

บทที่ 3

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร หลังปฏิรูประบบการศาลในปี พ.ศ. 2444

ในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ประเทศไทยต้องเผชิญกับปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ส่งผลให้มีการปฏิรูประบบการศาลในปี พ.ศ. 2444 และปฏิรูประบบกฎหมาย ทำให้มีการร่างประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ขึ้นมาใช้ ส่งผลให้บทบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจารที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะศั้วเมีย ในกฎหมายตราสามดวง และพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ยกเลิกทุกมาตรา และมาใช้ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และเมื่อปรับปรุงกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้สืบทอดบทบัญญัติเข้าสู่ประมวลกฎหมายอาญา

3.1 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

3.1.1 แนวความคิดในการบัญญัติกฎหมาย

หลังจากที่พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช รัชกาลที่ 1 ทรงโปรดเกล้าฯ ให้ชำระสะสางกฎหมายตราสามดวง เมื่อปี พ.ศ. 2347¹ แล้วนั้น กฎหมายตราสามดวงก็ยังคงใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะสภาพสังคมและวัฒนธรรมไทยยังไม่มีเปลี่ยนแปลงที่เห็นได้ชัดเจน จนกระทั่งถึงรัชกาลพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 (พ.ศ. 2394 – 2411) และในสมัยต่อมาคือ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ประเทศไทยเริ่มมีการติดต่อกับประเทศตะวันตกตามความเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์โลก ทำให้เกิดปัญหาคนในบังคับ และเรื่องสิทธิสภาพ

¹ ธงทอง จันทรางศุ, กฎหมายไทยในยุครัตนโกสินทร์ตอนต้น, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529), หน้า 5.

นอกอาณาเขตส่งผลให้ประเทศไทยต้องเปลี่ยนแปลงระบบกฎหมาย² และจัดทำกฎหมายลักษณะอาญาเสร็จเป็นฉบับแรก ประกาศใช้เมื่อ ร.ศ. 127³

จากการศึกษาของกนิษฐา ชิตช่วง ในเรื่องมูลเหตุของการปฏิรูปกฎหมายในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พบว่ามีมูลเหตุของการปฏิรูปดังนี้⁴

1. การคุกคามประเทศไทยด้วยลัทธิจักรวรรดินิยมของประเทศมหาอำนาจตะวันตกอันนำมาสู่การลงนามสนธิสัญญาทางไมตรีและการค้าในลักษณะเสียเปรียบและที่สำคัญคือการสูญเสียเอกราชทางการศาล
2. การแผ่ขยายลัทธิจักรวรรดินิยมของประเทศมหาอำนาจตะวันตกต่อภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้และสามารถโค่นล้มมหาอำนาจเก่าในภูมิภาคนี้ลงได้ ช่วยส่งผลให้ผู้ปกครองประเทศไทยตระหนักถึงความเป็นมหาอำนาจของประเทศตะวันตกและเต็มใจที่จะรับวิทยาการตะวันตกด้านต่าง ๆ ที่มีประสิทธิภาพดีกว่าแนวความรู้แบบเก่า
3. การรับวิทยาการตะวันตกนำไปสู่การปรับเปลี่ยนวิถีคิดในหมู่ชนชั้นนำของประเทศจนเห็นความจำเป็นที่จะต้องปรับเปลี่ยนระบบการปกครอง ระบบราชการ ระบบสังคม และวัฒนธรรมให้ทันสมัยตามแบบตะวันตก ซึ่งรวมทั้งการปฏิรูประบบกฎหมายด้วย

² วิชา มหาคูณ, ประวัติศาสตร์กฎหมายและภาษากฎหมายไทย, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), หน้า 26.

³ "กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127," ราชกิจจานุเบกษา (ฉบับพิเศษ), 25 (1 มีนาคม ร.ศ. 127): 207 – 210.

⁴ กนิษฐา ชิตช่วง, "มูลเหตุของการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127," (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะศิลปศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532), หน้า 12 – 48.

4. การขยายตัวของระบบเศรษฐกิจไทย ทำให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ตามมา โดยเฉพาะปัญหาการกระทำผิดอาญา และคดีชั้นศาลมีมากขึ้น ทำให้คดีค้างชำระในศาลมีเป็นจำนวนมากเพราะขาดกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่มีประสิทธิภาพ

5. การปรับตัวเข้าสู่รัฐสมัยใหม่ และความต้องการกฎหมายสมัยใหม่ เพื่อยุทธฐานะของประเทศให้ทัดเทียมกับอารยประเทศ

ส่วนมูลเหตุของการบัญญัติกฎหมายลักษณะอาญา ประกอบด้วย⁵

1. ปัญหาความไม่เหมาะสมของกฎหมายตราสามดวงซึ่งเกิดจากสาเหตุหลายประการ คือ

1) ไม่มีการแบ่งเป็นความแพ่ง ความอาญาให้ชัดเจน ทั้งนี้เนื่องจากไม่มีหลักการพิจารณาว่าความใดเป็นความแพ่งและความใดเป็นความอาญา

2) การระบุโทษไม่ชัดเจนและไม่เหมาะสม มีกฎหมายบางลักษณะที่มีการลงโทษผู้กระทำผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญาปะปนกัน

3) การบัญญัติประเภทของความคิดไม่เป็นแบบสากล

4) บทบัญญัติกฎหมายไม่สามารถใช้ครอบคลุมถึงการกระทำผิดใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้นได้

5) การบังคับใช้กฎหมายไม่สามารถใช้ได้ทั่วประเทศเพราะกฎหมายมีความไม่ชัดเจน และไม่มีมาตรฐานเดียวกัน ทำให้ชาติตะวันตกเลือกใช้กฎหมายของชาติตนจากการขอใช้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตโดยไทยยินยอมให้

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 71 - 102.

2. ปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต

1) การให้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตแก่ชาติตะวันตก ทำให้ผู้ปกครองไทยไม่สามารถใช้กฎหมายไทยควบคุมความประพฤติของคนในชาติตะวันตกได้ จึงรู้สึกว่าคุณเสียอำนาจอธิปไตย

2) ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการดำเนินงานของพนักงานฝ่ายไทย คือ ไม่สามารถจับกุมผู้กระทำความผิดที่อยู่ในบังคับของชาติตะวันตกโดยพลการได้ ซึ่งจะต้องได้รับความเห็นชอบจากกงสุลของชาติตะวันตกนั้นก่อน การจะส่งฟ้องคดีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับคนในบังคับของชาติตะวันตกจะต้องทำตามแบบแผนของกฎหมายประจำชาติที่แตกต่างกัน และเมื่อเกิดปัญหาที่ต้องตัดสินด้วยกฎหมายร่วมกันทำให้เกิดความขัดแย้ง ประเทศตะวันตกไม่ยอมรับกฎหมายไทยเนื่องจากมีแนวความคิดทางกฎหมายแตกต่างกัน

จากมูลเหตุต่าง ๆ ดังกล่าว พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายในปี พ.ศ. 2440 คณะกรรมการประกอบด้วย⁶

1. พระเจ้าลูกเธอกรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เสนาบดีกระทรวงยุติธรรม เป็นประธาน
2. พระเจ้าน้องยาเธอ กรมหลวงพิชิตปรีชากร เคยรับราชการในตำแหน่งเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม
3. นายโรแลง ชัคแมงส์
4. นายริชาร์ด เกริกแพตริก เนติบัณฑิตยประเทศเบลเยียม ที่ปรึกษากฎหมาย
5. นายโตกจิ มาซาโอะ เนติบัณฑิตยประเทศญี่ปุ่น ผู้ช่วยของที่ปรึกษาราชการ
6. นายชเลสเตอร์ เนติบัณฑิตยประเทศเบลเยียม

คณะกรรมการชุดนี้ตรวจพระราชกำหนด บทพระอัยการเก่าและใหม่ และรวบรวมพระราชกำหนด บทพระอัยการเรียบเรียงเป็นร่างขึ้น แต่ยังมีได้ตรวจชำระได้เพียงแต่รวบรวมศึกษาปัญหาและเรียบเรียงเป็นร่างขึ้นมาเท่านั้น ในปี พ.ศ. 2448 ได้โปรดเกล้าฯ แต่งตั้งคณะกรรมการใหม่อีกชุดหนึ่ง

⁶ พิชานู บุญยง, "การตรวจชำระและร่างกฎหมายในกรุงสยาม," แปลโดย วิษณุ วัลญญูวารสารนิติศาสตร์, 23,1 (2536): 103.

ประกอบด้วย⁷

1. นายออร์ช ปาดู ที่ปรึกษากฎหมาย เป็นประธาน
2. พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์
3. นายวิลเลียม อัลเฟรด คิลเลก (ภายหลังเป็นพระยาอรรถการประสิทธิ์)
4. พระยาอรรถการประสิทธิ์ (ปลื้ม สุจริตกุล) ภายหลังเป็นพระยาสุธรรมมนตรี
5. หลวงสกลสัตยาทร (ทองบุญ บุญยฆานพ ภายหลังเป็นพระยาสศยพรตสุนันท์⁸)

คณะกรรมการชุดใหม่ได้ตรวจชำระแก้ไขร่างเดิมโดยนายออร์ช ปาดู ที่ปรึกษากฎหมายได้มีส่วนอย่างสำคัญในการยกร่างแก้ไขและได้ส่งไปให้กระทรวง ทบวง กรม ที่มีหน้าที่ ปฏิบัติเกี่ยวเนื่องด้วยพิจารณา ต่อมาได้มีการตั้งคณะกรรมการชั้นสูงตรวจร่างกฎหมายลักษณะอาญาขึ้นมาคณะหนึ่ง โดยมีพระเจ้าที่นั่งยาเธอ กรมหลวงดำรงราชานุภาพ เป็นประธาน⁹ ซึ่งเมื่อคณะกรรมการชุดนี้ลงมติรับรองร่างกฎหมาย พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ทรงตรวจแก้ไขด้วยพระองค์เองอีกชั้นหนึ่ง และได้ทรงปรึกษากับที่ประชุมเสนาบดีเมื่อเห็นชอบแล้ว จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ประกาศใช้เป็นกฎหมายเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2451 หรือ ร.ศ. 127 ปราบกฏคำปรารภถึงเหตุผลในการประกาศใช้กฎหมาย ดังข้อความบางตอนว่า⁹

“ ... พระราชกำหนดบทพระอัยการที่ได้ตั้งมาเป็นครั้งเป็นคราวนี้ เมื่อล่วงเวลาช้านานเข้า ก็มีมากมายซับซ้อนกัน เกิดลำบากที่จะพิพากษาอรรถคดี โดยการบ้านเมืองเปลี่ยนแปลงมาพันเหตุ ล่วงสมัยที่ต้องใช้พระราชกำหนดบทพระอัยการที่กระษัตริย์พระองค์แต่ก่อน ๆ ได้ทรงบัญญัติไว้หลายชั่วอายุคนแล้วบ้าง หรือโดยเหตุที่พระราชกำหนดบทพระอัยการเก่าขัดขวางกับที่บรมกระษัตริย์ภายหลังได้ทรงตั้งขึ้นบ้าง ในเวลาเมื่อถึงความลำบากมีขึ้นเช่นนี้ พระเจ้าแผ่นดินจึงโปรดให้ประชุมลูกขุน ณ

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 103.

