเข้าไปในช่องคลอดของหญิงอันมีลักษณะของการมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลซึ่งมิใช่คู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายของตนเองอยู่แล้ว ผู้กระทำความผิดฐานนี้ย่อมต้องได้รับโทษ แต่อย่างไรก็ตามความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดที่มีลักษณะแตกต่างจากความผิดฐานผิดประเวณี กล่าวคือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำที่ฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์ด้วย แต่ถูกบังคับหรือใช้กำลังขู่ขู่ขู่จึงจำต้องยอมให้มีเพศสัมพันธ์ แต่การผิดประเวณีเป็นการมีเพศสัมพันธ์ที่ทั้งสองฝ่ายยินยอม ดังนั้นบทลงโทษจึงแตกต่างกัน คือ บุคคลที่จะต้องได้รับโทษจึงเฉพาะบุคคลซึ่งเจตนามีเพศสัมพันธ์เท่านั้น ส่วนฝ่ายที่ถูกข่มขืนใจให้ยินยอมจะไม่ถูกลงโทษใดๆ เนื่องจากการกระทำของบุคคลนั้นขาดเจตนากระทำความผิด

4.3.2 แนวความคิดความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายอิสลามก่อนกฎหมายสมัยใหม่

ความผิดทางเพศตามกฎหมายอิสลามในช่วงยุคก่อนกฎหมายสมัยใหม่เป็นช่วงที่กฎหมายอิสลามได้รับอิทธิพลแนวความคิดของตะวันตกเป็นอย่างมาก เนื่องจากหลายประเทศตกเป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส แต่อย่างไรก็ตามการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายอิสลามยังมีบทบัญญัติฐานความผิดเช่นเดียวกับช่วงยุคคลาสสิก กล่าวคือ การกระทำความผิดทางเพศตามกฎหมายอิสลาม แบ่งออกเป็น 3 ฐานความผิด ได้แก่ ความผิดฐานผิดประเวณี ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกัน และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แม้ว่าแนวคิดเกี่ยวกับฐาน

⁹ ยูซุฟ ก้อรฎอวี, *หะลาละและหะรอมในอิสลาม*, หน้า 220-221.

ความผิดไม่มีความเปลี่ยนแปลงไปก็ตาม แต่แนวความคิดของตะวันตกส่งอิทธิพลต่อรูปแบบการลงโทษตามกฎหมายอิสลามเป็นอย่างมาก

4.3.3 แนวความคิดความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายอิสลามในปัจจุบัน

กฎหมายอิสลามในยุคปัจจุบันนี้ได้บัญญัติความผิดเพิ่มเติมจากยุคก่อนกฎหมายสมัยใหม่และยุคปัจจุบัน กล่าวคือ ฐานความผิดตามกฎหมายอิสลามเดิมบัญญัติความผิด 3 ฐาน คือ ความผิดฐานผิดประเวณี ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกัน และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ส่วนความผิดที่เพิ่มมากขึ้นแต่เดิมนั้นจะถูกกำหนดแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศ เช่น ประเทศสาธารณรัฐอิสลามอิหร่าน ที่นอกจากจะกำหนดความผิดทั้ง 3 ฐานดังกล่าวแล้ว ยังได้กำหนดเพิ่มความผิดฐานการมีเพศสัมพันธ์กลุ่มไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศ ดังนั้นความผิดทางเพศตามกฎหมายอิสลามทุกประเทศจะต้องกำหนดความผิด 3 ฐานดังกล่าวไว้เป็นพื้นฐานในประมวลกฎหมายอาญา เนื่องจากการกระทำที่ผิดกับหลักการของศาสนาซึ่งประเทศอิสลามจะต้องนำไปเป็นกฎหมาย นอกจากนั้นก็อาจสามารถกำหนดความผิดฐานอื่นได้ หากประเทศตนเห็นว่าเป็นการกระทบต่อความสงบเรียบร้อย

4.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบแนวความคิดการกระทำความผิดทางเพศระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลาม

จากลักษณะแนวความคิดของกฎหมายทั้งสองระบบดังกล่าวข้างต้นสามารถแบ่งประเด็นในการพิจารณาและเปรียบเทียบดังต่อไปนี้

4.4.1 การแบ่งแยกฐานความผิด

4.4.1.1 ความผิดทางเพศตามกฎหมายไทยเดิม

- (1) ความผิดฐานผิดประเวณีหรือเป็นชู้
- (2) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา
- (3) ความผิดฐานกระทำอนาจาร
- (4) ความผิดฐานเสพเมถุนธรรมทางมุขธรรมและเวจมรรค
- (5) ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกัน (การเล่นเพื่อน)

4.4.1.2 ความผิดทางเพศตามกฎหมายไทยภายหลังปฏิรูป

- (1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา
- (2) ความผิดฐานกระทำอนาจาร
- (3) ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกัน

4.4.1.3 ความผิดทางเพศตามกฎหมายอิสลามเดิม

- (1) ความผิดฐานผิดประเวณี
- (2) ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกัน
- (3) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

4.4.1.4 ความผิดทางเพศตามกฎหมายอิสลามในปัจจุบัน

- (1) ความผิดฐานผิดประเวณี
- (2) ความผิดฐานมีความสัมพันธ์กับเพศเดียวกัน
- (3) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา
- (4) ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์เป็นกลุ่ม

4.4.2 แนวความคิดของความผิดทางเพศตามกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลาม

จากการศึกษาแนวความคิดในการกำหนดความผิดตามกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามนั้น จะพบว่าในบางฐานความผิดนั้นทั้งสองระบบมีแนวความคิดที่คล้ายกัน แต่แม้จะมีแนวความคิดที่คล้ายกันแต่ลักษณะความผิดอาจมีความแตกต่างกันได้ นอกจากนั้นยังส่งผลถึงการพัฒนาแนวความคิดอีกด้วย โดยได้วิเคราะห์เปรียบเทียบนี้

1. ความผิดฐานผิดประเวณี

โดยทั่วไปการกระทำความผิดทางเพศในฐานความผิดอื่นมีองค์ประกอบที่สำคัญของการกระทำความผิดทางอาญาคือการกระทำที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมหรือชื่นใจอีกฝ่ายหนึ่ง แต่กรณีการทำผิดประเวณีนี้แม้จะเกิดจากการยินยอมของทั้งสองฝ่ายแต่ก็ยังเป็นการกระทำความผิดทางอาญา เนื่องจากเป็นสิ่งที่สังคมในสมัยช่วงยุคกรุงศรีอยุธยาและกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นเห็นว่าเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมและชั่วร้ายมาก ฉะนั้นความยินยอมจึงไม่เป็นเหตุหนึ่งที่จะทำให้การกระทำดังกล่าวนั้นไม่จำเป็นต้องรับโทษทางอาญา

จากการศึกษาพบว่าความผิดฐานผิดประเวณีนั้นมีการบัญญัติทั้งในกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลาม โดยลักษณะการกระทำมีความคล้ายคลึงกัน คือ เป็นกรณีที่ชายและหญิงซึ่งมิใช่คู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายของตนมีความสัมพันธ์กัน แม้ลักษณะการกระทำผิดจะมีความคล้ายคลึงกัน แต่จะพบลักษณะความต่างเช่นกัน กล่าวคือความผิดฐานผิดประเวณีตามกฎหมายไทยได้บัญญัติไว้เป็นความผิดในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งกฎหมายนี้แม้จะลงโทษได้ทั้งชายและหญิงที่กระทำดังกล่าว แต่จะเป็นการกระทำความผิดประเวณีได้เฉพาะกรณีที่หญิงมีสามีแล้วไปกระทำชู้กับชายชู้ ดังนั้นหากชายใดไปมีความสัมพันธ์กับหญิง แต่หญิงดังกล่าวยังไม่มามีสามี ชายนั้นจะไม่จำต้องรับโทษฐานกระทำชู้ เพราะไม่เป็นการกระทำที่ไปกระทบต่ออำนาจของสามีที่มีอยู่เหนือตัวหญิง เว้นแต่กรณีที่ชายมาสู่ขอหญิง แม้จะยังไม่มามีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายก็ผิดฐานนี้ได้ ส่วนความผิดฐานผิดประเวณีตามกฎหมายอิสลามจะไม่จำกัดเฉพาะกรณีหญิงที่มีสามีแล้วเท่านั้น แต่เป็นกรณีที่หญิงที่ไม่มีสามีก็ได้ หากหญิงและชายคู่หนึ่งมิใช่คู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายของแต่ละฝ่าย ดังนั้นการไปมีเพศสัมพันธ์กับหญิงแม้ยังไม่มามีสามีก็ตาม ชายนั้นก็จะทำผิดประเวณีได้เช่นกันโดยมิได้คำนึงว่าหญิงที่ชายผู้นั้นไปมีความสัมพันธ์อยู่ระหว่างการสมรสหรือไม่ กรณีตามกฎหมายอิสลามจะพิจารณาเพียงแค่ว่าเป็นการมีความสัมพันธ์ระหว่างที่มีชู้กับคู่สมรสของบุคคลนั้นๆ ก็ย่อมถือว่าบุคคลนั้นกระทำความผิดทางอาญาแล้วฐานผิดประเวณีแล้ว

เหตุความแตกต่างเนื่องมาจากการได้รับอิทธิพลทางความคิด โดยแม้ว่าทั้งสองระบบกฎหมายนี้จะได้รับอิทธิพลจากศาสนาเช่นเดียวกันก็ตามและเห็นว่าเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรม แต่ก็ได้รับอิทธิพลจากศาสนาที่แตกต่างกัน กล่าวคือกฎหมายไทยจะได้รับอิทธิพลจากศาสนาพุทธและศาสนาพราหมณ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาสนาพราหมณ์ซึ่งประเทศไทยได้รับอิทธิพลจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ และเนื่องจากศาสนาพราหมณ์ที่ได้มีแนวคิดยกย่องสถานะชายสูงกว่าหญิง การที่หญิงได้กระทำความผิดประเวณีจึงเป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่ออำนาจการปกครองของชายและเพื่อเป็นการคุ้มครองอำนาจชายต่อตัวหญิง ในขณะที่กฎหมายอิสลามได้รับอิทธิพลจากศาสนาอิสลาม ซึ่งมีได้บัญญัติขึ้นเพราะจะให้ความคุ้มครองต่ออำนาจการปกครอง แต่เพื่อคุ้มครองศาสนาและสถาบันครอบครัว โดยกำหนดให้ประชาชนกระทำตามที่ศาสนากำหนด เพราะเชื่อว่าสิ่งที่ศาสนากำหนดหรือบัญญัติไว้นั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องสมควรแล้วและเป็นสิ่งที่จะต้องทำตามในการดำเนินชีวิต ฉะนั้นความผิดฐานผิดประเวณีจึงถูกบัญญัติเป็นข้อห้ามในศาสนา ประชาชนจึงไม่สามารถกระทำได้

2. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

แนวความคิดเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะพบว่ามิปรากฏทั้งในกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลาม โดยลักษณะที่เหมือนกันโดยเฉพาะกฎหมายในช่วงก่อนการปฏิรูปกฎหมายไทย

กำหนด ผู้กระทำความผิดจะเป็นชายและผู้ถูกกระทำจะต้องเป็นหญิงเท่านั้น โดยถูกบังคับหรือถูกขืนใจอีกฝ่ายให้ยอมมีเพศสัมพันธ์กับตนซึ่งมิใช่สามีที่ถูกต้องตามกฎหมายของชายและต้องเป็นกรณีที่อวัยวะเพศชายล่งล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง นอกจากนี้ในอดีตสามีไม่สามารถกระทำความผิดข่มขืนภรรยาของตนได้ แต่ภายหลังจากประเทศไทยได้มีการปฏิรูปกฎหมาย ทำให้ลักษณะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่มีความแตกต่างจากกฎหมายอิสลาม โดยสามารถวิเคราะห์และเปรียบเทียบได้ 2 ประเด็น ดังนี้

ก. แนวความคิดเกี่ยวกับผู้กระทำความผิด

แนวความคิดเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดตามกฎหมายไทยแต่เดิมกำหนดให้ผู้กระทำความผิดเป็นชายเท่านั้น เนื่องมาจากแนวความคิดว่าลักษณะทางกายภาพของหญิงไม่สามารถเป็นผู้กระทำชำเราได้ กฎหมายจึงใช้คำว่า “ชายใด” แต่ต่อมาแนวความคิดได้เปลี่ยนแปลงไป เพราะแนวความคิดว่าลักษณะทางกายภาพของหญิงก็สามารถเป็นผู้กระทำความผิดได้เช่นกัน กฎหมายไทยจึงเปลี่ยนเป็น “ผู้ใด” แทน และเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติจาก “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาตน” แสดงให้เห็นว่าการที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้ทำให้ไม่ว่าชายหรือหญิงก็สามารถเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้ แต่อย่างไรก็ตามการกระทำความผิดทางเพศตามกฎหมายก่อนปี พ.ศ. 2550 หากเป็นการกระทำระหว่างสามีและภรรยา สามียังคงจะไม่ถือว่าเป็นผู้กระทำความผิด เนื่องจากการสมรสนั้นถือว่าเป็นการให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์แล้ว จนกระทั่งได้มีการแก้ไขกฎหมายอาญาเมื่อปี พ.ศ. 2550 จึงมีการเปลี่ยนแปลงให้สามีสามารถเป็นผู้กระทำความผิดและจำต้องได้รับโทษตามฐานความผิดนี้ได้หากได้กระทำไปโดยปราศจากความยินยอมของภรรยา ส่วนแนวความคิดเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดตามกฎหมายอิสลามอาจสามารถเป็นได้ทั้งหญิงหรือชาย แต่เงื่อนไขที่สำคัญคือจะต้องมีเงื่อนไขว่าอวัยวะเพศชายล่งล้ำเข้าไปในช่องคลอดของหญิงที่มีใช้คู่สมรสโดยชอบของบุคคลนั้นและจากเงื่อนไขดังกล่าวนี้กฎหมายอิสลามจะต้องเป็นมิใช่คู่สมรสโดยชอบของตนเอง จึงไม่ได้มีการกำหนดความผิดชัดเจนในกรณีสามีเป็นผู้กระทำต่อภรรยา

ข. แนวความคิดเกี่ยวกับผู้ถูกกระทำ

กฎหมายไทยแต่เดิมจะมุ่งคุ้มครองเด็กหญิงและหญิง เพราะกฎหมายไทยเดิมต้องการที่จะคุ้มครองอำนาจการปกครองของสามีหรือบิดามารดาต่อตัวหญิง แต่ต่อมาเมื่อสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงและทำให้บทบาทของหญิงรวมถึงสิทธิของหญิงมีมากขึ้น ไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้อำนาจของสามีหรือบิดาและมารดาอีก คุณธรรมจึงมีการเปลี่ยนแปลงไป โดยเปลี่ยนจาก “อำนาจการปกครอง” เป็น “เสรีภาพในทางเพศ” เพื่อให้สิทธิของหญิงสามารถกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตัวเอง

แนวความคิดได้เปลี่ยนแปลงไปจนในปัจจุบันกฎหมายไม่จำกัดคุ้มครองเฉพาะเด็กหญิงและหญิงอีกต่อไป แต่รวมถึงผู้ถูกระงับเป็นเด็กชายและชายด้วยเพื่อให้สอดคล้องกับหลักสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง จึงเห็นควรแก้ไขให้ไม่จำกัดผู้ถูกระงับเป็นเฉพาะหญิงเหมือนดังกฎหมายเดิม ส่วนกฎหมายอิสลามแม้ว่าผู้ถูกระงับความผิดอาจจะเป็นได้ทั้งชายและหญิง อย่างไรก็ตามความผิดฐานนี้จะมีเงื่อนไขเช่นเดียวกับความผิดฐานผิดประเวณีจึงเป็นจำกัดเฉพาะกรณีเป็นการกระทำความผิดระหว่างชายและหญิงเท่านั้นซึ่งจะแตกต่างจากกฎหมายไทย

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายไทยเดิมจะพบว่าบัญญัติขึ้นเพื่อมุ่งปกป้องคุ้มครองอำนาจของชายที่มีอยู่เหนือตัวหญิงไม่ให้มีบุคคลอื่นมาละเมิดสิทธิดังกล่าวได้ แต่เมื่อสังคมเปลี่ยนแปลงไป สังคมไม่ได้มองว่าชายเป็นเจ้าของหญิงอีกต่อไป ดังนั้นกฎหมายจึงบัญญัติความผิดฐานนี้เพื่อคุ้มครองตัวหญิงผู้ถูกระงับและพัฒนาเป็นกฎหมายที่คุ้มครองบุคคลไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิงก็ตาม ในระหว่างที่กฎหมายอิสลามมิได้ถูกบัญญัติชัดเจนเหมือนดังเช่นกฎหมายไทย แต่เนื่องจากการกระทำดังกล่าวมีลักษณะเหมือนกับการกระทำความผิดประเวณีซึ่งกฎหมายอิสลามเห็นว่าเป็นความผิดฐานหนึ่งของกฎหมายอาญาและปัจจุบันจะพบว่าประเทศซึ่งใช้กฎหมายอิสลามจะกำหนดความผิดฐานนี้เป็นความผิดอาญาฐานหนึ่ง

จากแนวความคิดดังกล่าวจึงส่งผลให้ลักษณะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอิสลามแตกต่างจากกฎหมายไทยอีกประการหนึ่งคือผู้กระทำความผิดและผู้ถูกระงับความผิด กล่าวคือความผิดฐานนี้ยังคงบัญญัติให้เป็นกรณีระหว่างชายกับหญิงอยู่ เหตุผลเนื่องมาจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่แท้จริงแล้วมิได้บัญญัติชัดเจนในคัมภีร์อัลกุรอานเหมือนดังเช่นฐานผิดประเวณีหรือฐานมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกัน นักนิติศาสตร์อิสลามส่วนใหญ่จึงได้ตีความว่าเป็นความผิดที่มีลักษณะเดียวกับความผิดฐานผิดประเวณี ดังนั้นองค์ประกอบในการกระทำความผิดที่สำคัญจึงจะต้องเป็นกรณีที่อยู่ภาวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในภาวะเพศหญิง และส่งผลให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอิสลามมีลักษณะความผิดที่แคบกว่ากฎหมายไทยเพราะกฎหมายไทยบัญญัติให้รวมถึงกรณีที่อยู่ภาวะเพศของผู้กระทำกระทำกับภาวะเพศของผู้อื่นหรือกระทำกับทวารหนักของผู้อื่นหรือกับช่องปากของผู้อื่นหรือเป็นกรณีใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับภาวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

3. ความผิดฐานกระทำอนาจาร

ความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายไทยถูกบัญญัติไว้ตั้งแต่กฎหมายพระอัยการลักษณะผิดเมียเช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเพียงแต่เดิมยังมิได้ใช้คำว่ากระทำอนาจาร แต่ใช้คำว่าข่มขืนยังมีถึงชำเรา ส่วนเหตุที่กฎหมายไทยแต่เดิมมีการบัญญัติความผิด

ฐานนี้ เนื่องมาจากตามขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมของไทยนั้นการล่วงละเมิดเนื้อตัวร่างกายของฝ่ายหญิงนั้นถือเป็นความผิดอย่างร้ายแรงเพราะตามประเพณีของไทยนั้นแม้เพียงจับต้องเนื้อตัวกันก็ถือเป็นที่ยเสียหายแก่สตรีแล้ว และถ้าถึงขนาดขูดมือถือแขนหรือลักลอบพุดจากกับภรรยาผู้อื่น กฎหมายลักษณะผัวเมียถือว่ามีความผิดฐาน “ผิดภรรยาท่าน” ต้องโทษปรับ¹⁰ แต่กฎหมายไทยตั้งแต่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เป็นต้นมาก็ได้รับอิทธิพลแนวความคิดนี้มาโดยตลอด โดยจะพบว่าการกำหนดความผิดฐานนี้ก็เพื่อที่จะลงโทษความผิดบางประการที่อาจยังไม่ถึงขั้นลงโทษฐานกระทำชำเราได้ แต่ยังเห็นว่าการกระทำเหล่านั้นเป็นการกระทำที่ไม่สมควร จึงจำต้องลงโทษผู้กระทำ

ส่วนความผิดฐานนี้ตามกฎหมายอิสลามนั้นจะมีได้มีการบัญญัติหรือกำหนดให้เป็นความผิดในทางกฎหมายชัดเจนเหมือนดังเช่นกฎหมายไทย เพราะกฎหมายอิสลามมุ่งเน้นการกระทำ ความผิดทางเพศจะเป็นกรณีที่มีลักษณะที่อวัยวะเพศชายล่วงล้ำไปยังช่องคลอดหญิงซึ่งการกระทำอนาจารไม่มีลักษณะดังกล่าวจึงยังไม่ถูกบัญญัติไว้เหมือนดังเช่นความผิดฐานผิดประเวณี โดยถือว่าเป็นเพียงบาปอย่างหนึ่งเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามผู้กระทำความผิดก็สามารถได้รับโทษทางอาญาได้เช่นกัน แต่รูปแบบการลงโทษมีลักษณะแตกต่างจากกรณีความผิดฐานอื่น โดยความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นจะลงโทษไปตามดุลยพินิจของผู้พิพากษาแทนเพราะมิได้บัญญัติเป็นความผิดในคัมภีร์อัลกุรอานจึงมิได้มีการกำหนดโทษชัดเจน

4. ความผิดฐานมีความสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกัน

ความผิดลักษณะดังกล่าวปรากฏเป็นความผิดทั้งกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลาม โดยกฎหมายไทยเคยถูกบัญญัติไว้ในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ได้แก่วความผิดฐานการกระทำชำเราทางเวจมรรคหรือทางทวารหนัก¹¹ ซึ่งเป็นการร่วมประเวณีทางทวารหนัก โดยจากการที่กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” จึงอาจเป็นกรณีระหว่างชายกับชายหรือหญิงกับหญิงก็ได้ และกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ฐานความผิดธรรมดาตามนุษย์ ซึ่งพบว่าทั้งในกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามต่างกำหนดห้ามการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกัน ทั้งระหว่างชายกับชายหรือระหว่างหญิงกับหญิง เพราะเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีงามทั้งต่อศาสนาพุทธและศาสนาอิสลาม เพราะเป็นการกระทำที่ผู้กระทำได้กระทำโดยอูตรี จึงบัญญัติขึ้นเพื่อให้บุคคลในสังคมสามารถดำเนินชีวิตในหนทางที่ชอบธรรม อย่างไรก็ตามปัจจุบันความผิดดังกล่าวตามกฎหมายไทยถูกยกเลิกเนื่องจากเห็นว่าเป็นเรื่องส่วนบุคคล จึงไม่เป็นความผิดอีกต่อไป แต่ยังคงพบว่าความผิดฐานนี้

¹⁰ พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์, กฎหมายลักษณะผัวเมีย (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์กองทัพอากาศ, ร.ศ. 120), หน้า 294.

¹¹ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี รัตนโกสินทร์ศก 118 มาตรา 5

ยังกำหนดเป็นความผิดตามกฎหมายอิสลามอยู่ในปัจจุบัน เนื่องจากกฎหมายอิสลามยังคงมองว่าการกระทำดังกล่าวนี้เป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรง เพราะเป็นการกระทำที่เป็นการสวนทางกับธรรมชาติ ทั้งยังเป็นสาเหตุที่นำไปสู่การสูญเสียพันธุ์ของมนุษย์

แม้ว่าปัจจุบันหลายประเทศทั่วโลกต่างพยายามให้สิทธิสำหรับการมีความสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันมากขึ้นด้วยการให้สิทธิของคู่รักร่วมเพศมีสิทธิเท่าเทียมกับคู่รักชายและหญิง (LGBT Right) เพราะเห็นว่าเป็นสิทธิพื้นฐานสำหรับสิทธิมนุษยชน จึงไม่ควรเลือกปฏิบัติให้แตกต่างจากการมีความสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิงกรณีทั่วไปก็ตาม¹² แต่ในกลุ่มประเทศอิสลามหรือ The OIC (Organization of Islamic Cooperation) ยังคงไม่ยอมรับมติที่ประชุมของการให้สิทธิดังกล่าวแก่กลุ่มรักร่วมเพศ โดยเมื่อปี 2004 ได้ให้เหตุผลถึงการไม่ยอมรับสิทธิดังกล่าวว่าสิทธิในการรักร่วมเพศนั้นมิได้เป็นเรื่องพื้นฐานสิทธิมนุษยชน¹³ และในปี 2012 ในการประชุม Human Right Council ยังคงยืนยันถึงการไม่ยอมรับสิทธิของการรักร่วมเพศเช่นเดิม โดย Mr. Zamir Akram (ผู้ประสานงานเกี่ยวข้องกับงานด้านสิทธิมนุษยชนของ The OIC) ได้แสดงถึงความกังวลที่มีต่อการที่จะผลักดันให้กลุ่ม The OIC ยอมรับสิทธิของการรักร่วมเพศเพราะอาจจะเป็นการสร้างความขัดแย้งในด้านความคิดและพื้นฐานเรื่องความหมายของสิทธิมนุษยชนที่แตกต่างกันตามปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งมิได้กำหนดนิยามไว้ชัดเจน¹⁴ ดังนั้นปัจจุบันในกฎหมายของประเทศที่บังคับใช้กฎหมายอิสลามจึงพบว่าความผิดฐานดังกล่าวนี้ยังคงบัญญัติเป็นความผิดอาญาอยู่ในปัจจุบัน เพราะต้องการที่จะคุ้มครองศีลธรรมอันดีงาม แม้ว่าประเทศไทยได้รับอิทธิพลแนวความคิดจากตะวันตก ปัจจุบันประเทศไทยยังคงมิได้ให้สิทธิกับบุคคลเพศเดียวกันในการมีความสัมพันธ์เหมือนดังเช่นตะวันตกมากนักก็ตาม แต่ก็มีได้มองว่าเป็นการกระทำความผิดทางอาญาอีกต่อไป

4.4.3 คุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองตามกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลาม

หน้าที่ของกฎหมายอาญาที่สำคัญประการหนึ่งก็คือ “การคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย” คือ การที่กฎหมายอาญากระดัดของสมบัติ (Gut) เฉพาะอย่างขึ้นเป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย”

¹² Javid Rehman and Eleni Polymenopoulou, "It Green a Part of the Rainbow? Sharia, Homosexuality, and Lgbt Right in the Muslim World" *"Fordham International Law Journal"* 37, 1 (2013): 2.

¹³ Ibid, p.40

¹⁴ Ibid, p.42

(Rechtsgut) กล่าวคือว่าในปทัสถาน (Norm) ทั้งหลายนั้นมีสมบัติบางอย่างแฝงอยู่เบื้องหลัง¹⁵ และการบัญญัติความผิดอาญาฐานต่างๆ นั้น มีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นพื้นฐานในทางความคิด แม้ผู้บัญญัติจะมีได้กำหนดคุณธรรมทางกฎหมายเป็นพื้นฐานในทางความกฎหมายก่อนการบัญญัติความผิดทางอาญาก็ตาม¹⁶ ซึ่งจากแนวความคิดดังกล่าวจึงได้วิเคราะห์ถึงคุณธรรมหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองได้ดังนี้

4.4.3.1 คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดทางเพศตามกฎหมายไทย

ก. ก่อนการปฏิรูปกฎหมาย

(1) อำนาจการปกครองของชายที่มีอยู่เหนือตัวหญิง

ความผิดทางเพศตามกฎหมายไทยตามพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนในกฎหมายตราสามดวงจะพบว่าไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานผิดประเวณีหรือข่มขืนกระทำชำเรา (ข่มขืนถึงชำเรา) หรือแม้กระทั่งฐานกระทำอนาจาร (ข่มขืนยังมีถึงชำเรา) ต่างบัญญัติขึ้นเพื่อปกป้องอำนาจการปกครองของชายทั้งสิ้น เช่น การข่มขืนกระทำชำเราถือเป็นการทำให้หญิงซึ่งเป็นทรัพย์ของชายนั้นเสื่อมค่าลง หรือบทบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมควรทางเพศที่เป็นการไม่ให้เกียรติชายผู้เป็นสามีหรือผู้ปกครองของหญิง¹⁷ และสิ่งที่สะท้อนถึงสิ่งที่กฎหมายคุ้มครองเป็นอำนาจการปกครองของชายนั้นก็คือรูปแบบการลงโทษที่กำหนดให้ปรับซึ่งเป็นการลงโทษทางแพ่งฐานละเมิดโดยการละเมิดก็คือละเมิดอำนาจของชาย อย่างไรก็ตามคุณธรรมนี้ได้พัฒนาเปลี่ยนแปลงไปจนปัจจุบันความผิดทางเพศมิได้มุ่งคุ้มครองเรื่องอำนาจการปกครองอีกต่อไป

(2) ศาสนาและศีลธรรมอันดีงาม

ความผิดทางเพศก่อนการปฏิรูปกฎหมายจะมีความใกล้ชิดกับศาสนาเป็นอย่างมาก ดังนั้นกฎหมายจึงมุ่งคุ้มครองอำนาจของชายที่มีอยู่เหนือตัวหญิง อย่างไรก็ตามจะพบว่าความผิดทางเพศในช่วงยุคนี้ได้มุ่งคุ้มครองเรื่องศาสนาและศีลธรรมเช่นกัน โดยจะปรากฏเห็นได้จากเหตุที่บัญญัติฐานความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชกำหนดใหม่ซึ่งเหตุของการบัญญัติเนื่องมาจาก

¹⁵ คณิต วน นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*, หน้า 89.

