

ผลกระทบจากการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติ
แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ต่อความผิดฐานอนาจาร



นางสาวศิวดี เกิดเจริญ

ศูนย์วิทยทรัพยากร

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2552

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

THE EFFECTS FROM 19th PENAL CODE (B.E.2550) REVISING
ON OFFENSES OF RAPE AND INDECENT ACT



Miss Siwadee Kerdcharoen

ศูนย์วิทยุทรัพยากร
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 2009

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ผลกระทบจากการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืน
กระทำชำเราตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวล
กฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ต่อความผิดฐาน
อนาจาร

โดย

นางสาวสิวดี เกิดเจริญ

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

รองศาสตราจารย์ มัทยา จิตติรัตน์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้รับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโท



..... คณบดีคณะนิติศาสตร์

(รองศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ ธนิตกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



..... ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์ วีระพงษ์ บุญโญภาส)



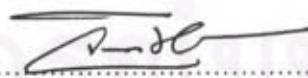
..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(รองศาสตราจารย์ มัทยา จิตติรัตน์)



..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ)




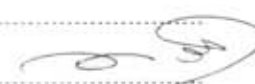
..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(อาจารย์ ดร.จิรนิติ หะวานนท์)

คดี เกิดเจริญ : ผลกระทบจากการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ต่อความผิดฐานอนาจาร. (The effects from 19th penal code (B.E.2550) revising on offenses of rape and indecent act) อ. ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก : รองศาสตราจารย์ มัทยา จิตติรัตน์ , 125 หน้า.

การบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ถือได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่มีมาแต่ดั้งเดิม ทั้งนี้แต่เดิมนั้นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องเป็นเพศชายกระทำการข่มขืนกระทำชำเราต่อเพศหญิงด้วยวิธีการตามธรรมชาติ และการกระทำจะเป็นความผิดเมื่อหญิงนั้นมีไขภริยาของผู้กระทำ แต่ต่อมาเมื่อได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ทำให้ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นได้ทั้งเพศชายและเพศหญิง และโดยผลของการตัดคำว่า "ซึ่งมีไขภริยาตน" ออก ทำให้สามีหรือภริยาที่บังคับขืนใจคู่สมรสของตนร่วมให้ร่วมประเวณีด้วยอาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

นอกจากนี้การแก้ไขบทบัญญัติในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยการกำหนดความหมายของ "การกระทำชำเรา" ให้ขยายขอบเขตไปเพื่อลงโทษการกระทำในลักษณะต่าง ๆ ซึ่งมีลักษณะของการกระทำความผิดฐานอนาจารมากกว่าการร่วมประเวณีนั้นจะทำให้ยากต่อการวินิจฉัยความผิดและยังไม่น่าจะตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองเพศหญิงจากการล่วงเกินทางเพศโดยชายโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม จะเห็นว่ากฎหมายมุ่งคุ้มครองหญิงซึ่งเป็นเพศที่อ่อนแอกว่าและเสี่ยงต่อการตั้งครรภ์ และการกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสเป็นความผิดนั้นอาจมีผลกระทบต่อความสงบสุขของสถาบันครอบครัว ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าควรยกเลิกบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราดังกล่าว และหากรัฐต้องการคุ้มครองการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในรูปแบบอื่นก็ควรจะบัญญัติแยกออกมาเป็นฐานความผิดใหม่เพื่อมิให้เกิดความสับสนในการบังคับใช้กฎหมายและการตีความ นอกจากนี้หากจะมีการกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราภริยาเป็นความผิดก็ควรจะมีเงื่อนไขว่าต้องได้กระทำในขณะที่แยกกันอยู่โดยความสมัครใจของทั้งสองฝ่ายด้วยสาเหตุที่ไม่สามารถอยู่ร่วมกันได้โดยปกติสุขหรือแยกกันอยู่โดยคำสั่งของศาลซึ่งเป็นเหตุอย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1516

สาขาวิชา นิติศาสตร์ลายมือชื่อนิสิต 
ปีการศึกษา 2552ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก 

5086037934 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : RAPE / INDECENT ACT

SIWADEE KERDCHAROEN : THE EFFECTS FROM 19th PENAL CODE (B.E.2550)
 REVISING ON OFFENSES OF RAPE AND INDECENT ACT.THESIS ADVISOR :
 ASSOC.PROF.MATTAYA JITTIRAT, 125 pp.

A purpose of this is to contemplate difficulties and effects subsequent to an enforcement of a provision of sexual offences regarding ravishment compliant with Act Amending Penal Code (NO.19), B.E. 2550 which is deemed to be an alteration towards an initial concept of such offences. At the outset (prior to revision of an Article 276), a sexual offender on this ground must be a male who has unlawful sexual intercourse with a female injured party in an ordinary course of action on the condition that the latter is not the offender's wife. Since the revised provision of the Article 276 has been launched, the offender and the victim could be male or female. In addition, a consequence after a removal of the phrase "who is not a self's spouse" is that the husband or wife who constrains his or her spouse to have sexual intercourse will possibly be accused of the sexual offender as a rapist.

Beside the definition of the phrase "having a sexual intercourse" in itself along with the Supreme Court's verdict which has imposed on its meaning i.e. having sexual intercourse in an ordinary course of action. Hence, the stipulation of the definition of the "having sexual intercourse" for being prevalently extended to punish a wide range of actions including the action that could, by nature, be a gross indecency rather than sexual intercourse could not align with the spirit of law; that is to protect the female being regarded as a vulnerable gender and risky to pregnancy. Likewise, sexual intercourse between the husband and wife, provided that one party gives on consent, recognized as criminal commitment would have an impact on peace of family institution. Therefore, the author advocates the abolishment of the revised Act and would rather suggest the government enacting a specific law or rule based on the nature of abuse in each category to cover particular sexual offences. The advantage of doing this is to prevent the uncertainty of law enforcement and interpretation. Further, shall the husband be a sexual offender once having sexual intercourse with his wife, without her consent, the additional condition specifying such an intercourse must be committed within duration of that both husband and wife voluntarily live apart on the basis that they cannot peacefully cohabit or they are split by court order on the ground of divorce pursuant to the Article 1516 of Civil and Commercial Code of Thailand should be firmly entailed.

Field of Study : LAWS

Student's Signature

Siwadee K.

Academic Year : 2009

Advisor's Signature

Mattaya Jittirat

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ โดยความเมตตาอย่างยิ่งจากท่านรองศาสตราจารย์ มัทยา จิตติรัตน์ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ที่ท่านได้เมตตาตลอดเวลาในการให้คำแนะนำ และให้แนวคิดตลอดจนให้ความช่วยเหลือในด้านต่างๆ ในการจัดทำวิทยานิพนธ์แก่ผู้เขียนโดยตลอด ผู้เขียนสำนึกในพระคุณเป็นอย่างยิ่ง จึงขอกราบขอบพระคุณอย่างสูงมา ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์วิระพงษ์ บุญโญภาส ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านรองศาสตราจารย์ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และท่านอาจารย์ดร.จิรนิติ หะวานนท์ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่ตลอดเวลาอันมีค่าในการให้คำแนะนำและความคิดเห็นต่างๆ แก่ผู้เขียน จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา และพี่สาว อันเป็นที่รักและเคารพยิ่งซึ่งเป็นแรงบันดาลใจและกำลังใจในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รวมทั้งได้ให้การสนับสนุนผู้เขียนในทุกด้าน ด้วยดีเสมอมา

นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบคุณนายศักรี จิรวิชญ ที่ให้ความช่วยเหลือผู้เขียนในทุกด้าน และขอขอบคุณเพื่อนๆ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย รวมถึงเพื่อนที่มีได้เอ่ยนามสำหรับกำลังใจในยามที่ผู้เขียนท้อแท้

หากวิทยานิพนธ์นี้จะมีส่วนดีอยู่บ้าง ผู้เขียนขออุทิศให้คุณยายรำพึง ท่วมศิริ ผู้เป็นที่รัก และหากวิทยานิพนธ์นี้จะมีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว และขออภัยมา ณ ที่นี้ด้วย

ศูนย์วิทยุทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

2.1.2.2.3 การข่มขืนแล้วฆ่า (Felony Rape).....	16
2.1.3 ความเชื่อที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเรา.....	17
2.1.3.1 ความเชื่อของผู้หญิงเป็นฝ่ายผิด.....	17
2.1.3.2 ความเชื่อที่ผู้ชายมีปัญหาทางจิต.....	17
2.1.3.3 ความเชื่อที่ผู้หญิงสนุกและมีความสุขกับการถูกข่มขืน.....	18
2.1.3.4 ความเชื่อว่าการข่มขืนต้องเกิดขึ้นพร้อมกับความรุนแรง.....	18
2.1.3.5 ความเชื่อที่สาวบริสุทธิ์เท่านั้นที่เป็นเหยื่อข่มขืน.....	18
2.1.3.6 ความเชื่อเกี่ยวกับความหมายของการข่มขืนกระทำชำเรา.....	19
2.1.3.7 ความเชื่อที่สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาได้โดยไม่ผิด กฎหมาย.....	19
2.2 พัฒนาการของบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทย.....	21
2.2.1 ความผิดฐานกระทำชำเราตามกฎหมายลักษณะฉ้อฉล.....	21
2.2.1.1 การข่มขืนยังมีถึงชำเรา.....	21
2.2.1.2 การข่มขืนจนถึงชำเรา.....	22
2.2.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชกำหนดข่มขืนล่วง ประเวณี ร.ศ. 118.....	23
2.2.3 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127...	24
2.2.4 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา.....	25
2.3 บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.....	27
2.3.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 (เดิม).....	27
2.3.1.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากรณีทั่วไป.....	28
2.3.1.2 ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก.....	38
2.3.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา แก้ไขโดย พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550.....	40
2.3.2.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกรณีทั่วไป.....	40
2.3.2.2 ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก.....	45
2.4 แนวความคิดในการกำหนดความผิดฐานอนาจาร.....	47
2.4.1 ประวัติของความผิดฐานกระทำอนาจาร.....	47

2.4.2 รูปแบบและประเภทของการกระทำอนาจาร.....	48
2.5 พัฒนาการของบทบัญญัติความผิดฐานอนาจารของประเทศไทย.....	49
2.5.1 ความผิดฐานกระทำอนาจารตามพระอัยการลักษณะผิดเมีย.....	49
2.5.2 ความผิดฐานกระทำอนาจารตามพระราชกำหนดข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118.....	51
2.5.3 ความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127.....	51
2.5.4 ความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา.....	51
2.6 บทบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา.....	53
2.6.1 ความผิดฐานกระทำอนาจารในกรณีทั่วไป.....	53
2.6.2 ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก.....	55
บทที่ 3 ขอบเขตและความเหมาะสมของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและ ความผิดฐานอนาจารในปัจจุบัน.....	57
3.1 ขอบเขตความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในปัจจุบัน.....	57
3.1.1 ขอบเขตความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกรณีทั่วไป.....	57
3.1.1.1 กรณีผู้กระทำผิด.....	58
3.1.1.2 กรณีผู้ถูกกระทำ.....	64
3.1.1.3 การกระทำชำเรา.....	67
3.1.2 ขอบเขตความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก.....	69
3.1.2.1 กรณีผู้กระทำผิด.....	70
3.1.2.2 กรณีผู้ถูกกระทำ.....	70
3.1.2.3 การกระทำชำเรา.....	72
3.2 ขอบเขตความผิดฐานกระทำอนาจารในปัจจุบัน.....	73
3.2.1 ขอบเขตความผิดฐานกระทำอนาจารในกรณีทั่วไป.....	73
3.2.1.1 กรณีผู้กระทำผิด.....	73
3.2.1.2 กรณีผู้ถูกกระทำ.....	73
3.2.1.3 การกระทำอนาจาร.....	75
3.2.2 ขอบเขตความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก.....	77
3.2.2.1 กรณีผู้กระทำผิด.....	77
3.2.2.2 กรณีผู้ถูกกระทำ.....	77
3.2.2.3 การกระทำอนาจาร.....	78

บทที่ 4 วิเคราะห์ผลกระทบจากการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550.....	89
4.1 ความเป็นมาและวัตถุประสงค์ในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเรา(ฉบับแก้ไขปรับปรุง).....	90
4.1.1 ความเป็นมาในการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (ฉบับแก้ไขปรับปรุง).....	90
4.1.2 วัตถุประสงค์ในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเรา (ฉบับปรับปรุง).....	92
4.2 ผลกระทบจากการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.....	94
4.2.1 จากการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.....	95
4.2.2 ผลกระทบที่เกิดต่อสถาบันครอบครัว.....	98
4.2.3 ผลกระทบต่อการพิสูจน์พยานหลักฐาน.....	104
4.2.4 ผลกระทบต่อการคุ้มครองเด็กในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 277.....	108
4.2.5 ผลกระทบต่อความสัมพันธ์ของกฎหมายในการกระทำความผิดฐาน อนาจาร.....	110
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	114
5.1 บทสรุป.....	114
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	119
รายการอ้างอิง.....	122
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	125

ศูนย์วิทยุตำรวจ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ความสัมพันธ์ทางเพศของมนุษย์ในสังคมเป็นเรื่องปกติที่มีมาช้านานเพื่อความดำรงอยู่ของเผ่าพันธุ์มนุษย์ ความแตกต่างของการมีเพศสัมพันธ์ในสังคมของแต่ละหมู่เหล่าตามยุคสมัยย่อมมีความแตกต่างไปตามจารีตประเพณีและวัฒนธรรม ทั้งนี้เป็นไปตามพัฒนาการตั้งแต่ยุคสมัยโบราณที่ยังขาดระเบียบวินัยไปสู่การมีกฎระเบียบตามความเจริญและความเปลี่ยนแปลงของสังคม ดังจะเห็นได้จากประวัติศาสตร์ดั้งเดิม มนุษย์มาอยู่รวมกันเป็นสังคมยังขาดระเบียบและกติกากัน ทั้งนี้สภาพความเป็นอยู่ในสังคมมีลักษณะที่ผู้เข้มแข็งจะเป็นผู้ชนะและมักจะเอาเปรียบผู้อ่อนแอ การร่วมเพศหรือการมีเพศสัมพันธ์นั้นจึงมีลักษณะที่เป็นไปตามความพอใจของแต่ละบุคคลในสังคม แต่เมื่อมีความเจริญมากขึ้นสังคมต้องมีกฎระเบียบเพื่อควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคม เพื่อให้คนในสังคมนั้นสามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างมีระเบียบและมีความสุข จึงมีการสร้างกฎเกณฑ์และกติกาดังกล่าวขึ้น เกิดเป็นจารีตประเพณีโดยอาศัยความเชื่อตามลัทธิทางศาสนา จนในที่สุดได้มีการพัฒนาปรับเปลี่ยนเป็นข้อบังคับและกฎหมาย

สังคมไทยในอดีตตั้งแต่สมัยกรุงสุโขทัย แม้ไม่ปรากฏหลักฐานในเรื่องเกี่ยวกับการล่วงเกินหรือการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ แต่สามารถอนุมานได้จากระบอบการปกครองในสมัยนั้นซึ่งเป็นระบอบพ่อปกครองลูกโดยผู้ปกครองคือ พ่อขุน ซึ่งเปรียบเสมือนพ่อที่จะต้องดูแลคุ้มครองลูก ดังปรากฏในหลักฐานในสมัยพ่อขุนรามคำแหงมหาราช พระองค์ทรงโปรดให้สร้างกระดิ่งแขวนไว้ที่หน้าประตูพระราชวัง เมื่อประชาชนมีเรื่องเดือดร้อนก็ให้ไปสั่นกระดิ่งร้องเรียน พระองค์ก็จะเสด็จมารับเรื่องราวร้องทุกข์ตั้งบันทึกลงว่า “ในปากประตูมีกระดิ่งอันหนึ่งแขวนไว้หั่นไพร่ฟ้าหน้าปกกลางบ้านกลางเมือง มีถ้อยมีความ เจ็บท้องข้องใจ มันจักกล่าวถึงเจ้าถึงขุนบ่ไว้ ไปสั่นกระดิ่งอันท่านแขวนไว้ พ่อขุนรามคำแหงพ่อเมืองได้ยินเรียก เมื่อถามสวนความแก้มันด้วยชื่อไพร่ในเมืองสุโขทัยนี้จึงชม”¹ และโปรดให้สร้างพระแท่นมนังคศิลาอาสน์ไว้กลางดงตาล ในวันพระจะนิมนต์พระสงฆ์มาเทศน์สั่งสอนประชาชน หากเป็นวันธรรมดาพระองค์จะเสด็จออกให้ประชาชน

¹ วิชา มหาคุณ, “วิวัฒนาการของกฎหมายไทยสมัยชุมชนบุพกาล-สมัยกรุงศรีอยุธยา”, วารสารกฎหมาย, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 3 ฉบับที่ 1 (มกราคม-เมษายน 2520) : หน้า 70-83.

เข้าเฝ้าและตัดสินคดีความด้วยพระองค์เอง อันเป็นลักษณะของปิตุราชา คือพระมหากษัตริย์ทรงปกครองพสกนิกรแบบบิดาปกครองบุตร และถัดจากสมัยกรุงสุโขทัย ได้แก่ สมัยกรุงศรีอยุธยา ซึ่งถือว่าเป็นสังคมที่เป็นระบบศักดินาเต็มรูปแบบ โดยมีระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (absolute monarchy) คือพระมหากษัตริย์เป็นผู้คุมอำนาจการปกครองอย่างเด็ดขาดและอยู่ในฐานะอันสูงส่งยิ่งกว่ากษัตริย์ในสมัยกรุงสุโขทัยเสียอีก ประกอบกับรากฐานของสังคมไทยที่นับถือศาสนาพุทธเป็นศาสนาประจำชาติ ดังนั้นการดำรงชีวิตของคนไทยจึงยึดถือหลักคำสอนของพระพุทธศาสนาเป็นแนวทาง นั่นคือศีลสิกขา อันได้แก่ความสำรวมระวังหรือเจตนาที่จะละเว้นจากการทำความชั่วทางกายทางวาจาและทางใจ ซึ่งศีลในระดับจริยธรรมได้แก่การงดเว้นการทำบาปอกุศลทางกายและวาจาเช่น ศีล 5 ศีล 8 ศีล 10 และศีล 227 เป็นต้น ศีลชนิดนี้เกิดจากเจตนามันนี้ที่จะงดเว้นจากการทำความชั่วทางกายและวาจา ผู้มีศีลเหล่านี้จะสามารถอยู่ร่วมในสังคมได้อย่างปกติสุข ทั้งนี้อย่างน้อยที่สุดชาวพุทธจะตั้งใจงดเว้นการทำบาปอกุศล 5 ประการ ได้แก่ การฆ่าและการทำร้ายคนและสัตว์ทั้งหลาย การเบียดเบียนประทุษร้ายทรัพย์สินของผู้อื่น การเบียดเบียนประทุษร้ายของรักของหวงเช่นบุตรภรรยาของผู้อื่น การกล่าวเท็จกล่าวส่อเสียด กล่าวคำหยาบและกล่าวเพื่อเจ้อ และการเสพสิ่งเสพติดอันเป็นเครื่องส่งเสริมความประมาทขาดสติของตนเอง ดังนั้นจึงสามารถกล่าวได้ว่าความประพฤติของคนในสังคมไทยในอดีตจะถูกควบคุมโดยหลักธรรมในพระพุทธศาสนามากกว่ากฎหมายที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร เนื่องจากสังคมดั้งเดิมที่ยังไม่ซับซ้อนเท่าใดนัก การข่มขืนกระทำชำเราในอดีตนั้นจึงถือเป็นการละเมิดข้อห้ามทางพระพุทธศาสนาประการหนึ่ง นั่นคือศีลข้อ 3 ที่ว่า “กาเมสุมิจจาจารา เวรมณี สิกขาปทํ สมานิยามิ” ซึ่งหมายความว่า “พึงงดเว้นจากการล่วงเกินบุตรภรรยาผู้อื่น”

อย่างไรก็ตามบทบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานอนาจารก็ถือเป็นความผิดที่ปรากฏอยู่ในสังคมไทยเป็นเวลายาวนานแล้ว โดยประเทศไทยได้กำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราและการอนาจารเป็นความผิดไว้ในกฎหมายปรากฏหลักฐานในกฎหมายตราสามดวง พระอัยการลักษณะผิดเมีย กฎมณเฑียรบาล และพระราชกำหนดต่างๆหลายฉบับตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาจนถึงกฎหมายลักษณะอาญา รศ. 127 และประมวลกฎหมายอาญา ทั้งนี้จะพบว่าบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตั้งแต่กฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญาในส่วนวิธีการบัญญัติความผิด การจัดประเภทของความผิด และการกำหนดลักษณะของความผิดจะมีทั้งความแตกต่างและมีส่วนที่คล้ายคลึงกัน ทั้งนี้เพราะบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานอนาจารได้ถูกปรับปรุงเปลี่ยนแปลงไปตามบริบททางสังคมและวัฒนธรรม โดยมูลเหตุของการแก้ไขบทบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารในแต่ละ

ครั้ง มักจะมาจากมูลเหตุที่บทบัญญัติความผิดที่ใช้อยู่ในขณะนั้นมีความไม่สมบูรณ์หรือบกพร่อง และไม่เหมาะสมกับกาลสมัยและสภาพของสังคมเป็นหลัก อาทิเช่น โทษ หรือบุคคลที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง ดังนั้นในการแก้ไขเพิ่มเติมในแต่ละครั้งจึงมีเหตุผลและเจตนารมณ์แตกต่างกันไปตามแนวความคิดและความจำเป็นในแต่ละสมัย ดังจะเห็นได้จากลักษณะการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเปรียบเทียบกับเฉพาะบางมาตรา ในกฎหมายตราสามดวงซึ่งปรากฏในพระอัยการลักษณะผิดเมีย มาตรา 1 มาตรา 38 มาตรา 46 มาตรา 71 มาตรา 77 มาตรา 78 มาตรา 79 มาตรา 80 มาตรา 90 และมาตรา 98 ซึ่งสามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ ดังนี้

1. ชายใด โดยพระอัยการลักษณะผิดเมียใช้ถ้อยคำต่างกัน คือ มาตรา 1 ใช้คำว่า “ชายใด” มาตรา 38 ใช้คำว่า “หญิงชายราษฎรอยู่กันเป็นผัวเมียกัน สามีศรีทาสละภริยาทรัพย์สิ่งของบวชเป็นภิกษุสามเณรแล้ว” มาตรา 46 ใช้คำว่า “เจ้าเงิน กดี ฟืน้องลูกหลานแห่งเจ้าเงินก็ดี” มาตรา 71 ใช้คำว่า “ชายใดมีเมียแล้ว” มาตรา 79 ใช้คำว่า “ชายหาเมียมิได้” มาตรา 80 ใช้คำว่า “ชายใด” มาตรา 90 ใช้คำว่า “ชายไม่ได้ขอลูกสาวหลานสาวท่าน” และ “ชายหลายคน” มาตรา 98 ใช้คำว่า “ชายอื่น”

2. ข่มขืนกระทำชำเรา

3. หญิงที่มีลักษณะคือ ภริยาท่าน หญิงมีสมภารใจเป็นภริยานั้นต่อไป หญิงทาส หญิงม่าย หญิงโสดที่มีลักษณะ 7 ประการ คือ หญิงที่อยู่ด้วยมารดา หญิงที่อยู่ด้วยบิดา หญิงที่อยู่ด้วยบิดามารดา หญิงที่อยู่ด้วยวงศ์สกุลเผ่าพันธุ์ หญิงที่อยู่ด้วยพี่ชายพี่สาว หญิงที่อยู่ด้วยญาติ และหญิงที่อยู่ด้วยบุคคลใดรักษา

เมื่อเปรียบเทียบพบว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระอัยการลักษณะผิดเมียมีลักษณะเช่นเดียวกับการข่มขืนกระทำชำเราในปัจจุบัน คือ “การข่มขืน” อันเป็นการใช้กำลัง บังคับ และ “ชำเรา” คือการร่วมประเวณีกับหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนเองโดยหญิงไม่ยินยอม หากหญิงยินยอมก็จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายตราสามดวง ทั้งนี้ตามพระอัยการลักษณะผิดเมียนั้น การกระทำอย่างอื่นที่ยังไม่ถึงขั้นชำเรา อันได้แก่ การลักลอบพุดจา หรืออยู่กันสองต่อสอง หรือการขึ้นไปหาบุตรหญิงของผู้อื่นนั้นจะถือว่าเป็นพฤติกรรมที่ไม่สมควรทำนองเดียวกับการกระทำความผิดฐานอนาจารในปัจจุบันที่มุ่งคุ้มครองพฤติกรรมที่ไม่สมควรทางเพศ ทั้งนี้จะเห็นว่าสังคมไทยในอดีต เพศหญิงมีฐานะต่ำต้อยกว่าเพศชาย และจะต้องอยู่ในความครอบครองของชาย คือ สามีในกรณีที่ยังสมรสแล้วและบิดาในกรณีที่ยังมิได้สมรส และมีสถานะเปรียบเสมือนทรัพย์สินของชาย ดังนั้นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในอดีตจึงเกิดจากแนวความคิดในการลักเอาไปซึ่งทรัพย์สินของผู้ชาย ส่งผลให้บทบัญญัติกฎหมายมีลักษณะ

เป็นการคุ้มครองผู้ชายที่เป็นเจ้าของหญิงในการเสื่อมราคาของทรัพย์สินทางเพศของตน โดยมีได้คุ้มครองเสรีภาพของหญิง และผู้กระทำความผิดมิได้แต่เพศชายเท่านั้น

ต่อมาได้มีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ในมาตรา 243 “ผู้ใดบังอาจใช้กำลังด้วยอำนาจด้วยกำลังกายหรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำชำเราซึ่งมีใช้ภริยาของตนเอง ท่านว่าผู้นั้นข่มขืนกระทำชำเรา.....” จากบทบัญญัติมาตรา 243 จะเห็นว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้น ก็มีลักษณะคล้ายคลึงกับการข่มขืนกระทำชำเราในปัจจุบัน นั่นคือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะเป็นความผิดสำเร็จต่อเมื่อของลับของฝ่ายชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องลับของฝ่ายหญิง และต้องเป็นการกระทำต่อหญิงอื่นที่มีใช้ภริยาตนจึงจะเป็นความผิด และกฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” จึงหมายความว่า ชายหรือหญิงก็อาจร่วมกันเป็นตัวการร่วมกับชายในการกระทำผิดฐานนี้ได้² โดยในส่วนของความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 246 ซึ่งจะมีความคล้ายคลึงกับความผิดฐานอนาจารตามพระอัยการลักษณะผัวเมีย คือการกระทำอนาจาร ได้แก่ การกระทำต่างๆที่ไม่สมควรทางเพศ

ใน พ.ศ. 2499 ได้มีการยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 เป็นต้นไป ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 นี้ได้มีการบัญญัติกฎหมายในส่วนที่ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในลักษณะ 9 โดยมีมาตรา 276 วางหลักในส่วนของ การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิง ซึ่งมีใช้ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี” และนับแต่มีการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 จนถึง พ.ศ. 2549 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานอนาจารรวมทั้งสิ้น 4 ครั้งด้วยกัน³

² หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญามาตรา 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 167

³ ในสมัยรัฐบาลจอมพลถนอม กิตติขจร เป็นหัวหน้าคณะปฏิวัติ ได้ออกประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 ในสมัยพลเอกเปรม ติณสูลานนท์ เป็นนายกรัฐมนตรีมีการแก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 6 สิงหาคม พ.ศ. 2525 ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 1 กันยายน พ.ศ. 2530 และครั้งสุดท้ายในสมัยพลเอกชวลิต ยงใจยุทธ เป็นนายกรัฐมนตรี ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2540 ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 16 พฤศจิกายน พ.ศ. 2540

จากการเปรียบเทียบพบว่า มาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญานี้มีข้อความทำนองเดียวกันกับ มาตรา 243 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แต่มีหลักเกณฑ์เคร่งครัดและชัดเจนขึ้นกว่าเดิม โดยบัญญัติองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราให้ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยถือว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁴ เป็นการข่มขืนกระทำชำเราต่อหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เชือดด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่นโดยเจตนา⁴

ตั้งแต่ พ.ศ. 2499 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน บทบัญญัติตามมาตรา 276 ได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขมาโดยตลอดในส่วนของอัตราโทษ ซึ่งโทษที่ผู้กระทำจะได้รับได้ถูกเพิ่มมากขึ้นตามพฤติการณ์ที่กฎหมายบัญญัติ แต่ทั้งนี้กฎหมายก็ยังคงยึดถือมาเสมอมาว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁵ จะเป็นการที่ชายได้กระทำต่อหญิงอื่นซึ่งมิใช่ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของตน⁵

การกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจากอดีตถึงปัจจุบันชี้ให้เห็นคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองและปกป้องเพศหญิงซึ่งอ่อนแอกว่าเพศชาย อย่างไรก็ตามเมื่อบริบทของสังคมเริ่มเปลี่ยนแปลงไป สถานภาพและบทบาทของผู้หญิงจึงมีความเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย ผู้หญิงเริ่มมีบทบาทมากขึ้นในสังคม เริ่มมีปรากฏการณ์การเรียกร้องสิทธิและความเสมอภาคกันระหว่างชายและหญิง และนอกจากนี้เนื่องมาจากพฤติกรรมในการแสวงหาความพึงพอใจในทางเพศมีหลากหลายรูปแบบมากขึ้น และมีการบังคับข่มขืนใจเพื่อความพึงพอใจเหล่านั้นมากขึ้นจนเป็นปัญหาสังคม อันส่งผลให้เกิดแนวความคิดที่บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราควรจะเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่เป็นความผิดที่คุ้มครองผู้หญิง เพราะเห็นว่าเป็นเพศที่อ่อนแอ มีความเสี่ยงต่อการถูกระทำความผิดมาเป็นแนวความคิดที่ไม่ใช่เฉพาะผู้หญิงอีกต่อไปแล้วที่เป็นกลุ่มเสี่ยงต่อการถูกระทำความผิดฐานนี้แต่ผู้ชายก็อาจเป็นเหยื่อจากการกระทำความผิดฐานนี้ได้ด้วย ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยผู้ชายด้วยกันหรือผู้หญิงก็ตาม ดังนั้นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในยุคนี้จึงเป็นความผิดที่ให้ความคุ้มครองกับบุคคลทุกเพศ และผู้กระทำความผิดก็อาจเป็นได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิง ซึ่งถือเป็นการเปลี่ยนแนวความคิดของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่มีมาแต่ดั้งเดิม โดยประเทศที่มีการปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามแนวคิดดังกล่าวก็มี

⁴ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ ฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 182.

⁵ สุวัจนชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาร่วมว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศชีวิตร่างกาย และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง ม.276 - ม.333 พร้อมด้วยตัวอย่างและคำพิพากษาศาลฎีกาประกอบ, (กรุงเทพฯ ฯ : โรงพิมพ์มิตรสยาม, 2534), หน้า 5-6.

ตัวอย่างเช่น ประเทศญี่ปุ่น หรือประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งรัฐส่วนใหญ่ได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายตามแนวความคิดนี้แล้ว หรือพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 1991 (The Crimes Sexual Offences Act 1991) ของรัฐวิกตอเรีย ประเทศออสเตรเลีย หมวด 3 ก็ได้นิยามคำว่า “การข่มขืนกระทำชำเรา” (Rape) ว่าหมายถึงกรณีดังต่อไปนี้⁶

1. การสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์หญิง หรือ ทวารหนักหรือช่องปากของบุคคลอื่น
2. การสอดใส่อวัยวะอื่นใดของร่างกายของชายหรือหญิงเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์หญิง หรือทวารหนักของบุคคลอื่น หรือ
3. การสอดใส่วัตถุอย่างหนึ่งอย่างใดเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์หญิง หรือทวารหนักของบุคคลอื่น

นิยามดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการให้คำนิยามของการข่มขืนกระทำชำเราที่มีความหมายกว้างมากและทำให้สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิงและสามารถปกป้องผู้เสียหายได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิง

ประเทศไทยก็ได้มีแนวความคิดในการแก้ไขบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพื่อให้มีลักษณะเช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของต่างประเทศ ทำให้เกิดข้อถกเถียงกันอย่างมาก ทั้งกระแสสังคมที่ยอมรับและต่อต้าน จนนำไปสู่การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาตามความพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 สมัยรัฐบาลพลเอกสุรยุทธ์ จุลานนท์ เป็นนายกรัฐมนตรี ซึ่งถือได้ว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราครั้งใหญ่ของประเทศไทย โดยที่เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้คือ **“โดยที่มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 ให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่บทบัญญัติมาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 286 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ สมควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิงและหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศที่เคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”** บทบัญญัติมาตรา 276 จึงได้ถูกแก้ไขเป็น **“ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่**

⁶ Martin H. and Gareth B., “Transexual Rape-A Loophole Closed”, *Criminal Law Review* (1997) : p. 570.

ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำซ้ำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่ากระทำให้เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมี หรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง หรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส และคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

ในส่วนของความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นไม่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมแต่อย่างใดแต่ยังคงใช้บทบัญญัติเดิมคือ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดย ชูเชี่ยวด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่า ตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกิน สองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

การแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราข้างต้นนั้นส่งผลให้เกิดความเปลี่ยนแปลงหลายประการ เช่น แต่เดิมบทบัญญัติมาตรา 276 (เดิม) ถือว่าการร่วมประเวณีตามธรรมชาติเท่านั้นที่จะถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเรา นอกเหนือจากนั้นถือเป็นความผิดฐานอนาจารทั้งสิ้น แต่ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราตามความพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแก้ไขในส่วนของกรกระทำตามมาตรา 276 วรรคสอง “การกระทำซ้ำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่ากระทำให้เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” ปัญหาที่เกิดขึ้นคือการกระทำนอกเหนือจากการร่วมประเวณีตามธรรมชาติซึ่งแต่เดิมถูกจัดเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารจะกลายเป็นความผิดฐานกระทำซ้ำเรา

นอกจากนี้เหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในอดีตที่ผ่านมาเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น การกระทำผิดเกี่ยวกับเพศมีมากขึ้นจึงมีการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายโดยการเพิ่มอัตราโทษทำให้บุคคลไม่กล้ากระทำความผิดและลงโทษผู้กระทำความผิดให้เด็ดขาด หรือ แก้ไขอายุเด็กที่กฎหมายคุ้มครองเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม แต่วัตถุประสงค์ในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราครั้งล่าสุดใน พ.ศ. 2550 นั้นถูกระบุว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างและชายหญิง นั่นคือหลักการว่าด้วยความเสมอภาคจึงได้กำหนดให้ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายเป็นทั้งชายและหญิง เนื่องจากในปัจจุบันได้มีข้อเท็จจริงอันเป็นปรากฏการณ์ของสังคมไทยที่มีการถกเถียงและวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมหรือการปฏิบัติที่ไม่เสมอภาคกันในหลายกรณี เช่น การเลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างทางเพศ แต่ในการแก้ไขบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่กำหนดให้หญิงเป็นผู้กระทำความผิดได้นั้นเป็นไปเพื่อความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงจริงหรือไม่ เพราะเมื่อพิจารณาความหมายของหลักความเสมอภาคแล้วจะเห็นว่า หลักความเสมอภาคหรือที่เรียกว่าหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย (Equality before the law) หรืออีกนัยหนึ่งสิทธิของราษฎรที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน กล่าวได้ว่ามีบัญญัติรับรองอยู่ในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยแทบทุกรัฐ หลักความเสมอภาคดังกล่าวนี้หมายความว่าองค์การผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันและปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญให้แตกต่างกันก็ดี การปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญให้เหมือนกันก็ดีย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค⁷

หลักความเสมอภาคจึงมิได้หมายถึงความเท่าเทียมกันในทุกกรณี แต่สาระสำคัญคือ เป็นหลักการที่เรียกร้องให้ ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญไม่เหมือนกันให้แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของเรื่องนั้นๆ⁸ และหากจะมีการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกัน หรือปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันในสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันซึ่งถือเป็นการเลือกปฏิบัตินั้นจะกระทำได้อต่อเมื่อเป็นเหตุผลอันสืบเนื่องมาจากธรรมชาติของเรื่องนั่นเอง หรือเป็นกรณีที่ถือได้ว่าการปฏิบัติให้แตกต่างกันนั้นมีเหตุผลอันหนักแน่นสมควรรับฟังได้ต่อการปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง นอกจากนี้การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นจะต้องมุ่งหมายเพื่อวัตถุประสงค์ในทางที่ชอบธรรมและจะต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนด้วย นั่นคือการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นจะต้องเป็นไปตาม

⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ : บริษัทธรรมสาร จำกัด, พ.ศ.2538) หน้า 34-35.

⁸ บรรเจิด สิงคนติ, โครงการเฉลิมพระเกียรติสิริราชานุสรณ์แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เรื่องหลักความเสมอภาค, (กรุงเทพฯ : องค์การคุรุสภา, 2543) หน้า 3.

วัตถุประสงค์ของกฎหมาย และต้องเป็นวิธีการที่มีความเหมาะสมและจำเป็น⁹ ดังนั้นหากปรากฏว่าการปฏิบัติให้แตกต่างกันดังกล่าวนี้ไม่ได้ตั้งอยู่บนเหตุผลอันสมควร กรณีจึงอาจถือได้ว่าเป็นการปฏิบัติที่ไม่ขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค

ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าความหมายของ “การกระทำซ้ำเรา” มีผลต่อความผิดฐานอนาจาร นอกจากนี้การกำหนดให้สามีภริยาเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราได้อาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในสถาบันครอบครัว โดยการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวมิได้มีลักษณะเป็นการรองรับหลักความเสมอภาคแต่อย่างใด เหล่านี้ล้วนเป็นประเด็นสำคัญที่ควรนำมาศึกษาเพื่อวิเคราะห์หาเหตุผลและความถูกต้องตลอดจนหาแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ให้มีความเหมาะสมต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวความคิดและองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราและความผิดฐานอนาจาร
2. เพื่อศึกษาถึงบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศในความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราและความผิดฐานอนาจาร
3. เพื่อศึกษาถึงความเหมาะสมของกฎหมายอาญาของประเทศไทยในความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราและความผิดฐานอนาจาร
4. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ผลกระทบจากการบังคับใช้บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

การวิจัยนี้มุ่งศึกษาความเป็นมาของประวัติศาสตร์ของกฎหมายและสังคมวิทยากฎหมายในเรื่องการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศของไทย และวิเคราะห์ผลกระทบจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ในส่วนของความผิดเกี่ยวกับเพศ นอกจากนี้จะทำการศึกษากฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส

⁹ บรรเจิด สิงคนดี, หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547) หน้า 107-110.

1.4 สมมติฐานของการวิจัย

ความผิดอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานอนาจารซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายตราสามดวง กฎหมายลักษณะอาญา กระทั่งได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา นั้นได้มีการแก้ไขปรับปรุงหลายครั้งซึ่งส่วนใหญ่แก้ไขในเรื่องโทษเป็นหลัก การกำหนดความผิดทั้งสองฐาน มีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองหญิงซึ่งเป็นเพศที่อ่อนแอกว่าคุ้มครองชายตามหลักคุณธรรมทางกฎหมาย ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ได้ยึดหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง โดยกำหนดให้คุ้มครองเพศชายในกรณีที่ถูกเป็นผู้เสียหายด้วย รวมทั้งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมความหมายของการกระทำชำเราจึงส่งผลกระทบต่อการศึกษาตีความในความหมายของการกระทำอนาจาร นอกจากนี้การกำหนดให้สามีและภริยาตกเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ยังกระทบความสัมพันธ์ในครอบครัวและยากต่อการพิสูจน์ความผิดจึงควรแก้ไขปรับปรุง มาตรา 276 เสียใหม่

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อทราบและเข้าใจเกี่ยวกับแนวความคิดและองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานอนาจาร
2. เพื่อให้ทราบถึงบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานอนาจาร
3. เพื่อให้ทราบถึงความเหมาะสมของกฎหมายอาญาของประเทศไทยในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานอนาจาร
4. เพื่อให้ทราบผลกระทบจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศต่อความผิดฐานกระทำอนาจารและผลกระทบในด้านอื่นๆ

1.6 วิธีดำเนินการวิจัย

ใช้วิธีวิจัยทางเอกสาร โดยค้นคว้าจากเอกสารทั้งที่เป็นเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ อาทิเช่น ประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส วิทยานิพนธ์ ตำรา หนังสือ วารสาร ด้วบทกฎหมาย บทความและเอกสารที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนคำพิพากษาของศาลและความเห็นของนักนิติศาสตร์ เพื่อประมวลเป็นข้อเสนอแนะต่อไป

บทที่ 2

แนวความคิดและพัฒนาการของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานอนาจาร

ในการดำรงชีวิตของมนุษย์นั้นสามารถกล่าวได้ว่ามนุษย์นั้นจะกระทำพฤติกรรมเพื่อ การตอบสนองของสัญชาตญาณ ที่ประการคือ กิน นอน สืบพันธุ์ และป้องกันอันตราย ไม่ว่าจะด้วย การรู้ตัวหรือไม่รู้ตัวก็ตาม สัญชาตญาณบางประเภทนั้นสามารถที่จะตอบสนองได้โดยตรงโดยที่ไม่ เป็นที่เสื่อมเสียหรือขัดต่อธรรมเนียม วัฒนธรรม ประเพณีอันดีงาม เช่น พฤติกรรมการกินหรือ การนอน เป็นต้น แต่สัญชาตญาณบางประเภท เช่น สัญชาตญาณสืบพันธุ์ เป็นพฤติกรรมที่มนุษย์ ต้องพยายามที่หลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดความอยากออกมาจนเป็นที่น่าเกลียดน่าชัง ขัดต่อระเบียบ ประเพณีของสังคม จะเห็นได้ว่าความต้องการทางเพศถือเป็นสัญชาตญาณของมนุษย์และเป็น ความจำเป็นในการดำรงชีวิตเช่นเดียวกับความจำเป็นทางด้านอื่นๆ เช่น ปัจจัย 4 ของมนุษย์ ทั้งนี้ ในหลายๆ วัฒนธรรมเชื่อว่าการมีลูกมากทำให้เผ่าพันธุ์มีโอกาสอยู่รอดได้ เช่น ชนชาติยิวเชื่อว่า วัตถุประสงค์ของการมีเพศสัมพันธ์คือการให้กำเนิด ดังนั้นการมีความสัมพันธ์ทางเพศหรือการมี เพศสัมพันธ์จึงถือเป็นเรื่องปรกติของมนุษย์ เป็นปรากฏการณ์ธรรมชาติของมนุษย์¹ อย่างไรก็ตาม แม้การมีความสัมพันธ์ทางเพศจะเป็นเรื่องปรกติของมนุษย์ แต่ก็มีเชื่อว่าบุคคลจะมีความสัมพันธ์ ทางเพศอย่างไรก็ได้ เป็นอิสระ กล่าวคือ การมีความสัมพันธ์ทางเพศของคนในสังคมจะต้องอยู่ บนพื้นฐานของความถูกต้อง ซึ่งแต่ละสังคมก็จะมีข้อกำหนดกฎกติกาหรือกฎหมายออกมา ควบคุม นั่นคือการกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำอนาจารเป็นความผิด

2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราถือเป็นความผิดที่เกิดจากแนวความคิดที่สะท้อนถึง สภาพของสังคมและได้มีการแก้ไขปรับปรุงให้สอดคล้องกับความต้องการและความเหมาะสมใน สังคมอยู่หลายกรณีด้วยกัน ซึ่งแนวความคิดต่างๆ ย่อมมีผลสำคัญที่จะสะท้อนให้เห็นเจตนารมณ์ ของการบัญญัติกฎหมาย ดังนั้นการศึกษาแนวความคิดดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ต่อการตีความ กฎหมายและการบังคับใช้กฎหมาย

¹ วันทนีย์ วาสิกะสิน, ปัญหาพฤติกรรมทางเพศของมนุษย์กับงานสังคมสงเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 12.