⁸ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, เอกสารหมายเลข มร. 5 ย./22 เรื่อง ตั้งคณะกรรมการชั้นสูงตรวจปีแนลโคด, 21 ธันวาคม ร.ศ. 125, หน้า 48.

⁹ “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127,” ราชกิจจานุเบกษา (ฉบับพิเศษ), 25 (1 มีนาคม ร.ศ. 127)

ศาลหลวง อันมีตำแหน่งให้ฝ่ายตุลาการตรวจชำระพระราชกำหนดกฎหมาย และทรงพระราชวินิจฉัยให้ยกเลิกบทกฎหมายที่พ้นเวลาแลสมควรจะใช้ออกเสีย คงไว้แต่ที่ยังใช้ได้ จักรเยียบเข้าเป็นลักษณะมีหมวดหมู่และมาตรา ให้คนทั้งหลายรอบรู้บทกฎหมายง่ายขึ้น แลเป็นความสะดวกแก่การพิพากษาอรรถคดีทั้งปวงทั่วไป...ทรงพระราชดำริเห็นว่าถึงเวลาสมควรที่จะต้องตรวจชำระพระราชกำหนดกฎหมายอยู่ด้วยเหตุนี้ประการหนึ่ง

อีกประการหนึ่งในระหว่างตั้งแต่จุลศักราช 1217 ปีเถาะ สัปตศก รัตนโกสินทร์ศก 74 มา กรุงเทพมหานครได้ทำหนังสือสัญญาทรงพระราชไมตรีกับนานาประเทศแลหนังสือสัญญาทั้งปวงนั้นได้ทำตามแบบหนังสือสัญญาที่ฝรั่งได้ทำกับประเทศทางตะวันออก คือ ประเทศเตอร์กี ประเทศจีน แลประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น มีข้อความอย่างเดียวกันที่ยอมให้กงสุลมีอำนาจตั้งศาลพิจารณาแลพิพากษาคดีตามกฎหมายของเขา ... แลต่างมีความประสงค์อย่างเดียวกันที่จะหาอุบายเล็กล้างวิธีศาลกงสุล ต่างประเทศให้คนทั้งหลายไม่ว่าชาติใด ๆ บรรดาอยู่ในประเทศนั้น ๆ ได้รับประโยชน์อยู่ในอำนาจกฎหมายแลอำนาจศาลสำหรับบ้านเมืองแต่อย่างเดียวกัน ...”

สำหรับประมวลกฎหมายที่นำมาเป็นหลักในการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้แก่ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1810 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. 1870 พร้อมทั้งความเห็นทางกฎหมายที่มีต่อประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าว ประมวลกฎหมายอาญาฮังการีว่าด้วยความผิดอุกฤษโทษ และมีรัชโทษ ลงวันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ. 1878 ประมวลกฎหมายอาญาของเนเธอร์แลนด์ ลงวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 1881 ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี ลงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 1880 และประมวลกฎหมายอาญาอียิปต์ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมลงวันที่ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1904 ร่างประมวลกฎหมายอาญาของญี่ปุ่นฉบับปรับปรุงแก้ไข ค.ศ. 1903 และร่างที่ได้ตรวจชำระแล้ว ค.ศ. 1907 แต่อย่างไรก็ตามผู้ร่างก็ไม่ได้ผูกพันที่จะใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับใดฉบับหนึ่งโดยเฉพาะเลย แม้ว่าจะได้มีการเอาแบบอย่างจากประมวลกฎหมายอาญาของอิตาลีและประมวลกฎหมายอาญาของเนเธอร์แลนด์อย่างมากก็ตาม¹⁰

¹⁰ ยอร์ช ปาดูซ์, “บันทึกของนายยอร์ช ปาดู (Georges Padoux) ที่ปรึกษาร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127,” แปลโดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล วารสารนิติศาสตร์, 18,2 (มิถุนายน 2531): 18.

กฎหมายลักษณะอาญาได้แบ่งออกเป็น 2 ภาค ตามแบบอย่างของประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นและเบลเยียม¹¹ คือ แบ่งเป็นภาค 1 ว่าด้วยข้อบังคับต่าง ๆ และภาค 2 ว่าด้วยลักษณะความผิด

ภาค 1 ว่าด้วยข้อบังคับต่าง ๆ โดยแบ่งเป็น 10 หมวด คือ คำอธิบายการใช้กฎหมายลักษณะอาญา อาญาและการลงอาญา เหตุอันควรยกเว้นอาญาหรือลดหย่อนผ่อนอาญา การพยายามกระทำความผิด บุคคลหลายคนทำความผิดอย่างเดียวกัน คนคนเดียวกระทำความผิดอาญาหลายอย่าง ผู้กระทำความผิดหลายอย่างไม่เจ็ดหลาบ กำหนดเวลาที่จะฟ้องความ และที่จะลงโทษในคดีทางอาญา และการร้องขอทรัพย์สินและขอค่าเสียหาย

ภาค 2 ว่าด้วยลักษณะความผิด แบ่งออกเป็น 10 ส่วน ได้แก่ ความผิดฐาน ประทุษร้ายต่อพระเจ้าอยู่หัว แลพระราชอาณาจักร ความผิดเกี่ยวกับการปกครองบ้านเมือง ความผิดที่กระทำให้เสื่อมเสียความยุติธรรม ความผิดต่อศาสนา ความผิดที่กระทำให้เกิดภัยอันตรายแก่บุคคลและทรัพย์สิน ความผิดที่กระทำอนาจาร ความผิดที่ประทุษร้ายแก่ชีวิตและร่างกาย ความผิดที่กระทำให้เสื่อมเสียอิสรภาพ และชื่อเสียง ความผิดที่ประทุษร้ายแก่ทรัพย์สิน และความผิด ที่เป็นลหุโทษ

การแก้ไขเพิ่มเติมความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ปรากฏว่ามีการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งหนึ่ง ในรัชกาลพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาชญา พ.ศ. 2474 ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 19 เมษายน พ.ศ. 2474

ดังนั้น จึงอาจกล่าวสรุปได้ว่า การร่างกฎหมายอาญา ร.ศ. 127 ร่างขึ้น โดยอาศัยแนวความคิดการบัญญัติกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรปที่ใช้ประมวลกฎหมายเป็นหลัก มีการวางหลักบทบัญญัติไว้ในลักษณะทั่วไป แบ่งความผิดเป็นหมวดหมู่ เป็นเรื่อง และมีข้อความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน

¹¹ พัทธินทร ในพรมราช, “ความผิดอาญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน : ศึกษาเปรียบเทียบลักษณะของฐานความผิดตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงจนถึงกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127,” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 40.

สามารถนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอย่างครอบคลุม โดยมีมูลเหตุการยกเว้นมาจากปัญหาความไม่สมบูรณ์ของกฎหมายตราสามดวง และปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต

3.1.2 การจัดประเภทของความผิด

ในส่วนของความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศ จะปรากฏอยู่ในภาคที่ 2 ว่าด้วยลักษณะความผิด ส่วนที่ 6 ว่าด้วยความผิดที่กระทำอนาจาร แบ่งเป็น 2 หมวด หมวดที่ 1 ความผิดฐานกระทำอนาจารอันเกี่ยวแก่สาธารณชน หมวดที่ 2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ได้แบ่งความผิดออกเป็น 7 ฐานความผิด ดังนี้

1. ความผิดฐานเอาสิ่งของลามกออกขายทอดตลาดหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน
2. ความผิดฐานยุยงให้เด็กอายุต่ำกว่าสิบสองขวบให้กระทำชำเราหรืออนาจาร
3. ความผิดฐานชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์
4. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา
5. ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง
6. ความผิดฐานกระทำอนาจารแก่เด็ก
7. ความผิดฐานกระทำอนาจารแก่บุคคล

ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงเฉพาะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานกระทำอนาจาร และความผิดฐานชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์

3.1.3 ลักษณะความผิด

ในส่วนนี้จะได้กล่าวถึง ลักษณะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานกระทำอนาจาร และความผิดฐานชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และเปรียบเทียบลักษณะความผิดกับพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน และพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118

3.1.3.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ปรากฏลักษณะความผิดสองลักษณะ ได้แก่ การข่มขืนกระทำชำเราหญิง ในมาตรา 243 และการชำเราเด็กหญิง ในมาตรา 244 อธิบายได้ดังนี้ คือ

ลักษณะการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง

1. กระทำชำเรา
2. แก่หญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน
3. โดยใช้กำลังอำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญ หรือโดยใช้
4. อุบายหลอกลวงเจตนาร้าย¹²

การกระทำชำเราเป็นการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพตามลักษณะของการร่วมประเวณีอย่าง
ธรรมดา ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะสำเร็จต่อเมื่อของลับของชายล่วงเข้าไปในของลับของหญิง
แม้เพียงเล็กน้อยก็ได้ และต้องเป็นการกระทำแก่หญิงอื่น ถ้าเป็นการกระทำแก่ภริยาของตนเองจะไม่ผิด
เพราะธรรมชาติของการเป็นสามีภริยาจะย่อมจะต้องมีการร่วมประเวณีกัน แต่ต้องเป็นสามีภริยาที่ถูกต้อง
ตามกฎหมาย ความผิดจะเกิดได้เพราะหญิงไม่ยินยอม หากหญิงยินยอมแต่เป็นภริยาของผู้อื่นจะเป็นการ
เป็นชู้ การยินยอมใช้สังเกตกริยาวาจาและพฤติเหตุทั้งหลายประกอบกันแล้วพึงสันนิษฐานชี้ขาดตาม
เหตุการณ์ ในมาตรานี้มิได้ใช้คำว่า “หญิงมิยินยอม” แต่ก็มีนัยสำคัญว่าหญิงมิยินยอม หรือต้องใช้อำนาจ
ในทางผิดกฎหมายหรืออุบายบังคับหรือล่อลวงต่อหญิง¹³

ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งแสดงว่า “ชาย”
หรือ “หญิง” ก็อาจเป็นตัวการร่วมกันกับชายในความผิดฐานนี้ได้¹⁴ ส่วน ผู้ถูกกระทำความผิด จะได้แก่
หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของผู้กระทำความผิด สำหรับการเป็นสามีภริยานั้นย่อมจะต้องมีการร่วมประเวณีกัน
และความหมายของสามีภริยาให้ถือตามพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนซึ่งต้องเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วย

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹² อามาตย์โท พระอินทปรีชา (เขียน เลขะวณิช), คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2
ตอน 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2470), หน้า 1120.

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1102 - 1109.

¹⁴ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2 - 3, ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ, บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 10
ปรับปรุงใหม่ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 167.

กฎหมาย¹⁵

เหตุรับโทษหนักขึ้น และลักษณะโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง

ปรากฏในมาตรา 243 วรรคสาม คือ หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราบาดเจ็บสาหัส หมายความว่า มิใช่บาดเจ็บที่ของลึบนั่น แต่หมายความว่าตลอดถึง การกระทำในการอันนั้นซึ่งผู้กระทำความผิดได้กระทำโดยใช้อำนาจด้วยกำลังกายทำร้ายเขาถึงบาดเจ็บสาหัส¹⁶ และตามมาตรา 243 วรรคสี่ เป็นเหตุให้หญิงถึงตาย หมายความว่า มิได้ตั้งใจจะทำให้ถึงตาย เพียงแต่ตั้งใจจะทำร้ายหากเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย¹⁷ นอกจากนี้ ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 247 ยังกำหนดว่า ถ้าผู้กระทำความผิดเป็นบิดามารดา ปู่ย่าตายาย ครูบาอาจารย์ที่รับเลี้ยงผู้ถูกกระทำร้ายไว้ก็ดี เจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ปกครองรักษาผู้กระทำร้ายก็ดี ต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้หนึ่งหนึ่งในสามส่วน ซึ่งกฎหมายกำหนดเหตุทำให้ผู้กระทำรับโทษหนักขึ้น ดังนี้¹⁸ ถ้าผู้กระทำความผิดเป็นบิดามารดา ปู่ย่าตายาย หมายถึง เป็นบุพการีของผู้ถูกกระทำเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป ครูอาจารย์ หมายถึง ต้องเป็นครูอาจารย์ที่กระทำแก่ศิษย์ผู้อยู่ในความพิทักษ์รักษาหรือมอบหมายของตน โดยเป็นการใช้อำนาจแห่งการพิทักษ์รักษา หรือการรับมอบหมายนั้นเป็นเครื่องอุปการะแก่การกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด เจ้าพนักงานจะต้องเป็นผู้กระทำแก่บุคคลที่อยู่ในความปกครองรักษาของตนโดยตรง ซึ่งเหตุผลที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพราะว่า ผู้ใหญ่หรือ เจ้าพนักงานซึ่งควรจะเป็นที่พึ่งแก่ผู้น้อยหรือแก่พลเมือง เมื่อกลับเป็นผู้กระทำความผิดเสียเองก็เป็นการเดือดร้อนแก่ผู้ถูกกระทำร้ายยิ่งนัก มิใช่เพียงแต่เป็นการกระทำความผิดอย่างสามัญ แต่เป็นการทำลายที่พึ่งของผู้ถูกกระทำร้ายด้วย ซึ่งจะต้องหันหน้าไปหาผู้อื่น ทั้งเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ของตนมาเป็นเครื่องอุปการะในการกระทำความผิดด้วย¹⁹ โดยลักษณะของโทษ เป็นโทษจำคุกและโทษปรับ

¹⁵ อรรถาธิบาย พระอินทปรีชา (เขียน เลขะวณิช), คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2470), หน้า 1105.

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1114.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1114.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1127 – 1129.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1130.

เมื่อเปรียบเทียบลักษณะการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กับพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน และพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 จะทั้งความแตกต่างและคล้ายคลึงกัน โดยลักษณะความผิดจะเหมือนกันคือ เป็นการข่มขืนกระทำชำเราหญิงโดยหญิงไม่ยินยอม แต่จะแตกต่างกันในเรื่องผู้กระทำความผิดในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนและพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ที่ชายเท่านั้นที่จะเป็นผู้กระทำความผิดแสดงให้เห็นว่าแม้กฎหมายกฎหมายลักษณะอาญา ณ.ศ. 127 จะได้นำเอาอิทธิพลของตะวันตกมาสู่การบัญญัติกฎหมาย แต่ก็ยังประสมประสานกับแนวความคิดเดิมในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน และพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 เข้าสู่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 อย่างเหมาะสม

ลักษณะการกระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง

ปรากฏในมาตรา 244 แยกองค์ประกอบการกระทำความผิด ดังนี้ คือ

1. กระทำชำเรา
2. เด็กหญิงอายุต่ำกว่า 12 ขวบ
3. เจตนาร้าย อธิบายได้ดังนี้

กระทำชำเรา หมายถึง การร่วมประเวณีตามธรรมดา จะเป็นความผิดสำเร็จต้อง ปรากฏว่าของลับของชายล่วงเข้าไปในของลับของเด็กหญิง เด็กหญิงจะยินยอมหรือไม่ยินยอมก็เป็นความผิดเช่นเดียวกัน เพราะความยินยอมของทารกกฎหมายไม่ถือว่าเป็นความยินยอมโดยชอบ เพราะเด็กวัยเยาว์ยังไม่เดียงสา ไม่สามารถจะพิทักษ์ตนเองได้ กฎหมายจึงต้องคุ้มครองป้องกันเพื่อมิให้เกิดความเสียหายแก่เด็ก²⁰ และมีการแก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาชญา พ.ศ. 2474 แก้ไขเพิ่มเติมอายุของเด็กหญิงเป็นสิบสามขวบ

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1119.

ผู้กระทำความผิด กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งแสดงว่า “ชาย” หรือ “หญิง” ก็อาจเป็นตัวการ ร่วมกันกับชายในความคิดฐานนี้ได้²¹ ถ้าผู้กระทำความผิดเป็นบิดามารดา ปู่ย่าตายาย ครูบาอาจารย์ที่รับ เลี้ยงผู้ถูกระทำร้ายไว้ก็ดี เจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ปกครองรักษาผู้ถูกระทำร้ายก็ดี ต้องระวางโทษ หนักกว่าที่บัญญัติไว้หนึ่งหนึ่งในสามส่วน ซึ่งกฎหมายกำหนดเหตุทำให้ผู้ถูกระทำร้ายโทษหนักขึ้น ดังนี้²² ถ้าผู้กระทำความผิดเป็นบิดามารดา ปู่ย่าตายาย หมายถึง เป็นบุพการีของผู้ถูกระทำเป็นญาติสืบสาย โลहितโดยตรงขึ้นไป ครูอาจารย์ หมายถึง ต้องเป็นครูอาจารย์ที่กระทำแกเคศิษย์ผู้อยู่ในความพิทักษ์รักษา หรือมอบหมายของตน โดยเป็นการใช้อำนาจแห่งการพิทักษ์รักษา หรือการรับมอบหมายนั้นเป็นเครื่อง อุปการะแก่การกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด เจ้าพนักงานจะต้องเป็นผู้กระทำแก่บุคคลที่อยู่ใน ความปกครองรักษาของตนโดยตรง ซึ่งเหตุผลที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพราะว่า ผู้ใหญ่หรือ เจ้าพนักงานซึ่งควรจะเป็นที่พึ่งแก่ผู้น้อยหรือแก่พลเมือง เมื่อกลับเป็นผู้กระทำความผิดเสียเองก็เป็นการ เดือดร้อนแก่ผู้ถูกระทำร้ายยิ่งนัก มิใช่เพียงแต่เป็นการกระทำความผิดอย่างสามัญ แต่เป็นการทำลายที่ พึ่งของผู้ถูกระทำร้ายด้วย ซึ่งจะต้องหันหน้าไปหาผู้อื่น ทั้งเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ของตนมาเป็น เครื่องอุปการะในการกระทำความผิดด้วย²³ ส่วนผู้ถูกระทำความผิด ได้แก่ เด็กหญิงอายุต่ำกว่า 12 ขวบ แม้หญิงนั้นยินยอมหรือไม่ยินยอมก็ตาม โดยนับอายุอย่างบริบูรณ์ ซึ่งเพราะกฎหมายจำกัดปกป้องรักษา เด็กวัยเยาว์เพื่อมิให้เกิดความเสียหายแก่เด็กซึ่งเด็กอายุต่ำกว่า 12 ปี จึงไม่อยู่ในบังคับของพระอัยการ ลักษณะชั่วคราวและไม่สามารถสมรสตามกฎหมายดังกล่าวได้ด้วย²⁴ เมื่อแก้ไขเพิ่มเติมตามพระราช บัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2474 แก้ไขอายุเด็กหญิงเพิ่มจากสิบสองปีเป็นสิบสาม ปี

²¹ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3, ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 10 ปรับปรุงใหม่ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 167.

²² อำนาจโทษพระอินทปริษา (เหยียน เลขะวณิช), คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2470), หน้า 1127 – 1129.

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1130.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1119.

เหตุรับโทษหนักขึ้น และลักษณะของโทษในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง

ปรากฏในมาตรา 244 วรรคสอง เด็กนั้นบาดเจ็บสาหัส และมาตรา 244 วรรคสาม เด็กนั้นถึงตาย และโทษที่กระทำชำเราต่อหญิงเด็ก มีอัตราโทษขั้นต่ำสูงกว่าการกระทำชำเราต่อหญิง และตามมาตรา 247 ถ้าผู้กระทำความผิดเป็นบิดามารดา ปู่ย่าตายาย ครูบาอาจารย์ที่รับเลี้ยงผู้ถูกระทำร้ายไว้ก็ดี เจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ปกครองรักษาผู้ถูกระทำร้ายก็ดี ต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้หนึ่งหนึ่งในสามส่วน

เมื่อเปรียบเทียบลักษณะความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิงในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กับพระอัยการลักษณะผิดเมีย และพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 จะพบว่า มีความแตกต่างกันและคล้ายคลึงกัน โดยกฎหมายทั้งสามฉบับมีแนวความคิดว่าคล้ายคลึงกันว่าเด็กหญิงไม่สามารถให้ความยินยอมให้ทำชำเราได้ และอายุของเด็กหญิงจะใกล้เคียงกันในช่วงอายุของการที่หญิงสามารถมีครอบครัวได้หรือพ้นจากวัยเด็กเข้าสู่วัยสาว ประมาณ 12 – 13 ปี แต่ในส่วนที่ต่างกันจะพบว่าแตกต่างในลักษณะของโทษจากกฎหมายเดิมโทษปรับไหม จะเปลี่ยนมาเป็นโทษจำคุกและเหตุรับโทษหนักขึ้นกรณีเป็นบุคคลผู้ดูแลผู้ถูกระทำผิดจะพึงปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.

127

3.1.3.2 ความผิดฐานกระทำอนาจาร

การกระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ในทางภาวะวิสัยเป็นการละเมิดหรือฝ่าฝืนความรู้สึกอับอายในทางเพศโดยทั่วไปอย่างร้ายแรง และเป็นการกระทำที่ในทางอติวิสัยได้ถูกระทำลงด้วยความต้องการทางเพศหรือความใคร่ มีจุดมุ่งหมายหรือประสงค์เพื่อก่อหรือระงับความต้องการทางเพศหรืออารมณ์ทางเพศของตนหรือของผู้อื่น เช่น การกอด จูบ ลูบคลำ หรือการกระทำที่เป็นอนาจารนั้นต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลแม้จะเป็นการผ่านบนเสื้อผ้าก็ตาม คุณธรรมทางกฎหมายของการกระทำผิดฐานนี้ คือ เสรีภาพในทางเพศหรือสิทธิที่จะกำหนดเรื่องเพศด้วยตนเอง²⁵ ลักษณะ

²⁵ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 188 - 189.

การกระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร มีสองลักษณะความผิด คือ การกระทำอนาจารบุคคล ในมาตรา 246 และการกระทำอนาจารเด็ก ในมาตรา 245

ลักษณะการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคล ตามมาตรา 246 แยกองค์ประกอบการกระทำความผิด ดังนี้

1. กระทำอนาจาร
2. แก่บุคคลอายุเกินกว่า 12 ปี
3. โดยใช้อำนาจด้วยกำลัง หรือด้วยวาจาขู่เข็ญ หรือใช้อุบายหลอกลวง
4. เจตนาร้าย

ผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” แสดงว่า หญิงก็อาจเป็น ตัวการร่วมกับชายกระทำความผิดได้²⁶ ส่วนผู้ถูกกระทำความผิด ได้แก่ บุคคลอายุเกินกว่าสิบสองขวบ ซึ่งไม่ยินยอมเป็นการคุ้มครองบุคคลไม่จำกัดเพศ

เหตุรับโทษหนักขึ้น และลักษณะของโทษในความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคล

ถ้าปรากฏว่าผู้กระทำเป็นบิดา มารดา ปู่ย่าตายาย ครูบาอาจารย์ ที่รับเลี้ยงผู้ถูกกระทำร้าย เจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ปกครองรักษาผู้ถูกกระทำร้าย ต้องรับโทษหนักขึ้น และลักษณะของโทษ จะเป็นโทษจำคุก และโทษปรับ

ลักษณะการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก ตามมาตรา 245 แยกองค์ประกอบ การกระทำความผิด ดังนี้

1. กระทำอนาจาร
2. แก่เด็กอายุต่ำกว่า 12 ขวบ
3. เจตนาร้าย

²⁶ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 1, ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 16 ปรับปรุงใหม่ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 167.

อนาจาร คือ การกระทำลามกแก่เด็ก อันเป็นการนำเกลียด น่าอาย น่าขายหน้า ซึ่งบุคคลผู้สุภาพทั้งหลายจะไม่กระทำเช่นนั้น และในการอนาจารไม่กล่าวถึงความยินยอม จึงต้องอธิบายว่า ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ยินยอมก็เป็นความผิด เพราะความยินยอมของเด็กวัยเยาว์ไม่ถือเป็นความยินยอมโดยชอบ โดยผู้ถูกกระทำความคิดไม่จำกัดว่าเป็นบุคคลเพศใด และเจตนา หมายถึง เป็นการตั้งใจทำการลามกอนาจารโดยใช่เหตุเป็นผู้ที่ไม่มีมีความละเอียดต่อสิ่งที่น่าอัปยศอดสูเป็นเจตนาที่น่าชิงชัง

ผู้กระทำความผิด กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” แสดงว่า หญิงก็อาจเป็นตัวการร่วมกับชายกระทำความผิดได้²⁷ ส่วนผู้ถูกกระทำความผิด ได้แก่ เด็กอายุต่ำกว่าสิบสองขวบ²⁸ เมื่อแก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาชญา พ.ศ. 2474 แก้ไขเพิ่มเติมอายุผู้ถูกกระทำความผิดฐานอนาจารซึ่งเป็นเด็กเพิ่มเป็นสิบสามขวบ

เหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้น และลักษณะของโทษในความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

หากเป็นการใช้อำนาจด้วยกำลังกาย ด้วยวาจาขู่เข็ญ เพราะเป็นการใช้อำนาจรุนแรง²⁹ และหากผู้กระทำนั้นเป็นบิดา มารดา ปู่ย่า ตายาย ครูบาอาจารย์ที่รับเลี้ยงผู้ถูกกระทำร้ายไว้ หรือเป็นเจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ปกครองรักษาผู้ถูกกระทำร้ายไว้ เป็นเหตุรับโทษหนักขึ้นด้วย ส่วนลักษณะของโทษจะเป็นโทษจำคุก และโทษปรับ

เมื่อเปรียบเทียบความผิดฐานกระทำอนาจารในกฎหมายลักษณะอาชญา ร.ศ. 127 กับ พระอัยการลักษณะผิดเมีย จะมีความคล้ายคลึงกันในเรื่องของความไม่สมควรในทางเพศ แต่มีรายละเอียดที่แตกต่างกัน โดยพระอัยการลักษณะผิดเมียจะมองเรื่องความไม่สมควรในทางเพศไว้มากมายหลายประการ เช่น การขึ้นไปหาบุตรสาวถึงห้องนอน เป็นต้น แต่การกระทำอนาจารตามกฎหมายลักษณะอาชญา ร.ศ. 127 จะเป็นเรื่องของความรู้สึกอัปยศในทางเพศโดยทั่วไปอย่างร้ายแรง และเป็น

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 167.

²⁸ อামาตย์โท พระอินทปรีชา (เขียน เลขาวนิช), คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาชญา ภาค 2 ตอน 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2470), หน้า 1124.

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1022 - 1124.

การกระทำที่ในทางอธรรมได้ถูกกระทำลงด้วยความต้องการทางเพศหรือความใคร่ มีจุดมุ่งหมายหรือประสงค์เพื่อก่อหรือระงับความต้องการทางเพศ หรืออารมณ์ทางเพศของตนหรือของผู้อื่น เช่น การกอดจูบ ลูบคลำ หรือการกระทำที่เป็นอนาจารนั้นต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลแม้จะเป็นการผ่านบนเสื้อผ้าก็ตาม

3.1.3.3 ความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์

ลักษณะการกระทำความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ปรากฏในมาตรา 242 แยกองค์ประกอบการกระทำผิดได้ดังนี้ คือ

- 1) ผู้ใดทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ด้วยชายก็ดี ด้วยหญิงก็ดี
- 2) ผู้ใดทำชำเราด้วยสัตว์เดรัจฉานก็ดี อธิบายได้ดังนี้

ผู้ใดทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ด้วยชายก็ดี ด้วยหญิงก็ดี หรือทำชำเราด้วยสัตว์เดรัจฉานก็ดี มีความผิด ซึ่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มิได้กำหนดว่า การชำเราทางเวจรรคเป็นความผิดด้วยดังที่กำหนดในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 แต่คำอธิบายในทางตำราตีความถึงการชำเราในทางเวจรรคเป็นการกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ด้วย³⁰ การกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ตามมาตรานี้ลงโทษแก่ผู้ที่กระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ เช่น ชายต่อชายตามธรรมดาข่มขืนทำชำเรากันไม่ได้ หรือกระทำชำเราแก่หญิงในทางอื่นนอกจากสังวาส เช่น กระทำชำเราในทางเวจรรครวมถึงการกระทำชำเราทั้งสัตว์ก็เป็นการผิดวิสัยธรรมดาตามนุษย์เป็นการกระทำที่น่าอับอาย³¹ กฎหมายกำหนดโทษเป็นความผิดลงโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทถึงห้าร้อยบาทด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าในยุคสมัยนี้มองว่า การร่วมประเวณีตามธรรมดาข่มขืนหมายถึงระหว่างชายกับหญิงในทางสังวาสเท่านั้น หากผิดไปจากนี้เป็นเรื่องที่มีความผิดทางอาญา แม้ว่าจะเป็นเรื่องสิทธิส่วนบุคคลและสังคมไม่ได้เดือดร้อนก็ตาม แต่ในยุคนี้ มองว่าประชากรมีจำนวนน้อย หากร่วมประเวณีผิดธรรมดาจะทำให้ไม่มีประชากรเพิ่มขึ้น จึงกำหนดลงโทษไว้

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1099.

³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1099.

ผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งแสดงว่า “ชาย” หรือ “หญิง” ก็อาจเป็นตัวละครร่วมกันในความผิดฐานนี้ได้ อธิบายได้ดังนี้ ผู้กระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์มีความผิดด้วยกันทั้งผู้กระทำและผู้ที่ยินยอมให้กระทำ เพราะเป็นการที่ต้องร่วมกันจึงจะกระทำได้จึงนับว่าเป็นการกระทำด้วยกัน เว้นแต่ฝ่ายใดถูกบังคับกดขี่จึงยอมให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำเช่นนี้ เป็นข้อแก้ตัวได้ ลักษณะของโทษ ระวังโทษจำคุกและโทษปรับ ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่าในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 กำหนดโทษจำคุกอย่างสูงถึง 10 ปี มากกว่าโทษในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127³² และเมื่อใช้ประมวลกฎหมายอาญา ความผิดฐานนี้ก็ยกเลิกไป

เมื่อเปรียบเทียบลักษณะการกระทำความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กับกฎหมายตราสามดวง และพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 พบว่าลักษณะการกระทำความผิดชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์แม้เคยปรากฏเป็นข้อห้ามในกฎหมายตราสามดวงมาก่อน แต่ก็มีได้บัญญัติเป็นความผิดอาญาอย่างชัดเจน จะมีโทษก็เฉพาะหญิงชาววังที่กระทำชำเราหญิงด้วยกันเท่านั้น ส่วนการห้ามเรื่องการชำเราผิดธรรมดาในวันอุโบสถศีล ผู้เขียนเชื่อว่าเป็นเพราะแนวความคิดในพระพุทธศาสนาที่มีเบญจศีลและเบญจธรรมและต้องการให้ประชาชนรักษาศีลโดยเฉพาะในวันอุโบสถเท่านั้น แต่การกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์มาปรากฏเป็นความผิดชัดเจนครั้งแรกในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 และได้ถ่ายทอดมาปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยกำหนดลักษณะของการกระทำความผิดไว้เหมือนกัน แต่โทษได้ลดหย่อนลง และตรงกับหลักความ รับผิดฐาน Sodomy ของตะวันตก³³ ซึ่งกฎหมายลักษณะนี้เป็นของใหม่สำหรับสังคมไทย จึงมีนักกฎหมายอธิบายถึงมูลแห่งการบัญญัติความผิดฐานนี้ว่าเป็นการล่วงความเจริญของบ้านเมืองหรือทำให้เสียชื่อเสียงกันไปโดยไร้ประโยชน์³⁴ แต่ท่านอาจารย์กิตติศักดิ์ ปรกติ ก็มองว่า แนวความคิดนี้น่าจะเป็นแนวความคิดของทหาริวโบราณที่มีความจำเป็นต้องออกศึกอยู่ตลอดเวลาจึงไม่ได้อยู่กับครอบครัวจำเป็นต้องห้ามมิให้ชายมีความสัมพันธ์กันเอง ส่วนในทางตะวันออกไม่มีการออกศึกตลอดเวลาเหมือนยิว ข้อห้ามจึงไม่ปรากฏชัด แต่ชาวตะวันออกจะมีกริยามากจึง

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 1110.

³³ กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ตำนานรักร่วมเพศ,” วารสารนิติศาสตร์ 2(2526) : 93.

³⁴ อามาศย์โท พระอินทปริชา (เขียน เลขะวุฒิข), คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2470), หน้า 1110.

ต้องห้ามไม่ให้ภริยาของตน “เล่นเพื่อน” อันเป็นการเสมือนการนอกใจสามี³⁵ และต่อมาในประมวลกฎหมายอาญาลักษณะการกระทำความผิดนี้ก็ถูกยกเลิกไปเพราะ ในขั้นตอนการพิจารณาร่างกฎหมายเห็นว่า เป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคล การฟ้องร้องทำให้เกิดความอับอายแก่ผู้ถูกฟ้องร้องมาก และมีกรณีเกิดขึ้นน้อยมาก³⁶ นอกจากนี้ ยังมีความเห็นของอนุกรรมการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายบางท่านที่น่าสนใจ เช่น หม่อมเจ้าสกลวรรณการ วรวรรณ ที่เห็นว่า การชำเราระหว่างเพศเดียวกันหรือ homo – sexual ไม่ใช่ผิดธรรมดาตามนุษย์แต่เป็นธรรมดาตามนุษย์บางพวก³⁷ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ลักษณะการกระทำชำเราคิดธรรมดาตามนุษย์ในอดีตบทบัญญัติของกฎหมายมักจะบัญญัติให้สอดคล้องกับสภาพวัฒนธรรม และสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมตอนนั้น เช่น การ “เล่นเพื่อน” ในสมัยก่อนเพื่อป้องกันมิให้หญิงสาววังมีสัมพันธ์กัน แต่เมื่อได้รับอิทธิพลจากตะวันตกในการบัญญัติกฎหมายก็ได้ถ่ายทอดข้อห้ามในกฎหมายตราสามดวงมาเป็นกฎหมาย แต่เมื่อไม่เหมาะสมกับสังคมไทยและกาลเวลา ประกอบกับในสมัยปัจจุบันบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนเองได้ หากไม่ฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดีงามหรือความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองก็ไม่พึงกำหนดเป็นข้อห้ามและมีความผิดทางอาญา ซึ่งปัจจุบันการชำเราระหว่างมนุษย์ ด้วยกันหากไม่ทำให้สังคมเดือนร้อนและผู้นั้นมีวุฒิภาวะอันควรแล้วก็ควรปล่อยให้มิอิสระไม่ควรห้ามไว้ ส่วนการกระทำชำเรากับสัตว์คงไม่เกิดขึ้นบ่อย และในการบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศก็เพื่อมุ่งหมายคุ้มครองบุคคล สังคม และป้องปรามอาชญากรรมเป็นสำคัญ ก็มีความจำเป็นต้องยกเลิกแนวความคิดห้ามการกระทำชำเราคิดธรรมดาตามนุษย์ไป

³⁵ กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ตำนานรักร่วมเพศ,” วารสารนิติศาสตร์ 2(2526) : 95.

³⁶ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 47, 150/2542,” 4 พฤศจิกายน 2482.

³⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 47, 150/2542,” 4 พฤศจิกายน 2482.

3.2 ประมวลกฎหมายอาญา

3.2.1 แนวความคิดในการบัญญัติกฎหมาย

แนวความคิดที่จะแก้ไขปรับปรุงกฎหมายลักษณะอาญาอย่างเป็นระบบเริ่มขึ้นตั้งแต่ปี พ.ศ. 2482 ในสมัยรัฐบาลของพันเอกหลวงพิบูลสงคราม (แปลก พิบูลสงคราม) มีการแต่งตั้งอนุกรรมการพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ประกอบด้วย³⁸

- | | |
|---------------------------------------|---------------------|
| 1. นายนาวาเอกหลวงธำรงนาวาสวัสดิ์ ร.น. | ประธานกรรมการ |
| 2. นายอาร์ กียอง | กรรมการ |
| 3. นายยอง บูรเนช | กรรมการ |
| 4. นายมนู เวทย์วิมลนาท | กรรมการ |
| 5. พระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์ | กรรมการ |
| 6. หม่อมเจ้าสกลวรรณกร วรวรรณ | กรรมการ |
| 7. หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช | กรรมการ |
| 8. พระยารรณการีนิพนธ์ | กรรมการ |
| 9. นายเดือน บุนนาค | กรรมการและเลขานุการ |
| 10. นายหยุด แสงอุทัย | ผู้ตรวจรายงาน |

กระบวนการในการร่างเริ่มตั้งแต่การตรวจสอบกฎหมายลักษณะอาญาที่มีอยู่ก่อนว่ายังมีข้อบกพร่องในการบังคับใช้หรือไม่ และข้อบกพร่องนั้นจะแก้ไขอย่างไร นอกจากนี้ ผู้ร่างก็ได้อาศัยบทกฎหมายของประเทศอื่นที่พัฒนาแนวความคิดไปมากขึ้นมาบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา เพื่อแก้ไขให้บทบัญญัติที่มีอยู่แต่เดิมให้ชัดเจนยิ่งขึ้นและนำแนวความคิดใหม่ ๆ มาบัญญัติไว้เพื่อให้

³⁸ รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2482 ครั้งที่ 1/2482 (พระนคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2482), หน้า 1.

สอดคล้องกับสภาพบ้านเมืองที่เปลี่ยนแปลงไป³⁹ เมื่อดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมไปสักระยะหนึ่ง อนุกรรมการเห็นควรจะยกร่างกฎหมายอาญาขึ้นใหม่จะเหมาะสมกว่าแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ให้เหตุผลไว้ว่า⁴⁰

“การร่างประมวลกฎหมายอาญาคราวนี้ ไม่ใช่การแก้ไขเพิ่มเติม การที่ไม่แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญาเป็นมาตรา ๆ ไป ก็เพราะถ้าจะแก้ไขเพิ่มเติมเป็นมาตรา ๆ ไป ก็จะต้องรักษาโครงสร้างของกฎหมายอาญาเดิม ซึ่งยากที่จะแก้ไขให้ได้ดี เปรียบก็เหมือนเอาผ้ามาปะรูขาดของมุ้งเก่า ๆ ซึ่งผู้ซื้อผ้ามาตัดเป็นมุ้งใหม่ทั้งมุ้งไม่ได้ เพราะถ้าตัดเป็นมุ้งขึ้นมาใหม่ก็สามารถกำหนดรูปลักษณะของมุ้งได้ตามชอบใจ เช่น อาจตัดมุ้งเป็นรูปของเตียงก็สามารถทำได้ง่าย อนึ่ง การยกร่างขึ้นใหม่ทั้งฉบับในเมื่อของเดิมอยู่แล้ว ความเร่งร้อนที่จะออกกฎหมายพอที่จะให้มีกฎหมายขึ้นก็ย่อมไม่มี เพราะของเดิมใช้ได้อยู่แล้ว นอกจากนี้ ถ้าจะแก้ไขใหม่ก็ต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติเดิมมีข้อขาดตกบกพร่องอย่างไร บทบัญญัติที่จะนำมาใส่ใหม่มีประโยชน์อย่างไร เพราะไม่ว่าอะไรที่เป็นของใหม่และปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาต่างประเทศ จะเป็นประโยชน์หรือเหมาะสมกับประเทศไทยเสมอไป เพราะสภาพการณ์ไม่เหมือนกัน”

ร่างประมวลกฎหมายอาญาผ่านการพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากรัฐสภาในขณะที่ย่อมพล ป. พิบูลสงคราม (แปลก พิบูลสงคราม) ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีอีกสมัยหนึ่ง โดยใช้เวลาร่างถึง 18 ปี กล่าวคือ คณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณา 7 ปี และสภาผู้แทนราษฎรพิจารณาอีก 10 ปี⁴¹ ประกาศใช้เป็นกฎหมายเมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน พ.ศ. 2499 ปรากฏเหตุผลในการประกาศใช้ความตอน

³⁹ คณพล จันทน์หอม, “วิเคราะห์กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 : ศึกษากระบวนการร่างกฎหมายและประเด็นความรับผิดชอบในทางอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 181 - 182.

⁴⁰ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา (พระนคร: ดวงดาว, 2500), หน้า 194 - 195.

⁴¹ คณพล จันทน์หอม, “วิเคราะห์กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 : ศึกษากระบวนการร่างกฎหมายและประเด็นความรับผิดชอบในทางอาญา,” หน้า 182.

หนึ่งว่า⁴² “โดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงกฎหมายอาญาเสียใหม่ เพราะตั้งแต่ได้ประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ในพุทธศักราช 2451 เป็นต้นมา พฤติการณ์ของบ้านเมืองได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นอันมาก” และยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 มาตรา 4 บัญญัติว่า “เมื่อประมวลกฎหมายอาญาได้ใช้บังคับแล้ว ให้ยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญา”

การแก้ไขเพิ่มเติมความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญา มีการแก้ไขเพิ่มเติมรวมทั้งสิ้น 4 ครั้ง ดังนี้

1) ในสมัยรัฐบาลจอมพลถนอม กิตติขจร เป็นหัวหน้าคณะปฏิวัติ ซึ่งคณะปฏิวัติเห็นว่า เพื่อความสงบสุขและความปลอดภัยจากอาชญากรรม อัตราโทษที่กำหนดไว้ในความผิดอาญาอย่างไม่เพียงพอแก่การป้องกันและปราบปรามจึงแก้ไขอัตราโทษให้สูงขึ้นเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์ในขณะนั้น ตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน 2514⁴³

2) ในสมัย พลเอกเปรม ติณสูลานนท์ เป็นนายกรัฐมนตรี ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศ มีเหตุผลในการแก้ไข คือ อาชญากรรมมีความรุนแรงและเพิ่มมากขึ้น สมควรเพิ่มอัตราโทษสำหรับผู้กระทำความผิดให้สูงขึ้นเพื่อ ป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าว ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 6 สิงหาคม 2525⁴⁴

3) ในสมัยพลเอกเปรม ติณสูลานนท์ เป็นนายกรัฐมนตรี ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศ โดยมีเหตุผลในการแก้ไข คือ การกระทำความผิด

⁴² “พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499,” ราชกิจจานุเบกษา (ฉบับพิเศษ) 95 (15 พฤศจิกายน 2499): 1.

⁴³ “ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11,” ราชกิจจานุเบกษา 88 (21 พฤศจิกายน 2514): 1.

⁴⁴ “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525,” ราชกิจจานุเบกษา 99 (6 สิงหาคม 2525): 5.

อาญาเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญากำหนดอายุเด็กผู้ถูกระทำความผิดไว้เพียงอายุไม่เกินสิบสามปีเท่านั้น ผู้กระทำความผิดสามารถอ้างความยินยอมของเด็กอายุกว่าสิบสามปีขึ้นเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษตามกฎหมายได้ นับเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแสวงประโยชน์ทางมิชอบจากเด็กอายุระหว่างสิบสามปีถึงสิบห้าปี ซึ่งส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่าง ๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษา อบรมและประสบการณ์ไม่เพียงพอ และความผิดฐานเป็นธุระ จัดหาล่อไปหรือพาไปจะเป็นความผิดต่อเมื่อกระทำต่อหญิงอายุไม่เกินสิบแปดปีเท่านั้น แต่จะไม่คุ้มครองหญิงที่มีอายุเกินสิบแปดปี ทำให้หญิงได้รับความเสียหาย ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2530⁴⁵

4) ในสมัย พลเอก ชวลิต ยงใจยุทธ เป็นนายกรัฐมนตรี มีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศ โดยมีเหตุผลในการแก้ไข คือ ปรากฏว่ามีการกระทำความผิดต่อหญิง โดยการซื้อ ขาย จำหน่าย พา หรือจัดหาหญิงหรือเด็กด้วยวิธีการต่าง ๆ เพื่อสำเร็จความใคร่ทั้งแก่ตน เพื่อการอนาจาร หรือเพื่อประโยชน์อย่างอื่นอันมิชอบ และในปัจจุบันการกระทำดังกล่าวไม่จำกัดเฉพาะการกระทำต่อหญิงหรือเด็กหญิงเท่านั้น แต่ได้ขยายไปยังเด็กชายและมีแนวโน้มเป็นการกระทำต่อบุคคลโดยไม่จำกัดเพศ จึงสมควรแก้ไขฐานความผิดให้ครอบคลุมและให้ศาลไทยมีอำนาจลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าว แม้จะกระทำในต่างประเทศ ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2540 ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 16 พฤศจิกายน 2540⁴⁶

ประมวลกฎหมายอาญา ได้แบ่งออกเป็น 3 ภาค คือ ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป ภาค 2 ความผิด และภาค 3 ลหุโทษ

⁴⁵ “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530,” ราชกิจจานุเบกษา 104 (1 กันยายน 2530): 4.

⁴⁶ “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2540,” ราชกิจจานุเบกษา 114 (16 พฤศจิกายน 2540): 42.

ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป แบ่งเป็น 2 ลักษณะ คือ ลักษณะ 1 บทบัญญัติที่ใช้แก่ความผิดทั่วไป มีบทนิยาม การใช้กฎหมายอาญา โทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย ความรับผิดชอบในทางอาญา การพยายามกระทำความผิด ตัวการและผู้สนับสนุน การกระทำความผิดหลายบทหรือหลายกระทง การกระทำความผิดอีก และอายุความ และลักษณะ 2 บทบัญญัติที่ใช้แก่ความผิดลหุโทษ

ภาค 2 ความผิด แบ่งเป็น 12 ลักษณะ คือ ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม ความผิดเกี่ยวกับศาสนา ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง ความผิดเกี่ยวกับการค้า ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง และความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน

ภาค 3 ลหุโทษ

3.2.2 การจัดประเภทของความผิด

ความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศปรากฏอยู่ในภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 276 – มาตรา 287 ได้แบ่งฐานความผิดออกเป็น 8 ฐานความผิด ดังนี้

- 1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง
- 2) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิง
- 3) ความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคล
- 4) ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก
- 5) ความผิดฐานเป็นธุระจัดหาบุคคลไปเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น
- 6) ความผิดฐานรับตัวบุคคลผู้ถูกจัดหาไปเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น
- 7) ความผิดฐานพาบุคคลไปเพื่อการอนาจาร
- 8) ความผิดฐานซ่อนเร้นบุคคลซึ่งถูกพาไปเพื่อการอนาจาร

ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงเฉพาะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจาร และจะเห็นได้ว่า ความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาคนมนุษย์ได้สูญหายไป เมื่อประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญานี้

3.2.3 ลักษณะความผิด

3.2.3.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ปรากฏลักษณะความผิดสองลักษณะ คือ การกระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเราหญิง ใน มาตรา 276 และการกระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงในมาตรา 277

ลักษณะการกระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเราหญิง ปรากฏในมาตรา 276 แยกองค์ประกอบการกระทำความผิดได้ ดังนี้ คือ

1. ข่มขืน
2. กระทำชำเรา
3. หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน
4. โดยวิธีใดวิธีหนึ่งคือ โดยขู่เจ็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย

โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ โดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

เมื่อแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 เมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน 2514 ลักษณะของการกระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเรายังคงยึดหลักแนวความคิดเดิม แต่แก้ไขเพิ่มเติมลักษณะการกระทำความผิดโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกันกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ในมาตรา 276 วรรคสอง และหากเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำรับอันตรายสาหัสผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต ตามมาตรา 277 ตรี ซึ่งการเพิ่มเติมลักษณะการกระทำความผิดเนื่องจากการกระทำที่เป็นอันตรายและการประกอบอาชญากรรมที่กระทบต่อความสงบสุขในสังคม จึงต้องมีการเพิ่มเติมลักษณะการกระทำความผิดให้เหมาะสมกับสถานการณ์ในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม

การโทรมหญิง มีลักษณะผู้ลงมือกระทำซ้ำเราต้องมากกว่าหนึ่งคน ผลัดเปลี่ยนกันทำอย่างน้อยสองคนคนละครั้ง ถ้าคนเดียวข่มขืนซ้ำเราอีกคนใช้ปืนขู่แต่ไม่ได้ซ้ำเราไม่เป็นการโทรมหญิง แต่ทั้งสองคนเป็นตัวการตามมาตรา 276 วรรคสองประกอบมาตรา 83⁴⁷

เมื่อแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 ลักษณะการกระทำความคิดข่มขืนกระทำซ้ำเราหญิงยังมีลักษณะเดิม แต่เพิ่มอัตราโทษการข่มขืนกระทำซ้ำเราหญิงสูงขึ้น รวมทั้งการกระทำซ้ำเราหญิงโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกันกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะโทรมหญิง ซึ่งการเพิ่มอัตราโทษให้สูงขึ้นมีแนวความคิดเพื่อป้องกันปราบปรามและควบคุมอาชญากรรม

ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราหญิง กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” เช่นเดียวกับในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งใช้แนวความคิดเดียวกันในการบัญญัติกฎหมาย ดังนั้น ในความคิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเรา แสดงว่า “ชาย” หรือ “หญิง” ก็อาจเป็นตัวการร่วมกันในการกระทำความผิดได้⁴⁸ ส่วนผู้ถูกกระทำความผิด ได้แก่ ผู้ถูกกระทำความผิด ได้แก่ หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของผู้กระทำความผิด และหญิงนั้น ไม่ยินยอม

เหตุรับโทษหนักขึ้นในความคิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราหญิง ถ้าผู้ถูกกระทำรับอันตรายสาหัส ตามมาตรา 280(1) หรือผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 280(2) และถ้าเป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น แนวความคิดเกี่ยวกับผู้กระทำความผิด และเหตุเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิด ในประมวลกฎหมายอาญา เป็นแนวความคิดเดิมตามที่ปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แต่ประมวลกฎหมายอาญาเพิ่มเติมผู้อยู่ในความปกครองในความพิทักษ์หรือในความอนุบาลเพิ่มจากกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

⁴⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 15 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547), หน้า 360.

⁴⁸ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2 - 3, ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 10 ปรับปรุงใหม่ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544, หน้า 167.

ลักษณะการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิง (ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม)
ปรากฏในมาตรา 277 แยกองค์ประกอบการกระทำความผิด ดังนี้ คือ

1. กระทำชำเรา
2. เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี
3. โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 เมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน 2514 ได้แก้ไขเพิ่มเติมลักษณะของการกระทำความผิด ถ้าเป็นการร่วมกันกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิง และเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือ ถ้าเป็นการกระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด ตามมาตรา 277 วรรคสอง และเหตุรับโทษหนักขึ้นถ้าการกระทำดังกล่าว เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำร้ายอันตรายสาหัส ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือถึงแก่ความตายผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต ตามมาตรา 277 ตรี(1) และ (2) ตามลำดับ

เมื่อแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 ไม่แก้ไขเพิ่มเติมลักษณะการกระทำความผิด แต่เพิ่มอัตราโทษการกระทำชำเราเด็กหญิง การกระทำชำเราเด็กหญิงโดยโทรมเด็กหญิง และการกระทำชำเราเด็กหญิงโดยมีอาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ

การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 มีการแก้ไขเพิ่มเติมลักษณะการกระทำความผิด ดังนี้

1. เพิ่มลักษณะการกระทำความผิดความผิดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม
2. ยังให้ความคุ้มครองแก่การกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปีเหมือนเดิม
3. แต่หากเป็นการกระทำที่ชายกระทำต่อเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปีโดยเด็กหญิงนั้นยินยอม ภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป ซึ่งเหตุที่มีการบัญญัติขยายเพิ่มเติมอายุเด็กหญิงเพราะผู้กระทำความผิดอ้างความยินยอมของเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีขึ้นเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษตามกฎหมาย ซึ่งเป็น

การแสวงหาประโยชน์ทางมิชอบจากเด็กอายุระหว่างสิบสามปีถึงสิบห้าปี ซึ่งส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตทางร่างกายจิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรม และประสบการณ์ไม่เพียงพอ

อายุของผู้ถูกระทำถือเป็นองค์ประกอบของความผิด หากผู้กระทำเข้าใจว่าเด็กหญิงอายุกว่าสิบห้าปีแล้ว เท่ากับไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ยกเป็นข้อแก้ตัวว่าขาดเจตนาเพราะสำคัญผิดได้⁴⁹ ส่วนที่บัญญัติเพิ่มเติมว่า หากความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำที่ชายกระทำกับเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษนั้น หมายความว่า ในกรณีที่ชายและเด็กหญิงมีอายุไม่ครบสิบเจ็ดปีบริบูรณ์ ยังไม่อาจสมรสกันได้ ต้องมีคำสั่งศาลอนุญาตให้ทำการสมรสได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1448 และมีผลให้ชายผู้กระทำผิดนั้นไม่ต้องรับโทษ⁵⁰ และเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปีโดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม โดยผู้กร่างเห็นว่า สำหรับประเทศไทยอายุ 13 ปีนั้นเหมาะสมแล้ว เป็นกำหนดอายุกลาง ๆ ซึ่งเทียบกับบางประเทศกำหนดอายุต่ำกว่า 13 ปี บางประเทศอายุสูงกว่า 13 ปี⁵¹

เมื่อแก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 แก้ไขเพิ่มเติมอายุเด็กหญิงจากไม่เกินสิบสามปีเป็นไม่เกินสิบห้าปี โดยให้เด็กหญิงหรือผู้เยาว์อายุไม่เกินสิบห้าปีได้รับความคุ้มครองจากประมวลกฎหมายอาญาเป็นพิเศษเช่นเดียวกับเด็กหญิงผู้มีอายุไม่เกินสิบสามปีโดยความจำเป็นในการแก้ไขเนื่องจากเด็กหรือผู้เยาว์ผู้มีอายุไม่เกินสิบห้าปีนั้นยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการในด้านต่าง ๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรม ความยังคิด และประสบการณ์ไม่เพียงพอ หากกฎหมายไม่ให้ความคุ้มครองย่อมเปิดโอกาสให้มีการแสวงหา

⁴⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 15 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547), หน้า 362.

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 363.

⁵¹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 49, 154/2482,” 11 พฤศจิกายน 2482.

ประโยชน์โดยมิชอบต่อเด็กและผู้เยาว์ซึ่งจะไม่เป็นผลดีต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของเด็ก⁵² ซึ่งกระทรวงยุติธรรมให้ข้อสังเกตว่า การกำหนดว่าการกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบห้าปีถือเป็นการผิดศีลขาดโดยไม่คำนึงถึงความยินยอมของเด็กนั้นอาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติในสิ่งจังหวัดภาคใต้ ได้แก่ จังหวัดสตูล ชะลา นราธิวาส และปัตตานี ซึ่งใช้กฎหมายอิสลามเกี่ยวกับครอบครัวมรดก และตามหลักกฎหมายอิสลามนั้นการสมรสระหว่างชายและหญิงย่อมสมบูรณ์ หากคู่สมรสมีร่างกายพร้อมโดยปกติจะอยู่ระหว่างช่วงอายุ 12 – 16 ปี ดังนั้น หากการสมรสระหว่างชายและหญิงซึ่งนับถือศาสนาอิสลามและหญิงมีอายุไม่เกินสิบห้าปี ชายอาจมีความผิดได้⁵³ ซึ่งคณะกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาจึงเพิ่มเติมคำว่า “เด็กนั้นมีใช้ภริยาตน” ตามนัยของมาตรา 276 ซึ่งกำหนดว่า หญิงซึ่งมีใช้ภริยาตน เพื่อแก้ไขปัญหาดตามข้อเท็จจริงของกระทรวงยุติธรรม⁵⁴

เหตุรับโทษหนักขึ้น หากปรากฏว่าเด็กหญิงนั้นได้รับอันตรายสาหัส ตามมาตรา 280(1) หรือเด็กนั้นถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 280(2) หรือเป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล ตามมาตรา 285

เมื่อเปรียบเทียบการกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตั้งแต่กฎหมายตราสามดวงจนถึงประมวลกฎหมายอาญา จะมีแนวความคิดที่คล้ายคลึงกันคือ เป็นการข่มขืนหญิงซึ่งมีใช้ภริยาของผู้กระทำความผิดโดยหญิงนั้นต้องไม่ยินยอม และเด็กหญิงซึ่งเด็กหญิงจะยินยอมหรือไม่ก็ตามเนื่องจากกฎหมายต้องปกป้องรักษาเด็กซึ่งอ่อนวุฒิภาวะ ซึ่งเป็นที่สังเกตว่าในสมัยโบราณของไทยเราซึ่งยังไม่รับวัฒนธรรมตะวันตกในเรื่องทฤษฎีกฎหมายหรือปรัชญากฎหมาย แต่ไทยก็มีหลักสังคมต้องปกป้องรักษาและความยินยอมของเด็กวัยเยาว์ไม่ถือว่าเป็นความยินยอมตามกฎหมาย ส่วนอายุของเด็กหญิงนั้นใน

⁵² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “เรื่องพิจารณาเสร็จที่ 219/28 เรื่อง พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2530.”

⁵³ กระทรวงยุติธรรม, “หนังสือที่ ขธ. 0404/16637,” 6 สิงหาคม 2527.

⁵⁴ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “เรื่องพิจารณาเสร็จที่ 219/28 เรื่อง พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2530.”

กฎหมายตราสามดวงไม่ได้มีกำหนดไว้ แต่เมื่อพิจารณาตามประเพณีไทยที่เด็กย่างเข้าสู่ผู้ใหญ่ต้องผ่านพิธีโกนผมจุกระหว่างอายุ 11 – 13 ปี ซึ่งนับเป็นอายุที่ใกล้เคียงกับพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ที่กำหนดอายุไว้ว่าต่ำกว่า 12 ปี และกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ก็กำหนดอายุ 12 ปีเช่นกัน ต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2474 จึงเพิ่มอายุเด็กหญิงเป็น 13 ปี และเมื่อใช้ประมวลกฎหมายอาญาในช่วงแรก ก็กำหนดอายุเด็กหญิงไว้เพียง 13 ปี และได้แก้ไขเพิ่มเติมอายุเด็กหญิงเป็นไม่เกินสิบห้าปีอีกช่วงหนึ่งในปี พ.ศ. 2530 ด้วยช่วงนั้นมีการแสวงหาประโยชน์จากเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบห้าปีแต่ก็ได้คำนึงถึงประเพณีวัฒนธรรมของชาวไทยอิสลามในสี่จังหวัดชายแดนภาคใต้จึงกำหนดคำว่าเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบห้าปีที่ไม่ใช่ภริยาคนไว้เพื่อให้สอดคล้องกับธรรมเนียมประเพณีของชาวไทยอิสลามที่อาจสมรสกันได้ตั้งแต่เมื่อร่างกายมีความพร้อมตั้งแต่ช่วงอายุ 12 – 16 ปี แต่มีรายละเอียดของลักษณะการกระทำความผิดบางอย่างที่แตกต่างกันไป เช่น ในยุคปัจจุบันจะลักษณะของการกระทำความผิดโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด ซึ่งไม่พบในกฎหมายตราสามดวง พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 และกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

3.2.3.2 ความผิดฐานกระทำอนาจาร ลักษณะการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารปรากฏในมาตรา 278 กระทำอนาจารบุคคล และมาตรา 279 กระทำอนาจารเด็ก ดังนี้

ลักษณะการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคล ตามมาตรา 278 แยกองค์ประกอบการกระทำความผิด ได้ดังนี้ คือ

1. กระทำอนาจาร
2. แก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบห้าปี
3. โดยวิธีอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ โดยมุ่งเหตุด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขจัดขืนได้ หรือทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นคนอื่น โดยเจตนาธรรมดา⁵⁵

⁵⁵ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3, ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 10 ปรับปรุงใหม่ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 169.

