

## บทที่ 2

### แนวคิดในการบัญญัติกฎหมายเพื่อลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิด

เป็นที่ยอมรับกันในสาขาวิชากฎหมายอาญาแล้วว่า ในประมวลกฎหมายอาญาสมัยใหม่นั้นแบบแผนของการลงโทษ หรือคำขู่ว่าจะลงโทษและตัวโทษ เปรียบเสมือนแรงกระตุ้นให้สมาชิกของสังคมนั้นๆ ประพฤติปฏิบัติต่อกันตามสังคมในวิถีทางที่กำหนดไว้ และวิถีทางของสังคมนี้ผู้ร่างกฎหมายได้กล่าวเอาไว้ว่าเป็นที่ชัดเจนในบทบัญญัติทั่วไปของประมวลกฎหมายอาญา<sup>1</sup> และในขณะเดียวกันประมวลกฎหมายอาญาในสมัยใหม่ก็มักจะชี้ให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ของประมวลกฎหมายอาญานั้นๆ ว่ามีวัตถุประสงค์อย่างไรพร้อมกับชี้ให้เห็นถึงวิธีการและทฤษฎีที่รองรับวิธีการนั้นๆ ที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวให้เป็นที่รู้ดังกล่าวทั่วไป

#### 2.1 แนวความคิดในการบัญญัติกฎหมาย

ในการดำเนินคดีอาญาของรัฐ มีวัตถุประสงค์เพื่อพิสูจน์ความผิด หรือความบริสุทธิ์ของผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลย และเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ และด้วยเหตุที่มีความเชื่อทางวิชาการว่า กฎหมายส่วนมหาชนหลายประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่ผลเป็นการควบคุมสังคม โดยใช้โทษเป็นเครื่องมือในการบังคับส่วนหนึ่งและเป็นเรื่องของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดพฤติกรรมของมนุษย์ในสังคมนั้นๆ ด้วยอีกส่วนหนึ่ง ในทุกๆ ประเทศย่อมมีกฎหมายอาญาใช้อยู่เป็นของตนเอง แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นอยู่เสมอไม่ว่าในขั้นการร่างกฎหมายอาญา หรือเมื่อกฎหมายอาญานั้นใช้บังคับอยู่ในช่วงระยะเวลาหนึ่งก็คือ ปัญหาว่าพฤติกรรมชนิดใดกันแน่สมควรถูกควบคุมในกฎหมายอาญา

##### 2.1.1 วัตถุประสงค์โดยทั่วไปของการนิติบัญญัติทางอาญาสารบัญญัติ

กฎหมายอาญาในปัจจุบันนั้นได้ถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมจนแทบจะแบ่งแยกไม่ออกจากกฎหมายอาญาในปัจจุบันนั้น ทำหน้าที่อะไรแต่อย่างน้อยที่สุดนักนิติบัญญัติที่ดีต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์หลักที่ว่ากฎหมายอาญานั้นต้องการที่จะให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ได้บ้าง

---

<sup>1</sup> Mueller, G.O.W. (1961). "The German Draft Criminal code 1960 - An Evaluation in terms of American Criminal Law" U. 3. L. For 30.

ซึ่งในเรื่องของวัตถุประสงค์ในการร่างกฎหมายนั้นตามร่างประมวลกฎหมายอาญาสหรัฐอเมริกา<sup>2</sup> ในมาตรา 1-1 A2 ซึ่งบัญญัติวัตถุประสงค์ไว้ดังนี้

“วัตถุประสงค์ของประมวลกฎหมายนี้ก็เพื่อที่จะเสริมสร้างความยุติธรรมขึ้นในระบบ สหรัฐทั้งมวลเพื่อที่ประเทศชาติและประชาชนจะได้มีความอบอุ่นใจในการรักษาไว้ซึ่งชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน และผลประโยชน์อื่นๆ

ประมวลกฎหมายนี้ มุ่งมั่นที่จะส่งเสริมและคงไว้ซึ่งระบบแห่งคุณธรรมของมหาชน และการปฏิบัติได้ตอบของมหาชน โดยการลงโทษทัณฑ์อันเหมาะสม

ประมวลกฎหมายนี้มุ่งมั่นที่จะส่งเสริมความปลอดภัยและความมั่นคงของบุคคลทั้งปวง โดยการป้องปราม ด้วยวิธีการแจ้งต่อสังคมให้เห็นถึงความผิดต่างๆว่ามีอะไรบ้างละโทษทัณฑ์ที่ได้ กำหนดไว้โดยด้วยบทกฎหมายมีอยู่อย่างไร และเมื่อวิธีการนี้ใช้ไม่ได้ผล ก็จะใช้วิธีแก้ไขผู้กระทำความผิด หรือการทำให้ผู้กระทำความผิดนั้น ไม่สามารถที่จะกระทำความผิดต่อไปได้โดยวิธีการอัน สมควร”

จากเนื้อความข้างบนนี้ เราพอเห็นได้ว่า วิธีการและทฤษฎีที่จะทำให้จุดหมายของ ประมวลกฎหมายอาญานั้นประสบความสำเร็จนั้นพอที่จะแบ่งประเภทแห่งวัตถุประสงค์ได้อย่าง น้อย 6 ประการดังนี้

1) เพื่อคุ้มครองป้องกันซึ่งตัวบุคคล จากการกระทำโดยเจตนา อันเป็นการโหดเหี้ยมทารุณหรือการประกอบกรรมทางเพศด้วยวิธีการอันไม่พึงประสงค์ต่างๆ โดยการข่มขืน หรือการร่วมเพศโดยผิดศีลธรรมเป็นเหตุสะเทือนขวัญ คุ้มครองป้องกันบุคคลจากภัยบางประการอันเกิดจากการกระทำโดยไม่เจตนา คุ้มครองป้องกันกลุ่มบุคคลที่อาจถูกชักจูงได้ง่ายเช่นผู้เยาว์ ผู้ไม่สมประกอบ หรือจากการทำร้าย กดขี่ ชูกรีด อันเกิดแต่บุคคลหรือทรัพย์สินของบุคคลเหล่านั้น ตัวอย่าง หลอกให้ร่วมประเวณีด้วย เป็นต้น

2) เพื่อคุ้มครอง สภาวะจิตใจของสมาชิกนั้นๆ ให้รอดพ้นจากการกระทบกระเทือนจากการกระทำที่ถึงแม้ว่าจะเป็นเรื่องส่วนตัวของผู้ใหญ่แล้ว และยินยอมต่อการกระทำนั้นแล้ว แต่ถือว่าผิดธรรมชาติ เช่น การร่วมประเวณีภายในบุคคลภายในครอบครัวและความสัมพันธ์ทางเพศอันผิดปกติ ป้องกันการกระทำบางประเภท ซึ่งเมื่อได้กระทำท่ามกลางสาธารณชนแล้ว จะกระทบกระเทือนจิตใจบุคคลอื่นๆเป็นอย่างมาก เช่น การกระทำอนาจาร เป็นต้น

3) เพื่อคุ้มครองป้องกันทรัพย์สินส่วนบุคคลจากการลักขโมย การฉ้อโกงหรือการทำให้เสียทรัพย์สิน และกรณีอื่นๆ

<sup>2</sup> U.S. Draft Criminal Code.



4) เพื่อคุ้มครองป้องกันสาธารณชนจากความสะดวกสบายต่างๆ เช่น การกีดขวางทางสัญจร ปิดกั้นทางสาธารณะ รวมทั้งใช้สภาพบังคับทางอาญาเพื่อเก็บรวบรวมภาษีอากร เช่น ห้ามมิรถยนต์ หรือทรัพย์สินไว้ในครอบครองโดยไม่มีทะเบียน

5) เพื่อป้องกันรักษาไว้ซึ่งสถาบันทางสังคม เช่น สถาบันพระมหากษัตริย์และสถาบันศาสนา รวมทั้งเพื่อบังคับให้เกิดความเมตตากรุณาที่จำเป็น เช่น การที่พระภิกษุสงฆ์ไม่ต้องสาบานตนในศาล

6) เพื่อบังคับใช้วิธีการต่างๆ ที่จะทำให้อัตถุประสงค์ทั้งหลายเหล่านี้บรรลุผล เช่น การจัดคำสั่งเจ้าพนักงาน การให้การเท็จ เป็นต้น

เมื่อได้วิเคราะห์ถึงวัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายอาญาสาระบัญญัติเบื้องต้นแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่าเมื่อเปรียบเทียบกับสภาพปัญหาในบทที่ 1 ที่ผู้เขียนกล่าวไว้ว่า กรณีที่พระภิกษุสงฆ์มีการเสพเมถุนกับหญิงซึ่งอายุเกินยี่สิบปีและหญิงนั้นยินยอม ตามปกติกฎหมายอาญาไม่สามารถที่จะเอาผิดกับพระภิกษุผู้กระทำได้เนื่องจาก ไม่เป็นความผิดอาญา แต่อย่างไรก็ดีผู้เขียนเห็นว่าการกระทำของพระภิกษุดังกล่าวควรที่จะมีกฎหมายออกมาบัญญัติความรับผิดชอบเอาไว้เนื่องจากจะเห็นได้ว่าแม้การกระทำความผิดจะไม่เป็นความผิดอาญาแต่ก็ถือว่าพระภิกษุนั้นได้กระทำการในลักษณะที่ทำให้สถาบันศาสนาเสื่อมเสียชื่อเสียงและเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมกับสมณะภาวะ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์ในการบัญญัติอาญาสารบัญญัติแล้วจะพบว่าการบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้เป็นการบัญญัติเพื่อที่จะคุ้มครองสถาบันศาสนาทุกศาสนา แต่ในการศึกษาวิทยานิพนธ์เล่มนี้ผู้เขียนขอกำหนดเฉพาะศาสนาพุทธและจะได้ทำการวิเคราะห์โดยละเอียดในบทที่ 4 ต่อไป

แม้ว่าจะมีหลัก 6 ประการตามที่ได้กล่าวมาแล้วก็ตาม แต่นักวิชาการที่มีความละเอียดอ่อนคงยังมีข้อสงสัยอยู่อีกว่า หลักข้างต้นนั้นมีได้ช่วยหาคำตอบที่สมบูรณ์ให้แก่ผู้ที่จะร่างหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายอาญามากนัก เพราะขอบเขตของหลักเกณฑ์ข้างต้นนั้น กว้างขวางมากพอที่จะรวมเอาพฤติกรรมเกือบทุกชนิดเอาไว้ได้อาจกล่าวได้ว่าหลักข้างต้นนี้มีได้สร้างกฎเกณฑ์ทางทฤษฎีที่ดีพอ อันอาจช่วยในการตัดสินใจว่าพฤติกรรมอย่างไรที่ควรจะต้องตกอยู่ในขอบเขตของกฎหมายอาญา

### 2.1.2 กฎหมายอาญาบนพื้นฐานของการกระทำและผู้กระทำ

การตรากฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้นนอกจากที่จะต้องทำการศึกษาถึงวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมายมาตรานั้นๆ แล้ว ยังจำเป็นที่จะต้องทำการศึกษาถึงการบัญญัติกฎหมายว่าใช้เกณฑ์ใดในการบัญญัติ กล่าวคือ จะบัญญัติความผิดอาญาบนพื้นฐานของการกระทำ หรือจะบัญญัติกฎหมายอาญาบนพื้นฐานของผู้กระทำที่ย่อมกระทำได้ทั้ง 2 วิธีดังนี้<sup>3</sup>

<sup>3</sup> คณิต ฉ นกร. (2547). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 39.