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 91.

¹⁷ ศิวดี เกิดเจริญ, "ผลกระทบจากการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550," หน้า 50.

การข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลข้อสามทางพุทธศาสนา หรือความผิดฐานเสพเมถุน ธรรมทางมุกขมรรคและเวจมรรคก็ได้บัญญัติความผิดขึ้นเนื่องมาจากเป็นการกระทำที่ผิดศีลแปด

นอกจากนี้ความผิดเกี่ยวกับเพศในช่วงยุคก่อนการปฏิรูปกฎหมายยังมุ่งคุ้มครองศีลธรรมที่ดี อีกด้วย เช่น กรณีกระทำอนาจารที่มองว่าการเป็นล່วงละเมิดเนื้อตัวร่างกายของฝ่ายหญิงนั้นอันถือเป็นความผิดอย่างร้ายแรงเพราะตามประเพณีของไทยนั้นแม้เพียงจับต้องเนื้อตัวกันก็ถือเป็นสิ่งที่เสียหาย แก่สตรีจึงเป็นเรื่องที่ผิดศีลธรรมอันดีงามของสังคมในยุคนั้น หรือกรณีความผิดฐานผิดประเวณีได้ บัญญัติขึ้นเนื่องมาจากเห็นว่าการที่หญิงไปมีชายอื่นนอกจากสามีของตนถือเป็นการกระทำที่ผิด ศีลธรรมตามความคิดของคนในยุคนั้นๆ เอง

แม้ว่าต่อมาประเทศไทยประเทศไทยได้ปฏิรูปกฎหมายและส่งผลให้กฎหมายไทยแยกออก จากศาสนา อย่างไรก็ตามก็จะพบว่าความผิดทางเพศนี้ยังคงเกี่ยวข้องกับแนวความคิดทางศาสนาอยู่

ข. ภายหลังการปฏิรูปกฎหมาย

(1) เสรีภาพการมีเพศสัมพันธ์ของบุคคล

ด้วยอิทธิพลของแนวความคิดในเรื่องความเสมอภาคของชายและหญิงส่งผลให้สังคมเกิดความเปลี่ยนแปลงในหลายๆ ด้าน ไม่ว่าจะเป็นมุมมองที่มีต่อหญิงหรือบทบาทหน้าที่ของหญิงในสังคม เริ่มมีความสำคัญมากขึ้นหรือผลกระทบที่มีต่อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยวัตถุประสงค์ของความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเราเริ่มมีการเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่เป็นการปกป้องศักดิ์ศรีและเกียรติยศของหญิง ในเนื้อตัวร่างกายมากขึ้น¹⁸ จากการที่กฎหมายเปลี่ยนเป็นการใช้คำว่าหญิง แทนคำว่าภรรยาท่านหรือ ลูกสาวหรือหลานสาวท่าน ทั้งองค์ประกอบที่สำคัญของความผิดเรื่องความผิดทางเพศที่สำคัญได้แก่ เรื่องความยินยอม หากผู้ถูกกระทำไม่ให้ความยินยอมแล้วผู้กระทำความผิดต้องรับผิดทางอาญา และจะ เห็นได้จากประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบันที่แม้จะเป็นกรณีระหว่างสามีภรรยา หากภรรยาไม่ยินยอม ที่จะมีเพศสัมพันธ์ด้วย สามีก็มีความผิดได้เช่นกันซึ่งแตกต่างจากกฎหมายไทยเดิม

(2) สิทธิมนุษยชน

ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 มีปรากฏ เหตุผลในการแก้ไขไว้ว่า “บทบัญญัติในมาตรา 276 และมาตรา 277 และมาตรา 286 แห่งประมวล กฎหมายอาญานั้นเป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างในเรื่องเพศ จึงสมควรแก้ไขให้

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 19.

สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิงและหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ” ฉะนั้นจึงเห็นว่าความผิดทางเพศตามกฎหมายไทยในปัจจุบันได้มุ่งคุ้มครองถึงความเสมอภาคตามหลักการสิทธิมนุษยชนด้วย

4.4.3.2 คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดทางเพศตามกฎหมายอิสลาม

ความผิดทางเพศตามกฎหมายอิสลามนั้นแม้ว่าจะมีการกำหนดความผิดไว้มายาวนาน และแม้ว่าจะมีช่วงที่ได้รับอิทธิพลแนวความคิดทางประเทศตะวันตกด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตามจะพบว่าฐานความผิด แนวความคิดและคุณธรรมทางกฎหมายตามกฎหมายปัจจุบันยังคงไม่มีความแตกต่างจากเดิมมากนัก ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดทางเพศตามกฎหมายอิสลามมุ่งที่จะคุ้มครองดังนี้

(1) ศาสนาและศีลธรรมอันดีงาม

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่ากฎหมายอิสลามเป็นระบบกฎหมายมีที่มาจากหลักการทางศาสนา กล่าวคือนำเอาหลักการศาสนามาบัญญัติเป็นกฎหมายโดยเฉพาะสิ่งที่ถูกห้ามไว้ในคัมภีร์อัลกุรอาน สาเหตุเนื่องมาจากเชื่อว่าสิ่งที่ถูกบัญญัติในคัมภีร์อัลกุรอานซึ่งประทานมาจากพระเจ้านั้นเป็นสิ่งที่จะนำพามนุษย์ไปสู่การดำเนินชีวิตในทางที่ถูกต้อง ซึ่งจะส่งผลทำให้สังคมเกิดความสงบสุขและนอกจากนั้นจากแนวความคิดที่ว่ารัฐจะต้องมีหน้าที่ให้ประชาชนดำเนินชีวิตไปในทางที่ถูกตามศาสนาด้วย จึงเห็นได้ว่าระบบกฎหมายอิสลามจึงได้นำเอาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางเพศที่ปรากฏในคัมภีร์อัลกุรอานมาบัญญัติเป็นความผิดในกฎหมายบ้านเมืองด้วย ซึ่งหากผู้กระทำความผิดได้กระทำผิดฐานดังกล่าวนอกจากจะเป็นการผิดกฎหมายบ้านเมืองแล้วนั้นยังคงเป็นการกระทำความผิดต่อศาสนาอย่างร้ายแรงด้วย

(2) สิทธิของพระเจ้า

สิทธิของพระเจ้าเป็นสิ่งที่มนุษย์มีหน้าที่จะต้องปฏิบัติให้ครบถ้วนสมบูรณ์ โดยมีสี่ประการ ได้แก่ สิทธิประการแรก มนุษย์จะต้องมีศรัทธาในพระเจ้าเท่านั้น และจะต้องไม่เอาสิ่งหนึ่งสิ่งใดมาเป็นภาคีกับพระองค์ สิทธิประการที่สอง จะต้องยอมรับและปฏิบัติตามทางนำหรือบทบัญญัติของพระองค์ และจะต้องแสวงหาความโปรดปรานจากพระองค์ทั้งความคิดและจิตวิญญาณ รวมถึงการศรัทธาในคำสั่งสอนของท่านนบีมุฮัมมัดฯ สิทธิประการที่สาม จะต้องเชื่อฟังพระองค์อย่างซื่อสัตย์ โดยการปฏิบัติตามกฎหมายที่มีอยู่ในคัมภีร์อัลกุรอานและคำสั่งสอนของท่านนบีมุฮัมมัดฯ และสิทธิประการสุดท้าย จะต้องเคารพภักดีพระองค์ ดังนั้นเมื่อพระเจ้าได้กำหนดความผิดทางเพศเอาไว้ในคัมภีร์อัลกุรอานที่

ประธานลงมาแล้วจึงยอมเป็นหน้าที่ของมนุษย์ที่นับถือศาสนาอิสลามจะต้องห่างไกลจากการกระทำดังกล่าว หากได้กระทำลงไปยอมเป็นการกระทำที่กระทำต่อสิทธิของพระเจ้า กฎหมายจึงได้กำหนดขึ้นเพื่อไม่ให้ประชาชนของตนกระทำความผิดดังกล่าวอันมีผลต่อสิทธิของพระเจ้า

(3) สถาบันครอบครัว

สถาบันครอบครัวเป็นสิ่งที่ถูกกำหนดไว้ว่าเป็นวัตถุประสงค์ประการหนึ่งที่กฎหมายอิสลามมีหน้าที่ที่จะต้องปกป้องคุ้มครอง และเนื่องจากการกระทำความผิดทางเพศเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบโดยตรงต่อสถาบันศาสนา เช่น การผิดประเวณีหรือการข่มขืนกระทำชำเรา อาจเป็นเหตุให้นำไปสู่ความขัดแย้งในครอบครัวและอาจเกิดบุตรนอกสมรส เป็นต้น ส่วนความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกันก็อาจเป็นสาเหตุทำให้มนุษย์สูญพันธุ์ได้ ดังนั้นกฎหมายอิสลามจึงต้องบัญญัติเพื่อคุ้มครองสถาบันครอบครัวเพื่อสังคมจะได้เกิดความสงบสุข

จากการวิเคราะห์ดังกล่าวจะพบว่ากฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามมีแนวความคิดที่คล้ายกันและแตกต่างกัน ซึ่งสาเหตุประการหนึ่งที่ทำให้เกิดความแตกต่างได้แก่คุณธรรมที่ระบบกฎหมายแต่ละระบบมุ่งที่จะปกป้องคุ้มครอง และจากการเปรียบเทียบคุณธรรมของกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามสะท้อนให้เห็นได้ว่ากฎหมายอาญานั้นนอกจากที่จะมุ่งคุ้มครองผู้ถูกระทำแล้วก็อาจสามารถใช้เกณฑ์อื่นๆ เพื่อกำหนดฐานความผิดได้เช่นกัน ได้แก่ การใช้เกณฑ์ทางศีลธรรม กล่าวคือ การจะกำหนดว่าพฤติกรรมใดควรเป็นความผิดทางอาญาจะใช้มาตรวัดทางศีลธรรมโดยที่การใดเป็นการผิดศีลธรรม การนั้นคือการกระทำที่ผิดกฎหมายอาญาและจะถูกลงโทษ¹⁹ เช่น ความผิดฐานการกระทำชำเราทางเวจมรรคหรือทางทวารหนักในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 หรือ ฐานความผิดธรรมตามนุษย์ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เป็นต้น หรืออาจใช้เกณฑ์ทางสังคม กล่าวคือ การกระทำความผิดคือการกระทำที่กระทบกระเทือนสังคม ซึ่งการพิจารณาว่าอะไรคืออาชญากรรมก็มองจากการกระทำที่ทำให้สังคมเสียหาย²⁰ เช่น ความผิดฐานผิดประเวณี เป็นต้น และนอกจากจะมุ่งคุ้มครองผู้ถูกระทำ ศีลธรรมและสังคมแล้ว กฎหมายอาญายังได้พัฒนาเป็นการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ซึ่งเห็นได้ชัดจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายไทยซึ่งได้พัฒนาเปลี่ยนแปลงโดยจากเดิมหญิงเป็นผู้ถูกระทำเท่านั้นกลายเป็นชายก็สามารถเป็นผู้ถูกระทำได้เช่นกัน โดยที่กฎหมายมีความมุ่งหมายให้เกิดความเท่าเทียมกัน

¹⁹ ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, หน้า 19.

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 21.

4.4.4 ความยินยอม

ความยินยอมเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษทางอาญา แม้ไม่มีบัญญัติชัดเจนในประมวลกฎหมายอาญาก็ตาม แต่จะสามารถค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายบัญญัติหลักเรื่องนี้ได้ในบทบัญญัติของกฎหมายเรื่องต่างๆ โดยหลักความยินยอมที่จะมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษนั้น มีลักษณะดังต่อไปนี้²¹

1. ความยินยอมด้วยใจบริสุทธิ์ กล่าวคือ ไม่ได้ถูกหลอกลวงจากบุคคลอื่นจนได้ให้ความยินยอมหรือไม่ได้สำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่ตนควรจะรู้
2. ความยินยอมมีอยู่จนกระทั่งเกิดการกระทำความผิด หากผู้ถูกกระทำความผิดบอกเลิกความยินยอมเสียก่อนเวลาที่จะเกิดการกระทำความผิดและผู้กระทำยังคงขึ้นกระทำต่อไป ก็ไม่เป็นเหตุยกเว้นความผิดแต่อย่างใด
3. ความยินยอมนั้นต้องไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี หมายความว่าความยินยอมของผู้กระทำความผิดจะต้องไม่ขัดต่อความรู้สึกของประชาชนทั่วไป

ส่วนวิธีการให้ความยินยอมนั้นสามารถทำได้ทั้งโดยชัดแจ้งและโดยปริยาย ซึ่งการให้ความยินยอมเป็นการให้โดยชัดแจ้ง เช่น การบอกกล่าวด้วยวาจา หรือเป็นลายลักษณ์อักษร หรืออาจเป็นการให้การยินยอมโดยปริยายก็ได้ หากพิจารณาแล้วอาจคล้ายกับจารีตประเพณี²²

ความยินยอมของผู้เสียหายเกี่ยวข้องโดยตรงกับการสละ “คุณธรรมทางกฎหมาย” ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายมี 2 ประเภท คือ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Univeralrechtsgut) และ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) คือ²³

(1) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Univeralrechtsgut) เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยต่างๆ กฎหมายคุ้มครองแรงงานหรือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต่อหน้าธารกำนัล ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 281 เป็นต้น ผู้ที่เป็นเจ้าของคุณธรรมข้อนี้จะสละไม่ได้ เพราะกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มุ่งให้เกิดความสงบแก่ส่วนรวมและมุ่งให้เกิดความยุติธรรมในสังคมเป็นสำคัญ

²¹ โอฟาร กุลวิจิตร และอมรพจน์ กุลวิจิตร, เหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ เหตุลดโทษ เหตุรอการลงโทษและการกำหนดโทษ (กรุงเทพฯ: ปณรัชช, 2552), หน้า 76-77.

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 79.

²³ ธีรธรรม ดวงกางใต้, "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา : ศึกษาขอบเขตของการให้ความยินยอมโดยผู้เสียหาย" (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2558), หน้า 28-29.

(2) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนตัว (Individual Rechtsgut) ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกาย เป็นต้น ผู้ที่เป็นเจ้าของคุณธรรมข้อนี้ อาจจะยอมให้ผู้อื่นละเมิดได้ แต่ต้องดูว่ากฎหมายมุ่งคุ้มครองเอกชนโดยส่วนตัวอย่างแท้จริงหรือไม่ เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคแรก ถ้ากฎหมายมิได้มุ่งคุ้มครองเพียงบุคคล แต่หากกฎหมายมองและมุ่งคุ้มครองสังคมส่วนรวมด้วยเช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำต่อหน้าธารกำนัล หรือการทำให้ผู้ถูกระงับรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายตามมาตรา 281 ความยินยอมของผู้เสียหายก็ไม่อาจจะลบล้างความผิดของผู้กระทำได้

การสละคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นบุคคลเท่านั้น เอกชนจะไปสละคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นเรื่องส่วนรวมไม่ได้ เหตุเพราะเป็นเรื่องอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวม คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม บุคคลย่อมไม่มีอำนาจสละได้ เพราะบุคคลไม่ใช่เจ้าของคุณธรรมทางกฎหมายประเภทนี้²⁴

เมื่อพิจารณาความผิดทางเพศและความยินยอมตามกฎหมายไทยสามารถเห็นได้จากบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น ในพระราชกำหนดใหม่ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายบทของการวางหลักการเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราว่า “ข้อ 1 การห้ามข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นที่มีโชบุตรภรรยาของตน เว้นแต่หญิงนั้นจะยินยอมสมัครใจ” หรือประมวลกฎหมายอาญาก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 มาตรา 276 วางหลักว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เชือดด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดคิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษ....” และในประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันก็ได้บัญญัติลักษณะเช่นเดียวกันนี้ซึ่งจากลักษณะการกระทำอันได้แก่การขู่เชือด การใช้กำลังประทุษร้ายเหล่านี้เป็นการแสดงให้เห็นว่าจะเป็นการข่มขืนได้ จะต้องเป็นกรณีที่หญิงนั้นไม่ยินยอม ฉะนั้นความยินยอมในการกระทำความผิดทางเพศจึงแบ่งออกเป็น 2 ส่วน²⁵ ได้แก่

1. การกระทำที่ผู้เสียหายยินยอมก็ยังคงเป็นความผิดอยู่ ได้แก่ มาตรา 277 และ 279 ความผิดประเภทนี้ผู้กระทำจะยินยอมหรือไม่ยินยอมไม่มีผลลบล้างความผิดแต่ประการใด

²⁴ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 78-79.

²⁵ ชาตรี ศรีนวลนัดและวันชัย ศรีนวลนัด, คำอธิบายกฎหมาย เรื่องความยินยอมในคดีอาญา ความผิดอันยอมความได้, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: ประชุมช่าง, 2528), หน้า 25.

2. การกระทำที่ผู้เสียหายยินยอมแล้วจะไม่เป็นความผิด ได้แก่ มาตรา 276 และ 278 เนื่องมาจากปรัชญากฎหมายที่ว่าความผิดเหล่านี้ถือว่าเป็นเรื่องที่คุ้มครองเอกชนโดยตรง ดังนั้นเมื่อผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมเสียแล้วก็เท่ากับเป็นการสละคุณธรรมที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง ฉะนั้นจึงเห็นได้ว่ากฎหมายไทยกำหนดให้ความผิดทางเพศบางกรณีที่เห็นว่าเป็นความผิดที่เป็นเรื่องส่วนตัว ผู้เสียหายสามารถให้ความยินยอมให้ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษได้ แต่บางกรณีก็เห็นว่าแม้ผู้เสียหายจะยินยอมผู้กระทำผิดก็ต้องรับโทษ เนื่องจากมิใช่ความผิดส่วนตัวซึ่งจะเกี่ยวข้องกับความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็ก เนื่องจากเห็นว่ากฎหมายจำต้องคุ้มครองเด็กเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคม

เมื่อพิจารณาความยินยอมในการกระทำความผิดทางเพศตามกฎหมายอิสลามจะพบว่า แม้อีกฝ่ายจะให้ความยินยอม แต่ผู้กระทำความผิดก็ยังคงต้องได้รับโทษหากเป็นกรณีที่ให้ความยินยอมทั้ง 2 ฝ่ายจะกลายเป็นความผิดฐานผิดประเวณีหรือความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์เป็นกลุ่ม แต่หากมีฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมจะกลายเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความยินยอมตามกฎหมายอิสลามจึงมีลักษณะที่แตกต่างจากกฎหมายไทย โดยความยินยอมตามกฎหมายไทยนั้นอาจสามารถทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษได้ เว้นแต่กรณีที่มุ่งคุ้มครองสังคม ความยินยอมของผู้เสียหายจึงไม่มีผลและผู้กระทำความผิดยังคงต้องรับโทษ เช่น กรณีกระทำความผิดทางเพศแก่เด็ก แม้เด็กนั้นยินยอมก็ตาม เป็นต้น แต่การผิดประเวณีตามกฎหมายอิสลามไม่ถือเป็นสิทธิของบุคคล แต่เป็นการกระทำร้ายแรงต่อสังคม เพราะเป็นการกระทำที่ครอบครัวของผู้หญิงต้องเสียศักดิ์ศรี และอาจนำไปสู่การตั้งครรภ์ การทำแท้ง และโรคต่างๆ ทั้งยังเป็นการกระทำให้เกิดบุตรไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทำให้เกิดปัญหาต่อวงศ์ตระกูล และก่อให้เกิดปัญหาต่อสิทธิเด็กในการรับมรดกที่เด็กพึงจะได้รับ²⁶ และด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ความยินยอมตามกฎหมายอิสลามจึงไม่ได้แบ่งความยินยอมต่อกระทำความผิดทางเพศว่าการกระทำใดเป็นการคุ้มครองปัจเจกชนหรือสังคมเหมือนดังเช่นกฎหมายไทย เพราะการกระทำความผิดทางเพศตามกฎหมายอิสลามเป็นการบัญญัติขึ้นเพื่อมุ่งคุ้มครองสังคมและให้เป็นไปตามแนวทางของศาสนา

²⁶ Etim E. Okon, "Hudud Punishment in Islamic Criminal Law," *European Scientific Journal* 10, 14 (2014): 230-231.

4.4.5 ปัจจัยการเปลี่ยนแปลง

4.4.5.1 ความเปลี่ยนแปลงบทบาทและสถานะทางสังคมของหญิง

การกระทำความผิดทางเพศตั้งแต่กฎหมายไทยก่อนการปฏิรูปจนถึงกฎหมายในปัจจุบันนั้นมีวิวัฒนาการแนวความคิดที่แตกต่างกัน ซึ่งปัจจัยสำคัญที่ทำให้แนวความคิดในเรื่องการกระทำความผิดทางเพศมีการเปลี่ยนแปลงไปจากกฎหมายเดิมของไทยคือการได้รับอิทธิพลแนวความคิดของตะวันตกซึ่งได้แก่การเปลี่ยนแปลงของบทบาทของหญิง กล่าวคือ แต่เดิมได้รับอิทธิพลแนวความคิดจากศาสนาพราหมณ์ที่ยกย่องให้ชายมีบทบาทเหนือหญิงและหญิงเองนั้นจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจชายตลอด และสังคมทั่วไปในสมัยกรุงศรีอยุธยา ซึ่งมีระบบศักดินาจะมองสตรีในแง่กามารมณ์ ผู้หญิงเป็นเหมือนวัตถุสำหรับชมเชย เกียรติยศของชนชั้นศักดินาวัดจากจำนวนเมียหรือนางบำเรอ²⁷ ดังนั้นกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศในช่วงยุคสมัยนี้จึงมิได้มุ่งที่จะคุ้มครองหญิงนั้นอย่างแท้จริง แต่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองอำนาจชายเหนือตัวหญิงที่ถูกกระทบจากการกระทำจากบุคคลอื่น เช่น กรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยมองว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำต่ออวัยวะเพศหญิงเท่านั้น ซึ่งเป็นแนวความคิดเดิมที่พัฒนามาจากความผิดฐานลักพรหมจรรย์ (Theft of Virgin) ทำให้มีนักต่อสู้เพื่อสิทธิสตรีกล่าวอ้างว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดที่บรรดาผู้ชายทั้งหลายถืออำนาจปกครองคิดสร้างขึ้นเพื่อป้องกันการกระทำของชายอื่นที่ไม่ใช่เจ้าของหญิงมากระทำต่ออวัยวะเพศหญิง เช่น ถ้ากระทำการข่มขืนหญิงที่ยังไม่มีสามีแล้วถือว่าชายที่กระทำการข่มขืนหญิงนั้นกระทำละเมิดต่อสิทธิของบิดาของหญิง ถ้าข่มขืนหญิงที่มีสามีแล้วถือว่าชายที่กระทำการข่มขืนหญิงนั้นกระทำละเมิดต่อสิทธิของสามีของหญิง โดยมีได้คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของหญิงเลยมาเป็นแนวความคิดใหม่ว่าเป็นการกระทำต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลแทน การเปลี่ยนแปลงแนวคิดเช่นนี้ส่งผลขยายการคุ้มครองไปยังเพศหญิงและชายอย่างทั่วถึง²⁸ ทำให้กฎหมายในยุคต่อมาและปัจจุบันได้มีการเปลี่ยนแปลงไปโดยบัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น” และแม้ว่าหญิงนั้นจะเป็นภรรยาของผู้กระทำความผิดก็ตาม เพื่อเป็นการคุ้มครองเสรีภาพในการมีเพศสัมพันธ์ของหญิง ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยได้มีการยกบทบาทของหญิงให้มีความเท่าเทียมกับชายและความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิงตามแนวความคิดสิทธิมนุษยชน จึงมุ่งคุ้มครองที่หญิงเองแทนการคุ้มครองอำนาจการปกครองของชายที่มีต่อหญิงดังเช่นในอดีต เพราะฉะนั้นปัจจัยที่ทำให้เกิดวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงของความคิดดังกล่าวนี้ได้แก่บทบาทของหญิงที่เปลี่ยนแปลงไป เพราะทำให้วัตถุประสงค์ของความผิดเกี่ยวกับความผิดทางเพศต่างไปจากเดิมที่เป็นการคุ้มครองสิทธิของชายที่มี

²⁷ นวลจันทร์ ทศนชัยกุล, การกระทำความผิดของหญิง (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2532), หน้า 48.

²⁸ สุธีระ ฤกษ์วัลย์, "การนิยามความหมายใหม่ของการข่มขืนในสังคมไทย กับประเด็นสิทธิมนุษยชน" (รัฐศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 11.

ในตัวหญิงเปรียบเสมือนเป็นทรัพย์สินของชายที่เป็นบิดาหรือสามี เป็นการปกป้องศักดิ์ศรีและเกียรติยศของหญิงในเนื้อตัวร่างกายมากขึ้น ฉะนั้นจากอิทธิพลดังกล่าวจึงทำให้แนวความคิดของไทยแต่เดิมที่มองว่าการช่มชื่นกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารเป็นแนวคิดทางแพ่งเปลี่ยนเป็นแนวความคิดทางอาญา

หากเปรียบเทียบการกระทำความผิดทางเพศตามกฎหมายอิสลามจะพบว่าบทบาทของชายหรือหญิงมิได้มีอิทธิพลต่อการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศเหมือนดังเช่นกฎหมายไทย แม้ว่าจะได้รับอิทธิพลแนวความคิดมาจากศาสนาเหมือนเช่นกฎหมายไทยเดิมก็ตาม แต่เนื่องจากศาสนาอิสลามไม่ได้มีความคิดหรือยกย่องให้ชายมีบทบาทเหนือตัวหญิงดังเช่นศาสนาพราหมณ์ จึงมิได้บัญญัติขึ้นเพื่อปกป้องอำนาจชาย และพัฒนามาเป็นคุ้มครองตัวหญิงในปัจจุบัน แต่กฎหมายอิสลามแต่เดิมเป็นต้นมาได้บัญญัติขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการคำสอนของศาสนา โดยผู้บัญญัติศาสนาอิสลามเชื่อว่าเป็นคำสอนที่จะเป็นหนทางในการนำพาให้มนุษย์สามารถดำเนินชีวิตไปในแนวทางที่ถูกต้องสมควร ซึ่งจะพบว่าแนวความคิดของกฎหมายอิสลามในความผิดทางเพศนี้เป็นประการสำคัญคือการคุ้มครองสถาบันครอบครัว ศาสนาและสังคม ดังนั้นเมื่อกฎหมายยังกำหนดเพื่อให้สอดคล้องกับคำสอนทางศาสนาและเนื่องด้วยคำสอนทางศาสนาในเรื่องดังกล่าวนี้ไม่มีการเปลี่ยนแปลงจึงทำให้แม้ว่าสังคมมีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงไปก็ตาม การบัญญัติฐานความผิดและลักษณะการกระทำความผิดจึงมิได้มีการเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม

4.4.5.2 การแบ่งแยกระหว่างรัฐกับศาสนจักร

ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับศาสนา แบ่งออกเป็น²⁹

- 1 รัฐที่แยกศาสนจักรออกจากรัฐอย่างเด็ดขาด คือ อำนาจอธิปไตยให้อำนาจของศาสนจักร เรียกรัฐประเภทนี้ว่า “รัฐฆราวาส”
- 2 รัฐไม่แยกศาสนจักรออกจากรัฐจากกัน คือ อาศัยกันและกัน ดังนั้นระบบกฎหมายจึงเจือปนด้วยหลักกฎหมายด้วยหลักธรรมทางศาสนา เรียกว่า “เทวธิปไตย”
- 3 ระบบผสม คือ รัฐกับศาสนจักรแยกออกจากกันเพียงบางเรื่อง แต่บางเรื่องไม่แยกจากกัน เรียกว่า “สหการนิยม”

²⁹ อานนท์ มาเม้า, การแบ่งแยกระหว่างรัฐกับศาสนจักร : มโนทัศน์ทางนิติปรัชญาและกฎหมายมหาชน (กรุงเทพฯ: เดือนตุลา, 2557), หน้า 13-14.