2.1.1 ประวัติของการข่มขืนกระทำชำเรา

คำว่า “ข่มขืน” มีต้นกำเนิดมาจากคำกริยาภาษาลาตินว่า “Rapar” หมายถึง คว้าไว้ หรือ เอามาโดยกำลัง คำนี้ในต้นกำเนิดไม่ได้มีความหมายเกี่ยวกับเรื่องทางเพศ อย่างไรก็ตามยังมีการใช้กริยาเช่นนี้เรื่อยมาเป็นรากศัพท์ในในภาษาอังกฤษ คือ “Rape” ตามกฎหมายโรมัน การข่มขืนถูกจัดอยู่ในอาชญากรรมของการก้าวล่วง โดยถูกใช้ในความหมายของ “การกระทำผิดต่อสาธารณชน” ซึ่งขัดแย้งกับ “การกระทำผิดต่อบุคคล” ซีซาร์ ออกัสตัส ออกกฎหมายปฏิรูปการข่มขืน ภายใต้กฎหมาย Lex Iulia de vi publica ซึ่งมีนามสกุลของพระองค์ คือ “Iulia” ที่อยู่ใต้กฎหมาย จักรพรรดิจักรีสันติเยียนยังคงใช้กฎหมายนี้สำหรับเอาผิดผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราตลอดศตวรรษที่ 6 ในอาณาจักรโรมันตะวันออก โดยในยุคโบราณตอนปลาย คำว่า Raptus หมายถึง การลักพาเรียกค่าไถ่ การหนีตามกันไป การปล้น หรือการข่มขืน โดยในความหมายปัจจุบัน ความสับสนระหว่างคำนี้ได้เกิดขึ้นเมื่อผู้เขียนจดหมายเหตุของคริสต์จักรในสมัยแรกใช้แยกแยะระหว่าง การหนีตามกันไปเอง โดยไม่ได้รับความยินยอมจาก บิดามารดาและการก้าวล่วง อย่างไรก็ตามผู้กระทำความผิดทั้งสองประเภทข้างต้นนี้ จะต้องถูกลงโทษทางการเมือง โดยอาจจะถูกขับออกจากกลุ่มของครอบครัวหรือหมู่บ้านของผู้หญิงที่ได้ถูกลักพาตัวไป อย่างไรก็ตามแต่ดั้งเดิม อาชญากรรมการข่มขืนเป็นอาชญากรรมที่รุนแรงต่อบุรุษ ผู้ที่เป็นเจ้าของหญิง เพราะถือว่าหญิงเป็นทรัพย์สินของชาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีหญิงมีคู่หมั้น ถ้าหากเสียความบริสุทธิ์จะถูกมองว่าเสียคุณค่าอย่างรุนแรงต่อสามีของเธอ ในกฎหมายกรณีนี้จะถือว่าการหมั้นโมฆะและต้องมีการจ่ายค่าเสียหายจากชายที่เป็นฝ่ายข่มขืนแก่ครอบครัวของฝ่ายหญิง ภายใต้กฎหมายของพระเจ้าไบเบิลในสมัยแรก ผู้ข่มขืน จะต้องแต่งงานกับผู้หญิงที่ยังไม่ได้แต่งงาน โดยไม่ต้องรับโทษ

ในยุคโบราณของกรีกและโรมันจนถึงยุคล่าอาณานิคม อาชญากรรมข่มขืนกระทำชำเราถือเป็นอาชญากรรมที่มีความร้ายแรงใกล้เคียงกับการลอบวางเพลิง การขายชาติ และการฆาตกรรมเลยทีเดียว ผู้กระทำผิดจะถูกลงโทษประหารชีวิต โดยในศตวรรษที่ 12 ญาติของผู้เสียหายมีทางเลือกที่จะประหารผู้กระทำผิดด้วยตัวพวกเขาเอง ในประเทศอังกฤษ ศตวรรษที่ 14 ตอนต้น เหตุของการข่มขืนจะถูกคาดหวังให้ควักลูกตาหรือตีลูกอัณฑะของผู้กระทำผิดให้แตกด้วยตัวของเธอเอง กฎหมายของอังกฤษระบุว่า การข่มขืนถือเป็นต้นหารุนแรง ขัดขืนต่อเพศหญิงและความต้องการของเธอ กฎหมายสามัญระบุว่า ต้นหานี้คือการสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง

* DiCano, M. (1993). The encyclopedia of violence : origins, attitudes, consequences. New York : Facts on File

(และรวมถึงการกระทำอื่น ๆ ภายนอก) อาชญากรรมการข่มขืนมีความแตกต่างในขอบข่ายที่ว่ามันมุ่งเน้นไปที่สภาพของจิตใจที่ไม่ได้มีการยินยอม และการกระทำที่ไม่มีการยินยอม นอกจากการกระทำของผู้ประพฤตินิดเดียวที่ต้องแสดงหลักฐานการไม่มีการยินยอม ซึ่งถ้าหากยอม จะหมายถึงการที่แค่สามีได้หลับนอนกับภรรยาเท่านั้น

จากที่กล่าวมาทั้งหมดจะเห็นได้ว่าการข่มขืนกระทำชำเราอยู่คู่กับสังคมมาอย่างช้านานและกฎหมายดั้งเดิมก็ได้กำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิด แต่ดูเหมือนว่าไม่ว่าสังคมมนุษย์จะมีความเจริญมากขึ้นเพียงใด พฤติกรรมการข่มขืนกระทำชำเรา ก็มีได้หายไปจากสังคมเลยแม้แต่น้อย ในทางกลับกัน การข่มขืนกระทำชำเรา กลับยิ่งทวีความรุนแรงมากขึ้นอีกด้วย ต่อมาในยุคที่สังคมมนุษย์มีความเจริญมากขึ้นก็เริ่มมีความคิดว่าพฤติกรรมบางอย่างเป็นการไม่สมควรและเป็นปฏิปักษ์ต่อการอยู่ร่วมกันในสังคมจึงมีการกำหนดกฎหมาย ระเบียบ แบบแผนในการดำเนินชีวิตในสังคมขึ้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยภายในสังคม โดยในเรื่องของพฤติกรรมทางเพศก็มีการกำหนดมาตรฐานของพฤติกรรมที่เป็นที่ยอมรับในสังคม ส่วนพฤติกรรมที่ผิดไปจากการยอมรับในสังคมหรือเป็นพฤติกรรมที่คนในสังคมส่วนใหญ่ไม่ประพฤติปฏิบัติกัน และอาจจะก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ผู้อื่นได้ก็ถือเป็นพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานของสังคม² โดยการข่มขืนกระทำชำเรา ก็ถือเป็นพฤติกรรมที่ถือว่าเป็นการเบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานของสังคม โดยผู้ที่ชอบข่มขืนผู้อื่นจะเรียกว่า “rapist” พฤติกรรมประเภทนี้เป็นพฤติกรรมที่บังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งมีความสัมพันธ์ทางเพศกับตน ผู้ที่ชอบข่มขืนมักเป็นผู้ที่มีความผิดปรกติทางด้านอารมณ์และจิตใจ และส่วนมากจะมีฐานะทางเศรษฐกิจต่ำ มีสติปัญญาอ่อนช้าต่ำ มาจากครอบครัวที่มีปัญหาไม่ประทับใจในเพศแม่หรืออาจเป็นเพราะความรักแม่มากเกินไป การข่มขืนนี้ไม่เพียงแต่เป็นการทำร้ายร่างกายของผู้หญิงเท่านั้นแต่ยังเป็นการแสดงถึงการที่ผู้ชายดูถูกผู้หญิง ทำลายศักดิ์ศรี เป็นการเหยียดหยามความเป็นมนุษย์อีกด้วย³ และแท้จริงแล้วการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการตอบสนองความต้องการพื้นฐานที่ไม่ใช่เรื่องเพศ แต่เป็นการแสดงออกซึ่งอำนาจและความโกรธแค้นผ่านพฤติกรรมทางเพศ การบังคับขู่เข็ญในทางเพศเพื่อข่มขืนกระทำชำเรา นั้นเกิดจากแรงจูงใจจากความต้องการทางเพศ และการข่มขืนกระทำชำเราเป็นอาการที่แสดงออกถึงการสูญเสียการทำให้

² Jame Leslie McCary, “Sex in Later Year,” in Human Sexuality (New York: D. Van Nostrand Company, 1973).

³ วันทนี วาสิกะสิน, ปัญหาพฤติกรรมทางเพศของมนุษย์กับงานสังคมสงเคราะห์, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 149.

หน้าที่ทางจิต ซึ่งอาจเกิดขึ้นนานๆครั้งหรือเกิดขึ้นอย่างเรื้อรังซ้ำแล้วซ้ำเล่า⁴ โดยนอกจากการข่มขืนกระทำชำเราจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหายโดยตรงแล้วยังอาจก่อให้เกิดปัญหาต่างๆ ตามมาอีกด้วย เช่น ปัญหาอาชญากรรม ปัญหาโสเภณี หรือปัญหาครอบครัว เป็นต้น เมื่อการข่มขืนกระทำชำเราถือได้ว่าเป็นปัญหาสังคมจึงได้มีการบัญญัติกฎหมายออกมาควบคุมพฤติกรรมทางเพศ เป็นแบบแผนในการดำรงชีวิตประจำวันของมนุษย์และจะมีลักษณะที่แตกต่างกันไปตามแต่ละสังคมเพื่อให้บุคคลในสังคมปฏิบัติตามภายใต้แบบแผนเดียวกันและเป็นการรักษาความเป็นระเบียบของสังคม หากไม่มีการกำหนดกฎหมายเพื่อควบคุมพฤติกรรมทางเพศที่เบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานแล้ว สังคมย่อมได้รับความกระทบกระเทือนจากพฤติกรรมทางเพศที่ไม่ถูกต้องของตนในสังคม

2.1.2 รูปแบบและประเภทของการข่มขืนกระทำชำเรา

2.1.2.1 รูปแบบของการข่มขืนกระทำชำเรา

การแบ่งแยกรูปแบบของการข่มขืนกระทำชำเรา โดยใช้ลักษณะของแรงจูงใจเป็นเหตุให้ผู้กระทำปฏิบัติการข่มขืนกระทำชำเราเป็นเกณฑ์สามารถจำแนกออกได้เป็น 4 ลักษณะ ดังนี้⁵

2.1.2.1.1 การข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นเนื่องจากโอกาส (Opportunistic Rape)

เป็นการข่มขืนกระทำชำเราที่ไม่ได้มีการวางแผนล่วงหน้ามาก่อน โดยผู้กระทำได้ใช้ความได้เปรียบของสถานการณ์เป็นปัจจัยสำคัญ ซึ่งการข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นมีโอกาที่จะได้รับการสืบสวน สอบสวน ฟ้องร้องดำเนินคดีค่อนข้างต่ำ การข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะนี้มักมีแรงจูงใจหลัก คือ ความต้องการที่จะปลดปล่อยความต้องการทางเพศอย่างทันทีทันใด

2.1.2.1.2 การข่มขืนกระทำชำเราอันเนื่องมาจากอำนาจ (Power Rape)

⁴ Groth,A Nicholas and Birnbaum, H.Jean, Men Who Rape : The Psychology of the Offender (New york : Planum,1980) p. 18-19.

⁵ Walker , Richard, The Family Guide to Sex and Relationship (New York : Macmillan ,1996) p 301 อ้างในสุธีระ ฤกษ์วัลย์, “การนิยามความหมายใหม่ของการข่มขืนในสังคมไทยกับประเด็นสิทธิมนุษยชน” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ.2545) ,หน้า 56.

แรงจูงใจหลักที่อยู่เบื้องหลังการข่มขืนกระทำชำเราอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจ คือ ต้องการที่จะข่มขู่การกระทำชำเราผู้ที่ตกเป็นเหยื่อ ซึ่งผู้กระทำมักจะขู่ว่าจะทำร้ายร่างกายผู้ถูกกระทำอย่างรุนแรง ผู้ชายส่วนหนึ่งที่ข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะนี้ มักจะเคยมีความพึงพอใจกับการได้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้หญิง แต่เพราะขาดทักษะทางสังคม (Social Skill) จึงเลือกใช้วิธีการทางอำนาจเป็นปัจจัยทำให้สามารถใกล้ชิดกับผู้หญิงได้

2.1.2.1.3 การข่มขืนกระทำชำเราเพื่อการแก้แค้น (Vindictive Rape)

ผู้ที่ข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะนี้ มักมีแรงจูงใจอยู่ที่ความอาฆาตพยาบาท ผู้กระทำหลายคนที่มีความฝังใจว่าเกลียดผู้หญิงทุกคน หรืออาจเกลียดผู้หญิงบางประเภท ผู้ชายเหล่านี้มักจะไม่ได้รับความพึงพอใจทางเพศ หรือได้รับเพียงเล็กน้อยจากการข่มขืนกระทำชำเรา แต่การใช้ความรุนแรงและการทำร้ายรวมถึงการใช้คำพูดที่ทำร้ายความรู้สึกของฝ่ายตรงข้าม เป็นวิธีที่ใช้แสดงออกถึงความพึงพอใจและสร้างความสุขที่ได้กระทำการแก้แค้น

2.1.2.1.4 การข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้ความรุนแรง (Sadistic Rape)

เป็นการข่มขืนที่ผู้กระทำต้องการปลดปล่อยความต้องการทางเพศ โดยการบังคับให้ผู้ถูกกระทำนั้นได้รับความทุกข์ทรมาน และจะมีความสุขทางเพศอย่างมากที่ได้เห็นอีกฝ่ายมีความทุกข์ทรมานจากการกระทำของตน ความสุขที่เกิดขึ้นจึงไม่ได้เกิดจากการได้ปลดปล่อยความปรารถนาทางเพศ แต่เกิดจากการได้เห็นความทุกข์ทรมานที่เกิดกับผู้ถูกกระทำ

2.1.2.2 ประเภทของการข่มขืนกระทำชำเรา

ประเภทของการข่มขืนกระทำชำเรา นั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น⁶

2.1.2.2.1 การข่มขืนตัวต่อตัว (Single Rape)

อาจเป็นการข่มขืนที่หญิงไม่รู้เห็นเป็นใจด้วย หรือมีส่วนรู้เห็นเป็นใจด้วยก็ได้ และจะโดยคนที่คุ้นเคยกันมาก่อนก็ได้ กรณีที่ผู้หญิงมีส่วนรู้เห็นเป็นใจด้วยการข่มขืนก็

⁶ บุญสวย เชิดเกียรติกุล, นพ., “ข่มขืนกระทำชำเรา” วารสารอัยการ 3 (มีนาคม 2523) หน้า 61-63.

จะรุนแรง ยิ่งหากเป็นคนที่รู้จักหน้ากัน ผู้หญิงมักจะสู้เต็มที่และจะได้รับอันตรายมาก ส่วนกรณีที่หญิงมีส่วนรู้เห็นเป็นใจด้วย เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้มากที่สุด กล่าวตามหลักวิชาว่า “ผู้หญิงให้ท่า” เป็นหญิงประเภทที่มีความโน้มเอียงในทางเพศอยู่มาก เช่น มีอาชีพเป็นโสเภณี หมอนวด พาร์ตเนอร์ หรือเป็นผู้หญิงที่เปลี่ยนผู้ชายบ่อย ๆ เป็นต้น

2.1.2.2.2 การโถมหญิง (Multiple Rape)

คือ การกระทำโดยผู้ชายสองคนหรือมากกว่านั้น มักจะมีเหล่าร่วมด้วยและมีคนใดคนหนึ่งเป็นตัวการ แบ่งได้เป็นสองอย่างคือ การข่มขืนคู่ (Pair Rape) โดยผู้ชายสองคนและ การข่มขืนหมู่ (Group Rape) คือ ผู้ชายมากกว่าสองคนขึ้นไป

2.1.2.2.3 การข่มขืนแล้วฆ่า (Felony Rape)

มักจะเป็นแบบตัวต่อตัวโดยส่วนใหญ่ เหตุผลที่ต้องฆ่า เนื่องจากต้องการปิดปาก มีน้อยรายที่เป็นการกระทำรุนแรงเกินกว่าเหตุโดยไม่ได้ตั้งใจ และมีอีกพวกหนึ่งคือ ฆ่าแล้วข่มขืน มักจะเกิดจากกรณีที่หญิงต่อสู้ขัดขืน

นอกจากนี้ยังมีการแบ่งประเภทของการข่มขืนกระทำชำเราไว้อย่างกว้าง ๆ ดังนี้⁷

1. การข่มขืนเดี่ยว (Single rape) เกิดขึ้นระหว่างนักข่มขืนคนเดียวและผู้เสียหายคนเดียว
2. การข่มขืนโดยอำนาจหน้าที่ (Authority rape) เกิดขึ้นแก่ผู้สืบสันดานศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลผู้อยู่ในความควบคุมหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในปกครองในความพิทักษ์หรืออนุบาล
3. การข่มขืนในสถานการณ์สงคราม (Rape during wartime) คือ การข่มขืนเกิดขึ้นในสงครามปราศจากศาสนา เช่น สงครามครูเสด ในสงครามปลดแอกทางชนชั้นและประเทศชาติ ได้แก่ ตอนที่ยกกองทัพแดงรัสเซียบุกเยอรมันในสงครามโลกครั้งที่สอง หรือสงครามกลางเมืองในยุโรปตะวันออกที่ชาวมุสลิมถูกข่มขืนในบอสเนีย
4. การโถมหญิง (Gang rape) เกิดขึ้นโดยมีนักข่มขืนมากกว่าหนึ่งคนและผู้เสียหายเพียงคนเดียว การโถมหญิงโดยทั่วไปจะมีการวางแผนและมีการเตรียมตัวล่วงหน้า

⁷ สุชีลา ตันชัยนันท์, “เศรษฐศาสตร์การเมืองว่าด้วยวิธีวิเคราะห์ปัญหาข่มขืนและรูปแบบความรุนแรงทางเพศ”, วารสารเศรษฐศาสตร์การเมือง 4 (กรกฎาคม 2528) หน้า 91-92.

5. การข่มขืนภายในครอบครัว (incest) เกิดขึ้นในหมู่สมาชิกของครอบครัวเดียวกัน เช่น พ่อ-ลูกสาว ปู่-หลาน อาผู้ชาย-หลานสาว เป็นต้น

6. การข่มขืนในสถาบันการสมรส (Rape within Marriage) เกิดขึ้นระหว่างคู่สมรส เช่น ประเทศฮอลแลนด์ เคยมีกรณีที่มีสามีข่มขืนภรรยาจะไม่ให้ความช่วยเหลือทางเศรษฐกิจแก่ภรรยา หากภรรยาไม่ยอมมีเพศสัมพันธ์ด้วย

7. การข่มขืนหมู่ (Mass rape) เกิดขึ้นในประเทศแถบเอเชียใต้ โดยเฉพาะประเทศบังคลาเทศและประเทศอินเดีย การข่มขืนหมู่เป็นเครื่องมือทางการเมืองของฝ่ายปกครองที่ใช้ควบคุมขบวนการเคลื่อนไหวของชาวนารับจ้างที่ต่อรองเรื่องสิทธิประโยชน์รูปแบบที่เกิดขึ้นคือ ผู้หญิงทุกคนในสังคมนั้นจะถูกข่มขืนโดยผู้ชายที่ถูกเกณฑ์มาจากชุมชนอื่น

2.1.3 ความเชื่อที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเรา

นักวิชาการได้นำเสนอความคิดหรือความเชื่อที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเราไว้ดังนี้⁸

2.1.3.1 ความเชื่อว่าผู้หญิงเป็นฝ่ายผิด

เมื่อเกิดปัญหาข่มขืนขึ้น หลายคนโดยสามัญสำนึกจะคิดถึงฝ่ายหญิงก่อนเป็นอันดับแรก และเชื่อว่าหญิงโดนข่มขืนเพราะฝ่ายหญิง “ให้ท่า” หลาย ๆ คนวิพากษ์วิจารณ์เรื่องการแต่งตัวของหญิงว่าเปิดเผยมากเกินไป บางคนตำหนิผู้เสียหายว่าไปอยู่ในที่ที่ผิดที่ผิดเวลา เช่น กลับบ้านดึก เดินผ่านในที่เปลี่ยว สรุปคือ ฝ่ายหญิงต้องเป็นฝ่ายรับผิดชอบในเรื่องร้ายๆที่เกิดขึ้น เพราะอยากไปอยู่ในที่เปลี่ยว และไม่รีบกลับบ้านเมื่อถึงเวลา เพราะผู้หญิงดีๆต้องรีบกลับบ้าน

2.1.3.2 ความเชื่อว่าคุณผู้ชายมีปัญหาทางจิต

เมื่อคนทั่วไปคิดถึงผู้กระทำความผิด สามัญสำนึกจะทำให้คิดว่าผู้กระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องเป็นพวกมีปัญหาทางจิต ไม่สามารถควบคุมความต้องการของตนเองได้ โดยหากมีความต้องการทางเพศ ก็จะต้องได้รับการตอบสนองทันที หรือการเป็นโสด ทำให้ไม่มีเพื่อนทางเพศที่จะปลดปล่อยความใคร่ของตนได้ตามความเหมาะสม

⁸ สุชีลา ตันชัยนันท์, ข่มขืน : ปัญหาความรุนแรงทางเพศ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ผีเสื้อ, 2535) หน้า 17-21.

2.1.3.3 ความเชื่อของผู้หญิงสูงและมีความสุขกับการถูกข่มขืน

การมองการข่มขืนของนักจิตวิทยายังคงมีผลต่อการพิจารณาคดีข่มขืน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสหรัฐอเมริกาและในยุโรป ผู้พิพากษาส่วนมากมีความเชื่อที่ผู้หญิงมีธรรมชาติที่ชอบการทารุณกรรมทางเพศ ผู้หญิงจะไม่มีอารมณ์ทางเพศเลยนอกจากเธอถูกบังคับให้ร่วมเพศ ทศวรรษนี้ยังกินความไปถึงการที่ผู้หญิงชอบให้ผู้ชายใช้กำลังทุบตี

2.1.3.4 ความเชื่อว่าการข่มขืนต้องเกิดขึ้นพร้อมกับความรุนแรง

ความเชื่อที่ว่า การข่มขืนต้องเกิดขึ้นพร้อมกับความรุนแรงนี้ได้นำไปสู่ความคิดที่ว่า ถ้าหากปราศจากความรุนแรงแล้ว เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นถือเป็นการสมยอม ทั้งนี้เนื่องจากตัวความรุนแรงจะเป็นส่วนทำให้ความผิดฐานกระทำชำเรานั้นมีความสมบูรณ์ และแม้ว่ากระบวนการพิจารณาคดีในประเทศอังกฤษภายหลัง ศตวรรษที่ 19 ได้มีการเปลี่ยนแปลงวิธีการสืบพยานหลักฐานจาก “การข่มขืนโดยใช้กำลัง” ไปเป็นการสืบพยานในลักษณะ “การสมยอม” ก็ตามที่ อย่างไรก็ตามในความเป็นจริง การสืบพยานหลักฐานในคดีข่มขืน ยังคงตั้งอยู่บนสมมติฐานเรื่องความรุนแรง นั้นหมายความว่า ผู้หญิงต้องพิสูจน์ว่าเธอได้พยายามต่อสู้อย่างเต็มที่ ซึ่งลักษณะนี้ได้กลายเป็นภาระหนักสำหรับการสืบพยานอย่างยิ่ง และจะพบว่าผู้หญิงหลายคนถูกฆ่าตายเพราะเธอต่อสู้ข่มขืนนั่นเอง

2.1.3.5 ความเชื่อที่ว่าสาวบริสุทธิ์เท่านั้นที่เป็นเหยื่อข่มขืน

ในการพิสูจน์ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น ตำรวจและผู้พิพากษาส่วนใหญ่ มักจะต้องการหลักฐานเรื่องความบริสุทธิ์ ทั้งนี้เพราะหลักฐานดังกล่าว จะเป็นเครื่องยืนยันว่าเหยื่อผู้เสียหายเป็นคนดี และมีได้ยินยอมกับการร่วมประเวณีที่เกิดขึ้น หญิงที่ไม่บริสุทธิ์ส่วนใหญ่จะถูกตั้งข้อสงสัยทันทีที่มีการสืบพยานซึ่งรวมถึงหญิงอาชีพบริการพิเศษและโสเภณี แม้ว่าความประพฤติเรื่องเพศของฝ่ายหญิงนี้ถือว่าเป็นพยานแวดล้อม มิใช่พยานโดยตรง อย่างไรก็ตามเมื่อมีการพิจารณาในชั้นศาลปรากฏว่า ได้มีการนำสืบเกี่ยวกับความประพฤติเรื่องเพศของฝ่ายหญิงและข้อมูลดังกล่าวได้กลายเป็นส่วนที่มีอิทธิพลต่อการตีความพยานโดยตรง นอกจากนี้ประวัติความสัมพันธ์ทางเพศของฝ่ายหญิงและผู้ข่มขืนก่อนเกิดคดีสามารถนำไปสู่หลักฐานที่ฝ่ายหญิงยินยอมกับการล่วงประเวณีได้⁹ ซึ่งในเรื่องนี้มีการวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นกรณีที่ถูกกฎหมายมิได้ให้ความคุ้มครองหญิงจากฝ่ายชายคนรัก

⁹ ประมวลวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/4 บัญญัติว่า “ในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ ห้ามมิให้จำเลยนำสืบด้วยพยานหลักฐานหรือถามค้านด้วยคำถามอันเกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศของผู้เสียหายกับบุคคลอื่นนอกจากจำเลย เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาลตามคำขอศาลจะอนุญาตตามคำขอในวรรคหนึ่ง เฉพาะในกรณีที่ศาลเห็นว่า จะก่อให้เกิดความยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดี”

2.1.3.6 ความเชื่อเกี่ยวกับความหมายของการข่มขืนกระทำชำเรา

กฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศตีความความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราว่า หมายถึงการบังคับร่วมประเวณีเฉพาะการที่อวัยวะเพศชายล่งล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น แต่ในขณะที่มีการบังคับให้ล่งประเวณีในกรณีอื่นๆ จะถือว่าเข้าข่ายเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร ทั้งๆที่มีหลายกรณีที่การกระทำอนาจารที่เกิดขึ้นมีความรุนแรงมากกว่าการข่มขืนกระทำชำเรา เช่น การสอดใส่สิ่งของเข้าไปในช่องคลอด เป็นต้น

2.1.3.7 ความเชื่อที่ว่าสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาได้โดยไม่ผิดกฎหมาย

กฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศของหลายประเทศ ระบุว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน.....” นั้นหมายความว่า หากหญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเรานั้นเป็นภรรยาของผู้กระทำ การกระทำจะไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพราะกฎหมายครอบครัวสันนิษฐานว่า การร่วมประเวณีระหว่างสามีและภริยานั้นเป็นเรื่องของความยินยอมพร้อมใจของทั้งสองฝ่าย

จากประวัติศาสตร์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะพบว่า การข่มขืนกระทำชำเราเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในสังคมมนุษย์มาอย่างช้านาน โดยในสมัยโบราณการข่มขืนกระทำชำเราถือว่าเป็นประเพณีปฏิบัติต่อหญิงชั้นต่ำ หรือหญิงที่อยู่ในประเทศแพ้สงคราม นอกจากนี้จากประวัติศาสตร์จะพบว่าหญิงมีฐานะเป็นเพียงสมบัติของชาย ดังนั้นการข่มขืนกระทำชำเราหญิงจึงเป็นเพียงการทำลายกรรมสิทธิ์ส่วนหนึ่งของฝ่ายชายเท่านั้น แต่เมื่อสังคมมีความพัฒนามากขึ้น ด้วยอิทธิพลของแนวความคิดในเรื่องความเสมอภาคของผู้ชายและผู้หญิง ส่งผลให้สังคมเกิดความเปลี่ยนแปลงในหลาย ๆ ด้านไม่ว่าจะเป็นมุมมองที่มีต่อผู้หญิง หรือบทบาทหน้าที่ของผู้หญิงในสังคมก็เริ่มมีความสำคัญมากขึ้น หรือผลกระทบที่มีต่อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราก็คือเป็นหนึ่งในความผิดที่ได้รับผลกระทบอันส่งผลให้วัตถุประสงค์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเริ่มมีความเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่เป็นการคุ้มครองสิทธิในตัวผู้หญิงในฐานะที่ผู้หญิงเปรียบเสมือนทรัพย์สินของผู้ชาย เป็นการปกป้องศักดิ์ศรีและเกียรติยศของหญิงในเนื้อตัวร่างกายมากขึ้น และเป็นการคุ้มครองผู้หญิงซึ่งโดยสรีระโครงสร้างทางร่างกายเป็นเพศที่มีความอ่อนแอ จากการบังคับขู่脅โดยผู้ชายที่มีความแข็งแกร่งกว่า และเป็นความผิดที่มีลักษณะของการที่ผู้ชายใช้กำลังบังคับข่มขืนใจผู้หญิงเพื่อที่จะมี

เพศสัมพันธ์ด้วย ดังนั้นแนวความคิดของการคุ้มครองชายจากการล่วงละเมิดหญิงซึ่งถือเป็นทรัพย์สินของตน มาเป็นการคุ้มครองเสรีภาพของฝ่ายหญิงอย่างชัดเจนมากขึ้น

2.2 พัฒนาการของบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทย

เนื่องจากประเทศไทยนั้นมีพระพุทธศาสนาเป็นศาสนาประจำชาติซึ่งการข่มขืนกระทำชำเราขึ้นถือเป็นการละเมิดข้อห้ามทางพระพุทธศาสนาประการหนึ่ง นั่นคือศีลข้อ 3 ที่ว่า “กาเมสุ มิจจาจารา เวมณี สิกขาปทํ สมายามิ” อันมีความหมายว่า “พึงงดเว้นจากการล่วงเกินบุตรภรรยาผู้อื่น”¹⁰ ด้วยเหตุนี้ พระราชกำหนดของไทยแต่โบราณ จึงลงโทษผู้กระทำผิดฐานล่วงเกินบุตรภรรยาผู้อื่นในทางอนาจาร หรือประเวณี โดยนอกจากจะเป็นความผิดต่อเสรีภาพและชื่อเสียงเกียรติคุณของผู้อื่นแล้ว ยังเป็นการล่วงละเมิดศีลในทางศาสนา และเป็นการทำลายขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมของไทยอย่างร้ายแรงอีกด้วยเพราะตามประเพณีของไทยนั้น แม้เพียงจับต้องเนื้อตัวกันก็ถือเป็นที่เสียหายแก่สตรีแล้ว และถ้าถึงขนาดยุดมือถือแขน หรือลักลอบพูดจากับภรรยาผู้อื่น กฎหมายลักษณะผัวเมียถือว่ามีความผิดฐาน “ผิดภรรยาท่าน” ต้องโทษปรับไหม¹¹ ยิ่งไปกว่านั้นในบางท้องถิ่นถึงกับถือว่า ถ้าชายถูกเนื้อต้องตัวหญิงใด ต้องถือว่า หญิงนั้นได้เสียเป็นภรรยาชายแล้ว ต้องเอาหญิงใส่ตะกร้าล้างน้ำ จนกระทั่งมีประกาศรัชกาลที่ 4 ปีฉลู 1227 ว่า “ซึ่งถือลัทธิว่าชายถูกต้องแล้วเป็นเมียนั้นใช้ไม่ได้” ลัทธินิยมดังกล่าวจึงได้เลิกกันไป¹²

ทั้งนี้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราขึ้นได้มีมาตั้งแต่สมัยก่อนที่จะมีการจัดทำกฎหมายตราสามดวงซึ่งกฎหมายที่ถือเป็นกฎหมายแม่บทของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของไทยเรียกกันว่า “พระราชกำหนดใหม่” ซึ่งได้มีการตราขึ้น ณ วันพฤหัสบดี เดือน 8 แรม 8 ค่ำ จุลศักราช 1144 โดยพระราชกำหนดใหม่นี้ยึดเอาศีลข้อ 3 ในทางพระพุทธศาสนาเป็นแม่บท และจากพระราชกำหนดใหม่นั้นเองได้มีการวางหลักกฎหมายที่สำคัญอันส่งผลอย่างใหญ่หลวงต่อแนวความคิดของกฎหมายไทยในเวลาต่อมาในเรื่องดังต่อไปนี้

¹⁰ ประสิทธิ์ พัฒนอมร, ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา, วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522 หน้า 13.

¹¹ พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์, กฎหมายลักษณะผัวเมีย, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์กองหลวง, ร.ศ. 120), หน้า 294.

¹² พระเจ้าลูกยาเธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์, ว่าด้วยกฎหมาย, พิมพ์ในงานศพ นายแสวง เตชะยานนท์ (พระนคร : โรงพิมพ์บรรหาร, 2507), หน้า 122.

1. การห้ามข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นซึ่งมิใช่บุตรภรรยาของตน เว้นแต่หญิงนั้นจะยินยอมสมัครใจด้วย
2. ในกรณีที่หญิงยินยอมสมัครใจ กฎหมายก็สามารถเอาผิดกับชายได้หากหญิงนั้นเป็นเด็กที่ยังไม่มีความต้องการทางเพศ หรือกรณีที่หญิงยินยอมสมัครใจเนื่องจากเข้าใจผิดคิดว่าชายเป็นสามีตนเอง
3. พระราชกำหนดใหม่ถือว่าการร่วมประเวณี หรือเสพเมถุนทางอวัยวะ 3 แห่ง กล่าวคือการร่วมประเวณีทางทวารปาก, ทวารเบา, และทวารหนัก ถือเป็น “อุกศลจิต” และ “ขาดศีล” โดยการร่วมประเวณีลักษณะเช่นนี้ แม้ตามกฎหมายของยุโรปและสหรัฐอเมริกา ก็ถือว่าเป็นความผิดอาญา เพราะเป็นการกระทำอันผิดจารีตธรรมเนียมตามมนุษย์¹³

2.2.1 ความผิดฐานกระทำชำเราตามกฎหมายลักษณะฉั้วเมีย

ตามกฎหมายลักษณะฉั้วเมียตั้งแต่ครั้งสมัยอยุธยาตอนต้น การข่มขืนกระทำชำเราถือเป็นความผิด เพราะการล่วงเกินบุตร หญิงของผู้อื่นเป็นการละเมิดอำนาจปกครอง หรืออำนาจอิสระของบิดามารดา และการล่วงเกินภรรยาของผู้อื่นเป็นการละเมิดอำนาจปกครองหรืออำนาจอิสระของสามี จึงได้จัดเอาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราลงไว้ในกฎหมายลักษณะฉั้วเมีย ซึ่งเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสามีและภรรยา ซึ่งการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายลักษณะฉั้วเมียสามารถแยกออกเป็น

2.2.1.1 การข่มขืนยังมีถึงชำเรา เป็นความผิดที่ใกล้เคียงกับความผิดฐานอนาจารหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรา โดยมีบทบัญญัติว่า

“อันว่าลักษณะผิดภรรยาท่านยังมีถึงชำเรามี 5 ประการ

ประการที่ 1 ชายยุดมือถือนมหยอกเมียท่าน

ประการที่ 2 สามีท่านมิอยู่ขึ้นไปหาเมียท่านถึงในเรือน

ประการที่ 3 ไปหาเมียท่านในที่ลับ

ประการที่ 4 ชายลักลอบพูดจาด้วยเมียท่าน

ประการที่ 5 ไปหาเมียท่านในห้องที่นอน ทั้งห้าประการนี้ได้ชื่อว่าผิดภรรยา

ท่านยังมีถึงชำเรา ให้ปรับไหมโดยอันดับ” โดยบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง ได้แก่

มาตรา 1 ชายใดข่มขืนภรรยาท่านถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณมผิดเมียทวิคุณ ถ้าข่มขืนมิได้ถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณมผิดเมีย

¹³ ประสิทธิ์ พัฒนอมร , ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา , วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2522 หน้า 14.

มาตรา 2 ผู้ใดเล่าโลมจับมือถือนมกอดจูบเมียท่านก็ดี...ให้ไหมชายนั่นก็
เบียดมือถือนมกอดจูบนั้น

มาตรา 75 บุรุษผู้ใดจับมือหยอกบุตรท่านก็ดี ขึ้นไปถึงที่นอนบุตรท่านก็ดี
แลดูคลากบุตรท่านไปจูบกอด ทำชู้ และประการใดก็ดี ท่านว่าชายนั้นผิดให้ลงโทษโดยโทษานุโทษ

มาตรา 76 ชายใดมีเมียแล้ว ช่มชื่นลูกสาวหลานสาวท่าน....ถ้าช่มชื่นมิถึง
ข้าเราให้ไหมกึ่งถึงข้าเรา

มาตรา 77 ชายหาเมียมิได้ช่มชื่นลูกสาวหลานสาวท่าน....ถ้าช่มชื่นมิถึง
ข้าเราให้ไหมกึ่งถึงข้าเรา

วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเกี่ยวกับการช่มชื่นมิถึงข้าเรานั้นจึงมุ่งคุ้มครอง
เกียรติของชายผู้ปกครองหรือชายผู้เป็นสามีเพื่อมิให้ถูกติฉินนินทาเพราะถูกหมิ่นเกียรติ

2.2.1.2 การช่มชื่นจนถึงข้าเรา โดยกฎหมายแยกผู้เสียหายออกเป็นสองประเภท
คือ หญิงภรรยาผู้อื่น กับบุตรหญิงหรือหลานหญิงของผู้อื่น โดยบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องได้แก่

มาตรา 1 ชายใดช่มชื่นภรรยาท่านถึงข้าเรา ให้ไหมโดยประณมผิดเมียทวิคุณ....

มาตรา 76 ชายใดมีเมียแล้ว ช่มชื่นลูกสาวหลานสาวท่านถึงข้าเราให้ไหม
ชายนั่นก็ประณมผิดเมีย....

มาตรา 77 ชายหาเมียมิได้ช่มชื่นลูกสาวท่านถึงข้าเรา ให้ไหมชายนั่นก็เบียด
ชายมีเมียแล้ว

จากกฎหมายลักษณะผัวเมียดังกล่าวสามารถสรุปได้ว่าพระอัยการลักษณะ
ผัวเมียนั้นได้รับอิทธิพลมาจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ซึ่งสถานภาพของสตรีในคัมภีร์พระ
ธรรมศาสตร์ถือว่าผู้หญิงเป็นเพียงที่พัก เป็นเพียงส่วนประกอบของผู้ชายและเป็นเพศที่อ่อนแอ
โดยการช่มชื่นหญิงอื่นมิถึงขั้นข้าเราหรือเทียบได้กับความผิดฐานอนาจารในปัจจุบันเป็นความผิดที่
มีโทษน้อย ในขณะที่การช่มชื่นถึงข้าเราผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น และกฎหมายมุ่งคุ้มครองชาย
ผู้เป็นสามีและบิดามารดาของหญิงผู้เสียหายมากกว่าที่จะคุ้มครองตัวหญิงผู้เสียหายเองมีข้อที่น่า
สังเกตว่าหญิงมีสถานะเป็นเพียงผู้รับใช้โดยเมื่อยังอยู่ในวัยเยาว์ก็จะอยู่ในความควบคุมดูแลของ
บิดา และเมื่อแต่งงานแล้วก็จะอยู่ในความควบคุมดูแลของสามี¹⁴ นอกจากนี้ยังมีความเชื่อว่า
ผู้หญิงเปรียบเสมือนสิ่งของที่เป็นของผู้ชาย และกฎหมายลักษณะผัวเมียยังไม่มีประเด็นว่าสามี

¹⁴ ฉัตรสุมาลย์ กบิลสิงห์, “ภาพลักษณ์ของสตรีอินเดีย: มานวธรรมศาสตร์, “วารสารอินเดียศึกษา, 4 (2542): 19.

ข่มขืนภรรยาได้หรือไม่ แต่โดยทั่วไปแล้วสามีไม่อาจข่มขืนภรรยาได้ เพราะการสมรสคือการยินยอมที่จะใช้ชีวิตร่วมกันนั้นหมายถึงความยินยอมที่จะร่วมประเวณีด้วย

2.2.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชกำหนดข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118

พระราชกำหนดข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ประกาศใช้เมื่อวันที่ 9 เมษายน พ.ศ. 2442 หรือ ร.ศ. 118 ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ซึ่งการประกาศใช้พระราชกำหนดนี้มาจากเหตุผลที่กฎหมายเดิมเกี่ยวกับการข่มขืนล่วงประเวณียังมีข้อบกพร่องหลายประการซึ่งสมควรได้รับการแก้ไข¹⁵

“...จึงมีพระบรมราชโองการดำรัสเหนือเกล้าฯ ให้ประกาศให้ทราบทั่วกันว่าพระราชกำหนดกฎหมายเดิมที่ว่าด้วยการข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิงนั้นยังบกพร่องอยู่หลายประการ เป็นเหตุให้เกิดความสงสัยต่างๆ ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่กล่าวหากันว่า ข่มขืนกระทำชำเรา จึงทรงดำริเห็นสมควรให้แก้ไขพระราชกำหนดนั้นเสียใหม่ให้ชัดเจนดีขึ้นกว่าแต่ก่อน.... ”

ตามพระราชกำหนดข่มขืนล่วงประเวณีได้กำหนดองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ดังนี้

มาตรา 3 “ชายใดทำชำเราด้วยหญิง ในเหตุ 4 ประการ ดังที่จะกล่าวต่อไปข้างล่างนี้ ท่านว่าชายผู้นั้นข่มขืนกระทำชำเราหญิง คือ

ข้อ 1 ขึ้นใจหญิง

ข้อ 2 หญิงมิยินยอม

ข้อ 3 หญิงยินยอมด้วยชายชู้ซึ่งจะทำร้ายแก่ร่างกายและชีวิตหญิง หญิงมีความกลัวจึงยอม

ข้อ 4 หญิงยินยอมก็ดี ถ้าไม่ยินยอมก็ดี แต่หญิงนั้นมีอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา”

ในการประกาศใช้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 มีลักษณะเป็นการประกาศใช้กฎหมายเป็นเรื่องๆ ในช่วงเวลาดังกล่าว อันมีลักษณะเป็นการแก้ไขปัญหาเฉพาะหน้าด้วยอิทธิพลของอังกฤษที่มีต่อไทยในสมัยนั้น ซึ่งจากบทบัญญัติมาตรา 3 จะเห็นว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ยังคงไว้ซึ่งลักษณะสำคัญดังเช่นในพระอัยการลักษณะผัวเมีย กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นชาย ผู้ถูกกระทำความผิดจะต้องเป็นหญิงและการข่มขืนกระทำชำเราจะเป็นความผิดสำเร็จหรือไม่ก็

¹⁵ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 , ราชกิจจานุเบกษา (9 เมษายน ร.ศ. 118)

ถือเอาการที่อวัยวะเพศชายล่องล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเป็นเกณฑ์ โดยในเรื่องนี้กรมหลวงวงศาบุรีดิเรกฤทธิ์ ทรงอธิบายไว้ว่า “ในการชำเรานี้ แต่เพียงชายจดถึงทวารหญิงเท่านั้นก็ให้ถือว่าถึงชำเราที่เดียว”¹⁶ ส่วนในเรื่องสามีข่มขืนภรรยาชำเราภริยาตนเองนั้นแม้กฎหมายจะใช้คำว่า “หญิง” เท่านั้นแต่สามีก็ไม่อาจมีความผิดฐานข่มขืนภรรยาชำเราภริยาตนเองได้

นอกจากนี้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ยังได้เพิ่มบทบัญญัติความผิดสำหรับการกระทำชำเราที่ผิดธรรมดาไว้ด้วยตามมาตรา 5 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดชำเราทางเวจมรรคก็ดี ฤๅชำเราด้วยสัตว์เดรัจฉานผิดธรรมดาโลกก็ดี ให้ลงโทษจำคุก...”

2.2.3 ความผิดฐานข่มขืนภรรยาชำเราตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

ในปี พ.ศ. 2440 ประเทศไทยมีความจำเป็นต้องแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่มีอยู่เพื่อป้องกันการสูญเสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขต โดยในการนี้พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ทรงตัดสินพระทัยเลือกการจัดทำประมวลกฎหมายตามแบบประเทศในภาคพื้นยุโรป โดยในการดำเนินการจัดร่างประมวลกฎหมายอาญานั้น พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 มีพระบรมราชโองการฯ แต่งตั้งคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายในปี พ.ศ. 2440 คณะกรรมการชุดนี้ทำหน้าที่ตรวจพระราชกำหนด บทพระอัยการเป็นร่างขึ้น โดยเพียงแต่ทำการรวบรวมและศึกษาปัญหาและเรียบเรียงออกมาเป็นร่างกฎหมายเท่านั้น และในปี พ.ศ. 2448 ได้โปรดเกล้าฯ แต่งตั้งคณะกรรมการชุดใหม่อีกชุดหนึ่ง มีหน้าที่ในการร่างแก้ไขและส่งไปให้กระทรวง ทบวง กรม ที่มีหน้าที่ทำการพิจารณา¹⁷

ความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศจะปรากฏอยู่ในภาค 2 ว่าด้วยลักษณะความผิด แบ่งเป็น 2 หมวด หมวดที่ 1 ความผิดฐานกระทำอนาจารอันเกี่ยวแก่สาธารณชน และหมวดที่ 2 ความผิดฐานข่มขืนภรรยาชำเราโดยแบ่งความผิดฐานข่มขืนภรรยาชำเราออกเป็น 2 ลักษณะ คือ การข่มขืนภรรยาชำเราหญิง และการกระทำชำเราเด็กหญิง ดังต่อไปนี้

¹⁶ พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์, พระราชบัญญัติในบัดยบัน, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์กองหลวงไทย ร.ศ. 120), หน้า 304.

¹⁷ คนพล จันทรหอม, “วิเคราะห์กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 : ศึกษากระบวนการร่างกฎหมายและประเด็นความรับผิดชอบในทางอาญา”, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2545, หน้า 113

มาตรา 243 บัญญัติว่า “ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำซ้ำเราขึ้นใจหญิง ซึ่งมีโชภรรยาของตนเอง ท่านว่ามันผู้นั้นข่มขืนทำซ้ำเรา ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ปีหนึ่งขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำซ้ำเราขึ้นใจหญิง ซึ่งมีโชภรรยาของตนเอง ท่านว่ามันข่มขืนทำซ้ำเรา มีความผิดต้องระวางโทษคุกกันกับที่ว่ามานั้น

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนซ้ำเรานั้นมีบาดเจ็บถึงสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นตาย ท่านว่ามันผู้ข่มขืนนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

มาตรา 244 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำซ้ำเราด้วยเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามชวบ ถึงหญิงนั้นยินยอมก็ตาม หรือมิได้ยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ เด็กหญิงที่ถูกซ้ำเรานั้นมีบาดเจ็บอย่างสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีขึ้นไปจนถึงสิบห้าปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลเด็กหญิงนั้นตาย ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี และให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

ความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอีกครั้งหนึ่งในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2474 และจะเห็นว่าการยกร่างกฎหมายอาญา ร.ศ. 127 ขึ้นนั้นเป็นไปเพื่อการแก้ไขปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต โดยยึดแนวความคิดตามประมวลกฎหมายของประเทศภาคพื้นยุโรปเป็นหลัก ซึ่งสามารถนำไปใช้กับข้อเท็จจริงได้อย่างครอบคลุม

2.2.4 ความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราตามประมวลกฎหมายอาญา

ในปี พ.ศ. 2482 รัฐบาลของพันเอกหลวงพิบูลสงคราม ได้มีแนวความคิดที่จะปรับปรุงกฎหมายลักษณะอาญาให้เป็นระบบโดยได้มีการแต่งตั้งอนุกรรมการพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาขึ้นชุดหนึ่ง โดยมีการตรวจสอบกฎหมายลักษณะอาญาที่ใช้อยู่เดิมว่ามีข้อบกพร่อง

หรือไม่ประการใด และผู้ร่างยังเพิ่มเติมบทบัญญัติต่างๆเพื่อเป็นการนำเอาแนวคิดแบบใหม่มาบัญญัติไว้เพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป¹⁸

ความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศบัญญัติอยู่ในภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ ทั้งนี้ในส่วนของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตั้งแต่ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาจนถึงปัจจุบัน ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรวมทั้งสิ้น 4 ครั้ง คือ

ครั้งที่ 1 ในสมัยรัฐบาลจอมพลถนอม กิตติขจร เป็นหัวหน้าคณะปฏิวัติ ได้ออกประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 โดยมีเหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมเพราะคณะปฏิวัติมีความปรารถนาจะให้ประชาชนได้รับความสงบสุขและปลอดภัยจากอาชญากรรม ในการนี้คณะปฏิวัติเห็นว่าอัตราโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดบางประเภทตามประมวลกฎหมายอาญายังไม่เพียงพอต่อการป้องกันและปราบปราม สมควรแก้ไขให้สูงขึ้นเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบัน ดังนั้นจึงมีการเพิ่มโทษสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ครั้งที่ 2 ในสมัยพลเอกเปรม ติณสูลานนท์เป็นนายกรัฐมนตรีมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 6 สิงหาคม พ.ศ. 2525 โดยเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้เป็นเพราะสภาพอาชญากรรมบางประเภทโดยเฉพาะอย่างยิ่งอาชญากรรมที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ ได้ทวีความรุนแรงซึ่งแม้ได้มีการเพิ่มอัตราโทษมาแล้วครั้งหนึ่งตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 แต่เห็นสมควรเพิ่มอัตราโทษสำหรับผู้กระทำผิดให้สูงขึ้นเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าว

ครั้งที่ 3 ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 ประกาศในราชกิจจานุเบกษาในวันที่ 1 กันยายน พ.ศ. 2530 โดยมีเหตุผลในการแก้ไขเพราะบทบัญญัติมาตรา 277 มาตรา 278 มาตรา 279 และมาตรา 282 กำหนดอายุเด็กที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษตามกฎหมายจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กไว้เพียงอายุไม่เกินสิบสามปีเท่านั้น ผู้กระทำผิดตามบทมาตราดังกล่าวจึงสามารถอ้างความยินยอมของเด็กอายุกว่าสิบสามปีขึ้นเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษตามกฎหมายได้ นับเป็นการเปิดโอกาสให้มีการ

¹⁸ คณพล จันทรหอม, เฟิ่งอ้ง, หน้า 181-183.