### 1) การตรากฎหมายความผิดอาญาบนพื้นฐานของการกระทำ

ในระบบของ “กฎหมายอาญาบนพื้นฐานของการกระทำ (Tatstrafrecht)” การลงโทษจะผูกไว้โดยตรงกับการกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่การที่จะลงโทษสำหรับการกระทำนั้นได้หรือไม่ย่อมจะต้องขึ้นอยู่กับว่า จะดำเนินผู้กระทำความผิดอันเนื่องมาจากการกระทำของเขานั้นได้หรือไม่ กล่าวคือ การลงโทษจะเป็นเรื่องของ “ความชั่วของการกระทำ (Tatschuld)”

### 2) การตรากฎหมายความผิดอาญาบนพื้นฐานของผู้กระทำ

ในระบบของ “กฎหมายอาญาบนพื้นฐานของผู้กระทำ (Taterstrafrecht)” การลงโทษย่อมขึ้นอยู่กับอันตรายเป็นอันดับแรกของผู้กระทำความผิดที่เชื่อมโยงกับการดำเนินชีวิตของผู้กระทำ ความผิดนั้นหรือเชื่อมโยงกับ “ความชั่วของการดำเนินชีวิต (Lebensführungsschuld) ของผู้กระทำความผิดนั้น ในกรณีนี้ความสำคัญของการดำเนินชีวิตจะอยู่ที่ว่าผู้กระทำความผิดนั้นมีพฤติกรรมที่เป็นอันตรายหรือมีพฤติกรรมที่เป็นอาชญากรหรือไม่

การบัญญัติกฎหมายบนพื้นฐานของผู้กระทำนั้น ยึดถือเอาเจตนาภายในใจของผู้กระทำเป็นหลัก หากว่า “การกระทำ” นั้นแม้ว่าคนทั่วไปจะเห็นว่าเป็นความผิดหรือตามกฎหมายจะถือว่าครบองค์ประกอบความผิดก็ตามแต่หากว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาที่ไม่ถือว่าผู้กระทำนั้นกระทำความผิด กรณีในพระธรรมวินัย การกระทำนั้นๆ ของพระภิกษุเป็นการกระทำที่ล่อแหลมหรือน่าจะเป็นความผิดเมื่อพบเห็นแล้วเป็นสิ่งที่สงฆ์ไม่ควรทำ แต่หากว่าพระภิกษุสงฆ์ไม่มีเจตนาที่จะกระทำเพื่อประสงค์ต่อผลหรือยอเลื่องเห็นผลต่อการกระทำนั้นๆ และได้กระทำไปด้วยใจบริสุทธิ์ใจ การกระทำนั้นย่อมไม่มีความผิด เช่น เมื่อพระภิกษุเห็นหญิงกำลังจะจมน้ำจึงลงไปช่วยชีวิตหรือเอื้อมมือให้จับโดยมีเจตนาที่จะช่วยชีวิตมนุษย์เท่านั้น จึงไม่ผิดอาบัติเพราะไม่มีเจตนาในสัมพัทธ์ และตามประมวลกฎหมายอาญาจะเห็นได้จากบทบัญญัติในเรื่องป้องกัน แม้การกระทำจะครบองค์ประกอบภายนอกและภายในก็ตามแต่ผู้กระทำมีเจตนาพิเศษเพื่อที่ป้องกันสิทธิของตนเองหรือบุคคลอื่นต่อการกระทำอันละเมิดต่อกฎหมายที่ผู้อื่นกระทำต่อตนหาได้มีเจตนาที่จะกระทำโดยบนพื้นฐานของความชั่วร้ายในจิตใจไม่ กรณีเช่นนี้ กฎหมายจึงถือว่าผู้กระทำนั้นไม่มีความผิด

กฎหมายอาญาของไทยเราในปัจจุบันเป็น “กฎหมายอาญาบนพื้นฐานของการกระทำ” อย่างไรก็ตามในบางกรณีกฎหมายก็บัญญัติโดยคำนึงถึงตัวผู้กระทำความผิดด้วย และภายในกรอบของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานนั้น กรณีก็จะทำให้ความผิดอาญานั้นมีลักษณะเป็น “กฎหมายอาญาบนพื้นฐานของผู้กระทำรวมอยู่ด้วย” เช่น

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 214 วรรค 1 บัญญัติว่า “ผู้ใดประพฤติดนเป็นปกติธุระเป็นผู้จัดหาที่พักที่ซ่อนเร้นหรือที่ประชุมให้บุคคลซึ่งตนรู้ว่าเป็นผู้กระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในภาคสองนี้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”



คำว่า “ประพัตติคนเป็นปกติฐานะ” แสดงให้เห็นถึงพฤติกรรมที่เป็นอันตรายของผู้กระทำ ความผิดฐานนี้ที่ผู้กระทำการดังกล่าวซ้ำๆ กัน ความผิดฐานนี้จึงมีลักษณะเป็นกฎหมายอาญาของผู้กระทำรวมอยู่ด้วยเป็นต้น แม้ว่าในทางทฤษฎีการบัญญัติกฎหมายอาญาบนพื้นฐานของผู้กระทำจะสามารถกระทำได้ แต่ในทางปฏิบัติแล้วการบัญญัติความผิดอาญาบนพื้นฐานของผู้กระทำโดยแท้จะมีความยุ่งยากเป็นอย่างยิ่ง กฎหมายอาญาของประเทศต่างๆ จึงเป็นกฎหมายอาญาบนพื้นฐานของการกระทำเป็นหลัก และกรณีใดที่จำเป็นจะต้องกล่าวถึงพฤติกรรมผู้กระทำผิดกฎหมายก็จะกล่าวไว้โดยเฉพาะของความผิดฐานนั้น

สำหรับการบัญญัติกฎหมายอาญาบนพื้นฐานของผู้กระทำนั้น ผู้เขียนเห็นว่าในการบัญญัติกฎหมายจะต้องมีการพิจารณาถึงฐานะของผู้กระทำความผิดด้วยเป็นสำคัญ เช่น ในกรณีที่เจ้าพนักงานของรัฐกระทำความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานเรียกรับสินบน จะเห็นได้ว่าถ้าผู้กระทำนั้นมิใช่เจ้าพนักงาน ผู้นั้นก็ไม่ต้องรับผิดจากการกระทำความผิดฐานนี้ เนื่องจากผู้กระทำมิได้มีฐานะพิเศษ เช่นเดียวกับเจ้าพนักงาน ซึ่งผู้ที่เป็นเจ้าพนักงานมีอำนาจหน้าที่และได้รับความไว้วางใจจากประชาชนเพราะตำแหน่งหน้าที่นั้นๆ และใช้อำนาจหน้าที่ทำผิดกฎหมายโดยอาศัยหน้าที่และตำแหน่งที่ตนดำรงอยู่ เมื่อตำแหน่งฐานะของบุคคลสร้างความไว้วางใจได้เช่นเดียวกับการที่ฐานะหรือตำแหน่งก็สามารถสร้างความผิดที่ไม่น่าเชื่อได้ โดยเพราะอาศัยฐานะและความไว้วางใจปกปิดไว้ ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นพระภิกษุสงฆ์ซึ่งได้รับความเคารพนับถือและไว้วางใจยิ่งกว่าเจ้าพนักงานก็จำเป็นที่จะมีการบัญญัติกฎหมายอาญาสำหรับกำหนดความรับผิดชอบเพื่อลงโทษพระภิกษุสงฆ์ที่กระทำความผิดอาญาในฐานะเกี่ยวกับเพศได้เช่นเดียวกัน โดยบัญญัติกฎหมายบนพื้นฐานของผู้กระทำ เพื่อให้เกิดความยุติธรรมต่อพระภิกษุสงฆ์ได้พิสูจน์ความผิดและเพื่อคุ้มครองป้องกันไม่ให้พระภิกษุสงฆ์ถูกใส่ความได้ง่ายๆ โดยต้องมีการพิสูจน์เจตนาหรือความชั่วภายในเสียก่อน เนื่องด้วยพระภิกษุสงฆ์เองก็เป็นที่ยอมรับนับถือของประชาชนส่วนใหญ่ในสังคม การที่จะกล่าวว่าคุณคนผู้กระทำความผิดนั้นเป็นพระภิกษุสงฆ์ ย่อมเป็นเรื่องอรรถคดีที่ละเอียดอ่อนจึงควรที่จะมีการบัญญัติกฎหมายลงโทษแต่ก็ต้องมีหลักประกันว่าพระภิกษุสงฆ์จะได้รับความยุติธรรมด้วย

### 2.1.3 ทฤษฎีแนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษ

พบว่าโดยทั่วไปแล้วทฤษฎีการลงโทษที่เป็นที่นิยมในปัจจุบันมี 3 ทฤษฎี คือ<sup>4</sup>

- 1) ทฤษฎีลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory)
- 2) ทฤษฎีลงโทษเพื่อป้องกัน (Preventive Theory)
- 3) ทฤษฎีลงโทษเพื่อดัดแปลง (Reformative Theory)

<sup>4</sup> สหชน รัตนไพจิตร. (2527). ความประสงค์ของการลงโทษทางอาญา: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา. หน้า 32.



โดยนอกจากนี้ 3 ทฤษฎีข้างต้นนี้แล้วยังมีทฤษฎีอื่นๆ อีกแต่ไม่ปรากฏเป็นที่นิยมมากนัก เช่น ทฤษฎีลงโทษเพื่อให้เป็นที่พอใจแก่ผู้เสียหาย และทฤษฎีลงโทษเพื่อเป็นการชดเชยความไว้วางใจในกฎหมาย เป็นต้น เพื่อให้เข้าใจเจตนารมณ์การลงโทษของทฤษฎีที่เป็นที่นิยมใช้กันในสากลประเทศนี้อาจสรุปพื้นฐานแนวคิดทางทฤษฎีต่างๆ ได้ดังนี้

### 2.1.3.1 ทฤษฎีลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory)

(1) ผู้ซึ่งได้กระทำความผิดนั้นที่จะถูกลงโทษ เนื่องจากการลงโทษมีความประสงค์เพื่อแก้แค้นทดแทนกับความผิด การลงโทษจึงใช้กับผู้ได้กระทำความผิดเท่านั้น ดังนั้นเงื่อนไขของการลงโทษจึงต้องมีการกระทำความผิดนั้นขึ้นมาก่อน การกระทำความผิดนั้นจึงจะต้องถูกลงโทษเพื่อให้สาสมกับความผิด จึงเห็นได้ว่าการกระทำผิดเป็นเงื่อนไขจำเป็นของการลงโทษ บุคคลที่ไม่ได้กระทำความผิดเราจะลงโทษไม่ได้ไม่ว่าลงโทษผู้นั้นไปแล้วจะได้รับประโยชน์เพียงใดก็ตาม ทั้งนี้เพราะเขาไม่มีความผิดอะไรที่จะไปทดแทนหรือลบล้าง

(2) ผู้กระทำความผิดทุกคนต้องถูกลงโทษโดยไม่มีข้อยกเว้น ทฤษฎีลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนถือว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อรักษาไว้ซึ่งหลักแห่งความยุติธรรม เนื่องจาก ว่าคนที่กระทำความผิดเป็นผู้ละเมิดกฎแห่งความยุติธรรมเป็นคนที่สมควรจะได้รับการตอบแทนโดยการลงโทษ ดังนั้นผู้กระทำความผิดทุกคนจึงต้องถูกลงโทษแม้ว่าการลงโทษนั้นจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ แก่สังคมเลยก็ตาม หรือลงโทษไปแล้วจะเกิดผลเสียขึ้น ทั้งนี้เนื่องจากว่าผู้กระทำความผิดเป็นผู้ฝ่าฝืนกฎแห่งความยุติธรรม

(3) จำนวนโทษต้องพอเหมาะกับความผิดที่ได้กระทำไป<sup>5</sup> เนื่องจากทฤษฎีลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนมีความประสงค์ที่จะลงโทษความผิดที่ได้กระทำไปให้สาสม ดังนั้นจำนวนโทษที่ใช้กับผู้กระทำความผิดนั้นจึงต้องมีความหนักเบาพอเหมาะกับความผิดที่เขาได้กระทำลงไป ซึ่งเป็นไปตามแนวคิดเกี่ยวกับ Just Desert ทั้งนี้ความพอเหมาะนี้มี 2 แนวความคิด คือ

ความคิดแนวแรก เห็นว่าจำนวนโทษต้องเท่าเทียมกับความผิด ได้แก้ความเห็นของค่านท์ ดังนี้<sup>6</sup>

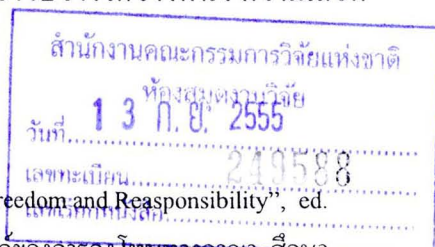
การลงโทษเพื่อให้สาสมต้องเท่าเทียมกับความผิดที่ได้กระทำ แต่อะไรคือขนาดของการลงโทษที่จะยึดเป็นมาตรฐาน กรณีนี้เราต้องนำหลักแห่งความเท่าเทียม (Principle of Equality) ซึ่งเปรียบเสมือนตาชั่งของความยุติธรรมที่ไม่ได้เอนเอียงไปข้างใดข้างหนึ่ง ความเลวที่

<sup>5</sup> สหชน รัตนไพจิตร. เล่มเดิม. หน้า 38.