ก. ลักษณะรัฐและศาสนาของประเทศไทย

ในช่วงยุคแรก พระมหากษัตริย์ไทยทุกพระองค์ทรงนับถือพุทธศาสนาและประชาชนส่วนใหญ่นับถือพุทธศาสนา มีการรักษาศีลและส่งเสริมให้ทุกคนรักษาศีล กล่าวคือ ให้งดเว้นกระทำความชั่วและให้กระทำความดี อันเป็นเป้าหมายของศีลธรรมในพระพุทธศาสนา เป้าหมายบ้านเมืองก็เพื่อความสงบสุขได้ก็ต่อเมื่อได้กระทำความดีละเว้นความชั่ว ดังนั้น เป้าหมายของกฎหมายและศีลธรรมจึงสอดคล้องกันเมื่อผู้ตัดสินหรือคดีต่างๆ ก็คือองค์ประมุขของชาติผู้อุปถัมภ์คำชูประพุทธศาสนา ก็คือองค์ประมุขของชาติซึ่งเป็นคนๆ เดียวกัน เพราะในสมัยก่อนไม่มีการแบ่งแยกอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ แต่จะรวมอยู่กับองค์พระประมุขของชาติ ดังนั้น จึงเป็นที่แน่นอนที่จะตัดสินคดีให้เป็นธรรมจะต้องสอดคล้องกับหลักศีลธรรม นั่นก็หมายความว่าในสมัยก่อนกฎหมายกับศีลธรรมเป็นเรื่องเดียวกัน และมีผลต่อการบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับศีลธรรมในเวลาต่อมา³⁰ ส่งผลให้การจัดการปกครองดูแลความเรียบร้อยภายในสังคมได้สะท้อนความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและศาสนากับกฎหมายไทย เช่น การออกกฎหมายต่าง ๆ ได้แสดงข้อความที่บ่งบอกบาปจากการกระทำความผิดของข้อห้ามทางศาสนา เช่น พระราชกำหนดใหม่ในสมัยของพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก มาตรา 38 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกเพิ่มเติมในช่วงต้นรัชกาล นอกเหนือไปจากกฎหมายตราสามดวงของเดิมในความผิดเกี่ยวกับการผิดประเวณีหรือการมีชู้ว่า “ชายใดสมเสพกามเมสุมิฉฉา ล่วงประเวณีภริยาผู้อื่นนั้นย่อมเกิดกามกำหนดศ พร้อมเติมบริบูรณ์ จึงสำเร็จเป็นครุกำกุกฤษโทษ ครั้นดับสังขารอนาคต ไปตกอยู่โทษกุ่มภินะรก หกหมื่นปี แล้วขึ้นมาทนทุกเวทนาอยู่ในอุสุทนะรกสิมพลีไม้จั่ว หนามยาวสิบหกงคูลี นายนิรบาล”³¹ จากการบัญญัติดังกล่าวจึงสะท้อนให้เห็นว่าอำนาจการปกครองของไทยนั้น “อยู่ที่ความเชื่อในเรื่องสิ่งนอกเหนือธรรมชาติที่ผ่านมาถึงพระมหากษัตริย์”³² ลักษณะดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าในช่วงนี้รัฐไทยมิได้แบ่งแยกออกจากศาสนาจากกันอย่างชัดเจน แต่ต่อมาสมัยรัชกาลที่ 4 ทักษะเกี่ยวกับบทบาทของรัฐและหน้าที่ของผู้ปกครองได้เปลี่ยนไป รัฐมิได้มีหน้าที่นำพาผู้คนพ้นนรก เข้าถึงสวรรค์ และมุ่งสู่นิพพานอีกต่อไป ทั้งนี้เนื่องจากพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงเห็นว่านิพพานเป็นสิ่งที่คนส่วนน้อยเท่านั้นที่จะหวังได้ ขณะเดียวกันก็ทรงตั้งข้อสงสัยเกี่ยวกับเรื่องนรกสวรรค์ในชาติหน้า (หรือวิธีที่ใช้นรกสวรรค์มาใช้เป็นเหตุผล) หากทรงให้ความสำคัญกับประโยชน์ที่สัมผัสและเข้าถึงได้ในชาตินี้มากกว่า ทักษะดังกล่าวซึ่งได้รับอิทธิพลจากวิทยาศาสตร์และความคิดแบบเหตุผลนิยมได้ส่งผลกระทบต่อตัวบทกฎหมายทั้งในรัชกาลนี้และ

³⁰ ชีรวัดน์ ศรีสวัสดิ์, "จริยศาสตร์ตามแนวพุทธศาสนามีบทบาทต่อการลงโทษทางอาญาตามกฎหมายไทยอย่างไร," *ศึกษาศาสตร์* 3(2545): 46.

³¹ *กฎหมายตราสามดวง*, (กรุงเทพฯ: กรมศิลปกร, 2521), หน้า 763.

³² กิตติบตี ไยพูล, "ภาษากฎหมายไทยกับการเปลี่ยนแปลงทางสังคม," *มนุษยศาสตร์ สังคมศาสตร์*.

รัชกาลต่อๆ มา การอ้างกฎแห่งกรรม นรกสวรรค์หรือสิ่งศักดิ์สิทธิ์ได้ลดลงไปอย่างเห็นได้ชัด สิ่งที่มาแทนที่คือการอ้างประโยชน์หรือความจำเป็นต่อบ้านเมืองในการออกกฎหมายต่าง ๆ กล่าวอีกนัยหนึ่งกฎหมายนับแต่สมัยรัชกาลที่ 4 มีลักษณะแบบโลกีย์ ๆ (secular) มากขึ้น เส้นแบ่งระหว่างโลกกับธรรมปรากฏชัดเจนขึ้นทั้งในทางการปกครองและกฎหมายนับแต่นั้น³³ ดังนั้น ระบบกฎหมายไทยปัจจุบันจึงไม่บัญญัติรับรองเรื่องศีลธรรมอันดีของศาสนาใดศาสนาหนึ่งเป็นเกณฑ์ทางกฎหมาย แต่ระบบกฎหมายไทยได้แสดงให้เห็นว่าได้รับรองคุณค่าที่เป็นนามธรรมและเป็นกลางทางศาสนาด้วยการบัญญัติรับรองเรื่อง “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” หมายถึง ศีลธรรมหรือกฎเกณฑ์ความประพฤติที่ประชาชนทุกคนให้คุณค่าและเคารพนับถือ จากการบัญญัติเรื่อง “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” ย่อมแสดงให้เห็นว่าการใช้อำนาจอธิปไตยในการควบคุมการกระทำของผู้คนนั้นเป็นอำนาจที่อิสระจากศาสนา³⁴ กฎหมายของประเทศไทยจึงมีลักษณะที่มีการแบ่งแยกระหว่างศาสนาและรัฐออกจากกัน

ข. ลักษณะรัฐและศาสนาของประเทศอิสลาม

ระบบกฎหมายอิสลามเกิดขึ้นและพัฒนามาจากคำสอนทางศาสนา โดยมีแหล่งที่มาที่สำคัญ ได้แก่ คัมภีร์อัลกุรอานและอัลหะดีษ (คำพูด การกระทำและการยอมรับของท่านนบีมุฮัมมัด) เพื่อที่จะให้ประชาชนดำเนินชีวิตให้เป็นไปตามทางอันดีของศาสนาและเป็นหน้าที่ของมุสลิมที่มีต่อพระเจ้าคือการศรัทธา การเชื่อมั่นและการปฏิบัติตามคำสอนของอัลกุรอานทั้งหมด³⁵ จึงมีแนวความคิดที่ว่าเหตุการณ์ต่างๆ ที่เกิดขึ้นในโลกนี้จะถูกตัดสินด้วยกฎอมตะของพระเจ้า ศีลธรรมจะถูกนำมาใช้ในการตัดสินและหนทางเลือกในการกระทำของมนุษย์และความสำนึกในเชิงจริยธรรมก็จะถูกกำหนดออกมาเป็นบทกฎหมาย ดังนั้นจึงเป็นกรอบในเชิงศีลธรรมและโครงสร้างของกฎหมายในรัฐที่ใช้ในการตัดสินใจกำหนดกฎเกณฑ์ใดๆ³⁶ ดังนั้นจะเห็นว่ากฎหมายอิสลามที่ใช้ในประเทศต่างๆ แม้จะมีได้กำหนดชัดเจน แต่ก็ถือว่าเป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติตามและถือเป็นกฎหมายบ้านเมืองด้วยเช่นกัน สะท้อนให้เห็นว่าหลักการของชารีอะฮ์หรือกฎหมายอิสลามไม่ได้มีการแบ่งแยกมนุษย์ออกเป็นสองโลกเหมือนแนวความคิดตะวันตกที่มีการแบ่งเป็นโลกของอาณาจักรกับศาสนจักร ผลของการกระทำของมนุษย์ทุกอย่างรวมถึงบทบาทของการเป็นตัวแทนที่พระเจ้าทรงมอบหมายให้จะต้องได้รับการสอบสวนจากพระองค์ มุสลิมทุกคนจะต้องยอมรับและปฏิบัติตามหลัก

³³ พระไพศาล วิสาโล, "กฎหมายกับพุทธศาสนา" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 5 พฤษภาคม 2558 แหล่งที่มา: <http://www.visalo.org/article/budKodmai.htm>

³⁴ อานนท์ มาเฝ้า, การแบ่งแยกระหว่างรัฐกับศาสนจักร : มโนทัศน์ทางนิติปรัชญาและกฎหมายมหาชน, หน้า 46-47.

³⁵ อับดุลละาะ การ์รีนา, ศาสน์แห่งอัลกุรอานและอัลสุนนะฮ์ หน้า 225.

³⁶ เรื่องเดียวกัน, 131.

กฎหมายอิสลาม หรือเท่ากับเป็นการแสดงเจตนารมณ์ของพระผู้เป็นเจ้าของพระองค์ผู้เป็นเจ้าของพร้อมไปกับการที่มนุษย์จะยอมรับว่าเราเป็นผู้แทนแห่งเจตนารมณ์นั้น³⁷ และจากเหตุผลดังกล่าวรัฐอิสลามจึงมีลักษณะพื้นฐาน³⁸ ดังนี้

1. ไม่มีบุคคลใด ชนชั้นใดหรือกลุ่มใด หรือแม้แต่ประชาชนทั้งหมดในรัฐจะอ้างอำนาจอธิปไตยได้ พระผู้เป็นเจ้าของพระองค์เดียวเท่านั้นที่มีอำนาจอธิปไตยอย่างแท้จริง คนอื่น ๆ นั้นเป็นเพียงประชาชนของพระองค์เท่านั้น

2. พระผู้เป็นเจ้าของพระองค์ผู้ที่ออกกฎหมายและอำนาจหน้าที่ในการออกกฎหมายอันสมบูรณ์นั้นอยู่ที่พระองค์ ผู้ศรัทธาไม่อาจตรากฎหมายขึ้นมาใช้ได้อย่างสิ้นเชิงหรือพวกเขาสามารถแก้ไขกฎหมายใดๆ ที่พระผู้เป็นเจ้าของพระองค์กำหนดไว้ได้ แม้ว่าความปรารถนาที่จะให้ผลของการออกกฎหมายหรือการเปลี่ยนแปลงของพระผู้เป็นเจ้าของพระองค์จะมีความเห็นพร้อมเพรียงกันก็ตาม

3. ในทุกๆ แงรัฐอิสลามจะต้องสถาปนาขึ้นบนกฎหมายที่วางไว้โดยพระผู้เป็นเจ้าของพระองค์ผ่านทางศาสดาของพระองค์ รัฐบาลที่บริหารงานทางการเมืองที่ตั้งขึ้นมานำเอากฎหมายของพระผู้เป็นเจ้าของพระองค์มาใช้ซึ่งจนถึงเวลานี้ ก็ได้ปฏิบัติด้วยประสิทธิภาพอย่างนั้นอยู่ ถ้าหากว่ารัฐไม่เอาใจใส่ต่อกฎหมายที่ได้มาจากพระผู้เป็นเจ้าของพระองค์แล้ว การบัญชาของรัฐบาลก็จะไม่เชื่อมโยงกัน

จากลักษณะดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่าความเชื่อในเอกภาพและอำนาจอธิปไตยของอัลลอฮ์ (ซ.บ.) เป็นพื้นฐานของระบบสังคมและศีลธรรมที่น่าเสนอโดยบรรดาศาสดา เป็นจุดเริ่มต้นของปรัชญาการเมืองอิสลาม³⁹ ซึ่งแตกต่างจากพื้นฐานปรัชญาของประชาธิปไตยตะวันตกนั้น อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ในระบบนั้นอำนาจการออกกฎหมายที่สมบูรณ์ชนิดนี้ อำนาจในการตัดสินค่านิยมและบรรทัดฐานของพฤติกรรมวางอยู่ในมือประชาชน การออกกฎหมายคือสิทธิพิเศษของพวกเขาและการออกกฎหมายนั้นจะต้องตอบสนองอารมณ์และภาพแห่งความคิดเห็นของพวกเขาด้วย⁴⁰ ดังนั้นจึงพบว่าประเทศมุสลิมต่างๆ เช่น ประเทศซาอุดีอาระเบีย แม้ไม่มีประมวลกฎหมายอาญาอย่างชัดเจน แต่ประชาชนก็ต้องห้ามกระทำความผิดทางอาญา เพราะถือว่าเป็นสิ่งที่ถูกกำหนดไว้ในคัมภีร์อัลกุรอานและอัลหะดีษ หากบุคคลใดกระทำความผิดก็จำเป็นต้องได้รับการลงโทษทางอาญา กฎหมายอิสลามจึงมีลักษณะที่มีได้แยกรัฐออกมาจากศาสนา

³⁷ สุชาติ เศรษฐมาลินี, *ความรุนแรง สันติภาพ และความหลากหลายในโลกอิสลาม*, หน้า 130.

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 207 – 208.

³⁹ ครุชิต อดัม, *อิสลาม ความหมายและคำสอน*, จรัญ มะลูลีน, ผู้แปล, (กรุงเทพฯ: อิสลามิก อะเคเดมี, 2541), หน้า 206.

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 208.

เพราะฉะนั้นปัจจัยอีกประการหนึ่งที่ทำให้ระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามมีความแตกต่างกัน คือ การแบ่งแยกระหว่างรัฐกับศาสนจักร ซึ่งกฎหมายของประเทศไทยมีการแบ่งแยกระหว่างศาสนาและรัฐออกจากกัน ในระหว่างที่ระบบกฎหมายอิสลามมิได้มีการแบ่งแยกเช่นระบบกฎหมายไทย โดยที่รัฐอิสลามจะหลอหลอมทุกๆ แง่มุมของชีวิต และกิจการซึ่งสอดคล้องกับบรรทัดฐานทางศีลธรรมของรัฐระเบียบการปฏิรูปสังคม⁴¹ ซึ่งจากลักษณะของรัฐไทยและรัฐอิสลามที่แตกต่างกันนี้เองจึงส่งผลให้แนวความคิดเรื่องการกระทำความผิดทางเพศแตกต่างกัน กล่าวคือ ภายหลังจากที่รัฐไทยปฏิรูปกฎหมายและได้มีการแบ่งแยกระหว่างศาสนาออกจากรัฐ จึงทำให้กฎหมายของไทยนั้นมิได้ขึ้นอยู่กับศาสนาอีกต่อไปและทำให้กฎหมายไทยมีการเปลี่ยนแปลงไปตามสังคม แต่หากพิจารณาจากระบบกฎหมายอิสลาม จะพบว่าฐานความผิดและวิธีการกำหนดโทษจะเป็นลักษณะเดียวกันมาตั้งแต่ในสมัยอดีตเป็นต้นมา โดยไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขไปตามสมัยต่างๆ เหตุผลดังกล่าวเนื่องมาจากรัฐอิสลามยังคงมิได้แยกศาสนาออกจากรัฐเหมือนดังเช่นรัฐไทย จึงยังคงมีความเชื่อที่ว่าบทบัญญัติของกฎหมายนี้เป็นการประมวลกฎหมายโดยพระเจ้าเป็นเจ้า ประมวลกฎหมายจะมิมีการเปลี่ยนแปลง แม้จะมีเส้นทางการเจริญเติบโตและวิวัฒนาการของมันเป็นเอง แต่ก็ไม่มีมนุษย์คนใดมีสิทธิ์ใดๆ เข้าไปยุ่งเกี่ยวได้ ไม่ว่ารรัฐอิสลามจะเกิดขึ้นมาหรือไม่ก็ตาม ประมวลกฎหมายนี้จะก่อรูปกฎหมายพื้นฐานขึ้นมาและจะประกอบไปด้วยส่วนสำคัญของนิติบัญญัติทั้งหมด ใครก็ตามที่ปรารถนาจะอยู่อย่างมุสลิม จะต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดในการปฏิบัติตามอัลกุรอานและซุนนะฮ์ (แบบอย่างในกิจกรรมต่างๆ ของการดำเนินชีวิตของท่านนบีมุฮัมมัดฯ) ซึ่งจะประกอบเป็นพื้นฐานของกฎหมายของรัฐอิสลาม⁴²

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

4.5 วิเคราะห์และเปรียบเทียบวิวัฒนาการรูปแบบการลงโทษตามกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลาม

4.5.1 การลงโทษตามกฎหมายไทย

4.5.1.1 ยุคก่อนการปฏิรูปกฎหมายไทย

การลงโทษตามพระอัยการลักษณะผิดเมียในกฎหมายตราสามดวงการลงโทษนั้นจะมีการลงโทษที่ไม่เท่ากัน เนื่องจากกฎหมายให้ความสำคัญคุ้มครองหญิงไม่เท่ากันแตกต่างกันไปตามชนชั้นหรือบรรดาศักดิ์ของหญิง

⁴¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 217.

⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 215.

1. การลงโทษฐานผิดประเวณี

ผู้ที่กระทำความผิดฐานผิดประเวณีนั้นจะต้องได้รับโทษประจาน เช่น การประจาน การสัก หรือการแห่รอบตลาด เป็นต้น นอกจากนั้นถ้าสามีจับได้ขณะภรรยาตนร่วมประเวณีกับผู้อื่น มีสิทธิฆ่าชายผู้นั้นได้ รวมทั้งสิทธิฆ่าภรรยาตนได้ด้วย⁴³ แต่โดยทั่วไปการลงโทษสำหรับชายผู้ผิดคือต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทน

2. การลงโทษฐานข่มขืนกระทำชำเรา

การลงโทษฐานนี้ตามพระอัยการลักษณะผิดประเวณีนั้นจะถูกลงโทษด้วยการให้ชดใช้ค่าสินไหมซึ่งเป็นโทษทางแพ่ง เรียกว่า “เบี้ยปรับประณมผิดเมีย” ซึ่งจะต้องจ่ายเท่าใดนั้นขึ้นอยู่กับลำดับชั้นเมียซึ่งชายได้ข่มขืนกระทำชำเราไป เหตุที่กฎหมายไทยเดิมนั้นกำหนดให้ชายผู้นั้นถูกลงโทษทางแพ่งแทนโทษทางอาญา เนื่องจากในช่วงยุคนั้นมองว่าหญิงเป็นทรัพย์สินของชาย ดังนั้นการกระทำดังกล่าวนี้จึงเป็นการกระทำที่ทำให้ทรัพย์สินของสามีหรือบิดามารดาเสื่อมค่าลง จึงได้ลงโทษทางแพ่ง เพราะถือเป็นการละเมิดแทนการลงโทษทางอาญา

ส่วนการข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงที่ยังไม่รู้เดียงสา จะได้รับโทษรุนแรงกว่าการข่มขืนกระทำชำเราหญิงสาวหรือหญิงมีสามี ทั้งนี้เพราะถือว่าการข่มขืนเด็กนั้นเป็นการละเมิดศีลธรรมอย่างร้ายแรง อย่างไรก็ตาม โทษสำหรับการข่มขืนชำเราหญิงสมัยก่อนมีเพียงปรับและเขียนเท่านั้นไม่ถึงจำคุก แม้เขียนก็สามารถไถ่เป็นเงินได้⁴⁴

3. การลงโทษฐานกระทำอนาจาร

การลงโทษฐานนี้ตามพระอัยการลักษณะผิดประเวณีซึ่งเรียกว่าความผิดฐานข่มขืนยังมีถึงชำเรา มีบทลงโทษปรับใหม่ให้ปรับใหม่ครึ่งหนึ่งของโทษปรับใหม่ฐานข่มขืนกระทำชำเรา เว้นแต่กรณีกระทำอนาจารที่บ้านของหญิงในขณะที่สามีไม่อยู่และเป็นสถานที่ลับตาคนหรือการไปกระทำในห้องนอน เช่นนี้จะต้องถูกปรับใหม่เท่ากับฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งจะเห็นว่าเป็นการลงโทษทางแพ่งเป็นแนวความคิดในการลงโทษนี้เนื่องมาจากผู้กระทำความผิดนั้นได้กระทำละเมิดต่อสามีหรือบิดามารดาอันมีความคิดเช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระอัยการลักษณะผิดประเวณี

⁴³ พระอัยการผิดประเวณี บทที่ 7

⁴⁴ ลำพวรรณ น่วมบุญลือ, สิทธิและหน้าที่ของสตรีตามกฎหมายไทย, หน้า 10-11.

4. การลงโทษฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกัน

การลงโทษฐานนี้จะมีเฉพาะกรณีความสัมพันธ์ระหว่างหญิงกับหญิงเท่านั้น โดยเป็นการลงโทษเป็นไปตามกฎหมายเตียรบาล ซึ่งมีได้มีผลใช้บังคับกับประชาชนทั่วไป

4.5.1.2 ยุคภายหลังการปฏิรูปกฎหมายไทย

1. การลงโทษฐานผิดประเวณี

สมัยโบราณทั้งชายและหญิงที่มีชู้นอกใจสามีจะได้รับโทษทางอาญา เช่น โทษประจาน ด้วยวิธีการต่างๆ เช่น ถูกเขียน โคนผม หรืออาจสักรูปชายหญิงไว้ที่แก้มทั้งชายและหญิงที่ทำชู้กัน เป็นต้น แต่เมื่อศึกษาจะพบว่าแม้ปัจจุบันการผิดประเวณีมิได้มีความผิดทางอาญาอีกต่อไป แต่จะพบว่าการกระทำนี้มีปรากฏในกฎหมายแพ่งซึ่งเป็นเหตุแห่งการฟ้องหย่า⁴⁵ ดังนั้นแนวความคิดในเรื่องนี้เมื่อเปลี่ยนจากความคิดทางอาญาเป็นทางแพ่ง จึงไม่ได้บัญญัติและกำหนดโทษอาญาสำหรับการกระทำผิดประเวณีนี้อีกต่อไป

2. การลงโทษฐานข่มขืนกระทำชำเรา

การลงโทษตามพระราชกำหนดว่าด้วยการข่มขืนร่วมประเวณี ร.ศ. 118 กล่าวถึงการข่มขืนชำเราหญิงในลักษณะต่างๆ และกำหนดโทษให้จำคุกตั้งแต่สิบปีลงมา ปรับตั้งแต่ 1000 บาทลงมา ถ้ากระทำผิดซ้ำอีกให้เพิ่มโทษเขียนตั้งแต่ 60 ทีลงมา ซึ่งพระราชกำหนดฉบับนี้ได้แก้ไขโทษความผิดฐานข่มขืนชำเราตามกฎหมายลักษณะฉ้อฉลเดิม กล่าวคือมีการกำหนดเพิ่มโทษจำคุกขึ้นและส่งผลให้กฎหมายอาญาในปัจจุบันกำหนดโทษความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นโทษปรับและจำคุก และเมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ประมวลกฎหมายอาญาก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 และประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2550 โทษหลักที่ใช้ในปัจจุบันคือโทษจำคุก เว้นแต่ถ้าหญิงนั้นบาดเจ็บถึงสาหัส หรือตาย จึงต้องได้รับโทษหนักขึ้นซึ่งอาจถูกลงโทษประหารชีวิตได้ ส่วนโทษเขียนได้ถูกยกเลิกไป

⁴⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 “เหตุฟ้องหย่ามีดังต่อไปนี้

(1) สามีหรือภริยาอุบการเลี้ยวดูหรือยกย่องผู้อื่นฉ้อฉลหรือสามี เป็นชู้หรือมีชู้ หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจณอีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้.....”

3. การลงโทษฐานการกระทำอนาจาร

การลงโทษฐานนี้ตามพระอัยการลักษณะผิดเมียกฎหมายกำหนดให้ชายจะต้องให้ไหมถึงถึงชำเรา ซึ่งเป็นค่าสินไหมทดแทนเป็นโทษทางแพ่งในปัจจุบัน แต่เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จากเดิมเป็นโทษทางแพ่งได้เปลี่ยนเป็นโทษทางอาญาด้วยการกำหนดโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนขึ้นไปจนถึงสามปีและปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท แต่หากผู้ถูกกระทำเป็นเด็กหญิงจะต้องโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนขึ้นไปจนถึงสามปีและปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทเป็นการนำเอาโทษจำคุกและโทษปรับมาใช้แทนโทษทางแพ่งเดิม และแนวความคิดนี้ได้ส่งผลถึงการลงโทษในปัจจุบัน ดังนั้นโทษสำหรับกรณีความผิดฐานนี้จึงเป็นโทษจำคุกและโทษปรับแต่แตกต่างกันที่ระยะเวลากำหนดโทษจำคุกและจำนวนโทษปรับ

4. การลงโทษฐานมีความสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกัน

แต่เดิมนั้นผู้กระทำความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันจะมีเฉพาะกรณีของหญิงสาววังเท่านั้น มิได้มีกำหนดโทษเป็นอาญาบังคับใช้กับประชาชนทั่วไป แต่เมื่อมีการประกาศใช้พระราชกำหนดว่าด้วยการข่มขืนร่วมประเวณี ร.ศ. 118 จะต้องถูกลงโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีลงมา⁴⁶ ซึ่งมิผลใช้บังคับถึงประชาชนทั่วไปไม่จำกัดเฉพาะหญิงสาววังอีกต่อไป ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ร.ศ. 127 มีการปรับโทษให้เบาลงโดยกำหนดให้ผู้กระทำความผิดรับโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสามปีเท่านั้น และปัจจุบันความผิดฐานนี้ไม่มีการกำหนดโทษทางอาญาอีก เพราะได้ยกเลิกความผิดไปตั้งแต่ปี พ.ศ. 2499

จากวิวัฒนาการรูปแบบการลงโทษของไทยดังกล่าวเห็นได้ว่ากฎหมายจำเป็นต้องปรับปรุงและเปลี่ยนแปลงเนื่องจากเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการของสังคมสมัยใหม่ ด้วยการเปลี่ยนสภาพบังคับที่รุนแรงให้คลี่คลายลงจากเดิม ดังเห็นได้จากการกำหนดโทษแห่งความผิดทางอาญาไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งกำหนดไว้ 5 โทษ ได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน โดยได้ยกเลิกโทษบางประการที่เคยมีผลใช้บังคับเมื่อในอดีตอันได้แก่ โทษประจาน ด้วยวิธีการต่างๆ และโทษการเขียนไป

⁴⁶ พระราชกำหนดว่าด้วยการข่มขืนร่วมประเวณี ร.ศ. 118 มาตรา 5

4.5.1.3 วิเคราะห์การเปลี่ยนแปลงแนวความคิดเรื่องการกำหนดโทษและความรับผิดชอบตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน

จากวิวัฒนาการการลงโทษจะพบว่าแต่เดิมการลงโทษในฐานะความผิดทางเพศมีทั้งลงโทษทางอาญาและโทษทางแพ่ง โดยฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารจะพบว่าแต่เดิมบัญญัติให้ผู้กระทำความผิดต้องถูกลงโทษด้วยการปรับใหม่ซึ่งเป็นแนวความคิดในเรื่องแพ่งเนื่องจากเป็นการทำละเมิด อย่างไรก็ตามเมื่อมีการประกาศใช้พระราชกำหนดว่าด้วยการข่มขืนร่วมประเวณี ร.ศ. 118 จะพบว่าประเทศไทยใช้โทษจำคุกและโทษปรับและกฎหมายไทยต่อมาได้บัญญัติรูปแบบการลงโทษเดียวกัน ฉะนั้นจึงเห็นว่าแนวความคิดของไทยแต่เดิมที่บัญญัติให้ลงโทษทางแพ่งได้เปลี่ยนมาเป็นแนวความคิดให้ลงโทษรูปแบบทางอาญาแทน โดยที่สาเหตุประการสำคัญ ดังนี้

(1) เจตนารมณ์ของกฎหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือการลงโทษทางแพ่งจะถูกกำหนดขึ้นเพื่อเยียวยาความเสียหายที่ซึ่งเป็นเหตุให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด⁴⁷ หรือเสื่อมเสียชื่อเสียงของตน ในระหว่างที่โทษทางอาญาจะกำหนดขึ้นเพื่อทำสังคมเกิดความสงบ

(2) แนวความคิดที่เปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือประเทศไทยแต่เดิมเข้าใจกันเพียงว่าละเมิดคือการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายชนิดหนึ่งเท่านั้น และผู้กระทำความผิดนี้ต้องเสียเงินให้แก่ท้องพระคลังซึ่งเท่ากับถือว่าละเมิดเป็นความผิดอาญาชนิดหนึ่งมิใช่เป็นมูลหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังที่ปรากฏในปัจจุบัน การกระทำใดก็ตามที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินและร่างกายของบุคคลตามกฎหมายที่ปรากฏในสมัยก่อนที่จะใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หาได้เรียกว่าละเมิดไม่ แต่เรียกว่า “ประทุษร้ายทางแพ่ง”⁴⁸ จนกระทั่งประเทศไทยได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อ พ.ศ. 2466 กฎหมายลักษณะละเมิดจึงถูกนำไปบัญญัติอย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเกิดจากการนำกฎหมายละเมิดของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น ประเทศเยอรมัน สาธารณรัฐฝรั่งเศส สวิสเซอร์แลนด์และ

⁴⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่า ผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

⁴⁸ กุลธาดา วุฒิสารวิวัฒนา, "ปัญหาทางกฎหมายในการเยียวยาผู้เสียหายที่ถูกกระทำละเมิดจนร่างกายพิการ" (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2558), หน้า 11.