แสวงหาประโยชน์ในทางมิชอบจากเด็กอายุระหว่างสิบสามถึงสิบห้าปีซึ่งส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่างๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษา อบรมและประสบการณ์ไม่เพียงพอได้ จึงมีการแก้ไขอายุเด็กที่กฎหมายคุ้มครองจากสิบสามปีเป็นสิบห้าปี

ครั้งที่ 4 ในการแก้ไขครั้งล่าสุดตามความพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 สมัยรัฐบาลพลเอกสุรยุทธ์ จุลานนท์ เป็นนายกรัฐมนตรี ถือได้ว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราครั้งใหญ่ โดยเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้คือ โดยที่มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 ให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่บทบัญญัติมาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 286 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศสมควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศที่เคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

2.3 บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

เมื่อจะศึกษาผลกระทบจากการบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต่อความผิดฐานอนาจารนั้น สิ่งที่จะต้องทราบคือ บทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดองค์ประกอบความผิดและบัญญัติโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิด ทั้งในประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 มาตรา 277 (เดิม) และมาตรา 276 และมาตรา 277 ที่ได้แก้ไขใหม่ตามความของพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 รวมถึงความผิดฐานอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 และมาตรา 279

2.3.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 (เดิม)

ความผิดฐานนี้สามารถแยกพิจารณาออกเป็น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกรณีทั่วไป และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก

2.3.1.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากรณีทั่วไป

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 (เดิม) บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 276 วรรคแรก¹⁹

องค์ประกอบภายนอก

1. ข่มขืน
2. กระทำชำเรา
3. หญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน
4. โดยวิธีใดวิธีหนึ่งดังต่อไปนี้
 - ก) โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ
 - ข) โดยใช้กำลังประทุษร้าย
 - ค) โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้
 - ง) โดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

องค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนาฉ้อโกง

องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 276 วรรคสอง

1. ได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือ
2. โดยร่วมกระทำผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง

จากมาตรา 276 ข้างต้น สามารถแยกอธิบายองค์ประกอบความผิดหลัก ๆ ได้ดังนี้

ก. ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ในส่วนของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งมีนักวิชาการหลายท่านได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ยกตัวอย่างเช่น

¹⁹ หยุด แสงอุทัย , กฎหมายอาญาภาค 2-3 , ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2542) , หน้า 166-167.

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์²⁰ มีความเห็นว่า “โดยสภาพผู้ลงมือกระทำมิได้ แต่ชาย การกระทำระหว่างหญิงต่อหญิง หรือชายต่อชายจึงไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่ก็มีได้หมายความว่า เป็นความผิดได้แต่เฉพาะชายเท่านั้น หากมีผู้ร่วมกระทำ ความผิด ผู้อื่นก็อาจเป็นตัวการด้วยได้”

ศาสตราจารย์ดร.หยุด แสงอุทัย²¹ มีความเห็นว่า “กรณีที่ถูกกฎหมายไม่ได้กำหนด คุณสมบัติไว้โดยกฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” มิได้ใช้คำว่า “ชายใด” ต้องถือว่าหญิงหรือชายก็เป็นตัวการ ได้เท่าเทียมกันเป็นลักษณะของการแบ่งงานแบ่งหน้าที่กันทำ เมื่อร่วมกระทำ ความผิดด้วยกันและมี เจตนากระทำ ความผิดร่วมกัน กฎหมายถือการกระทำของตัวการคนหนึ่งเสมือนเท่ากับเป็นการ กระทำของตัวการทุกคน โดยนัยนี้หญิงจึงเป็นตัวการในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้”

ศาสตราจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร²² มีความเห็นว่า “ถ้อยคำในมาตรา 276 ที่ว่า “...กระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน...” ถ้อยคำนี้ชัดเจนว่าผู้ใดนี้เฉพาะผู้กระทำชำเรา ต้องเป็นชายเท่านั้น ส่วนหญิงไม่สามารถลงมือข่มขืนกระทำชำเราเองได้ ซึ่งเป็นไปตามลักษณะ ทางกายภาพของหญิง”

รองศาสตราจารย์ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ²³ มีความเห็นว่า “อย่างไรก็ตาม แม้โดยสภาพชายเท่านั้นที่เป็นผู้กระทำชำเราหญิงได้ แต่หญิงก็สามารถเป็นตัวการร่วมกับชายโดย ช่วยจับแขนจับขาหญิงให้ชายกระทำชำเราได้”

อาจารย์สุบิน พูลพัฒน์²⁴ มีความเห็นว่า “โดยหลักแล้วหญิงในฐานะส่วนตัว ไม่สามารถกระทำชำเราได้เลยและชายจะเป็นผู้เสียหายเพราะถูกหญิงกระทำชำเราไม่ได้ดูกัน”

²⁰ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1, จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543, หน้า 718.

²¹ หยุด แสงอุทัย, บุคคลที่ไม่สามารถเป็นตัวการได้ในทางอาญา, บทบัณฑิตย, เล่ม 20 ตอน 4, หน้า 785-786.

²² ธานินทร์ กรัยวิเชียร, ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา, วารสารนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เล่ม 2 ตอน 4, หน้า 70-71.

²³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญาภาคความผิด, สำนักพิมพ์วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 6, 2550, หน้า 196.

²⁴ สุบิน พูลพัฒน์, คำอธิบายกฎหมายอาญาเรียงมาตรา, นิติบรรณาคาร พิมพ์ครั้งที่ 16, 2521, หน้า 120.

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้นแม้ตามถ้อยคำในตัวของกฎหมายและความหมายของการกระทำชำเรา จะแสดงว่าผู้กระทำความผิดฐานนี้จะต้องเป็นชายลงมือกระทำต่อหญิงเท่านั้น แต่ทั้งนี้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มิใช่ความผิดที่มีผู้กระทำความผิดได้เพียงคนเดียว ดังนั้นผู้ที่ไม่ได้ลงมือกระทำชำเราก็คงอาจมีความผิดฐานนี้ได้ในฐานะที่เป็นตัวการและไม่จำเป็นต้องเป็นชายเสมอไป หญิงก็อาจเป็นตัวการในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้เพราะไม่มีกฎหมายกำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำความผิดไว้ว่าผู้ร่วมกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องเป็นชายทุกคนเสมอไป *

กล่าวโดยสรุป ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา (ก่อนปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา) ในส่วนของผู้กระทำความผิดนั้นกฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” อันแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำความผิดจะเป็นชายหรือหญิงก็ได้ แต่โดยสภาพของการกระทำชำเราที่จะต้องปรากฏว่าของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงจึงจะถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ผู้ลงมือกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยตรงจึงมีได้แต่ผู้ชายเท่านั้นแต่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอาจมีผู้ร่วมกระทำความผิดที่มีได้ลงมือกระทำชำเราได้ในกรณีที่หญิงช่วยจับแขนจับขาผู้เสียหายเพื่อให้ชายข่มขืนกระทำชำเรา

ข. ความหมายของคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา”

ความหมายของคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” นั้น ประมวลกฎหมายอาญามีได้ให้คำนิยามไว้ แต่ตามพจนานุกรม คำว่า “ข่มขืน” หมายถึง “ใช้กำลังให้ตามใจ²⁵” และได้มีนักนิติศาสตร์ได้ให้ความหมายดังนี้

* คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 805/2490 หญิงช่วยจับแขนขาหญิงให้ชายข่มขืนกระทำชำเรา นั้นถือว่าเป็นตัวการในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 250/2510 (ประชุมใหญ่) ความผิดในเรื่องข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดที่ร่วมกันกระทำได้ โดยผู้ร่วมกระทำความผิดมิต้องเป็นผู้ลงมือกระทำชำเราด้วยกันทุกคน เพียงแต่คนใดคนหนึ่งกระทำชำเรา ผู้ที่ร่วมกระทำความผิดทุกคนก็มีความผิดฐานเป็นตัวการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 แล้ว และตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 หาได้บัญญัติให้ลงโทษแต่เฉพาะผู้ชายเท่านั้น ฉะนั้นแม้จำเลยที่ 2 จะเป็นหญิงเมื่อฟังได้ว่าสมคบกับจำเลยที่ 1 ร่วมกันกระทำความผิด ศาลก็ลงโทษฐานเป็นตัวการได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 29/2524 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ผู้ร่วมกระทำความผิดไม่จำเป็นต้องลงมือกระทำชำเราด้วยกันทุกคน หาได้บัญญัติลงโทษเฉพาะชายเท่านั้นไม่ หญิงซึ่งร่วมกระทำความผิดกับชายผู้กระทำชำเราก็คงเป็นตัวการด้วย

²⁵ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542.

หมายถึง การข่มขืนใจ คือได้กระทำชำเราโดยหญิงไม่สมัครใจ²⁶

หมายถึง การที่ชายให้กำลังบังคับหญิงให้ทำตามใจตัวเอง โดยหญิงมิได้ยินยอมโดยสมัครใจ²⁷

หมายถึง การข่มขืนใจ คือ การกระทำชำเราโดยเขาไม่สมัครใจด้วย²⁸

หมายถึง ได้กระทำชำเราโดยหญิงมิได้สมัครใจ กรณีหญิงยินยอมยินยอมไม่เป็นความผิด แต่ความยินยอมของหญิงวิกลจริตย่อมไม่มีผล หรือความยินยอมสำหรับหญิงที่เมาสุรา หรือติดสุราอาจมีปัญหาเรื่องความยินยอม คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้คือ เสรีภาพในทางเพศ (Sexual Liberty) หมายถึง เสรีภาพในการที่กำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง²⁹

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) ของความผิดฐานนี้คือ เสรีภาพทางเพศ ดังนั้นถ้ามีการฉ้อใจหรือบังคับหญิงด้วยเจตนาเพื่อกระทำชำเราแล้วย่อมเข้าองค์ประกอบความผิดฐานนี้แล้ว³⁰

ความยินยอม ถือเป็นสาระสำคัญของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอีกประการหนึ่ง เพราะการจะเรียกว่าข่มขืนได้นั้น ต้องเป็นการกระทำที่ปราศจากการยินยอม การพิจารณาเรื่องความยินยอมของหญิงนั้น ต้องสังเกตจากกริยาวาจาของหญิงและพฤติเหตุทั้งหลายประกอบกันในกรณีนั้นๆ แล้วยังสันนิษฐานชี้ขาดตามพฤติการณ์ที่ปรากฏ และความยินยอมของหญิงนั้นต้องให้ในขณะที่มีการกระทำชำเรานั่นเอง³¹

ความยินยอมเป็นหลักสำคัญที่จะทำให้การกระทำอันควรเป็นความผิดตามกฎหมายกลายเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย และการกระทำอันผิดกฎหมายแล้วเป็นการกระทำอันไม่ต้องรับโทษ สำหรับความยินยอมประการแรกนั้น กฎหมายเรียกว่าเป็นความยินยอม

²⁶ หยุต แสงอุทัย , กฎหมายอาญาภาค 2-3 , หน้า 167

²⁷ จิตติ ตั้งศุภทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 1, หน้า 722 .

²⁸ สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศชีวิตร่างกาย และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง ม.276 - ม.333 พร้อมด้วยตัวอย่างและคำพิพากษาฎีกาประกอบ, หน้า 2.

²⁹ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532), หน้า 182,190.

³⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “การพยายามข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร”, วารสาร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,2527 หน้า 79.

³¹ ถานินทร์ ทรัพย์วิเชียร . “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา” , วารสารนิติศาสตร์ เล่ม 2 ตอน 4 พ.ศ. 2514 หน้า 51.

(Consent) ซึ่งทำให้ความผิดขาดองค์ประกอบ ผู้กระทำจึงไม่มีความผิด เช่น การร่วมประเวณีกับหญิงอื่นอันมิใช่ภรรยาของตน โดยได้รับความยินยอมของหญิงนั้น ทำให้การกระทำนั้นไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ส่วนความยินยอมประการหลัง ซึ่งทำให้ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษนั้น เป็นความยินยอมภายหลังที่การกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว กฎหมายเรียกว่าเป็นการยอมความ (Compoundable act) ซึ่งทำให้คดีอาญาระงับไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

มีสุภาษิตกฎหมายบทหนึ่งว่า “Volenti non fit injuria” ซึ่งหมายความว่า “การยินยอมไม่ทำให้เกิดละเมิด” ข้อความนี้หมายความว่า ความยินยอมของผู้เสียหายหรือผู้มีอำนาจให้ความยินยอมแทนผู้เสียหายทำให้ความเสียหาย (Injuria) ระงับลง จึงไม่เป็นเหตุให้ฟ้องร้องกันต่อไป หลักข้อนี้ ใช้ได้ในกฎหมายลักษณะละเมิดเพราะถือเอาความเสียหายเป็นองค์ประกอบสำคัญ เพราะกฎหมายกำหนดเอาแล้วว่าเมื่อมีการกระทำฝ่าฝืนกฎหมายเกิดขึ้น ผู้กระทำต้องรับผิด ความยินยอมจึงไม่เป็นเหตุให้พ้นจากความรับผิดทางอาญา เว้นแต่ความยินยอมจะเป็นผลเป็นการปฏิเสธองค์ประกอบความผิด หรือเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจทำได้โดยชอบ หรือเมื่อกฎหมายยกเว้นความรับผิดไว้โดยชัดแจ้ง เช่นกรณีตามมาตรา 276³²

วิธีการให้ความยินยอมนั้นผู้เสียหายต้องให้ก่อนการกระทำผิด ซึ่งอาจทำได้ 2 วิธี

1. ให้ความยินยอมโดยตรง ชัดแจ้ง โดยการพูดด้วยวาจา เขียน กริยาท่าทาง ไม่ขัดขวางทั้งที่สามารถกระทำได้ เช่น ยอมให้ผู้อื่นเอาทรัพย์สินไป ยอมให้ชายร่วมประเวณี ฯลฯ
2. ให้ความยินยอมโดยปริยาย แสดงออกไม่ชัดเจนแต่วิญญูชนเข้าใจว่ายินยอม

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา กฎหมายพิจารณาตีความว่าหญิงยินยอมหรือไม่จากกริยาอาการของผู้กระทำผิด ดังที่กำหนดไว้ในองค์ประกอบความผิด “โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น” นั้นเป็นการมองความยินยอมของผู้เสียหายในลักษณะภาพสะท้อนแห่งความยินยอม (Reflection of consent) ไม่ได้มองจากการกระทำของหญิงผู้เสียหายโดยตรง “อย่างไรก็ตามการพิจารณาเรื่องความยินยอมของหญิงนั้น ก็ยังต้องสังเกตจากกริยาวาจาของหญิง และพฤติกรรมทั้งหลายประกอบกับการสันนิษฐานที่ขัดตามพฤติกรรมที่ปรากฏ”³³

³² จิตติ ดิงศ์ภักดิ์, “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด,” วารสารกฎหมาย, ปีที่ 3 ฉบับที่ 2, พ.ศ.2520, หน้า 52-57 ; วิษณุ เกรื่องาม, “ความยินยอม-ยอมความตามกฎหมายอาญา สหรัฐอเมริกา” วารสารกฎหมาย, ปีที่ 1, ฉบับที่ 2, พ.ศ. 2517, หน้า 154-160 .

³³ พระอินทปรีชา (เหยียน เลขวนิช), คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญาภาค 2 ตอน 2 เล่ม 3, (พระนคร : โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2468), หน้า 1108.

คำว่า “กระทำซ้ำเรา” ตามพจนานุกรม³⁴ หมายถึง การทำให้ของลับของชายล่วงล้ำเข้าไปในของลับหญิง

หมายถึง การที่ชายร่วมประเวณีกับหญิง³⁵

หมายถึง ของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของลับ หรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงแล้วไม่ว่าจะล่วงล้ำเข้าไปมากน้อยเพียงใด ข้อสำคัญให้ล่วงล้ำเข้าไปก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว ส่วนการจะสำเร็จความใคร่ของชายหรือไม่สำคัญ³⁶

หมายถึง การกระทำที่พิสูจน์ได้ว่าอวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของหญิง แม้จะเข้าไปเพียงเล็กน้อยก็ตาม โดยไม่ต้องคำนึงว่าชายได้สำเร็จความใคร่หลังอุจจาระหรือเยื่อพรหมจารีของหญิงจะฉีกขาดหรือไม่

“ข่มขืนกระทำซ้ำเรา” หมายความว่า การมีความสัมพันธ์ทางเพศโดยปราศจากความยินยอมของอีกฝ่ายหนึ่งโดยการบังคับให้มีเพศสัมพันธ์กับอีกบุคคลหนึ่งซึ่งมีอำนาจเหนือกว่าและเป็นผู้ได้เปรียบ

“ข่มขืนกระทำซ้ำเรา” หมายความว่า การกระทำเยี่ยงปฏิบัติและใช้กำลังของบุคคลหนึ่งกระทำต่ออีกบุคคลหนึ่ง โดยมุ่งประสงค์อำนาจเหนือกว่าด้วยความเลวทรามเป็นการละเมิดและประทุษร้ายต่อร่างกายและชีวิตของบุคคลอื่น

“ข่มขืนกระทำซ้ำเรา” หมายความว่า การพยายามร่วมเพศโดยฝ่ายหญิงไม่ยินยอมอันเป็นการทำร้ายร่างกายทางเพศอย่างหนึ่ง

การข่มขืนกระทำซ้ำเราอาจโดยเป็นวิธีอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

³⁴ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542

³⁵ สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศชีวิตร่างกาย และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง ม.276 - 333 พร้อมด้วยตัวอย่างและคำพิพากษาฎีกาประกอบ, หน้า 2.

³⁶ สุบัน พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2-3 ความผิด-ลหุโทษ มาตรา 276 ถึง มาตรา 398 ประกอบด้วยคำพิพากษาฎีกา พ.ศ.2500 ถึง พ.ศ.2535, (กรุงเทพ ฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2537), หน้า 1-2.

ก. โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ

คำว่า ขู่เข็ญ หมายความว่า ทำให้กลัวว่าจะได้รับอันตรายในอนาคต ซึ่งอาจเป็นการขู่ที่จะกระทำต่อหญิงเองหรือต่อผู้อื่นซึ่งเกี่ยวข้องกับหญิงนั้น เช่นขู่จะฆ่าบุตรก็ได้ และอาจเป็นการขู่ที่จะกระทำต่อทรัพย์สิน เช่น เอาไฟจุดเผาบ้านของหญิงหรือบิดาของหญิงก็ได้³⁷

คำว่า “ขู่เข็ญ” หมายความว่า การแสดงว่าจะทำให้ผู้ถูกขู่เข็ญเป็นอันตราย การขู่เข็ญตามมาตรานี้ไม่จำกัดเฉพาะขู่ว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย จึงหมายความรวมถึงอันตรายทั้งปวงซึ่งผู้ถูกกระทำขู่แสดงว่าจะทำให้เกิดแก่ผู้ถูกขู่เข็ญ และผู้ถูกขู่เข็ญกลัวว่าจะถูกกระทำให้เป็นอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน สิทธิ ฐานะในสังคม หรือฐานะทางเศรษฐกิจก็ได้ กฎหมายมิได้จำกัดว่าผู้ที่ถูกขู่ว่าจะได้รับอันตรายจะต้องเป็นตัวหญิงนั่นเอง³⁸

“โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ” มิได้จำกัดเฉพาะการขู่เข็ญต่อหญิงนั้น โดยตรงแต่อย่างเดียว อาจจะเป็นการขู่เข็ญอย่างอื่นด้วย การขู่เข็ญนี้อาจจะกระทำด้วยวาจาหรือกิริยาก็ได้³⁹

ทั้งนี้ในทางทฤษฎีนั้น การขู่เข็ญที่มีผลนั้นจะต้องเป็นการบังคับหญิงผู้เสียหายให้หมดอิสระในทางเลือกของตนเอง ถ้าหญิงนั้นยังมีโอกาสเลือกอยู่ก็ยอมไม่ถึงขั้นขู่เข็ญที่จะทำให้ ผู้ถูกขู่เข็ญรู้สึกกลัวว่าจะเกิดเป็นอันตราย เช่น ถ้าไม่ยอมให้ร่วมประเวณีก็จะไม่เลื่อนตำแหน่งให้ กรณีนี้ ผู้ถูกขู่มีทางเลือกที่จะไม่รับข้อเสนอได้โดยไม่จำเป็นต้องยอมให้ร่วมประเวณีก็ได้

ข. โดยใช้กำลังประทุษร้าย

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(6) บัญญัติว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใดๆซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้ยา ทำให้มีเมาม่า สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน”

³⁷ หยุด แสงอุทัย,กฎหมายอาญาภาค 2-3 , หน้า 167.

³⁸ จิตติ ตั้งศรัทธี, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 723.

³⁹ สุปิ่น พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตรา ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2-3 ความผิด-ลหุโทษ มาตรา 276 ถึง มาตรา 398 ประกอบด้วยคำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2500 ถึง พ.ศ.2535, หน้า 4.

“โดยใช้กำลังประทุษร้าย” เป็นการกระทำอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ตัวอย่าง เช่น ใช้กำลังจับแขนขาของหญิงแล้วกระทำชำเรา ไม่รวมถึงกระทำแก่เสรีภาพชื่อเสียง หรือทรัพย์สินซึ่งอาจทำให้เป็นความผิดได้ ในลักษณะที่เป็นการขู่เข็ญว่าจะทำอันตรายต่อสิ่งเหล่านั้น ตัวอย่างเช่น กักขังหญิงไว้เป็นการขู่ว่าจะทำอันตรายต่อเสรีภาพอยู่ต่อไปตลอดเวลาที่ยังไม่ปล่อยหญิงเป็นอิสระ⁴⁰

“โดยใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคลไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพ หรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช่ยาทำให้มีเมาสะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน⁴¹

ทั้งนี้การใช้กำลังประทุษร้ายมีความหมายแตกต่างกับการขู่เข็ญด้วยประการอื่นใดตรงที่ว่า การใช้กำลังประทุษร้ายนั้นเป็นการกระทำอันตรายแก่กายหรือจิตใจโดยอันตรายเกิดขึ้นแล้วแก่ผู้ถูกระทำ ส่วนการขู่เข็ญด้วยประการอื่นใด อันตรายที่ผู้ถูกขู่เข็ญแล้วนั้นยังไม่เกิดขึ้น เพียงแต่ถูกขู่เข็ญให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายขึ้นเท่านั้น และวัตถุที่กระทำต่ออันตรายของการใช้กำลังประทุษร้ายมีแต่เฉพาะเป็นการกระทำต่อร่างกายและจิตใจเท่านั้น ไม่รวมถึงเสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สินด้วย ดังนั้นในกรณีของการขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ วัตถุที่ถูกกระทำต่อมีมากกว่ากรณีของการใช้กำลังประทุษร้าย

ค. โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

ความหมายของคำว่า “โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” มีนักนิติศาสตร์หลายท่านได้ให้ความหมายของคำว่า “โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” ไว้ดังตัวอย่างที่จะกล่าวต่อไปนี้

“โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” หมายความว่า การที่หญิงจำยอมประการหนึ่งอันมิใช่โดยสมัครใจ ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้นี้จะเกิดขึ้นเอง หรือผู้ใดกระทำไม่สำคัญ มีความหมายกว้างกว่าภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ในการใช้กำลังประทุษร้าย ตามมาตรา 1(6) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งผู้กระทำเป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้นโดยใช่ยาทำให้มีเมาสะกดจิต แม้จะใช้วิธีอื่นใดก็ต้องเป็นวิธีคล้ายคลึงกัน⁴²

⁴⁰ จิตติ ตั้งศุภทิพย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 723-724.

⁴¹ สุวัณชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศชีวิตร่างกาย และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง ม.276-ม.333 พร้อมด้วยตัวอย่างและคำพิพากษานิติกรประกอบ, หน้า 3.

⁴² จิตติ ตั้งศุภทิพย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 723-724.

“โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้” นั้น คำว่า “ภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้” นี้ หมายความว่า ไม่เพียงแต่กรณีที่หญิงนั้นปราศจากเจตจำนงโดยสิ้นเชิง ตัวอย่างเช่น เนื่องจากช็อกหรืออ่อนเพลียจนหมดกำลัง หรือการที่หญิงไม่สามารถจะแสดงเจตจำนงออกมาได้ ตัวอย่างเช่น เนื่องจากพูดไม่ได้ แต่หมายถึงกรณีที่หญิงนั้นไม่สามารถที่จะยืนยันเจตจำนงได้ด้วย ตัวอย่างเช่น เนื่องจากถูกผูกมัด และหมายความรวมถึงกรณีที่หญิงวิกลจริต หรือปัญญาอ่อนด้วยถ้าหญิงนั้นไม่มีความหมายของการร่วมประเวณี⁴³

“โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้” หมายความว่า กรณีที่อาจเป็นภาวะที่หญิงมีอยู่ก่อนกระทำการ ตัวอย่างเช่น เป็นโรค มีร่างกายอ่อนเพลียอยู่แล้ว หรือผู้กระทำเป็นฝ่ายทำให้เกิดภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้ขึ้น ตัวอย่างเช่น วางยาสลบหญิง หรือหลอกหญิงคนไข้ให้สำคัญผิดว่ากระทำชำเราเป็นการปฏิบัติการทางแพทย์⁴⁴

นอกจากนี้ คำพิพากษาฎีกาที่ 2759/2532 ตัดสินว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น แม้จำเลยจะไม่ได้พูดหรือมีอาวุธขู่เข็ญผู้เสียหาย ถ้าตามพฤติการณ์ผู้เสียหายกลัวจำเลย ตกอยู่ในอำนาจบังคับของจำเลย ตกอยู่ในภาวะจำยอม ไม่กล้าขัดขึ้นจะถือว่าผู้เสียหายยินยอมไม่ได้ จำเลยต้องมีความผิด

ง. โดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

ความหมายของคำว่า “โดยทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น” นี้มีนักนิติศาสตร์หลายท่านได้ให้ความหมายไว้ดังตัวอย่างต่อไปนี้

“โดยทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น” หมายความว่า การสำคัญผิดในตัวบุคคลเป็นคนละคนต่างกันไปใช้คุณสมบัติของบุคคลผู้นั้นเอง⁴⁵

“โดยทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น” ตัวอย่างเช่น หญิงเข้าใจว่าเป็นสามีหรือคู่รักจึงยอมให้กระทำชำเรา⁴⁶

ข้อสำคัญคือ การเข้าใจผิดของหญิงจะต้องเป็นความสำคัญผิดในตัวบุคคลว่าเป็นคนละคนกัน ไม่ใช่ความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคล เช่น หญิงยอมให้ชายร่วม

⁴³ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 183.

⁴⁴ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 167.

⁴⁵ จิตติ ตั้งศรัทธี, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 725.

⁴⁶ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 167.

ประเวณี โดยที่หญิงคิดว่าชายนั้นมีฐานะร่ำรวย เพื่อที่จะได้แต่งงานด้วยในภายหน้า แต่ปรากฏว่าในความเป็นจริงชายมีฐานะยากจนมาก กรณีนี้จะถือว่าเป็นการที่ชายทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นไม่ได้

จ. หญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7144/2545 ได้ตัดสินว่า “หญิง” หมายความว่า หญิงที่แท้จริง ที่สามารถคลอดบุตรได้โดยไม่รวมถึงชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง⁴⁷ ดังนั้นกรณีชายข่มขืนกระทำชำเราชายหรือเพศที่สามจึงไม่มีความผิดตามมาตรา 276 (เดิม)

ภริยา ในที่นี้ย่อมหมายถึงภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น นั่นคือต้องมีการจดทะเบียนสมรสโดยถูกต้องตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “แต่ความสำคัญผิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ คิดว่าหญิงที่อยู่กินกับตนฉันสามีภริยาตลอดมาเป็น “ภริยา” ย่อมถือเป็นข้อแก้ตัวได้ นอกจากนี้ถ้าผู้กระทำสำคัญผิดในข้อเท็จจริงตัวอย่างเช่น สำคัญผิดว่าเป็นภริยาของตนเพราะหญิงมานอนอยู่ในมุ้งภริยาของตน ผู้กระทำก็ไม่ได้มีความผิดเพราะเป็นความ สำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดตามที่บัญญัติในมาตรา 59 วรรคสาม⁴⁸ กล่าวโดยสรุป คำว่า “หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน” หมายความว่า ผู้กระทำต้องกระทำชำเราหญิง หากเป็นการกระทำกับเพศเดียวกันจะไม่มี ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁴⁹ หากเป็นการข่มขืนกระทำชำเราภริยาตนเองก็ จะไม่มีความผิดตาม มาตรา 276 (เดิม) แต่อาจเป็น ความผิดต่อเสรีภาพตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 309 ความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายไม่ ถึงกับได้รับอันตรายแก่ร่างกายและจิตใจตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 391

ฉ. เจตนา

เจตนา นั้นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 2 บัญญัติว่า “กระทำโดยเจตนา ได้แก่ กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ และในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือ ย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น” การกระทำที่เรียกว่าโดยเจตนา นั้น ผู้กระทำต้องรู้สำนึก รู้สึกรับผิดชอบในขณะที่กระทำ และต้องกระทำโดยผู้กระทำประสงค์ต่อผลของการกระทำ หรือย่อมเล็งเห็น ผลการกระทำนั้น นอกจากนี้ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์แห่งการกระทำ ซึ่งเป็นหลัก

⁴⁷ ฎีกาที่ 7144/2545

⁴⁸ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพฯ ฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 1677-168.

⁴⁹ กิตติศักดิ์ ปกติ, “ตำนานรักร่วมเพศ”, วารสารนิติศาสตร์ 13, ฉบับที่ 2, (2526) : หน้า 119.

อันหนึ่งของเจตนา ตามมาตรา 59 วรรค 3 บัญญัติว่า “ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบแห่งความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้” ดังนั้นผู้กระทำต้องรู้ว่าหญิงนั้นมิใช่เป็นภริยาของตน และหญิงมิได้ยินยอม หากเข้าใจว่าหญิงเป็นภริยาของตน หรือเข้าใจว่าหญิงยินยอม ก็เป็นการมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด และเป็นการสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 ผู้กระทำยอมไม่มีความผิด

ทั้งนี้มาตรา 276 วรรคสอง เป็นบทเพิ่มโทษให้หนักขึ้น ในกรณีที่การกระทำความผิดตามวรรคแรก ได้กระทำโดย

- 1) ได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือ
- 2) โดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง

2.3.2.2 ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277(เดิม) บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิง ซึ่งมีใช้ภริยาตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก เป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปีต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกหรือวรรคสอง ได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิง และเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติในวรรคแรก ถ้าเป็นการกระทำที่ชายกระทำกับเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ให้ศาลปล่อยผู้กระทำผิดนั้นไป”

องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 277 วรรคแรก

องค์ประกอบภายนอก

- 1) กระทำชำเรา
- 2) เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาตน
- 3) โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

องค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนาธรรมดา

องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 277 วรรคสอง เป็นการเพิ่มโทษหนักขึ้นในกรณีที่เป็นการกระทำต่อเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบสามปี

องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 277 วรรคสาม เป็นการเพิ่มโทษให้หนักขึ้นอีกเมื่อมีการการทำความผิดตามวรรคแรกหรือวรรคสองโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิง และเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ

องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 277 วรรคสี่ กรณีความผิดตามที่บัญญัติในวรรคแรก ถ้าเป็นการกระทำที่ชายกระทำกับเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ให้ศาลปล่อยผู้กระทำผิดนั้นไป

คำว่า *การกระทำชำเรา* ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 (เดิม) นี้มีความหมายทำนองเดียวกับการกระทำชำเราตามมาตรา 276 (เดิม) ตามที่กล่าวไปข้างต้น โดยผู้ถูกกระทำความผิดในมาตรานี้ต้องเป็นเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี โดยความผิดมาตรานี้แตกต่างจากมาตรา 276 คือ ความยินยอมของเด็กหญิงไม่ถึงเป็นสาระสำคัญ กล่าวคือไม่ว่าเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ผู้กระทำก็มีความผิดตามมาตรา 277 เพราะกฎหมายถือว่าเด็กหญิงมีความอ่อนเยาว์ทั้งในด้านสภาพร่างกาย จิตใจ และประสบการณ์ จึงถือว่าไม่มีความรู้ผิดชอบชั่วดีเพียงพอที่จะให้ความยินยอม จึงมีความจำเป็นต้องกำหนดความรับผิดของผู้กระทำความผิดฐานชำเรานี้ไว้ต่างหาก โดยเหตุยกเว้นโทษจะเป็นไปตาม วรรคท้ายที่บัญญัติว่า “ความผิดตามที่บัญญัติในวรรคแรก ถ้าเป็นการกระทำที่ชายกระทำกับเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ให้ศาลปล่อยผู้กระทำผิดนั้นไป”

2.3.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา แก้ไขโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา แก้ไขโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 สามารถแยกพิจารณาออกเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกรณีทั่วไปและการข่มขืนกระทำชำเราเด็ก

2.3.2.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกรณีทั่วไป

ในปีพุทธศักราช 2550 ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญาครั้งสำคัญ โดยมีเหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมดังนี้ “ด้วยเหตุผลตามมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ซึ่งให้ความสำคัญคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคบรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงสมควรแก้ไขบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ ให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศที่เคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่บัญญัติว่า

“ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

การกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุทุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะโทรมหญิง หรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพิ่มคุ้มครองประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไปและประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบและให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้

องค์ประกอบความผิดกระทำซ้ำเรา ตามมาตรา 276 แก้ไขใหม่

องค์ประกอบภายนอก

- (1) ผู้ใด
- (2) ช่มชู้นกระทำซ้ำเราผู้อื่น
- (3) โดยวิธีการดังต่อไปนี้
 - (ก) โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ
 - (ข) โดยใช้กำลังประทุษร้าย
 - (ค) โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือ
 - (ง) โดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

องค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนาธรรมดา

ก. ผู้ใดช่มชู้นกระทำซ้ำเราผู้อื่น

ในส่วนของผู้กระทำความผิดกฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” ดังนั้นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 276 นี้จึงเป็นได้ทั้งเพศชายและเพศหญิง ทำนองเดียวกับบทบัญญัติมาตรา 276 เดิม ส่วนผู้ถูกกระทำความผิดฐานช่มชู้นกระทำซ้ำเรา กฎหมายใช้คำว่า “ผู้อื่น” ดังนั้นผู้ถูกช่มชู้นกระทำซ้ำเรา อาจเป็นหญิงหรือเป็นชายก็ได้ แตกต่างจากบทบัญญัติเดิมที่ผู้ถูกช่มชู้นกระทำซ้ำเราต้องเป็นหญิงเท่านั้น⁵⁰ นอกจากนี้ผู้ถูกช่มชู้นกระทำซ้ำเราอาจเป็นภริยาหรือสามีของผู้กระทำผิดก็ได้ แต่ตามบทบัญญัติเดิม ความผิดฐานช่มชู้นกระทำซ้ำเราต้องเป็นการกระทำต่อหญิงอื่นที่มีใช้ภริยาของตน หากสามีช่มชู้นกระทำซ้ำเราภริยาของตนก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 276 (เดิม)

⁵⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 17 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพฯ : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2548), หน้า 375.

ในส่วนของการกระทำซ้ำเรา บทบัญญัติมาตรา 276 วรรคสอง บัญญัติค่านิยามของการกระทำซ้ำเราว่า “การกระทำซ้ำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”

การข่มขืนกระทำซ้ำเราตามบทบัญญัติใหม่ จึงมีความหมายกว้างขวางมากขึ้น อันได้แก่กรณีดังต่อไปนี้

1. ใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศของผู้อื่น

กรณีการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศของผู้อื่น ได้แก่ กรณีการใช้อวัยวะเพศชายกับชาย อวัยวะเพศชายกับหญิง อวัยวะเพศหญิงกับหญิง อวัยวะเพศหญิงกับชาย และการกระทำซ้ำเราตามกฎหมายใหม่นี้ไม่จำเป็นต้องมีการล่วงล้ำหรือสอดใส่ เพราะมาตรา 276 วรรคสอง ใช้คำว่า **กระทำกับ** อวัยวะเพศของผู้อื่น ซึ่งข้อเท็จจริงเช่นนี้ตามกฎหมายเดิมเป็นเพียงความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำซ้ำเราหรือฐานอนาจารเท่านั้น เช่น หรืออวัยวะเพศของจำเลยเพียงแต่จรดอยู่บริเวณปากช่องคลอดของผู้เสียหาย มิได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด จำเลยผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำซ้ำเรา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 85/2504) หรือจำเลยเพียงแต่ใช้อวัยวะเพศของจำเลย ถูกลิ้นสัมผัสอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ด้านนอก จนสำเร็จความใคร่โดยไม่มีเจตนาสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย จำเลยไม่มีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำซ้ำเรา แต่ผิดฐานกระทำอนาจาร (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 117/2534)

ดังนั้นโดยผลจากค่านิยามของการกระทำซ้ำเราตามมาตรา 276 วรรคสองที่แก้ไขใหม่ การข่มขืนกระทำซ้ำเราที่ชายกระทำกับหญิงการกระทำเป็นความผิดสำเร็จโดยไม่ต้องสอดใส่เข้าไป เพียงแค่ใช้อวัยวะเพศผู้ใดอวัยวะเพศหญิงก็เป็นความผิดสำเร็จฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราแล้ว ไม่ใช่เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำซ้ำเรา หรือฐานกระทำอนาจารตามแนวฎีกาเดิมอีกต่อไป ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จแล้ว

2. ใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับทวารหนักของผู้อื่น

การใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับทวารหนักของผู้อื่น ได้แก่ การที่ชายใช้อวัยวะเพศชายกระทำกับทวารหนักชายหรือหญิง หรืออาจเป็นการที่หญิงใช้อวัยวะเพศหญิงกระทำกับทวารหนักชายหรือหญิง ซึ่งตามบทบัญญัติใหม่ ไม่รู้ว่าทำอะไร ทำอย่างไร และต้องทำถึงแค่ไหนจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ⁵¹ อันจะส่งผลให้เกิดปัญหาด้านการตีความกฎหมาย

⁵¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “หญิงข่มขืนชาย กฎหมายสะท้อนอารมณ์,” มติชนรายวัน, (26 กรกฎาคม 2550), หน้า 7.

3. ใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับช่องปากของผู้อื่น

การใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับช่องปากของผู้อื่น ได้แก่ การใช้ อวัยวะเพศชายสอดใส่หรือกระทำกับช่องปากของชายหรือหญิง หรือใช้อวัยวะเพศหญิงกระทำกับ ช่องปากของชายหรือหญิง ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการตีความอย่างมากว่า แค่นอน หรือเพียงใดจึง ถือว่าเป็นการใช้อวัยวะเพศกระทำกับช่องปากของผู้อื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีการใช้อวัยวะเพศ หญิงกระทำกับช่องปากของผู้อื่นว่าเป็นไปได้จริงหรือไม่ในทางปฏิบัติ

4. ใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

การใช้สิ่งอื่นใด (ที่ไม่ใช่อวัยวะเพศ) กระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนัก ของผู้อื่น ก็ไม่รู้ว่าเขาทำอะไร ทำอย่างไร และต้องทำถึงแค่นอนจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ แสดงว่า “เอานิ้วหรือเอาตะเกียบจิ้มกัน” ก็ข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จแล้ว⁵² ผู้เขียนเห็นว่าการที่ กฎหมายกำหนดให้การใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นเป็นความผิดฐาน กระทำชำเรานั้นก่อให้เกิดความยุ่งยากในการตีความอย่างมากและจะเป็นการเพิ่มสถิติความผิด ฐานข่มขืนกระทำชำเราให้มากขึ้น

จากความหมายของคำว่ากระทำชำเราดังกล่าว พอจะแยกประเภทของความผิดจากความผิดจากเพศของผู้ถูกกระทำ กับลักษณะการกระทำดังนี้

การกระทำที่หญิงเป็นผู้เสียหาย พอจะแยกรูปแบบการกระทำได้ดังนี้

- 1) หญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยชายใช้อวัยวะเพศชายกระทำกับ อวัยวะเพศหญิง
- 2) หญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยชายใช้อวัยวะเพศชายกระทำกับปากหญิง
- 3) หญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยชายใช้อวัยวะเพศชายกระทำกับ ทวารหนักหญิง
- 4) หญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยหญิงใช้อวัยวะเพศหญิงกระทำกับ อวัยวะเพศหญิง
- 5) หญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยหญิงใช้อวัยวะเพศหญิงกระทำกับ ปากหญิง
- 6) หญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยให้หญิงอวัยวะเพศหญิงกระทำกับ ทวารหนักหญิง

⁵² เฟิงอ้อาง

- 7) หญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยชายหรือหญิงใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับ
อวัยวะเพศหญิง
- 8) หญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยชายหรือหญิงใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับ
ทวารหนักหญิง

การกระทำที่ชายเป็นผู้เสียหาย พอจะแยกรูปแบบการกระทำที่ได้ดังนี้

- 1) ชายถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยชายใช้อวัยวะเพศชายกระทำกับ
อวัยวะเพศชาย
- 2) ชายถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยชายใช้อวัยวะเพศชายกระทำกับปากชาย
- 3) ชายถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยชายใช้อวัยวะเพศชายกระทำกับ
ทวารหนักชาย
- 4) ชายถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยหญิงใช้อวัยวะเพศหญิงกระทำกับ
อวัยวะเพศชาย
- 5) ชายถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยหญิงใช้อวัยวะเพศหญิงกระทำกับ
ปากชาย
- 6) ชายถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยให้หญิงอวัยวะเพศหญิงกระทำกับ
ทวารหนักชาย
- 7) ชายถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยชายหรือหญิงใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับ
อวัยวะเพศชาย
- 8) ชายถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยชายหรือหญิงใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับ
ทวารหนักชาย⁵³

**ข. โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้น
อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น**

ลักษณะของการกระทำ โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย
โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น
นั้นมีความหมายทำนองเดียวกับที่ได้อธิบายไปในมาตรา 276

⁵³ เจนณรงค์ สมเสถียร , “ความรับผิดชอบทางอาญาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราศึกษากรณีสามีข่มขืนภรรยา
ของตน”,วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2552 ,หน้า 52.

ค. เจตนา

ความรับผิดในทางอาญาสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ก็เช่นเดียวกันกับความผิดในฐานอื่นๆ ซึ่งผู้กระทำจะต้องมีเจตนาในการกระทำตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 และจะต้องมีเจตนาพิเศษคือต้องเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ หากเป็นการเพื่อสนองความใคร่ของผู้ถูกกระทำแล้วก็จะไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

2.3.2.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 ว่าด้วยการข่มขืนกระทำชำเราก็กได้ถูกเปลี่ยนแปลงโดยผลจากการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาตามความของพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา(ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 โดยมาตรา 277 ที่แก้ไขใหม่บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดแก่เด็กอายุไม่เกินสิบสามปีต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่หมื่นบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำผิดนั้นไป”

องค์ประกอบความผิดกระทำชำเราเด็ก ตามมาตรา 277 วรรคแรก ที่แก้ไขใหม่

องค์ประกอบภายนอก

- (1) ผู้ใด
- (2) ช่มชื่นกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี
- (3) ซึ่งไม่ใช่สามีหรือภรรยาของตน
- (4) โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

องค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนาธรรมดา

ก. ผู้ใดช่มชื่นกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี

ในส่วนของผู้กระทำความผิดกฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” ดังนั้นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 277 นี้จึงเป็นได้ทั้งเพศชายและเพศหญิง ทำนองเดียวกับบทบัญญัติมาตรา 276 ส่วนผู้ถูกกระทำความผิดฐานช่มชื่นกระทำชำเรา กฎหมายใช้คำว่า “เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี” ดังนั้นผู้ถูกช่มชื่นกระทำชำเรา อาจเป็นเด็กหญิงหรือเป็นเด็กชายก็ได้ แตกต่างจากบทบัญญัติเดิมที่ผู้ถูกช่มชื่นกระทำชำเราต้องเป็นเด็กหญิงเท่านั้น

ในส่วนของกรกระทำชำเรา บทบัญญัติมาตรา 277 วรรคสอง บัญญัติค่านิยมของการกระทำชำเราว่า “การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”

ดังนั้นความหมายของการกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 วรรคสองจึงมีความหมายทำนองเดียวกับการกระทำชำเราในกรณีทั่วไปตามมาตรา 276 วรรคสองดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น

ข. ซึ่งไม่ใช่สามีหรือภรรยาของตนโดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ที่แก้ไขใหม่มีข้อความว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีใช้ภริยาหรือสามีตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม...”