<sup>6</sup> Immanuel Kant, "The Right of Punishing an of Pardoning, in Freedom and Responsibility", ed.

Herbert Morris, pp. 503-504. อ้างถึงในสหชน รัตนไพจิตร. ความประสงค์ของการลงโทษทางอาญา. ศึกษา

เฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา. หน้า 41-42.





คนๆ หนึ่งกระทำต่ออีกคนหนึ่งโดยไม่สมควรนั้น เป็นสิ่งที่เขาได้กระทำกับตัวของเขาเอง ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า ถ้าท่านให้ร้ายคนอื่น ท่านก็ให้ร้ายตัวเอง ถ้าท่านขโมยของของคนอื่น ท่านขโมยจากตัวเอง ถ้าท่านตีคนอื่น ท่านตีตัวเอง ถ้าท่านฆ่าผู้อื่น ท่านฆ่าตัวเอง สัดส่วนในการลงโทษจะต้องนำหลักการทดแทนมาใช้ (Principle of Retaliation) ซึ่งหมายความว่าทำอย่างไรจะได้ผลตอบแทนอย่างนั้น (Live as live)

ในการพิจารณาจึงพิจารณาเฉพาะความผิดแต่ละรายว่าความผิดแต่ละอย่างนี้จะต้องได้รับการทดแทนเท่าใด

บุคคลบางกลุ่มเห็นว่าจำนวนโทษต้องมีความสัมพันธ์กับความหนักเบาของความผิดกล่าวคือ ถือว่าการกระทำที่หนักพอสมควรได้รับโทษพอกัน ความผิดไม่เท่ากันโทษไม่ควรเท่ากัน การกระทำผิดร้ายแรงกว่าควรถูกลงโทษมากกว่า พวกนี้ถือว่าการลงโทษที่ยุติธรรมนั้นไม่ได้หมายถึงการลงโทษที่เท่าเทียมจริงๆ กับความผิดอย่างแท้จริงในทุกกรณี แต่เรารู้ได้ว่าการกระทำอย่างหนึ่ง เราจึงลงโทษการกระทำที่ผิดร้ายแรงกว่าด้วยโทษมากกว่าได้

แนวความคิดตามทฤษฎีลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนนั้น บทบัญญัติที่แสดงถึงแนวความคิดตามทฤษฎีลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนในประเทศไทยได้แก่ บทบัญญัติซึ่งให้ลงโทษผู้กระทำความผิดตามขนาดเท่ากับผลของการกระทำ หรือตามความร้ายแรงของการกระทำ ทั้งนี้ เนื่องจากการลงโทษมีความประสงค์เพื่อเป็นการลงโทษเพื่อแก้แค้นกับความผิดหรือความชั่วในจิตใจ ดังนั้นหากบุคคลใดกระทำความผิดน้อย หรือมีความร้ายแรงในผลแห่งการกระทำน้อยกว่าปกติ ก็ต้องลงโทษน้อยลงตามส่วน

บทบัญญัติที่แสดงถึงผู้กระทำความชั่ว หรือความชั่วน้อยลงกว่าปกติทำให้ไม่ต้องรับโทษหรือต้องรับโทษน้อยกว่าปกติ เช่น

(1) ความไม่รู้ผิดชอบเพราะความอ่อนวัย กฎหมายจึงยกเว้นโทษให้ หรือให้ลงโทษน้อยลงได้

(2) ความไม่รู้ผิดชอบเพราะสภาพจิต<sup>8</sup> เช่น จิตบกพร่อง

(3) ความไม่รู้ข้อผิดถูก เช่น กระทำการตามคำสั่งที่เชื่อว่าเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>9</sup>

(4) กระทำความผิดโดยจำเป็น หรือป้องกันเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น หรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน<sup>10</sup>

<sup>8</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 65 และกฎหมายลักษณะอาญา, มาตรา 46 และมาตรา 47.

<sup>9</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 70 และกฎหมายลักษณะอาญา, มาตรา 52 ข้อ 2.

<sup>10</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 69.

นอกจากที่กล่าวมาแล้วยังมีเรื่องตัวการในมาตรา 63 กฎหมายลักษณะอาญา และในมาตรา 83 ประมวลกฎหมายอาญาซึ่งกำหนดว่า ตัวการต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ความหมายที่ว่าตัวการต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น หมายความว่าถึงระวางโทษที่ระบุไว้ในตัวบทเท่านั้น แต่ไม่ได้หมายความว่าโทษที่จะลงแก่ตัวการแต่ละคนที่จะได้รับจริงๆ นั้น ศาลจะต้องกำหนดให้เท่ากันด้วยตามคำพิพากษาฎีกาที่ 310/2520 ทั้งนี้เพราะถึงแม้ว่าจะเป็นเรื่องกระทำความผิดอย่างเดียวกัน แต่พฤติการณ์และการร่วมกระทำอาจมากน้อยร้ายแรงยิ่งหย่อนกว่ากันได้ มาตรา 83 นี้ ไม่ใช่เรื่องเหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 78 แต่เป็นเรื่องที่ศาลอาจกำหนดโทษให้เบากว่ากันได้เอง ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 584/247<sup>11</sup> ดังนั้นจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในมาตรานี้เป็นเรื่องที่ศาลเลือกกำหนดโทษตามความร้ายแรงของความผิดได้ซึ่งแสดงถึงแนวความคิดตามทฤษฎีลงโทษเพื่อให้ปรับปรุงตัวไม่ใช่เพื่อการแก้แค้นทดแทน

### 2.1.3.2 ทฤษฎีลงโทษเพื่อป้องกัน (Preventive Theory)

ทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่าการลงโทษควรมีลักษณะเพื่อป้องกันสังคม เมื่อผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดขึ้นมาแล้ว ความเสียหายในอดีตย่อมไม่สามารถที่จะเยียวยาให้คืนดังเดิมแต่เราอาจใช้ประโยชน์จากการลงโทษเป็นการทำให้กลัวโทษ หรือสร้างนิสัยและสอนศีลธรรมแก่ประชาชนและอาจแบ่งความประสงค์ในการลงโทษได้เป็น 2 ประการคือ

- (1) เพื่อให้มีผลต่อตัวผู้กระทำความผิดเอง (special prevention) คือทำให้ผู้กระทำความผิดซึ่งถูกลงโทษมีความเข็ดหลาบ ไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก
- (2) เพื่อเป็นตัวอย่างแก่บุคคลทั่วไป (general prevention) โดยให้คนทั่วไปเห็นว่าเมื่อกระทำความผิด แล้วจะต้องได้รับโทษเพื่อคนทั่วไปที่ได้ทราบ จะได้เกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิด

แนวความคิดของทฤษฎีนี้ไม่ได้คำนึงถึงแต่เพียงผลของการลงโทษต่อตัวผู้กระทำความผิดเพียงอย่างเดียวเท่านั้นแต่ได้คำนึงถึงผลดีต่อประชาชนทั่วไปด้วย เช่น ถ้าพิจารณาในแง่ตัวผู้กระทำความผิดเองแม้ไม่จำเป็นต้องลงโทษ เพราะแม้ว่าไม่ลงโทษเขาก็จะไม่กระทำความผิดขึ้นอีก แต่เมื่อคำนึงถึงผลต่อประชาชนทั่วไปและผลกระทบต่อศีลธรรมในสังคมแล้ว อาจต้องมีการลงโทษเพื่อเป็นเยี่ยงอย่างเพื่อป้องกันการเลียนแบบในการก่อการกระทำความผิด เป็นต้น

วิธีการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันนี้ อาจพิจารณาได้เป็น 3 ประการ คือ

- ก. ให้มีปริมาณโทษที่เหมาะสม
- ข. มีความแน่นอนและรวดเร็วในการลงโทษ

<sup>11</sup> คำพิพากษาฎีกาหนังสือคำบรรยายคดีบัณฑิตย์สภา. (2553). หน้า 200.



### ค. ใช้การลงโทษเป็นเครื่องมือให้คนอื่นกลัวโทษ

แนวความคิดตามทฤษฎีลงโทษเพื่อป้องกันนั้น บทบัญญัติที่แสดงถึงแนวความคิดตามทฤษฎีป้องกัน ได้แก่ บทบัญญัติในกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 72-76 ซึ่งเป็นเรื่องการกระทำความผิดหลายครั้งไม่เจ็ดหลาย และในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 92 ซึ่งเป็นเรื่องการกระทำความผิดซ้ำ การกระทำความผิดหลายครั้งหรือการกระทำความผิดอีกนี้ ในกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 72-76 และประมวลกฎหมายอาญามาตรา 92 ได้กำหนดให้เพิ่มโทษในความผิดครั้งหลักแก่ผู้กระทำความผิดด้วย

เหตุผลในการเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดหลายครั้ง ศาสตราจารย์ เอช เอกูต์ กล่าวว่า<sup>12</sup>

“เพื่อจะป้องกันการกระทำผิดหลายๆ ครั้งไม่เจ็ดหลายมิให้เกิดมีมากแพร่หลาย ผู้บัญญัติกฎหมายจะต้องมุ่งไปในทางจัดระเบียบการลงโทษให้ดียิ่งขึ้น และเฉพาะอย่างยิ่งการจำคุก อนึ่ง ผู้บัญญัติกฎหมายจะต้องกดดันในการลงโทษให้เจ็ดหลายคือลงโทษให้หนักแก่บุคคลซึ่งไม่เกรงกลัวอาชญากรรมและแสดงว่าอาชญากรรมนั้นเป็นการห้ามมิให้ทำความผิดขึ้นใหม่อีก”

เหตุผลของศาสตราจารย์ เอช เอกูต์ เป็นเช่นเดียวกับของศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย ซึ่งเห็นว่า “การที่มาตรา 92 ได้กำหนดเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดอีกเช่นนี้เนื่องจากเพราะการที่บุคคลนั้นมากระทำความผิดขึ้นอีกนั้น แสดงว่าบุคคลนั้นไม่เจ็ดหลาย”

บทบัญญัติซึ่งให้เพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดอีกเช่นนี้ แสดงถึงแนวความคิดตามทฤษฎีลงโทษเพื่อป้องกัน

#### 2.1.3.3 ทฤษฎีลงโทษเพื่อดัดแปลง (Reformative Theory)

หลักนี้เป็นผลจากความตื่นตัวทางวิทยาศาสตร์และนำวิธีการศึกษาแบบ empirical method มาใช้แทนวิธีแบบ metaphysics method ซึ่งเป็นวิธีศึกษาแบบวิทยาศาสตร์ ไม่ใช้การคิดในเชิงหาเหตุทั่วไปเหมือนในสมัยดั้งเดิม ดังเช่นตัวอย่างแนวคิดของ Frenz Von Liszt ฟรันซ์ ฟอนลิสท์ ชาวเยอรมัน ซึ่งกล่าวว่า<sup>13</sup>

จะต้องพิจารณากฎหมายอาญาในทางค้นคว้าหาเหตุผลทางด้านข้อเท็จจริงซึ่งไม่ควรจะมองในด้านศีลธรรม แต่ต้องพยายามอธิบายการกระทำความผิดในฐานะที่เป็นสิ่งที่ปรากฏอยู่ในทางธรรมชาติวิทยา การที่มนุษย์แต่ละคนกระทำความผิดนั้น ย่อมเนื่องมาจากอุปนิสัยของผู้กระทำความผิดและพฤติกรรมภายนอก หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ การกระทำความผิดกฎหมาย

<sup>12</sup> เอช เอกูต์. (2478). กฎหมายอาญา. หน้า 213.

<sup>13</sup> หยุต แสงอุทัย. (2520). กฎหมายอาญากฎทั่วไป. หน้า 393.