ประเทศญี่ปุ่น มาเป็นต้นแบบในการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยละเมิดของประเทศไทย⁴⁹ ซึ่งถือเป็นการแยกเรื่องการลงโทษทางละเมิดออกจากโทษทางอาญา

ฉะนั้นการลงโทษตามกฎหมายไทยในปัจจุบันแม้ว่าจะกำหนดให้เป็นการลงโทษทางอาญา แต่ก็พบว่าเมื่อผู้เสียหายได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดทางอาญาถือว่าการกระทำละเมิดต่อผู้เสียหาย ผู้เสียหายหรือผู้ถูกกระทำจึงมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากผู้กระทำความผิดฐานละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ ซึ่งการกระทำความผิดทางแพศยาน่าจะขึ้นกระทำซ้ำเราหรือฐานกระทำอนาจารเป็นการกระทำที่ย่อมเป็นเหตุให้ผู้เสียหายได้รับอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด หรือเสื่อมเสียชื่อเสียงของตน ผู้ถูกกระทำได้รับความเสียหายจากการละเมิดทางเพศ ฉะนั้นผู้กระทำความผิดจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพราะเป็นการกระทำละเมิดตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยศาลจะใช้ดุลยพินิจกำหนดค่าสินไหมทดแทนจำนวนที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งการละเมิด ดังนั้นผู้กระทำความผิดทางเพศตามกฎหมายไทยปัจจุบันจึงจะต้องรับผิดชอบดังนี้

- (1) โทษทางอาญา ซึ่งได้แก่ โทษจำคุก โทษปรับ หรือโทษประหารชีวิต
- (2) โทษทางแพ่ง ซึ่งได้แก่ การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำละเมิด

การชดใช้ค่าเสียหายนี้มีลักษณะเป็นการลงโทษแต่มีความแตกต่างจากโทษปรับคือการชดใช้ค่าเสียหายเป็นกรณีที่ผู้กระทำผิดชดใช้ค่าเสียหายการกระทำความผิดให้แก่บุคคลผู้ถูกกระทำละเมิดนั้นโดยตรง ส่วนโทษปรับเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำความผิดชดใช้ค่าเสียหายแก่รัฐ

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าแม้ว่าการลงโทษฐานความผิดทางเพศของไทยปัจจุบันจะมีแนวคิดว่าเป็นการกระทำทางอาญาแต่ผู้กระทำความผิดยังคงต้องรับผิดชอบทางแพ่งอยู่เช่นเดียวกับกฎหมายเดิม แต่แตกต่างจากกฎหมายไทยเดิมที่โทษทั้งสองไม่ได้ลงโทษโดยปะปนกันอีกต่อไป แต่เป็นการลงโทษโดยแยกความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมาย ซึ่งเหตุที่ผู้กระทำต้องรับโทษทางแพ่งด้วยนั้นก็เนื่องมาจากการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิด แต่การละเมิดตามกฎหมายไทยเดิมจะเป็นการละเมิดต่ออำนาจการปกครองของหญิง แต่ปัจจุบันถือว่าการกระทำละเมิดต่อผู้ถูกกระทำโดยตรงและจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ถูกกระทำมิใช่ผู้ปกครองหญิงอีกต่อไป ดังนั้นจึงเห็นว่าแนวความคิดการลงโทษ

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

ฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารยังคงมีแนวความคิดที่คล้ายคลึงกับโทษตามกฎหมายเดิมอยู่

4.5.2 การลงโทษตามกฎหมายอิสลาม

4.5.2.1 การลงโทษตามกฎหมายอิสลามเดิม

1. ความผิดฐานผิดประเวณี

ความผิดฐานผิดประเวณีตามกฎหมายอิสลามนี้ถือเป็นความผิดที่รุนแรงมาก ดังนั้นการกำหนดรูปแบบการลงโทษจึงมีความรุนแรงและมีความแตกต่างจากรูปแบบการลงโทษตามกฎหมายไทย ซึ่งรูปแบบการลงโทษของความผิดฐานนี้ได้มีความเห็นพ้องของสำนักความคิดทั้ง 4 สำนัก แบ่งออกได้เป็น 3 รูปแบบ ได้แก่

ก. การลงโทษด้วยการปาก้อนหิน เป็นการลงโทษกรณีผู้ที่กระทำความผิดเป็นบุคคลที่เคยผ่านการสมรสโดยชอบแล้ว และวิธีการลงโทษคือทำให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการลงโทษด้วยการเอาหินมาปาใส่ผู้กระทำความผิดจนผู้กระทำความผิดถึงแก่ความตาย ฉะนั้นการลงโทษด้วยวิธีการนี้จึงเป็นรูปแบบหนึ่งในการลงโทษประหารชีวิตนั่นเอง โดยเหตุที่ให้ต้องถึงประหารชีวิตนั้นเนื่องจากกฎหมายอิสลามเห็นว่าบุคคลที่เคยผ่านการสมรสเป็นผู้ที่เคยอยู่ในแนวทางดำเนินชีวิตที่ถูกต้องดีงามแล้ว แต่กลับเลือกที่จะออกจากเส้นทางนั้นและมากระทำความผิด จึงต้องลงโทษร้ายแรงด้วยการถูกประหารชีวิต

ข. การลงโทษด้วยการโบย 100 ครั้งเป็นการลงโทษกรณีผู้ที่กระทำความผิดฐานนี้เป็นบุคคลที่ไม่เคยผ่านการสมรสโดยชอบแล้ว โดยผู้ที่กระทำความผิดจะถูกลงโทษด้วยการโบย แต่จะไม่ถึงขั้นทำให้ถึงแก่ชีวิต ดังนั้นก่อนการรับโทษนี้จึงจำเป็นต้องเห็นว่าผู้กระทำความผิดมีสภาพที่สามารถทนกับการลงโทษได้ ส่วนเหตุที่ให้ลงโทษเพียงการโบยไม่ถึงขั้นประหารชีวิตแตกต่างจากกรณีผู้ที่เคยผ่านการสมรสแล้วนั้น เนื่องจากกฎหมายอิสลามเห็นว่าบุคคลเหล่านี้ยังเป็นผู้ที่ไม่เคยอยู่บนเส้นทางที่ถูกต้อง จึงอาจหลงผิดไป ต้องลงโทษเพื่อเป็นการแสดงให้เห็นว่าการกระทำดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่ผิดและเพื่อป้องกันไม่ให้กระทำความผิดซ้ำอีก

ค. การเนรเทศ เป็นการลงโทษที่สามารถบังคับใช้ได้ทั้งกับบุคคลที่เคยและไม่เคยผ่านการสมรสมาก่อนก็ได้ และไม่ว่าผู้กระทำความผิดจะเป็นหญิงหรือชายก็ตาม โดยระยะเวลาการเนรเทศคือ 1 ปี

ง. การลงโทษตามดุลยพินิจผู้พิพากษา โดยทั่วไปการลงโทษฐานผิดประเวณีนั้นจะสามารถลงโทษได้ต่อเมื่อมีพยาน 4 คนรู้เห็นถึงการกระทำความผิดนั้นหรือเป็นกรณีผู้กระทำความผิดให้การรับสารภาพเอง แต่หากคดีไม่สามารถปรากฏพยานผู้รู้เห็นการกระทำความผิดหรือผู้กระทำความผิดไม่ให้การรับสารภาพ ศาลจะไม่สามารถลงโทษด้วยการปาก้อนหินหรือการโบยได้ ดังนั้นจึงเป็นไปตามที่ผู้พิพากษาจะเห็นสมควรให้ลงโทษด้วยรูปแบบใด

2. ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์เพศเดียวกัน

การลงโทษกรณีความสัมพันธ์ระหว่างชายและชาย มี 3 ความเห็น

1. การบังคับโทษให้เป็นลักษณะเดียวกับการลงโทษความผิดฐานผิดประเวณี
2. การบังคับโทษด้วยรูปแบบหุ้ดุด (Hudud Offenses) ด้วยวิธีการปาหินจนตาย ซึ่งเป็นการยึดถือตามแนวสุนนะฮ์ว่าต้องลงโทษด้วยรูปแบบหุ้ดุด (Hudud Offenses) และด้วยการประหารทั้งสองฝ่ายโดยไม่พิจารณาว่าเป็นผู้ที่เคยผ่านการสมรสมาแล้วหรือไม่ก็ตาม
3. การบังคับโทษไม่สามารถลงโทษให้มีลักษณะเดียวกับความผิดฐานผิดประเวณีได้ เนื่องจากไม่มีการกำหนดโทษไว้เหมือนเช่นกรณีความผิดฐานผิดประเวณีและรูปแบบที่แตกต่างจากการผิดประเวณี จึงให้ลงโทษโดยเป็นไปตามดุลยพินิจของผู้พิพากษา

ส่วนกรณีการลงโทษความผิดฐานมีความสัมพันธ์ระหว่างหญิงและหญิงนั้น ทุกสำนักกฎหมายเห็นพ้องไปในแนวทางเดียวกันว่าไม่สามารถลงโทษตามรูปแบบโทษหุ้ดุด (Hudud Offenses) หรือโทษแบบความผิดประเวณีได้ เนื่องจากลักษณะทางกายภาพของหญิงไม่สามารถกระทำการลักษณะคล้ายความผิดฐานผิดประเวณีได้ คือการไม่สามารถมีกรกระทำล่วงล้ำได้ ดังนั้นรูปแบบการลงโทษจึงไม่ลงโทษด้วยรูปแบบหุ้ดุด (Hudud Offenses) แต่จะลงโทษด้วยรูปแบบตะซีรอ (Ta'azir Offenses) หรือตามดุลยพินิจของผู้พิพากษา ได้แก่ การโบย 50 ครั้งหรืออาจเป็น 100 ครั้งหรือจำนวนครั้งตามที่ผู้พิพากษาเห็นสมควร

3. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเรา นี้ เป็นการกระทำโดยมีลักษณะการมีความสัมพันธ์กับหญิงที่มีใช้ภริยาตนและเป็นกรณีที่อวัยวะของฝ่ายชายเข้าไปในช่องคลอดของฝ่ายหญิง ซึ่งลักษณะดังกล่าวนี้เป็นการกระทำที่มีลักษณะเดียวกับการกระทำผิดประเวณี ดังนั้นโทษที่จะใช้บังคับในการลงโทษการกระทำความผิดนี้แม้จะมีความเห็นขัดแย้งกันของสำนักกฎหมาย แต่ก็พบว่าสำนักกฎหมายมักมี

ความเห็นว่าเป็นโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดฐานผิดประเวณี ซึ่งได้แก่ การโบย 100 ครั้ง สำหรับผู้กระทำความผิดที่ยังไม่ได้ผ่านการสมรส และการปาก้อนหินจนตาย สำหรับผู้กระทำความผิดที่เคยผ่านการสมรสโดยชอบมาแล้ว แต่การลงโทษในฐานะความผิดนี้อาจมีการลงโทษให้จ่ายค่าสินไหมทดแทนเพิ่มได้อีก โดยชายที่กระทำนั้นจะต้องจ่ายเงินค่าทดแทนให้แก่ฝ่ายหญิงเท่ากับค่าตัวของหญิงผู้นั้นหากมีชายอื่นมาสู่ขอ ซึ่งต้องพิจารณาจากเกณฑ์เกี่ยวกับอายุ สถานะทางสังคมของหญิงนั้นด้วย แต่หากเป็นกรณีที่ชายกระทำกับหญิงซึ่งเป็นทาสนั้น ชายผู้นั้นจะต้องจ่ายเงินค่าทดแทนให้กับเจ้าของทาสของหญิงแทนตัวหญิงเอง เนื่องจากถือการกระทำนั้นเป็นการกระทบต่อเจ้าของทาส ส่วนเหตุผลที่มีการกำหนดโทษให้ชายเสียค่าสินไหมทดแทนนั้นเพื่อเป็นการตอบแทนที่หญิงนั้นมีเพศสัมพันธ์กับตน

4.5.2.2 การลงโทษตามกฎหมายอิสลามช่วงยุคก่อนกฎหมายสมัยใหม่และยุคมืดของการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม

กฎหมายในยุคนี้เป็นกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดของตะวันตกเป็นอย่างมาก จึงส่งผลต่อรูปแบบการลงโทษในฐานะความผิดเกี่ยวกับเพศคือไม่มีการลงโทษด้วยการปาก้อนหินจนตายอีกต่อไป เนื่องจากประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศสไม่สามารถยอมรับวิธีการลงโทษโดยเฉพาะโทษปาก้อนหินได้ แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าศาลจะไม่ได้ลงโทษด้วยวิธีการปาก้อนหิน แต่ก็มีได้มีการกำหนดยกเลิกการลงโทษนี้ชัดเจน เพราะเป็นโทษที่พระเจ้ากำหนดไว้ จึงไม่สามารถยกเลิกได้ ส่วนรูปแบบการลงโทษด้วยวิธีการโบยยังคงให้มีการบังคับใช้อยู่ แต่จะสามารถลงโทษด้วยวิธีนี้ได้ต่อเมื่อเจ้าพนักงานรัฐเป็นผู้อนุญาต ดังนั้นส่วนใหญ่จึงใช้โทษจำคุกและปรับแทน

4.5.2.3 การลงโทษตามกฎหมายอิสลามในปัจจุบัน

การลงโทษตามกฎหมายอิสลามนี้เป็นกำหนดรูปแบบการลงโทษซึ่งลักษณะมาตั้งแต่ยุคคลาสสิก แม้ว่าในช่วงยุคมืดหรือยุคที่ได้รับอิทธิพลจากตะวันตกจะเกิดความเปลี่ยนแปลงรูปแบบการลงโทษให้เป็นการจำคุกเป็นโทษหลักก็ตาม แต่ภายหลังจากยุคนี้ประเทศต่างๆ กลับมาใช้รูปแบบการลงโทษเหมือนดังเช่นเดิม ซึ่งเหตุผลนั้นเนื่องมาจากรูปแบบการลงโทษเป็นรูปแบบที่กำหนดไว้ในอัลกุรอานและอัลหะดีษ (คำพูด การกระทำ และการยอมรับของท่านนบีซุฮัยมัดฯ) ดังนั้นจึงมีแนวความคิดว่ามนุษย์จึงไม่สามารถเปลี่ยนแปลงรูปแบบการลงโทษทั้งสองรูปแบบดังกล่าวได้ และคง

ต้องยอมรับว่าหากการทางศาสนาเปลี่ยนแปลงได้ตามสภาพสังคม ศาสนาก็ไม่อาจทำหน้าที่ในฐานะเครื่องยึดเหนี่ยวจิตใจของบุคคลอีกต่อไป⁵⁰ นอกจากนั้นยังสามารถถูกกลโกงด้วยวิธีการปรับได้

4.6 วิเคราะห์และเปรียบเทียบรูปแบบการลงโทษตามกฎหมายไทยกับกฎหมายอิสลาม

จากรูปแบบการลงโทษตามกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามจึงแบ่งประเด็นในการพิจารณาได้ ดังต่อไปนี้

4.6.1 รูปแบบการลงโทษ

4.6.1.1 รูปแบบการลงโทษตามกฎหมายไทยเดิม

- (1) โทษประจาน
- (2) โทษปรับไหม

4.6.1.2 รูปแบบการลงโทษตามกฎหมายไทยภายหลังปฏิรูป

- (1) โทษเช็ย
- (2) โทษจำคุก
- (3) โทษปรับ
- (4) โทษประหารชีวิต

4.6.1.3 รูปแบบการลงโทษตามกฎหมายอิสลามเดิม

- (1) โทษปาก้อนหิน
- (2) โทษโบย
- (3) โทษเนรเทศ
- (4) โทษตามดุลยพินิจของผู้พิพากษา

⁵⁰ สุดปรารถนา นิละไพจิตร, "สิทธิมนุษยชนในอิสลามกับการรับรองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย," หน้า 158.

4.6.1.4 รูปแบบการลงโทษตามกฎหมายอิสลามช่วงยุคมีด

- (1) โทษจำคุก
- (2) โทษโบย
- (3) โทษปรับ

4.6.1.5 รูปแบบการลงโทษตามกฎหมายอิสลามปัจจุบัน

- (1) โทษปาก้อนหิน
- (2) โทษโบย
- (3) โทษจำคุก
- (4) โทษปรับ
- (5) โทษเนรเทศ
- (6) โทษตามดุลยพินิจของผู้พิพากษา

4.6.2 แนวความคิดและทฤษฎี

ทุกสังคมย่อมมีกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยของสังคม แต่จะแตกต่างกันไปตามการพัฒนาและวัตถุประสงค์ของการลงโทษในแต่ละยุคแต่ละสมัย ฉะนั้นรูปแบบการลงโทษจึงมีความแตกต่างกันไปตามสภาพสังคมและระบบกฎหมาย

4.6.2.1 ทฤษฎีการลงโทษตามกฎหมายไทย

- (1) ยุคก่อนการปฏิรูปกฎหมายไทย

การลงโทษตามกฎหมายตราสามดวงในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน เห็นได้ว่าการลงโทษในลักษณะที่มีความรุนแรง เช่นในกรณีชายและหญิงเป็นชู้กัน มีบทลงโทษให้ประจานผู้กระทำชู้ เช่น การให้ลงโทษเอาเฉลวปะหน้า ทัดดอกชบาสีแดงข้างหู รอยดอกชบาเป็นมาลัยใส่ศีรษะใส่คอ หรือในกรณีการลงโทษหญิงแพศยาซึ่งมีบทลงโทษให้เอาปูนเขียนหน้าหญิงร้ายนั้นเป็นตารางร้อยดอกชบาเป็นมาลัย ใส่ศีรษะใส่คอ แล้วให้เอาหญิงนั้นขึ้นหาอย่างประจาน เป็นต้น แม้ว่าการลงโทษในกรณีเช่นนี้อาจมิได้มีลักษณะเป็นการลงโทษทางอาญาแบบในปัจจุบัน แต่จะเห็นได้ว่าการลงโทษในสมัยนี้จะลงโทษด้วยการทำโทษแก่เนื้อตัวและร่างกาย จึงมีลักษณะการลงโทษทางอาญารูปแบบหนึ่ง

นอกจากนั้นการลงโทษดังกล่าวยังทำให้เกิดการอับอาย ทั้งยังมีการประจานทำให้บุคคลอื่นรับรู้ถึงความผิดและการลงโทษจึงถือได้ว่าเป็นการลงโทษเพื่อข่มขู่มิให้ผู้อื่นกระทำความผิดเป็นเยี่ยงอย่างอีกด้วย เนื่องจากจะทำให้ประชาชนโดยทั่วไปเห็นถึงการถูกลงโทษและก่อให้เกิดความกลัวไม่กล้ากระทำความผิดเช่นเดียวกันอีก ฉะนั้นการลงโทษตามกฎหมายไทยเดิม เช่น ตามพระอัยการลักษณะผิดเมีย จะกำหนดบทลงโทษเพื่อทดแทนแก้แค้นเพื่อข่มขู่มิให้ผู้อื่นกระทำความผิดเป็นเยี่ยงอย่างกัน แม้ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดเพียงเล็กน้อยก็อาจถูกลงโทษอย่างหนัก เช่น โทษประจาน⁵¹ ในความผิดฐานผิดประเวณี เป็นต้น

(2) ยุคภายหลังการปฏิรูปกฎหมายไทย

ต่อมาเมื่อปรัชญาพื้นฐานและวัตถุประสงค์การลงโทษได้เปลี่ยนไป โดยมีแนวความคิดและความเชื่อว่ามนุษย์ไม่ได้ชั่วช้ามาแต่กำเนิด แต่เกิดขึ้นเพราะสังคมสร้างอาชญากรรมขึ้น จึงมีแนวคิดที่เปลี่ยนแปลงไป และกำหนดบทลงโทษเพื่อขัดเกลาให้บุคคลเหล่านั้นกลับมาเป็นคนดีของสังคม ส่งผลทำให้รูปแบบการลงโทษอันมีลักษณะเป็นการแก้แค้นและข่มขู่ได้ถูกยกเลิกและโทษที่ใช้เป็นหลักในการลงโทษความผิดเกี่ยวกับเพศในปัจจุบันได้แก่การจำคุกและการปรับ แม้ว่าในช่วงยุคแรกอาจยังเห็นทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนอยู่บ้างจากการลงโทษด้วยวิธีการเขียนตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 กรณีกระทำความผิดฐานข่มขืนลักทรัพย์ซ้ำ แต่ต่อมากการลงโทษด้วยวิธีการนี้ก็ได้ออกไปโดยไม่มีมีการนำกลับมาใช้อีก และเพื่อให้บรรล่วัตถุประสงค์ดังกล่าว โทษที่ใช้เป็นหลักในการลงโทษความผิดเกี่ยวกับเพศในปัจจุบันจึงได้แก่การจำคุก ซึ่งเป็นโทษที่เห็นว่าจะสามารถทำให้บรรล่วัตถุประสงค์ในการแก้ไขผู้กระทำความผิดได้ ทฤษฎีการลงโทษจึงเปลี่ยนจากเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนและเพื่อเป็นการยับยั้งหรือป้องกันการกระทำความผิดเป็นทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมและเพื่อแก้ไขผู้กระทำความผิด ส่วนในกรณีที่เห็นเหตุให้ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย จึงต้องถูกลงโทษด้วยการประหารชีวิต เป็นการลงโทษรูปแบบหนึ่งอันมีวัตถุประสงค์ตามทฤษฎีตัดออกจากสังคมเช่นกัน แต่เป็นการตัดออกจากสังคมอย่างถาวรและโทษประหารชีวิตยังมีลักษณะเป็นโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนด้วย แต่จะใช้เฉพาะการกระทำอันเป็นเหตุเพิ่มโทษเท่านั้นคือการทำให้ผู้อื่นถึง

⁵¹ ประคนธ์ พันธุ์วิชาติกุล, "การลงโทษสถานหนักต่อผู้กระทำผิดกฎหมาย" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 6.

แก่ความตาย ดังนั้นโทษโดยทั่วไปคือโทษจำคุกจึงเป็นการกำหนดโทษตามทฤษฎีการแก้ไขผู้กระทำความผิด

4.6.2.2 ทฤษฎีการลงโทษตามกฎหมายอิสลาม

(1) ยุคคลาสสิก

การลงโทษตามกฎหมายอิสลามในช่วงยุคคลาสสิกกรณีความผิดทางเพศได้แก่การลงโทษด้วยการโบยและการปาก้อนหินมีลักษณะรูปแบบการลงโทษดังกล่าวเป็นการลงโทษที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย โดยจากลักษณะการลงโทษดังกล่าวจะเห็นว่าเป็นการลงโทษที่มีความรุนแรง ซึ่งการลงโทษด้วยวิธีการรุนแรงนั้นอาจเป็นการลงโทษโดยใช้ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน แต่ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 หลักการของทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนนี้จะตั้งอยู่บนหลักที่ว่าถ้าการกระทำความผิดร้ายแรงเพียงใด โทษที่กระทำความผิดจะได้รับก็จะรุนแรงเช่นเดียวกัน แต่จากแนวความคิดในการลงโทษตามกฎหมายอิสลามนั้น แม้จะกำหนดรูปแบบการลงโทษด้วยวิธีการโบยและการปาก้อนหินจะเป็นการลงโทษที่รุนแรงก็ตาม แต่การกำหนดโทษเช่นนี้เนื่องมาจากการกระทำความผิดนี้เป็นกระทำบาปใหญ่รองจากการตกลาตามหลักคำสอนของศาสนาอิสลาม รูปแบบการลงโทษจึงถูกกำหนดให้จำต้องมีความรุนแรงเพราะเป็นสิ่งเป็นการกระทำที่เป็นบาปมหันต์และเป็นความผิดร้ายแรงมาก ซึ่งการโบยเป็นโทษที่สอดคล้องกับการช่มชู้ยังได้เป็นอย่างดีและมีประสิทธิภาพในการยับยั้งผู้กระทำความผิด⁵² มิใช่ลงโทษเพื่อให้สาสมกับความผิดที่ได้กระทำไปหรือเพื่อชดเชยกับความเจ็บปวดของเหยื่อ ทั้งกฎหมายอิสลามยังได้กำหนดวิธีการลงโทษ เช่น การโบยนั้นจะต้องโบยเพียงส่งผลถึงผิวหนังเท่านั้น หรือการปาก้อนหินจะต้องเลือกขนาดก้อนหินที่มีความเหมาะสมไม่เล็กหรือใหญ่จนเกินไปเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษและเกิดความทรมานมากเกินไป และการกำหนดว่าจะต้องลงโทษต่อหน้าสาธารณชนจะทำให้ประชาชนเกิดความเกรงกลัวด้วยสร้างความอับอายให้แก่ผู้กระทำความผิดพร้อมๆ กับความเจ็บปวดที่พอประมาณจะทำให้เกิดการช่มชู้บุคคลอื่นไม่ให้กระทำความผิดและผู้ที่เคยกระทำความผิดเกิดความหลาบจำไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำ แสดงให้เห็นว่ากฎหมายอิสลามมิได้มุ่งการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนแต่เป็นการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการยับยั้งหรือการป้องกันการกระทำความผิด การกำหนดโทษลักษณะนี้ก็เพื่อเป็นการทำให้บุคคลอื่นไม่กล้ากระทำความผิดและผู้ที่เคยกระทำความผิดเกิดความหลาบจำไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำ เพราะหลักการสำคัญของกฎหมายอิสลามคือการทำให้มนุษย์อยู่ในหนทางที่ถูกต้องตามคำสั่งของพระเจ้า และจึงกลายเป็นหน้าที่ของรัฐประการหนึ่งที่จะต้องนำพา

⁵² ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, หน้า 166.

พลเมืองของตนให้ดำเนินชีวิตให้ถูกต้อง จึงเป็นบทลงโทษที่มุ่งเน้นในเรื่องของการห้ามปราบปราม ป้องกันและสร้างความหวาดกลัว มากกว่าที่จะมุ่งเน้นในเรื่องของการใช้อำนาจ⁵³ ฉะนั้น รูปแบบ “หุดูด” (Hudud Offenses) ซึ่งการลงโทษประเภทหุดูด (Hudud Offenses) จะมีลักษณะการลงโทษที่รุนแรง เช่น การลงโทษด้วยการปาหินจนตาย หรือ การโบย เหตุที่กำหนดรูปแบบลักษณะนี้ เพื่อมุ่งขู่ให้เกิดความกลัวแก่บุคคลที่จะกระทำความผิด⁵⁴

นอกจากนั้นการลงโทษด้วยการให้จ่ายค่าปรับในกรณีกระทำความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเรา เป็นบทลงโทษในกรณีที่มีพยานหลักฐานไม่เพียงพอที่จะลงโทษด้วยการปาก้อนหินจนตาย เนื่องจากในบางกรณีการลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยการปาก้อนหินหรือการโบยอาจไม่มีความเหมาะสมหรือรุนแรงเกินสมควร จึงลงโทษด้วยการจ่ายค่าปรับเพื่อเป็นการชดใช้ความผิดในรูปแบบหนึ่งและเป็นการแสดงให้เห็นว่าการกระทำความผิดในลักษณะเช่นนี้จะต้องได้ถูกลงโทษ ดังนั้นจึงแสดงให้เห็นได้ว่าทฤษฎีการลงโทษในยุคนี้ยังคงมุ่งเน้นการลงโทษเพื่อการยับยั้งหรือการป้องกันการกระทำความผิดเช่นเดียวกันจึงลงโทษในลักษณะนี้เพื่อให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดีมิให้กลับมากระทำความผิดซ้ำอีก

(2) ยุคมีดของการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม

ต่อมาเมื่อกฎหมายอิสลามได้รับอิทธิพลแนวความคิดจากตะวันตก ทำให้เกิดความเปลี่ยนแปลงแนวความคิดในการลงโทษ กล่าวคือ ไม่มีการลงโทษด้วยวิธีการปาก้อนหินซึ่งเป็นการลงโทษที่มีมาแต่เดิม แม้จะยังคงมีการลงโทษด้วยวิธีการโบย แต่จะต้องลงโทษไปตามเงื่อนไขที่เคร่งครัดกล่าวคือต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่รัฐก่อน ดังนั้นโทษที่สำคัญในการลงโทษผู้กระทำความผิดทางเพศนี้จึงใช้วิธีการลงโทษจำคุกเป็นหลักแทน ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงในแนวความคิดและทฤษฎีการลงโทษที่มีความแตกต่างจากในอดีต กล่าวคือ การลงโทษผู้กระทำความผิดทางเพศแต่เดิมจะมุ่งเน้นการลงโทษเพื่อการยับยั้งหรือการป้องกันการกระทำความผิด แต่เนื่องจากยุคนี้ใช้การลงโทษด้วยวิธีการจำคุกเป็นหลัก ทฤษฎีการลงโทษจึงเปลี่ยนเป็นการลงโทษเพื่อเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเป็นหลักเพื่อมิให้ผู้กระทำความผิดสามารถกระทำความผิดซ้ำได้อีก

⁵³ สมาคมนักเรียนเก่าอาหรับ, *ฟิกฮฺซุนนะฮฺ*, หน้า 6.