จากมาตรา 277 ข้างต้น จะเห็นว่าไม่มีการตัดข้อความว่า “ซึ่งมีใช้ภริยาหรือสามีตน” ออกไปซึ่งต่างจากความผิดตามมาตรา 276 ที่มีการตัดข้อความลักษณะนี้ออกไปแล้ว สาเหตุที่มาตรา 277 มิได้ตัดข้อความนี้ออกไปก็เนื่องมาจาก ความผิดตามมาตรา 277 เป็นการเอาผิดกับผู้มีส่วนร่วมประเวณีกับเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีโดยไม่คำนึงว่าเด็กจะยินยอมให้ร่วมประเวณีหรือไม่ก็

ตาม กล่าวคือ ความยินยอมของเด็กไม่เป็นสาระสำคัญในการวินิจฉัยความผิดมาตรานี้ ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดเป็นมาตรการพิเศษขึ้นเพื่อต้องการจะคุ้มครองเด็กจากการกระทำชำเราก่อนวัยอันควร ดังนั้น หากผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ก็ถือเป็นความผิดตามมาตรานี้ทันทีโดยไม่ต้องพิจารณาว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่เพราะกฎหมายใช้คำว่า “โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม”

2.4 แนวความคิดในการกำหนดความผิดฐานอนาจาร

ความผิดฐานกระทำอนาจารถือเป็นความผิดที่เกิดจากแนวความคิดที่สะท้อนถึงสภาพของสังคมและได้มีการแก้ไขปรับปรุงให้สอดคล้องกับความต้องการและความเหมาะสมในสังคมอยู่หลายกรณีด้วยกัน ซึ่งแนวความคิดต่างๆ ย่อมมีผลสำคัญที่จะสะท้อนให้เห็นเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมาย ดังนั้นการศึกษาแนวความคิดดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ต่อการตีความกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมาย

2.4.1 ประวัติของความผิดฐานกระทำอนาจาร

อนาจาร หมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรทางประเพณีนิยมตามกาลเทศะ หรือการกระทำใด ๆ ที่ไม่สมควรทางเพศ การกระทำให้อับอายขายหน้าทางเพศ เช่น กอดจูบ จับของต้องสงวน จุดแขนหญิง โดยหญิงไม่ยินยอมในที่สาธารณะ เปิดกระโปรงหญิง ซึ่งต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา แต่หากเป็นการกระทำในทางประเพณีนิยมตามกาลเทศะหรือโดยความยินยอม เช่น กอดจูบ หรือแสดงความรักใคร่เอ็นดูลูกหลาน หรือ จับ จุดมือหยอกล้อเพราะชอบพอและคุ้นเคยกัน เหล่านี้ไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร

การกระทำอนาจารต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวบุคคลโดยตรง ถ้าเป็นการกระทำต่อตัวบุคคลแล้ว แม้จะให้ผู้อื่นใช้เนื้อตัวของเขากระทำต่อผู้กระทำก็เป็นความผิดฐานกระทำอนาจารได้⁵⁴ เช่น ผู้กระทำบังคับให้ผู้เสียหายจับของลับของผู้กระทำ ดังนั้น หากการกระทำไม่เป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่นแต่เป็นการกระทำด้วยคำพูด ภาพวาดหรือภาพเขียน จะไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารแต่จะถือว่าการกระทำเหล่านั้นเป็นการล่วงเกินทางเพศ (Sexual Harassment) เท่านั้น ทั้งนี้การกระทำใดที่จะมีพฤติกรรมหรือลักษณะที่ไม่สมควรทางเพศนั้นจะต้องพิจารณาจากประเพณีนิยม หรือ กาลเทศะ ไม่ได้พิจารณาจากมูลเหตุจูงใจของผู้กระทำและความสมัครใจหรือไม่สมัครใจของผู้ถูกกระทำเป็นข้อสำคัญประการหนึ่งที่จะทำให้การกระทำ

⁵⁴ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง, หน้า 409.

นั้นเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารหรือไม่ เพราะการกระทำความผิดฐานอนาจารนี้ ผู้ที่ได้รับ ความเสียหายโดยตรงคือตัวผู้ถูกระทำเอง ดังนั้นหากผู้ถูกระทำยินยอมหรือสมัครใจยอมไม่ ก่อให้เกิดความเสียหายและไม่เป็นการล่วงเกินจึงไม่เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร

2.4.2 รูปแบบและประเภทของการกระทำอนาจาร

การกระทำอนาจาร หมายถึง การกระทำแก่นื้อตัวร่างกายของผู้อื่นในทางที่ไม่สมควร ทางเพศ โดยผู้กระทำและผู้ถูกระทำเป็นได้ทั้งเพศชายและเพศหญิง แต่ยังไม่ถึงขั้นกระทำชำเรา หรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรา การกระทำใดที่จะมีพฤติการณ์หรือลักษณะที่บุคคลทั่วไปเห็นว่า ตามประเพณีหรือวัฒนธรรมเป็นการกระทำที่ทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศแล้ว ก็เป็นความผิด ฐานกระทำอนาจาร แม้ผู้กระทำจะมิได้มีความประสงค์ในเรื่องความใคร่หรือการประเวณีเลย เช่น การจับหน้าอกหญิงโดยแรงเพื่อให้ผู้หญิงเจ็บ การกระทำความดังกล่าวแม้ผู้กระทำประสงค์เพียงทำร้าย หญิงหรือเพื่อแก้แค้น โดยไม่มีมูลเหตุจูงใจในทางเพศเลย แต่การกระทำความดังกล่าวก็ถือว่าเป็นการ กระทำอนาจาร แต่การกระทำในลักษณะเดียวกันนั้น หากตามประเพณีนิยมคนทั่วไปเห็นว่าไม่ได้ มีลักษณะที่ไม่เป็นการไม่สมควรทางเพศ ก็จะไม่เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร เช่น นายแพทย์ ชายจับหน้าอกหญิงเพื่อความจำเป็นในการรักษาโรค

อย่างไรก็ตาม การกระทำทั้งหลายที่จะถือว่าเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นไม่มี คำนิยามกำหนดไว้ในกฎหมาย แต่พอจะอนุมานโดยการรวบรวมจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ศาลได้ ตัดสินถึงรูปแบบและประเภทของการกระทำที่ถือว่าเป็นการอนาจารไว้ดังนี้

1. การจับมือหรือดึงแขน
2. การกอด ปล้ำ สัมผัส จับต้องอวัยวะทางเพศอย่างใดอย่างหนึ่งของฝ่ายหญิง
3. การลูบบริเวณ แขน หัวไหล่ หน้าท้อง
4. การบังคับให้ผู้อื่นจับของลับของตนเอง
5. ใช้มือลูบคลำร่างกายเปลือยของหญิง โดยอ้างว่าเป็นการรักษาโรค
6. บังคับให้หญิงถอดเสื้อผ้าออก มิฉะนั้นจะเอาไฟฟ้าช็อต⁵⁵

จากที่กล่าวมาจะเห็นว่า การกระทำที่จะถือว่าเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารต้อง เป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายโดยตรง หากเป็นการล่วงเกินโดยคำพูดแผลงโลม หรือ โดยสายตา จะไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารแต่อย่างใด

⁵⁵ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, เพ็งอ้าง , หน้า 410.

2.5.1 พัฒนาการของบทบัญญัติความผิดฐานอนาจารของประเทศไทย

ตามขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมของไทยนั้นการล่วงละเมิดเนื้อตัวร่างกายของฝ่ายหญิงนั้นถือเป็นความผิดอย่างร้ายแรงเพราะตามประเพณีของไทยนั้น แม้เพียงจับต้องเนื้อตัวกันก็ถือเป็นที่เสียหายแก่สตรีแล้ว และถ้าถึงขนาดขูดมือถือแขน หรือลักลอบพุดจกักับภรรยาผู้อื่น กฎหมายลักษณะฝ่าฝืนถือว่ามีความผิดฐาน “ผิดภรรยาท่าน” ต้องโทษปรับใหม่⁵⁶ ยิ่งไปกว่านั้นในบางท้องถิ่นถึงกับถือว่า ถ้าชายถูกเนื้อต้องตัวหญิงใด ต้องถือว่า หญิงนั้นได้เสียเป็นภรรยาชายแล้ว ต้องเอาหญิงใส่ตะกร้าล้างน้ำ จนกระทั่งมีประกาศรัชกาลที่ 4 ปีฉลู 1227 ว่า “ซึ่งถือลัทธิว่าชายถูกต้องแล้วเป็นเมียนั้นใช้ไม่ได้” ลัทธินิยมดังกล่าวจึงได้เลิกราไป⁵⁷ ซึ่งความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นเป็นความผิดที่ปรากฏในสังคมไทยมาเป็นเวลาช้านาน ตั้งแต่กฎหมายตราสามดวงมาจนถึงประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

2.5.1 ความผิดฐานกระทำอนาจารตามพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน

ลักษณะการทำความผิดฐานกระทำอนาจารปรากฏในกฎหมายตราสามดวงในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน มาตรา 2 มาตรา 41 มาตรา 46 มาตรา 76 และมาตรา 77 โดยคำว่า “อนาจาร” นั้นไม่ปรากฏในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน แต่ปรากฏคำว่า “ทูลาจาร” และ “จับมือถือนมกอดจูบ” “เล้าโลม” “หยอก” “พุดจาพละโลม” “ไปหาถึงในเรือน” เป็นต้น อันมีลักษณะดังต่อไปนี้

มาตรา 2 ปรากฏลักษณะคือ ผู้ใดไปกระทำการเล้าโลม จับมือ ถือนม กอดจูบ ภรรยาของผู้อื่น หรือไปกามภรรยาของผู้อื่นในบ้านเรือนหรือในที่ลับสองต่อสอง หรือไปหาภรรยาของผู้อื่นในห้องนอนสองต่อสอง ก็เป็นความผิดแล้ว ให้ปรับใหม่กึ่งหนึ่งเบี้ยประณมผิดเมีย และหากกล่าวคำพุดจกักับภรรยาของผู้อื่น หรือลักลอบพุดจกักับภรรยาของผู้อื่น ปรับใหม่กึ่งหนึ่งของจับมือถือนมกอดจูบนั้น จะเห็นว่าในยุคนี้มองว่า หากหญิงมีสามีแล้ว ห้ามมิให้ชายอื่นกระทำการอันเป็นการไม่สมควรทางเพศต่อหญิงนั้น ทั้งนี้ไม่จำกัดแต่เพียงการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของหญิงเท่านั้น แต่รวมไปถึงการห้ามพบปะพุดคุยกันในที่ลับ ในห้องนอนหรือแม้แต่การ

⁵⁶ พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์, กฎหมายลักษณะฝ่าฝืน , (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์กองหลวงโทษ , ร.ศ. 120) , หน้า 294.

⁵⁷ พระเจ้าลูกยาเธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ , ว่าด้วยกฎหมาย , พิมพ์ในงานศพ นายแสวง เตชะยานนท์ (พระนคร : โรงพิมพ์บรรหาร , 2507) , หน้า 122.

อยู่ด้วยกันเพียงสองต่อสอง หรือคำพูดหรือลัทธิลอบพูดจาในทำนองขู่สาว ซึ่งเหตุที่เป็นเช่นนี้น่าจะเป็นเพราะว่าเป็นการดูหมิ่นชายผู้เป็นสามี มิได้มีลักษณะเป็นการคุ้มครองเสรีภาพของฝ่ายหญิงแต่อย่างใด

มาตรา 46 นายทาสหรือพี่น้องของนายทาส ไปจับมือถืออนม กอดจูบ ช่มขืนยงมิถึงชำเราแก่หญิงทาส ให้แบ่งค่าตัวให้หญิงเป็น 4 ส่วน ลด 1 ส่วน ให้แก่ทาส อีก 3 ส่วนให้แก่ชายทาสนั้น จากบทบัญญัตินี้เห็นว่า หญิงมันเป็นทาส แต่ก็ยังมีอิสระในเรื่องความสัมพันธ์ทางเพศของตน หากหญิงทาสนั้นไม่ยินยอม นายทาสก็ไม่มีสิทธิล่วงละเมิดทางเพศได้

มาตรา 76 ชายที่ไม่ได้ขู่อหญิงใส่ดักลอบไปกระทำการไม่สมควรทางเพศโดยกฎหมาย ใช้คำว่า “ทราจารย์” “ดักลอบทำขู้” ต่อหญิงซึ่งอยู่กับผู้ปกครอง คือ หญิงที่อยู่กับบิดามารดา วงศ์สกุล เผ่าพันธุ์ พี่ชายพี่สาว ญาติหรือผู้ใดผู้หนึ่ง ซึ่งลักษณะเช่นนี้เป็นเช่นเดียวกับ “ภรรยาของผู้อื่น” คือ เป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองของผู้ปกครองหญิงใส่นั้น และพฤติการณ์เช่นนี้ในยุคนั้นมองว่าเป็นความผิดชายนั้นมีโทษ และมองว่าเป็นการไม่สมควรทางเพศ นำอับอายชายหน้า แม้หญิงจะยินยอมให้ชายกระทำก็ตาม นั้นหมายความว่าในยุคนั้นหญิงไม่มีอิสระทางเพศแม้ว่าจะมีอายุเท่าใด

มาตรา 77 ชายจับมือ หยอก ขึ้นไปถึงที่นอนบุตรหญิง หรือกอดจูบบุตรหญิง หรือทำพฤติการณ์ใด ๆ ก็ตามแก่บุตรหญิงของคนอื่น ต้องรับโทษโดยโทษานุโทษ อันมีลักษณะเป็นการกระทำที่ไม่สมควรต่อเนื้อตัวและร่างกายของหญิง และกฎหมายในยุคนั้นก็ให้ความคุ้มครองอันมีลักษณะทำนองเดียวกับความผิดฐานกระทำอนาจารในปัจจุบัน ยกเว้น การขึ้นไปถึงที่นอนของหญิง กรณีเดียวเท่านั้นที่มุ่งหมายลงโทษผู้กระทำเพื่อคุ้มครองอำนาจปกครองของผู้ปกครองหญิง

สรุปได้ว่า บทบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารในยุคกฎหมายตราสามดวงตามพระอัยการลักษณะผิดเมียนั้น กฎหมายมุ่งคุ้มครองพฤติการณ์ที่ไม่สมควรทางเพศที่เป็นการไม่ให้เกียรติชายผู้เป็นสามี หรือ ผู้ปกครองของหญิง โดยรวมไปถึงการกระทำในการลัทธิลอบพูดจา หรือ อยู่กันสองต่อสอง ก็ถือว่าเป็นการไม่สมควร และการอนาจารเด็กหญิงไม่เป็นเหตุให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้นตามกฎหมายตราสามดวงแต่อย่างใด

2.5.2 ความผิดฐานกระทำอนาจารตามพระราชกำหนดข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118

ตามพระราชกำหนดข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานกระทำอนาจารแต่อย่างใด ในสมัยนั้นจึงต้องใช้บังคับพระอัยการลักษณะผิดเมียกับความผิดฐานกระทำอนาจารในสมัยนั้น

2.5.3 ความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

ลักษณะการกระทำความผิดปรากฏในมาตรา 245 เรื่องการกระทำอนาจารเด็กและมาตรา 246 เรื่องการกระทำอนาจารผู้ใหญ่ ดังต่อไปนี้

การกระทำอนาจารเด็กตาม มาตรา 245 มีองค์ประกอบคือ

- 1) กระทำอนาจาร
- 2) แก่เด็กอายุต่ำกว่า 12 ขวบ
- 3) เจตนาร้าย

การกระทำอนาจารคือการกระทำลามกแก่เด็ก อันเป็นการนำเกลียด น่าอาย น่าขายหน้า ซึ่งบุคคลสุภาพทั้งหลายจะไม่กระทำเช่นนั้นและจากบทบัญญัติมาตรา 245 ข้างต้นนั้นมิได้กล่าวถึงเรื่องความยินยอมของเด็กแต่อย่างใด ดังนั้นจึงถือได้ว่า แม้เด็กจะยินยอมหรือไม่ การกระทำก็เป็นความผิด โดยเด็กผู้ถูกกระทำอาจเป็นเพศหญิงหรือเพศชายก็ได้ โดยมีเหตุรับโทษหนักขึ้นในกรณีที่ผู้กระทำนั้นเป็นบิดา มารดา ปู่ย่า ตายาย ครูบาอาจารย์ที่รับเลี้ยงผู้ถูกกระทำไว้

การกระทำอนาจารผู้ใหญ่ ตามมาตรา 246 มีองค์ประกอบดังนี้

- 1) กระทำอนาจาร
- 2) แก่บุคคลอายุเกินกว่า 12 ปี
- 3) โดยใช้อำนาจด้วยกำลังหรือด้วยวาจาขู่เข็ญ หรือใช้อุบายหลอกลวง
- 4) เจตนาร้าย

ทั้งนี้เหตุที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้นได้แก่กรณีที่ผู้กระทำผิดเป็นบิดา มารดา ปู่ย่า ตายาย ครูบาอาจารย์ที่รับเลี้ยงผู้ถูกกระทำ

2.5.4 ความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา

ในปี พ.ศ. 2482 รัฐบาลของพันเอกหลวงพิบูลสงคราม ได้มีแนวความคิดที่จะปรับปรุงกฎหมายลักษณะอาญาให้เป็นระบบโดยได้มีการแต่งตั้งอนุกรรมการพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาขึ้นชุดหนึ่ง โดยมีการ ตรวจสอบกฎหมายลักษณะอาญาที่ใช้อยู่เดิมว่ามี

ข้อบกพร่องหรือไม่ประการใด และผู้ร่างยังเพิ่มเติมบทบัญญัติต่างๆเพื่อเป็นการนำเอาแนวคิดแบบใหม่มาบัญญัติไว้เพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป⁵⁸

ความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศบัญญัติอยู่ในภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ ทั้งนี้ในส่วนของความผิดฐานกระทำอนาจารตั้งแต่ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาจนถึงปัจจุบัน ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรวมทั้งสิ้น 3 ครั้ง คือ

ครั้งที่ 1 ในสมัยรัฐบาลจอมพลถนอม กิตติขจร เป็นหัวหน้าคณะปฏิวัติ ได้ออกประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 โดยมีเหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมเพราะคณะปฏิวัติมีความปรารถนาจะให้ประชาชนได้รับความสงบสุขและปลอดภัยจากอาชญากรรม ในการนี้คณะปฏิวัติเห็นว่าอัตราโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดบางประเภทตามประมวลกฎหมายอาญายังไม่เพียงพอต่อการป้องกันและปราบปราม สมควรแก้ไขให้สูงขึ้นเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบัน ดังนั้นจึงมีการเพิ่มโทษสำหรับความผิดฐานกระทำอนาจาร

ครั้งที่ 2 ในสมัยพลเอกเปรม ติณสูลานนท์เป็นนายกรัฐมนตรีมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 6 สิงหาคม พ.ศ. 2525 โดยเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้เป็นเพราะสภาพอาชญากรรมบางประเภทโดยเฉพาะอย่างยิ่งอาชญากรรมที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ ได้ทวีความรุนแรงซึ่งแม้ได้มีการเพิ่มอัตราโทษมาแล้วครั้งหนึ่งตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 แต่เห็นสมควรเพิ่มอัตราโทษสำหรับผู้กระทำผิดให้สูงขึ้นเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าว ดังนั้นจึงมีผลเป็นการเพิ่มโทษแก่การกระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร

ครั้งที่ 3 ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 ประกาศในราชกิจจานุเบกษาในวันที่ 1 กันยายน พ.ศ. 2530 โดยมีเหตุผลในการแก้ไขเพราะบทบัญญัติมาตรา 277 มาตรา 278 มาตรา 279 และมาตรา 282 กำหนดอายุเด็กที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษตามกฎหมายจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กไว้เพียงอายุไม่เกินสิบสามปีเท่านั้น ผู้กระทำผิดตามบทมาตราดังกล่าวจึงสามารถอ้างความยินยอมของเด็กอายุกว่าสิบสามปีขึ้นเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษตามกฎหมายได้ นับเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแสวงหาประโยชน์ในทางมิชอบจากเด็กอายุระหว่างสิบสามถึงสิบห้าปีซึ่งส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่างๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษา อบรมและประสบการณ์ไม่เพียงพอได้ จึงมีการแก้ไขอายุเด็กที่กฎหมายคุ้มครองจากสิบสามปีเป็นสิบห้าปี

⁵⁸ พระเจ้าลูกยาเธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์, เฟิงอั่ง, หน้า 181-183

2.6 บทบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา

ความผิดฐานนี้สามารถแยกพิจารณาออกเป็น ความผิดฐานกระทำอนาจารในกรณีทั่วไป และความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

2.6.2.1 ความผิดฐานกระทำอนาจารในกรณีทั่วไป

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยชู้เชือดด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 278 มีดังนี้

องค์ประกอบภายนอก

- 1) กระทำอนาจาร
- 2) แก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบห้าปี
- 3) โดยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้
 - ก) โดยชู้เชือดด้วยประการใดๆ
 - ข) โดยใช้กำลังประทุษร้าย
 - ค) โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้
 - ง) โดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

องค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา

จากมาตรา 278 ข้างต้น สามารถแยกอธิบายองค์ประกอบความผิดหลักๆ ได้ดังนี้

ก. ผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร

ในส่วนของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” ดังนั้นในส่วนของผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารจึงหมายความว่ารวมทั้งเพศชายและเพศหญิง มิได้จำกัดเฉพาะเพศชาย เพราะโดยลักษณะของการกระทำอนาจารนั้นหญิงสามารถเป็นผู้กระทำความผิดได้

ข. กระทำอนาจาร

คำว่า กระทำอนาจาร หมายถึงการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อร่างกายของบุคคลอื่น เช่น กอด จูบ จูบ คลำ ร่างกายของหญิงและชายเพื่อแสดงความใคร่ อันเป็นการกระทำที่มุ่งหมายไปในทางเพศหรือความใคร่ของผู้กระทำ ทั้งนี้การกระทำใดจะเป็นการอนาจารหรือไม่ นั้นต้องพิจารณาจิตใจของผู้กระทำเป็นสำคัญ เช่น แพทย์ที่ตรวจคนไข้ที่เป็นหญิง ถ้าแพทย์เอามือสัมผัสกับนมหญิง แพทย์มีความรู้สึกทางเพศขึ้นก็ไม่ใช่อนาจาร แต่ถ้าการสัมผัสนมหญิงนั้นไม่มีความจำเป็นในการตรวจโรค แต่แพทย์ได้ถือโอกาสเอามือตรวจโรคนั้นเป็นเหตุให้ตนได้สัมผัสกับนมหญิง การกระทำนั้นก็เป็นการอนาจาร เช่นเดียวกับกรณีญาติผู้ใหญ่กอดจูบหญิงที่เป็นลูกหลาน ถ้ากอดจูบด้วยอารมณ์ใคร่ก็เป็นอนาจาร กอดจูบด้วยเอ็นดูในฐานะญาติก็ไม่ใช่อนาจาร⁵⁹ โดยการหยอกล้อเล่นกันก็ไม่ถือเป็นการล่วงเกิน จึงไม่มีความผิดฐานอนาจาร เช่น จำเลยกับผู้เสียหายรู้จักคุ้นเคยกัน คืนเกิดเหตุจำเลยเข้าไปดูหนังตะลุงกับผู้เสียหาย จำเลยสะกิดผู้เสียหายขอหมากผู้เสียหายไม่ให้ จำเลยจับข้อมือผู้เสียหายพูดว่าไปกันเถิด ผู้เสียหายร้องเอะอะโวยวายขึ้น จำเลยปล่อยมือผู้เสียหายทันที ศาลฎีกาวินิจฉัยว่ากิริยาที่จำเลยทำนั้นน่าจะเกิดจากการหยอกล้อเล่นกันในฐานะคนรู้จักคุ้นเคยกัน ไม่มีความผิดฐานกระทำอนาจาร (คำพิพากษาฎีกาที่ 699-700/2468)

ค. แก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี

บุคคล หมายถึงบุคคลทั้งสองเพศไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิงซึ่งมีอายุกว่าสิบห้าปี

ง. โดยวิธีอย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้

ก) โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ หมายความว่าทำให้กลัวโดยบังคับ ซึ่งอาจกระทำด้วยกิริยาหรือวาจาก็ได้และอาจขู่เข็ญเรื่องอะไรก็ได้ แต่การขู่เข็ญจะต้องมีลักษณะที่ทำให้ผู้ถูกขู่เข็ญเกิดความกลัวถึงขนาดบังคับจิตใจ

ข) โดยใช้กำลังประทุษร้าย คือการกระทำตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(6) ซึ่งบัญญัติว่า“ใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำการใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้ยา ทำให้มีเมามา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน เช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 1620/2536 จำเลยถอดกางเกงนอกและกางเกงในผู้เสียหายแล้วจับอวัยวะเพศของผู้เสียหายโดยผู้เสียหายพยายามต่อสู้เป็นการใช้แรงกายกระทำต่อผู้เสียหาย ถือได้ว่าจำเลยกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหายโดยใช้กำลังประทุษร้าย

⁵⁹ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3 ,หน้า 170.

ค) โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ความหมายทำนองเดียวกับโดยหญิงนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ตาม มาตรา 276 โดยบุคคลตามมาตรา 277 นี้รวมทั้งเพศชายและเพศหญิง

ง) โดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ความหมายทำนองเดียวกับ โดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นตามมาตรา 276

จ. เจตนา

ผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารต้องมีเจตนาตามหลักทั่วไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 โดยเจตนาในการกระทำความผิดฐานอนาจารต้องเป็นเพียงแต่กระทำภายนอกร่างกายของผู้เสียหายเท่านั้น หากกรณีชายเป็นผู้กระทำความผิด ชายนั้นต้องไม่มีความประสงค์ให้ของลับล่วงล้ำเข้าไปภายในของลับของฝ่ายหญิง มิเช่นนั้นจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่ในกรณีแม้ว่าผู้กระทำจะมีเจตนาให้ของลับล่วงล้ำเข้าไปในของลับของหญิงก็ตาม แต่ถ้าไม่อยู่ในวิสัยที่จะทำได้ ผู้กระทำก็มีความผิดฐานอนาจารเช่นกัน

2.6.2 ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 279 วรรคแรก

องค์ประกอบภายนอก

- 1) กระทำอนาจาร
- 2) แก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี
- 3) โดยเด็กนั้นยินยอมหรือไม่ก็ตาม

องค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนาธรรมดา

องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 279 วรรคสอง

องค์ประกอบภายนอก

- 1) การกระทำความผิดตามวรรคแรก
- 2) โดยวิธีอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้
 - (ก) โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ
 - (ข) โดยใช้กำลังประทุษร้าย
 - (ค) โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้
 - (ง) โดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

องค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนาธรรมดา

กรณีการกระทำอนาจารเด็กตามมาตรา 279 นี้มีความหมายและลักษณะของการกระทำทำนองเดียวกับการกระทำอนาจารในกรณีทั่วไปตามมาตรา 278 โดยการกระทำอนาจารเด็กตามมาตรา 279 นี้เป็นการกระทำอนาจารแก่เด็กไม่ว่าจะเป็นเด็กชายหรือเด็กหญิงที่อายุยังไม่เกิน 15 ปี ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ดังนั้นความยินยอมของเด็กจึงไม่เป็นสาระสำคัญ โดยความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กตามมาตรา 279 นี้มีระวางโทษเช่นเดียวกับความผิดฐานกระทำอนาจารผู้ใหญ่ตามมาตรา 278 และผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษหนักขึ้นหากเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 278 วรรคสองซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ตัวอย่างความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กตามมาตรา 279 คือคำพิพากษาฎีกาที่ 1218/2530 จำเลยชนผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุ 4 ปีเศษไปดูการ์ตูนที่บ้านจำเลยแล้วพาจำเลยไปนอนบนกระดาน ถอดกางเกงของผู้เสียหายและของจำเลยออก แล้วจำเลยใช้อวัยวะเพศดันไปตรงอวัยวะเพศของผู้เสียหายเพียงครั้งเดียว บริเวณอวัยวะเพศของผู้เสียหายไม่มีบาดแผล จำเลยไม่ได้กระทำซ้ำต่อไปเพื่อให้สำเร็จความใคร่ ทั้งที่จำเลยมีโอกาสจะทำได้นับว่าเป็นการยับยั้งเสียเองไม่กระทำให้ตลอด จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 13 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคแรกประกอบด้วยมาตรา 80 และมาตรา 82 แม้ผู้เสียหายไม่มีช่องคลอดผิดปกติตั้งแต่กำเนิดอันเป็นเหตุประกอบให้เห็นว่าโดยสภาพวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ ทำให้การกระทำของจำเลยไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ก็ตาม ก็ไม่ปรากฏว่าจำเลยหยุดการกระทำต่อผู้เสียหาย เพราะได้เห็นหรือทราบข้อเท็จจริงอันนี้ เมื่อจำเลยยับยั้งเสียเองได้ จำเลยก็ไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้น คงมีความผิดเท่าที่ ต้องตามกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด คือกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา

บทที่ 3

ขอบเขตและความเหมาะสมของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานอนาจารในปัจจุบัน

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานอนาจารเป็นบทบัญญัติที่กฎหมายอาญาได้กำหนดให้เป็นความผิดมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันดังที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 2 แต่การแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 เป็นการแก้ไขสาระสำคัญในส่วนที่เกี่ยวกับผู้กระทำความผิด ผู้เสียหาย และความหมายของการกระทำความผิดจึงก่อให้เกิดผลกระทบในการบังคับใช้กฎหมายหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลกระทบในการวินิจฉัยความแตกต่างระหว่างการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำความผิดฐานอนาจาร ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากขอบเขตของความผิดทั้งสองฐานดังกล่าว และเมื่อศึกษาแนวความคิดและพัฒนาการของบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานอนาจารตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันแล้วว่าการกระทำอย่างใดจึงจะจัดเข้าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานอนาจาร อันเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษ สิ่งที่จะทำการศึกษาต่อมาก็คือ ขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานอนาจารว่ามีการเอาผิดกับบุคคลใด การกระทำใดถือเป็นความผิด และผู้ใดบ้างเป็นผู้เสียหาย โดยในบทนี้จะแยกพิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานอนาจาร

3.1 ขอบเขตความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในปัจจุบัน

ขอบเขตความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแยกพิจารณาออกเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกรณีทั่วไปและความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก

3.1.1 ขอบเขตความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกรณีทั่วไป

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำซ้ำเร้าตามวรรคหนึ่ง หมายความว่ากระทำให้เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะโทรมหญิง หรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส และคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพิ่มคุมความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไปและประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบและให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้

ขอบเขตความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเร้าในกรณีทั่วไปตามมาตรา 276 แยกพิจารณาออกเป็นกรณีผู้กระทำผิด กรณีผู้เสียหาย และการกระทำซ้ำเร้า ได้ดังนี้

3.1.1.1 กรณีผู้กระทำผิด

บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเร้าตามมาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่นี้ใช้คำว่า “ผู้ใด” ความหมายของคำว่า “ผู้ใด” ผู้กระทำความผิดอาจเป็นชายหรือเป็นหญิงก็ได้ ซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกับบทบัญญัติมาตรา 276 เดิมก่อนมีการแก้ไข

ตามบทบัญญัติมาตรา 276 (เดิม) ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำซ้ำเร้าหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท” ซึ่งกรณีที่หญิงเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเร้าเรานั้นมีคำพิพากษาฎีกาที่ 250/2501 (ประชุมใหญ่) ตัดสินเป็นบรรทัดฐานว่าความผิดในเรื่องการข่มขืนกระทำซ้ำเร้า เป็นความผิดที่ร่วมกันกระทำความผิดได้ โดยผู้ร่วมกระทำผิดไม่ต้องเป็นผู้ลงมือกระทำซ้ำเร้าทุกคน **เพียงแต่คนใดคนหนึ่งกระทำซ้ำเร้า ผู้ที่ร่วมกระทำความผิดทุกคนก็มีความผิดฐานเป็นตัวการ** ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 83 แล้ว และตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 หาได้บัญญัติให้ลงโทษเฉพาะชายเท่านั้นไม่เพราะในบทบัญญัติมาตรานี้บัญญัติเพียงว่า “**ผู้ใดกระทำความผิด**” เท่านั้น แม้จำเลยที่ 2 จะเป็นหญิง เมื่อฟังได้ว่าสมคบกับจำเลยที่ 1 ร่วมกันกระทำความผิด ศาลก็ลงโทษจำเลยฐานเป็น

ตัวการตามมาตรา 83 ได้ ซึ่งตามข้อเท็จจริงในคำพิพากษานี้มีข้อเท็จจริงว่า จำเลยที่ 2 ได้ทำการหลอกลวงผู้เสียหายซึ่งเป็นคนรับใช้ให้ขึ้นไปนวดจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นสามีในห้องพักนอน จากนั้นจำเลยที่ 2 ก็จับมือผู้เสียหายไปวางไว้บนของลับของจำเลยที่ 1 ซึ่งผู้เสียหายไม่ยอมทำตามจะลุกหนี จำเลยที่ 2 เขามือจับไว้ แล้วช่วยถอดเสื้อผ้าผู้เสียหายออก พร้อมกับช่วยปูผ้าและวางหมอนที่พื้นข้างเตียง จากนั้นก็บังคับผู้เสียหายให้ยอมให้จำเลยที่ 1 ทำการข่มขืนกระทำชำเรา โดยพุดชู้ตลอดเวลาถึงขนาดผู้เสียหายเกิดความกลัวไม่กล้าขัดขืน จำเลยที่ 2 มีความผิดฐานเป็นตัวการร่วมกระทำ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

จากคำพิพากษากฎีกาที่ 250/2501 (ประชุมใหญ่) ซึ่งตัดสินตามบทบัญญัติ มาตรา 276 (เดิม) ข้างต้น นั้นแสดงให้เห็นว่าหญิงนั้นเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้โดยรับผิดในฐานะเป็นตัวการร่วมกับชายผู้กระทำความผิด ซึ่งบทบัญญัติเรื่องผู้กระทำความผิดด้วยกันหรือที่เรียกว่า ตัวการ¹ นั้นเป็นหลักการในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 83 ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีความผิดใดเกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ผู้ที่ได้กระทำความผิดร่วมกันนั้นเป็นตัวการ”

จากบทบัญญัติมาตรา 83 สามารถสรุปได้ว่า ตัวการร่วมนั้นมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1. การกระทำนั้นเป็นความผิดและเป็นการกระทำความผิดโดยเจตนา หากการกระทำนั้นไม่เป็นความผิด ผู้ที่ร่วมกระทำก็ไม่เป็นตัวการ เพราะตัวบทใช้คำว่า “ร่วมกระทำผิดด้วยกัน” ตัวอย่างเช่น ก.เป็นสามีของ ข. ข. ไม่ยอมให้ ก. ร่วมประเวณี ก. จึงใช้กำลังบังคับให้ ข. ร่วมประเวณีด้วย ค. เพื่อนของ ก. ช่วย ก. ดูต้นทางอยู่หน้าห้อง เช่นนี้ ไม่ถือว่า ก. และ ค. เป็นตัวการร่วมตามมาตรา 83 ในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพราะการกระทำของก. ต่อ ข.ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 276 (เดิม)^{*} แต่อาจเป็นตัวการในความผิดฐานทำร้ายร่างกายและความผิดต่อเสรีภาพได้

¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10, หน้า 600.

* มาตรา 276 (เดิม) บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิง ซึ่งมีโชภริยาของตน โดยขู่หรือด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท” ดังนั้นสามีข่มขืนภริยาจึงไม่เป็นความผิด

ข้อสังเกต ตัวอย่างข้างต้นนี้ เป็นการพิจารณาตามมาตรา 276 (เดิม) แต่ตามมาตรา 276 ที่แก้ไขเพิ่มเติม^๒ สามีกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาตนเองได้ ดังนั้น การกระทำของ ก. สามีของ ข. ดังกล่าวจึงเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ที่แก้ไขเพิ่มเติม ดังนั้น ค. จึงเป็นตัวการในการกระทำความผิดตามมาตรา 276 ที่กระทำต่อ ข. ได้^๒

2. ต้องมีบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป โดยมีคำพิพากษาฎีกาที่ 59/2507 ตัดสินว่า ตัวการตามมาตรา 83 หมายถึง บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปร่วมกระทำความผิดด้วยกัน หากคน ๆ เดียวกระทำผิด ไม่ถือว่าเป็นตัวการตามมาตรา 83

3. มีการกระทำร่วมกันในขณะกระทำความผิด กล่าวคือ

3.1 มีการร่วมกระทำส่วนหนึ่งส่วนใดของการกระทำทั้งหมดที่ร่วมกันเป็นความผิดขึ้น

กล่าวคือ ผู้กระทำแต่ละคนได้กระทำการถึงขั้นเป็นความผิดในตัวเอง เช่น ได้ร่วมในการลงมือกระทำความผิดด้วย เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1202/2529 ตัดสินว่าจำเลยที่ 1 ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายเพียงคนเดียว จำเลยที่ 2 ยังไม่ได้ข่มขืนกระทำชำเราด้วย เพียงแต่กอดจูบและกอดผู้เสียหายให้จำเลยที่ 1 ข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น จำเลยทั้งสองเป็นตัวการร่วมกระทำความผิดตามมาตรา 276วรรคแรก และมาตรา 83 แต่ไม่เข้าลักษณะเป็นการโทรมหญิงตามมาตรา 276 วรรคสอง เพราะจะเข้าลักษณะเป็นการโทรมหญิง^๓ได้ ต้องมีการร่วมผลัดเปลี่ยนข่มขืนกระทำชำเราตั้งแต่สองคนขึ้นไป และคำพิพากษาฎีกาที่ 227/2529 ตัดสินว่า แม้จำเลยทั้งสองจะไม่ได้ร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย อันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง เพราะจำเลยที่ 2 ได้ใช้มีดขู่ว่าจะทำร้ายและได้ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายแต่เพียงผู้เดียว ส่วนจำเลยที่ 1 ได้ใช้ปืนขู่บังคับผู้เสียหายด้วย ดังนั้นจำเลยทั้งสองก็ยังมีคุณสมบัติฐานร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้อาวุธปืนตามมาตรา 276 วรรคสอง (ข้อสังเกต ความผิดฐาน

^๒ มาตรา 276 (แก้ไขเพิ่มเติม)บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท” ดังนั้นสามีข่มขืนภริยาจึงไม่มีความผิด” โดยผลจากการตัดคำว่า “ซึ่งมิใช่ภริยาตน” ออก กรณีสามีข่มขืนภริยาตนเองจึงเป็นความผิดตามมาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่

^๒ อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 1

^๓ มาตรา 276 วรรคสอง (เดิม) บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมี หรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

โทรมหญิงตามมาตรา 276 ที่แก้ไขเพิ่มเติมเป็นความผิดตามมาตรา 276 วรรคสาม) และคำพิพากษาฎีกาที่ 1558/2543 จำเลยช่วยกันขูดผู้เสียหายและช่วยกันกดคอและตบตีผู้เสียหายเพื่อให้พวกของจำเลยข่มขืนผู้เสียหายในลักษณะโทรมหญิง จำเลยเป็นตัวการโทรมหญิงตามมาตรา 276 วรรคสอง(เดิม) และมาตรา 83 แม้จำเลยจะมีได้ลงมือข่มขืนด้วยก็ตาม

3.2 มีการแบ่งหน้าที่กันทำ

กล่าวคือ ผู้ร่วมกระทำคนหนึ่งลงมือกระทำการอันเป็นความผิดในตัวเอง ในขณะที่ผู้ร่วมกระทำอีกคนหนึ่งได้ทำหน้าที่อย่างอื่น ๆ เช่น คอยดูต้นทาง ส่งสัญญาณ ติดเครื่องรถจักรยานยนต์รออยู่เพื่อให้ความช่วยเหลือและพาหลบหนี⁴ โปรดสังเกตคำพิพากษาฎีกาต่อไปนี้ คำพิพากษาฎีกาที่ 6984/2544 จำเลยชักพาผู้เสียหายและ ส. คนรักผู้เสียหายไปยังกระท่อมที่เกิดเหตุ ต่อมา ส. กล่าวว่าเกิดเรื่องไม่ดีจึงคิดจะกลับ ขณะที่ ส. กำลังติดเครื่องรถจักรยานยนต์และผู้เสียหายจะนั่งซ้อนท้าย จำเลยได้เข้ามาล็อกคอผู้เสียหายลากลงมาและกดปล้ำผู้เสียหายจากนั้นมี ต. จ. และ ข. เข้ามาจับแขนขาผู้เสียหายพาไปที่แคร่ข้างกระท่อมแล้วช่วยกัน ถอดกางเกงผู้เสียหาย ส. จะเข้าไปช่วยเหลือแต่ถูก ข. ชัดขวาง ต. ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายเป็นคนแรกโดยมี ข. ช่วยจับแขนขาผู้เสียหาย ระหว่างนั้นจำเลยซึ่งอยู่บริเวณแคร่ได้ตะโกนบอกให้ จ. ไป ตามหา ส. ซึ่งหนีออกไปหาคนช่วยเหลือ แล้วจำเลยและ จ. วิ่งออกไปเพื่อหวังสกัดกั้นมิให้ ส. ไปร้องขอความช่วยเหลือหลังจาก ต. ข่มขืนกระทำชำเราเสร็จแล้ว ข. ได้ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายเป็นคนต่อไป ดังนี้ แม้จำเลยจะมีได้ช่วยจับแขนขาผู้เสียหายระหว่างที่ ต. หรือ ข. ข่มขืนกระทำชำเราก็ตาม แต่การกระทำของจำเลยดังกล่าวนับได้ว่าเป็นตัวการในการร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง แล้ว

3.3 มีการอยู่ร่วมหรือใกล้ชิดเคียงกับที่เกิดเหตุ ในลักษณะที่พร้อมจะให้ความช่วยเหลือกันได้ที่

เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 975/2508 จำเลยกับพวกร่วมกันขูดคร่าผู้เสียหายเพื่อประโยชน์ของจำเลยที่จะกระทำอนาจารและกระทำชำเรา ขณะที่การกระทำผิดฐานขูดคร่ายังไม่สำเร็จ บิดาของผู้เสียหายวิ่งติดตามไปเพื่อขัดขวาง จำเลยสั่งให้พวกของจำเลยใช้อาวุธปืนยิงบิดาผู้เสียหายถึงแก่ความตาย ดังนี้จำเลยผิดฐานเป็นตัวการฆ่าเพื่อให้เกิดความสะดวกในการที่จำเลยกับพวกจะทำการขูดคร่าผู้เสียหาย และเพื่อจำเลยจะได้ตัวผู้เสียหายไว้เพื่อกระทำอนาจารและข่มขืนกระทำชำเรา อันเป็นประโยชน์อันเกิดจากการกระทำผิดตามมาตรา 289 (6) และ (7)

⁴ มัทยา จิตติรัตน์, เอกสารประกอบคำบรรยายกฎหมายอาญาหลักทั่วไป, โครงการตำราคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550, หน้า 142.