เป็นผลเนื่องมาจากลักษณะของผู้กระทำผิดเป็นคณา ไป ประกอบกับความสัมพันธ์ในทางสังคมภายนอก

วิธีลงโทษเพื่อดัดแปลงมีรูปแบบหลายวิธีการเช่น

(1) พยายามหลีกเลี่ยงไม่ให้ผู้กระทำผิดประสบกับสิ่งที่ทำลายคุณลักษณะประจำตัวของเขา เช่น ไม่ให้มีการประจาน

(2) พยายามหลีกเลี่ยงโทษจำคุกระยะสั้น โดยหันมาใช้วิธีการอย่างอื่นแทน

(3) การลงโทษต้องลงโทษให้เหมาะสมกับบุคคล

(4) เมื่อผู้กระทำผิดได้รับการแก้ไขดีแล้วก็ไม่ต้องลงโทษต่อ

(5) ให้มีการปรับปรุงผู้ต้องโทษระหว่างถูกคุมขัง

ซึ่งวิธีการทั้งหลายเหล่านี้สามารถนำวิธีการหนึ่งวิธีการใด หรือหลายๆ วิธีมาใช้ร่วมกันได้

แนวความคิดตามทฤษฎีลงโทษเพื่อดัดแปลงนั้น บทบัญญัติที่แสดงถึงแนวความคิดตามทฤษฎีลงโทษเพื่อดัดแปลงในประเทศไทยมีอยู่ 2 ประการ คือ

(1) บทบัญญัติซึ่งเป็นวิธีการหลีกเลี่ยงโทษจำคุกระยะสั้น โดยใช้โทษอื่นแทน บทบัญญัติเช่นนี้ ได้แก่

ก. วิธีการให้ศาลยกโทษจำคุกได้<sup>14</sup> ถ้าหากว่าโทษซึ่งผู้กระทำผิดจะต้องรับ มีทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ ซึ่งโทษจำคุกนั้นมีกำหนดเวลาเพียงสามเดือนหรือน้อยกว่า ทั้งนี้เนื่องจากว่าโทษจำคุกระยะสั้นไม่มีประโยชน์ในการแก้ไขผู้กระทำความผิดไม่ให้กระทำความผิดซ้ำ

ข. วิธีการรอกำหนดโทษหรือรอการลงโทษ<sup>15</sup> ในความผิดซึ่งผู้กระทำผิดมีโทษจำคุก และในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินสองปี ทั้งนี้เนื่องจากการลงโทษจำคุกระยะสั้นไม่มีประโยชน์ในการแก้ไขผู้กระทำความผิด ควรให้โอกาสผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดี<sup>16</sup>

ค. วิธีการเปลี่ยนโทษจำคุกเป็นโทษกักขัง<sup>17</sup> ในความผิดซึ่งผู้กระทำผิดมีโทษจำคุกและในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน ทั้งนี้เนื่องจากการไม่ให้ผู้กระทำผิดถูกตราหน้าว่าเคยต้องโทษจำคุกมาแล้ว ซึ่งจะทำให้ผู้กระทำผิดกลับตัวแก้ไขและกลับเข้าสู่สังคมลำบาก<sup>18</sup>

<sup>14</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 55.

<sup>15</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 56 และกฎหมายลักษณะอาญา, มาตรา 41.

<sup>16</sup> หยุด แสงอุทัย. เล่มเดิม. หน้า 301.

<sup>17</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 23.

<sup>18</sup> หยุด แสงอุทัย. เล่มเดิม. หน้า 306-307.



(2) การลดโทษแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องจากว่าผู้กระทำความผิดสามารถที่จะกลับตัวได้<sup>19</sup> เมื่อผู้กระทำความผิดมีเหตุที่แสดงว่าเขาสามารถจะกลับตัวแก้ไขไม่กระทำความผิดซ้ำก็สามารถลดโทษแก่ผู้กระทำความผิดได้ ทั้งนี้เนื่องจากว่าตามแนวความคิดทฤษฎีลงโทษเพื่อคัดแปลงเห็นว่า ควรลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อเป็นการแก้ไขไม่ให้ผู้กระทำความผิดซ้ำ ดังนั้นถ้ามีเหตุแสดงว่าเขาจะไม่กระทำความผิดซ้ำอีกโทษก็ควรลดลงตามส่วนที่เขาจะกลับตัวแก้ไขได้

สรุปแนวความคิดทฤษฎีการลงโทษและสาเหตุของปัญหามาตรการลงโทษปัจจุบันในทางทฤษฎีแล้ว เมื่อพิจารณาในแง่ของวัตถุประสงค์ของการลงโทษตามกฎหมายอาญาส่วนใหญ่มีจุดประสงค์ที่คล้ายคลึงกัน<sup>20</sup> กล่าวคือมักจะประกอบด้วย

ก. เพื่อทดแทนความผิด (retribution)

- เพื่อแก้แค้น (vengeance)
- ชดเชยความผิดหรือล้างบาป (expiation)
- เพื่อมิให้ได้รับประโยชน์จากความผิดที่ทำ (desert)
- เพื่อติเตียน ตำหนิ (censure or denunciation)

ข. เพื่อป้องกันมิให้กระทำความผิด (deterrence)

- เพื่อป้องกันโดยเฉพาะเจาะจง (individual deterrence)
- เพื่อป้องกันทั่วไป (general deterrence)
- เพื่อให้เป็นตัวอย่าง (educative deterrence)

(3) เพื่อตัดความสามารถในการกระทำความผิด (incapacitation) และเพื่อฟื้นฟู (rehabilitation)

ผู้เขียนเห็นว่า การที่จะบัญญัติกฎหมายเพื่อลงโทษกรณีพระภิกษุสงฆ์กระทำความผิดจึงต้องศึกษาและวิเคราะห์คำนึงถึงแนวคิดและทฤษฎีสากลในเรื่องดังที่ได้กล่าวมา ตามร่างประมวลกฎหมายอาญาสหรัฐอเมริกาว่า มีวัตถุประสงค์ในการบัญญัติกฎหมายออกมาเพื่อคุ้มครองซึ่งตัวบุคคลจากการกระทำโศกนาฏกรรมหรือการทารุณโหดร้าย อีกทั้งเพื่อคุ้มครองการกระทำที่ผิดที่เกิดจากความยินยอมแต่ถือว่าผิดธรรมชาติ เช่น การร่วมประเวณีกับสายโลหิตเดียวกัน และรวมถึงการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองสถาบันชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ โดยเฉพาะในการศึกษานี้ได้มุ่งถึงตัวผู้กระทำความผิดซึ่งอยู่ในเพศสมณะและได้กระทำความผิดในขณะที่อยู่ในสถาบันศาสนา การบัญญัติความผิดเฉพาะเกี่ยวกับพระภิกษุสงฆ์ที่กระทำความผิดจึงเป็นหนึ่งในวัตถุประสงค์ที่ควรบัญญัติกฎหมายลงโทษบุคคลในฐานะได้ เนื่องจากพระภิกษุสงฆ์เป็นผู้สืบทอดพระพุทธศาสนา แม้

<sup>19</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 78 และกฎหมายลักษณะอาญา, มาตรา 59.

<sup>20</sup> C.M.V.Clarkson. (1998). H.M.Keating: Criminal Law Text and Materails. pp. 26-60.

การกระทำบางอย่างอาจจะไม่จำเป็นต้องมีการลงโทษเลยก็ได้ แต่เมื่อการกระทำมีความผิดนั้น พระภิกษุสงฆ์เป็นผู้กระทำความผิดจึงจำเป็นต้องมีบทลงโทษเพื่อให้เขาเป็นเยี่ยงอย่าง และเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสถาบันศาสนา อาจกล่าวได้อีกประการหนึ่งว่าที่จำเป็นต้องมีบทลงโทษพระภิกษุสงฆ์ก็เพื่อป้องกันศาสนามีให้เสื่อมเสียและเพื่อศีลธรรมที่ดำรงในสังคมในอนาคตนั่นเอง

## 2.2 ความหมายและองค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับเพศตามพระธรรมวินัยและกฎหมายอาญา

ในทุกๆ สังคมนั้นย่อมมีกฎเกณฑ์ที่ตั้งเอาไว้โดยผู้มีอำนาจเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคมโดยยึดถือตามหลักของ “กฎ” ของสังคมนั้นๆ ในทางโลกหรือในทางคฤหัสถ์ก็มีกฎหมายเป็นเกณฑ์ที่ชัดเจนในการที่จะปฏิบัติไม่ไปล่วงละเมิดสิทธิของผู้อื่น และมีจารีตประเพณีในสังคมเป็น “กฎ” ในการปฏิบัติตนให้อยู่ในกรอบของความดีงาม ในสถาบันสงฆ์ก็เช่นเดียวกันย่อมต้องมี “กฎ” เพื่อการอยู่ร่วมกันเป็นแนวทางที่จะไม่ไปล่วงละเมิดสิทธิของผู้อื่นและแนวทางการดำรงตนที่ดีงามสมตามสถานะ ซึ่งกฎของพระภิกษุสงฆ์ก็คือ “พระธรรมวินัย” ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่อาจจะแตกต่างไปจากกฎหมายอาญาในองค์ประกอบภายนอกและภายใน เนื่องจากพระภิกษุสงฆ์ย่อมต้องมีกิจวัตรที่เคร่งครัดมากกว่าปุถุชนแต่ก็อาจเทียบเคียงฐานความผิดตามพระธรรมวินัยกับกฎหมายอาญาได้เนื่องจาก ทั้งกฎหมายและพระธรรมวินัยต่างก็มาจาก ศีลธรรมที่เกิดขึ้นมาก่อนกฎเกณฑ์ของทั้งทางโลกและทางธรรม และแม้จะมีความแตกต่างกันแต่วัตถุประสงค์ของการใช้บังคับกฎเกณฑ์ทั้งสองนั้นย่อมมีเช่นเดียว นั่นก็คือเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม ในการศึกษาผู้เขียนได้ศึกษาเฉพาะความผิดเกี่ยวกับเพศ จึงได้ศึกษากฎหมายตามพระธรรมวินัยโดยแยกความหมายและองค์ประกอบออกได้ดังนี้

### 2.2.1 ความหมายและองค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับเพศตามพระธรรมวินัย

การร่วมประเวณีนั้นเป็นพฤติกรรมตามสันชาติญาณธรรมชาติของมนุษย์ ไม่เป็นสิ่งที่น่าละอายหรือกฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นความผิด หากชายหญิงนั้นถือครองเพศคฤหัสถ์และอยู่ในวัยอันควรด้วยความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย คำว่า ทั้งสองฝ่าย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวและมรดก นอกจากชายหญิงให้หมายความรวมถึงบิดามารดา หรือผู้ปกครองด้วยถ้าหากมี เพื่อให้การร่วมประเวณีนั้นเป็นไปอย่างผู้มีอารยะธรรมตามที่สังคมได้สมมติสืบทอดกันมา แต่การร่วมประเวณีอันเป็นสังฆกรรมของปุถุชนในเพศคฤหัสถ์ผู้ยังไม่สามารถละกิเลสอย่างหยาบได้เพียงแต่อยู่ในกรอบของประเพณีหรือศีลห้าก็ถือว่าเป็นสิ่งที่ดีงามแล้วทางวิทยาศาสตร์กล่าวถึงการร่วมประเวณีหรือความกำหนัดในกามเป็นเรื่องสันชาติญาณของสิ่งมีชีวิตทั่วไป แต่มนุษย์ต่างจากสิ่งมีชีวิตชนิดอื่นตรงที่มีสมองที่ใหญ่และมีประสิทธิภาพมากกว่าสัตว์ชนิดอื่น มนุษย์จึงเริ่มมีการคิดกฎเกณฑ์ที่เรียกว่าอารยะธรรมขึ้นมาโดยเชื่อว่ามนุษย์มีความ



ยับยั้งจิตใจพัฒนาจิตใจให้สูงกว่าสัตว์อื่นได้ หากปุลชนในเพศฤๅษีตัวยังมีความยับยั้งจิตใจได้ พระภิกษุสงฆ์ผู้อยู่ในเพศบรรพชิตถือครองพรหมจรรย์ย่อมต้องมีความเพียรพยายามที่จะตัดขาดในกามได้ ฉะนั้นการร่วมประเวณีย่อมถือเป็นความผิดร้ายแรงหากผู้กระทำนั้นเป็นพระภิกษุสงฆ์ การร่วมประเวณีนั้นทางพระธรรมวินัยมีโทษหนักปรับเป็นปาราชิก ขาดจากความเป็นพระทันที ผู้บวชนั้น เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า เนกขัมมบรรพชา หมายถึงการหลีกออกจากกาม ละเว้นความสัมพันธ์ทางเพศ และการมีศีลสมาจารวัตร หากพระภิกษุสงฆ์ได้ร่วมประเวณีก็ได้ชื่อว่า ประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง และเป็นข้าศึกต่อพรหมจรรย์ แม้จะเสพกับสัตว์เดรัจฉาน โทษในทางพระธรรมวินัยจึงปรับเป็นปาราชิกคือผู้พ่ายแพ้ไม่มีสังวาสเสมอด้วยสงฆ์ ไม่มีสิทธิอันชอบธรรมที่จะอยู่อย่างพระภิกษุ กล่าวคือไม่สามารถอ้างว่าตนเป็นพระภิกษุสงฆ์ได้อีกต่อไปทันทีที่กระทำความผิด

#### (1) ความหมายและองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนตามพระพุทธศาสนา

ความหมายของคำว่า การเสพเมถุน ตามพระธรรมวินัย คือการร่วมสังวาส หรือร่วมประเวณีของชายหญิง กับสัตว์ หรือแม้กระทั่งวัตถุอันหาวิญญูญาณไม่ได้

การเสพเมถุน หมายถึง การเสพเมถุนกับสัตว์ การเสพเมถุนกับชายหรือหญิง ด้วยทางทวารหนัก ทวารเบา ในปากก็ดี ของมนุษย์ผู้เป็นชายหรือหญิง อมนุษย์ เป็นยักษ์ เปรต ติรัจฉาน แม้ไม่สำเร็จกิจแต่องค์กำเนิดได้เข้าไปสักเล็กน้อย ชั่วเมล็ดงาหนึ่ง องค์กำเนิดก็ดี ทวารก็ดีจะมีอะไรสวม มีอะไรพัน มีอะไรลาดก็ตาม ไม่มีก็ตาม มนุษย์ อมนุษย์ และติรัจฉานที่เสพนั้น ยังเป็นอยู่ก็ตาม ตายแล้วก็ตาม แต่ซากยังบริบูรณ์ หรือแห้วไปบ้าง แต่ยังเป็นวัตถุจะให้สำเร็จกิจในทางนี้ ก็ถือว่าเป็นการเสพเมถุน<sup>21</sup>

องค์ประกอบภายนอกฐานข่มขืนในทางพระพุทธศาสนา

- (1) ผู้กระทำ ได้แก่ พระภิกษุสงฆ์
- (2) การกระทำ ได้แก่ การที่อวัยวะเพศชายได้เข้าไปในช่องสังวาส ปาก ทวารหนัก
- (3) กรรมของการกระทำ ได้แก่ มนุษย์ผู้หญิง มนุษย์ผู้ชาย สัตว์ สพ อมนุษย์

องค์ประกอบภายใน คือ เจตนา

ข้อยกเว้น คือ แม้เป็นการกระทำที่ผู้ถูกระทำจะยินยอมก็เป็นความผิด

ซึ่งผู้เขียนขอยกต้นพระบัญญัติ<sup>22</sup> เพื่อให้เห็นถึงการกระทำความผิดทางเพศตามความหมายของพระธรรมวินัยซึ่งอาจเทียบเคียงได้กับความผิดฐานข่มขืนได้ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

<sup>21</sup> สมเด็จพระมหาสมณเจ้า กรมพระยาวชิรญาณวโรรส. (2541). วินัยมุข เล่ม 1. หน้า 28.

<sup>22</sup> พระนิพนธ์ในเจ้าคุณ พระเจ้าวรวงศ์เธอ กรมหลวงชินวราลงกรณ สมิเจพระสังฆราชเจ้าวัดราชบพิธสถิตมหาสีมาราม. (2550). มูลเหตุที่ได้ทรงบัญญัติพระวินัย. หน้า 19.

ต้นพระบัญญัติ: พระสุทินกลันทบุตร ซึ่งเป็นบุตรคนเดียวของเศรษฐีชาวกรุงเวสาลี ได้ออกบวชด้วยศรัทธา ถือธุดงค์วัตรอย่างเคร่งครัด ต่อมาท่านต้องเสพเมณฺฐธรรมกับอดีตภรรยาที่ ป่ามหาวันตามที่มีการดาชอรรังอ่อนวอน เพื่อให้ครอบครัวได้บุตรไว้สืบสกุล และจะได้บวชต่อไป โดยไม่ต้องลาสิกขา หลังเสพเมณฺฐธรรมท่านมีผิวพรรณหมองคล้ำ พวกภิกษุที่เป็นเพื่อนจึงสอบถาม ทราบความจริงแล้ว จึงตำหนิท่านและนำเข้าเฝ้าพระพุทธเจ้า พระองค์มีรับสั่งให้ประชุมสงฆ์ ทรง สอบสวน เมื่อพระสุทินรับสารภาพทรงตำหนิโดยประการต่างๆ พร้อมตรัสประโยชน์แห่งการ บัญญัติพระวินัยแล้วทรงบัญญัติสิกขาบท ท่านพระสุทินถือเป็น อาทิกัมมิกะ (ภิกษุดันบัญญัติ) ใน สิกขาบทนี้ ว่าภิกษุใดเสพเมณฺฐธรรม ภิกษุนั้นเป็นปาราชิก หาสังวาสมิได้

อนุบัญญัติที่: 1 พระภิกษุรูปหนึ่ง อยู่ในป่ามหาวัน ได้เสพเมณฺฐกับถึง พระพุทธเจ้า ทรงทราบจึงรับสั่งให้ประชุมสงฆ์ ทรงสอบสวน ภิกษุนั้นรับสารภาพ ทรงตำหนิ แล้วทรงบัญญัติ เพิ่มเติมว่า ภิกษุใดเสพเมณฺฐธรรม โดยที่สุดแม้กับสัตว์ดิรัจฉานตัวเมีย ภิกษุนั้นเป็นปาราชิก หาสังวาสมิได้<sup>23</sup>

อนุบัญญัติที่: 2 ภิกษุชาวเมืองวัชชี เสพเมณฺฐธรรมทั้งที่ยังเป็นภิกษุ ไม่ลาสิกขาก่อน อยากรจะขอบวชใหม่ พระพุทธเจ้าไม่ทรงอนุญาต ในขณะเดียวกันทรงให้แนวทางแก้สงฆ์ไว้ด้วยว่า บัญญัติเพิ่มเติมเพื่อให้รัดกุมยิ่งขึ้นว่า ภิกษุใดถึงพร้อมด้วยสิกขาและสาธิตของภิกษุทั้งหลาย ไม่บอก คินสิกขาไม่เปิดเผยความท้อแท้ เสพเมณฺฐธรรมโดยที่สุดแม้กับสัตว์ดิรัจฉานตัวเมีย ภิกษุนั้นเป็น ปาราชิกหาสังวาสมิได้<sup>24</sup>

ด้วยมีเหตุที่มีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในทางพระธรรมวินัยตามต้น พระบัญญัติเกิดขึ้นจึงทำให้รู้งค์ประกอบในความผิดฐานเสพเมณฺฐ ในทางพระพุทธศาสนา ซึ่งถือ ว่าเป็นการกระทำความผิดของพระภิกษุสงฆ์ แม้ว่าผู้ถูกระทำจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม พระภิกษุ สงฆ์ผู้กระทำความผิดก็ต้องมีโทษปาราชิก

## 2) ความหมายและองค์ประกอบความผิดฐานอนาจารตามพระพุทธศาสนา

อนาจารในทางพระพุทธศาสนา หมายถึง การถูกลงโทษด้วย มาตุคามหรือผู้หญิง องค์ประกอบภายนอกฐานอนาจารในทางพระพุทธศาสนา

(1) ผู้กระทำ ได้แก่ พระภิกษุสงฆ์

(2) การกระทำ ได้แก่ การถูกเนื้อต้องตัวหญิงโดยจิตพิศวาส การพุดเกี่ยววาระสี การ พุดเกี่ยกล่อมให้หญิงบำเรอการ การอยู่ในที่ลับกับหญิงสองต่อสอง การนั่งอาสนะเดียวกันกับหญิง ในที่ลับ

<sup>23</sup> สมเด็จพระมหาสมณเจ้า กรมพระยาวชิรญาณวโรรส. แหล่งเดิม. หน้า 25.

<sup>24</sup> พระนิพนธ์ในเจ้าคุณ พระเจ้าวรวงศ์เธอกรมหลวงชินวราวุธวัฒน สดเด็จพระสังฆราชเจ้าวัดราชบพิ สดธิมหาราชมาราม. เล่มเดิม. หน้า 26.



(3) กรรมของการกระทำ ได้แก่ มนุษย์เพศหญิง รวมถึงภรรยาตนก่อนบวช  
องค์ประกอบภายใน คือ เจตนา

ข้อยกเว้น คือ แม้เป็นการกระทำที่ผู้ถูกระทำจะยินยอมก็เป็นความผิด

ผู้เขียนขอยกต้นพระบัญญัติ<sup>25</sup> เพื่อให้เห็นถึงการกระทำความผิดทางเพศตาม  
ความหมายของพระธรรมวินัยซึ่งอาจเทียบเคียงได้กับความผิดฐานอนาจารได้ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

ต้นพระบัญญัติ: ดังนี้ พระอุทายีพาพราหมณ์และพราหมณีเที่ยวชมวิหาร ได้จับ  
อวัยวะร่างกายของนาง ต่อมาพราหมณ์ทราบจึงดำเนินพระอุทายี<sup>26</sup>

การพุดเกี่ยวหญิง

ต้นพระบัญญัติ: พระอุทายีพาหญิงสาวทั้งหลายเที่ยวชมวิหาร พุดพาดพิง ทวารหนัก  
ทวารเบาของหญิงเหล่านั้น<sup>27</sup>

การพุดให้บำเรอความใคร่ของตน

ต้นพระบัญญัติ: พระอุทายีไปบ้านหญิงหม้าย แสดงธรรมแล้วพุดเกี่ยวขอเสพเมถุน  
กับหญิงหม้าย ด้วยคำที่พาดพิงเมถุนว่า “น้องหญิง หญิงใดบำเรอผู้ประพฤติพรหมจรรย์ ผู้มีศีลมี  
กัลป์ยามธรรมเช่นเราด้วยธรรมนั้น การบำเรอนี้ของหญิงนั้นเป็นการบำเรอชั้นยอด”<sup>28</sup>

การนั่งในที่ลับตากับหญิงสองต่อสอง

ต้นพระบัญญัติ: พระอุทายีเข้าไปนั่งกับหญิงสาวน้อยในห้องส่วนตัวที่ลับตาสองต่อ  
สองพอที่จะทำการได้ นางวิสาขาได้เห็นเข้า จึงได้กล่าวเตือน

การนั่งในที่ลับหูกับหญิงสองต่อสอง

ต้นพระบัญญัติ: นั่งในที่ลับตาหรือในที่ลับหูกับหญิงสองต่อสองโดยตรงกล่าวคือ  
การนั่งบนอาสนะเดียวกันกับหญิงที่กำลังในที่ลับ โดยพอที่พุดคุยกันแล้วบุคคลอื่นไม่ได้ยิน หรือ  
ไม่อาจเห็น<sup>29</sup>

จะเห็นได้ว่าการกระทำที่เป็นความหมายของการอนาจารในทางพระพุทธศาสนามี  
ความละเอียดอ่อนมาก แม้เพียงถูกเนื้อต้องตัวหญิงโดยมีจิตยินดีในสัมผัส การพุดเกี่ยวพาราสี การ  
พุดโน้มน้าวให้หญิงยินยอมร่วมประเวณีโดยแม้ยังไม่มีเนื้อต้องตัวเลย การอยู่ในที่ลับสอง  
ต่อสองหรือการนั่งในอาสนะเดียวกันในที่ลับ และถึงที่สุดในการสัมผัสเพียงปลายเสื้อผ้าที่ใส่อยู่เกิด

<sup>25</sup> พระนิพนธ์ในเจ้าคุณ พระเจ้าวรวงศ์เธอ กรมหลวงชินวราลงกรณ สมิเจพระสังฆราชเจ้าวัดราชบพิธ  
สถิตมหาสีมาราม. หน้าเดิม.

<sup>26</sup> แหล่งเดิม. หน้า 41.

<sup>27</sup> แหล่งเดิม. หน้า 42.

<sup>28</sup> แหล่งเดิม. หน้า 43.

<sup>29</sup> แหล่งเดิม. หน้า 71.