⁵⁴ Aly Aly Mansour, "Hudud Crimes," in *The Islamic Criminal Justice System*, ed. M. Cherif Bassiouni (the United States of America: Oceana Publications), p. 195.

(3) ยุคกฎหมายอิสลามในปัจจุบัน

การลงโทษของความผิดทางเพศของกฎหมายอิสลามในยุคนี้โดยหลักจะสามารถแบ่งออกเป็นสองโทษด้วยการปาก้อนหินสำหรับผู้กระทำความผิดที่ผ่านการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว และโทษโบยสำหรับผู้กระทำความผิดที่ยังไม่ได้ผ่านการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายจะเห็นได้ว่าในยุคปัจจุบันไม่ว่าประเทศที่ใช้กฎหมายอิสลามบังคับนั้นจะเป็นประเทศที่มีกฎหมายอาญาเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ ประเทศเหล่านี้ได้ใช้บทลงโทษซึ่งถูกกำหนดไว้ตั้งแต่ในยุคคลาสสิก แม้ว่าต่อมาจะมีการเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพของสังคมโลก เช่น ในยุคมีดของการบังคับใช้กฎหมายอิสลามที่ใช้โทษจำคุกเป็นหลัก โดยไม่บังคับใช้โทษปาก้อนหิน และจำกัดการใช้โทษการโบย แต่ในยุคปัจจุบันประเทศซึ่งใช้กฎหมายอิสลามเหล่านี้ได้นำการลงโทษแบบเดิมกลับมาใช้อีกครั้ง ซึ่งการกำหนดโทษที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดและรูปแบบการลงโทษเหล่านี้มีลักษณะเช่นเดียวกันกับการลงโทษในยุคก่อนที่จะได้รับอิทธิพลจากประเทศตะวันตก และจะเห็นว่ายังคงใช้โทษจำคุกอยู่ แต่มักจะลงโทษด้วยรูปแบบนี้กรณีที่ไม่สามารถลงโทษด้วยรูปแบบหุดุด (Hudud Offenses) ได้(การปาก้อนหินและการโบย) เพราะฉะนั้นจึงเห็นได้ว่ากฎหมายอิสลามได้มีแนวความคิดการลงโทษโดยการนำทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการยังยั้งหรือการป้องกันการกระทำความผิดกลับมาใช้อีกครั้งควบคู่กับทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม

แต่อย่างไรก็ตาม แม้วิธีการลงโทษด้วยการโบยหรือการปาก้อนหินนั้นเป็นการลงโทษที่ถูกกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้กระทำความผิดเป็นอย่างมากและอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ถูกลงโทษได้ โดยเฉพาะบทลงโทษของความผิดทางเพศนี้ รัฐอิสลามจึงจะลงโทษผู้กระทำความผิดฐานนี้ต่อเมื่อสามารถพิสูจน์ความผิดด้วยพยานหลักฐานที่เพียงพอเท่านั้น

4.6.3 ปัจจัยการเปลี่ยนแปลง

ปัจจัยการเปลี่ยนแปลงและมีอิทธิพลต่อรูปแบบการลงโทษมากที่สุด ได้แก่ กฎหมายระหว่างประเทศเรื่องสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ ภายหลังศตวรรษที่ 19 เกิดแนวความคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนขึ้น โดยมีแนวความคิดที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิติดตัวตั้งแต่กำเนิดในการเป็นมนุษย์ ดังนั้นแม้ว่าผู้นั้นจะเป็นผู้กระทำความผิดหรือเป็นจำเลยก็ตาม แต่จะต้องได้รับการปฏิบัติเยี่ยงมนุษย์ การลงโทษอันมีลักษณะเป็นการลงโทษที่โหดร้ายทารุณหรือเป็นลดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จะไม่สามารถลงโทษได้และจากแนวความคิดดังกล่าว ทำให้นานาประเทศทั่วโลกมีการกำหนดข้อตกลงเพื่อใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติกัน ซึ่งประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกและได้รับมาเป็นแนวทางในการปฏิบัติในประเทศซึ่งรวมถึงกฎหมายอาญาของไทยด้วย

ช่วงก่อนการปฏิรูปกฎหมาย ประเทศตะวันตกไม่ยอมรับวิธีการพิจารณาและรูปแบบการลงโทษแบบไทย เนื่องจากเห็นว่าเป็นการลงโทษที่ล่าช้าและป่าเถื่อนจึงก่อให้เกิดปัญหาเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ต่อมาพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ จึงได้โปรดเกล้าฯ ให้มีการปฏิรูปกฎหมาย ส่งผลต่อรูปแบบการลงโทษบางอย่างของไทยแต่เดิมถูกยกเลิกไปและเริ่มใช้บังคับรูปแบบการลงโทษให้มีลักษณะเป็นสากลมากขึ้น เช่น โทษจำคุก เป็นต้น กอปรกับการที่ประเทศไทยได้ลงนามกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน จึงทำให้รูปแบบการลงโทษในปัจจุบันมีเพียง 5 รูปแบบเท่านั้น ได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน⁵⁵ ซึ่งเป็นโทษที่มีลักษณะใช้กันทั่วไปตามประเทศตะวันตก และจากการปรับปรุงกฎหมายและรูปแบบการลงโทษนี้เอง จึงทำให้รูปแบบการลงโทษสำหรับความผิดทางเพศบางลักษณะได้ถูกยกเลิกไปคือโทษประจานและโทษเชี่ยนและพัฒนาလာมาเป็นรูปแบบการลงโทษด้วยวิธีการจำคุกในปัจจุบัน

เนื่องด้วยสาระสำคัญของสิทธิมนุษยชนมีประวัติความเป็นมายาวนานจากประวัติศาสตร์ของชาติตะวันตกซึ่งเริ่มมาจากประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น จากแนวคิดของจอห์น ล็อก หรือรูสโซ โดยเน้นเรื่องเหตุผลและเน้นความเป็นมนุษย์ (มนุษยศาสตร์) และเริ่มให้ความสำคัญกับสิทธิพื้นฐานของบุคคลทุกคน พัฒนากลายมาเป็นหลักสิทธิมนุษยชนซึ่งมีอิทธิพลทั่วยุโรปและกลายเป็นหลักทั่วไปของสหประชาชาติ⁵⁶ สิทธิมนุษยชนจึงเป็นหลักพื้นฐานของความคิดตามแบบกฎหมายตะวันตก โดยที่แนวความคิดหลักนี้มีความแตกต่างจากหลักการของระบบกฎหมายอิสลาม กล่าวคือ กฎหมายอิสลามตั้งแต่เดิมนั้นมิได้มุ่งเน้นเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนเหมือนดังเช่นกฎหมายของประเทศตะวันตก แต่กฎหมายอิสลามจะมุ่งเน้นเรื่องของการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมและเรื่องของความเชื่อความศรัทธาซึ่งต่างจากกฎหมายของประเทศตะวันตกที่จะเน้นเรื่องของมนุษย์⁵⁷ ส่งผลให้เกิดความแตกต่างทางความคิด เช่น มาตรา 6 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน บัญญัติให้การลงโทษด้วยวิธีการประหารชีวิตไม่สามารถกระทำได้หากบุคคลนั้นยังเป็นผู้เยาว์ การจะบรรลุนิติภาวะเป็นผู้เยาว์ในกรณีนี้ คือ บุคคลนั้นจะมีอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ เนื่องจากเป็นเกณฑ์ที่สังคมของตะวันตกเห็นว่าเป็นอายุที่มีความเหมาะสมที่จะถือได้ว่าเป็นผู้ใหญ่แล้ว

⁵⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18

⁵⁶ Reza Aslan, "The Problem of Stoning in the Islamic Penal Code: An Argument for Reform " 3 UCLA J. ISLAMIC & NEAR E.L. 91: 99.

⁵⁷ Ibid., 100.

ในขณะที่การจะบรรลุการเป็นผู้เยาว์ตามกฎหมายอิสลาม คือ อายุครบ 9 ปีบริบูรณ์ในกรณีของเป็นเด็กหญิง และอายุครบ 15 ปีบริบูรณ์ในกรณีเป็นเด็กชาย ซึ่งแสดงให้เห็นว่าจากมาตรการดังกล่าวจึงไม่สามารถที่จะนำพิจารณาในกรณีหากเป็นการลงโทษประหารชีวิตตามกฎหมายอิสลามได้⁵⁸ และด้วยเหตุผลของสิทธิมนุษยชนที่แตกต่างนี้จึงทำให้กฎหมายอิสลามมิได้รับอิทธิพลในเรื่องเช่นนี้มากนัก เนื่องจากรากฐานของความคิด การลงโทษตามกฎหมายอิสลามจึงยังคงมีรูปแบบเช่นเดิม ได้แก่ การปาก้อนหินจนตายและการโบย 100 ครั้ง

4.7 วิเคราะห์ข้อดีและข้อบกพร่อง

4.7.1 วิเคราะห์ข้อดีของกฎหมายไทย

(1) การกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายไทยนั้นมีวิวัฒนาการการบัญญัติฐานความผิดเปลี่ยนแปลงตามสังคมตลอด เช่น ความผิดทางเพศตามกฎหมายตราสามดวงมีแนวความคิดมาจากการที่สังคมยกย่องชายและต้องการปกป้องอำนาจที่ชายมีต่อตัวหญิงภรรยา จึงได้มีการบัญญัติความผิดประเวณีขึ้น แต่เมื่อสังคมเปลี่ยนแปลงไปทำให้บทบาทของหญิงเปลี่ยนเช่นกัน รวมทั้งแนวความคิดที่ได้รับจากประเทศตะวันตกทำให้แนวความคิดของกฎหมายไทยมีความเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมหรือกรณีความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกันที่มีความเห็นว่าเป็นเรื่องส่วนบุคคลและเพื่อให้สอดคล้องกับสังคม ส่งผลให้มีการยกเลิกความผิดฐานทั้งสองดังกล่าวและในปัจจุบันมิได้เป็นฐานความผิดอาญาอีกต่อไป

(2) การบัญญัติกฎหมายให้สามารถคุ้มครองได้มากขึ้น กล่าวคือ จากการศึกษาวิวัฒนาการแนวความคิดของการกระทำความผิดทางเพศตามกฎหมายของประเทศไทยในบทที่ 2 จะพบว่ากฎหมายเดิมนั้นยังคงไม่สามารถคุ้มครองได้ เช่น การเกิดปัญหากรณีสามีข่มขืนภรรยาได้โดยไม่ถือว่าเป็นความผิดทางอาญาเพราะมีแนวคิดที่ว่าเมื่อสมรสกันถือว่ายินยอมในการมีเพศสัมพันธ์กันแล้ว แต่อย่างไรก็ตามเห็นว่าเนื่องจากกฎหมายไทยมุ่งที่จะคุ้มครองเสรีภาพในการมีเพศสัมพันธ์ของบุคคล แต่กฎหมายไม่บัญญัติคุ้มครองในกรณีดังกล่าวย่อมไม่สามารถคุ้มครองกรณีเช่นนี้ได้หรือกรณีที่กฎหมายไทยเดิมเห็นว่าจะจะเป็นความผิดทางอาญาได้ต้องเป็นกรณีชายกระทำต่อหญิง หญิงไม่อาจเป็น

⁵⁸ สุดปรารถนา นิละไพจิตร, "สิทธิมนุษยชนในอิสลามกับการรับรองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย," หน้า 158.

ผู้กระทำความผิดได้ เช่นนี้ก็อาจจะไม่สามารถคุ้มครองชายได้อย่างเพียงพอ แต่เมื่อกฎหมายไทยได้ตระหนักถึงปัญหาดังกล่าวจึงได้มีการพัฒนาความคิด ดังนั้นปัจจุบันสามิไม่สามารถบังคับให้ภรรยามีเพศสัมพันธ์กับตนได้และผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำสามารถเป็นได้ทั้งชายและหญิงซึ่งแตกต่างไปจากแนวความคิดเดิมของไทยสามารถคุ้มครองได้กว้างมากขึ้น

(3) รูปแบบการลงโทษมีการเปลี่ยนแปลงกลายเป็นรูปแบบสากลคล้ายกับการลงโทษของประเทศอื่นๆ ทำให้นานาประเทศทั่วโลกมีการยอมรับในกระบวนยุติธรรมของไทยซึ่งแตกต่างจากไทยในอดีตจึงทำให้เกิดปัญหาเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขตขึ้น ทั้งจากการศึกษาวิวัฒนาการลงโทษจะพบว่าประเทศไทยได้พยายามเปลี่ยนแปลงแนวความคิดการกำหนดโทษและปรับปรุงรูปแบบที่ความสอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษตามหลักสากลมาโดยตลอด

4.7.2 วิเคราะห์ข้อบกพร่องของกฎหมายไทย

รูปแบบการลงโทษด้วยวิธีการจำคุก (ซึ่งเป็นรูปแบบการลงโทษหลักของความผิดทางเพศ) เป็นวิธีการเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมให้เกิดความปลอดภัยและมีความเชื่อว่าการนำผู้กระทำความผิดไปจำคุกนั้นจะสามารถขัดเกลากลับผู้กระทำความผิดให้กลับมาเป็นคนดีกลับคืนสู่สังคมได้ การพยายามที่จะแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำความผิดนี้อาจจะไม่มี ความเหมาะสมกับอาชญากรทุกคน ทั้งอาจเกิดปัญหาในการปรับเปลี่ยนทัศนคติให้กลายมาเป็นคนดีของสังคม เนื่องจากอาชญากรรมเหล่านี้มักจะมีทัศนคติที่เกิดจากสภาพสิ่งแวดล้อมและสภาพจิตใจในอดีตซึ่งอาจเปลี่ยนแปลงได้ยาก⁵⁹ นอกจากนี้การจำคุกเพื่อสนองต่อวัตถุประสงค์นี้ไม่ได้เป็นวิธีที่ดีที่สุด เพราะเมื่อกลับมาแล้ว ผู้กระทำความผิดอาจมีความโกรธแค้นสังคมมากยิ่งขึ้น เป็นผลต่อเนื่องจากการลงโทษที่เขาได้รับหรือปรับตัวเข้ากับสังคมยากขึ้น เพราะสังคมไม่ยอมรับ เพราะมีตราบาปเป็น คนชู้⁶⁰ ซึ่งสอดคล้องกับหลักทฤษฎีตีตราหรือทฤษฎีตามบาปตามที่ได้ศึกษาในบทที่ 2 นั้น

⁵⁹ Joel Meyer, "Reflections on Some Theories of Punishment," *Journal of Criminal Law and Criminology* 59, 4 (1969): 560.

⁶⁰ ปกรณ์ มณีปกรณ์, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา*, หน้า 259.

4.7.3 วิเคราะห์ข้อดีของกฎหมายอิสลาม

(1) กฎหมายอิสลามเป็นกฎหมายซึ่งอาศัยแนวความคิดทางศาสนายอมรับเอารากฐานความคิดทางศาสนาติดตามาด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความเชื่อทางศาสนาว่าด้วยอำนาจของพระผู้เป็นเจ้า (God, Gods) หรือว่าด้วยผลสนองของกรรม (Karma) การละเมิดต่อศีลธรรมทางศาสนาย่อมได้รับผลร้ายจากการบันดาลของผู้เป็นเจ้าหรือมีอาจได้เสวยสุขในสรวงสวรรค์ หรือต้องได้รับผลกรรมสนองในภพนี้หรือภพหน้า เป็นต้น⁶¹ ซึ่งจากลักษณะกฎหมายที่ตั้งอยู่บนฐานความคิดของศีลธรรมทางศาสนาสามารถกำกับสังคมมนุษย์ได้ทั้งความพฤติกรรมภายนอกและที่สำคัญคือกำกับได้ถึงระดับจิตใจ การที่กฎหมายอาศัยฐานความคิดทางศีลธรรมจรรยาจึงทำให้กฎหมายตั้งอยู่บนฐานเรื่องสำนึกผิดชอบชั่วดีทางศีลธรรมจรรยา⁶² ฉะนั้นการนำบทบัญญัติกฎหมายอาญาบัญญัติเป็นกฎหมายบ้านเมืองด้วยจึงอาจเป็นหนทางที่จะสามารถทำให้ประชาชนเป็นทั้งเป็นบุคคลที่อยู่ในศีลธรรมอันดีและเป็นพลเมืองที่ดีของสังคมด้วย เช่น กรณีความผิดฐานผิดประเวณี นอกจากประชาชนจะเกิดความเกรงกลัวต่อบทลงโทษตามกฎหมายบ้านเมืองแล้ว รัฐยังสามารถทำให้ประชาชนอยู่ในหนทางศาสนาได้อีกด้วย

(2) การลงโทษตามกฎหมายอิสลามจะมีความสัมพันธ์กับศาสนาอย่างชัดเจนรูปแบบการลงโทษที่รุนแรงจะถูกกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองศาสนาซึ่งเชื่อว่าสามารถนำไปสู่หนทางให้สังคมเกิดความสงบสุขได้ และเนื่องจากการกระทำความผิดทางเพศเป็นความผิดที่ถูกบัญญัติไว้ในอัลกุรอาน และจากการวิเคราะห์แนวความคิดและทฤษฎีการลงโทษตามกฎหมายอิสลามในข้อ 4.5.2.2 จะพบว่ากฎหมายอิสลามได้มีแนวคิดและทฤษฎีการลงโทษเพื่อยับยั้งหรือป้องกันการกระทำความผิด ซึ่งแม้จะมองว่ารูปแบบการลงโทษตามกฎหมายอิสลามมีความรุนแรงแต่จะพบว่าการใช้ทฤษฎีนี้ซึ่งเป็นทฤษฎีที่มีได้คำนึงถึงประโยชน์แต่เฉพาะการลงโทษเพื่อยับยั้งผู้กระทำความผิดเท่านั้น แต่ยังคงคำนึงถึงประโยชน์ของประชาชนและสังคมโดยรวมอีกด้วย จึงเป็นแนวความคิดการลงโทษที่สามารถป้องกันยับยั้งเป็นการเฉพาะซึ่งก็คือตัวผู้กระทำความผิดเองรวมทั้งเป็นการป้องกันยับยั้งเป็นการทั่วไปซึ่งก็คือประชาชนโดยทั่วไป โดยที่กฎหมายอิสลามได้กำหนดรูปแบบการลงโทษให้เป็นการ

⁶¹ อานนท์ มาเฝ้า, การแบ่งแยกระหว่างรัฐกับศาสนจักร : มโนทัศน์ทางนิติปรัชญาและกฎหมายมหาชน, หน้า 26.

⁶² เรื่องเดียวกัน

ลงโทษประเภทหุดูด (Hudud Offenses) เพื่อมุ่งขู่ให้เกิดความกลัวแก่บุคคลที่จะกระทำความผิด⁶³ จึงได้กำหนดกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายผู้กระทำความผิดอย่างรุนแรง เนื่องมาจากความเชื่อที่ว่า เป็นการลงโทษที่จะสามารถก่อให้เกิดความสงบสุขในสังคมได้

4.7.4 วิเคราะห์ข้อบกพร่องของกฎหมายอิสลาม

(1) จากการศึกษาความผิดทางเพศในบทที่ 3 พบว่าการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการกระทำผิดทางเพศที่ยังคงมีองค์ประกอบสำคัญของลักษณะการกระทำที่อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง จึงอาจทำให้ไม่สามารถครอบคลุมการกระทำความผิดบางประการได้ เช่น กรณีความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งแม้จะสามารถลงโทษตามดุลยพินิจของผู้พิพากษาได้ก็ตาม แต่ก็มีได้มีการบัญญัติชัดเจนไว้ในกฎหมายชัดเจน จากแนวคิดและความเชื่อที่ว่าแม้ผู้กระทำความผิดจะมีต้องรับโทษในโลกนี้ก็ต้องได้รับโทษในโลกหลังความตาย จึงอาจไม่สามารถคุ้มครองประชาชนจากการกระทำความผิดฐานนี้ที่มีลักษณะเพียงการกระทำที่ไม่เหมาะสมทางเพศโดยยังไม่ถึงขั้นข่มขืนกระทำชำเรา

(2) จากการศึกษาความผิดทางเพศในบทที่ 3 พบว่าแม้ว่าการนำบทบัญญัติของศาสนาเป็นกฎหมายด้วยจะส่งผลทำให้พลเมืองอยู่ในศีลธรรมและเป็นพลเมืองที่ตามกฎหมายก็ตาม แต่จะพบว่าการนำหลักศาสนาเป็นแนวกฎหมายในบางประเทศ เช่น ประเทศซาอุดีอาระเบีย เป็นต้น ไม่มีการบัญญัติเป็นกฎหมายที่ชัดเจน เพราะถือว่ากฎหมายของประเทศนั้นก็มีคัมภีร์อัลกุรอานเป็นกฎหมายสูงสุดอยู่แล้ว ทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความเห็นที่แตกต่างของลักษณะความผิดในฐานนั้นๆ แม้เป็นความผิดฐานเดียวกันก็ตาม ดังนั้นการไม่บัญญัติเป็นกฎหมายบ้านเมืองชัดเจนแล้ว อาจทำให้เกิดความไม่แน่นอนของกฎหมายได้ เช่น ฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งการตีความแตกต่างกันนี้จะส่งผลต่อการพิสูจน์หลักฐานตามกฎหมายอิสลาม กล่าวคือ ความแตกต่างระหว่างว่าเป็นความผิดที่พระเจ้ากำหนดเหมือนดังเช่นการผิดประเวณีหรือเป็นความผิดตามกฎหมายบ้านเมือง หากเป็นความผิดที่พระเจ้ากำหนด การพิสูจน์หลักฐานจะต้องมีพยานรู้เห็นการกระทำซึ่งเป็นชาย จำนวน 4 คนและไม่สามารถนำพยานแวดล้อมต่างๆ มาใช้เป็นหลักฐานพิสูจน์ความผิดได้ แต่หากเป็นความผิดตามกฎหมายบ้านเมือง ผู้เสียหายสามารถใช้พยานแวดล้อมต่างๆ มาพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำ

⁶³ Aly Aly Mansour, "Hudud Crimes," in *The Islamic Criminal Justice System*, p. 200.

ความผิดได้ และด้วยความเห็นที่แตกต่างจึงทำให้มีบ่อยครั้งที่ผู้เสียหายกลับต้องรับโทษแทนผู้กระทำความผิด

(3) การกำหนดว่าจะต้องกระทำความผิดต่อหน้าสาธารณชนอาจก่อให้เกิดเป็นทฤษฎีตราบาปหรือทฤษฎีตีตราได้ตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 2 โดยมีแนวความคิดว่าอาชญากรรมเกิดขึ้นเพราะสังคมเป็นผู้ตราบาป เพราะการดำเนินคดีหรือลงโทษของกระบวนการยุติธรรมจะมีอิทธิพลด้านลบต่อผู้ถูกลงโทษได้

4.7.5 วิเคราะห์รูปแบบการลงโทษและเป้าหมายของการลงโทษ

การลงโทษทางอาญาเป็นการลงโทษที่มีผลเสียหายต่อผู้กระทำความผิดเป็นอย่างมาก เนื่องจากโทษทางอาญานั้นเป็นโทษที่กระทำกับเนื้อตัวร่างกายของผู้กระทำความผิดจึงอาจถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม แต่ละสังคมจึงจำเป็นต้องมีการกำหนดโทษทางอาญาขึ้นเพื่อปกป้องและคุ้มครองประชาชนจากอาชญากรรมต่างๆ รวมถึงอาชญากรรมที่เกี่ยวกับความผิดทางเพศด้วย โดยที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่า การลงโทษทางอาญานั้นมีวัตถุประสงค์ได้แก่ การลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน การลงโทษเพื่อยับยั้งหรือป้องกันการกระทำผิด การลงโทษเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมและการลงโทษเพื่อแก้ไขผู้กระทำความผิด ซึ่งจากจุดมุ่งหมายในการลงโทษดังกล่าวทั้งหมดสะท้อนให้เห็นว่าโทษทางอาญาถูกกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันและยับยั้งอาชญากรรมนั่นเอง

จากการศึกษาจะพบว่ารูปแบบการลงโทษตามกฎหมายกำหนดให้ลงโทษด้วยการจำคุกและการปรับ แต่หากกระทำความผิดจนผู้ถูกลงโทษถึงแก่ความตายจะถูกลงโทษด้วยการประหารชีวิต ส่วนรูปแบบการลงโทษตามกฎหมายอิสลามได้แก่โทษปาก้อนหิน โทษโบย โทษเนรเทศหรือโทษตามดุลยพินิจของผู้พิพากษา ซึ่งเมื่อวิเคราะห์รูปแบบการลงโทษแล้วจะพบว่าแม้ว่าจะเป็พื้นฐานความผิดเดียวกันแต่การลงโทษที่บังคับใช้ต่างกัน เนื่องมาจากสภาพสังคมและแนวคิดทฤษฎีการลงโทษตามระบบกฎหมายนั้นซึ่งได้วิเคราะห์ในข้อ 4.6.2 อย่างไรก็ตามก็จะพบว่าทั้งสองระบบนั้นมีจุดมุ่งหมายอย่างเดียวกันคือเพื่อปกป้องคุ้มครองประชาชนและรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม เพราะโทษที่กำหนดไว้นั้นสามารถทำให้ผู้ที่เคยได้รับโทษรวมทั้งผู้ที่ไม่เคยแต่ได้รับรู้ถึงการลงโทษนั้นก่อให้เกิดความเกรงกลัวที่จะได้รับโทษได้ แต่แม้ว่าโทษนั้นจะมีความรุนแรงมากน้อยแตกต่างกันเท่าใด จะพบว่าโทษนั้นสามารถใช้ยับยั้งและข่มขู่ได้ทั้งสิ้น แม้ว่าจะไม่สามารถป้องกันหรือยับยั้งอาชญากรรมความผิดทางเพศนั้นได้ทั้งหมด แต่ก็สามารถก่อให้เกิดความหวาดกลัวที่จะกระทำความผิดได้ และจากการศึกษาพบว่าแนวความคิดในการกำหนดโทษของประเทศไทยนั้นแตกต่างจากระบบ

กฎหมายอิสลาม ดังนั้นการจะนำเอารูปแบบการลงโทษที่มีความรุนแรงเช่นกฎหมายอิสลามย่อมไม่เข้ากับลักษณะสภาพสังคมของไทย เพราะการจะกำหนดไม่ว่าจะเป็นความผิดทางเพศหรือรูปแบบการลงโทษตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันย่อมเห็นได้ว่าต้องกำหนดให้สอดคล้องกับสังคมในยุคนั้นเหมือนดังเช่นกฎหมายอิสลามที่กำหนดรูปแบบสอดคล้องกับแนวความคิดตามระบบกฎหมาย ดังนั้นรูปแบบการลงโทษที่รุนแรงดังกล่าวนั้นก็ยังสามารถบังคับใช้ได้ในปัจจุบัน และประการที่สำคัญคือการลงโทษทางอาญาควรพิจารณาถึงความร้ายแรงของการกระทำกับบทลงโทษ เพราะการลงโทษทางอาญาถูกกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันอาชญากรรมและรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมเอาไว้เพื่อที่จะแก้แค้นกันเกินสมควร ฉะนั้นจากการศึกษาและวิเคราะห์จึงเห็นว่าการกำหนดรูปแบบการลงโทษในฐานความผิดเดียวกันแม้จะมีความแตกต่างกันก็สามารถที่จะยับยั้งและข่มขู่การกระทำความผิดได้เหมือนกันเช่นเดียวกัน

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามดังกล่าวข้างต้นจึงสามารถสรุปเป็นตารางได้ ดังนี้



ตารางที่ 2 เปรียบเทียบแนวความคิดเกี่ยวกับความผิดทางเพศ
ระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายอิสลาม

	กฎหมายไทย			กฎหมายอิสลาม	
	ก่อนการปฏิรูป กฎหมาย	ภายหลังปฏิรูปกฎหมาย		กฎหมายเดิม	กฎหมายใน ปัจจุบัน
		กฎหมาย ลักษณะอาญา ร.ศ. 127	ป.อ.		
ฐาน ความผิด	1.ฐานผิด ประเวณี	-	-	1.ฐานผิด ประเวณี	1.ฐานผิดประเวณี
	2.ฐานข่มขืน กระทำชำเรา	1.ฐานข่มขืน กระทำชำเรา	1.ฐานข่มขืน กระทำชำเรา	2.ฐานข่มขืน กระทำชำเรา	2.ฐานข่มขืน กระทำชำเรา
	3.ฐานกระทำ อนาจาร	2.ฐานกระทำ อนาจาร	2.ฐานกระทำ อนาจาร	-	-
	4.ฐานมี เพศสัมพันธ์กับ เพศเดียวกัน (การเล่นเพื่อน)	3.ฐานมี เพศสัมพันธ์กับ เพศเดียวกัน	-	3.ฐานมี เพศสัมพันธ์กับ เพศเดียวกัน	3.ฐานมีเพศสัมพันธ์ กับเพศเดียวกัน
	-	-	-	-	4.ฐานมี เพศสัมพันธ์เป็น กลุ่ม (สาธารณ อิสลามอิหร่าน)
คุณธรรม ทาง กฎหมาย	1.ศีลธรรมและ ศาสนา	1.ศีลธรรมและ ศาสนา	-	1.ศีลธรรมและ ศาสนา	1.ศีลธรรมและ ศาสนา
	2.อำนาจการ ปกครอง	2.เสรีภาพการมี เพศสัมพันธ์ ของบุคคล	1.เสรีภาพการมี เพศสัมพันธ์ของ บุคคล	2.สิทธิของ พระเจ้า(กำหนด โดยพระเจ้า)	2.สิทธิของ พระเจ้า(กำหนด โดยพระเจ้า)
	-	-	2.สิทธิมนุษยชน	3.ครอบครัว	3.ครอบครัว
ความ ยินยอม	แม้ได้รับความ ยินยอมผู้กระทำ ยังคงต้องรับโทษ	ผู้กระทำไม่ต้อง รับโทษ หาก ยินยอมสละ คุณธรรมใน ส่วนบุคคล	ผู้กระทำไม่ต้อง รับโทษ หาก ยินยอมสละ คุณธรรมใน ส่วนบุคคล	แม้ทั้งสองฝ่าย ยินยอมก็ต้อง รับโทษ	แม้ทั้งสองฝ่าย ยินยอมก็ต้องรับ โทษ