3.4 มีการอยู่ร่วมในที่เกิดเหตุและก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด

หลักในเรื่องนี้มีอยู่ว่า การอยู่ร่วมในที่เกิดเหตุและก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด อาจจะเป็นตัวการหรือผู้ใช้ก็ได้ การที่จะเป็นตัวการต้องได้ความว่าการอยู่ในที่เกิดเหตุดังกล่าว จะต้องอยู่ในลักษณะที่จะช่วยด้วยตนเองให้การกระทำความผิดสำเร็จ ถ้าหากจำเป็นจะต้องช่วย มิฉะนั้นก็คงเป็นผู้ใช้ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 383/2512 จำเลยที่ 1 ทะเลาะกับผู้ตายอยู่ที่ริมรั้ว จำเลยที่ 2 ถีอมีดพร้าวิ่งลงจากบ้านพร้อมกับร้องว่าฟันให้ตายๆ การแสดงออกด้วยกิริยาและ คำพูดของของจำเลยที่ 2 ส่อแสดงให้เห็นว่าจำเลยที่ 2 มีเจตนาจะฆ่าผู้ตาย ฉะนั้นเมื่อจำเลยที่ 1 คว้ามมีดพร้าจากมือจำเลยที่ 2 แหวกรั้วเข้าไปฟันถึงแก่ความตาย จึงเป็นการกระทำที่สมเจตนาของ จำเลยที่ 2 เมื่อจำเลยที่ 1 ฟันผู้ตายแล้วโยนมีดพร้าข้ามรั้วมาให้จำเลยที่ 2 จำเลยที่ 2 ก็เป็นผู้พาด มีดพร้าหนีไป การกระทำของจำเลยที่ 2 ดังกล่าวแล้วจึงถือได้ว่าเป็นการร่วมกับจำเลยที่ 1 ฆ่าผู้ตาย จำเลยที่ 2 จึงมีความผิดฐานเป็นตัวการร่วมกับจำเลยที่ 1 ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 จำเลยที่ 3 ได้วิ่งมาช่วยจำเลยที่ 1 ฟันผู้ตายให้ตาย หลังจากที่จำเลยที่ 1 ลงมือทำร้ายผู้ตายได้ หนึ่งแผล จึงเห็นได้ว่าจำเลยที่ 3 มิได้เป็นผู้ก่อให้เกิดจำเลยที่ 1 กระทำผิดเพราะจำเลยที่ 1 ได้เริ่มลงมือ กระทำความผิดไปแล้ว คำขู่ของจำเลยที่ 3 จึงเป็นเพียงการสนับสนุนใจให้จำเลยที่ 1 มุ่ง กระทำร้ายต่อผู้เสียหายให้ถึงตายหนักแน่นยิ่งขึ้นเท่านั้น การกระทำของจำเลยที่ 3 จึงฟังได้เพียงว่า เป็นการสนับสนุนให้จำเลยที่ 1 กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 86

ทั้งนี้ หากการกระทำร่วมกันสิ้นสุดลงเมื่อใด การเป็นตัวการตามมาตรา 83 ก็ ยุติลงเมื่อนั้น ด้วยเหตุนี้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 87⁵ จึงบัญญัติขอบเขตความรับผิดชอบ

⁵ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 87 บัญญัติว่า ในกรณีที่มีการกระทำความผิดเพราะมีผู้ใช้ให้กระทำตาม มาตรา 84 เพราะมีผู้โฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้ กระทำความผิดตาม มาตรา 85 หรือโดยมีผู้สนับสนุนตาม มาตรา 86 ถ้าความผิดที่เกิดขึ้นนั้นผู้กระทำได้กระทำไปเกินขอบเขตที่ใช้หรือที่ โฆษณาหรือประกาศ หรือเกินไปจาก เจตนาของผู้สนับสนุน ผู้ใช้ให้ กระทำความผิดผู้โฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำความ ผิด หรือ ผู้สนับสนุนการกระทำความผิด แล้วแต่กรณีต้องรับผิดชอบทาง อาญาเพียงสำหรับความผิดเท่าที่อยู่ในขอบเขตที่ใช้หรือที่ โฆษณาหรือ ประกาศ หรืออยู่ในขอบเขตแห่งเจตนาของผู้สนับสนุนการกระทำ ความผิดเท่านั้น แต่ถ้าโดยพฤติการณ์ อาจสังเกตเห็นได้ว่าอาจเกิดการ กระทำความผิดเช่นที่เกิดขึ้นนั้นได้จากการใช้การโฆษณาหรือประกาศ หรือการ สนับสนุน ผู้ใช้ให้กระทำความผิด ผู้โฆษณาหรือประกาศแก่ บุคคลทั่วไปให้กระทำความผิดหรือผู้สนับสนุนการกระทำ ความผิด แล้วแต่กรณี ต้องรับผิดชอบทางอาญาตามความผิดที่เกิดขึ้นนั้น

ในกรณีที่ผู้ถูกใช้ ผู้กระทำตามคำโฆษณาหรือประกาศแก่บุคคล ทั่วไปให้กระทำความผิด หรือตัวการใน ความผิด จะต้องรับผิดชอบ ทางอาญามีกำหนดโทษสูงขึ้นเพราะอาศัยผลที่เกิดจากการกระทำ ความผิดผู้ใช้ให้กระทำ ความผิด ผู้โฆษณาหรือประกาศแก่บุคคลทั่วไป ให้กระทำความผิด หรือผู้สนับสนุนการกระทำความผิด แล้วแต่กรณี ต้องรับผิดชอบทางอาญาตามความผิดที่มีกำหนดโทษสูงขึ้นนั้นด้วย แต่ถ้า โดยลักษณะของความผิด ผู้กระทำจะต้องรับ รับผิดทางอาญามีกำหนด โทษสูงขึ้นเฉพาะเมื่อผู้กระทำต้องรู้ หรืออาจสังเกตเห็นได้ว่าจะเกิดผล เช่นนั้นขึ้น ผู้ใช้ให้กระทำ ความผิด ผู้โฆษณาหรือประกาศแก่บุคคล ทั่วไปให้กระทำความผิด หรือผู้สนับสนุนการกระทำความผิด จะ ต้องรับผิดชอบ ทางอาญาตามความผิดที่มีกำหนดโทษสูงขึ้นก็เฉพาะเมื่อ ตนได้รู้ หรืออาจสังเกตเห็นได้ว่าจะเกิดผลเช่นที่เกิดขึ้นนั้น

ผู้ใช้ ผู้โฆษณา และผู้สนับสนุนเท่านั้น แต่ไม่ได้บัญญัติถึงขอบเขตความรับผิดชอบของตัวการด้วย เพราะมีหลักทั่วไปอยู่ว่า ร่วมกระทำเพียงใดก็เป็นตัวการร่วมกันเพียงนั้น⁶

จากหลักเกณฑ์ของตัวการร่วมที่ได้กล่าวไปข้างต้น เมื่อนำมาปรับใช้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ในมุมมองของผู้กระทำความผิดนั้น สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

(ก) ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 276 (เดิม) ทั้งนี้ มาตรา 276 (เดิม) บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิง ซึ่งมีใช้ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท” สังเกตว่ากฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” ข่มขืนกระทำชำเราหญิง ซึ่งมีใช้ภริยาของตน

ดังนั้น ในส่วนของผู้กระทำความผิดตามมาตรา 276 (เดิม) ได้แก่บุคคลดังต่อไปนี้

1. ชาย (ที่มีใช้สามีของหญิงผู้เสียหาย)
2. หญิงในฐานะตัวการร่วม

ทั้งนี้ จะเห็นว่าลักษณะของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้นประกอบด้วยสองส่วน คือ

ส่วนแรก ข่มขืนด้วยวิธีใดวิธีหนึ่งดังต่อไปนี้

- โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ
- โดยใช้กำลังประทุษร้าย
- โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้
- โดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

ส่วนที่สอง กระทำชำเรา จะเห็นว่าแม้โดยสภาพหญิงนั้นไม่อาจกระทำชำเราหญิงด้วยกันได้ แต่ในส่วนของกรกระทำการข่มขืนนั้น หญิงอาจมีส่วนร่วมในการกระทำส่วนนี้ได้ เช่น กรณีคำพิพากษาฎีกาที่ 250/2510 (ประชุมใหญ่) ที่จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นหญิงได้ทำการบังคับขู่เข็ญให้ผู้เสียหายกลัวจนต้องยอมให้จำเลยที่ 1 ผู้เป็นสามีของจำเลยที่ 2 กระทำชำเราจำเลยที่ 2 ก็เป็นตัวการร่วมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276

⁶ อ่างแล้ว , เจริญธรรมที่ 1

(ข) ผู้กระทำผิดตามมาตรา 276 (แก้ไขเพิ่มเติม) ทั้งนี้ มาตรา 276 ที่แก้ไขเพิ่มเติม บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท” สังก่อว่า กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น” โดยผลของการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวส่งผลให้ผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่ ได้แก่บุคคลดังต่อไปนี้

1. ชายที่เป็นสามีของหญิง
2. ชายที่ไม่ได้เป็นสามีของหญิง
3. หญิงในฐานะตัวการร่วม

จะเห็นว่า กฎหมายได้ตัดคำว่า “หญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน” ออกมาเป็น “ผู้อื่น” ทำให้กรณีที่สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาตนเองเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อย่างไรก็ตามหญิงก็เป็นตัวการร่วมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ทำนองเดียวกับมาตรา 276 (เดิม) และรวมถึงกรณีหญิงเป็นตัวการร่วมกับชายในการข่มขืนกระทำชำเราภริยาของชาย หญิงก็จะมีคุณสมบัติฐานเป็นตัวการร่วมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ทั้งนี้เพราะการข่มขืนภริยาของชายเป็นความผิด เช่น ก.เป็นสามีของ ข. ข. ไม่ยอมให้ ก. ร่วมประเวณี ก. จึงใช้กำลังบังคับให้ ข. ร่วมประเวณีด้วย ค. เพื่อนของ ก. ช่วย ก. ดุจันทางอยู่หน้าห้อง เช่นนี้ ไม่ถือว่า ก. และ ค. เป็นตัวการร่วมตามมาตรา 83 ในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพราะการกระทำของก. ต่อ ข.ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 276 (เดิม) แต่อาจเป็นตัวการในความผิดฐานทำร้ายร่างกายและความผิดต่อเสรีภาพ

อย่างไรก็ตามจากตัวอย่างข้างต้นนี้ เป็นการพิจารณาตามมาตรา 276(เดิม) แต่ตามมาตรา 276 ที่แก้ไขเพิ่มเติมสามีกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาตนเองได้ ดังนั้นการกระทำของ ก. สามีของ ข. ดังกล่าวจึงเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ที่แก้ไขเพิ่มเติม ดังนั้น ค. จึงเป็นตัวการในการกระทำความผิดตามมาตรา 276 ที่กระทำต่อ ข.ได้

3.1.1.2 กรณีผู้ถูกกระทำ

ตามบทบัญญัติมาตรา 276 (เดิม) ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท” เมื่อตามมาตรา 276 (เดิม) ในส่วนของ

ผู้ถูกกระทำใช้คำว่า “หญิงซึ่งไม่ใช่ภริยาตน” ดังนั้นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในมุ้งคุ้มครองบุคคล ดังต่อไปนี้

1. หญิง ซึ่งหญิงที่กฎหมายคุ้มครองนี้เป็นเพศของบุคคลธรรมดาตามสภาพที่ถือกำเนิด เป็นเพศที่สามารถออกลูกได้ ไม่ใช่ชายที่แปลงเพศเป็นหญิง โดยมีคำพิพากษาฎีกาที่ 157/2524 ตัดสินว่า เพศของบุคคลธรรมดาตามกฎหมายรับรองและถือเอาตามกำเนิดหญิงตามพจนานุกรม คือคนที่ออกลูกได้ ผู้ร้องเป็นชายรับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศ แต่ก็ไม่สามารถมีลูกได้ ไม่มีกฎหมายให้ผู้ร้องของเปลี่ยนแปลงเพศโดยใช้สิทธิทางศาล

ตามกฎหมายมาตรา 276 (เดิม) นั้นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะไม่คุ้มครองไปถึงเพศชาย รวมถึงชายที่แปลงเพศเป็นหญิง ดังนั้นผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราชายหรือชายที่แปลงเพศเป็นหญิงก็จะเป็นความผิดตามมาตรา 276 (เดิม) นี้ และในทางกลับกันถึงแม้ผู้ถูกบังคับขืนใจต่อการล่วงละเมิดทางเพศจะเป็นหญิงก็ตาม แต่หากผู้กระทำการล่วงละเมิดทางเพศเป็นหญิงด้วยกันแล้ว จะเห็นว่า โดยสภาพแล้วหญิงไม่อาจกระทำชำเราหญิงด้วยกันเองได้ แม้หญิงกระทำกริยาอาการคล้ายชายต่อหญิงอีกผู้หนึ่ง จนหญิงผู้ถูกกระทำนั้นมีความรู้สึกคล้ายถูกชายกระทำชำเราก็คงตาม ก็ไม่ใช่เป็นการกระทำชำเรา และไม่ต้องตามตัวบทอันเป็นความผิดตามมาตรา 276 (เดิม) นี้เช่นเดียวกัน⁷

2. หญิงที่มาตรา 276(เดิม) คุ้มครองนั้น ต้องเป็นหญิงที่มีภริยาของผู้กระทำ เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า “หญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน” ดังนั้นเมื่อผู้ถูกกระทำเป็นหญิงก็ต้องดูต่อไปว่ามีความสัมพันธ์กับผู้กระทำหรือไม่ ถ้าหญิงนั้นมิได้มีความสัมพันธ์เป็นภริยาของผู้กระทำ หญิงก็จะได้รับความคุ้มครองตามความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่หากหญิงเป็นภริยาของผู้กระทำ⁸ ในกรณีหญิงเป็นภริยาโดยพฤตินัย เช่น หญิงอยู่กินฉันสามีภรรยากับชายแต่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน หากชายบังคับขืนใจให้หญิงร่วมประเวณีนั้น ชายก็จะมี ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่การที่ชายเข้าใจว่าหญิงที่อยู่กินกับตนฉันสามีภริยาตลอดเวลาตลอดมาแต่มิได้จดทะเบียนสมรสกันอย่างถูกต้องนั้นเป็นภริยาของตน ย่อมถือเป็นข้อแก้ตัวได้

⁷ จิน ดารา , “ข่มขืนกระทำชำเรา”, หน้า 69.

⁸ ภริยาในที่นี้ หมายถึง ภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยถือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457 ซึ่งบัญญัติว่า “การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อจดทะเบียนแล้วเท่านั้น” นั่นคือ ต้องเป็นภริยาที่จดทะเบียนสมรสกันอย่างถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น เว้นแต่การสมรสนั้นจะเกิดขึ้นก่อนใช้บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ถึงแม้จะไม่มี การจดทะเบียนสมรสก็ตาม ก็ถือได้ว่าเป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

เช่น คำพิพากษากฎีกาที่ 430/2532 ตัดสินว่า จำเลยกับผู้เสียหายเคยอยู่กิน สามีภริยากันโดยทำพิธีแต่งงานกันตามลัทธิศาสนาอิสลามและมีบุตรด้วยกันหนึ่งคน ต่อมาได้ แยกกันอยู่ข้อเท็จจริงไม่ปรากฏชัดเจนว่าจำเลยได้อย่าขาดกับผู้เสียหายตามกฎหมายอิสลาม การที่จำเลยกระทำไปโดยเข้าใจว่ามีสิทธิกระทำได้กับภริยาซึ่งมีบุตรด้วยกันอันเสมือนกับเป็นการ ทำโดยวิสาสะ ย่อมไม่เข้าลักษณะกระทำโดยมีเจตนาร้ายความก็ไม่เป็นความผิดฐานพาหญิงไป เพื่อการอนาจาร หนึ่งวงเห็นแย้งกชังและข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย หรือกรณีศาลมีคำสั่งให้ สามีภริยาแยกกันอยู่ก็เช่นเดียวกัน หากสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาที่แยกกันอยู่ ก็ไม่สามารถ เอาผิดกับสามีได้ แต่สามีอาจมีความผิดฐานอื่น เช่น ความผิดต่อเสรีภาพ ตามมาตรา 309 ความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 หรือ มาตรา 297 หรือความผิดฐานใช้กำลังทำร้าย ตามมาตรา 391 อันเป็นความผิดลหุโทษ

ในส่วนของผู้ถูกระทำในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่แก้ไขใหม่ ตามมาตรา 276 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้ กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่า ตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่น บาท” ผู้ถูกระทำตามกฎหมายข่มขืนกระทำชำเราที่แก้ไขใหม่นี้ มีข้อสังเกต 2 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก ผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรา อาจเป็นหญิงหรือเป็นชายก็ได้ แตกต่างจากบทบัญญัติเดิมที่ผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเราต้องเป็นหญิงเท่านั้น รวมความแล้วมาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่ อาจเป็นการกระทำของชายต่อหญิง หรือชายต่อชาย หรือหญิงต่อชาย หรือ หญิงต่อหญิงก็ได้

ประการที่สอง ผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเราอาจเป็นภริยาหรือสามีของผู้กระทำ ผิดก็ได้ แต่ตามบทบัญญัติเดิม ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องเป็นการกระทำต่อหญิงอื่นที่มีไม่ใช่ภริยาของตน ถ้าข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนก็ไม่เป็นความผิด

3.1.1.3 การกระทำชำเรา

ตามบทบัญญัติมาตรา 276 (เดิม) มิได้บัญญัติคำนิยามหรือความหมายของการกระทำว่าการกระทำอย่างไรจึงจะเป็นการกระทำชำเรา โดยมาตรา 276 (เดิม) เพียงแต่ บัญญัติว่า ผู้ใด *ข่มขืนกระทำชำเราหญิง* ซึ่งมีไม่ใช่ภริยาของตน ทั้งนี้ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน คำว่า “ชำเรา” หมายความว่า การร่วมประเวณี และการร่วมประเวณี หมายถึง การที่อวัยวะเพศชายผ่านเข้าไปในช่องคลอดของหญิงโดยวิธีธรรมชาติ แม้จะเข้าไป

เล็กน้อยเพียงใดก็ตาม โดยไม่คำนึงว่าชายจะสำเร็จความใคร่หรือไม่ จะมีน้ำอสุจิอยู่ในช่องคลอดหรือไม่ ทั้งนี้บทบัญญัติมาตรา 276 (เดิม) ก็จะไม่ขัดแย้งกับผู้กระทำที่กระทำการเข้าลักษณะตามความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” ดังกล่าวข้างต้น โดยคำพิพากษาฎีกาที่ใช้เป็นบรรทัดฐานมาตลอดในเรื่องความหมายของการกระทำชำเรา มีดังต่อไปนี้ คำพิพากษาฎีกาที่ 474/2491 ตัดสินว่าการกระทำชำเราสำเร็จเมื่อของลับของฝ่ายชายผ่านเข้าไปในช่องสังวาสของหญิง คำพิพากษาฎีกาที่ 1133/2509 ตัดสินว่าแม้อวัยวะเพศชายได้ล้วงล้ำเข้าไปเพียงบางส่วน เยื่อพรหมจารีของหญิงไม่ขาด หรือน้ำอสุจิไม่เคลื่อนก็ตาม ก็เป็นความผิดสำเร็จ คำพิพากษาฎีกาที่ 2009/2494 ตัดสินว่าถ้าอวัยวะเพศชายผ่านเข้าไปไม่ได้ แม้น้ำอสุจิเคลื่อน เยื่อพรหมจารีขาดก็เป็นเพียงพยายาม คำพิพากษาฎีกาที่ 1646/2532 ตัดสินว่าอวัยวะเพศของจำเลยล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายแล้ว แม้จำเลยไม่สำเร็จความใคร่ จำเลยก็มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และคำพิพากษาฎีกาที่ 6345/2537 ตัดสินว่า อวัยวะเพศของจำเลยเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายประมาณหนึ่งนิ้ว ถือว่าการกระทำชำเราสำเร็จแล้ว มิใช่เป็นเพียงการพยายามกระทำชำเรา หรือเป็นเพียงการกระทำอนาจารเท่านั้น

ดังนั้นสรุปว่าแต่เดิมการที่จะพิจารณาว่าการกระทำของผู้กระทำเป็นการกระทำชำเราผู้เสียหายหรือไม่ ต้องถือตามบรรทัดฐานที่ศาลฎีกาได้ตัดสินตลอดมา นั่นคือ การกระทำชำเรา หมายถึง การกระทำที่พิสูจน์ได้ว่าอวัยวะเพศชายได้ล้วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของหญิง แม้จะเข้าไปเพียงเล็กน้อยก็ตาม โดยไม่ต้องคำนึงว่าชายได้สำเร็จความใคร่หลังอสุจิหรือเยื่อพรหมจารีของหญิงจะฉีกขาดหรือไม่ ตามกฎหมายเดิมมีข้อสังเกตว่า การกระทำทางเพศในลักษณะอื่นๆ เช่น การล้วงล้ำอวัยวะเพศชายเข้าไปในช่องปากของหญิงหรือทางทวารหนัก หรือการใช้วัตถุอื่นใดล้วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด หรือทางทวารหนักของหญิง การกระทำต่างๆ เหล่านี้ไม่ถือเป็นการกระทำชำเราตามกฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 (เดิม) แต่มักจะถูกจัดอยู่ในความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1048/2518 ศาลฎีกาเห็นว่า จะเป็นการกระทำชำเราตามกฎหมาย ต้องปรากฏว่าของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายล้วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาส หรืออวัยวะสืบพันธุ์ของผู้เสียหาย ดังนั้นการกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นการกระทำชำเราตามกฎหมาย คงผิดเฉพาะกระทำอนาจาร และคำพิพากษาฎีกาที่ 2752/2540 ตัดสินว่าการที่จำเลยใช้มือดึงกางเกงผู้เสียหายลงมาถึงหน้าแข้ง แล้วใช้นิ้วแหงยเข้าไปในช่องคลอดของผู้เสียหาย โดยผู้เสียหายมิได้สมัครใจยินยอมให้กระทำ แม้จะเป็นวิธีการกระทำอนาจารผู้เสียหาย แต่ก็เป็นการใช้แรงกายภาพต่อผู้เสียหาย เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(6) แล้ว การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานอนาจารโดยใช้กำลังประทุษร้ายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 279 วรรคสอง จากแนวคำพิพากษาฎีกาข้างต้น จะเห็นว่า ผู้ใดจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้นั้น ต้องเป็นการกระทำชำเราตามธรรมชาติเท่านั้น หากมีการล้วงล้ำด้วยประการอื่น นอกเหนือจากการกระทำโดยวิธีธรรมชาติ การกระทำเหล่านั้นจะถูกต้องไว้ในความผิดฐานกระทำอนาจาร

ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาตามความพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยนอกจากจะมีการแก้ไขในส่วนของตัวผู้กระทำที่เป็นได้ทั้งหญิงและชาย และส่วนของตัวผู้เสียหายที่เป็นได้ทั้งหญิงและชายทั้งที่เป็นภริยาหรือสามีของตนหรือที่ไม่ได้เป็นภริยาและสามีของตนแล้ว ในส่วนของการกระทำชำเรา ได้มีการบัญญัติคำนิยามของการกระทำชำเราไว้อย่างชัดแจ้งในมาตรา 276 วรรคสอง ว่า “การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น”

จากบทบัญญัติมาตรา 276 วรรคสองข้างต้นจึงมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงความหมายของการกระทำชำเราตามแนวคำพิพากษาฎีกาที่ศาลเคยได้ใช้เป็นบรรทัดฐานตลอดมาว่าการกระทำชำเราคือ การที่อวัยวะเพศชายผ่านเข้าไปในช่องคลอดของหญิงโดยวิธีธรรมชาติ แม้จะเข้าไปเล็กน้อยเพียงใดก็ตาม โดยไม่คำนึงว่าชายจะสำเร็จความใคร่หรือไม่ จะมีน้ำอสุจิอยู่ในช่องคลอดหรือไม่ ซึ่งต้องเป็นวิธีการร่วมเพศตามธรรมชาติด้วยวิธีปกติเท่านั้น มาเป็นการข่มขืนกระทำชำเราตามบทบัญญัติใหม่ ซึ่งมีความหมายครอบคลุมกว้างขวางยิ่งขึ้น ได้แก่ การใช้ อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น และการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นซึ่งจากความหมายของคำว่ากระทำชำเราดังกล่าว พอจะแยกประเภทของความผิดจากเพศของผู้ถูกระทำ กับลักษณะการกระทำดังนี้

การกระทำที่หญิงเป็นผู้เสียหาย พอจะแยกรูปแบบการกระทำได้ดังนี้⁹

1. หญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยชายใช้อวัยวะเพศชายกระทำกับอวัยวะเพศหญิง
2. หญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยชายใช้อวัยวะเพศชายกระทำกับปากหญิง
3. หญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยชายใช้อวัยวะเพศชายกระทำกับทวารหนักหญิง
4. หญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยหญิงใช้อวัยวะเพศหญิงกระทำกับอวัยวะเพศหญิง
5. หญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยหญิงใช้อวัยวะเพศหญิงกระทำกับปากหญิง
6. หญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยใช้หญิงอวัยวะเพศหญิงกระทำกับทวารหนักหญิง
7. หญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยชายหรือหญิงใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหญิง
8. หญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยชายหรือหญิงใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับทวารหนักหญิง

⁹ เจนณรงค์ สมเสถียร , “ความรับผิดชอบทางอาญาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากรณีสามีข่มขืนภริยาของตน” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2551 , หน้า 90”

การกระทำที่ชายเป็นผู้เสียหาย พอลจะแยกรูปแบบการกระทำที่ได้ดังนี้

1. ชายถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยชายใช้อวัยวะเพศชายกระทำกับอวัยวะเพศชาย
2. ชายถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยชายใช้อวัยวะเพศชายกระทำกับปากชาย
3. ชายถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยชายใช้อวัยวะเพศชายกระทำกับทวารหนักชาย
4. ชายถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยหญิงใช้อวัยวะเพศหญิงกระทำกับอวัยวะเพศชาย
5. ชายถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยหญิงใช้อวัยวะเพศหญิงกระทำกับปากชาย
6. ชายถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยใช้หญิงอวัยวะเพศหญิงกระทำกับทวารหนักชาย
7. ชายถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยชายหรือหญิงใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศชาย
8. ชายถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยชายหรือหญิงใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับทวารหนักชาย

ดังนั้นตามกฎหมายมาตรา 276ที่แก้ไขใหม่ การกระทำชำเรา มีความหมายตาม มาตรา 276วรรคสอง กล่าวคือ การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศ ของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำ กับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น การข่มขืนกระทำชำเราตามบทบัญญัติใหม่ จึงมี ความหมายครอบคลุมกว้างขวางยิ่งขึ้น กล่าวคือ

1. ใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น
2. ใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

แตกต่างกับบทบัญญัติเดิม ในประเด็นที่การกระทำชำเราได้แก่การสอดใส่ อวัยวะเพศชายเข้าไปในช่องคลอดของหญิงเท่านั้น

3.1.2 ขอบเขตความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่ เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวาง โทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก ของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบ สามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่ หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโถมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป”

โดยขอบเขตความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 แยกพิจารณาออกเป็นกรณีผู้กระทำผิด กรณีผู้เสียหาย และการกระทำชำเรา ได้ดังนี้

3.1.2.1 กรณีผู้กระทำผิด

บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ตามมาตรา 277 ที่ได้แก้ไขใหม่นั้นกฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” กระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี เช่นเดียวกับบทบัญญัติมาตรา 277 ก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมที่บัญญัติว่า “ผู้ใด” กระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ดังนั้นผู้กระทำผิดตามมาตรา 277 ที่แก้ไขใหม่นี้จึงเป็นได้ทั้งเพศชายหรือเพศหญิงก็ได้ทำนองเดียวกับผู้กระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากรณีทั่วไปดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น ทั้งนี้ในกรณีที่ชายเป็นผู้กระทำผิดก็เป็นไปตามสภาพธรรมชาติในการที่ชายเป็นเพศที่สามารถกระทำชำเราได้อยู่แล้ว และในส่วนของผู้กระทำความผิดที่เป็นเพศหญิงก็สามารถเอาผิดได้ในฐานะตัวการร่วมดังที่ได้กล่าวไปแล้ว และนอกจากนี้ ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่จะเป็นเพศชายหรือเพศหญิงก็ได้ โดยสามารถเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดโดยตรงได้ทั้งชายและหญิง ดังนั้นผู้หญิงจึงสามารถกระทำความผิดฐานนี้ได้โดยลำพังไม่จำเป็นต้องร่วมกระทำความผิดกับชายเหมือนเดิมอีกต่อไป

3.1.2.2 กรณีผู้ถูกกระทำ

ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 วรรคแรก ที่แก้ไขใหม่นั้นกฎหมายใช้คำว่า “เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน” ในวรรคแรกและใช้คำว่า “เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน” ในวรรคสาม นั้นหมายความว่าเด็กที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กนั้นอาจเป็นเด็กเพศหญิงหรือเพศชายก็ได้ และต้องเป็นเด็กหญิงหรือเด็กชายที่มีอายุไม่เกินสิบห้าปี และผู้กระทำผิด

จะต้องรับโทษหนักขึ้นหากเด็กหญิงนั้นมีอายุไม่เกินสิบสามปี ดังนั้นบุคคลใดมีอายุเกินสิบห้าปีก็ จะไม่ได้รับความคุ้มครองในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ตามบทบัญญัติมาตรา 277 แต่ก็ จะได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติมาตรา 276 แทน ทั้งนี้ความแตกต่างระหว่างมาตรา 276 และ 277 คือ บทบัญญัติมาตรา 277 จะไม่คำนึงถึงความยินยอมของผู้เสียหาย เพราะไม่ว่าเด็ก ผู้เสียหายจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม สืบเกิดจากถ้อยคำที่กฎหมายใช้ในมาตรา 277 วรรคแรกว่า “โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม” ดังนั้นการกระทำชำเราตามมาตรานี้จึงไม่ต้องคำนึงว่าเด็กจะ ยินยอมหรือไม่ แม้เด็กจะสมัครใจยินยอมร่วมประเสณี การกระทำของผู้กระทำก็เป็นความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีนั้น กฎหมายถือว่ายังไม่มีความวุฒิภาวะเพียงพอที่จะเข้าใจสาระการกระทำ และยังอ่อนด้อยประสบการณ์ไม่สามารถตัดสินใจได้โดยลำพังด้วย ตนเองในการที่จะให้ความยินยอมหรือไม่ยินยอมให้มีการร่วมประเวณีได้

อย่างไรก็ตามบทบัญญัติมาตรา 277 ที่แก้ไขใหม่ใช้คำว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็ก อายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน” ดังนั้นการกระทำจะเป็นความผิดตามมาตรา 277 ที่แก้ไขใหม่ก็ต่อเมื่อเด็กผู้ถูกกระทำมิใช่สามีหรือภริยาของผู้กระทำ ความผิด หากเด็กเป็นสามี หรือภริยาของผู้กระทำ ความผิด การกระทำก็จะเป็นความผิดตามมาตรา 277 ที่แก้ไขใหม่ ซึ่งใน เรื่องนี้มีข้อสังเกตว่าในการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 276 นั้นได้มีการตัดคำว่า “ซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของ ตน” ส่งผลให้การข่มขืนกระทำชำเราภริยาหรือสามีของตนเป็นความผิด แต่ในมาตรา 277 อันว่าด้วย เรื่องการข่มขืนกระทำชำเราเด็กได้มีการคงไว้ซึ่งคำว่า “ซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน” ไว้ทำให้การ ข่มขืนกระทำชำเราเด็กซึ่งเป็นภริยาหรือสามีของตนไม่เป็นความผิด ทั้งที่การแก้ไขไปบทบัญญัติทั้งสอง มาตรานั้นควรจะสอดคล้องกันเนื่องจากได้แก้ไขเพิ่มเติมมาในคราวเดียวกัน ซึ่งในประเด็นนี้ รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ได้ให้ความเห็นว่า “ตามกฎหมายใหม่ การข่มขืนกระทำ ชำเราภริยาที่อายุเกิน 15 ปีแล้ว เป็นความผิด สามีอาจติดคุก แต่หากข่มขืนกระทำชำเราภริยาเด็ก อายุต่ำกว่า 15 ปี ไม่มีความผิด เพราะมาตรา 277 ที่มีการแก้ไขใหม่ยังคงมีข้อความว่า “ผู้ใดกระทำ ชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี **ซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีตน** โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม...”¹⁰

ดังนั้นในกรณีที่ผู้ถูกกระทำเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีและศาลได้อนุญาตให้ทำ การสมรสได้ หากคู่สมรสของเด็กกระทำชำเราเด็กโดยเด็กยินยอม การกระทำก็ไม่มีความผิดทั้ง ตามหลักความจริงและตามหลักกฎหมาย แต่หากคู่สมรสของเด็กกระทำชำเราเด็กโดยที่เด็กไม่ ยินยอม ตามหลักความจริงแล้วการกระทำเช่นนี้ควรจะเป็นความผิด แต่เมื่อพิจารณาตามหลัก

¹⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “หญิงข่มขืนชาย กฎหมายสะท้อนอารมณ์,” วารสารกฎหมายใหม่ ปีที่ 5 (ฉบับที่ 86, สิงหาคม 2550) : หน้า 58-61.

กฎหมายแล้วจะพบว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี **ซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีตน** โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม...” ดังนั้นกรณีตามปัญหา คู่สมรสของเด็กแม้ว่าจะกระทำชำเราเด็กโดยที่เด็กไม่ยินยอมก็จะเป็นการกระทำความผิดฐานนี้เพราะเด็กเป็นภริยาหรือสามีของผู้กระทำ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวอาจเกิดผลประหลาดในทางปฏิบัติ

3.1.2.3 การกระทำชำเรา

บทบัญญัติมาตรา 277 วรรคสองที่แก้ไขใหม่ บัญญัติว่า การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ดังนั้นการกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 จึงมีความหมายเช่นเดียวกับการกระทำชำเราในกรณีทั่วไปตามมาตรา 276 ซึ่งมีความหมายครอบคลุมกว้างขวางยิ่งขึ้น ได้แก่ การใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น และการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในมาตรา 276 ข้างต้น

จากขอบเขตความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมตามความของพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ทั้งในเรื่องผู้กระทำ ผู้ถูกระทำ และการกระทำชำเราที่ได้กล่าวไปข้างต้น สามารถสรุปขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ได้ดังนี้ ผู้กระทำความผิด ตามมาตรา 276 ใช้คำว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น...” ดังนั้นผู้กระทำความผิดอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้ แต่หญิงเป็นตัวเองไม่ต้องกระทำผิดร่วมกับชาย และ ผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรา มีข้อสังเกต 2 ประการ ประการแรก ผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรา อาจเป็นหญิงหรือเป็นชายก็ได้ แตกต่างจากบทบัญญัติเดิมซึ่งต้องเป็นหญิงเท่านั้น รวมความกันแล้ว ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่แก้ไขใหม่ อาจเป็นการกระทำของชายต่อหญิง หรือชายต่อชาย หรือหญิงต่อชาย หรือหญิงต่อหญิงก็ได้ ประการที่สอง ผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรา อาจเป็นภริยาหรือสามีของผู้กระทำผิดก็ได้ แต่ตามบทบัญญัติเดิมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ต้องเป็นการกระทำต่อหญิงอื่นที่มิใช่ภริยาของตน ถ้าเป็นการข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนก็ไม่ใช่ความผิด และการกระทำชำเรา มีความหมายตามมาตรา 276 วรรคสองที่แก้ไขใหม่ กล่าวคือ การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะ

เพศหรือทวารหนักของผู้อื่น การข่มขืนกระทำชำเราตามบทบัญญัติใหม่ จึงมีความหมายครอบคลุมกว้างขวางยิ่งขึ้น ได้แก่การใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่นและการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ซึ่งแตกต่างกับบทบัญญัติเดิม ในประเด็นการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในช่องคลอดของหญิงเท่านั้น

3.2 ขอบเขตความผิดฐานกระทำอนาจารในปัจจุบัน

ขอบเขตความผิดฐานกระทำอนาจารแยกพิจารณาออกเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารในกรณีทั่วไปและความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

3.2.1 ขอบเขตความผิดฐานกระทำอนาจารในกรณีทั่วไป

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

จากบทบัญญัติเรื่องการกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีข้างต้น สามารถพิจารณาขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายในความผิดดังกล่าวได้ดังต่อไปนี้

3.2.1.1 กรณีผู้กระทำผิด

ในส่วนของตัวผู้กระทำผิดนั้น บทบัญญัติ มาตรา 278 ใช้ถ้อยคำว่า “ผู้ใด” ดังนั้นผู้กระทำผิดตามมาตรานี้จึงเป็นได้ทั้งเพศชายและเพศหญิง โดยเฉพาะกรณีของหญิงในการกระทำ ความผิดฐานกระทำอนาจารนี้ หญิงอาจเป็นผู้กระทำผิดได้โดยตรงด้วยตัวของหญิงเอง เนื่องจากการกระทำอนาจารนั้นกระทำได้โดยไม่จำกัดวิธี

3.2.1.2 กรณีผู้ถูกระทำ

ในส่วนของผู้ถูกระทำนั้น บทบัญญัติมาตรา 278 ใช้ถ้อยคำว่า “บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี” ดังนั้นบุคคลผู้ถูกระทำในความผิดฐานกระทำอนาจารนี้จึงเป็นได้ทั้งเพศชายและเพศหญิง กฎหมายฐานอนาจารนี้จึงคุ้มครองบุคคลทั้งสองเพศ ซึ่งแต่เดิมก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามความพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวล

กฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 การกระทำความผิดต่อเพศเดียวกันจะไม่ใช่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่จะเป็นความผิดฐานอนาจาร¹¹ ยกตัวอย่างเช่น นางสาวแดงเป็นหญิงแต่มีจิตใจเป็นชาย ใช้นิ้วแห้วเข้าไปในช่องคลอดของนางสาวเขียว กรณีนี้หากเป็นกรณีที่ความผิดเกิดขึ้นก่อนความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่แก้ไขใหม่ใช้บังคับ การกระทำของนางสาวแดงจะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 แต่หากการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นในปัจจุบันที่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่ใช้บังคับแล้ว การกระทำของนางสาวแดงจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่ทันที เพราะมาตรา 276 วรรคสอง บัญญัติว่า “การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น” ดังนั้นการที่หญิงใช้นิ้วแห้วช่องคลอดของหญิงอีกคนหนึ่งจึงถือว่าเป็นการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศของผู้อื่น เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จแล้ว อย่างไรก็ตามสาระสำคัญที่จะเป็นความผิดฐานอนาจารนี้ได้คือ ต้องปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำด้วย เนื่องจากการกระทำอนาจารที่ จะถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา 278 นี้ได้ ต้องเป็นการกระทำโดยวิธีการใดวิธีการหนึ่งต่อไปนี้

- 1) โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ
- 2) โดยใช้กำลังประทุษร้าย
- 3) โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้
- 4) โดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

ทั้งนี้สิ่งที่น่าสังเกตคือ ผู้ถูกระทำตามมาตรา 278 นี้ใช้คำว่า “บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี” โดยกฎหมายไม่ได้ระบุว่าบุคคลนั้นต้องมีความสัมพันธ์ฉันสามีภรรยากับผู้กระทำ ดังเช่นที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 276 และมาตรา 277 ทำให้มีประเด็นว่า ในกรณีที่ผู้ถูกระทำเป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้กระทำผู้ถูกระทำจะได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติมาตรา 278 นี้ด้วยหรือไม่ ในเรื่องนี้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 353/2476 มีข้อเท็จจริงว่า นางเบาอายุ 19 ปี ภริยาจำเลยหนีจำเลยไปอยู่บ้านนายหน่อมเพราะทนจำเลยเสียใจไม่ไหว วันเกิดเหตุเวลาย่ำค่ำจำเลยกับพวกอีกคนหนึ่งไปตามพบนางเบาจึงเข้าชุดตัวมาตามถนนจนถึงห้องจำเลย ในระหว่างเดินทางนั้นจำเลยใช้กำลังกายแก่ฝ่านางเบาให้คนทั้งหลายดูเพื่อให้ได้รับความอับอาย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นต้องเป็นความผิดเกี่ยวกับการประเวณีหรือเพื่อความใคร่ แต่มีความตั้งใจเพียงจะลงโทษภริยาเพื่อความอับอายเท่านั้น จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานกระทำอนาจาร

¹¹ กิตติศักดิ์ ปกติ , “ตำนานรักร่วมเพศ” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 13 ฉบับที่ 2, 2526 หน้า 119.

3.2.1.3 การกระทำอนาจาร

คำว่า การกระทำอนาจารนี้ ไม่มีคำจำกัดความที่ชัดเจน แต่เป็นที่เข้าใจโดยทั่วกันว่า การกระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ ได้แก่ การกระทำให้อับอายในทางเพศ โดยเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายโดยตรง¹² ที่ยังไม่ถึงขั้นกระทำชำเรา ตัวอย่างคำพิพากษากฎีกาที่ถือว่าการกระทำเป็นการอนาจาร เช่น คำพิพากษากฎีกาที่ 1289/2506 จำเลยจับนมผู้เสียหายในรถประจำทางซึ่งมีคนโดยสารหนาแน่นเป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล การจับนมไม่ปรากฏว่าผู้เสียหายได้อนุญาตหรือยินยอม เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 และการกระทำอนาจารต่อหน้าธารกำนัลเป็นความผิดอันไม่อาจยอมความได้ คำพิพากษากฎีกาที่ 4024/2534 ตัดสินว่าการกระทำอนาจารคือการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ เพียงแต่กอดจูบลูบคลำ แต่เนื้อต้องตัวร่างกายในทางไม่สมควรทางเพศก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว และคำพิพากษากฎีกาที่ 3752/2540 กรณีที่ผู้เสียหายกับจำเลยอยู่กินกันโดยไม่จดทะเบียนสมรสเพียงสองเดือนก็เลิกกัน ต่อมาจำเลยฟ้องเรียกค่าสินสอดคืนจากผู้เสียหาย ศาลพิพากษายกฟ้อง แสดงว่าจำเลยแสดงเจตนาเลิกกับผู้เสียหายโดยเด็ดขาดแล้ว ผู้เสียหายหาความสัมพันธ์ฉันสามีภริยากับจำเลยอีกไม่ ผู้เสียหายซึ่งจักษยานยนต์มีคนนั่งซ้อนท้ายมาด้วย จำเลยเข้ามาขวางกระซอกแขนผู้เสียหายลงจากรถเข้ากอดปล้ำและพยายามจูดีให้ไปกับจำเลย จำเลยผิดฐานกระทำอนาจาร

ทั้งนี้เดิมก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 การกระทำที่มีลักษณะดังต่อไปนี้ถือว่าเป็นความผิดฐานอนาจาร

ก. การล่วงล้ำด้วยวิธีอื่นใด ที่นอกเหนือจากการกระทำชำเรา สังเกตว่า การกระทำอนาจารในลักษณะเช่นนี้ จะมีลักษณะใกล้เคียงกับการกระทำชำเรามากเพราะมีการล่วงล้ำ จะแตกต่างกันตรงที่ผู้ถูกระทำในกรณีของการกระทำอนาจารนั้นไม่ต้องเสี่ยงต่อการตั้งครรภ์ เช่น คำพิพากษากฎีกาที่ 3752/2540 การที่จำเลยใช้มือดึงกางเกงของผู้เสียหายลงมาถึงหน้าแข้ง แล้วใช้นิ้วแหงเข้าไปในช่องคลอดของผู้เสียหายโดยผู้เสียหายมิได้สมัครใจยินยอมให้กระทำ แม้จะเป็นวิธีการกระทำอนาจารผู้เสียหาย แต่เป็นการใช้แรงกายภาพต่อผู้เสียหาย เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายตาม

¹² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ . ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง, หน้า 375.

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (6) แล้ว การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารโดยใช้กำลังประทุษร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคสอง^๕

ข. การกระทำที่ไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำซ้ำเราได้ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 2878/2522 คดีมีข้อเท็จจริงว่า ผู้เสียหายอายุ 5 ขวบ จำเลยเห็นพี่เขยบิดาผู้เสียหายอยู่บ้านใกล้กัน วันเกิดเหตุผู้เสียหายไปเล่นที่บ้านจำเลย จำเลยเรียกผู้เสียหายขึ้นไปบนบ้าน แล้วพาผู้เสียหายเข้าไปในครัว จำเลยนั่งบนโต๊ะแล้วเอาผู้เสียหายใส่เอวด้านหน้าขาทาบเอวจำเลย และจับก้นของผู้เสียหายกระแทกเข้าออก อวัยวะเพศของผู้เสียหายชำบวมเล็กน้อย และไม่มีน้ำอสุจิของชายในช่องคลอดผู้เสียหาย แสดงว่า จำเลยมิได้เอาอวัยวะเพศจ่อที่ช่องคลอดผู้เสียหาย การกระทำของจำเลยไม่เป็นการพยายามข่มขืนกระทำซ้ำเรา แต่เป็นความผิดฐานอนาจารเท่านั้น และคำพิพากษาฎีกาที่ 1316/2508 มีข้อเท็จจริงว่า จำเลยเรียกผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กหญิงมีอายุ 4 ขวบ เข้าไปในห้องแล้วจำเลยปิดประตู บอกให้ผู้เสียหายไปนอน จำเลยถอดกางเกงของผู้เสียหายและของจำเลยออกแล้วให้ผู้เสียหายนอนตะแคง ตัวจำเลยก้นนอนตะแคงหันหน้าเข้าหาผู้เสียหายและกอดผู้เสียหาย แล้วจำเลยเอาของลับที่มขของผู้เสียหายสองครั้ง ผู้เสียหายร้องจำเลยก็ลุกขึ้นเปิดประตู ปรากฏว่าอวัยวะสืบพันธุ์ของผู้เสียหายแฉกใหญ่ด้านขวาบวมและมีรอยถลอก เยื่อพรหมจารีปกติ ในช่องคลอดไม่มีเชื้ออสุจิ มีคราบน้ำอสุจิมนุษย์ติดอยู่ที่กางเกงของผู้เสียหาย ศาลฎีกาวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ว่า ลักษณะการกระทำของจำเลยยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำซ้ำเราได้ แต่กลับแสดงให้เห็นเจตนาว่าตั้งใจจะกระทำอนาจารเท่านั้น จึงเป็นเพียงความผิดฐานกระทำอนาจาร

อย่างไรก็ตามหากข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2878/2522 และคำพิพากษาฎีกาที่ 1316/2508 เกิดขึ้นหลังจากที่ได้มีการบังคับใช้บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราตามมาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่ตามความพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 การกระทำของจำเลยโดยวิธีการล่วงล้ำด้วยวิธีอื่นใดนอกเหนือจากการกระทำซ้ำเรา และการกระทำที่ไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำซ้ำเราได้ ที่ศาลฎีกาเคยถือว่าเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร ก็จะกลายเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเรา ทั้งนี้ตามที่ มาตรา 276 วรรคสอง ที่แก้ไขเพิ่มเติมได้บัญญัติไว้ว่า “การกระทำซ้ำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวาร

^๕ มาตรา 279 วรรคสองบัญญัติว่าถ้าการกระทำความผิด วรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดย ชูเชือดด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ใน ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตน เป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกิน สามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

หนักของผู้อื่น” ดังนั้นการที่จำเลยใช้นิ้วแหย่เข้าไปในช่องคลอดของผู้เสียหายจึงมีผลเท่ากับเป็นการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศของผู้เสียหาย อันถือว่าเข้าองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว และกรณีจำเลยกอดผู้เสียหายแล้วเอาของลับของจำเลยที่มิดชิดของผู้เสียหาย กรณีนี้ก็ถือว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จเช่นกันโดยผลจากบทบัญญัติมาตรา 276 วรรคสอง กล่าวคือเป็น การใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศของผู้เสียหาย ดังนั้นแม้ยังไม่มีการล่วงล้ำเข้าไปก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว

3.2.2 ขอบเขตความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 279 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยให้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปีหรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ”

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 279 นี้มีขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายโดยสามารถแยกพิจารณาออกเป็น กรณีผู้กระทำความผิด กรณีผู้ถูกระทำความผิด และการกระทำอนาจาร

3.2.2.1 กรณีผู้กระทำความผิด

ในส่วนของผู้กระทำความผิด บทบัญญัติมาตรา 279 ใช้ถ้อยคำว่า “ผู้ใด” ดังนั้นผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้เป็นอาจเป็นได้ทั้งเพศชายและเพศหญิงดังที่ได้กล่าวไปแล้วในกรณีของการกระทำอนาจารในกรณีทั่วไปข้างต้น

3.2.2.2 กรณีผู้ถูกระทำ

ในส่วนของผู้ถูกระทำที่จะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 279 นี้ ต้องเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี แต่โดยที่กฎหมายมาตรานี้ใช้คำว่า “เด็ก” ไม่ใช่ “เด็กหญิง” ส่งผลให้ทั้งเด็กหญิงและเด็กชายที่อายุไม่เกินสิบห้าปีได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติมาตรานี้ และจากถ้อยคำว่า โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ทำให้ความยินยอมของเด็กไม่เป็นสาระสำคัญ กล่าวคือแม้เด็กจะยินยอมผู้กระทำก็ต้องรับผิด เนื่องจากเด็กในวัยอายุไม่เกินสิบห้าปีนี้ยังไม่มี

วุฒิภาวะเพียงพอที่จะเข้าใจสาระสำคัญของการอนุญาต ซึ่งมีหลากหลายวิธีการ แต่หากการกระทำอนุญาตนั้นได้กระทำโดยวิธีการใดวิธีการหนึ่ง ดังต่อไปนี้

- 1) โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ
- 2) โดยใช้กำลังประทุษร้าย
- 3) โดยทำให้เด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้
- 4) โดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น

ถือว่าเป็นการกระทำโดยปราศจากความยินยอมของเด็ก อันมีผลทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 279 วรรคสอง

3.2.2.3 การกระทำอนุญาต

มีลักษณะเช่นเดียวกับการกระทำอนุญาตในกรณีทั่วไปที่ได้กล่าวไปแล้วในมาตรา 278 ข้างต้น

จะเห็นว่าเดิมที่นั้นความผิดฐานกระทำอนุญาตนั้นมีขอบเขตกว้างขวางมาในการบังคับใช้กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองบุคคลทั้งสองเพศ ไม่ว่าจะเป็นเพศชายหรือเพศหญิง เด็กชายหรือเด็กหญิงก็ตาม รวมถึงลักษณะของการกระทำที่ไม่มีการระบุชัดเจนว่าการกระทำอย่างใดจึงจะเป็นการกระทำอนุญาต ดังนั้นการกระทำอนุญาตจึงมีตั้งแต่การสัมผัสแต่เพียงภายนอก ไปจนถึงการล่วงล้ำด้วยวิธีการใด ๆ ที่นอกเหนือจากการกระทำชำเรา นอกจากนี้ข้อสังเกตคือ ไม่ว่าจะเป็กรณีของการกระทำอนุญาตบุคคลอายุกว่าสิบห้าปีตามมาตรา 278 หรือกรณีกระทำอนุญาตแก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีตามมาตรา 279 ต่างก็ไม่มีข้อกำหนดอัตราโทษจำคุกขั้นต่ำไว้ คือมีระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีและสิบห้าปีตามลำดับ ในขณะที่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และ 277 ที่มีการกำหนดอัตราโทษจำคุกขั้นต่ำไว้ด้วย คือตั้งแต่สี่ปีหรือตั้งแต่เจ็ดปีตามลำดับ

จากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายในเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราดังกล่าวข้างต้น จึงขอเสนอกฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศต่าง ๆ มาประกอบการพิจารณา

1. ประเทศอังกฤษ

ความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศอังกฤษเกิดขึ้นตั้งแต่สมัยนอร์แมนและเมื่อประมาณคริสต์ศตวรรษที่ 16-17 ศาลของประเทศอังกฤษได้บัญญัติองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราขึ้นขึ้น โดยนักกฎหมายของ

ประเทศอังกฤษเชื่อว่าศาลอาจสร้างความผิดฐานนี้ขึ้นในคอมมอนลอว์ (Common law) พร้อม ๆ กับกับความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์ ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ความผิดฐานเบียดบังความเท็จ และความผิดฐานร่วมเพศผิดธรรมชาติตามนุษย์ โดยนักกฎหมายของประเทศอังกฤษ เรียกความผิดเหล่านี้ว่า “ความผิดอาญาตามกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law crimes)”¹³ โดยนักกฎหมายคอมมอนลอว์ถือว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดในตัวเอง หรือที่เรียกว่า “mala in se” มิใช่ความผิดประเภทที่ผิดเพราะมีกฎหมายห้าม หรือที่เรียกว่า “mala prohibita” โดยความผิดที่เป็นความผิดในตัวเองหรือความผิดที่เห็นได้ในตัวเอง ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานฆ่าคน ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ความผิดฐานลักทรัพย์ ความผิดฐานวางเพลิง ความผิดฐานยักยอก ความผิดฐานฉ้อโกง และความผิดฐานหมิ่นประมาท เหล่านี้เป็นความผิดชนิดนี้เป็นความผิดที่ละเมิดกฎแห่งศีลธรรมจึงสามารถเห็นได้ชัดในตัวเอง ส่วนความผิดประเภทที่เป็นความผิดเพราะมีกฎหมายห้ามนั้นเป็นความผิดที่กฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อความเรียบร้อยเรียบร้อยของสังคม ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานข่มขืนโดยไม่มีใบอนุญาตข่มขืน ความผิดฐานไม่แจ้งคนเกิด ไม่แจ้งย้าย ไม่แจ้งคนตาย เป็นต้น

ตามที่ได้มีการวางหลักเอาไว้ในกฎหมายคอมมอนลอว์ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเมืองค์ประกอบความผิดอยู่ 2 ประการ¹⁴ ดังต่อไปนี้

1. ส่วนของการกระทำ (Actus Reus) หรือองค์ประกอบภายนอก คือ การก่อให้เกิดผลอย่างใดอย่างหนึ่งไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยการเคลื่อนไหวทางกายภาพหรือกระทำโดยการงดเว้นการเคลื่อนไหว โดยการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีลักษณะของการกระทำคือ การกระทำชำเรา (Sexual intercourse) อันเป็นการเคลื่อนไหวทางกายภาพประการหนึ่ง และการกระทำชำเราจะต้องมีลักษณะเป็นการกระทำชำเราซึ่งผิดกฎหมาย (unlawful sexual intercourse) หมายความว่า เป็นการที่ชายได้ร่วมประเวณีกับหญิงโดยฝ่าฝืนความยินยอมของหญิง และหญิงนั้นมิใช่คู่สมรสของชาย การกระทำจึงจะถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

2. ส่วนของเจตนา (Mens Rea) หรือองค์ประกอบภายใน คือ เจตนาที่จะกระทำชำเราหญิงโดยรู้อยู่ว่าหญิงนั้นมิได้ยินยอมหรือควรจะได้เห็นได้ว่าหญิงนั้นไม่ยินยอม

ในปัจจุบันกฎหมายของประเทศอังกฤษ Criminal Justice and Public Order Act 1994 มาตรา 142 บัญญัติว่า “For section 1 of the [1956 c.69.] Sexual Offences Act 1956 (rape of a woman) there shall be substituted the following section-

¹³ Wayne R. La Fave and Austin W. Scott, Criminal law (Minnesota: West Publishing Co., 1972), p. 58-59.