การกระทำอนาจารเดิมตามประมวลกฎหมายอาญา ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม จะมีลักษณะการกระทำความผิดเป็นการกระทำอนาจารแก่ “บุคคลอายุกว่าสิบสามปี” ต่อมาแก้ไขเพิ่มเติมตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 และตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 มีการแก้ไขเพิ่มเติมอัตราโทษให้สูงขึ้น และในการแก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 แก้ไขเพิ่มเติมเป็นการกระทำแก่ “บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี” เพื่อมิให้มีการแสวงหาประโยชน์ในทางเพศแก่เด็กอายุระหว่างสิบสามปีถึงสิบห้าปีเพราะยังไม่พร้อมในทางวุฒิภาวะ อารมณ์ สังคม และสติปัญญา

ลักษณะของการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคล อธิบายได้ดังนี้คือ “กระทำอนาจาร” มีความหมายถึงการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ ต่อร่างกายของบุคคลอื่น เช่น กอดจูบลูบคลำร่างกายของหญิงหรือชายเป็นการแสดงความใคร่ในทางเพศ⁵⁶ หรือแม้จะให้ผู้อื่นกระทำต่อตนเองก็เป็นการกระทำอนาจารต่อผู้อื่นนั้นได้ เช่น นาย ก. บังคับให้ นางสาว ข. จับของลับของ นาย ก. เป็นต้น⁵⁷ และการกระทำจะเป็นความผิดต่อเมื่อ กระทำโดยใช้กำลังขู่เข็ญ กำลังประทุษร้าย บุคคลนั้นอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้ หรือทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่น⁵⁸ สำหรับการประทุษร้ายนั้น ได้แก่การใช้แรงกายภาพแต่ไม่ต้องถึงกับออกแรงใช้กำลังมากมายแต่ประการใด การจับต้องเนื้อตัวหรือกอดหญิงก็เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายได้ไม่ต้องถึงกับทุบตีหรือทำร้ายอย่างอื่น⁵⁹

⁵⁶ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3, ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 10 ปรับปรุงใหม่ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 170.

⁵⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 15 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547), หน้า 365.

⁵⁸ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3, ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 10 ปรับปรุงใหม่ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 170.

⁵⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 15 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547), หน้า 365.

ผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งแสดงว่า “หญิง” ก็อาจเป็นตัวการร่วมกับ “ชาย” กระทำความผิดได้⁶⁰ ส่วนผู้ถูกกระทำความผิด ได้แก่ บุคคลซึ่งมีอายุเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดและบุคคลนั้นไม่ยินยอม

เหตุที่ทำให้รับโทษหนักขึ้นในความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคล หากเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำรับอันตรายสาหัส หรือถึงแก่ความตายลงโทษตามมาตรา 280 (1) หรือ (2) ทั้งนี้จะต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล คือ อันตรายสาหัสหรือความตายต้องเป็นผลจากการกระทำตามทฤษฎีผลธรรมดา คือ เป็นผลซึ่งตามธรรมดาย่อมเกิดขึ้นได้จากการกระทำนั้น ๆ⁶¹ และถ้าเป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครองในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285

ลักษณะการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก ตามมาตรา 279 (ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม) ลักษณะของการกระทำความผิด แยกองค์ประกอบการกระทำความผิด ดังนี้คือ

1. กระทำอนาจาร
2. แก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี
3. โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

ลักษณะการกระทำความผิดนี้เดิมก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมจะเป็นการกระทำอนาจารแก่ “เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี” โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม และรับโทษหนักขึ้นหากเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญ ต่อมาแก้ไขเพิ่มเติมตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 แก้ไขอัตราโทษให้สูงขึ้น และในการแก้ไขตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 แก้ไขลักษณะ

⁶⁰ หุุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 1, ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ, บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 16 ปรับปรุงใหม่ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 167.

⁶¹ หุุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3, ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 10 ปรับปรุงใหม่ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 173.

การกระทำความผิดเป็นกระทำแก่ “เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี” เพื่อมิให้มีการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ โดยมีขอบแก่เด็กอายุระหว่างสิบสามปีถึงสิบห้าปี

เหตุเพิ่มโทษให้หนักขึ้นในความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก ถ้าเป็นการกระทำโดยขู่ ใจด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่นโดยเจตนา รับโทษตามมาตรา 279 วรรคสอง และหากผู้ถูกกระทำรับ อันตรายสาหัส หรือถึงแก่ความตายรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 280 (1) หรือ (2) ทั้งนี้ จะต้องมีความ สัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลคือเป็นผลตามธรรมดาย่อมขึ้นได้จากการกระทำนั้น⁶² และหากเป็น การกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ผู้อยู่ในความ ดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ใน ความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาลต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285

3.3 เปรียบเทียบลักษณะความผิดในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กับประมวลกฎหมายอาญา

เมื่อเปรียบเทียบลักษณะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มีความคล้ายคลึงกับประมวลกฎหมายอาญา มีลักษณะดังนี้คือ

1. กระทำชำเรา
2. แก่หญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน
3. โดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือโดยขู่ใจด้วยประการใด ๆ หรือโดยทำให้หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่ สามารถขัดขืนได้ แต่ประมวลกฎหมายอาญาได้มีการเพิ่มเติมโทษและเพิ่มเติมลักษณะความผิดเป็นหาก มีเป็นการกระทำที่มีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกันกระทำความผิดอันมีลักษณะ โทรมหญิง ตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 และเพิ่มอัตราโทษให้สูงขึ้นในปี พ.ศ. 2525

ส่วนความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิงเมื่อเปรียบเทียบในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กับ ประมวลกฎหมายอาญา พบว่ามีความคล้ายคลึงกัน แต่ประมวลกฎหมายอาญาจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมอายุ เด็กหญิงดังนี้

⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 173.

1. กระทำชำเรา
2. เด็กหญิงอายุต่ำกว่า 12 ปี และแก้ไขเพิ่มเติมเป็น 13 ปี ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

เมื่อใช้ประมวลกฎหมายอาญาได้สืบทอดบทบัญญัติความผิดแต่ได้แก้ไขเพิ่มเติมลักษณะความผิด โดยเพิ่มเติมการกระทำอันมีลักษณะโทรมเด็กหญิง หรือเป็นการกระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิดตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 และได้เพิ่มอัตราโทษให้สูงขึ้นในปี พ.ศ. 2525 และในปี พ.ศ. 2530 แก้ไขเพิ่มเติมอายุของเด็กหญิงเป็นอายุยังไม่เกินสิบห้าปี

ความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคล เมื่อเปรียบเทียบลักษณะความผิดในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กับประมวลกฎหมายอาญาจะมีความคล้ายคลึงกัน ดังนี้ คือ

1. กระทำอนาจาร
2. แก่บุคคลอายุเกินกว่า 12 ปี แก้ไขเพิ่มเติมเป็น 13 ปี ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127
3. โดยใช้อำนาจบังคับหรือใช้วาจาขู่เข็ญหรือใช้อุบายหลอกลวง แต่ในประมวลกฎหมายอาญาได้แก้ไขเพิ่มเติมอายุบุคคลเป็นบุคคลอายุกว่า 15 ปี ในปี พ.ศ. 2530

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก เมื่อเปรียบเทียบลักษณะความผิดในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กับประมวลกฎหมายอาญาจะมีความคล้ายคลึงกัน ดังนี้ คือ

1. กระทำอนาจาร
2. แก่เด็กอายุต่ำกว่า 12 ปี และแก้ไขเพิ่มเติมเป็น 13 ปี ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127
3. โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม เมื่อใช้ประมวลกฎหมายอาญาได้แก้ไขเพิ่มเติมเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ในปี พ.ศ. 2530

ความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มีลักษณะความผิดคือ ชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ระหว่างชายกับชาย หรือหญิงกับหญิง หรือชำเรากับสัตว์ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญาคความผิดฐานนี้ได้สูญหายไป

จากการศึกษาจึงอาจกล่าวสรุปได้ว่า ความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจาร ปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และประมวลกฎหมายอาญา โดยพบว่าแนวความคิดในการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาจากมูลเหตุใหญ่ ๆ สอง

ประการคือ ความไม่สมบูรณ์ของกฎหมายตราสามดวง และปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ทำให้ประเทศไทยต้องยกร่างประมวลกฎหมายตามแนวทางของประเทศตะวันตกขึ้นถือใช้ ส่งผลให้ทบทบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะผิดเมีย และพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ยกเลิกทุกมาตรา และมาถือใช้ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แต่ก็ยังประสมประสานลักษณะของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานกระทำอนาจาร ที่เคยปรากฏในพระอัยการลักษณะผิดเมีย พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 กับกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ส่งผลให้ทบทบัญญัติใหม่นี้มีลักษณะทั่วไปบังคับใช้ได้กับทุกกรณีไม่ เป็นลักษณะการดำเนินเรื่อง และยังได้สืบทอดการกระทำความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ จากพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 มาไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ด้วย และกฎหมายฉบับนี้มีลักษณะโทษเป็นจำคุก มีผลทำให้โทษปรับใหม่ตามพระอัยการลักษณะผิดเมีย โทษเจียน และโทษการทำงานหนักตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ยกเลิกไป เมื่อใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้ระยะหนึ่ง ประเทศไทยมีแนวความคิดจะปรับปรุงกฎหมาย อาญาและได้ยกร่างประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันขึ้นถือใช้ ได้ถ่ายทอดลักษณะการกระทำความ ผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจาร ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แต่ความผิดบางฐานความผิดที่ล้าสมัยคือ ความผิดฐานชำเราผิดธรรมดา มนุษย์ได้ยกเลิกไป เพราะไม่สอดคล้องกับสิทธิเสรีภาพของมนุษย์ในการกำหนดเจตจำนงทางเพศของ ตนเอง และเนื่องจากสภาพบ้านเมืองมีอาชญากรรมเป็นจำนวนมาก จึงได้มีการเพิ่มอัตราโทษให้สูงขึ้น และเพิ่มลักษณะของการกระทำความผิดอันมีลักษณะของการโทรมหึง และการมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด ทำให้เห็นว่า ทบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำ อนาจาร จะมีลักษณะเข้าสู่ระบบสากลและต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพบ้านเมืองที่เปลี่ยนแปลง ไปตลอดเวลา ซึ่งในบทความต่อไป ผู้เขียนจะวิเคราะห์ความเปลี่ยนแปลงของแนวความคิดในการ บัญญัติกฎหมาย การเปลี่ยนแปลงวิธีกำหนดลักษณะความผิด และการเปลี่ยนแปลงลักษณะของความ ผิด จากพระอัยการลักษณะผิดเมีย และพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 มาเป็น กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และสืบทอดเข้าสู่ประมวลกฎหมายอาญา