ตารางที่ 3 เปรียบเทียบการลงโทษความผิดทางเพศระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายอิสลาม

	กฎหมายไทย			กฎหมายอิสลาม	
	ก่อนการปฏิรูปกฎหมาย	กฎหมายภายหลังปฏิรูป		กฎหมายเดิม	กฎหมายในปัจจุบัน
		กฎหมายลักษณะอาญาร.ศ. 127	ป.อ.		
รูปแบบการลงโทษ	1.โทษประจํา	1.โทษจำคุก	1.โทษจำคุก	-	1.โทษจำคุก
	2.โทษปรับใหม่	2.โทษปรับ	2.โทษปรับ	-	2.โทษปรับ
	3.โทษเชี่ยน	-	-	1.โทษโบย (เชี่ยน)	3.โทษโบย (เชี่ยน)
	-	-	3.โทษประหารชีวิต	2.โทษการปาหิน (ประหารชีวิต)	4.โทษการปาหิน (ประหารชีวิต)
	-	-	-	3.โทษเนรเทศ	5.โทษเนรเทศ
ทฤษฎีการลงโทษ	1.ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน	1.ทฤษฎีตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม	-	-	-
	2.ทฤษฎีการลงโทษเพื่อยับยั้งหรือป้องกันการกระทำความผิด	2.ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นยับยั้งหรือป้องกันการกระทำความผิด	-	1.ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการยับยั้งหรือการป้องกันการกระทำความผิด	1.ทฤษฎีการลงโทษเพื่อยับยั้งหรือการป้องกันการกระทำความผิด
แนวความคิดการกำหนดโทษ	การกระทำทางแพ่ง (ละเมิด) และทางอาญา	การกระทำทางอาญา	การกระทำทางอาญา	การกระทำทางอาญา	การกระทำทางอาญา
ความรับผิดชอบ	แพ่งปะปนอาญา	โทษทางแพ่ง (ละเมิด)	โทษทางแพ่ง (ละเมิด)	โทษอาญา	โทษอาญา
		โทษอาญา	โทษอาญา		

ตารางที่ 4 เปรียบเทียบปัจจัยการเปลี่ยนแปลงระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายอิสลาม

	กฎหมายไทย		กฎหมายอิสลาม	
	ก่อนปฏิรูปกฎหมาย	ภายหลังปฏิรูปกฎหมาย	กฎหมายเดิม	กฎหมายยุคปัจจุบัน
ปัจจัยการเปลี่ยนแปลง	อิทธิพลแนวความคิดของศาสนา (ศาสนาพุทธและศาสนาพราหมณ์)	1. อิทธิพลแนวความคิดของตะวันตก 2. การเปลี่ยนแปลงของบทบาทและสถานะของหญิง 3. การแบ่งแยกระหว่างรัฐกับศาสนจักร	อิทธิพลแนวความคิดของศาสนา (ศาสนาอิสลาม)	ไม่มีการเปลี่ยนแปลง (เนื่องจากแนวความคิดทางศาสนาอิสลามไม่ได้เปลี่ยนแปลง)

จากการศึกษาวิเคราะห์และเปรียบเทียบจะพบว่าทั้งระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายอิสลามเป็นระบบที่มีพื้นฐานแตกต่างกันเนื่องจากจารีตประเพณี วัฒนธรรมและบริบทของสังคมที่จึงทำให้แนวความคิดการกำหนดโทษและแนวความคิดการลงโทษมีความต่าง แต่จะพบว่าแท้จริงพื้นฐานแนวความคิดทางกฎหมายของทั้งสองระบบยังคงมีความคล้ายคลึงกัน เช่น การกำหนดโทษเพื่อคุ้มครองศาสนาและศีลธรรมหรือการกำหนดรูปแบบโทษตามแนวทฤษฎีการลงโทษแต่ที่รูปแบบแตกต่างกันเนื่องมาจากการเลือกใช้ทฤษฎีการลงโทษแตกต่างกันเท่านั้น

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ระบบกฎหมายของโลกมีหลายระบบด้วยกัน แม้ว่าระบบที่แพร่หลายมากที่สุดได้แก่ระบบซีวิลลอว์และระบบคอมมอนลอว์ก็ตาม แต่ยังมีระบบกฎหมายอื่นอีกมากมาย รวมถึงระบบกฎหมายศาสนาด้วย ซึ่งเป็นระบบที่มีพื้นฐานมาจากแนวคิดทางศาสนาเป็นหลัก เช่น ระบบกฎหมายอิสลาม เป็นต้น แม้ว่าระบบกฎหมายของไทยที่ใช้เป็นกฎหมายซีวิลลอว์ทำให้มีความแตกต่างจากระบบกฎหมายอิสลามก็ตาม แต่จะพบว่าแนวความคิดในด้านกฎหมายอาญานั้นมิได้มีความแตกต่างกันมากนัก เพราะทั้งสองระบบมีวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายอาญาเดียวกัน คือเพื่อสร้างความปลอดภัยแก่ประชาชนและก่อให้เกิดความสงบสุขในสังคม จึงได้บัญญัติความผิดต่างๆ ที่เห็นว่ามีผลกระทบต่อสังคมเป็นกฎหมายอาญา และจากการศึกษาจะพบว่าความผิดฐานหนึ่งที่ทั้งระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายอิสลามได้บัญญัติไว้เหมือนกัน ได้แก่ ความผิดทางเพศ โดยที่ความผิดดังกล่าวนี้ของทั้งสองระบบต่างมีวิวัฒนาการที่ยาวนานเช่นกัน

5.1 บทสรุป

จากการวิจัยพบว่าแนวความคิดในการกำหนดฐานความผิดและรูปแบบการลงโทษตามระบบกฎหมายไทยและกฎหมายอิสลามต่างมีการพัฒนาแนวความคิดที่ส่งผลให้มีความเหมือนกันและความแตกต่างกัน ดังนี้

5.1.1 แนวความคิดในการกำหนดฐานความผิด

จากการศึกษาพบว่าอิทธิพลสำคัญที่มีผลต่อแนวความคิดของความผิดของประเทศไทยก่อนที่จะมีการปฏิรูปกฎหมาย ปัจจัยประการสำคัญมาจากแนวความคิดทางศาสนา โดยเฉพาะศาสนาพุทธ ซึ่งเป็นศาสนาประจำชาติและศาสนาพราหมณ์ที่ประเทศไทยได้รับอิทธิพลมาจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ซึ่งรับผ่านทางประเทศเขมร แต่จะพบว่าในด้านกฎหมายนั้นศาสนาพราหมณ์มีอิทธิพลต่อแนวคิดทางกฎหมายมากกว่าศาสนาพุทธ โดยที่ศาสนาพราหมณ์เป็นศาสนาที่ยกสถานะชายให้เหนือกว่าสถานะหญิง ดังนั้นฐานความผิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศอันได้แก่ความผิดฐานผิดประเวณี ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร จะเห็นได้ว่ามีคุณธรรมทางกฎหมายที่จะมุ่งคุ้มครองคืออำนาจการปกครองเหนือตัวหญิงของสามีหรือบิดาและมารดา เพราะเมื่อได้กระทำความผิดเหล่านี้แล้ว ย่อมกระทบต่ออำนาจการปกครองด้วย เช่น

ความผิดฐานผิดประเวณีหรือมีชู้ ความผิดฐานข่มขืนถึงชำเราหรือความผิดฐานข่มขืนยังมีถึงชำเรา เป็นต้น โดยที่ไม่พบว่ามิใช่กฎหมายฉบับใดในช่วงยุคสมัยนี้บัญญัติอนุญาตยอมให้ภรรยาสามารถมีสามีได้เกินหนึ่งเหมือนเช่นกรณีของสามีได้ เพราะฉะนั้นถ้าหญิงใดมีสามีหลายคนถือว่าเป็นชู้ ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องชั่วร้ายมาก จึงต้องถูกลงโทษทั้งทางกฎหมายและสังคม¹ เพราะการที่ชายชู้ไปยุ่งเกี่ยวกับภรรยาตนเองถือเป็นการกระทำที่กระทบต่ออำนาจการปกครองของสามีเป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตาม แนวความคิดทางศาสนาพุทธยังคงมีอิทธิพลในกฎหมายไทย ปรากฏเห็นได้จากเหตุที่กำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในพระราชกำหนดใหม่ว่าเป็นการกระทำที่ผิดศีลข้อสามตามศาสนาพุทธ หรือความผิดฐานเสพเมถุนธรรมทางมุกขธรรมและเวจมรรคซึ่งมีแนวความคิดว่าการร่วมประเวณีทางทวารหนักและทางปากเป็นสิ่งที่ผิดศีลธรรม เพราะในช่วงยุคนั้นได้มีการประกาศให้ประชาชนจะต้องอยู่ในทั้งศีลห้าเป็นพื้นฐานและศีลแปดอุโบสถศีล จึงได้บัญญัติความผิดดังกล่าวขึ้นมา ฉะนั้นแนวความคิดของการกระทำความผิดทางเพศในยุคก่อนการปฏิรูปนั้นมีแนวคิดที่สำคัญมาจากศาสนา

จากที่ประเทศไทยได้ปฏิรูปกฎหมายจะพบว่ากฎหมายเกี่ยวกับความผิดทางเพศมีการเปลี่ยนแปลงไปอันเนื่องมาจากแนวความคิดทางประเทศตะวันตกจึงทำให้แนวความคิดของยุคนั้นได้เปลี่ยนแปลงไป โดยกฎหมายในช่วงยุคนี้จะพบว่ามิได้มีอิทธิพลทางด้านศาสนาเป็นสำคัญดังเช่นกฎหมายไทยเดิมเพราะอิทธิพลแนวความคิดของตะวันตกเข้ามาแทนที่และส่งผลกระทบต่อแนวความคิดต่อระบบกฎหมายไทยเป็นอย่างมาก ทำให้รัฐไทยได้แยกออกจากศาสนาซึ่งแตกต่างจากเดิมที่รัฐและศาสนามีความเกี่ยวข้องใกล้ชิดกันซึ่งส่งผลกระทบต่อแนวความคิดจากเดิมที่ว่ากฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของธรรมะได้เปลี่ยนไปเป็นกฎหมายคือคำสั่งของรัฐอธิปัตย์ จึงทำให้ความผิดบางฐานซึ่งเคยบัญญัติให้เป็นความผิดได้ถูกยกเลิกไป ได้แก่ ความผิดฐานผิดประเวณีและความผิดฐานเสพเมถุนธรรมทางมุกขธรรมและเวจมรรค เพราะเห็นว่าแม้เป็นเรื่องที่ผิดศีลธรรมก็ตามแต่ก็มีได้เป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อสังคมแต่อย่างใด และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารกฎหมายไทยไม่ได้มุ่งคุ้มครองอำนาจการปกครองสามีหรือบิดามารดาที่มีอยู่เหนือตัวหญิงอีกต่อไป แต่พัฒนามาเป็นการคุ้มครองเสรีภาพในการมีเพศสัมพันธ์ของหญิงผู้ถูกรักษา จึงทำให้แนวความคิดที่จากเดิมเห็นว่าเป็นเรื่องการกระทำละเมิดซึ่งเป็นความผิดทางแพ่งเป็นแนวความคิดทางอาญาในปัจจุบัน ส่วนความผิดฐานมีความสัมพันธ์กับเพศเดียวกันซึ่งได้รับแนวความคิดเรื่อง Sodomy จากประเทศตะวันตกได้มีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงไป โดยจากเดิมจะบังคับเฉพาะหญิงสาววังให้เป็นการบังคับใช้กับประชาชนทั่วไปทั้งชายและหญิง

¹ ลำพวรรณ น่วมบุญลือ, สิทธิและหน้าที่ของสตรีตามกฎหมายไทย, หน้า 4.

ภายหลังจากที่ประเทศไทยมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา แนวความคิดจึงได้เปลี่ยนไปโดยที่ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกันได้ถูกยกเลิกเพราะผู้ร่างกฎหมายเห็นว่าเป็นเรื่องส่วนบุคคลประกอบกับไม่ค่อยเกิดการฟ้องร้องคดีขึ้นจึงส่งผลให้ประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันคงเหลือเฉพาะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารเท่านั้นและนอกจากอิทธิพลในด้านการแบ่งแยกรัฐออกจากศาสนาแล้ว แนวความคิดของประเทศไทยภายหลังจากที่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญายังได้รับแนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศและเป็นอิทธิพลสำคัญต่อการพัฒนากฎหมายไทยเรื่องความผิดทางเพศด้วย เพราะทำให้แนวความคิดเรื่องผู้ถูกกระทำไม่จำกัดว่าผู้กระทำความผิดจะเป็นหญิงเท่านั้นอีกต่อไป ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเสมอภาคตามกฎหมายและเพื่อให้สอดคล้องกับบรรณนิยมทางเพศที่เปลี่ยนแปลงไปจากสังคมในอดีตนั่นเอง

ระบบกฎหมายอิสลามเป็นระบบกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลมาจากศาสนาอิสลาม หลักคำสอนของศาสนาอิสลามจะถูกนำมาบัญญัติไว้เป็นความผิด โดยแหล่งที่มาที่สำคัญ คือ คัมภีร์อัลกุรอาน อัลหะดีษ (การกระทำและคำสอนของท่านนบีมุฮัมมัดฯ) อัลดัจญ์มาอ์ (มติเอกฉันท์หรือความเห็นเกี่ยวกับปัญหาทางกฎหมายอิสลาม) และอัลกียาส (หลักการเทียบเคียง) และพบว่า การกระทำความผิดทางเพศนี้ได้ถูกบัญญัติเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายอิสลามเช่นกัน

แนวความคิดตามกฎหมายอิสลามในช่วงยุคคลาสสิกจะมีการกำหนดฐานความผิดฐาน 3 ฐาน ได้แก่ ฐานผิดประเวณีคือการมีความสัมพันธ์นอกคู่สมรสของตนเอง โดยไม่จำเป็นต้องเป็นกรณีที่หญิงมีสามีอยู่แล้วเท่านั้นเหมือนดังเช่นกฎหมายไทย เพราะมิได้มุ่งคุ้มครองอำนาจของสามี แต่เป็นการคุ้มครองให้ประชาชนปฏิบัติตามหลักศาสนา และความเชื่อที่ว่า การผิดประเวณีนี้เป็นสาเหตุที่นำไปสู่ปัญหาต่างๆ ที่ผลกระทบต่อสถาบันครอบครัวและสังคม ความผิดฐานนี้ได้บัญญัติห้ามไว้ในคัมภีร์อัลกุรอาน จึงเป็นการกระทำที่ร้ายแรงมาก จำต้องได้รับการลงโทษและการลงโทษต้องมีความรุนแรง โดยองค์ประกอบที่สำคัญของการกระทำความผิดทางเพศตามกฎหมายอิสลามคืออวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง โดยที่ชายและหญิงนั้นมีได้เป็นคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย และจากลักษณะดังกล่าวนี้เองจึงทำให้กฎหมายอิสลามมีการบัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราด้วย ส่วนความผิดฐานมีความสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันนั้น กฎหมายอิสลามมองว่าการมีเพศสัมพันธ์ตามธรรมชาติต้องเป็นกรณีมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิง กล่าวคือ การที่อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง แต่กรณีมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันจะไม่เกิดการกระทำลักษณะดังกล่าวขึ้นจึงเป็นการกระทำที่ผิดธรรมชาติ และจะพบว่าฐานความผิดดังกล่าวยังคงถูกกำหนดให้เป็นความผิดจนถึงปัจจุบันโดยมิได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิกฐานความผิดบางประการเหมือนดังเช่นกฎหมายไทยเพราะกฎหมายอิสลามบัญญัติมาจากหลักการที่กำหนดไว้ใน

คัมภีร์อัลกุรอานจึงไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้อย่างก็ตามจะพบว่าในบางประเทศก็อาจมีการบัญญัติฐานความผิดเพิ่มเติมหากเห็นว่าเป็นการกระทำที่กระทบต่อสังคมนั้นๆ เช่น สาธารณรัฐอิสลามอิหร่านที่กำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์เป็นกลุ่มเป็นความผิดอาญา เป็นต้น

จากวิวัฒนาการแนวความคิดดังกล่าวของทั้งระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายอิสลาม ส่งผลให้ฐานความผิดบางฐานกำหนดเหมือนกัน แต่บางฐานก็มีเพียงเฉพาะระบบใดระบบหนึ่ง ดังนี้

ก. ฐานความผิดที่คล้ายคลึงกันของระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายอิสลาม

พบว่าความผิดที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันของระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายอิสลาม ซึ่งได้แก่

(1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งมีลักษณะเป็นการขืนใจให้อีกฝ่ายยอมมีเพศสัมพันธ์กับตน และ

(2) ความผิดฐานการมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกัน ซึ่งเป็นกรณีการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายกับชายหรือหญิงกับหญิง

อย่างไรก็ตามความผิดทั้งสองฐานความผิดนี้จะมีลักษณะที่คล้ายคลึงเฉพาะช่วงก่อนที่กฎหมายไทยจะได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา เพราะเมื่อประเทศไทยประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญานั้นประเทศไทยไม่ได้จำกัดว่าจะต้องเป็นกรณีที่ชายกระทำต่อหญิงเท่านั้นและไม่ได้กำหนดต้องประกอบให้เป็นกรณีอวัยวะชายล่วงล้ำไปในอวัยวะเพศหญิงด้วยเช่นกัน ในขณะที่กฎหมายอิสลามยังคงมีแนวความคิดเดิมที่ว่าต้องเป็นกรณีที่อวัยวะชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ดังนั้นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอิสลามจึงยังคงจำกัดเฉพาะกรณีระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น ส่วนความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันนั้นจะมีปรากฏเฉพาะกฎหมายอิสลามเท่านั้นเพราะกฎหมายไทยได้ยกเลิกความผิดดังกล่าวไปเมื่อประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา

ข. ฐานความผิดที่แตกต่างกันของระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายอิสลาม

พบว่าระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายอิสลามมีบางฐานความผิดที่มีเฉพาะระบบตนเท่านั้น ซึ่งได้แก่

(1) ฐานความผิดฐานผิดประเวณี

(2) ฐานความผิดฐานเสพเมถุนธรรมทางมุขมรรคและเวจมรรค

(3) ฐานกระทำอนาจาร

จากความผิดดังกล่าวจะพบว่าลักษณะฐานผิดประเวณีแม้จะบัญญัติทั้งในระบบกฎหมายไทยก่อนการปฏิรูปกฎหมายและตามกฎหมายอิสลามก็ตาม แต่ลักษณะการกระทำความผิดนั้นมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ความผิดฐานผิดประเวณีตามระบบกฎหมายอิสลามเป็นกรณีที่มีความสัมพันธ์นอกคู่สมรสของตนเอง โดยไม่จำเป็นต้องเป็นกรณีที่หญิงมีสามีอยู่แล้วเท่านั้นเหมือนดังเช่นกฎหมายไทย เพราะไม่ได้มุ่งคุ้มครองอำนาจของชายแต่มุ่งที่จะให้ประชาชนปฏิบัติตามหลักคำสอนซึ่งศาสนาอิสลามไม่อนุญาตให้มีเพศสัมพันธ์นอกคู่สมรสของตนเองได้

ส่วนฐานความผิดฐานเสพเมถุนธรรมทางมุขมรรคและเวจมรรคและฐานกระทำอนาจารมีบัญญัติเฉพาะในระบบกฎหมายไทย เนื่องจากความผิดทางเพศตามกฎหมายอิสลามมีองค์ประกอบประการสำคัญได้แก่ต้องเป็นกรณีที่อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดหญิงซึ่งทั้งสองฐานความผิดดังกล่าวไม่มีลักษณะเช่นนั้น จึงปรากฏว่าเป็นฐานความผิดเฉพาะตามระบบกฎหมายไทยและไม่ปรากฏในกฎหมายอิสลาม

กล่าวโดยสรุป แนวความคิดของความผิดทางเพศตามกฎหมายไทยแต่เดิมนั้นมาจากการที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองอำนาจการปกครองที่มีอยู่เหนือตัวหญิง ต่อมามีการเปลี่ยนแปลงบัญญัติกฎหมายฐานนี้เพื่อที่จะคุ้มครองหญิงผู้เสียหายมากขึ้นโดยมุ่งคุ้มครองเสรีภาพการมีเพศสัมพันธ์และได้พัฒนามาเป็นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในปัจจุบัน จากการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดและสิ่งที่กฎหมายต้องการจะคุ้มครองนี้เองจึงทำให้ความผิดทางเพศตามประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันคงเหลือฐานความผิดเฉพาะฐานกระทำอนาจารและฐานข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น

5.1.2 แนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดรูปแบบการลงโทษ

การลงโทษการกระทำความผิดทางเพศในช่วงก่อนการปฏิรูปกฎหมายจะมีรูปแบบการลงโทษทั้งโทษทางอาญาและโทษทางแพ่ง กล่าวคือ กรณีผู้กระทำความผิดฐานผิดประเวณี หญิงผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องได้รับโทษ เช่น การประจาน การสัก หรือการแห่รอบตลาด เป็นต้น ซึ่งเป็นรูปแบบการลงโทษทางอาญา โดยเหตุที่กำหนดให้ต้องลงโทษทางอาญาเพราะเป็นการกระทำที่ส่งผลต่ออำนาจของสามีอย่างร้ายแรง ส่วนชายผู้ยังต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนแก่สามีด้วย ส่วนกรณีกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร จะมีได้ลงโทษด้วยรูปแบบทางอาญา แต่เป็นการลงโทษด้วยการจ่ายค่าสินไหมทดแทนซึ่งเป็นรูปแบบการลงโทษทางแพ่ง โดยชายผู้ที่จะต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนแก่สามีหรือบิดามารดาของหญิงนั้น เพราะแนวความคิดในยุคนั้นมองว่าหญิง

เป็นทรัพย์สินของชาย ดังนั้นการกระทำดังกล่าวจึงเป็นการทำให้ทรัพย์สินของสามีหรือบิดามารดาเสื่อมค่าลง การลงโทษสำหรับฐานความผิดทั้งสองดังกล่าวนี้จึงมีลักษณะสอดคล้องกับแนวความคิดที่ว่าหญิงต้องอยู่ภายใต้อำนาจของชาย โดยหญิงนั้นเปรียบเสมือนทรัพย์สินของชาย การข่มขืนกระทำชำเราและอนาจารจึงทำให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินของชายอันเป็นการกระทำละเมิด ซึ่งเป็นแนวความคิดทางแพ่งมากกว่าทางอาญา ดังนั้นการลงโทษฐานความผิดในช่วงยุคก่อนการปฏิรูปกฎหมายนี้เป็นการลงโทษเพื่อคุ้มครองอำนาจการปกครองของชายต่อตัวหญิง จึงลงโทษทั้งทางอาญาและทางแพ่งปะปนกันไป

ส่วนกรณีความผิดฐานมีความสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันในยุคนี้จะเป็นการลงโทษตามกฎหมายเทียบเท่าการเล่นเพื่อน โดยกำหนดให้ลงโทษด้วยวิธีสวดหนึ่ง 50 ครั้ง ศักคอประจานรอบวัง ซึ่งเป็นรูปแบบของการลงโทษที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายอันเป็นการลงโทษทางอาญารูปแบบหนึ่ง อย่างไรก็ตามความผิดฐานนี้ใช้บังคับเฉพาะกับหญิงชาววังเท่านั้น เนื่องจากในสมัยก่อนหญิงชาววังมักมีความสัมพันธ์ด้วยกันเอง จึงได้กำหนดเป็นกฎหมายห้ามไว้และมีได้มีผลบังคับแก่ประชาชนโดยทั่วไป แต่ต่อมาเมื่อประเทศไทยได้ประกาศใช้พระราชกำหนดว่าด้วยการข่มขืนร่วมประเวณี ร.ศ. 118 การลงโทษถูกกำหนดให้บังคับใช้กับประชาชนโดยทั่วไปและไม่จำกัดเฉพาะหญิงชาววังอีกต่อไป

รูปแบบการลงโทษในยุคปัจจุบัน โดยทั่วไปทุกฐานความผิดจะใช้รูปแบบการลงโทษด้วยวิธีการจำคุกและการปรับ ซึ่งระยะเวลาการจำคุกและจำนวนเงินที่ปรับจะแตกต่างกันไปตามฐานความผิดที่กระทำและบทกำหนดโทษของฐานความผิดนั้น และนอกจากวิธีการจำคุกและการปรับ ยังมีรูปแบบการลงโทษด้วยวิธีการเขียนในกรณีกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่เป็นการกระทำความผิดซ้ำด้วยตามพระราชกำหนดว่าด้วยการข่มขืนร่วมประเวณี ร.ศ. 118 อย่างไรก็ตามเมื่อประเทศไทยได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญารูปแบบการลงโทษด้วยวิธีการเขียนได้ถูกยกเลิกไป ฉะนั้นรูปแบบการลงโทษในปัจจุบันคือโทษจำคุกและปรับเท่านั้น เว้นแต่กรณีเหยื่อหรือผู้ถูกระทำได้รับบาดเจ็บสาหัส หรือถึงแก่ความตาย จึงต้องได้รับโทษหนักขึ้นคือโทษประหารชีวิต²

ส่วนรูปแบบการลงโทษตามกฎหมายอิสลามจะพบว่ารูปแบบการลงโทษจะมีลักษณะที่แตกต่างจากระบบกฎหมายไทย โดยในช่วงยุคคลาสสิกกฎหมายอิสลามได้กำหนดรูปแบบการลงโทษสำหรับการกระทำความผิดทางเพศ มี 4 รูปแบบ ดังนี้

² ประมวลกฎหมายอาญา พุทธศักราช 2550 มาตรา 277 ทวิ (2) บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตาม มาตรา 276 วรรคหนึ่ง หรือ มาตรา 277 วรรคหนึ่งหรือวรรคสาม เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำ

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต

ก. การลงโทษด้วยการปาก้อนหิน เป็นการลงโทษกรณีผู้ที่กระทำความผิดเป็นบุคคลที่เคยผ่านการสมรสโดยชอบแล้ว

ข. การลงโทษด้วยการโบย 100 ครั้ง เป็นการลงโทษกรณีผู้ที่กระทำความผิดฐานนี้เป็นบุคคลที่ไม่เคยผ่านการสมรสโดยชอบแล้ว

ค. การเนรเทศ เป็นการลงโทษที่สามารถบังคับใช้ได้ทั้งกับบุคคลที่เคยและไม่เคยผ่านการสมรสมาก่อนก็ได้ และไม่ว่าผู้กระทำความผิดจะเป็นหญิงหรือชายก็ตาม โดยระยะเวลาการเนรเทศคือ 1 ปี

ง. การลงโทษตามดุลยพินิจผู้พิพากษาในกรณีที่ศาลไม่สามารถลงโทษด้วยการปาก้อนหินหรือการโบยได้ เช่น การมีพยานหลักฐานไม่เพียงพอตามที่บัญญัติไว้ หรือไม่มีคำรับสารภาพจากผู้กระทำความผิด หรือกรณีการลงโทษฐานการมีความสัมพันธ์ระหว่างหญิงกับหญิง เป็นต้น

ต่อมาในช่วงยุคมีตของการบังคับใช้กฎหมายอิสลามหรือช่วงยุคก่อนกฎหมายสมัยใหม่เป็นยุคที่กฎหมายอิสลามได้รับอิทธิพลจากตะวันตก แนวความคิดของตะวันตกได้มีอิทธิพลต่อรูปแบบการลงโทษตามกฎหมายอิสลามเป็นอย่างมากจากการได้รับอิทธิพลของประเทศตะวันตก ดังนั้นในช่วงยุคนี้จึงใช้รูปแบบการลงโทษด้วยวิธีการจำคุกเป็นหลัก รูปแบบการลงโทษด้วยวิธีการโบยถูกใช้อย่างจำกัดและจะต้องบังคับใช้ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐกำหนดอย่างเคร่งครัด ส่วนรูปแบบการลงโทษด้วยวิธีการปาก้อนหินมิได้มีการใช้บังคับในช่วงนี้ เนื่องจากประเทศตะวันตกมีความพยายามที่จะยกเลิกการลงโทษด้วยการปาก้อนหิน

สำหรับรูปแบบการลงโทษโดยหลักในยุคปัจจุบันรูปแบบการลงโทษได้กลับไปใช้รูปแบบตามกฎหมายอิสลามเหมือนดังเช่นยุคคลาสสิกและเป็นช่วงที่สามารถใช้บังคับกฎหมายอิสลามได้อย่างเต็มที่ ซึ่งได้แก่โทษปาก้อนหินจนตายและโทษโบย เว้นแต่กรณีไม่สามารถพิสูจน์ความผิดตามที่กฎหมายกำหนดได้และไม่สามารถลงโทษด้วยรูปแบบทั้งสองดังกล่าวจึงให้ลงโทษตามดุลยพินิจของผู้พิพากษา และแม้ว่าการบังคับใช้โทษจำคุกจะเป็นมาตรการที่นิยมใช้บังคับในกฎหมายปัจจุบันของประเทศตะวันตก และเป็นโทษที่ประเทศไทยใช้บังคับลงโทษกับผู้กระทำความผิดฐานความผิดเกี่ยวกับเพศจะพบว่าโทษจำคุกปรากฏว่าใช้ในกฎหมายอิสลามตั้งแต่ในช่วงก่อนช่วงยุคคลาสสิกเช่นกัน แต่การบังคับใช้โทษจำคุกนี้จะเป็นกรณีมาตรการเสริม กล่าวคือ ใช้เป็นโทษเสริมในการลงโทษคู่กับการลงโทษหุดูด หรือกรณีการกระทำความผิดนั้นไม่มีการกำหนดโทษไว้อย่างชัดเจนใน

อัลกุรอาน ผู้พิพากษาที่อาจจะกำหนดโทษนี้สำหรับความผิดนั้นๆ³ แต่ไม่ใช่โทษที่ถูกกำหนดให้ลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดทางเพศเหมือนกับประเทศไทย ซึ่งรูปแบบการลงโทษมีความแตกต่างเนื่องจากแนวความคิดและสภาพสังคมนั้นๆ

จากวิวัฒนาการการกำหนดรูปแบบการลงโทษดังกล่าวของทั้งระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายอิสลามส่งผลให้รูปแบบทั้งสองระบบมีความเหมือนและมีความแตกต่างกัน ดังนี้

ก. รูปแบบการลงโทษที่เหมือนกันของระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายอิสลาม ได้แก่ โทษจำคุก โทษปรับ โทษเช็ย (ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แต่ปัจจุบันประเทศไทยไม่มีการบังคับใช้รูปแบบการลงโทษรูปแบบนี้แล้ว) และโทษประหารชีวิต ซึ่งคล้ายกับโทษปาก้อนหินตามระบบกฎหมายอิสลาม

ข. รูปแบบการลงโทษที่แตกต่างกันของระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายอิสลาม ได้แก่ โทษประจาน โทษปรับไหม ซึ่งไม่พบรูปแบบการลงโทษรูปแบบนี้ในระบบกฎหมายอิสลาม และโทษเนรเทศ ซึ่งกำหนดไว้เฉพาะในระบบกฎหมายอิสลามเท่านั้น

จากการศึกษาพบว่าระบบกฎหมายจะกำหนดรูปแบบการลงโทษลักษณะใดมีความสอดคล้องกับแนวความคิด กล่าวคือ หากสิ่งที่กฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับศาสนา มักจะมีรูปแบบการลงโทษที่รุนแรงกว่ากรณีที่กฎหมายมิได้มุ่งคุ้มครองหรือเป็นการกระทำที่ส่งผลเป็นเพียงกระทบต่อบุคคล

5.1.3 ปัจจัยที่ส่งผลต่อความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายอิสลาม

(1) ศาสนา

เนื่องด้วยประเทศไทยนับถือศาสนาพุทธเป็นศาสนาประจำชาติและแนวความคิดของศาสนาพุทธมีอิทธิพลต่อความคิดทางกฎหมายก็ตาม แต่จะพบว่ากฎหมายไทยมิได้นำเอาหลักคำสอนของศาสนามาบัญญัติเป็นกฎหมาย ดังนั้นในบางกรณีแม้จะผิดศีลธรรมหากเห็นว่ามิได้มีผลกระทบต่อสังคม ก็จะไม่ได้อำนาจบัญญัติเป็นกฎหมาย แต่กฎหมายอิสลามเป็นระบบที่มาจากศาสนา ที่มาของระบบกฎหมายที่สำคัญมาจากคัมภีร์อัลกุรอาน ดังนั้นสิ่งใดที่กฎหมายบัญญัติห้ามไว้ก็จะถูกนำ

³ Irene Schneider, "Imprisonment in Pre-Classical and Classical Islamic Law," *Islamic Law and Society* 2(1995): 162.

บัญญัติเป็นกฎหมายด้วย ซึ่งความผิดทางเพศเป็นความผิดหนึ่งที่ถูกกำหนดไว้ในคัมภีร์อัลกุรอาน รวมถึงลักษณะความผิดและรูปแบบการลงโทษ

(2) การเปลี่ยนแปลงบทบาทและสถานะของหญิง

กฎหมายเดิมของไทยได้รับอิทธิพลแนวความคิดจากศาสนาพราหมณ์ที่ยกย่องให้ชายมีบทบาทเหนือหญิงและหญิงเองนั้นจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจชายตลอด ดังนั้นกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศในช่วงยุคสมัยกรุงศรีอยุธยาเรื่อยมาจนถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นจึงมิได้มุ่งที่จะคุ้มครองหญิงผู้ถูกระทำอย่างแท้จริง แต่ต่อมามีการพัฒนาแนวความคิดให้คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของหญิง กลายเป็นแนวความคิดว่าการกระทำความผิดทางเพศเป็นการกระทำที่กระทำต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลแทน แต่หากเปรียบเทียบการกระทำความผิดทางเพศตามกฎหมายอิสลามจะพบว่าบทบาทของชายหรือหญิงมิได้มีอิทธิพลต่อการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศเหมือนดังเช่นกฎหมายไทย แต่กฎหมายอิสลามแต่เดิมเป็นต้นมาได้บัญญัติขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการคำสอนของศาสนา ดังนั้นจึงมิได้เกี่ยวข้องต่อแนวความคิดของสถานะหรือบทบาทของหญิงแต่อย่างใด

(3) การแบ่งแยกระหว่างรัฐกับศาสนจักร

ในช่วงยุคแรกจะพบว่าระบบกฎหมายไทยมีความใกล้ชิดกับศาสนาเป็นอย่างมาก เช่น การกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชกำหนดใหม่ซึ่งมีแนวความคิดเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลข้อสามตามหลักคำสอนของพุทธศาสนา แต่ปัจจุบันจะพบว่ากฎหมายไทยมิได้นำหลักการทางศาสนามาบัญญัติเป็นกฎหมายแต่อย่างใด ดังนั้นกฎหมายไทยจึงได้เปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคมในขณะที่กฎหมายอิสลามเป็นระบบที่นำหลักคำสอนของศาสนามาบัญญัติเป็นกฎหมาย ดังนั้นเมื่อหลักคำสอนไม่ได้เปลี่ยนแปลงไป จึงเป็นสาเหตุประการสำคัญที่ทำให้กฎหมายอิสลามไม่ได้การเปลี่ยนแปลงของแนวความคิดนั่นเอง

(4) สิทธิมนุษยชน

ภายหลังจากที่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ โปรดเกล้าฯ ให้มีการปฏิรูปกฎหมาย ส่งผลต่อรูปแบบการลงโทษบางอย่างของไทย แต่เดิมถูกยกเลิกไปและเริ่มใช้บังคับรูปแบบการลงโทษให้มีลักษณะเป็นสากลมากขึ้น เช่น โทษจำคุก เป็นต้น กอปรกับการที่ประเทศไทยได้ลงนามกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน จึงทำให้รูปแบบการลงโทษสำหรับความผิดทางเพศบางลักษณะได้ถูกยกเลิกไปคือโทษประจานและโทษเขียนและพัฒนากลายเป็นรูปแบบการลงโทษด้วยวิธีการจำคุกและปรับในปัจจุบัน โดยสะท้อนให้เห็นว่ารูปแบบการลงโทษใดที่มีลักษณะทารุณโหดร้ายหรือไม่สอดคล้องกับความคิดเกี่ยวกับสิทธิ

มนุษยชน ประเทศไทยจะยกเลิกรูปแบบการลงโทษดังกล่าวไป ในขณะที่กฎหมายอิสลามซึ่งมีแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่แตกต่างจากสิทธิมนุษยชนตามความคิดของตะวันตก รูปแบบการลงโทษไม่ว่าจะเป็นการโบยหรือการปาก้อนหินจนถึงแก่ความตายแม้ว่าจะเป็นการลงโทษที่มีลักษณะที่ทารุณ อย่างไรก็ตามมีข้อน่าสังเกตว่าตามปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมิได้มีการบัญญัตินิยามของคำว่าสิทธิมนุษยชนเนื่องจากเห็นว่าอาจจะแตกต่างไปตามสภาพของสังคมนั้นๆ เอง

จากสมมติฐานที่ว่า แนวความคิดและรูปแบบของการลงโทษของการกระทำความผิดทางเพศของประเทศไทยและตามกฎหมายอิสลามมีวิวัฒนาการอย่างยาวนานและมีการเปลี่ยนแปลงไปตามกระแสสังคมโลกรวมทั้งอิทธิพลจากกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากบริบทของสังคมและศาสนาที่ต่างกันจึงทำให้แนวคิดของฐานความผิดและรูปแบบการลงโทษในปัจจุบันมีความแตกต่างกันนั้น ภายหลังจากได้ทำการศึกษาพบว่ากฎหมายของทั้งสองระบบมีจุดที่คล้ายคลึงกันคือทั้งสองระบบกฎหมายเห็นว่าการกระทำความผิดทางเพศเป็นอาชญากรรมที่กระทบต่อสังคมและมีความร้ายแรงจึงกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา ซึ่งความผิดดังกล่าวของทั้งสองระบบนี้ได้รับอิทธิพลมาจากศาสนา (ศาสนาพุทธ ศาสนาพราหมณ์และศาสนาอิสลาม) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสงบสุขและศีลธรรมอันดีทางศาสนาไว้ และผู้กระทำความผิดย่อมต้องได้รับโทษทางอาญา อย่างไรก็ตามเนื่องจากบริบทของสังคมและศาสนาที่แตกต่างกันจึงทำให้แนวความคิดของฐานความผิดและรูปแบบการลงโทษในปัจจุบันแตกต่างกัน ดังนี้

1. ลักษณะของการกระทำความผิดทางเพศ กล่าวคือ การกระทำใดที่จะต้องได้รับโทษฐานความผิดทางเพศตามกฎหมายไทยจะเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำลงไปโดยเป็นการฝืนใจผู้ถูกระทำ เว้นแต่กรณีที่ผู้ถูกระทำเป็นเด็กซึ่งกฎหมายมุ่งคุ้มครองมากกว่ากรณีทั่วไป แม้เด็กยินยอมก็ยังสามารถเป็นความผิดได้ เพราะถือว่าเด็กยังไม่รู้เดียงสา ดังนั้นลักษณะที่สำคัญคือฝืนใจอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น กรณีการข่มขืนกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจาร เป็นต้น แต่ตามกฎหมายอิสลามจะเป็นลักษณะความผิดที่หากกระทำแล้วจะกระทบต่อศีลธรรมอันดีงามและศาสนา ความยินยอมของผู้เสียหายหรือผู้ถูกระทำความผิดจึงมิใช่สาระสำคัญ เพราะแม้จะให้ความยินยอมก็สามารถเป็นความผิดทางอาญาได้จึงมิได้พิจารณาว่าเป็นความยินยอมจากเด็กหรือไม่ เช่น ความผิดฐานผิดประเวณี หรือการมีความสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกัน เป็นต้น

2. คุณธรรมพื้นฐานทางกฎหมายที่ต้องการจะคุ้มครองมีความแตกต่างกัน กล่าวคือระบบกฎหมายไทยมุ่งที่จะคุ้มครองเสรีภาพในการมีเพศสัมพันธ์ของบุคคล แต่ระบบกฎหมายอิสลามจะมุ่งคุ้มครองสถาบันครอบครัวและศาสนา ฉะนั้นจึงเห็นได้ว่าความผิดทางเพศตามกฎหมายไทยนั้นโดยหลักมองว่าเป็นความผิดส่วนตัว ในบางฐานความผิดจึงสามารถยอมความกันได้ระหว่างผู้เสียหาย

และผู้กระทำความผิด ในระหว่างที่กฎหมายอิสลามมองว่าความผิดทางเพศเป็นอาชญากรรมที่กระทบต่อสังคมจึงไม่ใช่ความผิดส่วนตัวอันจะสามารถยอมความได้เหมือนเช่นกฎหมายไทย

3. ปัจจัยและอิทธิพลที่มีผลต่อแนวความคิด กล่าวคือ ระบบกฎหมายไทยจะได้รับแนวความคิดเรื่องมนุษยชนแบบตะวันตกและแนวความคิดในเรื่องการแบ่งแยกระหว่างรัฐและศาสนา แต่ระบบกฎหมายอิสลามไม่ได้นำเอาแนวความคิดเรื่องมนุษยชนแบบตะวันตกมาปรับใช้กับกฎหมาย เนื่องจากแนวความคิดนี้มีความแตกต่างจากตะวันตก และประเทศที่บังคับใช้กฎหมายอิสลามจะมีได้มีการแบ่งแยกระหว่างรัฐและศาสนาออกจากกันอย่างชัดเจน ซึ่งปัจจัยดังกล่าวนี้เองส่งผลต่อการบัญญัติฐานความผิดและคุณธรรมที่จะคุ้มครองรวมถึงการนำเอาข้อห้ามทางศาสนามาบัญญัติเป็นกฎหมายด้วย

4. รูปแบบการลงโทษและทฤษฎีการลงโทษ แม้จะมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะรักษาความสงบของสังคมเช่นกัน แต่จะพบว่ารูปแบบที่แตกต่างกันนี้ มีเหตุผลเนื่องมาจากการที่ระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายอิสลามมีแนวความคิดทางด้านทฤษฎีการลงโทษต่างกัน กล่าวคือ ประเทศไทยใช้หลักทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขผู้กระทำความผิดในขณะที่กฎหมายอิสลามใช้หลักทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการยับยั้งหรือการป้องกันการกระทำความผิด

จากการเปรียบเทียบความผิดทางเพศของทั้งระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายอิสลามสามารถสรุปได้ดังนี้

1. ความผิดทางเพศเป็นความผิดที่มีความร้ายแรงและเป็นปัญหาทั่วโลก ไม่ว่าจะเป็นระบบกฎหมายใดก็ตาม และการบัญญัติความผิดทางเพศขึ้นเพื่อป้องกันมิให้เกิดอาชญากรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง โดยที่กฎหมายไทยได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศเพื่อมุ่งคุ้มครองเสรีภาพทางเพศ เนื่องจากมองว่าบุคคลไม่ควรมีเพศสัมพันธ์โดยที่บุคคลนั้นมิได้ยินยอม จึงจำต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองบุคคลซึ่งรวมถึงกรณีการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศด้วย ส่วนแม้ว่ากฎหมายอิสลามจะมีได้มุ่งคุ้มครองเสรีภาพทางเพศเหมือนเช่นกฎหมายไทย แต่ก็พบว่าความผิดทางเพศตามกฎหมายอิสลามก็ได้กำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคม เนื่องจากมองว่าหากบุคคลได้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศจะทำให้สังคมเกิดความวุ่นวายขึ้น

2. นิยามคำว่ากรกระทำความผิดทางเพศและการกำหนดฐานความผิดต่างๆ จะแตกต่างกันไปตามสังคม ความผิดฐานหนึ่งที่เป็นความผิดในระบบหนึ่งอาจมิได้เป็นความผิดในอีกระบบหนึ่ง เช่น ความผิดฐานผิดประเวณี ความผิดฐานมีความสัมพันธ์กับเพศเดียวกัน เป็นต้น ซึ่งเป็นฐานความผิดทางเพศหนึ่งตามกฎหมายอิสลาม แต่มิได้เป็นฐานความผิดทางเพศตามกฎหมายไทย

3. คุณธรรมทางกฎหมายที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองจะแตกต่างกันหรือเหมือนกันนั้นขึ้นอยู่กับแนวความคิด จารีตประเพณีและระบบกฎหมาย กล่าวคือระบบกฎหมายไทยเป็นระบบที่ได้รับอิทธิพลทางความคิดจากตะวันตก ดังนั้นแนวความคิดเรื่องรัฐแยกจากศาสนาและสิทธิมนุษยชนจะมีอิทธิพลต่อการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย โดยได้พัฒนาแนวความคิดเดิมจากการคุ้มครองอำนาจการปกครองต่อผู้ถูกรกระทำเปลี่ยนมาเป็นการคุ้มครองบุคคลผู้ถูกรกระทำความผิดโดยแท้ แต่ระบบกฎหมายอิสลามเป็นระบบที่มาจากศาสนาอิสลาม จึงมิได้รับอิทธิพลแนวความคิดจากตะวันตกมากนัก แม้จะเคยได้รับอิทธิพลทางความคิดทางกฎหมายจากประเทศทางตะวันตกบ้างก็ตาม รัฐและศาสนามีได้มีการแบ่งแยกจากกันอย่างชัดเจน รวมถึงสิทธิมนุษยชนซึ่งได้นิยามแตกต่างจากแนวความคิดของตะวันตก แนวความคิดเรื่องดังกล่าวจึงมิได้มีบทบาทต่อการกำหนดความผิดมากนัก เช่น กฎหมายอิสลามยังคงไม่ยอมรับสิทธิของคู่รักเพศเดียวกันเพราะเห็นว่าสิทธิดังกล่าวมิได้เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนและเป็นการขัดต่อหลักการของศาสนาจึงยังคงกำหนดเป็นความผิดทางอาญาในปัจจุบัน แต่กฎหมายไทยแม้จะมีได้ให้สิทธิสำหรับคู่รักเพศเดียวกันเหมือนดังเช่นประเทศตะวันตก แต่ก็มิได้มองว่าเป็นการกระทำที่จำต้องกำหนดเป็นความผิดทางอาญาเพื่อลงโทษผู้กระทำผิดเหล่านั้น

4. กฎหมายจะต้องมีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลาเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป เพราะกฎหมายเป็นเครื่องบันทึกวิถีชีวิต และวัฒนธรรมของผู้คนในยุคสมัยนั้นๆ⁴ ดังนั้นความผิดฐานใดที่ไม่สอดคล้องก็จะต้องยกเลิกไปและจะต้องกำหนดความผิดฐานใหม่ขึ้นแทนเพื่อที่จะสามารถคุ้มครองได้ครอบคลุมและเกิดประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เช่น การบัญญัติความผิดของไทยเดิมที่บัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราหากเป็นสามีกระทำต่อภรรยา สามีจะไม่มีผิดเนื่องมาจากจารีตประเพณีที่สังคมถือว่าหญิงภริยาได้ยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์กับชายตั้งแต่การสมรส

⁴ กิตติบดี ไพบูล, "ภาษากฎหมายไทยกับการเปลี่ยนแปลงทางสังคม," มนุษยศาสตร์ สังคมศาสตร์: 12.

กับชายผู้นั้นแล้ว จึงไม่เกิดการข่มขืน⁵ ต่อมาได้มีการบัญญัติแก้ไขกฎหมายโดยได้กำหนดใหม่ว่าหากสามีได้ข่มขืนกระทำชำเราภรรยาแล้ว สามีจะมีความผิดและต้องได้รับโทษทางอาญาได้เช่นกัน เนื่องจากภรรยาไม่จำเป็นต้องยอมต่อการถูกบังคับให้มีเพศสัมพันธ์กับสามี เพื่อเป็นการปกป้องเสรีภาพในการมีเพศสัมพันธ์ของภรรยา ส่วนกรณีบทลงโทษได้มีการเปลี่ยนแปลงเช่นกันด้วยการยกเลิกรูปแบบการลงโทษบางรูปแบบ ได้แก่ โทษประจานและโทษเข็ญซึ่งเป็นโทษที่ขัดต่อแนวความคิดและทฤษฎีซึ่งประเทศไทยได้ใช้เป็นหลัก ส่วนกฎหมายอิสลามแม้จะมีได้เปลี่ยนแปลงจากเดิมไปมากนัก แต่จะพบว่าได้มีการพัฒนาแนวความคิดต่างๆ จากสำนักความคิดเพื่อให้สามารถแก้ไขปัญหในปัจจุบันได้ เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เป็นต้น

5. ระบบกฎหมายอิสลามเป็นระบบกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมของมุสลิมโดยเฉพาะ เพราะเป็นการบัญญัติที่สอดคล้องกับหลักคำสอนของศาสนาอิสลาม การนำเอาบทบัญญัติดังกล่าวไปบัญญัติเป็นความผิดตามกฎหมายอื่น อาจทำให้เกิดการไม่สอดคล้องกับแนวความคิดของสังคมนั้นๆ เช่น การนำมาบัญญัติในกฎหมายไทย ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยได้มีแนวความคิดเรื่องเสรีภาพในการมีเพศสัมพันธ์ การกระทำดังกล่าวจึงไม่เป็นความผิดทางอาญา เพราะมิได้เป็นการกระทำที่จะส่งผลกระทบต่อสังคม เนื่องจากเป็นการกระทำที่เกิดจากการยินยอมการมีเพศสัมพันธ์ของทั้งสองฝ่าย โดยมีได้เกิดจากการโดนข่มขืนใจ ในทางกลับกันหากนำเอาแนวความคิดของสังคมอื่นมาใช้กับสังคมอิสลาม ก็อาจทำให้เกิดความขัดแย้งทางด้านความคิดและการปฏิบัติตามกฎหมายนั้นๆ ได้ เช่น การบัญญัติความผิดฐานผิดประเวณี ที่มีลักษณะแม้ผู้กระทำความผิดจะได้กระทำโดยทั้งสองฝ่ายยินยอมก็ตาม แต่ยังเป็นความผิด อย่างไรก็ตามกฎหมายอิสลามนั้นมิได้มีแนวความคิดว่าการมีเพศสัมพันธ์เป็นสิ่งที่ชั่วร้าย แต่การที่กำหนดให้การกระทำเป็นความผิดทางอาญา เนื่องจากเป็นการกำหนดห้ามตามบทบัญญัติของศาสนา⁶ เป็นต้น ดังนั้นระบบกฎหมายที่แตกต่างกันย่อมมีแนวความคิดทางกฎหมายที่แตกต่าง ซึ่งสิ่งสำคัญคือความเหมาะสมในการบังคับใช้กับประเทศของตนเอง

⁵ สุชาติ เหล่าพลสุข, "ความผิดทางเพศ : กรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา," หน้า 27.

⁶ Farin Mirvahabi LLB, "Adultery: A Comparative Study of Criminal Sanctions," *Journal of Criminal Law* 42, April/June (1978): 109-110.

6. ความผิดบางฐานอาจเคยเป็นแนวความคิดทางอาญามาก่อนแต่ก็อาจเปลี่ยนเป็นแนวความคิดทางแพ่งได้ เช่น ความผิดฐานผิดประเวณีซึ่งแต่เดิมบัญญัติให้เป็นกฎหมายอาญา แต่ปัจจุบันนี้พบว่าไม่ได้กำหนดในประมวลกฎหมายอาญาอีกต่อไป แต่จะถูกกำหนดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งกำหนดเป็นเหตุแห่งการหย่าประการหนึ่งเท่านั้น ส่วนความผิดบางฐานที่เคยเป็นแนวความคิดด้านกฎหมายแพ่งก็อาจกลายเป็นแนวความคิดทางอาญาได้ เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร เป็นต้น ทั้งนี้เนื่องจากเมื่อแนวความคิดทางกฎหมายได้มีการวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงไป ย่อมส่งผลต่อการบัญญัติความผิดทางกฎหมายด้วยกล่าวคือหากเห็นว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่ร้ายแรงและกระทบต่อสังคมก็จะบัญญัติเป็นกฎหมายอาญา แต่การกระทำใดที่มีได้เป็นการกระทำร้ายแรงและส่งผลกระทบต่อสังคมเป็นอย่างมากอีกต่อไป ก็อาจเปลี่ยนแนวความคิดเป็นกฎหมายแพ่งแทนกฎหมายอาญาเดิม

7. แม้ว่าแนวความคิดจะเปลี่ยนแปลงจากเดิม กล่าวคือแต่เดิมเป็นแนวความคิดทางแพ่งกลายมาเป็นแนวความคิดทางอาญา อย่างไรก็ตามกรณีกระทำความผิดทางอาญาซึ่งผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษทางอาญา แต่หากการกระทำนั้นเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถูกกระทำ ผู้กระทำความผิดจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนซึ่งเป็นการรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สะท้อนให้เห็นว่าแม้จะมีการแบ่งแยกกฎหมายและแนวความคิดออกจากกันก็ตามแต่การบังคับใช้กฎหมายจะมีลักษณะใช้ควบคู่กันเสมอ

8. แม้โดยลักษณะทั่วไปของระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายอิสลามอาจมีความแตกต่างกัน แต่ก็มีจุดที่คล้ายคลึงกันเช่นกัน กล่าวคือ จากพื้นฐานทางประวัติศาสตร์ตามกฎหมายไทยพบว่ากฎหมายไทยได้รับอิทธิพลทางศาสนาเป็นอย่างมากจนหลักแห่งศีลธรรมนั้นกลายมาเป็นกฎหมาย แม้ว่าภายหลังต่อมาแนวความคิดทางศาสนาอาจมิได้มีอิทธิพลสำคัญต่อกฎหมายไทยเหมือนดังเช่นกฎหมายเดิม แต่อย่างไรก็ตามจะพบว่ากฎหมายในความผิดทางเพศยังคงสอดคล้องกับหลักคำสอนของศาสนาพุทธอยู่ (ศีลข้อสาม) เช่น ฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งการบัญญัติความผิดนี้จะมีเหตุผลเนื่องมาจากกฎหมายต้องการที่จะคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศ กล่าวคือเสรีภาพในการที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตัวเอง และแม้จะไม่ได้เกี่ยวข้องกับศีลธรรมโดยตรงแต่ก็

เป็นความผิดที่มีเรื่องศีลธรรมรวมอยู่ด้วย⁷ ซึ่งจากลักษณะดังกล่าวนี้เอง จึงทำให้ทั้งระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายอิสลามมีจุดที่คล้ายคลึงกัน นั่นก็คือกฎหมายและศาสนามักใกล้เคียงกันและกฎหมายจะต้องสอดคล้องกับศาสนาไม่ว่ารัฐนั้นจะเป็นรัฐศาสนาหรือรัฐที่แยกจากศาสนาก็ตาม

9. รูปแบบการลงโทษทางอาญาจะต้องมีประสิทธิภาพในการยับยั้งมิให้คนที่กระทำผิดแล้ว หวนกลับไปทำผิดอีกและจะต้องมีประสิทธิภาพในการยับยั้งมิให้คนอื่นเลียนแบบการกระทำความผิดนั้น ในทางตรงกันข้ามหากโทษทางอาญาไม่มีประสิทธิภาพก็จะทำให้เกิดการทำผิดซ้ำหรืออาชญากรรมเลียนแบบ ซึ่งจะทำให้สังคมไม่สงบสุขและแสดงถึงความล้มเหลวของกฎหมายอาญา⁸ ดังนั้นจะพบว่าการลงโทษจึงไม่สามารถใช้โทษเดียวได้แต่จะต้องใช้โทษหลายโทษควบคู่กันเพื่อจะได้ลงโทษผู้กระทำความผิดและสามารถปกป้องสังคมจากอาชญากรรมได้อย่างแท้จริง และอาจทำให้รูปแบบการลงโทษของแต่ละระบบกฎหมายแตกต่างกัน อย่างไรก็ตามจุดมุ่งหมายของการลงโทษทางอาญาไม่ว่าจะเป็นระบบใดต่างถูกกำหนดขึ้นเพื่อยับยั้งและป้องกันอาชญากรรมและเพื่อสามารถรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม

10. กฎหมายอาญาได้กำหนดขึ้นมาไม่ใช่เพียงแค่ว่าจะคุ้มครองปัจเจกชนเท่านั้น แต่ยังถูกกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองสังคมด้วย หากเห็นว่าความผิดนั้นจะเป็นอันตรายหรือจะเกิดความไม่เหมาะสมต่อสังคมหรือจารีตประเพณีหรือศีลธรรมอันดีงาม ซึ่งเห็นได้จากการที่กฎหมายไทยกำหนดบางฐานความผิดสามารถยอมความได้เนื่องจากเห็นว่าเป็นเรื่องส่วนบุคคล แต่บางฐานความผิดก็ไม่สามารถยอมความกันได้เพราะเห็นว่าความผิดเหล่านั้นเป็นเรื่องที่กระทบต่อสังคม กฎหมายจึงจำเป็นต้องปกป้องสังคมแทน ส่วนกฎหมายอิสลามจะพบว่ากำหนดขึ้นเนื่องจากเห็นว่าการกระทำความผิดทางเพศเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีและจารีตประเพณีรวมถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อสังคมด้วย ฉะนั้นจึงเห็นว่ากฎหมายอาญาจึงกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองปัจเจกชนรวมถึงสังคมและอาจพัฒนาเมื่อสังคมเปลี่ยนแปลงไปด้วยเช่นกัน เช่น คุ้มครองสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นสิทธิตามกฎหมายต่างประเทศ

⁷ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, หน้า 416.

⁸ ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, หน้า 164.

5.2 ข้อเสนอแนะ

1. การศึกษาระบบกฎหมายศาสนา จะต้องศึกษาถึงสารัตถะธรรมและหลักการทางศาสนา เพราะเป็นสิ่งสำคัญที่มีอิทธิพลต่อการบัญญัติกฎหมายซึ่งแตกต่างจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์ เช่น กฎหมายอิสลามมีแหล่งที่มาที่สำคัญคือคัมภีร์อัลกุรอานและอัลหะดีษซึ่งล้วนเป็นหลักการทางศาสนา เป็นต้น

2. ระบบกฎหมายที่แตกต่างกันจะมีแนวความคิดพื้นฐานที่แตกต่างกัน ดังนั้นจึงไม่ควรที่จะนำเอาแนวความคิดของระบบหนึ่งไปวิจารณ์อีกระบบหนึ่งถึงข้อดีและข้อบกพร่องของระบบนั้น เพราะแม้แนวความคิดฐานความผิดและรูปแบบการลงโทษจะแตกต่างกันก็ตาม เช่น การลงโทษตามกฎหมายอิสลามอาจถูกมองว่าเป็นการลงโทษที่มีความรุนแรงเกินไป หรือฐานความผิดประเวณีซึ่งอาจจะมองว่าไม่เหมาะสมกับสภาพยุคในปัจจุบัน เป็นต้น แต่กฎหมายอิสลามก็มีวัตถุประสงค์เพื่อมีให้มารล่อลวงมนุษย์ใน 5 ด้าน คือ ด้านศาสนา ด้านชีวิตมนุษย์ ด้านสติปัญญา ด้านวงศ์ตระกูล และด้านทรัพย์ (ซึ่งได้กล่าวแล้วในบทที่ 3) อันจะเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมเช่นเดียวกับระบบกฎหมายอื่น แต่เนื่องด้วยแนวความคิดและสภาพสังคมที่แตกต่าง จึงทำให้ฐานความผิดและรูปแบบการลงโทษแตกต่างจากระบบกฎหมายอื่นๆ

3. การที่ประเทศไทยได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดทางตะวันตก จึงมีวิวัฒนาการที่มีการเปลี่ยนแปลงแตกต่างจากกฎหมายไทย การจะเปลี่ยนแปลงกฎหมายใดจึงจำต้องคำนึงถึงวัฒนธรรมดั้งเดิมเพื่อนำมาปรับใช้ให้เหมาะสม เพราะกฎหมายจะต้องมีความสอดคล้องกับสภาพสังคมเสมอ เนื่องจากกฎหมายย่อมส่งผลต่อการดำรงชีวิตของประชาชน กล่าวคือ แต่เดิมมีการบัญญัติความผิดประเวณีโดยเห็นว่าเป็นสิ่งชั่วร้ายเพราะเป็นการกระทำต่ออำนาจการปกครองของสามีที่มีต่อภรรยา อันเนื่องมาจากแนวความคิดที่ชายมีสถานะเหนือกว่าหญิง แต่เมื่อได้รับอิทธิพลทางตะวันตกสิทธิระหว่างชายและหญิงมีความเท่าเทียมกันมากขึ้นและสถานะทางสังคมของหญิงที่มีบทบาทมากขึ้นจึงทำให้ความผิดฐานนี้ได้ถูกยกเลิกไป ดังนั้นจากเดิมที่กำหนดห้ามการผิดประเวณีหรือการเป็นชู้กัน ปัจจุบันอาจสามารถกระทำได้ หากมิได้เป็นการกระทำที่ฝืนใจอีกฝ่าย กรณีเช่นนี้จึงแสดงให้เห็นว่ากฎหมายกำหนดเช่นไรย่อมส่งผลต่อการดำเนินชีวิตของประชาชนด้วยเช่นกัน

รายการอ้างอิง

รายการภาษาอังกฤษ

- Abdul Qadeer Baksh. The Five Higher Goals of Shariah Law [Online]. 2013. Available from: <https://abdulqadeerbaksh.wordpress.com/2013/07/12/the-five-higher-goals-of-shariah-law> [Oct. 10, 2016].
- Abdurrahman Raden Aji Haqqi. Criminal Punishment and Pursuit Justice in Islamic Law. International Journal of Technical Research and Application 15 (2015).
- Aly Aly Mansour. Hudud Crimes. In Edited by M. Cherif Bassiouni, The Islamic Criminal Justice System. the United States of America: Oceana Publications.
- Amr A. Shalakany. Islamic Legal Histories. J. Middle Eastern & Islamic Law 1 (2008).
- Asifa Quraishi. Who Says Sharia Demands the Stoning of Women? A Description of Islamic Law and Constitutionalism. Berkeley Journal of Middle Eastern & Islamic Law 1 (2008).
- AzmanMohd Noor. Rape : A Problem of Crime Classification in Islamic Law. Arab Law Quarterly 24 (2010).
- Etim E. Okon. Hudud Punishment in Islamic Criminal Law. European Scientific Journal 10, 14 (2014).
- Farin Mirvahabi LLB. Adultery: A Comparative Study of Criminal Sanctions. Journal of Criminal Law 42, April/June (1978): 109-110.
- Firouz Mahmoudi. On Criminalization in Iran, European Journal of Crime. Criminal Law and Criminal Justice 10 (2002).
- Graeme R. Newman. Crime and Punishment around the World. United State of America: ABC-CLIO, 2010.
- Herbert J. Liebensny. Impact of Western Law in the Counties of the near East. The George Washinton Law Review 22 (1953).
- Hossein Esmaeili. On a Slow Boat Towards the Rule of Law : The Nature of Law in the Saudi Arabian Legal System. Arizonz Journal of International and Comparative Law 26 (2009).

- Irene Schneider. Imprisonment in Pre-Classical and Classical Islamic Law. Islamic Law and Society 2 (1995): 162.
- Javaid Rehman, and Eleni Polymenopoulou. It Green a Part of the Rainbow? Sharia, Homosexuality, and Lgbt Right in the Muslim World Fordham International Law Journal" 37, 1 (2013).
- Joel Meyer. Reflections on Some Theories of Punishmen. Journal of Criminal Law and Criminology 59, 4 (1969).
- . Reflections on Some Theories of Punishment. 59JCrImL Criminology&Police 59, 4 (1968).
- Joseph L. Brand. Aspects of Saudi Arabian Law and Practice. Boston College International and Comparative Law Review 4 (1986).
- Joseph Schacht. An Introduction to Islamic Law. Oxford: Clarendon Pres, 1982.
- Liv Tonnessen. Woman's Activism in Saudi Arabia : Male Guardianship and Sexual Violence. Norway: CMI, 2016.
- Mohamed Abdel-Khalek Omar. Reasoning in Islamic Law : Part One. Arab Law Quarterly 12 (1997).
- Reza Aslan. The Problem of Stoning in the Islamic Penal Code: An Argument for Reform 3 UCLA J. ISLAMIC & NEAR E.L. 91, Fall/Winter (2003-04).
- Richard F Nyrop et al. Area Handbook for Saudi. 3 ed. United State of America: Government Printing Office, 1977.
- Rudolph Peters. Crime and Punishment in Islamic Law : Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-First Century. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Sara Omar. From Semantics to Normative Law: Perception of Liwat (Sodomy) and Sihaq (Tribadism) in Islamic Jurisprudence (8th – 15th Century Ce) Islamic Law and Society 19 (2012).

รายการภาษาไทย

- Jasser Auda. หลักเจตนารมณ์แห่งกฎหมายอิสลาม. แปลโดย ลันวาร์กอมะ, น. ท. ปัตตานี: คณะอิสลามศึกษาและนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอิสลามยะลา, 2556.

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2. กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง, 2557.
- เมาลานา ชัยยิต อบูล อะลา เมาคูดี. มาเข้าใจอิสลามกันเถอะ. แปลโดย บรรจง บินกาซัน. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- เสถียร วชัยลักษณะ. กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. กรุงเทพฯ: นิติเวช, 2498.
- เสนีย์ ปราโมช. กฎหมายสมัยอยุธยา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.
- เสริม วินิจฉัยกุล. คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายอาญาภาคปลาย. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2482.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552.
- ไอฟาร กุลวิจิตร และอมรพจน์ กุลวิจิตร. เหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ เหตุลดโทษ เหตุรอกการลงโทษและรอกการกำหนดโทษ. กรุงเทพฯ: ปณัชช, 2552.
- กฎหมายตราสามดวง. กรุงเทพฯ: กรมศิลปากร, 2521.
- กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์, พ. กฎหมายลักษณะผู้เมี้ย. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์กองหลวงโทษ, ร.ศ. 120.
- กิตติบดี ไยพูล. ภาษากฎหมายไทยกับการเปลี่ยนแปลงทางสังคม. มนุษยศาสตร์ สังคมศาสตร์ 21(1), ตค - ธค (2546).
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. ตำนานรักร่วมเพศ. วารสารนิติศาสตร์ 13, 2 (2526).
- กิตติศักดิ์ ปรกติ และคณะ. รายงานการวิจัย เรื่องระบบการปรับใช้กฎหมายอิสลามในประเทศไทย. กรุงเทพฯ เดือนตุลา, 2555.
- กุลรอดา วุฒิสารวัฒนา. ปัญหาทางกฎหมายในการเยียวยาผู้เสียหายที่ถูกกระทำละเมิดจนร่างกายพิการ. นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. 2558.
- คณพล จันทน์หอม. รากฐานกฎหมายอาญา. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558.
- คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญา ภาคความผิด. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553.
- . กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.
- . กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556.
- คุรุชิต อะห์มัด. อิสลาม ความหมายและคำสอน. แปลโดย จรัญ มะลูลีน. กรุงเทพฯ: อิสลามิก อะเคเดมี, 2541.
- จรัญ โฆษณานันท์. สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ปรัชญา กฎหมายและความเป็นจริงทางสังคม. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2556.
- . สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ปรัชญา กฎหมายและความเป็นจริงทางสังคม. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2556.

- จิตติมา ทรัพย์พอกพูล. ความเหมาะสมในการใช้โทษเขียน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2540.
- ชาตรี ศรีนวลนัดและวันชัย ศรีนวลนัด. คำอธิบายกฎหมาย เรื่องความยินยอมในคดีอาญา ความผิดอันยอมความได้. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: ประชุมช่าง, 2528.
- ชาติ ชัยเดชสุริยะ. มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา กรุงเทพฯ โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2545.
- ชิดชนก แผ่นสุวรรณ. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร : ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2522.
- ณรงค์ ศิริปะชะนะ. ความเป็นมาของกฎหมายอิสลามและดาโต๊ะยุติธรรม. กรุงเทพมหานคร: บพิธ, 2518.
- ณัฐวรรณ ดวงกางใต้. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา : ศึกษาขอบเขตของการให้ความยินยอมโดยผู้เสียหาย. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. 2558.
- ดวงจิตต์ กำประเสริฐ. ประวัติศาสตร์กฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: ประชาชน, 2530.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ: วิทยูชน, 2559.
- . คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพฯ: วิทยูชน, 2555.
- ธัญญาวรรัตน์ ตั้งกาญจนานนท์. วิวัฒนาการของกระบวนการลงโทษจำคุกในประเทศไทยและปัจจัยที่ส่งผลต่อความเปลี่ยนแปลง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2556.
- ธีรวัฒน์ ศรีสวัสดิ์. จริยศาสตร์ตามแนวพุทธศาสนามีบทบาทต่อการลงโทษทางอาญาตามกฎหมายไทยอย่างไร. ศึกษาศาสตร์ 3(2545).
- นพนิธิ สุริยะ. สิทธิมนุษยชน. กรุงเทพฯ: วิทยูชน 2537.
- นฤพนธ์ จ้อยทองมูล. การกระทำความผิดทางเพศของบุคคลในครอบครัว. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2544.
- นวลจันทร์ ทศนชัยกุล. การกระทำผิดของหญิง. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2532.
- นิธิ เมทินีวงศ์. แนวความคิดเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2551.
- ปกป้อง ศรีสนิท. กฎหมายอาญาชั้นสูง. กรุงเทพฯ: วิทยูชน, 2559.

- ปกรณ มณีปกรณ. อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วน จำกัด เอ็ม. ที. เพรส, 2553.
- ประคนธ์ พันธุ์วิชาติกุล. การลงโทษสถานหนักต่อผู้กระทำผิดกฎหมาย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2523.
- ประสิทธิ์ พัฒนาอมร. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2522.
- ปริญญา จิตรการณทิกิจ. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2534.
- พนัสดา อุทัยพัฒนากุล. รายงาน : ข่มขืน-ยอมความ ช่องโหว่กฎหมายหรือสิทธิของเหยื่อ? [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://prachatai.com/journal/2016/07/66746> [เข้าถึงเมื่อ 6 ตุลาคม 2559]
- พรชัย ชันดี. ทฤษฎีอาชญาวิทยา : หลักการ งานวิจัย และนโยบายประยุกต์. กรุงเทพฯ: สุเนตรฟิล์ม, 2553.
- พระไพศาล วิสาโล. กฎหมายกับพุทธศาสนา [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.visalo.org/article/budKodmai.htm> [เข้าถึงเมื่อ 5 พฤษภาคม 2558]
- มุฮัมมัดซาคี เจ๊ะหะ. กฎหมายอาญาอิสลาม. กรุงเทพมหานคร: ออฟเซ็ท, 2555.
- มุฮัมมัดซาคี เจ๊ะหะ. บทลงโทษในกฎหมายอิสลาม. กรุงเทพมหานคร: อิสลามิกอะเคเดมี, 2547.
- ยอร์ช ปาดูซ์. บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ การร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. แปลโดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2546.
- ยูซุฟ ก็อรฎอวี. ทะเลสาบและหะรอมในอิสลาม. แปลโดย บินการิน, บ. กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด เจริญวิทย์การพิมพ์ 2539.
- ลำพรรณ น่วมบุญลือ. สิทธิและหน้าที่ของสตรีตามกฎหมายไทย. กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2523.
- วฐาพร เอื้ออารักษ์. การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงฟื้นฟูมาใช้กับคดีข่มขืนกระทำชำเรา. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2555.
- วรรณัฐ วรรชาติเดชา. ความรุนแรงในครอบครัว. กรุงเทพฯ: กลุ่มงานอาจารย์ กองบัญชาการศึกษา สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, 2557.
- วรรณมล เพ็งดิษฐ์. การบังคับโทษปรับ : ศึกษากรณีอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานบังคับคดีอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2552.
- วิศิษฐ์ เจนนานนท์. โทษประหารชีวิต : ศึกษาวิธีการบังคับโทษด้วยการฉีดยากับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2545.

- วีระ โลจายะ. กฎหมายสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร แสงจันทร์การพิมพ์, 2531.
- ศรีสมบัติ โชคประจักษ์ชัด และกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม. บทวิเคราะห์ข้อมูลสถานการณ์ และเชื่อมโยงเพื่อวางทิศทางแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2557 – 2561). กรุงเทพฯ: กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, 2558.
- ศิวตี เกิดเจริญ. ผลกระทบจากการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2552.
- สมาคมนักเรียนเก๋อาหารับ. พิภพซุนนะฮ์. นนทบุรี: สมาคม, 2545.
- สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. พันธกรณีระหว่างประเทศ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.nhrc.or.th/Human-Rights-Knowledge/International-Human-Rights-Affairs/International-Law-of-human-rights.aspx> [เข้าถึงเมื่อ 26 เมษายน 2558]
- สิริกาญจน์รัชนี สุวรรณชาติ. โทษปรับ : ศึกษากรณีการใช้มาตรการอื่นมาเสริมและแทนการปรับ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2549.
- สุชาดา เหล่าพูลสุข. ความผิดทางเพศ : กรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา. หลักสูตรปริญญา นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง. 2548.
- สุชาติ เศรษฐมาลินี. ความรุนแรง สันติภาพ และความหลากหลายในโลกอิสลาม. กรุงเทพฯ: ศยาม, 2550.
- สุดปรารถนา นีละไพจิตร. สิทธิมนุษยชนในอิสลามกับการรับรองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2550.
- สุธีระ ฤกษ์วัลย์. การนิยามความหมายใหม่ของการข่มขืนในสังคมไทย กับประเด็นสิทธิมนุษยชน. รัฐศาสตร์มหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2545.
- สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล. ความผิดทางเพศ : ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2552.
- สุลัยมาน ดอเลาะและญาดุลฮัก มิงสมร. กฎหมายอิสลามลักษณะอาญา. สงขลา: บรรลือการพิมพ์, 2557.
- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 2 – 3. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- . คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา. พระนคร: วิบูลกิจ, 2497.
- . คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2548.

หลวงสุทธิวาทนพฤพุดิ. คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ชั้นปริญญาโท พุทธศักราช 2512 – 2513. พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516.

อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. ทฤษฎีอาญา. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556.

อรประภา สาครวาสี. การกระทำความผิดทางเพศ : ศึกษาเฉพาะกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทาง
เวจมรรคและทางปาก. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย. 2551.

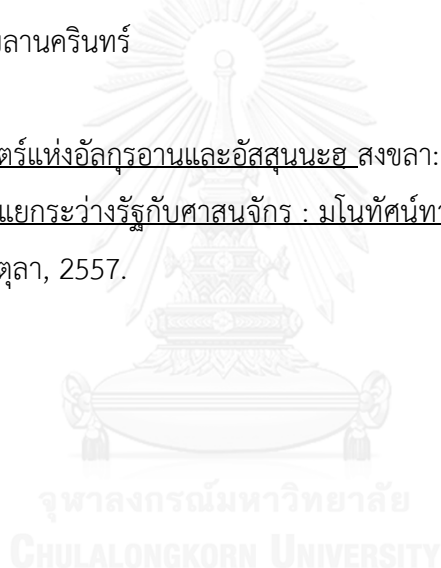
อัจฉริยา ชูตินันท์. อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556.

———. อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.

อัสมัน แต่เปาะ. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายอาญาอิสลาม
กับประมวลกฎหมายไทย. วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาอิสลามศึกษา
มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์
2547.

อับดุลเลาะ การ์รีนา. ศาสตร์แห่งอัลกุรอานและอัลสุนนะฮ์ สงขลา: โรงพิมพ์หาดใหญ่กราฟฟิก, 2551.

อานนท์ มาเม้า. การแบ่งแยกระหว่างรัฐกับศาสนจักร : มโนทัศน์ทางนิติปรัชญาและกฎหมายมหาชน.
กรุงเทพฯ: เดือนตุลา, 2557.





ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ภาคผนวก ก.

Islamic Penal Code of the Islamic Republic of Iran 1991

Article 64 : Adultery shall be punishable (subject to hadd) when the adulterer or the adulteress is of age, sane, in control of his or her action and cognizant of the illicit nature of his or her act.

Article 73 : Pregnancy of an unmarried woman shall not by itself be the cause of punishment unless relevant evidence, as defined in this code, proves that she has committed the act of adultery.

Article 74 : Adultery, whether punishable by flogging or stoning, may be proven by the testimony of four just men or that of three just men and two just women.

Article 82 : The penalty for adultery in the following cases shall be death, regardless of the age or marital status of the culprit: (1) Adultery with one's consanguineous relatives (close blood relatives forbidden to each other by religious law); (2) Adultery with one's stepmother in which the adulterer's punishment shall be death; (3) Adultery between a non-Muslim man and a Muslim woman, in which case the adulterer (non-Muslim man) shall receive the death penalty; (4) Forcible rape, in which case the rapist shall receive the death penalty.

Article 83 : Adultery in the following cases shall be punishable by stoning: (1) Adultery by a married man who is wedded to a permanent wife with whom he has had intercourse and may have intercourse when he so desires; (2) Adultery of a married woman with an adult man provided the woman is permanently married and has had intercourse with her husband and is able to do so again.

Article 88 : The punishment for an unmarried adulterer or adulteress shall be one hundred lashes.

Article 90 : If a man or a woman has committed the act of adultery several lashes and has been punished after each act, he or she shall be put to death following his or her fourth act of adultery.

Article 91 : An adulteress shall not be punished while pregnant or in menstruation or when, following birth and in the absence of a guardian, the newborn's life is in danger. If, however, the newborn becomes the ward of a guardian the punishment shall be carried out.

Article 93 : If an ailing woman or a woman in menstruation has been condemned to death or stoning, the punishment shall be carried out. If, however, she is condemned to flogging, the punishment shall be delayed until she is recovered or her menstruation period is over.

Article 95 : If a person who is condemned to *hadd* punishment becomes an apostate or insane, the *hadd* punishment shall not be removed.

Article 99 : If the *zina* of a *muhsan* person [who meets the conditions mentioned in art. 83] is proved by his/her confession, the first stone shall be cast by the *Shari'a* judge followed by others; and, if the *zina* is proved by testimony of witnesses, first the witnesses shall cast the stones followed by the judge and then others.

Article 100 : The flogging of an adulterer shall be carried out while he is standing upright and his body bare except for his genitals. The lashes shall strike all parts of his body-- except his face, head and genitals with full force. The adulteress shall be flogged while she is seated and her clothing tightly bound to her body.

Article 102 : The stoning of an adulterer or adulteress shall be carried out while each is placed in a hole and covered with soil, he up to his waist and she up to a line above her breasts.

Article 104 : The stones shall not be so big so as to kill the person by one or two strikes, neither shall it be so small that it cannot be called a stone.

Article 106 : If zina is committed during sacred times such as religious feasts, the month of Ramadan, Fridays, or at holy places such as mosques, a ta'zir punishment shall be added to the hadd punishment.

Article 107 : Presence of witnesses during the execution of *hadd* punishment of stoning to death is necessary; however, in the case of their absence, the *hadd* punishment may not be removed. But if the witnesses escape, the *hadd* punishment shall be removed.

Article 110: Punishment for sodomy is killing; the Sharia judge decides on how to carry out the killing.

Article 111: Sodomy involves killing if both the active and passive persons are mature, of sound mind and have free will.

Article 112 : If a mature man of sound mind commits sexual intercourse with an immature person, the doer will be killed and the passive one will be subject to Ta'azir of 74 lashes if not under duress.

Article 113: If an immature person commits sexual intercourse with another immature person, both of them will be subject to Ta'azir of 74 lashes unless one of them was under duress

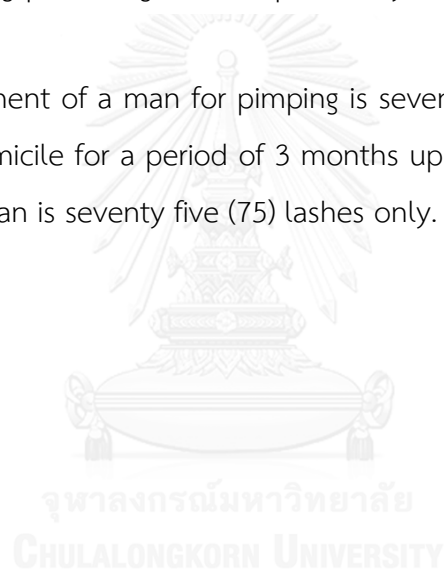
Article 129: Punishment for lesbianism is hundred (100) lashes for each party.

Article 130 : Punishment for lesbianism will be established vis-a -vis someone who is mature, of sound mind, has free will and intention.

Article 136 - Procuring/pandering shall be proved by confessions given twice provided that the confessor is mature, sane, free and intended [to make the confession].

Article 137 - Procuring/pandering shall be proved by the testimony of two just men.

Article 138 : Punishment of a man for pimping is seventy (70) lashes and exile from the place of (his) domicile for a period of 3 months up to one year and punishment of pimping by a woman is seventy five (75) lashes only.



ภาคผนวก ข

Syariah Penal Code Order, 2013

68. (1) A man and a woman are said to commit Zina if they willfully had sexual intercourse without being validly married to each other or such intercourse is not syubhah intercourse

69. (1) Any Muslim who commits zina and it is proved either by ikrar of the accused, or by syagadah of at least four *syahid* according to *Hukum Syara'* after the Court is satisfied having regard to the requirements of *tazkiyah al syuhud*, is guilty of an offence and shall be laible on conviction to *hadd* punishment as follows –

(a) if he is *muhshan*, stoning to death witnessed by a group of Musilm; or

(b) if he is *ghairu muhshan*, ehipping with 100 strokes witnessed by a group of Muslims and imprisonment for a term of one year.

(2) Any Muslim who commits *zina* and it is proved by evidence other than that provided under subsection (1) is guilty of an offence and shall be laible on conviction –

(a) if he is *muhshan*, whipping with not escedding 30 strokes and imprisonment for a term not exceeding 7 years;

(b) if he is *ghairu muhshan*, whipping with not exceeding 15 strokes and imprisonment for a term not exceeding 3 years.

(3) Any non-Muslim who commits zina with a Mislum and it is proved either by ikrar of the accused, or by *syahadah* of at least four syahid according to *Hukum Syara'* after the Court is satisfied having regard to the requirments of *tazkiyah al syuhud*, is guilty of an offence and shall be liable on conviction to the same punishment as provided under subsection (1)

(4) Any non-Muslim who commits *zina* with a Muslim and it is proved by evidence other than that provided under subsection (3) is guilty of an offence and shall be laible on conviction to the same punishment as provided in subsection (2)

75. A person is said to commit *zina bil-jabar* if he or she has sexual intercourse with a woman or man, as the case may be, to whom he or she is not validly married, in any of the following circumstances –

- (a) against the will of the victim;
- (b) without the consent of the victim;
- (c) with the consent of the victim, when the consent has been obtained with threat by putting the victim in fear of death or hurt;
- (d) with the consent of the victim, when the offender knows that the offender is not validly married to the victim and that the consent is given because the victim believes that the offender is another person to whom the victim is validly married or the victim believes herself or himself to be validly married to the offender;
- (e) with the consent of the victim, if the consent is given by a person under a misconception of fact and the person doing the act knows, or has reason to believe, that consent was given in consequence of such misconception;
- (f) with the consent of the victim, if the consent is given by a person who, from unsoundness of mind or intoxication, is unable to understand the nature and consequence of that to which he gives his consent; or if the consent is given by a person who has not attained the ages of bailgh

76. (1) Any person who commits *zina bil-jabar* and it is proved either by *ikrar* of the accused, or by *syahadah* of at least four *syahid* according to *Hukum Syara* other than the evidence of the victim after the Court is satisfied having regard to the requirements of *tazkiyah al syuhud*, is guilty of an offence and shall be liable on conviction to *hadd* punishment as follows –

- (a) If he is *muhshan*, stoning to death witnessed by a group of Muslims;
- (b) If he is *ghairu muhshan*, whipping with 100 strokes witnessed by a group of Muslims and to imprisonment for one year.

(2) Any person who commits *zina bil-jabar* and it is proved by evidence other than that provided under subsection (1) is guilty of an offence and shall be liable on conviction –

(a) If he is *muhshan*, to imprisonment for a term not exceeding 30 years and whipping with not exceeding 40 strokes;

(b) If he is *ghairu muhshan*, to imprisonment for a term not exceeding 15 years and whipping with not exceeding 20 strokes.

82. (1) Any person who commits *liwat* is guilty of an offence and shall be liable on conviction to the same punishment as provided for the offence of zina

(2) For the purposes of this Order “*liwat*” means sexual intercourse between a man and another man or between a man and a woman other than his wife, done against the order of nature that is through the anus

92. (1) Any Muslim woman who commits *musahaqah* is guilty of an offence and shall be liable on conviction to a fine not exceeding \$ 40,000, imprisonment for a term not exceeding 10 years, whipping not exceeding 40 strokes or combination of any two of the punishment.

(2) Any non-Muslim woman who commits *musahaqah* with a Muslim woman is guilty of an offence and shall be liable on conviction to a fine not exceeding \$ 40,000, imprisonment for a term not exceeding 10 years, whipping not exceeding 40 strokes or a combination of any two of the punishment.

(3) In this section, “*musahaqah*” means any physical activities between a woman and another woman which would amount to sexual acts if it is done between a man and a woman, other than penetration

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวชนินดา พูลศิลป์ เกิดเมื่อวันที่ 25 สิงหาคม 2532 ที่กรุงเทพมหานคร สำเร็จ การศึกษาระดับชั้นประถมศึกษาจากโรงเรียนทุ่งมหาเมฆ ระดับชั้นมัธยมศึกษาจากโรงเรียนสาธิต มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ ประสานมิตร (ฝ่ายมัธยม) และระดับชั้นปริญญาตรีนิติศาสตร์ บัณฑิต เกียรตินิยมอันดับสอง จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปี 2554 และในปี 2556 ได้เข้าศึกษาต่อในระดับชั้นปริญญาโทนิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขา กฎหมายอาญาและ กระบวนการยุติธรรมทางอาญา ปัจจุบันปฏิบัติงานอยู่ที่บริษัท ธนาकारกรุงเทพ จำกัด (มหาชน)