¹⁴ J.C. Smith and Brian Hogan, Criminal law, 3rd ed. (London: Butterworths, 1973), p. 324-330.

- 1) It is an offence for a man to rape a woman or another man.
- 2) A man commits rape if –
 - (a) he has sexual intercourse with a person (whether vaginal or anal) who at the time of the intercourse does not consent to it : and
 - (b) at the time he knows that the person does not consent to the intercourse or is reckless as to whether that person consents to it.
- 3) A man also commits rape if he induces a married woman to have sexual intercourse with him by impersonating her husband.
- 4) Subsection (2) applies for purpose of any enactment.

ดังนั้น การกระทำที่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามกฎหมายประเทศอังกฤษนั้น ผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราต้องเป็นชายเท่านั้น โดยที่ชายผู้นั้นได้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราหญิงหรือชาย ดังนั้นผู้ถูกกระทำในกรณีนี้อาจเป็นชายด้วยก็ได้ ทั้งนี้เพราะกฎหมายของประเทศอังกฤษได้ใช้คำว่า “another man” นอกจากนี้ผู้กระทำจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น ผู้กระทำต้องกระทำการข่มขืนกระทำชำเราโดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกกระทำในขณะที่กระทำ และผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราได้ทราบดีว่าผู้ถูกกระทำไม่ยินยอมให้กระทำชำเรา หรือผู้กระทำนั้นเพิกเฉยต่อความยินยอมนั้น กล่าวคือผู้กระทำได้ตัดสินใจกระทำชำเราโดยผู้กระทำไม่สนใจหรือไม่คำนึงว่าผู้กระทำจะให้ความยินยอมหรือไม่ หรือการทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าผู้กระทำนั้นเป็นสามีของหญิง หญิงจึงยอมให้กระทำชำเราด้วย นอกจากนี้การกระทำที่ถือว่าปราศจากความยินยอมของผู้ถูกกระทำนั้นอาจเป็นการใช้กำลังประทุษร้าย การขู่เชิญทำให้กลัว การใช้กลล่อหลอต่าง ๆ สรุปได้ว่า กฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศอังกฤษนั้นคุ้มครองบุคคลทั้งเพศชายและเพศหญิง รวมถึงหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของชายเนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า “a woman” และเนื่องจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตาม The Criminal Justice and Public Order Act 1994 บัญญัติให้ผู้ชายอาจเป็นผู้ถูกกระทำได้ด้วย ส่งผลให้ลักษณะของการกระทำชำเราจึงมิได้จำกัดอยู่เพียงการล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิงโดยอวัยวะเพศชายอีกต่อไป แต่ยังหมายความรวมถึงกรณีของการล่วงล้ำในกรณีอื่น ๆ นอกจากกรณีตามธรรมชาติด้วย โดยที่กฎหมายใช้คำว่า “whether vaginal or anal” ซึ่งหมายความว่าไม่ว่าจะเป็นการล่วงล้ำทางอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักก็ถือเป็นความผิดฐานนี้ได้ทั้งสิ้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญต่อความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศอังกฤษ กล่าวคือ เป็นการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจากการมุ่งคุ้มครองเพศหญิงเนื่องจากเป็นเพศที่อ่อนแอจากการถูกผู้ชายที่แข็งแรงกว่าบังคับ ชูเชิญ ให้ร่วมประเวณีกับตน เป็นการมุ่งคุ้มครองบุคคลไม่ว่าจะเป็นเพศหญิง

หรือเพศชายจากการข่มขืนกระทำชำเรา นอกจากนั้นกฎหมายฉบับนี้ยังมุ่งคุ้มครองหญิงซึ่งเป็นภริยาจากการถูกละเมิดของตนกระทำชำเราโดยปราศจากความยินยอม โดยสามีอาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาตนเองได้อันถือเป็นการยกเลิกแนวความคิดในเรื่องอำนาจที่สามีมีเหนือภริยาในการบังคับภริยาของตนให้ร่วมประเวณีหรือมีเพศสัมพันธ์กับตนได้ตามหลักภูมิคุ้มกันของสามีที่ทำให้สามีได้รับการยกเว้นมิให้ต้องรับผิดชอบในทางอาญากรณีข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน (marital rape exemption)

ปัจจุบันประเทศอังกฤษได้มีกฎหมายเกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับเพศฉบับล่าสุด คือ **Sexual Offence Act 2003** ซึ่งเป็นการแก้ไขปรับปรุงความผิดเกี่ยวกับเพศให้มีความทันสมัยและมีความสอดคล้องกับสภาพสังคมมากขึ้น โดยในส่วนของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้กำหนดความหมายใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเราไว้ใน Section 1 ซึ่งมีการขยายความคุ้มครองความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราออกไปให้ครอบคลุมการกระทำอื่นๆ ที่เป็นการล่วงล้ำโดยอวัยวะเพศชายที่ไม่ใช่การล่วงล้ำทางอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักแต่ก่อให้เกิดความเจ็บปวด ความน่ารังเกียจ น่าขยะแขยง เทียบเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเราทางอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนัก โดย **Section 1** บัญญัติว่า

Rape

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

ปัจจุบันตาม Sexual Offence Act 2003 การกระทำอันจะถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นจะต้องมีลักษณะของการล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือปากของผู้ถูกระทำ โดยอวัยวะเพศชายและเป็นการกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำ การล่วงล้ำโดยใช้วัตถุหรือส่วนอื่นๆ ของร่างกายนอกจากอวัยวะเพศชาย ไม่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่อาจเป็นความผิดฐานอื่นได้ เช่น ความผิดฐานทำร้ายโดยการ

สอดใส่ (Assault by penetration) ส่วนการล่วงล้ำอันจะถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จะต้องมากน้อยเพียงใดจึงจะเป็นความผิดสำเร็จนั้น มาตรา 79 (9)¹⁵ ได้อธิบายไว้ว่าอวัยวะเพศของหญิงหรือช่องคลอดของหญิงนั้นรวมถึงปากอวัยวะเพศหรือปากช่องคลอดด้วย แสดงให้เห็นว่าการล่วงล้ำเข้าไปแม้จะเพียงแค่อวัยวะเพศก็เพียงพอที่จะถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว ไม่จำเป็นต้องมีการฉีกขาดของเยื่อพรหมจารีหรือต้องมีการหลังแต่อย่างใด แต่หากผู้กระทำความผิดพยายามที่จะสอดใส่อวัยวะเพศของตนเข้าไปแต่ไม่สามารถทำได้ ก็อาจเป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราได้

สำหรับเรื่องความยินยอมของผู้ถูกระทำนั้น การจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นการกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำ โดยมาตรา 74 ได้ให้คำจำกัดความของความยินยอมไว้ว่า “Consent: For the purposes of this Part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice.” หมายความว่า การจะถือว่าบุคคลยินยอมจะต้องปรากฏว่าบุคคลนั้นมีเสรีภาพและมีความสามารถที่จะให้ความยินยอมได้และเลือกที่จะยินยอมด้วยตนเอง มิใช่ยินยอมเนื่องจากถูกบังคับขู่เข็ญ ในส่วนของบุคคลที่มีความสามารถที่จะให้ความยินยอมได้จะต้องไม่เป็นบุคคลวิกลจริต หรือไม่เป็นบุคคลที่ไม่สามารถเข้าใจว่าการกระทำของตนมีสภาพหรือสาระสำคัญอย่างไร หรือในกรณีผู้ถูกระทำเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ความยินยอมของเด็กก็ไม่ถือเป็นสาระสำคัญของความผิด กล่าวคือ เด็กจะยินยอมให้กระทำชำเราหรือไม่ ผู้กระทำก็ยังคงมีความผิดอยู่ เนื่องจากเด็กยังไม่มีความสามารถพอที่จะให้ความยินยอมในเรื่องการมีเพศสัมพันธ์ได้ โดยมีการกำหนดฐานความผิดพิเศษเพื่อคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีจากการกระทำชำเราไว้ใน Section 5 บัญญัติว่า

Rape of a child under 13

- 1) A person commits an offence if-
 - (a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person with his penis, and
 - (b) the other person is under 13.
- 2) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

¹⁵ Part 1: general interpretation: (9) "Vagina" includes vulva.

ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี มีองค์ประกอบหลักเป็น อย่างเดียวกันกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากรณีผู้ถูกกระทำมีอายุ 13 ปีขึ้นไป แต่จะมีข้อ แตกต่างอยู่ ๒ ประการ คือ ประการแรก ผู้กระทำความผิดไม่ต้องมีเจตนาที่จะกระทำแก่เด็กอายุ ต่ำกว่า 13 ปี กล่าวคือ ไม่จำเป็นจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าจำเลยรู้ข้อเท็จจริงว่าเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ประการที่สอง ความยินยอมของเด็กไม่เป็นสาระสำคัญของกรกระทำผิด กล่าวคือ เด็กจะ ยินยอมให้กระทำชำเราหรือไม่ก็ถือเป็นความผิด ต่างจากกรณีผู้ถูกกระทำเป็นบุคคลอายุ 13 ปีขึ้นไป ที่จะต้องเป็นการกระทำโดยปราศจากความยินยอมจึงจะถือเป็นความผิด

นอกจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว Sexual Offence Act 2003 ยัง บัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์ในกรณีอื่นที่ไม่ใช่ขององค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราไว้อีกด้วย คือ ความผิดฐานทำร้ายโดยการสอดใส่ (Assault by penetration) ตามมาตรา 2 และความผิดฐานกระทำให้ผู้อื่นประกอบกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม (Causing a person to engage in sexual activity without consent) ตามมาตรา 4 ซึ่งจะขอแยกอธิบายดังนี้

1. ความผิดฐานทำร้ายโดยการสอดใส่ (Assault by penetration) บัญญัติไว้ใน มาตรา 2 ความว่า

Assault by penetration

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

- (a) he intentionally penetrates the vagina or anus of another person (B) with a part of his body or anything else,
- (b) the penetration is sexual,
- (c) B does not consent to the penetration, and
- (d) A does not reasonably believe that B consents.

ความผิดฐานทำร้ายโดยการสอดใส่นี้เป็นการเอาผิดกับผู้ที่กระทำการล่วงล้ำ อวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักของผู้อื่นโดยการสอดใส่อวัยวะส่วนอื่นของร่างกายนอกจากอวัยวะ เพศชาย เช่น นิ้ว หรือสิ่งของอย่างอื่น เช่น ขวด โดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกกระทำ และ การกระทำนี้ต้องมีความเกี่ยวข้องกับเรื่องเพศ ดังนั้นหากหมอใช้อุปกรณ์ทางการแพทย์สอดใส่เข้าไป ในอวัยวะเพศหญิง หรือทวารหนักของคนไข้เพื่อการรักษาโรค แม้ว่าจะกระทำโดยปราศจาก ความยินยอมของคนไข้ การกระทำก็ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่อาจเป็นความผิด ฐานทำร้ายร่างกายได้ โดยผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้อาจเป็นได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิง ต่างจาก ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นผู้ชายเท่านั้น ส่วนผู้ถูกกระทำ ความผิดก็เป็นได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิงเช่นเดียวกัน ข้อแตกต่างของความผิดฐานนี้กับความผิดฐาน

ข่มขืนกระทำชำเราอีกอย่างก็คือ ความผิดฐานทำร้ายโดยการสอดใส่ไม่คุ้มครองการใช้ส่วนของร่างกายหรือวัตถุอย่างอื่นสอดใส่เข้าไปในปากของผู้อื่น

หากการกระทำผิดตามมาตรานี้เป็นการกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี Sexual Offence Act 2003 ได้บัญญัติฐานความผิดเฉพาะไว้ในมาตรา 6 โดยองค์ประกอบหลักเหมือนกับมาตรา 2 ทุกอย่าง ต่างกันเพียงแต่เป็นการกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ดังนั้นแม้เด็กจะยินยอมให้กระทำหรือไม่ การกระทำก็ยังถือเป็นความผิดทำนองเดียวกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

2. ความผิดฐานกระทำให้ผู้อื่นประกอบกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม (Causing a person to engage in sexual activity without consent) บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ความว่า

Causing a person to engage in sexual activity without consent

- 1) A person (A) commits an offence if-
- (a) he intentionally causes another person (B) to engage in an activity,
 - (b) the activity is sexual,
 - (c) B does not consent to engaging in the activity, and
 - (d) A does not reasonably believe that B consents.

ความผิดฐานกระทำให้ผู้อื่นประกอบกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม เป็นการเอาผิดกับบุคคลที่กระทำให้ผู้อื่นประกอบกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม และการกระทำนี้ก็ต้องมีความเกี่ยวข้องกับเรื่องเพศ โดยการกระทำผิดตามมาตรานี้ไม่จำเป็นต้องมีการแตะเนื้อต้องตัวกันได้ และไม่จำเป็นต้องมีการล้วงล้ำ ตัวอย่างเช่น จำเลยบังคับให้ชายคนหนึ่งสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง (Masturbate) จำเลยก็มีความผิดฐานนี้ได้ และในส่วนของผู้กระทำความผิดฐานนี้สามารถเป็นได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิง ในขณะที่เดียวกันผู้ถูกกระทำ ความผิดก็อาจเป็นได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิง

หากการกระทำผิดตามมาตรานี้เป็นการกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี Sexual Offence Act 2003 ได้บัญญัติฐานความผิดเฉพาะไว้ในมาตรา 8 โดยองค์ประกอบหลักเหมือนกับมาตรา 4 ทุกอย่าง ต่างกันเพียงแต่เป็นการกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ดังนั้นแม้เด็ก

จะยินยอมให้กระทำหรือไม่ การกระทำก็ยังถือเป็นความผิดทำนองเดียวกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

กล่าวโดยสรุป ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศอังกฤษในปัจจุบัน ในส่วนของผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นผู้ชายเท่านั้นเพราะองค์ประกอบข้อหนึ่งของความผิดฐานนี้คือ ต้องเป็นการกระทำโดยใช้อวัยวะเพศชาย ส่วนผู้ถูกกระทำความผิดอาจเป็นผู้หญิงหรือผู้ชายก็ได้ และหากสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาก็มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ ส่วนลักษณะของการข่มขืนกระทำชำเรานอกจากการใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักแล้ว Sexual Offence Act 2003 ยังได้ขยายความคุ้มครองออกไปให้รวมถึงการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในปากของผู้อื่นด้วย และการจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นการกระทำโดยปราศจากความยินยอม แต่ในกรณีที่ผู้ถูกกระทำเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี แม้เด็กจะยินยอมให้กระทำชำเรา การกระทำก็ยังถือเป็นความผิดอยู่ ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้หญิง หรือเป็นผู้ชายแต่ไม่ได้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือปากของผู้อื่น ก็ไม่ใช่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่อาจเป็นความผิดฐานทำร้ายโดยการสอดใส่ (Assault by penetration) หรือความผิดฐานกระทำให้ผู้อื่นประกอบกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม (Causing a person to engage in sexual activity without consent) แล้วแต่กรณี

2. ประเทศฝรั่งเศส

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศฝรั่งเศสบัญญัติไว้ใน Code Penal Art 322 บัญญัติว่า “Tout acte de penetration sexuelle , de quelque nature qu’it soit , commis sur la personne d’autrui , par violence , contrainte ou surprise , constitur un viol”

“การข่มขืนกระทำชำเรา (Viol) คือ การกระทำทุกอย่างที่มีการล้วงล้ำ สอดใส่ ไม่ว่าจะโดยวิธีธรรมชาติ หรือวิธีอื่นใด ต่อบุคคลอื่น โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยการบังคับขู่เข็ญ หรือโดยวิธีอื่นใดประกอบกัน”

ดังนั้นการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้น คือ การกระทำทุกอย่างที่มีการล้วงล้ำไม่ว่าด้วยวิธีใดแก่ผู้อื่น ซึ่งหมายความว่าผู้กระทำและผู้ถูกกระทำเป็นได้ทั้งเพศชายและเพศหญิง และไม่จำกัดว่าต้องเป็นการกระทำชำเราด้วยวิธีการตามธรรมชาติเท่านั้น แต่สาระสำคัญของความผิดตามมาตรานี้ อยู่ที่คำว่า “penetration” ซึ่งหมายความว่า การล้วงล้ำนั้นสามารถทำได้โดยไม่จำกัดรูปแบบ เช่น การใช้อวัยวะเพศเทียม รวมไปถึงการล้วงล้ำทางทวารหนัก ก็ถือว่าเป็นการกระทำชำเราตามกฎหมายฝรั่งเศสเช่นกัน ทั้งนี้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ก็จะมีผลเป็นการคุ้มครองบุคคลทั้งสองเพศ และมีความหมายกว้างขวางครอบคลุมถึงการกระทำซ้ำเราโดยการล่วงล้ำนอกเหนือจากการกระทำซ้ำเราตามธรรมชาติ

จากบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราของประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศสข้างต้น จะเห็นว่าบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราของประเทศไทยที่มีการแก้ไขใหม่ตามความของพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 นั้นมีความคล้ายคลึงกัน ทั้งนี้เนื่องจากวัตถุประสงค์ที่จะให้บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราของไทยนั้นมีผลใช้บังคับในการที่จะให้ความคุ้มครองในกรณีดังต่อไปนี้ด้วย คือ

1) เพื่อให้กฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราที่แก้ไขใหม่นี้มีผลเป็นการคุ้มครองเด็กชายด้วย เพราะในปัจจุบันมิใช่เพียงแต่เด็กหญิงเท่านั้นที่จะถูกทำร้ายและแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศในรูปแบบต่างๆ อันเป็นผลให้ต้องถูกกระทบกระเทือนต่อร่างกายและจิตใจ แต่เด็กชายก็ต้องตกเป็นเหยื่อของการกระทำดังกล่าวด้วยเช่นกัน ทั้งนี้การแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศจากเด็กก็ได้ทวีความรุนแรงและซับซ้อนมากยิ่งขึ้น เนื่องจากมีลักษณะเป็นการกระทำความผิดข้ามชาติ ถึงแม้ว่าประเทศไทยจะมีความพยายามในการปราบปรามการละเมิดกฎหมายดังกล่าว แต่ก็ยังคงไม่ประสบความสำเร็จและสถานการณ์กลับยิ่งเลวร้ายลงกว่าเดิม สาเหตุสำคัญเนื่องจากประเทศไทยขาดกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติก็ยังมีข้อบกพร่องอยู่ เช่น ประมวลกฎหมายอาญามิได้บัญญัติให้การข่มขืนกระทำซ้ำเราเด็กชายเป็นความผิด ทั้งที่สภาพทางสังคมเปลี่ยนแปลงไปทำให้มีกลุ่มที่มีความผิดปกติทางเพศต้องการร่วมเพศกับผู้ชาย และยิ่งกว่านั้นบางคนยังต้องการเฉพาเด็กชายเท่านั้นเนื่องจากเขาไม่สามารถมีความสุขทางเพศกับผู้ใหญ่ได้ (Pedophile) จึงมีกรณีที่เด็กชายถูกข่มขืนกระทำซ้ำเราหรือถูกบังคับให้ขายบริการทางเพศมากขึ้น แต่ประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนี้บัญญัติให้การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นเพียงความผิดฐานกระทำอนาจารซึ่งมีโทษไม่รุนแรงนัก จึงเป็นเหตุให้การปราบปรามการกระทำดังกล่าวไม่ได้ผลเท่าที่ควร*

2) เพื่อคุ้มครองหญิงซึ่งเป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่ถูกล่ามโซ่ข่มขืนกระทำซ้ำเรา เนื่องจากในอดีตกฎหมายได้เอาผิดกับการกระทำดังกล่าวกับชายผู้เป็นสามี ก็น่าจะสืบเนื่องมาจากว่า การร่วมประเวณีระหว่างสามีและภริยา เป็นเรื่องที่น่าจะเป็นสิทธิของสามีอันพึงกระทำได้ เพราะการอยู่กินเป็นสามีภริยากันนั้นหมายความรวมถึงการร่วมประเวณี

* สถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุดร่วมกับองค์การทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ (UNCEF) สรุปผลรายงานการสัมมนาวิชาการเรื่อง “มาตรการใหม่ทางกฎหมาย : ระบุธรรมในการคุ้มครองเด็กที่เป็นเหยื่ออาชญากรรมทางเพศ” วันที่ 13 มกราคม 2541 หน้า 4.

ด้วยเพื่อที่จะสร้างสถาบันครอบครัว มีบุตรหลานสืบต่อไป แต่การที่สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยานั้นเป็นสภาพครอบครัวที่ไม่อาจยอมรับได้ และจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสังคม มีผู้หญิงจำนวนมากที่ร้องทุกข์จากกรณีข่มขืนทางเพศของสามี นอกจากนี้จากการวิจัยพบว่า อาชญากรทางเพศกลุ่มหนึ่ง เป็นผู้ที่อยู่ในวัยเด็กอยู่ในสภาพแวดล้อมหรือมีประสบการณ์ที่เห็นการถูกล่วงละเมิดทางเพศ โดยเฉพาะในครอบครัวระหว่างพ่อและแม่ จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายมาคุ้มครองอย่างยิ่ง¹⁶

3) สภาพการณ์ปัจจุบันที่มีการแสวงหาประโยชน์ทางเพศในหลายรูปแบบมากขึ้นโดยการใช้อวัยวะเพศ อวัยวะอื่นๆ หรือวัตถุต่างๆ สวมใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนัก หรือ ใช้วิธีการอื่นทั้งนี้เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำหรือของผู้อื่น จนเป็นเหตุให้เด็กหรือผู้ถูกกระทำได้รับการกระทบกระเทือนทั้งทางร่างกายหรือจิตใจ ยากลำบากในการบำบัดรักษา เยียวยาให้กลับสู่สภาพเดิมได้ ดังนั้นเพื่อการปราบปรามหรือแก้ไขปัญหาดังกล่าว ซึ่งจากเดิมคำว่า “ชำเรา” หมายความเฉพาะการร่วมประเวณีตามธรรมชาติเท่านั้น โดยเปลี่ยนมาเป็นการขยายความหมายให้กว้างขวางครอบคลุมมากขึ้น

ทั้งนี้จากวัตถุประสงค์ดังกล่าวข้างต้นอันนำไปสู่การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามความพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 มาตรา 276 ที่ว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เชือดด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น.....”

สำหรับกฎหมายไทยนั้น การบัญญัติให้ความหมายของ “การกระทำชำเรา” ให้มีความหมายกว้างขึ้นและในส่วนของผู้กระทำและผู้ถูกกระทำที่เป็นได้ทั้งเพศชายและเพศหญิง ด้วยความเข้าใจว่าจะเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายได้อย่างเต็มที่นั้น ต้องอาศัยเจ้าหน้าที่รัฐหรือพนักงานสอบสวนจำนวนมากที่มีความสามารถและมีความเชี่ยวชาญในการพิสูจน์พยานหลักฐาน ซึ่งในทางปฏิบัติพิสูจน์ได้ยากว่าบุคคลเพศใดเป็นผู้กระทำหรือผู้ถูกกระทำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่มีการต่อสู้ขัดขืนกันอย่างรุนแรง ย่อมจะมีบาดแผลเกิดขึ้นได้ทั้งกับผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ เพศหญิงที่เคยได้รับความคุ้มครองจะเสียเปรียบ ทั้งนี้เพราะโดยสภาพ

¹⁶ เรื่องเดิม , หน้า 94.

สตรีมีโอกาสดังครวรรค์ นอกจากนี้ในความเป็นจริงเป็นการยากที่หญิงจะกระทำการข่มขืนชายได้ เนื่องจากสภาพร่างกายและจิตใจที่อ่อนแอกว่า หญิงจะใช้กำลังต่อสู้ในการบังคับข้ายคงทำได้ยากเพราะคงจะสู้พลังกำลังของชายไม่ได้ เว้นแต่หญิงจะใช้วิธีการอื่น เช่น ใช้อาหารหรือสิ่งมอมเมา ซึ่งเป็นการทำให้ชายอยู่ในสภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ หรือกรณีหญิงหลายคนร่วมมือร่วมใจกันข่มขืนกระทำชำเราชายคนเดียว ซึ่งเป็นได้ยากในความเป็นจริง ซึ่งในประเด็นนี้ รศ.ดร.สุพัทธรา สุภาพ อาจารย์อาวุโสด้านสังคมวิทยาและการบริหารงานสมัยใหม่ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยระบุว่า “ผู้เสนอคงตระหนักถึงความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง แต่ในข้อเท็จจริงแล้วควรคำนึงด้วยว่า โอกาสที่ฝ่ายหญิงจะข่มขืนฝ่ายชายนั้นเป็นไปได้ได้น้อยมาก เนื่องจากพลังกำลังมีน้อยกว่า หากผู้หญิงหน้าตา รูปร่างไม่ดี ฝ่ายชายก็ไม่มีอารมณ์ร่วมการข่มขืนก็จะไม่สำเร็จ ต่างกับกรณีของผู้หญิงถูกข่มขืน เพราะขณะที่ผู้ชายลงมือจะต้องมีอารมณ์ก่อน”¹⁷

นอกจากนี้การบัญญัติคำนิยามของคำว่า “การกระทำชำเรา” ว่าการกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” ตามมาตรา 276 วรรคสองที่แก้ไขเพิ่มเติมนั้น มีผลทำให้การกระทำชำเราที่มีความหมายกว้างขวางออกไปมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่กฎหมายใช้ถ้อยคำว่า “กระทำกับ” นั้นหมายความว่า ไม่จำเป็นต้องมีการล่วงล้ำเข้าไป ทำให้เกิดข้อสงสัยว่าในกรณีที่ความหมายของการกระทำชำเราได้เปลี่ยนแปลงไปเช่นนี้ แท้จริงแล้วให้ความคุ้มครองได้อย่างเต็มที่ตรงตามวัตถุประสงค์หรือไม่ เพราะฉะนั้นผู้เขียนจึงไม่เห็นด้วยกับการเปลี่ยนแปลงความหมายของคำว่ากระทำชำเราดังกล่าว เพราะหากจะบัญญัติให้การกระทำชำเราที่มีความหมายในแนวกว้างนั้น ยังต้องอาศัยความพร้อมในด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นจำนวนบุคคลากร รวมถึงความพร้อมในการบังคับใช้กฎหมายวิธีสบัญญัติโดยเฉพาะในเรื่องพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ รวมถึงวิธีการในการสืบหาพยานหลักฐานต่างๆไม่ว่าในทางการแพทย์หรือในทางคดี เนื่องจากการกระทำชำเรานั้นไม่จำกัดเพศของผู้กระทำและวิธีการกระทำ ด้วยเหตุผลที่กล่าวไปข้างต้น เพื่อให้กฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสามารถคุ้มครองผู้เสียหายได้อย่างเต็มที่และเพื่อความเหมาะสมที่จะนำกฎหมายดังกล่าวมาใช้ในทางปฏิบัติ

¹⁷ คมชัดลึก 17 ม.ค. 50.

บทที่ 4

วิเคราะห์ผลกระทบจากการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

จากการศึกษาพบว่าบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน กล่าวคือตั้งแต่กฎหมายตราสามดวงมาจนถึงประมวลกฎหมายอาญาก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 นั้น จะเห็นว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราถูกบัญญัติขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองเพศหญิงซึ่งเป็นเพศที่อ่อนแอกว่าทั้งทางร่างกายและจิตใจจากการถูกบังคับให้มีเพศสัมพันธ์โดยหญิงนั้นไม่สมัครใจ ดังนั้นจะพบว่าองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตั้งแต่อดีตจนถึงประมวลกฎหมายอาญาก่อนที่จะมีการแก้ไขปรับปรุงจึงมีลักษณะเหมือนกัน กล่าวคือ การกระทำที่จะถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้นผู้กระทำความผิดต้องเป็นเพศชายกระทำการข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน โดยหญิงนั้นไม่ยินยอม ทั้งนี้หญิงอาจเป็นตัวการร่วมในการกระทำความผิดฐานกระทำชำเราได้ โดยลักษณะของการกระทำชำเราต้องเป็นการที่อวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ไม่ว่าจะมากน้อยเพียงใด และไม่ว่าชายจะสำเร็จความใคร่หรือไม่ก็ตาม ดังนั้นการกระทำในรูปแบบอื่น เช่น การใช้วัตถุใด ๆ หรือกรณีที่หญิงกระทำต่อชายหรือกระทำต่อหญิงด้วยกัน หรือกรณีที่ชายกระทำต่อชายด้วยตนเอง การกระทำเหล่านั้นไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่อย่างใด แต่หากการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำที่มีลักษณะไม่สมควรทางเพศก็อาจถือเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 หรือ มาตรา 279 แล้วแต่กรณี ซึ่งการกระทำอันกฎหมายถือว่าเป็นการไม่สมควรทางเพศตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534 ตัดสินว่าการกระทำอนาจารคือการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ เพียงแต่กอดจูบลูบคลำ แต่เนื้อต้องตัวร่างกายในทางไม่สมควรทางเพศก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว หรือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1627/2539 การกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อร่างกายของบุคคลอื่น เช่น กอดจูบลูบคลำ ร่างกายของชายหรือหญิง อันมีลักษณะเป็นการแสดงความใคร่ทางเพศซึ่งต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลโดยตรง และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3752/2540 กรณีที่ผู้เสียหายกับจำเลยอยู่กินกันโดยไม่จดทะเบียนสมรสเพียงสองเดือนก็เลิกกัน ต่อมาจำเลยฟ้องเรียกค่าสินสอดคืนจากผู้เสียหาย ศาลพิพากษายกฟ้อง แสดงว่าจำเลยแสดงเจตนาเลิกกับผู้เสียหายโดยเด็ดขาดแล้ว ผู้เสียหายหาไม่มีความสัมพันธ์ฉันสามีภริยากับจำเลยอีกไม่ ผู้เสียหายซึ่งจักษุยานยนต์มีค่านั่งซ้อนท้ายมาด้วย จำเลยเข้ามาขวางกระชากแขนผู้เสียหายลงจากรถเข้ากอดปล้ำและพยายามขูด

ให้ไปกับจำเลย จำเลยผิดฐานกระทำอนาจาร จากคำพิพากษาศาลฎีกา ดังกล่าวข้างต้นจะเห็นว่า ความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นเดิมที่มีขอบเขตกว้างขวาง มุ่งคุ้มครองบุคคลทั้งสองเพศจากการกระทำอันเป็นการไม่สมควรทางเพศ โดยกฎหมายคุ้มครองตั้งแต่การสัมผัส กอดจูบลูบคลำ ภายนอกไปจนถึงการกระทำที่เป็นการสอดใส่หรือล่วงล้ำ

ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 มีผลทำให้เกิดความเปลี่ยนแปลงขึ้นหลายประการ กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นเป็นได้ทั้งเพศชายและเพศหญิง และโดยผลของการตัดคำว่า “ซึ่งมิใช่ภริยาตน” ออกไป ส่งผลให้สามีหรือภริยาที่บังคับขืนใจคู่สมรสของตนให้ร่วมประเวณีด้วยอาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ นอกจากนี้การเพิ่มเติมนิยามศัพท์ของคำว่า “กระทำชำเรา” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 วรรคสอง^{*} นั้นถือเป็นการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดของบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่มีมาแต่เดิม ดังนั้นผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ถึงปัญหาและผลกระทบอันเกิดจากการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราดังกล่าวว่ามีความเหมาะสมหรือไม่ เพียงใด

4.1 ความเป็นมาและวัตถุประสงค์ในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (ฉบับแก้ไขปรับปรุง)

ในการที่ศึกษาผลกระทบอันเนื่องมาจากการบังคับใช้บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ผู้เขียนเห็นว่าจะมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาความเป็นมาและวัตถุประสงค์ในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดดังกล่าวเสียก่อน ทั้งนี้เพื่อที่จะได้ทราบเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย

4.1.1 ความเป็นมาในการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (ฉบับแก้ไขปรับปรุง)

ตั้งแต่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2500 มาจนถึง พ.ศ. 2550 ความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศบัญญัติอยู่ในภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ ทั้งนี้

^{*} มาตรา 276 วรรคสอง บัญญัติว่า “การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”

ในส่วนของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตั้งแต่ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาจนถึงปัจจุบัน ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรวมทั้งสิ้น 3 ครั้ง กล่าวคือ

ครั้งที่ 1 ในสมัยรัฐบาลจอมพลถนอม กิตติขจร เป็นหัวหน้าคณะปฏิวัติ ได้ออกประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 โดยมีเหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมเพราะคณะปฏิวัติมีความปรารถนาจะให้ประชาชนได้รับความสงบสุขและปลอดภัยจากอาชญากรรม ในการนี้คณะปฏิวัติเห็นว่าอัตราโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดบางประเภทตามประมวลกฎหมายอาญายังไม่เพียงพอต่อการป้องกันและปราบปราม สมควรแก้ไขให้สูงขึ้นเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบัน ดังนั้นจึงมีการเพิ่มโทษสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ครั้งที่ 2 ในสมัยพลเอกเปรม ติณสูลานนท์เป็นนายกรัฐมนตรีมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 6 สิงหาคม พ.ศ. 2525 โดยเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้เป็นเพราะสภาพอาชญากรรมบางประเภทโดยเฉพาะอย่างยิ่งอาชญากรรมที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศได้ทวีความรุนแรงซึ่งแม้ได้มีการเพิ่มอัตราโทษมาแล้วครั้งหนึ่งตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 แต่เห็นสมควรเพิ่มอัตราโทษสำหรับผู้กระทำผิดให้สูงขึ้นเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำ ความผิดดังกล่าว

ครั้งที่ 3 ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 ประกาศในราชกิจจานุเบกษาในวันที่ 1 กันยายน พ.ศ. 2530 โดยมีเหตุผลในการแก้ไขเพราะบทบัญญัติมาตรา 277 มาตรา 278 มาตรา 279 และมาตรา 282 กำหนดอายุเด็กที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษตามกฎหมายจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กไว้เพียงอายุไม่เกินสิบสามปีเท่านั้น ผู้กระทำผิดตามบทมาตราดังกล่าวจึงสามารถอ้างความยินยอมของเด็กอายุกว่าสิบสามปีขึ้นเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษตามกฎหมายได้ นับเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแสวงหาประโยชน์ในทางมิชอบจากเด็กอายุระหว่างสิบสามถึงสิบห้าปีซึ่งส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่าง ๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษา อบรมและประสบการณ์ไม่เพียงพอได้ จึงมีการแก้ไขอายุเด็กที่กฎหมายคุ้มครองจากสิบสามปีเป็นสิบห้าปี

จะเห็นว่าจากการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทั้งสามครั้งนั้นเป็นไปเพื่อให้บทบัญญัติกฎหมายมีความสอดคล้องกับบริบทของสังคมในช่วงเวลานั้นๆ เพื่อ การบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพยกตัวอย่างเช่น มีการเพิ่มโทษสำหรับความผิดฐาน

ข่มขืนกระทำชำเราในช่วงเวลาที่ความผิดเกี่ยวกับเพศมีทวีความรุนแรงมากขึ้นหรือได้มีการลดอายุเด็กที่กฎหมายให้ความคุ้มครองเพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กซึ่งมีความอ่อนด้อยทั้งในทางวิญญูติและคุณวุฒิ และเพื่อป้องกันมิให้มีการหาประโยชน์อันมิชอบจากเด็ก

ในปัจจุบัน ได้เกิดปรากฏการณ์เรียกร้องสิทธิเสรีภาพและความเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชายเกิดขึ้นในสังคม ทำให้เจตนารมณ์ในการร่างกฎหมายต้องให้ความสำคัญกับความเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย ดังจะเห็นได้จากการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายในประเด็นต่างๆ เพื่อสนับสนุนความเสมอภาคระหว่างหญิงและชาย เช่น ใน พ.ศ. 2551 ได้มีการบังคับใช้พระราชบัญญัติค่านำหน้านาม หญิง พ.ศ. 2551 เป็นต้น เช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยมีความมุ่งหมายเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย จึงเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นครั้งที่ 4 ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ซึ่งถือเป็นการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดและเจตนารมณ์ของบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจากอดีตที่ได้มีแนวคำพิพากษาฎีกาวางหลักมาอย่างมั่นคงและชัดเจนแล้ว

4.1.2 วัตถุประสงค์ในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (ฉบับแก้ไขปรับปรุง)

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติความเป็นมาและวัตถุประสงค์ในการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ดังนี้

“โดยที่มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 ให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่บทบัญญัติมาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ สมควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิงและหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศที่เคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

จากเหตุผลดังกล่าวจะเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นมีความมุ่งหมายเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างเพศชายและเพศหญิงเป็นหลักนั่นคือหลักการว่าด้วยความเสมอภาค เนื่องจากในปัจจุบันได้มีข้อเท็จจริงอันเป็นปรากฏการณ์ของสังคมไทยที่มี

การถกเถียงและวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมหรือการปฏิบัติที่ไม่เสมอภาคกันในหลายกรณี เช่น การเลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างทางเพศ แต่ในการแก้ไขบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่กำหนดให้หญิงเป็นผู้กระทำผิดได้นั้นเป็นไปเพื่อความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงจริงหรือไม่ เพราะเมื่อพิจารณาความหมายของหลักความเสมอภาคแล้วจะเห็นว่า หลักความเสมอภาคหรือที่เรียกว่าหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย (Equality before the law) หรืออีกนัยหนึ่งสิทธิของราษฎรที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน กล่าวได้ว่ามีบัญญัติรับรองอยู่ในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยแทบทุกรัฐ หลักความเสมอภาคดังกล่าวนี้หมายความว่าองค์กรผู้ใช้อำนาจอรัฐทั้งหลายต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันและปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญให้แตกต่างกันก็ดี การปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญให้เหมือนกันก็ดีย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค¹

หลักความเสมอภาคจึงมิได้หมายถึงความเท่าเทียมกันในทุกกรณี แต่สาระสำคัญคือเป็นหลักการที่เรียกร้องให้ ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญไม่เหมือนกันให้แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของเรื่องนั้นๆ² และหากจะมีการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกัน หรือปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันในสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันซึ่งถือเป็นการเลือกปฏิบัตินั้นจะกระทำได้อต่อเมื่อเป็นเหตุผลอันสืบเนื่องมาจากธรรมชาติของเรื่องนั่นเอง หรือเป็นกรณี que ที่ถือได้ว่าการปฏิบัติให้แตกต่างกันนั้นมีเหตุผลอันหนักแน่นสมควรรับฟังได้ต่อการปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง นอกจากนี้การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นจะต้องมุ่งหมายเพื่อวัตถุประสงค์ในทางที่ชอบธรรมและจะต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนด้วย นั่นคือการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นจะต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และต้องเป็นวิธีการที่มีความเหมาะสมและจำเป็น³ ดังนั้นหากปรากฏว่าการปฏิบัติให้แตกต่างกันดังกล่าวนี้ได้ตั้งอยู่บนเหตุผลอันสมควร กรณีจึงอาจถือได้ว่าเป็นการปฏิบัติที่ไม่ขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค

¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ ฯ : บริษัทธรรมสาร จำกัด, 2538) หน้า 34-35.

² บรรเจิด สิงคนติ, โครงการเฉลิมพระเกียรติสารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เรื่องหลักความเสมอภาค, (กรุงเทพฯ ฯ : องค์การคุรุสภา, 2543) หน้า 3 .

³ บรรเจิด สิงคนติ, หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2 , (กรุงเทพฯ ฯ : วิญญูชน, 2547) หน้า 107-110.

ดังนั้นการแก้ไขความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยให้หญิงเป็นผู้กระทำความผิดเพื่อคุ้มครองชายผู้เสียหายนั้นผู้เขียนเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวไม่ถือเป็นการบัญญัติกฎหมายเพื่อรองรับหลักความเสมอภาคแต่อย่างใด ทั้งนี้ในประเด็นดังกล่าว รองศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ได้ให้ความเห็นว่า “ความเป็นธรรมนั้น ไม่ใช่การให้เท่าๆกัน แต่เป็นการให้ในสิ่งที่เขาควรจะได้ แม้ว่าจะไม่เหมือนกับคนอื่นก็ตาม โดยกฎหมายที่ไม่เป็นธรรม หมายถึงกฎหมายที่เลือกปฏิบัติในเมื่อไม่ควรเลือกปฏิบัติ และกฎหมายที่ไม่เลือกปฏิบัติในเมื่อจำต้องเลือกปฏิบัติ”⁴ ความเท่าเทียมกันระหว่างบุคคล แม้จะเป็นเรื่องที่มีความสำคัญแต่ก็ต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของความจริงที่ว่ากระทำบางอย่างโดยสภาพของการกระทำก็ไม่ใช่ว่าทุกคนจะกระทำได้ เช่น ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 บัญญัติว่า “หญิงใดทำให้ตนแท้งลูกหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษ.....” จะเห็นว่าความผิดฐานนี้ เพศหญิงเท่านั้นที่จะเป็นผู้กระทำความผิดได้และต้องเป็นหญิงที่ตั้งครรภ์เองด้วย ดังนั้น หญิงหรือชายที่มีได้ตั้งครรภ์ไม่มีทางที่จะเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้ แต่หากชายหรือหญิงดังกล่าวทำให้หญิงใดแท้งลูกก็จะถือเป็นการกระทำความผิดฐานอื่น นั่นคือ ความผิดฐานทำให้แท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอมตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 302 หรือหากเป็นการทำให้หญิงนั้นแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอมก็จะเป็นความผิดตามมาตรา 303 เป็นต้น ทำนองเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ที่ “การกระทำชำเรา” หมายรวมถึงการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ คือการร่วมเพศระหว่างชายหญิง ดังความหมายของคำว่า “ชำเรา” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ที่ชำเราหมายความว่า การร่วมประเวณี ซึ่ง “การร่วมประเวณี” หมายถึง การเสพสังวาส ซึ่งการเสพสังวาส หรือ การผสมเพศซึ่งกันและกันระหว่างชายหญิง ดังนั้นการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นชายต่อชาย หญิงต่อหญิง กรณีหญิงกระทำต่อชาย หรือกรณีการใช้วัตถุอื่นใดสอดใส่เข้าไปในร่างกายของผู้อื่นนั้น โดยสภาพไม่ถือว่าเป็นการกระทำชำเรา ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าการบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราจึงเป็นการบัญญัติกฎหมายที่มีความขัดแย้งกับความเป็นจริงและไม่ทำให้เกิดความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงดังเช่นวัตถุประสงค์ของการแก้ไขบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่อย่างใด

4.2 ผลกระทบจากการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ภายหลังจากการแก้ไขบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ตามความพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ลงวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2550 ซึ่งถือเป็นการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดเกี่ยวกับความผิดฐาน

⁴ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “ข่มขืนอย่างไร...ไม่ผิดกฎหมาย,” มติชนรายวัน, (26 กรกฎาคม 2550), หน้า 7.