มีจิตที่ยินดีในสัมพัสม์เพียงปลายผ้านั้น ก็ถือว่าเป็นการกระทำความผิดอาบัติสังฆาทิเสสตามความหมายในทางศาสนาแล้ว ซึ่งอาจเทียบเคียงได้กับการกระทำความผิดฐานอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา

### 3) ความหมายและองค์ประกอบความผิดฐานระบุจัดหาตามพระพุทธศาสนา

ระบุจัดหาเพื่อสนองความใคร่ผู้อื่นในทางพระพุทธศาสนา หมายความว่า เมื่อเทียบเคียงกับกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานเป็นระบุจัดหา ปรากฏมีการบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในพระธรรมวินัยที่ใกล้เคียง ดังนี้ สิกขาบทที่ 5 สัญจริตตสิกขาบท ว่าด้วยการชักส่อ

องค์ประกอบภายนอก

๔. ผู้กระทำ ได้แก่ พระภิกษุ

การกระทำ ได้แก่ การแนะนำ โน้มน้าวใจ ให้ชายหญิงเป็นสามีภรรยา หรือ บอกความประสงค์ของชายให้หญิงขายบริการไปเที่ยวหลับนอนกับชาย

ผู้ถูกกระทำ ได้แก่ ชายหญิงผู้ถูกชักจูงให้เป็นสามีภรรยา และหญิงขายบริการ

องค์ประกอบภายใน คือ เจตนา

ข้อยกเว้น คือ แม้เป็นการกระทำที่ผู้ถูกกระทำจะยินยอมก็เป็นความผิด

ผู้เขียนขอยกดันพระบัญญัติ<sup>30</sup> เพื่อให้เห็นถึงการกระทำความผิดทางเพศตามความหมายของพระธรรมวินัยซึ่งอาจเทียบเคียงได้กับความผิดฐานเป็นระบุจัดหาได้ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

ต้นพระบัญญัติ: เรื่องพระอุทายีชักชวนชายหนุ่มหญิงสาวให้เป็นคู่เมียกันบางพวกที่แต่งงานกันไปแล้ว ไปสู่ตระกูลที่ดีสามีภรรยาดีก็สรรเสริญท่าน บางพวกเมื่อแต่งงานไปแล้วเข้าสู่ตระกูลที่ไม่ดีได้รับความลำบากไม่พอใจก็พากันด่าหาหนีสาปแช่ง อาศัยเหตุนี้ พระพุทธเจ้าจึงทรงบัญญัติสิกขาบทนี้ พระบัญญัติภิกษุใดทำหน้าที่ชักส่อ คือ บอกความประสงค์ของชายแก่หญิงก็ดี บอกความประสงค์ของหญิงแก่ชายก็ดี เพื่อให้เป็นภรรยาหรือเป็นชู้รัก เป็นสังฆาทิเสส

อนุบัญญัติ: พระอุทายีแนะนำให้หญิงแพศยาหรือหญิงขายบริการให้ไปเที่ยวหลับนอนกับพวกนักเที่ยวผู้หญิงเป็นการชั่วคราว ตามที่ชายนักเลงหญิงใช้วานให้ไปบอกหญิง ชาวบ้านจึงตำหนิ อาศัยเหตุนี้ พระพุทธเจ้าจึงทรงบัญญัติเพิ่มเติมว่า อนึ่ง ภิกษุใดทำหน้าที่ชักส่อ คือ บอก

<sup>30</sup> พระนิพนธ์ในเจ้าคุณ พระเจ้าวรวงศ์เธอ กรมหลวงชินวราลงกรณ สวมเจพระสังฆราชเจ้าวัดราชบพิธสถิตมหาสีมาราม. หน้าเดิม.



ความประสงค์ของชายแก่หญิงก็ดื่บอความประสงค์ของหญิงแก่ชายก็ดี เพื่อให้เป็นภรรยาหรือเป็น  
ชู้รัก โดยที่สุตแม่เพื่อให้อยู่ร่วมกันชั่วคราว เป็นสังฆาติเสส<sup>31</sup>

จะเห็นได้ว่า ด้วยอนุบัญญัตินี้บัญญัติไว้เพื่อให้ทราบถึงการอันไม่ใช่กิจของสงฆ์ซึ่ง  
สงฆ์ไม่พึงกระทำแม้ว่าการไปเกี่ยวข้องกับเรื่องของชายหญิงก็นั้นจะชอบตามครองธรรมประเพณี  
หรือไม่ก็ตาม เนื่องจากพระภิกษุสงฆ์เป็นผู้ที่จำต้องสำรวม กาย วาจา และใจ มีหน้าที่สั่งสอนให้  
สาธุชนละกิเลสอย่างหยาบและฝักจิตให้เกิดปัญญาเพื่อที่จะสามารถหลุดพ้นจากทุกข์หรือแก้ไข  
ปัญหาในการดำรงชีวิตโดยอาศัยหลักธรรมมะให้รู้จักการปล่อยวางการที่สงฆ์เข้าไปข้องเกี่ยวกับ  
เรื่องของการชักสว่ยอมเป็นการสนับสนุนให้บุคคลมีกิเลสในกาม ซึ่งขัดกับหลักคำสั่งสอนของ  
พระศาสดาที่ทรงตรัสว่า ผู้ใดตัดความกำหนัดในกามได้ย่อมเข้าใกล้ธรรมที่เราตรัสรู้ ฉะนั้นแม้ใน  
องค์ประกอบการอาบัติของข้อชักสว่ยอมจะไม่มี ความรุนแรงถึงกับการกระทำความผิดฐานเป็นภรรยา  
จัดตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งผู้กระทำจะต้องมีเจตนาพิเศษนอกจากเพื่อสนองความใคร่แล้ว  
ยังต้องมีผลประโยชน์ตอบแทนก็ตามแต่ก็เป็นสิ่งที่สงฆ์ไม่ควรกระทำ ในข้อชักสว่ยอมตามพระธรรม  
วินัยก็ยังมีช่องว่างอยู่ในกรณีของการชักสว่ยอมให้มนุษย์เพศเดียวกัน หรือชายบริการ ซึ่งผู้เขียนจะได้  
วิเคราะห์ถึงรายละเอียดในบทที่ต่อไป

### 2.2.2 ความหมายและองค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา

#### 1) ความหมายและองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนตามกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวล  
กฎหมายอาญา (ฉบับ 19) พ.ศ. 2550

การกระทำชำเรา หมายถึง การร่วมประเวณีตามธรรมชาติระหว่างชายกับหญิง

ตามประมวลกฎหมายอาญา การกระทำชำเรา หมายถึง การกระทำเพื่อสนองความ  
ใคร่ของผู้กระทำโดยการอวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของ  
ผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน การกระทำชำเรา หมายถึง การร่วมประเวณี  
กระทำการร่วมเพศ

คำพิพากษาศาลฎีกา

ในอดีตก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ตามพระราชบัญญัติแก้ไข  
เพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่า การกระทำชำเรา

<sup>31</sup> คณาจารย์ มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย. (2545). พระวินัยปิฎก คัมภีร์มหาวีรังก์.

หมายถึง การร่วมประเวณีที่อวัยวะสืบพันธุ์ของชายต้องล่วงล้ำเข้าไปในช่องสรีงวาสของหญิงเท่านั้น แต่ในปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่ามีคำพิพากษาที่ศาลฎีกาวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความหมายหรือนิยามของการกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาที่แก้ไขใหม่ไว้ว่าอย่างไร

องค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเรา

“มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นคนอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสพจะอยู่กันฉันสามีภรรยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสพจะอยู่กันด้วยฉันสามีภรรยาต่อไป และประสพจะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่า”

บทบัญญัติของกฎหมายมาตรานี้สามารถแยกองค์ประกอบความผิดความผิดได้ดังนี้

1) ผู้ใด กฎหมายมาจำกัดว่าผู้กระทำต้องเป็นเพศหรือวัยใด เพราะใช้คำว่าผู้ใด อาจเป็นการกระทำของชาย หญิง เด็กชายหรือเด็กหญิง โดยเป็นการกระทำระหว่างชายกับหญิง หญิงกับหญิง หรือคู่สมรสก็ได้กระทำความผิดครบองค์ประกอบแล้ว ผู้นั้นมีผิดตามมาตรานี้

2) ข่มขืนกระทำชำเรา ข่มขืน หมายถึง การบังคับ ขืนใจหรือขู่เข็ญในที่นี้หมายถึงได้กระทำชำเราโดยผู้อื่นไม่ยินยอม กรรมหรือพฤติกรรมของการกระทำจะเป็นข้อเท็จจริงพิสูจน์ว่าผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมหรือไม่ ในบางกรณีผู้ถูกกระทำไม่อยู่ในภาวะที่จะขัดขืนต่อสู้ได้ เช่น มีร่างกายพิการทุพพลภาพ จึงไม่อาจขัดขืนต่อสู้ผู้กระทำได้ กรณีนี้จะถือว่าผู้ถูกกระทำไม่แสดงอาการที่ขัดขืนเป็นการให้ความยินยอมไม่ได้ แต่หากผู้ถูกกระทำยินยอมให้ชำเรา ผู้กระทำก็ไม่มีผิดกฎหมาย



กฎหมายได้กำหนดนิยามของการกระทำชำเราไว้ ตามมาตรา 276 วรรค 2 ว่า หมายถึง การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับ อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือใช้สิ่งใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น จึงเป็นการขยายความหมายของการกระทำที่กว้างขึ้นครอบคลุมถึงการใช้อวัยวะเพศกระทำกับ อวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นด้วย ไม่จำเป็นต้องใช้อวัยวะชายกระทำชำเราอย่างเดียว ผู้กระทำอาจใช้สิ่งอื่นใดกระทำชำเราก็ได้ ส่วนอวัยวะเพศที่ถูกกระทำไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศหญิง อาจเป็นอวัยวะเพศชาย ทวารหนักหรือช่องปากของเพศใดก็ได้ ถือเป็นการกระทำชำเราทั้งสิ้น และการกระทำความผิดตามมาตรานี้ ต้องเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของตนเองเท่านั้น หากเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้ถูกกระทำเองแล้ว ผู้กระทำไม่มีความผิด

3) กระทำโดยขู่เจิญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

โดยขู่เจิญด้วยประการใดๆ หมายถึง ทำให้กลัวว่าจะได้รับอันตรายในอนาคต ซึ่งอาจเป็นอันตรายต่อผู้ถูกกระทำเองหรือต่อผู้อื่นที่เกี่ยวข้องกับผู้ถูกกระทำนั้นก็ได้

โดยใช้กำลังประทุษร้าย มีความหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (6)<sup>32</sup> เป็นการกระทำโดยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่น โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

หมายความว่า สถานะที่ผู้นั้นจำต้องยอมโดยไม่สมัครใจ

โดยทำให้ผู้นั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น เป็นการทำให้สำคัญผิดในตัวบุคคล ไม่ใช่ทำให้เข้าใจผิดในคุณสมบัติของบุคคลผู้อื่น ผู้ถูกกระทำอาจเป็นเพศเดียวกัน หรือต่างเพศกับผู้กระทำ หรือเป็นคู่สมรสของผู้กระทำก็ได้ เนื่องจากกฎหมายมองว่าบุคคลทุกคนควรได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกันภายใต้กฎหมายฉบับเดียวกัน

วรรคสอง เป็นบทบัญญัติที่เพิ่มเติมขึ้นใหม่ ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดค่านิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” ว่าหมายถึง การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

<sup>32</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(6) บัญญัติว่า โดยใช้กำลังประทุษร้าย หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยชี้ยาทำให้มึนเมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน.

ผู้กระทำจะมีความผิดตามมาตรานี้ได้ต้องกระทำโดยมีเจตนาเพื่อสนองความใคร่ของตนซึ่งกับกระทำใดจะเป็นการสนองความใคร่หรือไม่นั้น มีแนวทางวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำเพื่อสนองความใคร่ ในความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไป เพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 282 ว่า เพื่อสนองความใคร่ หมายถึง เพื่อความพอใจของชายหรือหญิงในทางเพศไม่จำเป็นต้องมีขนาดได้ร่วมประเวณีเพียงแต่ได้กอดจูบลูบคลำ ก็ถือว่าเพื่อสนองความใคร่แล้ว และไม่ต้องถึงขนาดสำเร็จความใคร่ หากตีความให้การกระทำเพื่อสนองความใคร่ตามมาตรา 276 มีความหมายเช่นเดียวกับการกระทำเพื่อสนองความใคร่ตามมาตรา 282 แล้ว การกระทำเพียงแต่สัมผัสภายนอกผ่านเสื้อผ้าหรือสัมผัสภายในร่างกายผู้ถูกกระทำไม่ว่าจะเป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก ถือว่าความผิดสำเร็จแล้ว ผู้กระทำจะต้องรับโทษฐานข่มขืนกระทำชำเราทั้งสิ้น เว้นแต่เป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นหรือเพื่อการแสดง ผู้กระทำจะไม่มีมีความผิดตามมาตรานี้

วรรคสาม บัญญัติให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นหากเป็นการกระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน

อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หมายถึง อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ตามพระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490<sup>33</sup>

ถ้าการกระทำชำเราได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน ไม่ว่าผู้กระทำจะมีอาวุธปืนแต่ไม่ได้ใช้ หรือมีอาวุธปืนและใช้อาวุธปืนนั้น ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นตามวรรคสาม

โดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิง หรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน หมายถึง การผลักดันกันข่มขืนกระทำชำเราตั้งแต่สองคนขึ้นไปอย่างน้อยคนละครึ่ง ผู้กระทำผลักดันกันข่มขืนกระทำชำเราอาจเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศกันกับผู้ถูกกระทำก็ได้ โดยผู้กระทำคนแรกอาจกระทำโดยใช้อวัยวะเพศกระทำกับทวารหนักหรือช่องปาก

<sup>33</sup> พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 มาตรา 4 บัญญัติว่า ในพระราชบัญญัตินี้

(1) อาวุธปืน หมายความว่า รวมตลอดถึงอาวุธทุกชนิดซึ่งใช้ส่งเครื่องกระสุนปืน โดยวิธีระเบิดหรือกำลังดันของแก๊สหรืออัดลมหรือเครื่องกลไกอย่างใด ซึ่งต้องอาศัยอำนาจของพลังงานและส่วนหนึ่งส่วนใดของอาวุธนั้นๆ ซึ่งรัฐมนตรีเห็นว่าสำคัญและได้ระบุไว้ในกฎกระทรวง

(2) วัตถุระเบิด คือ วัตถุที่สามารถส่งกำลังดันอย่างแรงต่อสิ่งห่อหุ้มโดยฉับพลันในเมื่อระเบิดขึ้น โดยมีสิ่งเหมาะสมทำให้เกิดกำลังดัน หรือโดยการสลายตัวของวัตถุระเบิดนั้นทำให้มีแรงทำลายหรือแรงประหารกับหมายรวมถึงตลอดถึงเชื้อทุกประเภทต่างๆหรือวัตถุอื่นใดอันมีสภาพคล้ายคลึงกันซึ่งใช้หรือทำขึ้นเพื่อให้เกิดการระเบิดซึ่งรัฐมนตรีจะได้ประกาศระบุไว้ในราชกิจจานุเบกษา.



หรืออาจใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้ถูกระทำได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำในลักษณะเดียวกัน

วรรคสี่ บัญญัติเหตุบรรเทาโทษให้กับผู้กระทำ หากเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส โดยกฎหมายให้ความคุ้มครองภริยาหรือสามีไม่ให้ถูกล่วงเกินทางเพศจากคู่สมรสของตนหากตนไม่ให้ความยินยอม เพื่อเป็นการลดปัญหาความรุนแรงที่อาจเกิดขึ้นในครอบครัว และทำให้ผู้ที่คิดจะข่มขืนคู่สมรสของตนคิดใคร่ครวญให้ดีก่อนที่จะกระทำการข่มขืนกระทำชำเราในขณะเดียวกันกฎหมายก็ประสงค์ที่จะลดความขัดแย้งในครอบครัว หากมีการกระทำความผิดตามมาตราี้เกิดขึ้น โดยให้คู่สมรสทบทวนให้ดีก่อนที่จะศาลจะมีคำพิพากษาลงโทษว่ายังคิดที่จะอยู่กันด้วยกันฉันสามีภริยากันอีกหรือไม่ หรือประสงค์จะหย่าร้างกัน โดยมาตรา 276 วรรคสี่ ได้กำหนดแนวทางให้ศาลพิจารณา ไว้ 2 กรณีคือ

หากคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กันด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือ ศาลจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมควบความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กันด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไปและประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้

มาตรา 277 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีคน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสาม ได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิง หรือกระทำกับเด็กชาย ในลักษณะเดียวกัน และเด็กนั้นไม่ยินยอมหรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี กระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอมและภายหลัง

ศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรส ในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป

องค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 277 แยกพิจารณาได้ดังนี้

1) ผู้ใด

ผู้กระทำตามมาตรา 277 เป็นหญิง ชาย เด็กหญิง หรือเด็กชายก็ได้ ไม่จำกัดว่าเป็นเพศหรือวัยใด อาจเป็นกรณีที่ชายกระทำชำเราเด็กหญิงหรือเด็กชาย หรือหญิงกระทำชำเราเด็กหญิงหรือเด็กชาย

2) กระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีใช้ภริยาหรือสามีของตน

กระทำชำเรา มีความหมายตามวรรคสอง โดยต้องเป็นการกระทำต่อเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ไม่ว่าจะเป็นเด็กชายหรือเด็กหญิง และเด็กชายหรือเด็กหญิง และเด็กชายหรือเด็กหญิงนั้น ไม่ใช่คู่สมรสของผู้กระทำ การเป็นภริยาหรือสามีที่ถูกต้องตามกฎหมายต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457<sup>34</sup> และเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีจะสมรสได้ต้องได้รับความยินยอมจากศาล ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1448<sup>35</sup> ด้วย

หากสามีกระทำชำเราภริยาที่มีอายุยังไม่เกิน 15 ปี โดยภริยาไม่ยินยอม การกระทำของสามีจะไม่ใช่ความผิดตามมาตรา 277 เพราะผู้ถูกกระทำเป็นภริยาของผู้กระทำ แต่สามีอาจต้องรับผิดตามมาตรา 276 เพราะภริยาไม่ยินยอมให้ร่วมประเวณี เนื่องจากมาตรา 276 มิได้กำหนดว่าผู้ถูกกระทำต้องมีใช้ภริยาของผู้กระทำ

3) เด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

ถ้าเป็นการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีแล้ว ไม่ต้องคำนึงว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ แม้เด็กจะให้ความยินยอมการกระทำก็เป็นความผิด

วรรคสอง เป็นบทนิยามของคำว่า กระทำชำเรา ซึ่งมีความหมายเช่นเดียวกันมาตรา 276 วรรคสอง

วรรคสาม เป็นบทบัญญัติที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นหากเป็นการกระทำชำเราแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี

<sup>34</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457 บัญญัติว่า “การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมิได้เฉพาะเมื่อ ได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น”

<sup>35</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มิเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้”



วรรคสี่ เป็นบทบัญญัติที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นอีก หากเป็นการกระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยใช้อาวุธ

โดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิง หรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน ต้องเป็นกรณีที่เด็กไม่ยินยอมด้วย โดยการโทรมนั้นมีความหมายเช่นเดียวกับบทบัญญัติมาตรา 276 วรรคสาม

โดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ เป็นการกระทำโดยมีผู้กระทำความผิดใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด แม้ไม่มีการใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นหรือเป็นการกระทำชำเราโดยใช้อาวุธ อาจใช้ข่มขู่มิให้ผู้ถูกกระทำขัดขืนหรือต่อสู้คืนรน โดยอาวุธที่ใช้ นั้นไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด อาจเป็นวัตถุอื่นใดก็ได้ที่ผู้กระทำความผิดมีเจตนาจะใช้ประทุษร้ายร่างกายอย่างเป็นอาวุธ ตามมาตรา 1 (5)<sup>36</sup>

วรรคห้า เป็นบทบัญญัติยกเว้นโทษให้ผู้กระทำ ถ้าผู้กระทำความผิดมีอายุไม่เกินสิบแปดปี และได้กระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม ซึ่งภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษตามมาตรานี้ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำความผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไปโดยมีเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

- (1) ผู้กระทำความผิดมีอายุไม่เกิน 18 ปี
- (2) ผู้ถูกกระทำต้องมีอายุกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี
- (3) เด็กนั้นยินยอมให้กระทำชำเรา
- (4) ศาลอนุญาตให้ทั้งสองสมรสกันได้

ถ้าผู้กระทำความผิดยังไม่ได้รับโทษ ผู้นั้นได้รับการยกเว้นไม่ต้องรับโทษ ผู้กระทำความผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยตัวผู้นั้นไป การกระทำที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษตามวรรคห้านี้จะต้องเป็นการกระทำชำเราเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองสมรสกัน

แต่เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายบัญญัติให้บุคคลเพศเดียวกันทำการสมรสกันได้ ดังนั้น จึงไม่อาจมีกรณีที่ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำที่เป็นเพศเดียวกัน ไม่ว่าจะมีการผ่าตัดแปลงเพศแล้วหรือไม่ ได้รับการยกเว้นโทษตามวรรคห้าของมาตรานี้

<sup>36</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (5) บัญญัติว่า “อาวุธ” หมายความว่า สิ่งซึ่งไม่เป็นอาวุธโดยสภาพ แต่ซึ่งได้ใช้ประทุษร้ายร่างกายถึงอันตรายสาหัสอย่างอาวุธ

หากผู้กระทำความผิดทำซ้ำเรื้อรัง โดยเด็กไม่ยินยอมแล้ว แม้ภายหลังศาลอนุญาตให้ผู้กระทำและเด็กทำการสมรสกันได้ ก็ไม่เข้าเงื่อนไขที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษตามบทบัญญัติมาตรานี้<sup>37</sup> หรือการที่ผู้กระทำได้กระทำความผิดผู้เสียหายอันมีลักษณะเป็นการโหม โดยเด็กไม่ยินยอม ก็ไม่ได้รับการยกเว้นโทษ<sup>38</sup> เช่นเดียวกัน

หากเด็กชายอายุยังไม่เกิน 15 ปี ร่วมประเวณีกับเด็กหญิงอายุยังไม่เกิน 15 ปี แม้จะด้วยความยินยอมสมัครใจของทั้งสองฝ่าย ทั้งเด็กชายและเด็กหญิงต่างก็มีความผิดตามมาตรา 277 ด้วยกันทั้งคู่ และไม่ได้รับการยกเว้นโทษตามมาตรา 74<sup>39</sup> ด้วย ถ้าเด็กชายและเด็กหญิงดังกล่าวอายุเกิน 14 ปีแล้ว หากต้องการได้รับการยกเว้นโทษต้องทำการสมรสกันโดยขอให้ศาลอนุญาตตามมาตรา 277 วรรคห้า

## 2) ความหมายและองค์ประกอบความผิดฐานอนาจารตามกฎหมายอาญา

ตามประมวลกฎหมายอาญาก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับ 19) พ.ศ. 2550

การกระทำอนาจาร หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคล หรือการกระทำที่ไม่สมควรอย่างอื่น เช่น การลักลอบพุดจากันอยู่ด้วยกันสองต่อสอง ไปหาหญิงในเรือน

ตามประมวลกฎหมายอาญา

การกระทำอนาจาร หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคล ลักษณะอื่นนอกเหนือจากการกระทำซ้ำเรื้อรัง

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน

การกระทำอนาจาร หมายถึง ความประพฤติชั่ว ความน่าอัปยศ ลามก น่าบัดสี ทำให้เป็นที่อัปยศ เป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม

คำพิพากษาศาลฎีกา

ในอดีตก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่า การกระทำอนาจาร

<sup>37</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5521/2548 สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2552, จาก

<http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp>

<sup>38</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5281/2549 สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2552, จาก

<http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp>

<sup>39</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 74 บัญญัติว่า “เด็กอายุกว่าเจ็ดปีแต่ยังไม่เกินสิบสี่ปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ...”



คือ การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ แต่ในปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่ามีคำพิพากษาที่ศาลฎีกาวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความหมายหรือนิยามของการกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาที่แก้ไขใหม่ไว้ว่าอย่างไรเช่นกัน

องค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับเพศฐานอนาจาร

มาตรา 278 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

การกระทำความผิดตามมาตรา 278 สามารถแยกองค์ประกอบได้ดังนี้

๑) ผู้ใด

ผู้ใดหรือผู้กระทำความผิดตามมาตรา 278 นี้กฎหมายมิได้จำกัดว่าต้องเป็นเด็กหรือผู้ใหญ่ เพศหญิงหรือเพศชาย

2) กระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี

กระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ อันเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลอื่น แม้จะเป็นการกระทำในที่ลับ ก็เป็นอนาจาร

การกระทำอนาจารตามมาตรา 278 นี้ ต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลที่มีอายุเกินกว่าสิบห้าปี ถ้าผู้ถูกกระทำอายุไม่เกิน 15 ปี ผู้กระทำจะมีความผิดตามมาตรา 279

เรื่องอนาจารเป็นข้อยกเว้นหลักทั่วไปที่จะต้องพิจารณาว่าการกระทำเข้าองค์ประกอบภายนอกหรือไม่โดยไม่ต้องพิจารณาจิตใจ ต่อเมื่อเข้าองค์ประกอบภายนอกแล้วจึงดูองค์ประกอบภายใน คือผู้กระทำได้กระทำไปโดยเจตนาหรือประมาทหรือไม่ ปัญหาว่าการกระทำเป็นอนาจารหรือไม่จิตใจของผู้กระทำจึงเป็นข้อสำคัญ<sup>40</sup>

3) โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

การกระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นมีความหมายทำนองเดียวกับมาตรา 276 วรรคแรก

<sup>40</sup> พิชณน์ จักรางกูร. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับศาสนา ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและแปลง ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดลหุโทษ. หน้า 187-188.

มาตรา 276 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่脅ด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นยังอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขืนใจได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรานี้นี้องค์ประกอบเช่นเดียวกับมาตรา 278 ต่างกันตรงที่ผู้ถูกระทำต้องเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำก็มีความผิด

ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของเด็กด้วย หากไม่รู้ถือว่าขาดเจตนา ผู้กระทำไม่มีความผิด

วรรคสอง เป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น หากเป็นการกระทำโดยขู่脅ด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นยังอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขืนใจได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าต้องเป็นการกระทำโดยเด็กมิได้ยินยอม

### 3) ความหมายและองค์ประกอบความผิดฐานกระทำความผิดตามกฎหมายอาญา

ความหมายความผิดฐานเป็นกระทำความผิด

ตามประมวลกฎหมายอาญา

ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น เป็นกระทำความผิด ละไปหรือพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิง แม้ผู้นั้นจะยินยอมหรือไม่ยินยอมก็ตาม

องค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับเพศฐานเป็นกระทำความผิด

ความผิดฐานเป็นกระทำความผิดซึ่งบุคคลเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น คือ ความผิดตาม มาตรา 282 ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น เป็นกระทำความผิด ละไปหรือพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิง แม้ผู้นั้นจะยินยอมก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่บุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท



ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น รับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือพาไปตาม  
วรรคแรก วรรคสองหรือวรรคสาม หรือสนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษ  
ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม แล้วแต่กรณี”

ความผิดตามมาตรานี้ได้แก้ไขเพิ่มเติมให้การคุ้มครองกว้างยิ่งขึ้น กล่าวคือ ไม่จำกัด  
อายุและเพศของผู้ถูกระทำในวรรคแรก โดยมีเหตุผลว่า

“เนื่องจากได้ปรากฏว่ามีการกระทำความผิดต่อหญิงและเด็กโดยการซื้อ ขาย  
จำหน่าย พา หรือ จัดหาหญิงหรือเด็กนั้น ไปด้วยวิธีการต่างๆ เพื่อสำเร็จความใคร่แก่ตนเองหรือผู้อื่น  
เพื่อการอนาจาร หรือเพื่อประโยชน์อย่างอื่นอันมิชอบ ไม่ว่าโดยการขายเด็กเป็นขอทาน หรือทำงาน  
ในสภาพที่ไร้แรงงานโดยทารุณโหดร้าย สมควรกำหนดบทกำหนดความผิดใหม่ให้ครอบคลุมการ  
กระทำความผิด นอกจากนั้นในปัจจุบันการกระทำความผิดดังกล่าวไม่จำกัดเฉพาะการกระทำต่อหญิงหรือ  
เด็กหญิงเท่านั้น แต่ได้ขยายไปยังเด็กชาย และมีแนวโน้มเป็นการกระต่อบุคคลโดยไม่จำกัดเพศ  
สมควรแก้ไขฐานความผิดในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องให้กว้างขวางขึ้น”<sup>41</sup>

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ การชู้ดริตทางเพศ

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลเป็นธุระจัดหา ล่อไปหรือ  
พาไปซึ่งชายหรือหญิงอายุเกินกว่าสิบแปดปี โดยชายหรือหญิงนั้นยินยอม<sup>42</sup>

“ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร

“การกระทำ” คือ การเป็นธุระจัดหา ล่อไปหรือพาไป

“เป็นธุระจัดหา” หมายความว่า จัดให้ได้มาไม่ว่าจะกระทำโดยวิธีใดๆ

“ล่อไป” หมายความว่า ล่อลวงให้ไปยังสถานที่ที่จัดไว้

“พาไป” หมายความว่า นำไป

“ผู้ถูกระทำ” คือ ชายหรืออายุเกินกว่าสิบแปดปี

การชู้ดริตทางเพศเป็นการฝ่าฝืนศีลธรรมที่สังคมไทยเราไม่ยอมรับ ฉะนั้น ความ  
ยินยอมขอ

ผู้ถูกระทำไม่เป็นข้อสาระสำคัญ

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้มี 2 ประการ คือ

1) เจตนาเป็นธุระจัดหา ล่อไปหรือพาไปซึ่งชายหรือหญิงอายุเกินกว่าสิบแปดปี ชาย  
หรือหญิงอายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีโดยชายหรือหญิงนั้นยินยอม บุคคลอายุเกินกว่าสิบ  
ห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี

<sup>41</sup> ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 114 ตอนที่ 72 ก หน้า 42-43 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2540.

<sup>42</sup> คณิศ ฌ นคร. (2549). กฎหมายอาญาภาคความผิด. หน้า 427.

## 2) มูลเหตุจูงใจเพื่อการอนาจาร และเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น

สนองความใคร่ต้องเป็นการสนองความใคร่ของผู้อื่นวรรคสี่ บัญญัติว่า “ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น รับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือพาไปตามวรรคแรก วรรคสองหรือวรรคสาม หรือสนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม แล้วแต่กรณี”

องค์ประกอบภายนอก

คือการที่บุคคลรับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไปหรือพาไปตามมาตรา 282 วรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม

“ผู้กระทำ” คือนิติบุคคลซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร

“การกระทำ” คือการรับมอบตัว

“รับตัว” หมายความว่า รับไว้ให้อยู่ในความดูแล

“ผู้ถูกกระทำ” คือ บุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไปหรือพาไปตามมาตรา 282 วรรคแรก วรรคสอง วรรคสาม

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้มี 2 ประการ คือ

เจตนารับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไปหรือพาไป

มูลเหตุจูงใจเพื่อให้สนองความใคร่ของผู้อื่น

เจตนา คือ การที่ผู้กระทำรู้ว่าเป็นบุคคลที่มีผู้จัดหา ล่อไปหรือพาไปดังกล่าว และผู้กระทำต้องการรับตัวบุคคลนั้นไว้

มาตรา 283 บัญญัติว่า “ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิง โดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดครองธรรม หรือใช้วิธีข่มขู่ใจด้วยประการอื่นใด ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่บุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต หรือประหารชีวิต

ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น รับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือพาไปตามวรรคแรก วรรคสองหรือวรรคสาม หรือสนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม แล้วแต่กรณี”



องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลเป็นธรรมาจก ล่องไปหรือพาไปซึ่งชายหรือหญิงอายุกว่าสิบแปดปี บุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี แก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดครองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด<sup>43</sup>

“ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร

“การกระทำ” คือการเป็นธรรมาจก ล่องไปหรือพาไปซึ่งชายหรือหญิงอายุกว่าสิบแปดปี เกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยบุคคลนั้น ไม่ยินยอม

“คำว่าธรรมาจก ล่องไปหรือพาไป” คือ จัดให้ได้มาไม่ว่าจะกระทำโดยวิธีใดๆ

“วิธีกระทำ” ที่ว่า “โดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดครองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่น” นั้นแสดงว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนความยินยอมของผู้ถูกระทำ

“ใช้อุบายหลอกลวง” หมายความว่า ทำให้เข้าใจผิด เช่น หลอกว่าจะพาไปหางานทำมีเงินเดือนสูง

“ชูเชิญ” หมายความว่า แสดงให้ทราบว่ามีอันตรายในภายหน้า เช่น ชูว่าจะทำให้เสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ไม่ว่าจะเป็นของผู้ถูกชูเชิญหรือของผู้อื่น

“ใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคลไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะเป็นโดยใช้ยาทำให้มึนเมา สะกดจิตหรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน

“ใช้อำนาจครอบงำผิดครองธรรม” หมายความว่า ใช้อิทธิพลในทางที่มิชอบ เช่น ในฐานะที่เป็นญาติผู้ใหญ่จึงบังคับให้บุคคลไป

“ใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่น” หมายถึง บังคับใจ เช่น ปลอ่ยให้ดอดอยากจนกว่าจะยอมไปด้วย

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้มี 2 ประการ คือ

(1) เจตนาเป็นธรรมาจก ล่องไปหรือพาไปซึ่งชายหรือหญิงอายุกว่าสิบแปดปี เกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยบุคคลนั้นไม่สมัครใจ

(2) มูลเหตุชักจูงใจ เพื่อการอนาจารและเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น

“เจตนาเป็นธรรมาจก ล่องไปหรือพาไปซึ่งชายหรือหญิงกว่าสิบแปดปี เกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยบุคคลนั้นไม่สมัครใจ”

<sup>43</sup> คณิศ ฌ นคร. เล่มเดิม. หน้า 432.

วรรคสี่ บัญญัติว่า “ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นรับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือพาไปตามวรรคแรก วรรคสองหรือวรรคสาม หรือสนับสนุนในการกระทำความผิด ดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม แล้วแต่กรณี”

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ การชู้ดริตทางเพศ

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือพาไปตามมาตรา 283 วรรคแรก วรรคสองและวรรคสาม โดยใช้อุบายหลอกลวง ขู่เข็ญใช้กำลัง ประทุษร้ายใช้อำนาจครอบงำผิดครองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด

“ผู้กระทำ” คือ การรับตัว กล่าวคือรับไว้ให้อยู่ในความดูแล

“ผู้ถูกกระทำ” คือ บุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไปหรือพาไปตามมาตรา 283 วรรคแรก วรรคสองและวรรคสาม

องค์ประกอบภายในของความผิดนี้มี 2 ประการ คือ เจตนารับตัว มูลเหตุชักจูงใจ เพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น

“เจตนารับตัว” คือ การที่ผู้กระทำรู้ว่าเป็นบุคคลที่มีผู้จัดหา ล่อไปหรือพาไป ดังกล่าว และผู้กระทำต้องการรับตัวบุคคลนั้นไว้

“สนองความใคร่” หมายความว่า ถึง สอนองความพึงพอใจของชายหรือหญิง ในทางเพศ ซึ่งไม่ว่าจำเป็นว่าจะต้องถึงขั้นร่วมประเวณี การกอดจูบลูบคลำก็เพียงพอที่จะถือว่าเป็น การสนองความพึงพอใจในทางเพศที่เป็นความผิดฐานนี้ได้

จากที่ได้ศึกษาถึงองค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับเพศทั้งทางพระธรรมวินัย และทางกฎหมายอาญาแล้วนั้น จะเห็นว่าการจะเอาโทษแก่บุคคลว่าได้กระทำความผิด ต้องทราบว่าการกระทำใดอย่างใดจึงจะเป็นความผิด และได้ทราบถึงการที่ได้แยกบทลงโทษพระสงฆ์ออกจากทางกฎหมายบ้านเมืองอย่างชัดเจน ซึ่งแตกต่างจากในอดีตที่กฎหมายบ้านเมืองเข้ามามีบทบาทควบคุมพฤติกรรมพระสงฆ์ผู้อยู่ในฐานะสืบทอดพระพุทธศาสนาเพื่อไม่ให้เป็นผู้ทำลายศาสนาเสียเอง ดังผู้เขียนจะได้กล่าวในบทต่อไป