ข่มขืนกระทำชำเราที่มีแต่เดิมอย่างสิ้นเชิง อันก่อให้เกิดผลกระทบจากการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวหลายประการ ผู้เขียนเห็นควรที่จะทำการวิเคราะห์สภาพปัญหาและผลกระทบต่าง ๆ ภายหลังจากที่บทบัญญัติมาตรา 276 (ฉบับแก้ไขปรับปรุง) ได้มีการบังคับใช้

4.2.1 ผลกระทบอันเกิดจากความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา”

จากการแก้ไขเพิ่มเติมคำนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” ตามมาตรา 276 วรรคสอง ว่า “การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” นั้นจึงเป็นการให้นิยามความหมายของการกระทำชำเราอย่างกว้างขวาง ส่งผลให้การกระทำที่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หมายถึง การใช้อวัยวะเพศผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น จึงเป็นการให้คำนิยามของการข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้คำว่า “กระทำกับ” อันถือเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักเรื่องคำนิยามของคำว่าข่มขืนกระทำชำเราที่มีมาแต่เดิม

แต่เดิมนั้นกฎหมายไม่เคยกำหนดคำนิยามของคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ไว้แต่ในการตัดสินข้อพิพาทของศาล ศาลจะถือตามบรรทัดฐานที่เคยยึดถือกันมา ทั้งนี้ตั้งแต่อดีต ศาลฎีกาได้วางบรรทัดฐานของการข่มขืนกระทำชำเราว่ามีความถึง การที่ขอลงตัวของฝ่ายชายผ่านเข้าไปในช่องสังวาสของฝ่ายหญิง(คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874/2491) แม้จะล่องล้ำเข้าไปเพียง 1 องคุลี (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509) เยื่อพรหมจารียังไม่ขาดหรือน้ำอสุจียังไม่เคลื่อนก็ตามก็เป็นความผิดสำเร็จ(คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1646/2532) โดยการกระทำแก่ช่องทางอวัยวะอื่นของหญิง เช่น กระทำแก่ทวารหนักแต่เดิม (ก่อนมีการปรับปรุง) ถือว่าเป็นการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1038/2518) จะเห็นว่าการกระทำอันจะถือเป็นการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายเดิม(ก่อนมีการแก้ไขปรับปรุง) นั้น ต้องมี “การล่องล้ำ” ของอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งบัญญัติว่า “ทุกการล่องประเวณี ทุกทางตามธรรมชาติที่จะเป็นได้ ซึ่งได้กระทำต่อบุคคลอื่น โดยการใช้ความรุนแรง การบังคับ การขู่เข็ญ หรือการทำให้ไม่รู้ตัว เป็นการข่มขืน” ถึงกระนั้นคำว่าการสอดใส่หรือการล่องผ่านก็ยังคงเป็นปัญหาในการตีความแม้ในประเทศฝรั่งเศสเอง เช่น ในกรณี

* Code pénal dans l'article 222-23 Tout acte de pénétration sexuelle , de quelque nature quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol

หญิงผู้กระทำใช้ปาก หรืออวัยวะเพศ หรือทวารหนักของตนกับอวัยวะเพศของชายเพื่อล่วงประเวณีจะเห็นว่าการกระทำในลักษณะดังกล่าวมิได้มีการสอดใส่ใดๆเกิดขึ้นเลย การกระทำจึงไม่ครบองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ในกรณีเช่นนี้หญิงในประเทศฝรั่งเศสจึงข่มขืนกระทำชำเราชายไม่ได้เว้นเสียแต่ในกรณีที่หญิงผู้กระทำใช้วัตถุอื่นใดกับทวารหนักของฝ่ายชายที่ถูกกระทำเพื่อล่วงประเวณี

ปัญหาที่ตามมาก็คือตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ใหม่ นั้น ให้ค่านิยาม คำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ได้อย่างกว้างขวาง แต่ไม่ได้ให้ค่านิยามคำจำกัดความของคำว่า “กระทำกับ” ซึ่งคำว่า “กระทำกับ” นั้นมีความหมายกว้างมากจนไม่รู้จะทำอะไร ทำอย่างไร และต้องทำถึงแค่ไหนจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ⁵ ผลจากการที่มาตรา 276 วรรคสองใช้คำว่า “กระทำกับ” ทำให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมายว่าแค่ไหน อย่างไรจึงจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ปัญหาอีกประการหนึ่งที่เกิดขึ้น คือ การกระทำชำเรานั้นต้องเป็นการกระทำ “เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ” จึงต้องพิจารณาว่าอย่างไรเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ และหากเป็นกรณีกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้เสียหายเอง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดฐานนี้ เพราะหากกรณีที่จำเลยต่อสู้ว่าเด็ก “ขอร้อง” ให้ช่วยกระทำ ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดฐานนี้เพราะไม่ได้ทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำเอง แต่ทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้เสียหาย

อย่างไรก็ตามอาจสรุปได้ว่า การกระทำที่จะถือเป็นการกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่มีความหมายถึงการกระทำต่างๆ ดังต่อไปนี้

1. การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำสัมผัสแตะต้องหรือสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น
2. การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยใช้สิ่งอื่นใดนอกจากอวัยวะเพศของผู้กระทำสัมผัสหรือแตะต้องหรือสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ในประเด็นที่เกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่แก้ไขใหม่ และนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” นี้มีนักวิชาการหลายท่านได้ให้ความเห็นเอาไว้ ตัวอย่างเช่น

⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “หญิงข่มขืนชาย กฎหมายสะท้อนอารมณ์,” มติชนรายวัน, (26 กรกฎาคม 2550), หน้า 7.

ท่านอาจารย์วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ได้ให้ความเห็นไว้ในการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง “ข่มขืนอย่างไร...ไม่ผิดกฎหมาย” ว่า “การแก้ไขกฎหมายในครั้งนี้น่าจะแก้ไขกฎหมายให้เกิดความเท่าเทียมกัน แต่ไม่ได้คำนึงถึงเรื่องธรรมชาติของการกระทำ ดังนั้นกฎหมายที่แก้ไขออกมาจึงเป็นกฎหมายที่ผิดธรรมชาติ”^{**}

ท่านศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส ให้ความเห็นไว้ในการสัมมนาทางวิชาการเรื่อง “ข่มขืนอย่างไร...ไม่ผิดกฎหมาย” ว่า “แม้กฎหมายอาญาจะต้องมีความชัดเจนแต่คำบางคำ หรือองค์ประกอบบางอย่างก็ไม่สมควรกำหนดคำนิยามเอาไว้ เช่น คำว่า “กระทำชำเรา” หรือคำว่า “การกระทำอนาจาร” เป็นต้น โดยในทางกฎหมายเรียกคำหรือองค์ประกอบที่ไม่อาจกำหนดคำนิยามได้ว่า องค์ประกอบเปิด”^{*}

จะเห็นได้ว่าตามบทบัญญัติมาตรา 276 ใหม่ ให้คำนิยามการ “ข่มขืนกระทำชำเรา” โดยใช้คำว่า “กระทำกับ” ซึ่งการข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 เดิมหมายความว่า การที่อวัยวะสืบพันธุ์ของชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงไม่ว่าล่วงล้ำเข้าไปมากน้อยเพียงใด เพียงให้ล่วงล้ำเข้าไปก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว โดยไม่ต้องคำนึงว่าเยื่อพรหมจารีจะขาดหรือไม่ หรือฝ่ายชายจะสำเร็จความใคร่หรือไม่ แม้ล่วงล้ำเข้าไปบางส่วนเพียงเล็กน้อยเยื่อพรหมจารีไม่ขาด หรือชายยังไม่สำเร็จความใคร่น้ำอสุจียังไม่เคลื่อน กรณีนี้ก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จแล้ว ปัญหาที่ตามมาก็คือตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ใหม่ นั้น ให้คำนิยาม คำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ได้อย่างครอบคลุม แต่ไม่ได้ให้คำนิยามคำจำกัดความของคำว่า “กระทำกับ” หากพิจารณาคำว่า “สอดใส่” ตามมาตรา 276 เดิม นั้น คงเป็นที่เข้าใจง่ายกว่าว่าจะต้องมีการกระทำสอดผ่านในการร่วมประเวณี ส่วนคำว่า “กระทำกับ” นั้นมีความหมายกว้างมากจนไม่รู้จะทำอะไร ทำอย่างไร และต้องทำถึงแค่ไหนจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ⁶ ในส่วนนี้ ศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ อธิบายไว้ว่า⁷ ในแง่ของการกระทำชำเราตามบทบัญญัติที่แก้ไขใหม่นี้ การกระทำไม่จำเป็นต้องมีการ “ล่วงล้ำ” (หรือ “สอดใส่”) ก็ได้เพราะมาตรา 276 วรรคสองใช้คำว่า “กระทำกับ” ดังนั้นหากชายใช้อวัยวะเพศของตน “ถูไถ” อยู่ที่ปากช่องคลอดด้านนอก โดยยังไม่ทันได้ล่วงล้ำเข้าไปก็ถือเป็นการกระทำชำเราอันเป็นความผิดสำเร็จแล้ว เพราะเป็นการ

^{**} ข้อมูลบางส่วนจากการสัมมนาเรื่อง “ข่มขืนอย่างไร...ไม่ผิดกฎหมาย”, วันที่ 30 พฤศจิกายน 2550 , จัดขึ้นที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “หญิงข่มขืนชาย กฎหมายสะท้อนอารมณ์,” มติชนรายวัน, (26 กรกฎาคม 2550), หน้า 7.

⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพ ฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีวีซีการพิมพ์, 2550), หน้า 307-308.

“ใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ...ของผู้อื่น” ซึ่งข้อเท็จจริงเช่นนี้ ตามกฎหมายเดิมถือว่าเป็นเพียงพยายามกระทำชำเราเท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874 /2491)

จากที่กล่าวมาจะพบว่าความหมายของการกระทำชำเราตามบทบัญญัติมาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่นี้ถือเป็นการเปลี่ยนแปลงและยกเลิกแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ศาลได้ถือเป็นบรรทัดฐานมาตลอดเกี่ยวกับความหมายของการกระทำชำเรา ส่งผลให้เกิดความคลาดเคลื่อนในการตีความและในการบังคับใช้กฎหมายอาญามาตราอื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งส่งผลกระทบต่อการใช้ความผิดฐานอนาจาร

นอกจากนี้โดยผลจากการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้นมีผลทำให้คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีมาแต่ดั้งเดิมที่มุ่งคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของหญิง สิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิง รวมถึงสถาบันครอบครัวเนื่องจากกฎหมายบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเรากระทำโดยตนเองไม่เป็นความผิดได้เปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือเมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่แก้ไขใหม่ที่ว่า “โดยที่มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 ให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่บทบัญญัติมาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 278 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ **สมควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิงและหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศที่เคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข**” ซึ่งจะเห็นว่าคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้เปลี่ยนแปลงเป็นการคุ้มครองความเสมอภาคระหว่างหญิงและชาย โดยผลจากการบัญญัติให้ทั้งหญิงและชายเป็นผู้กระทำผิดหรือผู้เสียหายได้ ซึ่งในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดและเจตนารมณ์ของบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่มีมาแต่ดั้งเดิม

4.2.2 ผลกระทบที่เกิดต่อสถาบันครอบครัว

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 (เดิม) นั้นกรณีสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาไม่มีความผิด ทั้งนี้เพราะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 (เดิม) นั้นวางหลักกฎหมายให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องเป็นการกระทำต่อ “หญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน” โดยขู่เชิญ

ด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในฐานะไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่นและต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา จึงเป็นว่าหากผู้กระทำเป็นหญิง ภริยา การกระทำนั้นย่อมไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ทั้งนี้ด้วยเหตุผลที่ว่าการสมรสเป็นการแสดงว่าภริยาได้ให้สิทธิแก่สามีที่จะร่วมประเวณีได้ในระหว่างที่ยังเป็นสามีภริยากันอยู่ ทั้งนี้มีนักนิติศาสตร์หลายท่าน ได้ให้ความหมายของคำว่า “หญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน” ไว้ดังนี้

“หญิง” หมายความว่า หญิงที่แท้จริงซึ่งสามารถคลอดบุตรได้โดยไม่รวมถึงชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง อนึ่งหญิงตามความหมายดังกล่าวต้องเป็นหญิงที่มีชีวิตอยู่ ไม่ใช่ศพ การชำเราศพหญิงจึงไม่เป็นความผิดตามมาตรา⁸

“ภริยา” หมายความว่า ภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย⁹

“ภริยา” หมายความว่า ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ความสำคัญผิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ คิดว่าหญิงที่อยู่กินกับตนฉันสามีกับตนตลอดมาเป็นภริยา ย่อมถือเป็นขอแก้ตัวได้ นอกจากนี้ถ้าผู้กระทำสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ตัวอย่างเช่น สำคัญผิดว่าเป็นภริยาของตนเพราะหญิงมานอนอยู่ในมุ้งภริยาของตน ผู้กระทำก็ไม่ผิดเพราะเป็นความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 59 วรรคสาม¹⁰

“ภริยา” หมายความว่า ภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือได้จดทะเบียนสมรสถูกต้องตามกฎหมาย แต่ถ้าหากว่าชายหญิงมิได้จดทะเบียนสมรสกัน แม้จะอยู่กินด้วยกันจนมีบุตรแล้วก็ตามไม่ถือว่าเป็นภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย¹¹

“หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน” หมายความว่า หมายความว่า หญิงอื่นซึ่งมิใช่เป็นภริยาของผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเรา การกระทำชำเราภริยาตนเองแม้หญิงจะไม่ยินยอมก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา¹²

⁸ สุวัฒน์ ศรีพงษ์สุวรรณ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาเรียงมาตรา (ม.1-ม.398) , หน้า 353.

⁹ คณิศ ฒ นคร , กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 183.

¹⁰ หยุค แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 183.

¹¹ เฟื่องอั่งในเชิงอรรถที่ 9

¹² สุวันชัย ใจหาญ , คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ชีวิตและร่างกาย และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง ม.276-333พร้อมตัวอย่างและคำพิพากษาฎีกาประกอบ , หน้า 5-6.

“หญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน” หมายความว่า ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ฉะนั้นการข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นภริยาแม้จะกระทำการชู้ชู้หรือประทุษร้ายหรือกระทำการอื่นใดตามที่ระบุไว้ก็ย่อมไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่อย่างใด กรณีอาจมีปัญหว่าหญิงซึ่งเป็นภริยาของชายนั้นได้เสียกันเองและอยู่กินร่วมกันมาโดยเปิดเผยซึ่งประชาชนโดยทั่วไปทราบว่าเป็นภริยาของชายนั้นแต่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน หากวันใดวันหนึ่งหญิงนั้นไม่ยอมร่วมประเวณีดังที่เคยอยู่ร่วมกันมา ชายผู้ถือวาทนเป็นสามีนั้นจึงชู้ชู้หรือประทุษร้ายข่มขืนกระทำชำเราจนสำเร็จจะเป็นความผิดหรือไม่ ในกรณีเช่นนี้เห็นว่าการกระทำของชายน่าจะไม่ใช่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเพราะการอยู่ร่วมกันโดยเปิดเผย คนทั่วไปก็ทราบว่าหญิงเป็นภริยาชายและการร่วมประเวณีกันมาก็เป็นความยินยอมของหญิง การจดทะเบียนสมรสเป็นเพียงการรับรองของกฎหมายก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ในทางแพ่งเท่านั้น แต่โดยพฤตินัยแล้วย่อมปฏิบัติไม่ได้ การที่ชายข่มขืนกระทำชำเราก็โดยถือวาทนหญิงนั้นเป็นภริยาของตนโดยสุจริตเพราะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาด้วยความยินยอมตลอดมาจึงได้กระทำเช่นนั้น นับว่าการกระทำของชายผู้ถือวาทนเป็นสามีนั้นเป็นการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 59 วรรคสามและมาตรา 62 แห่งประมวลกฎหมายอาญา จึงเป็นการขาดเจตนาไป¹³

“หญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน” หมายความว่า ผู้ถูกกระทำต้องเป็นหญิงเท่านั้นและต้องมีสภาพบุคคลอยู่ในขณะที่ถูกกระทำ “ภริยา” หมายถึง ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นหากการกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นภริยาของตนโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยหญิงไม่ยินยอมก็จะเป็นความผิด ในทำนองกลับกันหากการกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของตนแม้หญิงนั้นจะไม่ยินยอมผู้กระทำก็ไม่มีผิดเพราะความผิดไม่เกิดขึ้น¹⁴

ดังนั้นสรุปได้ว่า “หญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน” ตามมาตรา 276 (เดิม) นั้นหมายความว่า ผู้กระทำความผิดกระทำชำเราต่อหญิง หากเป็นการกระทำเพศเดียวกันจะไม่มีผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา¹⁵ และหญิงนั้นต้องมิใช่ภริยาของผู้กระทำ นอกจากนี้เมื่อบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ได้บัญญัติโดยใช้คำว่า “ภริยา” และมีได้ให้คำนิยามไว้ต่างหากย่อมต้องถือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ หมายความว่าถึงภริยาซึ่งได้จดทะเบียนสมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย¹⁶

¹³ สุปิ่น พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2-3 ความผิด-ลหุโทษ มาตรา 276 มาตรา 398 ประกอบด้วยคำพิพากษาฎีกา พ.ศ. 2500 -พ.ศ. 2535 , หน้า 3-4.

¹⁴ ปริญญา จิตรการนทีกิจ, ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร, หน้า 4.

¹⁵ กิตติศักดิ์ ปกรติ, “ตำนานรักร่วมเพศ” วารสารนิติศาสตร์ 13 , ฉบับที่ 2 (2526) : 119.

¹⁶ จิน ดารา, “ข่มขืนกระทำชำเรา” บทบัตินิติศาสตร์ 25 , ตอนที่ 1 (มกราคม 2511) หน้า 66.

โดยหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันว่าด้วยเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาตามมาตรา 1461 วรรคแรก บัญญัติว่า “สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา” ดังนั้นจะเห็นว่าการอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยานั้นจะต้องมีลักษณะประกอบกันหลายประการ เช่น ต้องแสดงตนในการเป็นสามีภรรยาด้วยกันโดยเปิดเผยกล่าวคือสามีภรรยาพึงแสดงออกต่อกันอย่างเปิดเผยไม่ปิดบังซ่อนเร้นในการเป็นสามีภรรยาด้วยกันเพื่อให้ผู้อื่นเข้าใจผิด เช่น สามีภรรยาเมื่อไปในงานสังคมสามีและภรรยาต่างคนต่างไปสามีขับรถไปงานเองไม่ยอมให้ภรรยาร่วมเดินทางไปด้วย ภรรยาต้องนั่งรถยนต์รับจ้างไปงานเอง เมื่อไปถึงงานก็ไม่ยอมเดินใกล้กัน เพราะเกรงคนอื่นจะรู้ว่าเป็นสามีภรรยาด้วยกันสามีไม่ยอมแนะนำภรรยาตนเองให้เพื่อนรู้จักภรรยาก็ไม่ยอมแนะนำสามีตนให้เพื่อนรู้จักซึ่งตามลักษณะที่ยกกล่าวมาเป็นลักษณะที่สามีภรรยาไม่แสดงตนเป็นสามีภรรยาด้วยกันโดยเปิดเผยเป็นการไม่สมควรที่สามีภรรยาพึงกระทำต่อกันเพราะจะเป็นปรับรักษาต่อการอยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยา นอกจากนี้ในการอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยานั้นสามีและภริยาต้องมีสัมพันธ์ทางเพศต่อกัน ดังนั้นจะเห็นว่าการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาที่ถูกต้องตามกฎหมายถือเป็นสาระสำคัญของ การอยู่กินกันฉันสามีภริยาด้วย หรืออาจกล่าวได้ว่า การมีความสัมพันธ์ทางเพศต่อกันนั้นถือเป็นจุดประสงค์หนึ่งของการสมรส และนอกจากนี้การที่เดิม กฎหมายอาญาของประเทศไทยไม่บัญญัติว่ากรณีที่มีสามีข่มขืนภริยาเป็นความผิด เนื่องจากจารีตประเพณีสังคมยอมรับว่าการสมรสเป็นการแสดงออกซึ่งความยินยอมของภริยาที่จะร่วมประเวณีหรือมีเพศสัมพันธ์กับชายผู้เป็นสามี ทั้งนี้เพราะการสมรสระหว่างชายและหญิงคือการประกาศให้สังคมรับรู้และยอมรับการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายหญิงอันก่อให้เกิดสถานภาพการเป็นสามีภริยา ความสัมพันธ์ทางเพศและความสัมพันธ์ทางกฎหมาย¹⁷ หรืออาจกล่าวได้ว่าการสมรสระหว่างชายหญิงเป็นการสนองตอบความต้องการทางเพศที่ถูกต้องตามทำนองคลองธรรม ดังนั้นสังคมจึงยอมรับการมีสัมพันธ์ทางเพศระหว่างสามีภริยาว่าเป็นสิ่งที่เหมาะสมอย่างยิ่ง¹⁸

อย่างไรก็ตามการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสถือเป็นประเด็นที่ได้รับการถกเถียงกันอย่างมากในช่วงเวลาที่ผ่านมา เนื่องจากมีหลายฝ่ายไม่เห็นด้วยกับกฎหมายที่ไม่คุ้มครองภริยาจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและถือเป็นประเด็นสำคัญที่เป็นเหตุให้มีการเรียกร้องให้มีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพื่อให้ความคุ้มครองหญิงผู้เป็นภริยา โดยทางมูลนิธิผู้หญิงเห็นว่าแม้จะมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายให้สิทธิแก่หญิงเท่าเทียมกับชายแล้วแต่ความเชื่อที่ว่าหญิงเป็นสมบัติของสามีอยู่ จนกระทั่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม

¹⁷ ยศ สันตสมบัติ , มนุษย์กับวัฒนธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 3(กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 118.

¹⁸ ก่อ สวัสดิพาณิชย์, ความสัมพันธ์ในครอบครัว (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์, 2519) หน้า 126.

ประมวลกฎหมายอาญาในหลายๆประเด็นรวมถึงประเด็นในเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสด้วย โดยมีการตัดถ้อยคำว่า “มิใช่ภริยาตน” ออกไปและใช้ถ้อยคำว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น” ประกอบกับนิยามของคำว่าข่มขืนกระทำชำเราส่งผลให้ปัจจุบันสามีอาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาได้ และในทางกลับกันภริยากากมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสามีได้เช่นเดียวกัน ซึ่งในประเด็นนี้มีการถกเถียงกันอย่างมาก

โดยนักวิชาการที่เห็นด้วยให้การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสเป็นความผิดได้แก่ ศาสตราจารย์นายแพทย์วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ได้ให้ความเห็นว่า “การบัญญัติกฎหมายในลักษณะเช่นนี้เป็นการสะท้อนให้เห็นถึงสภาพสังคมว่าสังคมเรายอมรับการที่สามีสามารถข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนเองได้ ซึ่งถือเป็นความไม่เสมอภาคและแสดงถึงการไม่ให้เกิดผู้หญิง ดังนั้นการตัดคำว่า “ซึ่งมิใช่ภริยาตน” ออกไปแล้วจะเป็นการเพิ่มเกียรติภูมิให้กับผู้หญิงในบ้านในเมืองเรามากขึ้นและเป็นการให้เกียรติกับผู้หญิงมากขึ้น”

ในขณะที่นายสุชาย จอแก้ว (ผู้พิพากษาศาลแพ่ง) ได้ให้ความเห็นในเรื่องนี้ว่า “การบัญญัติกฎหมายเอาผิดคู่สมรสที่อยู่กินด้วยกันจะเป็นการสร้างความบาดหมางใจกันเปล่าๆดังนั้นไม่ต้องไปเอาผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับคู่สมรสที่อยู่กินด้วยกัน หากทั้งคู่ไม่ยอมมีเพศสัมพันธ์กันและอยู่ร่วมกันไม่ได้แล้วก็ชอบที่จะแยกทางกันได้ และหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมไปจดทะเบียนหย่าก็ออกกฎหมายมาบังคับให้ไปจดทะเบียนหย่า หากไม่ยอมหย่าอีกก็อาจถือว่ายอมหย่ากันโดยปริยาย ซึ่งน่าจะมีการบัญญัติกฎหมายเป็นการเฉพาะสำหรับกรณีนี้และควรเป็นเรื่องทางแพ่งมากกว่าที่จะเป็นเรื่องทางอาญา”¹⁹

โดยในเรื่องนี้คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาได้ให้ความเห็นว่า “การกระทำชำเรา” โดยความหมายในตัวเองประกอบกับแนวของคำพิพากษากฎีกาได้กำหนดให้การกระทำชำเราหมายถึง การร่วมประเวณี ดังนั้นการกำหนดคำนิยาม “การกระทำชำเรา” ให้ขยายขอบเขตไปอย่างกว้างขวางเพื่อประสงค์จะลงโทษบุคคลดังกล่าวทั้งที่ลักษณะของ

* ข้อมูลบางส่วนจากการสัมภาษณ์เรื่อง “ข่มขืนกระทำอย่างไร....ไม่ผิดกฎหมาย” , วันที่ 30 พฤศจิกายน 2550 , จัดที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹⁹ สุชาย จอแก้ว, “ระวัง...เรื่องเพศ(ตอน 2) ข่มขืนอย่างไร ไม่ต้องติดคุก” , จุลินิติ ปีที่ 4 ฉบับที่ 6 (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2550) , หน้า 60.

** บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. เรื่องเสรีจที่ 271-272/2550.

การกระทำเป็นการอนาจารมิใช่การร่วมประเวณี จึงไม่น่าจะตรงกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดให้ชายข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนโดยภริยาไม่ยินยอมเป็นความผิด อาจมีผลกระทบต่อความสงบสุขของสถาบันครอบครัวเป็นอย่างยิ่ง การกำหนดฐานความผิดดังกล่าวให้กว้างขึ้นตามที่หน่วยงานเสนอน่าจะเป็นผลเสียมากกว่าผลดี อย่างไรก็ตามคณะกรรมการเห็นควรกำหนดให้การข่มขืนกระทำภริยาเป็นความผิด โดยมีเงื่อนไขว่าถ้าได้กระทำในขณะที่ตนเป็นโรคติดต่อทางเพศอย่างร้ายแรงอันอาจเป็นภัยแก่อีกฝ่ายหนึ่งหรือกระทำในขณะที่แยกกันอยู่ด้วยความสมัครใจของทั้งสองฝ่ายด้วยสาเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันได้โดยปกติสุข หรือแยกกันอยู่ตามคำสั่งของศาลซึ่งเป็นเหตุอย่างตามมาตรา 1516 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มากำหนดเป็นเงื่อนไขให้ผู้กระทำต้องรับโทษ (เพิ่มเติมมาตรา 276/1) และกำหนดให้การกระทำดังกล่าวถ้ามิได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือมิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัลหรือไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำรับอันตรายสาหัส เป็นความผิดอันยอมความได้ (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 281)

ในประเด็นเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 276 ให้สามีข่มขืนภริยานั้น ผู้เขียนเห็นว่าจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในปัจจุบันนั้นกรณีที่สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหาที่ไม่อาจยอมรับได้ โดยมีผู้หญิงหลายคนประสบปัญหาเช่นนี้ ดังนั้นการกำหนดให้สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาโดยภริยาไม่ยินยอมนั้นเป็นเรื่องที่สมควร แต่ทั้งนี้ควรจะแยกความผิดดังกล่าวออกมาจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกรณีทั่วไปและควรจะกำหนดเงื่อนไขไปโดยชัดเจนลงไปว่าต้องกระทำในขณะที่ตนเป็นโรคติดต่อทางเพศอย่างร้ายแรงอันอาจเป็นภัยแก่อีกฝ่ายหนึ่งหรือกระทำในขณะที่แยกกันอยู่ด้วยความสมัครใจของทั้งสองฝ่ายด้วยสาเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันได้โดยปกติสุข หรือแยกกันอยู่ตามคำสั่งของศาล ซึ่งเป็นเหตุอย่างตามมาตรา 1516 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มากำหนดเป็นเงื่อนไขให้ผู้กระทำต้องรับโทษ เพราะข้อเท็จจริงประการหนึ่งที่ต้องยอมรับคือ ข้อเท็จจริงในเรื่องความยินยอมของภริยานั้นเป็นเรื่องยากต่อการพิสูจน์ ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่ากำหนดให้กรณีสามีข่มขืนภริยาเป็นความผิดเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ไม่สามารถบังคับใช้ได้ทางปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในทางกลับกันที่กฎหมายกำหนดให้ภริยาข่มขืนกระทำชำเราสามีเป็นความผิดนั้นยิ่งเป็นไปได้ยากเพราะกรณีหญิงข่มขืนกระทำชำเราชายนั้นผู้เขียนเห็นว่าเป็นไปได้ยากในสภาพความเป็นจริง

4.2.3 ผลกระทบต่อการพิสูจน์พยานหลักฐาน

โดยผลจากการแก้ไขคำนิยามเปลี่ยนนิยาม คำว่า "ซ้ำเรา" ให้มีความหมายว่า เป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าการกระทำซ้ำเราตามกฎหมายใหม่มีความหมายที่กว้างกว่ากฎหมายเดิมได้รวมการกระทำที่หญิงกระทำต่อชาย หรือชายกระทำต่อชายด้วย ทั้งนี้หมายความว่า รวมตลอดถึงเพศที่สามอีกด้วย ดังนั้น คำว่า "ซ้ำเรา" ตามกฎหมายใหม่ ผู้กระทำต้องใช้อวัยวะเพศของตนกระทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ถ้าหากเป็นการกระทำที่ชายกระทำต่อชาย โดยใช้อวัยวะเพศสอดใส่ในทวารหนักของชาย และยังหมายความว่ารวมตลอดถึงการใช้อวัยวะเพศสอดใส่ในช่องปากอีกด้วย ส่วนการใช้สิ่งอื่นใด อาจหมายความว่ารวมถึงอวัยวะเทียม หรือนิ้วมือ กระทำต่ออวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ทั้งนี้การกระทำดังกล่าวทั้งหมด ต้องเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ

กล่าวได้ว่าในคดีข่มขืนกระทำซ้ำเรานั้นมักเป็นอาชญากรรมที่เกิดในที่ลับตาคนมีเพียงผู้กระทำผิดและผู้เสียหายเท่านั้นที่รู้เห็นเหตุการณ์ที่แท้จริง และเป็นประจักษ์พยานอย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้เสียหายเป็นพยานนั้นก็อาจจะรับรองได้ว่าจะเป็นพยานที่ดีที่สุด เพราะผู้เสียหายอาจมีสภาพจิตใจที่ผิดปกติหลังจากเหตุการณ์ที่ตนถูกข่มขืนกระทำซ้ำเราและไม่อยู่ในสภาพที่พร้อมจะเล่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นได้ ดังนั้นการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราจึงต้องอาศัยพยานวัตถุเป็นสำคัญ ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วพฤติการณ์ของคดีข่มขืนกระทำซ้ำเรานั้นมักจะมีพยานวัตถุหลงเหลืออยู่มาก เพราะพฤติการณ์ของคดีมักจะเป็นการใช้กำลังบังคับข่มขืนใจอย่างรุนแรงเพื่อกระทำซ้ำเรา จึงมักปรากฏร่องรอยพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนใจโดยสามารถพบได้ในที่เกิดเหตุ ที่ตัวผู้กระทำผิดหรือที่ตัวผู้เสียหายเอง เช่น ร่องรอยการต่อสู้ขัดขืน รอยเขียวช้ำตามร่างกาย รอยขีดข่วนจากเล็บมือ เศษเนื้อที่ติดกับเล็บผู้เสียหาย คราบโลหิตตามเสื้อผ้าและเนื้อตัวร่างกาย เป็นต้น ส่วนร่องรอยที่เป็นพยานหลักฐานในการยืนยันถึงการกระทำซ้ำเรา เช่น บาดแผลฉีกขาดของอวัยวะสืบพันธุ์ คราบเลือด คราบอสุจิ เส้นขนอวัยวะเพศ ซึ่งเหล่านี้ล้วนบ่งชี้ว่ามีการข่มขืนกระทำซ้ำเราหรือไม่ ทั้งนี้พยานวัตถุดังกล่าวนี้ไม่สามารถนำมาเป็นประโยชน์ในการพิจารณาคดีได้ทันทีแต่ต้องใช้ผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญตรวจพิสูจน์พยานเหล่านี้ด้วยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ หรือ พยานทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งการตรวจพิสูจน์พยานหลักฐานโดยผู้เชี่ยวชาญหรือผู้ชำนาญการพิเศษนั้นได้รับการยอมรับจากวงการทั่วไป รวมทั้งวงการกระบวนการยุติธรรม และผลการตรวจพิสูจน์เป็นผลที่ถูกต้องแท้จริงและศาลอาจพิพากษาลงโทษจำเลยได้โดยที่ไม่

จำเป็นต้องมีพยานบุคคลเป็นประจักษ์พยานเลย ทั้งนี้เนื่องจากพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์เป็น วัตถุพยานอย่างไรก็มีและเป็นอยู่อย่างนั้น

ดังนั้นบทบาทของแพทย์ในฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญตามบทบัญญัติมาตรา 276 ที่แก้ไข ใหม่ในการสืบค้นพยานหลักฐานคดีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงกว้างขวางมากขึ้น²⁰ โดยบทบาท ของแพทย์ในการตรวจพิสูจน์พยานหลักฐานผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีดังนี้

1. การรักษาอาการบาดเจ็บ

การบาดเจ็บบริเวณอวัยวะสืบพันธุ์ ส่วนใหญ่มักไม่ใช่บาดแผลที่เป็นอันตรายต่อ ชีวิต สถิติที่พบในต่างประเทศพบเพียงร้อยละ 0.1 ส่วนการบาดเจ็บนอกอวัยวะสืบพันธุ์พบเพียง ร้อยละ 5-10 เท่านั้น บาดแผลบริเวณอวัยวะสืบพันธุ์มีเพียงร้อยละ ๑ เท่านั้น ที่ต้องการการรักษา โดยการผ่าตัด

2. การซักประวัติ แบ่งเป็นการซักประวัติทางการแพทย์ และการซักประวัติ เกี่ยวกับการถูกล่วงละเมิดทางเพศ

ประวัติทางการแพทย์ ได้แก่

- ประจำเดือนครั้งสุดท้าย
- ประวัติการเจ็บป่วยในอดีต, ปัจจุบัน
- ประวัติการแพ้ยา, การได้รับวัคซีน โดยเฉพาะในรายที่มีการบาดเจ็บร่วมด้วย.
- ประวัติโรคจิตเวช
- ประวัติการใช้สารเสพติด เช่น สุรา, ยาบ้า, ยาเลิฟ เป็นต้น

ประวัติเกี่ยวกับการถูกล่วงละเมิดทางเพศ ได้แก่

- วันเวลาที่เกิดเหตุ
- จำนวนผู้ร่วมกระทำผิด
- มีการล่วงละเมิดทางเพศผ่านทางใดบ้าง (ช่องคลอด, ทวารหนัก, ปาก)
- การใช้อาวุธ
- การบังคับขู่脅
- การหลั่งน้ำอสุจิ หรือการใช้ถุงยางอนามัย
- ถูกทำร้ายร่างกายบริเวณอื่นๆ อีก หรือไม่ เช่น รอยฟันกัด
- ได้มีการทำความสะอาดช่องคลอด ก่อนพบแพทย์หรือไม่

²⁰ อัมพร แจ่มสุวรรณ, ข่มขืนกระทำชำเรา : บทบาทของแพทย์ตามกฎหมายใหม่, คลินิก 24, 7(ก.ค. 2551): หน้า 627-631.

- มีเพศสัมพันธ์โดยสมัครใจ 3 วัน ก่อนพบแพทย์หรือไม่
- ถ้าผู้ป่วยมาพบแพทย์ในวันเกิดเหตุ ให้สังเกตลักษณะเลือดฝ่ำที่สวมใส่

3. การตรวจร่างกายผู้เสียหาย

แพทย์ต้องได้รับการยินยอมก่อนการตรวจทุกครั้ง แบ่งเป็นการตรวจร่างกายทั่วไป และการตรวจบริเวณอวัยวะสืบพันธุ์รวมถึงช่องปากและทวารหนัก

การตรวจร่างกายทั่วไป

- บริเวณศีรษะและใบหน้า ให้สังเกตดูบริเวณหนังศีรษะ, คอด้านหลัง, ใบหน้า, จมูก.
- บริเวณแขน ขา และลำตัว ให้สังเกตดูร่องรอยการฟกช้ำ และรอยขีดข่วน ตั้งแต่สะโพกจนจรดปลายขา.

- ตำแหน่งที่พบบาดแผลได้บ่อย ได้แก่ แขน, ต้นขา, คอ ตามลำดับ

การตรวจร่างกายบริเวณอวัยวะเพศ โดยใช้เครื่องมือที่มีภาพขยายร่วมด้วย พร้อมกับการป้ายบริเวณดังกล่าวด้วย 1 % Toluidine blue (น้ำยาสำหรับตรวจบาดแผล) จะทำให้โอกาสตรวจพบร่องรอยการบาดเจ็บได้มากยิ่งขึ้นกว่าการดูด้วยตาเปล่าบาดแผลที่พบบ่อยเรียงตามลำดับดังนี้ Posterior fourchette (ช่องที่อยู่ด้านหลังช่องคลอด) ฉีกขาด, Labia minora ถลอก, Hymen (เยื่อพรหมจรรย์) ฟกช้ำ, Fossa navicularis ฉีกขาด

การบาดเจ็บที่บริเวณอวัยวะเพศหญิง ในกรณีนี้ใช้นิ้วสอดใส่เข้าไป พบว่าลักษณะของการบาดเจ็บจะพบการฉีกขาด posterior forchette และ fossa navicularis. รองลงมาคือ บาดแผลถลอกบริเวณ labia minora และรองลงมา ecchymosis (รอยช้ำ) บริเวณ hymen (เยื่อพรหมจรรย์) และ cervix (ปากช่องคลอด) ซึ่งไม่แตกต่างจากการบาดเจ็บแบบการล้วงล้ำโดยอวัยวะเพศชาย

การตรวจบริเวณช่องปาก

การบาดเจ็บในช่องปาก มักเกิดจากมีการบังคับสอดใส่อวัยวะเพศในช่องปากเพื่อกระตุ้นการแข็งตัวขององคชาติ การบาดเจ็บเกิดจากการบาดเจ็บโดยตรง และจากการเกิดแรงดูด อาจตรวจพบการบาดเจ็บที่เยื่อเมือก (mucosa) และ vermilion (จอยปาก) ของริมฝีปากและเหงือก อาจพบรอยช้ำ, แดง, หลอดเลือดมาเลี้ยงมาก (hypervascularity) ที่เพดานอ่อนและแข็ง (arch) และลิ้นไก่ (uvula) การฉีกขาดของ frenulum (พังผืดใต้ลิ้น) อาจแสดงถึงการพยายามสอดใส่สิ่งแปลกปลอมเข้าไปในปาก

การสอดใส่อวัยวะเพศเข้าไปในช่องปาก ถ้าเกิดจากการสมัครใจมักไม่พบบาดแผลฉีกขาด แต่อาจพบว่ามีบวมแดง หลอดเลือดขยายตัว จุดเลือดออกเล็กๆ ที่เพดานอ่อน และแข็งได้ เนื่องจากแรงดูด

เก็บตัวอย่างส่งตรวจจาก gum line(เหงือก), ใต้ลิ้น ต่อมทอนซิล.

การตรวจบริเวณทวารหนัก

มักไม่พบการบาดเจ็บที่รุนแรง เนื่องจากช่องทวารหนักสามารถขยายตัวได้และอยู่ในอำนาจจิตใจ การหายจะเร็วเนื่องจากมีเลือดมาเลี้ยงมาก การบาดเจ็บที่รุนแรงมักเกิดเมื่อไม่มีการหล่อลื่น และมีการใช้กำลังรุนแรง เช่น การสอดใส่มือ เก็บตัวอย่างส่งตรวจจากบริเวณ mucocutaneous junction (รอยระหว่างเนื้อเยื่อทางทวารหนัก)

การตรวจตัวอย่างส่งตรวจ

- การดูสไลด์แบบสดสำหรับดูตัวอสุจิที่กำลังเคลื่อนไหว
- เอาสำลีป้ายเพื่อตรวจหา ACP (เอนไซม์แอสิดฟอสฟาเทส ซึ่งสร้างมาจากต่อมลูกหมาก (prostate gland) และ sperm (สเปิร์มและย้อมสี H&E)
- ป้ายผนังทวารหนักส่งเพาะหาเชื้อโกโนเรีย (หนองใน)
- ตรวจเลือดคั่นหาร่องรอยการติดเชื้อ เช่น ซิฟิลิส, เอชไอวี
- ตรวจหาหมีเลือด

กล่าวโดยสรุป แพทย์ผู้ทำการตรวจผู้เสียหายในคดีความผิดทางเพศ ต้องตรวจผู้เสียหายที่เป็นทั้งหญิงและชาย รวมเพศที่สาม ตำแหน่งของร่างกายที่ต้องตรวจ คือ ตรวจร่างกายทั่วไป ตรวจภายใน ตรวจบริเวณช่องปากและทวารหนัก โดยจำเป็นต้องซักประวัติให้ละเอียดว่ามีการล่วงล้ำผ่านช่องทางใดบ้าง กรณีผู้กระทำเป็นชายใช้อวัยวะเพศล่วงละเมิดชายหรือหญิง ผลการตรวจทางห้องปฏิบัติการ เช่น ตรวจหาตัวอสุจิและเอนไซม์แอสิดฟอสฟาเทส เป็นสิ่งที่พึงกระทำ ส่วนการใช้สิ่งอื่นของร่างกายกระทำต่อผู้อื่น การตรวจบาดแผลมีความจำเป็น และมีความสำคัญมากกว่า

จากที่กล่าวมาจะเห็นว่า การพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีข่มขืนกระทำชำเรา นั้นต้องใช้พยานวัตถุประกอบกับพยานผู้เชี่ยวชาญคือแพทย์เป็นสำคัญ ซึ่งการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายฐานข่มขืนกระทำชำเราที่กำหนดให้ทั้งชายและหญิงเป็นผู้กระทำความผิดและเป็นผู้เสียหาย รวมถึงการเพิ่มเติมลักษณะของการกระทำชำเราให้รวมถึงการกระทำโดยใช้อวัยวะเพศของทั้งชายและหญิงหรือวัตถุอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ทำให้ส่งผลต่อการตรวจหาพยานหลักฐานในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของแพทย์

โดย นายแพทย์ธีรารัง จรรย์เวช แพทย์แผนกนิติเวช โรงพยาบาลรามาริบัติ ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า “การตรวจพิสูจน์ว่าผู้ชายถูกข่มขืนนั้นเป็นเรื่องยากกว่ากรณีหญิงถูกข่มขืนมาก เนื่องจากช่องคลอดของผู้หญิงสามารถเก็บกักอสุจิของฝ่ายชายที่ข่มขืนกระทำชำเราเธอ ในขณะที่อวัยวะเพศของผู้ชายที่ถูกผู้หญิงข่มขืนโดยวิธีปลุกเร้าอวัยวะเพศของเขานั้นอาจเหลือคราบหลังร่วมเพศอยู่เพียงเล็กน้อยหรืออาจหายไปในช่วงแปดสัปดาห์หรือทำความเข้าใจความสะอาดอวัยวะเพศ นอกจากนี้ยังมีอีกวิธีหนึ่งที่ต้องกระทำร่วมกันคือการล้างเพื่อเก็บขนของผู้หญิงที่ติดอยู่บนบริเวณหัวเหน่าของผู้ชายเพื่อนำมาตรวจพิสูจน์ แต่หากเป็นการร่วมเพศทางทวารหนักจะพิสูจน์ได้ง่ายกว่าโดยสามารถเก็บคราบอสุจิที่ค้างอยู่ภายในได้ รวมถึงพิจารณาถึงความบอบช้ำหรือฉีกขาดบริเวณภายนอกและภายในทวารหนัก แต่ความบอบช้ำนั้นก็ไม่สามารถยืนยันได้ว่าเป็นการข่มขืนหรือไม่ เพราะในกรณีที่มีเพศสัมพันธ์อย่างรุนแรงก็อาจทำให้เกิดความบอบช้ำหรือการฉีกขาดได้ ซึ่งกรณีที่ยากที่สุดคือการบังคับให้สำเร็จความใคร่ด้วยปาก เพราะผู้ที่ถูกข่มขืนจะต้องไม่ทำความสะอาดปากก่อนที่จะมาให้แพทย์ตรวจ ซึ่งเป็นไปได้ยากและถึงจะตรวจพบเชื้ออสุจิในช่องปากก็ไม่สามารถยืนยันได้ว่าเป็นการบังคับขืนใจเช่นกัน เนื่องจากประเทศไทยยังไม่เคยมีกฎหมายเอาผิดคนที่ข่มขืนผู้ชายมาก่อน จึงยังไม่รู้ว่าการพิจารณาคดีจะออกมาเป็นอย่างไร แต่ประเทศในแถบตะวันตกนั้นเมื่อพิจารณาจากสถิติแล้วพบว่าคดีประเภทนี้ประมาณ 70 เปอร์เซ็นต์มักจะหลุดในชั้นศาล”

จากปัญหาในเรื่องการพิสูจน์พยานหลักฐานในคดีข่มขืนกระทำชำเราข้างต้นจะเห็นว่าโดยผลจากการแก้ไขบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันก่อให้เกิดปัญหาในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อเอาผิดกับผู้กระทำผิดอย่างไรก็ตามเมื่อบทบัญญัติดังกล่าวมีผลบังคับใช้แล้ว จึงเป็นหน้าที่ที่องค์กรที่เกี่ยวข้องจะต้องร่วมมือกันหาวิธีการที่มีประสิทธิภาพในการตรวจหาพยานหลักฐานต่อไป

4.2.4 ผลกระทบต่อการคุ้มครองเด็กในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 277

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 แก้ไขตามความพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีตนโดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่อง

* คำให้สัมภาษณ์ของนายแพทย์ธีรารัง จรรย์เวช ในหนังสือพิมพ์ผู้จัดการรายวัน วันที่ 20 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2550.

ปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโหมมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต”

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองสมรสกัน ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรส ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป”

จากบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวข้างต้นจะเห็นว่าไม่มีการตัดคำว่า “ซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีตน” ออกไปในขณะที่มาตรา 276 ได้ตัดข้อความดังกล่าวไปแล้ว ปัญหาที่เกิดขึ้นคือกรณีเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีและศาลอนุญาตให้ทำการสมรสได้ หากคู่สมรสของเด็กได้กระทำชำเราเด็กโดยเด็กยินยอม การกระทำดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 277 แต่หากคู่สมรสของเด็กได้ข่มขืนกระทำชำเราโดยเด็กนั้นไม่ยินยอม ซึ่งตามความเป็นจริงแล้วหากเด็กไม่ยินยอม การกระทำควรจะเป็นความผิด แต่จากบทบัญญัติกฎหมายมาตรา 277 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีตน.....” ทำให้กรณีคู่สมรสเด็กที่กระทำชำเราโดยเด็กไม่ยินยอมไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเพราะเด็กนั้นเป็นสามีหรือภริยาของผู้กระทำ อันถือเป็นเรื่องที่ขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างมากเพราะแท้จริงแล้วแต่เดิมบทบัญญัติมาตรา 277 นั้นมีเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองเด็ก ซึ่งมีวัยวุฒิและคุณวุฒิอ่อนด้อยกว่าผู้ใหญ่ ซึ่งจะเห็นได้ว่าโดยผลของบทบัญญัติมาตรา 277 (ที่แก้ไขใหม่) ทำให้เด็กได้รับความคุ้มครองน้อยกว่าผู้ใหญ่ ในกรณีที่ผู้ถูกกระทำเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีและศาลได้อนุญาตให้ทำการสมรสได้ หากคู่สมรสของเด็กกระทำชำเราเด็กโดยเด็กยินยอม การกระทำก็ไม่มีผิดทั้งตามหลักความจริงและตามหลักกฎหมาย แต่หากคู่สมรสของเด็กกระทำชำเราเด็กโดยเด็กไม่ยินยอม ตามหลักความจริงแล้วการกระทำเช่นนี้ควรจะเป็นความผิด แต่เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายแล้วจะพบว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมิใช่

ภริยาหรือสามีตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม...” ดังนั้นกรณีตามปัญหา คู่สมรสของเด็ก แม้ว่าจะกระทำชำเราเด็กโดยที่เด็กไม่ยินยอมก็จะเป็นความผิดฐานนี้เพราะเด็กเป็นภริยาหรือสามีของผู้กระทำ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวอาจเกิดผลประหลาดในทางปฏิบัติ

ในประเด็นนี้ได้มีนักวิชาการให้ความเห็นว่า “ตามกฎหมายใหม่ การข่มขืนกระทำชำเราภริยาที่อายุเกินสิบห้าปีแล้วเป็นความผิด สามีอาจติดคุก แต่หากข่มขืนกระทำชำเราภริยาเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปี ไม่มีความผิดเพราะมาตรา 277 ที่แก้ไขใหม่ยังคงมีข้อความว่า ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่หรือสามีภริยาตน.....”²¹ และผลในกรณีคู่สมรสของเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีร่วมประเวณีกับเด็กโดยที่เด็กไม่ยินยอมนั้น ผลจะเป็นเช่นไร ในเรื่องนี้มีนักวิชาการให้ความเห็นว่า “หากเด็กผู้ถูกกระทำเป็นคู่สมรสของผู้กระทำและเด็กผู้ถูกกระทำไม่ยินยอม เช่น ชายกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งเป็นคู่สมรสของชาย (โดยศาลอนุญาตให้ทำการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1448) โดยเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม การกระทำของชายไม่เป็นความผิดตามมาตรา 277 อย่งไรก็ตามการกระทำดังกล่าวก็ครบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 276 ดังนั้นชายก็ผิดมาตรา 276 ได้ แม้ว่าจะไม่ผิดมาตรา 277 ก็ตาม ข้อสำคัญคือ เด็กหญิงซึ่งเป็นคู่สมรสนั้นต้องไม่ยินยอม หากยินยอมให้ชายกระทำแล้วชายก็ไม่ผิดมาตรา 276 (เพราะจะผิดมาตรา 276 ผู้กระทำจะต้องไม่ยินยอม) และชายก็ไม่ผิดมาตรา 277 เพราะเด็กหญิงเป็นคู่สมรสของชาย แม้ว่าการกระทำตามมาตรา 277 จะไม่คำนึงถึงความยินยอมของเด็กผู้กระทำก็ตาม เพราะการกระทำจะผิดมาตรา 277 ผู้กระทำจะต้องไม่ใช่คู่สมรสของผู้กระทำ”²²

4.2.5 ผลกระทบต่อความสัมพันธ์ของกฎหมายในการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร

เนื่องจากสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปในปัจจุบันส่งผลให้ความผิดเกี่ยวกับเพศในรูปแบบอื่นๆ นอกจากการร่วมประเวณีระหว่างชายและหญิงตามธรรมชาติเป็นปัญหาที่ทวีความรุนแรงมากขึ้น ปัญหาร่วมเพศมีให้เห็นโดยทั่วไปทำให้เกิดแนวความคิดในการแก้ไขบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเพื่อให้คุ้มครองการข่มขืนกระทำชำเราทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการข่มขืนระหว่างเพศเดียวกันหรือการใช้วัตถุอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือปากของผู้อื่นจนกระทั่งมีการประกาศใช้บทบัญญัติมาตรา 276 (แก้ไขเพิ่มเติม)

²¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “หญิงข่มขืนชาย...กฎหมายสะท้อนอารมณ์”, วารสารกฎหมายใหม่ ปีที่ 5 (ฉบับที่ 86 , สิงหาคม 2550) : หน้า 58-61.

²² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2 , หน้า 311-312.

อย่างไรก็ตามในประมวลกฎหมายอาญายังมีบทบัญญัติอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั่นคือความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ” ซึ่ง “การกระทำอนาจาร” ได้แก่ การกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ โดยกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายโดยตรง เช่น จับมือ ดึงแขน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547) หรือ กอด ปล้ำ สัมผัสจับต้องอวัยวะเพศอย่างหนึ่งอย่างใดของหญิง เช่น จับหน้าอก (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1316/2508) หรือลูบบริเวณแขน หัวไหล่ หน้าท้องซึ่งเป็นการใช้แรงกายภาพถือได้ว่าใช้กำลังประทุษร้าย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7631/2549) หรือแม้จะให้ผู้อื่นกระทำต่อตนเอง ก็เป็นการกระทำอนาจารต่อผู้อื่นนั้นได้ เช่น ก. บังคับให้ ข. จับของลับของ ก. เอง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2693-2695/2516) โดยบุคคลผู้ถูกกระทำตามมาตรานี้อาจไม่ต้องเป็นหญิง อาจเป็นการกระทำของชายต่อชายก็ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 509/2529) แม้กระทำในที่ลับก็เป็นการอนาจาร (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1627/2539) โดยหากเป็นการกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่า 15 ปีจะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 แต่หากเป็นการกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี การกระทำจะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตามต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

ทั้งนี้ จะเห็นว่าการกระทำอนาจารเป็นความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือถ้าผู้กระทำมีเจตนากระทำชำเรา หากการเคลื่อนไหวร่างกายนั้นถึงขั้นลงมือกระทำชำเราแล้ว แต่กระทำไปไม่ตลอด ผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา แต่หากการเคลื่อนไหวร่างกายนั้นยังไม่ถึงขั้นลงมือกระทำชำเรา ก็อาจเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารสำเร็จก็ได้ เพราะการแตะเนื้อต้องตัวเพียงเล็กน้อยก็เป็นความผิดฐานอนาจารสำเร็จได้แล้ว และการที่จะกระทำชำเราก็ก่าต้องมีการแตะต้องเนื้อตัวร่างกายอีกฝ่ายเป็นธรรมดา ทั้งเจตนากระทำชำเราก็คือเจตนากระทำอนาจารอย่างหนึ่งนั่นเอง²³ แต่เดิมก่อนมีการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 276 วรรคสองในส่วนของคำนิยามของคำว่ากระทำชำเรานั้น การพิจารณาว่าความผิดฐานกระทำอนาจารสำเร็จต้องเป็นการกระทำแค่ไหน เพียงใดนั้นไม่มีปัญหา ทั้งนี้ศาลฎีกาได้วาง

²³ จิน ดารา , “ข่มขืนกระทำชำเรา”, บทบัญญัติ, 25, (มกราคม 2511) : 66.

บรรทัดฐานตลอดมาว่าการกระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ เพียงแต่กอดจูบ ลูบคลำ และต้องเนื้อตัวร่างกายในทางไม่สมควรก็เป็นการอนาจารแล้ว (คำพิพากษาฎีกาที่ 2049/2550) จนกระทั่งมีการเพิ่มเติมลักษณะของการกระทำซ้ำเราตามมาตรา 276 (แก้ไขปรับปรุง) จึงถือเป็นการส่งผลต่อการกำหนดขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 2439/2521 นอนกับเด็กอายุ 8 ปีถอดกางเกงเอา อวัยวะสืบพันธุ์ที่มแทงอวัยวะสืบพันธุ์เด็กสองครั้ง เด็กเจ็บร้องขึ้นจึงกลับไป เป็นเพียงตั้งใจทำ อนาจารผิดตามมาตรา 279 วรรคสอง และคำพิพากษาฎีกาที่ 3752/2540 จำเลยดึงกางเกง ผู้เสียหายลงมาถึงหน้าแข้งแล้วใช้นิ้วแหย่เข้าไปในช่องคลอดผู้เสียหายโดยผู้เสียหายไม่ยินยอม แม้ เป็นวิธีกระทำอนาจาร แต่ก็เป็นการใช้แรงกายภาพ เป็นการกระทำอนาจารโดยใช้กำลังประทุษร้าย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 279 วรรคสอง

จากคำพิพากษาฎีกาข้างต้นจะเห็นว่าวิธีการกระทำโดยการใช้อวัยวะสืบพันธุ์หรือใช้นิ้วเข้าไปในอวัยวะเพศผู้เสียหาย ศาลตัดสินว่าเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร แต่หากข้อเท็จจริง ดังกล่าวได้เกิดขึ้นภายหลังการบังคับใช้บทบัญญัติมาตรา 276 (แก้ไขปรับปรุง) การกระทำ ดังกล่าวจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทันที อันส่งผลให้ความผิดฐานกระทำอนาจารตาม มาตรา 278 ไม่มีที่ใช้อีกต่อไป

อย่างไรก็ดีด้วยเหตุผลที่ในปัจจุบันการกระทำความผิดทางเพศที่ไม่ใช่วิธีการปกติหรือที่ไม่ใช่การร่วมเพศระหว่างเพศชายและเพศหญิงโดยธรรมชาติเป็นปัญหาที่นับวันยิ่งจะทวีความรุนแรงมากขึ้นดังจะเห็นได้จากข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำผิดฐานล่วงเกินทางเพศด้วยวิธีการต่าง ๆ แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นด้วยว่าความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นสมควรที่จะถูกแก้ไขเพื่อให้ครอบคลุมถึงการกระทำในลักษณะดังกล่าว แม้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในครั้งนี้ การกระทำเหล่านั้นจะถือว่าเป็นความผิดฐานอนาจารอยู่แล้ว แต่การกระทำอนาจารหมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศด้วยวิธีการต่าง ๆ เช่น กอด จูบ ลูบคลำ ในขณะที่การกระทำบางอย่างนั้นเป็นการล่วงเกินทางเพศที่มีความรุนแรงมากกว่าการกอด จูบ ลูบคลำ เช่น การบังคับให้ผู้เสียหายใช้ปากกับอวัยวะเพศ ซึ่งการกระทำที่รุนแรงเช่นนี้สมควรที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานกระทำอนาจาร เช่นบัญญัติให้การกระทำโดยใช้อวัยวะหรือวัตถุใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น หรือใช้ปากกระทำแก่อวัยวะเพศของผู้อื่น หรือใช้อวัยวะเพศกระทำแก่ปากของผู้อื่น เป็นความผิดต่างหากซึ่งมีโทษสูงกว่าความผิดฐานกระทำอนาจาร ตัวอย่างของการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานอนาจารมีดังนี้

มาตรา 278 “ผู้ใดกระทำอนาจารผู้อื่น โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุก.....

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำโดยใช้อวัยวะหรือวัตถุใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น หรือใช้ปากกระทำแก่อวัยวะเพศของผู้อื่น หรือใช้อวัยวะเพศกระทำแก่ปากของผู้อื่น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุก.....”

มาตรา 279 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่ง ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำโดยมีลักษณะตามมาตรา 278 วรรคสอง ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปีและปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสามแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำที่ประกอบด้วยลักษณะดังที่บัญญัติไว้ในวรรคสองและวรรคสาม ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท”

การพิจารณาความผิดฐานอนาจารว่ากระทำขนาดไหนจะเป็นความผิดสำเร็จนั้นมีปัญหา แต่เนื่องจากนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ใหม่นั้นกว้างและไม่มีความชัดเจนในการตีความในการกำหนดขอบเขตของลักษณะการกระทำว่ากระทำแค่ไหนอย่างไรจะไม่เกินความผิดฐานอนาจาร กล่าวคือ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 เดิมนั้น ได้นิยามว่าการข่มขืนกระทำชำเรานั้นต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศชายของผู้กระทำผ่านช่องคลอดของผู้ถูกระทำ เช่นนี้ก็พอจะทำให้ทราบถึงขอบเขตของลักษณะการกระทำ ปัจจุบันจะเห็นว่า เมื่อการตีความ คำว่า “กระทำกับ” และ “เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ” ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ใหม่นั้นกว้างและไม่มีความชัดเจน จึงทำให้การตีความเพื่อกำหนดขอบเขตของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 ใหม่นั้นคลาดเคลื่อนไม่มีความชัดเจน ซึ่งจะส่งผลต่อความผิดฐานอนาจาร

* บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. เรื่องเสร็จที่ 271-272/2550.

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาและวิเคราะห์สภาพปัญหาและผลกระทบจากการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต่อความผิดฐานอนาจารและผลกระทบที่เกิดขึ้นภายหลังการ บังคับใช้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ผู้เขียนขอสรุปและเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังนี้

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาพบว่าบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยได้มีการ พัฒนาการทางแนวความคิดอยู่หลายครั้งกว่าที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราดังเช่นใน ปัจจุบัน โดยในยุคแรกนั้นเป็นความผิดที่มีได้มุ่งที่จะคุ้มครองผู้หญิงในฐานะที่เป็นผู้เสียหายโดยตรง จากการกระทำผิดแต่เป็นการคุ้มครองผู้ชายที่เป็นเจ้าของผู้หญิงไม่ว่าจะเป็นบิดา หรือสามีจาก การที่บุคคลอื่นล่วงละเมิดผู้หญิงอันเปรียบเสมือนทรัพย์สินทางเพศของตน เนื่องจากในอดีตมีการยก ย่องให้เพศชายมีสถานภาพที่สูงกว่าเพศหญิง ผู้ชายเป็นหัวหน้าครอบครัว มีบทบาทหน้าที่ในการหา เลี้ยงครอบครัว ส่วนผู้หญิงหากยังไม่แต่งงานก็จะอยู่ในความควบคุมดูแลของบิดา หากแต่งงานแล้ว ก็จะอยู่ในความควบคุมดูแลของสามี และมีหน้าที่ในการทำงานบ้าน อบรมดูแลบุตร และดูแลสามี ดังนั้นหญิงจึงเปรียบเสมือนทรัพย์สินของชายผู้ปกครองหรือชายผู้เป็นสามีเท่านั้น

ต่อมาเมื่อสังคมมีความเจริญ สถานภาพและบทบาทของผู้หญิงจึงเปลี่ยนแปลงไป เช่นเดียวกันโดยผู้หญิงเริ่มมีบทบาทในสังคมมากขึ้น ทำให้แนวความคิดที่ว่าผู้หญิงเปรียบเสมือน ทรัพย์สินสมบัติของชายจึงได้เลือนหายไป และแนวความคิดในเรื่องของความเสมอภาคของเพศชาย และเพศหญิงได้เข้ามาแทนที่จึงเริ่มมีแนวความคิดที่จะให้ความคุ้มครองหญิงในความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเรา ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 276 (เดิมก่อนมีการแก้ไขปรับปรุงในพ.ศ. 2550) ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการ ใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้ หญิง เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่ แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท ถ้าการกระทำความผิดตาม วรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้ อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะ เป็นการ โทรมหญิง ต้องระวางโทษ จำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่ หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต” จากบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา

276 ดังกล่าวจะเห็นว่าวัตถุประสงค์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเริ่มเปลี่ยนแปลงจากการคุ้มครองชายผู้เป็นเจ้าของหญิงเป็นการปกป้องคุ้มครองศักดิ์ศรีและเกียรติยศของผู้หญิงโดยตรง แต่ถึงอย่างไรก็ยังคงมีร่องรอยของแนวความคิดในเรื่องผู้หญิงเป็นเสมือนทรัพย์สินสมบัติของผู้ชายหลงเหลืออยู่บ้างจากการที่ไม่มีกฎหมายกำหนดความผิดต่อสามีที่ข่มขืนกระทำชำเราภรรยาตนเอง

จนกระทั่งในปัจจุบันที่ผู้หญิงได้เข้ามามีบทบาทในสังคมเกือบจะเท่าเทียมกับชายทั้งทางด้านเศรษฐกิจ สังคมและการเมือง ทำให้เกิดปรากฏการณ์การเรียกร้องความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงอย่างกว้างขวางทำให้ส่งผลกระทบต่อบริบทสังคมในหลายๆ เรื่องรวมถึงผลกระทบต่อบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาตามความพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 การแก้ไขปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในครั้งนี้มีผลเป็นการขยายขอบเขตความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราออกไปจากเดิมอย่างมากซึ่งสามารถพอจะสรุปประเด็นที่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมได้ดังนี้

1. ความหมายของการกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่ที่มีการเพิ่มเติมเข้าไปว่าหมายความถึง **“การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”** ส่งผลให้การกระทำนอกเหนือจากการร่วมเพศด้วยวิธีการปกติเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

2. ผู้กระทำผิดและผู้เสียหาย ในส่วนของผู้กระทำผิด เมื่อพิจารณาถึงความหมายของการกระทำชำเราแล้ว ไม่เพียงแต่ผู้ชายเท่านั้นที่จะเป็นผู้กระทำผิดฐานนี้โดยตรงได้แต่ผู้หญิงก็อาจเป็นผู้ลงมือกระทำผิดฐานนี้โดยตรงและโดยลำพังได้เช่นเดียวกัน และในส่วนของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้หญิงเท่านั้นเพราะกฎหมายคุ้มครองไปถึงทวารหนักหรือช่องปากด้วย ดังนั้นผู้ถูกกระทำหรือผู้เสียหายตามกฎหมายใหม่จึงอาจเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้โดยอาจเป็นการกระทำต่อเพศเดียวกันก็ได้

3. กรณีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายกระทำชำเราภริยาตน เดิมสามีไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภรรยาตนเอง แต่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่ได้ตัดคำว่า **“ซึ่งมิใช่ภรรยาตน”** ออกไป และใช้คำว่า **“ผู้อื่น”** ส่งผลให้ในปัจจุบันหากสามีข่มขืนกระทำชำเราภรรยาตนเอง สามีก็มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภรรยาตนเองด้วย นอกจากนี้ภริยาก็อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสามีตนเองได้เช่นเดียวกัน

ดังนั้นจะเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในตามความพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 จึงถือเป็นการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดและเจตนารมณ์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่แต่เดิมเป็นความผิดที่

ประสงค์จะคุ้มครองเพศหญิง ซึ่งเป็นเพศที่อ่อนแอจากการถูกใช้กำลังบังคับขู่เข็ญโดยเพศชายที่มีความแข็งแรงมากกว่าเพื่อที่มีเพศสัมพันธ์กับหญิงและเป็นเพศที่ต้องเสี่ยงต่อการตั้งครรภ์เนื่องจากการมีเพศสัมพันธ์ กลายเป็นความผิดที่มุ่งคุ้มครองบุคคลทุกเพศจากการกระทำของบุคคลทุกเพศ ซึ่งทำให้เกิดผลกระทบจากการบังคับใช้กฎหมายหลายประการ ดังนี้

ประการแรก ผลกระทบจากการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จากการแก้ไขเพิ่มเติมคำนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” ตามมาตรา 276 วรรคสอง ว่า “การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” นั้นเป็นการให้นิยามความหมายของการกระทำชำเราอย่างกว้างขวางและครอบคลุมมากยิ่งขึ้น ส่งผลให้การกระทำที่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หมายถึง การใช้อวัยวะเพศผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น และเป็นการให้คำนิยามของการข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้คำว่า “กระทำกับ” อันถือเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักเรื่องคำนิยามของคำว่าข่มขืนกระทำชำเราที่มีมาแต่เดิม

ปัญหาที่ตามมาก็คือตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ใหม่ นั้น ให้คำนิยาม คำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ได้อย่างครอบคลุม แต่ไม่ได้ให้คำนิยามคำจำกัดความของคำว่า “กระทำกับ” ซึ่งคำว่า “กระทำกับ” นั้นมีความหมายกว้างมากจนไม่รู้ว่าจะทำอะไร ทำอย่างไร และต้องทำถึงแค่ไหนจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ นอกจากนี้องค์ประกอบของการกระทำชำเราที่กฎหมายบัญญัติว่าจะต้องเป็นการกระทำเพื่อ “สนองความใคร่ของผู้กระทำ” การกระทำจึงจะเป็นความผิดนั้น หากเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของตัวผู้เสียหายการกระทำย่อมไม่เป็นความผิดเนื่องจากผู้กระทำมิได้กระทำเพื่อสนองความใคร่ของตนเอง ซึ่งจะเห็นว่าการให้คำนิยามความหมายของการกระทำชำเราตามบทบัญญัติมาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่นี้ถือเป็นการเปลี่ยนแปลงและยกเลิกแนวคำพิพากษาฎีกาที่ศาลได้ถือเป็นบรรทัดฐานมาตลอดเกี่ยวกับความหมายของการกระทำชำเรา ส่งผลให้เกิดความคลาดเคลื่อนในการตีความและในการบังคับใช้กฎหมายอาญา มาตราอื่นๆ เช่น ผลกระทบต่อความผิดฐานกระทำอนาจารและผลกระทบต่อความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราด้วย

ประการที่สอง ผลกระทบที่เกิดต่อสถาบันครอบครัว ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 (ก่อนแก้ไขปรับปรุงในพ.ศ. 2550) นั้นวางหลักให้การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องเป็นการกระทำที่กระทำต่อ “หญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน” โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในฐานะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคล

อื่นและต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา ดังนั้นหากผู้ถูกกระทำเป็นหญิงซึ่งเป็นภริยาของผู้กระทำ การกระทำย่อมไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ทั้งนี้ด้วยเหตุผลที่ว่า การสมรสเป็นการ แสดงว่าภริยาได้ให้สิทธิแก่สามีในการที่จะร่วมประเวณีได้ในระหว่างที่เป็นสามีภริยากันอยู่

ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยมีการคำว่า “ซึ่งมิใช่ ภริยาตน” ออกและใช้คำว่า “ผู้อื่น” แทนส่งผลให้กรณีที่มีข่มขืนกระทำชำเราภริยาหรือภริยา ข่มขืนกระทำชำเราสามีเป็นความผิด ซึ่งในประเด็นนี้ได้มีการถกเถียงกันอย่างมากรวมถึงมาจาก หลังกฎหมายมาตรา 1461 วรรคแรกแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันว่าด้วยเรื่อง ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาบัญญัติว่า “สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา” ทั้งนี้การ อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยานั้นมีลักษณะประกอบกันหลายประการ ซึ่งแน่นอนว่าย่อมหมายความว่า ความ รวมถึงการร่วมประเวณีด้วยส่งผลให้แต่เดิมนั้นกรณีสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาจึงไม่ เป็น ความผิด เนื่องจากจารีตประเพณีของสังคมยอมรับว่าการสมรสเป็นการแสดงออกซึ่งความยินยอม ของภริยาที่จะร่วมประเวณีหรือมีเพศสัมพันธ์กับชายผู้เป็นสามี ทั้งนี้เพราะการสมรสระหว่างชายและ หญิงเป็นการประกาศให้สังคมรับรู้และยอมรับการใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายและหญิงอันก่อให้เกิด สถานภาพสามีภริยา รวมถึงความสัมพันธ์ทางเพศและความสัมพันธ์ทางกฎหมาย หรืออาจกล่าวได้ ว่าการสมรสระหว่างชายและหญิงเป็นการตอบสนองความต้องการทางเพศที่ถูกทำนองคลองธรรม ดังนั้นสังคมจึงยอมรับการมีสัมพันธ์ทางเพศระหว่างสามีภริยาว่าเป็นสิ่งที่เหมาะสม ยิ่งไปกว่านั้น พิสูจน์ความยินยอมของภริยาเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยาก ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าจริงอยู่ที่ความเสมอภาคเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิงมีความสำคัญ แต่แท้จริงการบังคับใช้กฎหมายเช่นนี้จะทำให้ การตีความกฎหมายคลาดเคลื่อนและส่งผลกระทบต่อสถาบันครอบครัว

ประการที่สาม ผลกระทบต่อการพิสูจน์พยานหลักฐาน โดยผลจากการแก้ไขเพิ่มเติม บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ส่งผลให้การกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่มีความหมายกว้างกว่าการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายเดิม เพราะตามกฎหมายใหม่ได้มีการ รวมการกระทำที่หญิงกระทำต่อชายหรือชายกระทำต่อชายด้วย ทั้งนี้จากคำนิยามของคำว่ากระทำชำเรา การกระทำจะต้องเป็นการกระทำที่ผู้กระทำต้องใช้อวัยวะเพศของตนกระทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น โดยหากเป็นการกระทำที่ชายกระทำต่อชายจะต้องเป็นการใช้ อวัยวะเพศชายกระทำกับทวารหนักของชาย และยังหมายความว่ารวมถึงการใช้อวัยวะเพศสอดใส่ใน ช่องปากอีกด้วย ส่วนการใช้สิ่งอื่นใดอาจหมายความว่ารวมถึงการใช้อวัยวะเพศเทียมหรือนิ้วมือกระทำ ต่ออวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ทั้งนี้การกระทำดังกล่าวทั้งหมดจะต้องเป็นการกระทำเพื่อ สนองความใคร่ของผู้กระทำ

อย่างไรก็ตามเนื่องจากคดีข่มขืนกระทำชำเรา นั้นมักเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในที่ลับหูลับตาคน ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่ามีเพียงผู้กระทำผิดและผู้เสียหายเท่านั้นที่เป็นผู้รู้เห็นเหตุการณ์ที่แท้จริง แต่อย่างไรก็ตามผู้เสียหายก็อาจไม่ใช่พยานที่มีน้ำหนักน่าเชื่อถือที่สุดในคดีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพราะผู้เสียหายมักสภาพจิตใจที่ผิดปกติเพราะความหวาดกลัวหลังจากที่ตนถูกข่มขืนกระทำชำเราและไม่พร้อมที่จะให้การถึงเหตุการณ์ต่างๆที่เกิดขึ้นได้ ดังนั้นการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีข่มขืนกระทำชำเราจึงจำเป็นต้องอาศัยพยานวัตถุเป็นสำคัญ ซึ่งโดยส่วนใหญ่มักจะมีพยานวัตถุหลงเหลืออยู่มากเพราะพฤติการณ์แห่งคดีมักจะมีการใช้กำลังบังคับอย่างรุนแรงจึงมักจะพบพยานหลักฐานได้จากที่เกิดเหตุ ที่ตัวผู้กระทำผิดหรือแม้แต่ว่าตัวผู้เสียหายเอง เช่นร่องรอยการต่อสู้ขัดขืน รอยเขียวช้ำตามร่างกาย รอยขีดข่วนจากเล็บมือ เศษเนื้อที่ติดอยู่กับเล็บผู้เสียหาย คราบโลหิตตามเสื้อผ้าและเนื้อตัวร่างกาย เป็นต้น ส่วนร่องรอยที่เป็นพยานหลักฐานในการยืนยันถึงการกระทำชำเรา เช่น บาดแผลฉีกขาดของอวัยวะสืบพันธุ์ คราบเลือด คราบอสุจิ เส้นขนอวัยวะเพศ ซึ่งเหล่านี้ล้วนบ่งชี้ว่ามีการข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่ อย่างไรก็ตามพยานวัตถุดังกล่าวเหล่านี้ไม่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ในการพิจารณาคดีได้ทันทีแต่ต้องใช้ผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญตรวจสอบพิสูจน์พยานเหล่านี้ด้วยวิธีการทางวิทยาศาสตร์หรือพยานทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งเป็นพยานหลักฐานที่ศาลรับฟัง โดยการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีข่มขืนกระทำชำเราจำเป็นต้องใช้พยานวัตถุประกอบกับพยานผู้เชี่ยวชาญคือแพทย์เป็นสำคัญ ซึ่งการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่กำหนดให้ทั้งชายและหญิงเป็นผู้กระทำผิดและผู้เสียหาย รวมถึงการเพิ่มเติมลักษณะการกระทำชำเราให้รวมถึงการกระทำโดยใช้อวัยวะเพศของทั้งชายและหญิงหรือวัตถุอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นทำให้การส่งผลต่อการตรวจหาพยานหลักฐานในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของแพทย์ โดยผลจากการแก้ไขบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้นก่อให้เกิดปัญหาในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อเอาผิดกับผู้กระทำผิด อย่างไรก็ตามเมื่อบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีผลใช้บังคับแล้วจึงเป็นหน้าที่ที่องค์กรที่เกี่ยวข้องจะต้องมีพร้อมมือหาวิธีการที่มีประสิทธิภาพในการตรวจหาพยานหลักฐานต่อไป

ประการที่สี่ ผลกระทบต่อการคุ้มครองเด็กในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 277 จากบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมดังที่ได้กล่าวไปจะเห็นว่า ในมาตรา 277 มิได้มีการตัดคำว่า “ซึ่งมิใช่ภริยาตน” ออกในขณะที่มาตรา 276 ได้ตัดข้อความดังกล่าวออกไปแล้ว ปัญหาที่เกิดขึ้นคือกรณีเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีที่ศาลอนุญาตให้ทำการสมรสในกรณีที่คู่สมรสของเด็กได้กระทำชำเราเด็กโดยเด็กยินยอม การกระทำดังกล่าวไม่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 277 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีตน.....” ทำให้คู่สมรสเด็กที่ข่มขืนกระทำชำเราโดยเด็กไม่ยินยอมไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 เพราะเหตุที่เด็กนั้นเป็นสามีหรือภริยาของผู้กระทำ อันเป็นเรื่องที่ขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างมาก

เพราะแท้จริงแล้วแต่เดิมบทบัญญัติมาตรา 277 ได้ถูกบัญญัติขึ้นโดยมีเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองเด็กที่มีทั้งวัยวุฒิและคุณวุฒิอ่อนด้อยกว่าผู้ใหญ่ ซึ่งจะเห็นได้ว่าโดยผลของบทบัญญัติมาตรา 277 ที่แก้ไขใหม่นี้ทำให้เด็กได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายน้อยกว่าผู้ใหญ่ ผู้เขียนเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้เป็นการส่งผลให้เจตนารมณ์ของกฎหมายบิดเบือนไป

ประการสุดท้าย ผลกระทบต่อความสัมพันธ์ของกฎหมายในการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยเหตุที่ในปัจจุบันการกระทำความผิดทางเพศที่มีใช้การกระทำด้วยวิธีการปกติหรือที่มีใช้เพศชายร่วมเพศกับเพศหญิงด้วยวิธีการตามธรรมชาตินั้นถือเป็นปัญหาที่นับวันจะทวีความรุนแรงมากขึ้น ดังจะเห็นได้จากข่าวสารเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศด้วยวิธีการต่างๆ แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นด้วยว่าในส่วนของความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นสมควรที่จะถูกแก้ไขเพื่อให้ครอบคลุมถึงการกระทำกระทำในลักษณะดังกล่าว ถึงแม้ว่าก่อนที่จะมีการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา การกระทำล่วงเกินทางเพศในลักษณะดังกล่าวจะได้อ้างอิงเป็นความผิดฐานอนาจาร แต่การกระทำอนาจารตามแนวคำพิพากษากฎีกานั้น หมายความว่าไม่สมควรทางเพศด้วยวิธีการต่างๆ เช่น กอด จูบ จูบ คล้ำ ไปจนถึงการบังคับให้ผู้เสียหายใช้ปากกับอวัยวะเพศหรือกระทำที่มีการล่วงล้ำอวัยวะเพศ ซึ่งการกระทำที่ลักษณะรุนแรงดังกล่าวย่อมส่งผลต่อสภาพจิตใจของผู้เสียหายทำนองเดียวกับการถูกกระทำชำเรานั่นเอง ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าหากจะมีการลงโทษผู้กระทำความผิดสำหรับการกระทำดังกล่าวนั้นสมควรที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานอนาจารมากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ยกตัวอย่างเช่น การบัญญัติให้การกระทำโดยใช้อวัยวะหรือวัตถุอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนัก หรือ การใช้อวัยวะเพศกระทำแก่ปากของผู้อื่นตามบทบัญญัติมาตรา 276 ที่แก้ไขเพิ่มเติมนั้นทำให้เกิดความสับสนว่าการกระทำเพียงใดถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือเป็นเพียงการอนาจารซึ่งในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวจะก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายระหว่างความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานอนาจาร

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาและการวิเคราะห์สภาพปัญหาและผลกระทบภายหลังการบังคับใช้บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่แก้ไขใหม่ตามพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหา ดังนี้

5.2.1 ควรให้มีการยกเลิกคำนิยาม “กระทำชำเรา” ตามมาตรา 276(แก้ไขใหม่) ทั้งเพื่อให้มีความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมาย โดยกลับมาใช้คำนิยามเดิมที่ศาลฎีกาได้เคยใช้ในการตีความความหมายของการ “กระทำชำเรา” ในการตีความการกระทำที่เป็นการข่มขืนกระทำ

ซ้ำเราสำเร็จ อันใดแก่ การที่อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง อย่างไรก็ตามสำหรับการกระทำใน ลักษณะอื่นนอกเหนือจากการร่วมประเวณีด้วยวิธีการปกติ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำระหว่างผู้ชายกับผู้ชาย หรือผู้หญิงกับผู้หญิง หรือผู้หญิงกระทำกับผู้ชาย หรือผู้ชายกระทำกับผู้หญิงโดยช่องทางอื่นนอกจากอวัยวะเพศหญิง หรือการกระทำโดยใช้วัตถุอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวถือเป็นปัญหาสังคมที่นับวันจะทวีความรุนแรงมากขึ้น สมควรที่จะมีการแก้ไขปรับปรุงความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญาให้ครอบคลุมถึงการกระทำดังกล่าวโดยเฉพาะ ดังนั้นเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงควรจะมีการกำหนดฐานความผิดขึ้นมาใหม่โดยเฉพาะเพื่อให้ครอบคลุมการกระทำเหล่านี้แยกต่างหากจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ทั้งนี้เพื่อความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมาย

5.2.2 ควรให้มีการยกเลิกบทบัญญัติที่กำหนดให้กรณีสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยา หรือกรณีภริยาข่มขืนกระทำชำเราสามีเป็นความผิด ทั้งนี้เพราะแต่เดิมการกระทำที่จะถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นต้องพิจารณาความยินยอมของฝ่ายหญิงเป็นสำคัญและข้อเท็จจริงเป็นการยากที่จะพิสูจน์ความยินยอมในการร่วมประเวณีระหว่างคู่สมรส อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในปัจจุบันนั้นกรณีสามีเป็นข่มขืนกระทำชำเราภริยาเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่อาจยอมรับได้ โดยมีผู้หญิงหลายคนที่กำลังประสบปัญหานี้ ดังนั้นในการกำหนดให้สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาโดยภริยาไม่ยินยอมนั้นเป็นเรื่องสมควร แต่ทั้งนี้เพื่อความเหมาะสมสมควรจะแยกความผิดดังกล่าวออกมาจากบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกรณีทั่วไปและควรจะมีการกำหนดเงื่อนไขลงไปให้ชัดเจนว่าต้องเป็นการกระทำในขณะที่เป็นโรคติดต่อร้ายแรงอันอาจเป็นภัยแก่อีกฝ่ายหนึ่ง หรือกระทำในขณะที่แยกกันอยู่โดยความสมัครใจของทั้งสองฝ่ายด้วยสาเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันได้โดยปกติสุข หรือแยกกันอยู่ตามคำสั่งของศาลซึ่งเป็นเหตุอย่างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 มากำหนดเป็นเงื่อนไขให้ผู้กระทำรับโทษ ทั้งนี้อาจกระทำโดยแยกบทบัญญัติความผิดออกมาเป็น มาตรา 276/1 เพื่อความชัดเจนในการกำหนดองค์ประกอบของการกระทำแยกต่างหากจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกรณีทั่วไป

5.2.3 ปัญหากรณีการข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี โดยที่เป็นเด็กนั้นเป็นคู่สมรสของผู้กระทำซึ่งตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่ไม่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากบทบัญญัติมาตราดังกล่าวยังคงไว้ซึ่งคำว่า “ซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน” อยู่อาจแก้ไขได้ด้วยการบัญญัติให้การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 กรณีที่ผู้ถูกกระทำ เป็น เด็ก อายุไม่เกิน 15 ปี ถือเป็นเหตุเพิ่มโทษของมาตรา 276 ส่วนความผิดมาตรา 277 ก็บัญญัติให้เป็นความผิดเฉพาะกรณีที่เป็นการกระทำชำเราเมื่อเด็กยินยอม ซึ่งจะทำการข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี แม้ว่าเด็กนั้นจะเป็นคู่สมรสของผู้กระทำก็ยังคงเป็นความผิดตามมาตร 276 เพราะบทบัญญัติมาตรา 276 ที่ได้ตัดคำว่า “ซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน” ออกไปแล้วจะทำให้กฎหมายมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

5.2.4 ควรที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานกระทำอนาจาร เช่นบัญญัติให้การกระทำโดยใช้อวัยวะหรือวัตถุใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น หรือใช้ปากกระทำแก่อวัยวะเพศของผู้อื่น หรือใช้อวัยวะเพศกระทำแก่ปากของผู้อื่น เป็นความผิดต่างหากซึ่งมีโทษสูงกว่าความผิดฐานกระทำอนาจาร ตัวอย่างของการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานอนาจารมีดังนี้

มาตรา 278 “ผู้ใดกระทำอนาจารผู้อื่น โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุก.....

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำโดยใช้อวัยวะหรือวัตถุใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น หรือใช้ปากกระทำแก่อวัยวะเพศของผู้อื่น หรือใช้อวัยวะเพศกระทำแก่ปากของผู้อื่น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุก.....”

ทั้งนี้เพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่น เช่น การใช้อวัยวะเพศ อวัยวะอื่น ๆ หรือวัตถุต่าง ๆ สวมใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนัก หรือ ใช้วิธีการอื่นทั้งนี้เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำหรือของผู้อื่น จนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำได้รับการกระทบกระเทือนทั้งทางร่างกายหรือจิตใจ

ศูนย์วิทยทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์. พระเจ้าลูกยาเธอ, กฎหมายลักษณะฉ้อโกง, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์กองหลวง, ร.ศ. 120.

กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์. พระเจ้าลูกยาเธอ, พระราชบัญญัติในปีตยุบัน, กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ กองหลวง, ร.ศ. 120.

ก่อ สวัสดิพานิชย์. ความสัมพันธ์ในครอบครัว. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์, 2519.

กิตติศักดิ์ ปภากิตติ. ตำนานรักร่วมเพศ. วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 13 ฉบับที่ 2 (2526) : 15-20.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10.

กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีรวิสาหการพิมพ์, 2550

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ :

ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีรวิสาหการพิมพ์, 2550.

คุณพล จันทรหอม , วิเคราะห์กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 : ศึกษากระบวนการร่างกฎหมาย

และประเด็นความรับผิดชอบในทางอาญา, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.

คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 6, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.

จิตติ ดิงศภัทย์. กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1, กรุงเทพฯ : จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษา

กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543.

จิตติ ดิงศภัทย์. ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด. วารสารกฎหมาย. ปีที่ 3 ฉบับที่ 2, (2520) : 60-70.

จิน ดารา. ข่มขืนกระทำชำเรา. บทบัญญัติ, 25, ตอนที่ 1 (มกราคม 2511) : 18-26.

เจนณรงค์ สมเสถียร. ความรับผิดชอบทางอาญาในความผิดฐานข่มขืนศึกษากรณีสามีข่มขืนภรรยาของตน.

วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.

ฉัตรสุมาลย์ กบิลสิงห์. ภาพลักษณ์ของสตรีอินเดีย : มานวธรรมศาสตร์. วารสารอินเดียศึกษา,

ฉบับที่ 4, (2542) : 19-30.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 6, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. การพยายามข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร. รพีสาร

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2527) : 20-56.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 17 แก้ไขเพิ่มเติม, กรุงเทพฯ :

บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2547.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. หญิงข่มขืนชาย กฎหมายสะท้อนอารมณ์, มติชนรายวัน, (26 กรกฎาคม 2550) : 7.

ธานินทร์ ภัยวิเชียร. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา, วารสารนิติศาสตร์ เล่ม 2 ตอน 4, (2514) : 71-79.

บรรเจิด สิงคนenti. โครงการเฉลิมพระเกียรติสภานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พุทธศักราช 2540 หลักความเสมอภาค, กรุงเทพฯ : องค์การคุรุสภา, 2543.

บรรเจิด สิงคนenti. หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ,

พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2547.

บุญสวย เชิดเกียรติกุล, นพ. ข่มขืนกระทำชำเรา. วารสารอัยการ 3 (มีนาคม 2523) : 16-25.

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวล

กฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. เรื่องเสร็จที่ 271-272/2550.

ประสิทธิ์ พัฒนอมร, ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต บัณฑิต

วิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522.

พระองค์เจ้าพีพัฒน์ศักดิ์. พระเจ้าลูกยาเธอ, ว่าด้วยกฎหมาย, พิมพ์ในงานศพ นายแสวง เตชะยานนท์,

พระนคร : โรงพิมพ์บรรหาร, 2507.

พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118, ราชกิจจานุเบกษา, 9 เมษายน, ร.ศ. 118.

พระอินทปรีชา (เหยียน เลขวนิช). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญาภาค 2 ตอน 2 เล่ม 3, พระนคร :

โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2468.

มัทยา จิตติรัตน์. เอกสารประกอบคำบรรยายกฎหมายอาญาหลักทั่วไป, โครงการตำราคณะ

นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, กรุงเทพฯ : บริษัทธรรมสาร จำกัด

, 2538.

วิชา มหาคุณ. วิวัฒนาการของกฎหมายไทยสมัยชุมชนบุพกาล-สมัยกรุงศรีอยุธยา, วารสารกฎหมาย,

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 3 ฉบับที่ 1 (มกราคม-เมษายน 2520) : 1-10.

สุชาย จอแก้ว. ระวัง...เรื่องเพศ(ตอน 2) ข่มขืนอย่างไร ไม่ต้องติดคุก, จุดนิติ ปีที่ 4 ฉบับที่ 6

(พฤศจิกายน-ธันวาคม 2550) : 38-45.

สุชีลา ตันชัยนันท์. ข่มขืน : ปัญหาความรุนแรงทางเพศ, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์พลี, 2535.

สุชีลา ตันชัยนันท์. เศรษฐศาสตร์การเมืองว่าด้วยวิถีวิเคราะห์ปัญหาข่มขืนและรูปแบบความรุนแรง

ทางเพศ, วารสารเศรษฐศาสตร์การเมือง 4, (2528) : 47-51.

สุปัน พูลพัฒน์. คำอธิบายเรียงมาตรา ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2-3 ความผิด-โทษ มาตรา 276 ถึง มาตรา 398 ประกอบด้วยคำพิพากษากฎีกา พ.ศ. 2500 ถึง พ.ศ. 2535, กรุงเทพฯ :
สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2537.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญาภาค 2-3, ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ ,บรรณาธิการ,พิมพ์ครั้งที่ 10
ปรับปรุงใหม่, กรุงเทพฯ ฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544.

หยุด แสงอุทัย. บุคคลที่ไม่สามารถเป็นตัวการได้ในทางอาญา,บทบัญญัติ, เล่ม 20 ตอน 4, (2512) : 8-16.
ยศ สันตสมบัติ. มนุษย์กับวัฒนธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 3 , กรุงเทพฯ ฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์, 2544.

วิชณุ เครื่องงาม. ความยินยอม-ยอมความตามกฎหมายอาญา สหรัฐอเมริกา, วารสารกฎหมาย, ปีที่ 1,
ฉบับที่ 2, (2517) : 10-18.

อัมพร แจ่มสุวรรณ. ชมขึ้นกระทำซ้ำเรา: บทบาทของแพทย์ตามกฎหมายใหม่, คลินิก , เล่มที่ 24,
ปีที่ 7 (ก.ค. 2551) : 51- 65.

ภาษาอังกฤษ

Facts on File Groth, A Nicholas and Birnbaum, H.Jean, Men Who Rape : The Psychology
of the Offender , New York : Planum,1980.

Jame Leslie McCary, Sex in Later Year, in Human Sexuality New York : D. Van Nostrand
Company, 1973.

J.C. Smith and Brian Hogan, Criminal law. 3rd ed. London: Butterworths, 1973.

Martin H. and Gareth B., Transsexual Rape-A Loophole Closed. Criminal Law Review
,1997.

Walker , Richard, The Family Guide to Sex and Relationship. New York : Macmillan
,1996.

Wayne R.La Fave and Austin W.Scott, Criminal law .(Minnesota: West Publishing Co.,
1972.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

ชื่อ – นามสกุล	นางสาวศิวดี เกิดเจริญ
วันเดือนปีเกิด	วันที่ 22 มกราคม พ.ศ. 2526 ที่กรุงเทพมหานคร
สำเร็จการศึกษา	ระดับมัธยมศึกษาจากโรงเรียนสตรีวิทยา กรุงเทพมหานคร ปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต เกียรตินิยม จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปีการศึกษา 2545
ปัจจุบัน	ได้เข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย