

บทที่ 4

ความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายไทย

การศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายไทย ผู้ศึกษาได้ศึกษาถึงวิวัฒนาการความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำความอนาจารในแต่ละยุคสมัย และศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับฐานกระทำความอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา จากนั้นจึงศึกษาเปรียบเทียบความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญากับพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 ของประเทศอังกฤษ เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ประเทศไทยนำมาใช้เป็นต้นแบบในการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดเกี่ยวกับเพศ

4.1 วิวัฒนาการความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำความอนาจาร

เมื่อปี พ.ศ.2347 รัชกาลที่ 1 ทรงมีพระบรมราชโองการโปรดให้มีการชำระและรวบรวมกฎหมายเก่าตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาที่ถูกพม่าเผาทำลายเสียใหม่ เนื่องจากทรงเห็นว่ามีการตัดสินคดีด้วยความวิปลาส คลาดเคลื่อนจากความยุติธรรม เมื่อมีการตรวจชำระกฎหมายเป็นที่เรียบร้อยแล้ว จึงทรงโปรดให้มีการประทับตราขึ้นเพื่อเป็นประกันความถูกต้องและป้องกันการปลอมแปลง และเรียกกฎหมายฉบับดังกล่าวว่า “กฎหมายตราสามดวง”

ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 เมื่อมีการเปิดประเทศค้าขายกับต่างชาติมากขึ้น จำเป็นต้องมีการปรับปรุงกฎหมายให้มีความทันสมัยทัดเทียมกับอารยประเทศ แต่การจัดทำประมวลกฎหมายให้เป็นแบบสมัยใหม่เป็นเรื่องที่ต้องใช้เวลานาน จึงทรงโปรดให้มีการประกาศใช้กฎหมายเป็นการเฉพาะเรื่องขึ้นก่อน เพื่อแก้ปัญหาความบกพร่องของกฎหมายบางลักษณะ กฎหมายที่ทรงประกาศใช้เป็นการเฉพาะฉบับหนึ่งก็คือพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ใช้บังคับแทนกฎหมายฉบับเดิมที่มีข้อบกพร่องอยู่หลายประการ ประกอบกับพระองค์ทรงเห็นความสำคัญด้านกฎหมายและเพื่อให้ระบบศาลไทยเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ทรงโปรดให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายต่างๆ ให้มีความสมบูรณ์และเป็นไปในเชิงนิติศาสตร์มากขึ้น จึงมีการจัดทำประมวลกฎหมายและประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของประเทศ ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร เป็นกฎหมายที่มีการรวบรวมไว้เป็นหมวดหมู่ชัดเจน จึงเหมาะสมกับประเทศที่อยู่ในระหว่างการพัฒนาอย่าง

ประเทศไทย ที่จำต้องอาศัยความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย และเพื่อให้เป็นที่ยอมรับของ ประเทศในยุโรปซึ่งใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกัน

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ใช้บังคับเรื่อยมาจนกระทั่งถึงสมัยรัชกาลที่ 9 จึงได้ มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายครั้งใหญ่ขึ้นอีกครั้ง โดยเรียกประมวลกฎหมายที่มีการแก้ไขขึ้นใหม่ว่า ประมวลกฎหมายอาญาใช้บังคับแทนกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ที่ใช้บังคับมานานและไม่ ทันต่อยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป

เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายในแต่ละยุคแต่ละสมัย ความผิดเกี่ยวกับเพศฐานหมั้นขึ้น กระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารได้มีการเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย โดยรายละเอียดของ ความผิดเกี่ยวกับเพศฐานหมั้นขึ้นกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารในแต่ละยุคสมัยมีดังต่อไปนี้

4.1.1 กฎหมายตราสามดวง : พระอัยการลักษณะผิดเมีย

ความผิดเกี่ยวกับเพศถูกบัญญัติไว้ในพระอัยการลักษณะผิดเมีย ซึ่งเป็นบทบัญญัติ ลักษณะหนึ่งในกฎหมายตราสามดวง ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลใน ครอบครัว ได้แก่ สามี ภริยา บุตร บิดามารดา โดยรวมบทบัญญัติทั้งในทางแพ่งและทางอาญา เช่น การสมรส การเป็นคู่ (ใช้เฉพาะหญิงผู้เป็นภรรยามีคู่) การหมั้นขึ้นกระทำชำเราหญิงและ เด็กหญิง ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา การชดใช้ค่าเสียหาย และการลงโทษในกรณีละเมิดข้อห้าม ต่าง ๆ ทางกฎหมาย¹ เหตุที่กฎหมายนำบทบัญญัติในความผิดเกี่ยวกับเพศมารวมไว้ในหมวด พระอัยการลักษณะผิดเมีย ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา เพราะเห็นว่าการล่วงเกินบุตรหญิงของผู้อื่นเป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองหรืออำนาจอิสระของบิดามารดา และการล่วงเกินภริยาของผู้อื่นเป็นการละเมิดอำนาจปกครองหรือเกียรติยศของสามี²

ความผิดเกี่ยวกับเพศตามพระอัยการลักษณะผิดเมีย ที่เกี่ยวข้องกับการหมั้นขึ้น กระทำชำเราและการกระทำอนาจาร สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

¹ กฤษฎา บุญยสวัสดิ, “บทบัญญัติต่างๆ ในกฎหมายตราสามดวง,” สารานุกรมสำหรับเยาวชน 99, เล่มที่ 30, น. 114 (2547).

² ประสิทธิ์ พัฒนอมร, “ความผิดฐานหมั้นขึ้นกระทำชำเรา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522), น. 14.

4.1.1.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 1 “ชายใดข่มขืนภริยาท่านถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณมผิตเมียทวิคุณ ถ้าข่มขืนมิได้ถึงชำเราให้ไหมโดยปรณผิตเมีย”

มาตรา 76 “ชายใดมีเมียแล้ว ข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ไหมชายนั้นถึงประณมผิตเมีย ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ไหมถึงถึงชำเรา”

มาตรา 77 “ชายหาเมียมิได้ ข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ไหมชายนั้นถึงเบี้ยชายมีเมียแล้ว ถ้าข่มขืนมิถึงชำเรา ให้ไหมถึงถึงชำเรา”

มาตรา 78 “ชายใดข่มขืนหญิงเดกไม่รู้เพียงษา³ มิถึงชำเราให้ไหมแก่เบี้ยประณมผิตเมีย ถ้าข่มขืนถึงชำเราโลหิตไหล ให้ไหมเท่าเบี้ยประณมผิตเมียทวิคุณ ถ้าตบตีหญิงทำให้บาดเจ็บด้วย ท่านให้ไหมชายนั้นโดยบาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง”

จากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเรา สามารถสรุปได้ว่า การชำเรา หมายถึง การร่วมประเวณีกับหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนเอง โดยหญิงมิได้ยินยอม ซึ่งการร่วมประเวณีตามพระอัยการลักษณะผัวเมีย หมายถึง การร่วมประเวณีระหว่างชายกับหญิงตามธรรมชาติ

4.1.1.2 ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 2 “ผู้ใดเล้าโลมจับมือถือนมกอดจูบเมียท่านก็ดี ผัวท่านไม่อยู่ไปหาเมียท่านถึงในเรือน แลในสถานที่ลับไม่มีผู้ใดอยู่ด้วยเปนค่านับก็ดี ไปหาเมียท่านถึงที่นอนในห้องอยู่แต่สองต่อสองก็ดี ท่านให้ไหมชายนั้นถึงเบี้ยปรณผิตเมีย ถ้าผู้ใดกล่าวคำแพะโลมเมียท่านก็ดี ลักลอบพุดจาด้วยเมียท่านก็ดี พิจารณาเปนสัจใช้ให้ไหมชายนั้นถึงเบี้ยชกมือถือนมกอดจูบนั้น”

มาตรา 75 “บุรุษผู้ใดจับมือหยอกบุตรท่านก็ดี ขึ้นไปถึงที่นอนบุตรท่านก็ดี แลดูดลากบุตรท่านไปจูบกอดทำชั่วแลทำประการใดก็ดี ท่านว่าชายนั้นผิดให้ลงโทษโดยโทษานุโทษ”

การที่กฎหมายบัญญัติให้การจับมือ ถือนม กอดจูบ ลักลอบทำชั่ว หรือขึ้นไปหาบุตรหญิงของผู้อื่นถึงในเรือน หรือทำพฤติกรรมใด ๆ ก็ตามแก่บุตรหญิงของผู้อื่น ผู้กระทำต้องรับโทษ แม้หญิงจะเต็มใจหรือยินยอมให้ชายกระทำก็ตาม เป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อไม่ให้ผู้นั้นล่วงละเมิดทางเพศบุตรหญิงอันเป็นการกระทบต่ออำนาจปกครองหรือเกียรติยศของบิดามารดาหรือสามีของหญิง

³ กฎหมายตราสามดวง : พระอัยการลักษณะวิวาท มาตรา 11 เด็กที่ไม่รู้เพียงสา หมายถึง เด็กอายุต่ำกว่า 7 ขวบลงมา

จากตัวบทกฎหมาย แม้จะไม่ปรากฏคำว่า กระทำอนาจาร ในตัวบทพระอัยการลักษณะ ผัวเมีย แต่เมื่อพิจารณาจากการกระทำต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการจับมือ ถือนม กอดจูบ เล้าโลม เป็นต้น จะเห็นได้ว่าการกระทำต่าง ๆ เหล่านี้ล้วนเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศทั้งสิ้น เมื่อเทียบกับ ฐานความผิดเกี่ยวกับเพศในปัจจุบันแล้ว การกระทำความผิดทางเพศเทียบเคียงได้กับการกระทำความผิด ฐานกระทำอนาจาร โดยขอบเขตของการกระทำอนาจารตามกฎหมายฉบับนี้กว้างกว่าการกระทำ อนาจารตามกฎหมายในปัจจุบันมาก เพราะเพียงแค่ลักลอบพุดคุยกับเมียของคนอื่น อยู่กันสองต่อ สอง หรือการขึ้นไปหาบนเรือนผู้กระทำก็ต้องรับโทษปรับแล้ว ไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำต่อเนื่องตัว ร่างกายของผู้ถูกกระทำเช่นเดียวกับการกระทำอนาจารในความหมายของกฎหมายในปัจจุบัน

เมื่อเปรียบเทียบความหมายของการกระทำชำเรากับการกระทำอนาจารแล้วจะเห็น ได้ว่า การชำเราต้องเป็นการร่วมประเวณีหรือการร่วมเพศระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น แต่การ กระทำอนาจารเป็นเพียงการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศระหว่างชายกับหญิงไม่ว่าจะมีการถูกเนื้อ ต้องตัวผู้ถูกกระทำหรือไม่ก็ตาม จึงเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์หลักในการบัญญัติ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจาร โดยมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองคุณธรรม ทางกฎหมายมิให้มีการล่วงละเมิด

1. อำนาจในการปกครองดูแลหรืออำนาจอิสระและเกียรติยศของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือสามีของหญิงผู้เสียหาย
2. อำนาจในการให้ความยินยอมของหญิง มิให้มีผู้ใดมาล่วงเกินทางเพศ โดย ปราศจากความยินยอม หากหญิงให้ความยินยอมแล้วการกระทำนั้นก็มีใช่การข่มขืน หากแต่เป็น การทำชู้ หญิงนั้นจะมีความผิดด้วย
3. คุ้มครองการให้ความยินยอมของเด็กไม่รู้เดียงสาหรือเด็กที่มีอายุต่ำกว่าเจ็ดขวบ ซึ่งกฎหมายมองว่ายังไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมในเรื่องทางเพศ แม้เด็กนั้นจะ ยินยอมให้ผู้อื่นล่วงละเมิดทางเพศต่อตน ผู้กระทำก็ยังคงต้องรับโทษ

4.1.2 พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118

หลังจากมีการปรับปรุงระบบบริหารราชการแผ่นดินและปฏิรูปการศาลในสมัยรัชกาล ที่ 5 แล้ว สิ่งที่จะต้องดำเนินการต่อไปคือการปรับเปลี่ยนกฎหมายให้เข้าสู่รูปแบบของกฎหมาย สมัยใหม่ อันถือเป็นความจำเป็นที่จะต้องรับทำในเวลานั้น เพื่อขอแก้ไขข้อเสียเปรียบในเรื่องสิทธิ สภาพนอกอาณาเขต แต่การที่จะเปลี่ยนแปลงกฎหมายทั้งหมดหรือจัดทำประมวลกฎหมายให้เป็น แบบสมัยใหม่เป็นเรื่องที่ต้องใช้เวลานาน การแก้ปัญหาในระยะแรกจึงเป็นการประกาศใช้กฎหมาย

เป็นเรื่อง ๆ ไป หรือนำหลักกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งส่วนใหญ่ก็คือหลักกฎหมายอังกฤษมาใช้ในการพิพากษาคดี⁴

พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 เป็นกฎหมายฉบับหนึ่งที่ประกาศใช้ในช่วงเวลาที่ประเทศไทยมีการติดต่อดำขายกับต่างประเทศมากขึ้น เนื่องจากกฎหมายที่เกี่ยวกับการข่มขืนล่วงประเวณีเดิมยังมีข้อบกพร่องหลายประการอันอาจเป็นเหตุให้เกิดความสงสัยในการพิจารณาพิพากษาคดีที่กล่าวหากันว่าข่มขืนทำชำเรา จึงสมควรมีการแก้ไขกฎหมาย การประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ส่งผลให้บทบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเรา ที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะผิดเมียทุกมาตราถูกยกเลิกไป แต่ในขณะนั้นมิได้มีการแก้ไขกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด ความผิดทางเพศที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดจึงยังคงใช้บังคับตามพระอัยการลักษณะผิดเมีย

ความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามที่ปรากฏในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 มีดังนี้

4.1.2.1 ความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา

มาตรา 3 “ชายใดทำชำเราด้วยหญิง ในเหตุ 4 ประการ ดังที่จะกล่าวต่อไปข้างล่างนี้ ท่านว่าชายผู้นั้นข่มขืนทำชำเราหญิง คือ

ข้อ 1 ขืนใจหญิง

ข้อ 2 หญิงมิยินยอม

ข้อ 3 หญิงยินยอมด้วยชายชู้เชียวจะทำร้ายแก่ร่างกายแลชีวิตหญิง หญิงมีความกลัวจึงยินยอม

ข้อ 4 หญิงยินยอมก็ดี ถ้าไม่ยินยอมก็ดี แต่หญิงนั้นยังมีอายุต่ำกว่า 12 ปี ลงมา”

การกระทำชำเราตามกฎหมายฉบับนี้ เป็นการกระทำชำเราตามธรรมชาติระหว่างชายกับหญิง โดยขืนใจหญิง โดยหญิงมิยินยอม หรือโดยหญิงยินยอมเพราะชายชู้เชียวจะทำร้ายร่างกายและชีวิต หญิงกลัวจึงยอม หรือกระทำชำเราหญิงอายุต่ำกว่า 12 ปี ลงมาไม่ว่าหญิงจะยินยอมหรือไม่ หากเข้าลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังกล่าวข้างต้น ผู้กระทำก็มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

⁴ แสง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (The Thai Legal History), พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, พฤศจิกายน 2523), น. 196.

4.1.2.2 ความผิดฐานชำเราผิดธรรมดา

มาตรา 5 “ผู้ใดทำชำเราทางเวจมรรคก็ดี ถ้าทำชำเราด้วยสัตว์เดรฉานผิดธรรมดาโลกย์ก็ดี พิจารณาเป็นสัตย์ ให้ลงโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีลงมา กับให้ทำการหนักด้วยก็ได้ ถ้ามิให้ทำการหนักด้วยก็ได้”

การชำเราผิดธรรมดาตามมาตรานี้แยกได้เป็น 2 กรณี คือการชำเราทางเวจมรรค หมายถึง การร่วมประเวณีทางทวารหนัก กับการชำเราด้วยสัตว์เดรฉาน ซึ่งเป็นการชำเรากับสัตว์

การที่พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 บัญญัติให้การร่วมเพศทางเวจมรรคหรือทวารหนัก หรือการร่วมเพศกับสัตว์เป็นความผิด เนื่องจากสังคมสมัยนั้นเห็นว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดต่อศีลธรรมอันควรลงโทษผู้กระทำ ซึ่งโทษที่ผู้กระทำจะได้รับในความผิดฐานชำเราผิดธรรมดาเท่ากันกับโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง โดยเห็นว่าการชำเราทางเวจมรรคหรือการชำเรากับสัตว์ เป็นการกระทำความผิดที่มีความร้ายแรงเทียบเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเราหญิง นอกจากนี้ยังมีการกำหนดโทษผู้ที่พยายามข่มขืนกระทำชำเราหรือชำเราผิดธรรมดา และผู้ที่สนับสนุนผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือชำเราผิดธรรมดาด้วย

จากลักษณะความผิดฐานต่าง ๆ ดังที่กล่าวมาข้างต้น พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ยังคงบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิด แต่ไม่แยกประเภทของการข่มขืนเหมือนกับที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน และมีการขยายเกณฑ์อายุของผู้ที่จะให้ความยินยอมในการชำเราเพิ่มจากเดิมที่กำหนดไว้ว่าต้องมีอายุต่ำกว่าเจ็ดขวบลงมาเป็นอายุต่ำกว่าสิบสองปี และมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่ผิดธรรมดาไม่ว่าจะเป็นการร่วมเพศทางเวจมรรคหรือทวารหนัก หรือการร่วมเพศกับสัตว์ แต่ไม่มีบทบัญญัติลงโทษผู้กระทำความผิดที่เกี่ยวกับการกระทำอนาจาร ซึ่งผู้กระทำต้องรับโทษตามพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน จึงเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้มุ่งที่จะคุ้มครอง

1. เสรีภาพทางเพศของผู้ถูกกระทำมิให้มีการล่วงละเมิดทางเพศไม่ว่าจะเป็นตามธรรมชาติ ผิดธรรมชาติ หรือผิดศีลธรรม หากผู้ถูกกระทำมิได้ยินยอม แต่ถึงแม้ผู้ถูกกระทำจะยินยอม ถ้าเป็นความยินยอมของผู้ที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา ผู้กระทำก็ไม่สามารถอ้างความยินยอมของผู้ถูกกระทำเป็นข้อแก้ตัวให้พ้นผิดได้

2. อายุในการให้ความยินยอมของหญิงที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา โดยเกณฑ์อายุในการให้ความยินยอมตามมาตรานี้ แตกต่างจากพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน ซึ่งตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ได้ขยายช่วงอายุของผู้ที่จะให้ความยินยอมในการกระทำ

ข้าเรา จากเดิมที่เป็นเด็กไม่รู้เดียงสา ซึ่งมีอายุต่ำกว่า 7 ขวบลงมา เป็นหญิงที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปี ที่แม่จะให้ความยินยอมการกระทำนั้นก็ยังคงเป็นความผิด

พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ใช้บังคับมาจนกระทั่งถึง ร.ศ.127 จึงถูกยกเลิก เมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ส่งผลให้ความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายนี้ และความผิดฐานกระทำอนาจารตามพระอัยการลักษณะผิดเมียได้เปลี่ยนไปใช้บังคับตามบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127

4.1.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127

เมื่อประเทศไทยตกลงทำสนธิสัญญาเบาว์ริงกับประเทศอังกฤษใน พ.ศ.2398 และกับประเทศอื่น ๆ ในลักษณะเดียวกันอีกหลายประเทศ ก่อให้เกิดปัญหาเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขตของคนในบังคับชาติต่าง ๆ โดยกฎหมายไทยไม่สามารถใช้บังคับกับคนเหล่านั้นได้ รัชกาลที่ 5 จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้มีการปฏิรูประบบบริหารราชการแผ่นดิน โดยทรงเห็นความจำเป็นที่จะต้องปรับปรุงระบบกฎหมายไทย ให้มีความเหมาะสมและทันสมัยมากขึ้น อันจะนำไปสู่การขอยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขต⁵ จึงทรงตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งเพื่อตรวจชำระและร่างกฎหมายมีนายยอร์ช ปาดู (Georg Padoux) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส ที่ปรึกษาในการร่างกฎหมายเป็นประธาน คณะกรรมการชุดนี้ประกอบด้วยนักกฎหมายชั้นนำของประเทศไทยและของต่างประเทศ โดยรับร่างกฎหมายอาญาที่คณะกรรมการชุดก่อนทำไว้ไปตรวจชำระ⁶ เมื่อคณะกรรมการร่างกฎหมายเสร็จสิ้นแล้วได้นำขึ้นทูลเกล้าถวาย พระองค์ทรงโปรดให้ประกาศใช้กฎหมายฉบับดังกล่าว เมื่อวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ.2451 และเรียกประมวลกฎหมายฉบับนี้ว่า กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 กฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ใน ภาค 2

⁵ กฤษฎา บุญยสมบัติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 124.

⁶ ประเทศไทยเลือกทำประมวลกฎหมายอาญาก่อนประมวลกฎหมายฉบับอื่น เพราะว่ในขณะนั้นคนไทยและเจ้าหน้าที่ฝ่ายกฎหมาย ยังไม่ค่อยมีความรู้ความเข้าใจในการชำระกฎหมายแบบประมวลและในบรรดากฎหมายลักษณะต่าง ๆ กฎหมายอาญาเป็นประมวลกฎหมายที่ร่างได้ง่ายที่สุดและศาลต่าง ๆ สามารถเข้าใจได้ง่ายเช่นกัน ดังนั้น จึงเป็นการเหมาะสมที่จะเริ่มงานตรวจชำระและจัดร่างประมวลกฎหมาย โดยร่างประมวลกฎหมายอาญาขึ้นก่อน (แสง บุญเฉลิมวิภาส, “กฎหมายลักษณะอาญา : ประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 16 ฉบับที่ 2, น. 111)

ว่าด้วยลักษณะความผิด ตั้งแต่มาตรา 240 - มาตรา 246 ซึ่งความผิดเกี่ยวกับเพศที่จะทำการศึกษาค้นคว้าได้แก่ ความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจาร

4.1.3.1 ความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์

มาตรา 242 “ผู้ใดทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดี หรือทำชำเราด้วยสัตว์เดรัจฉานก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

ความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ เป็นบทบัญญัติที่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด เพราะถือว่าการทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์เป็นการล่วงละเมิดความเจริญของบ้านเมืองในทางอ้อม นอกจากเป็นการลามกแล้วยังทำให้เสียพืชพันธุ์ไปโดยไร้ประโยชน์ เพราะถ้ากระทำตามธรรมดาตามนุษย์แล้ว จะเป็นการขยายเผ่าพันธุ์มนุษย์เพิ่มมากขึ้น เมื่อผู้คนพลเมืองมากขึ้นก็จะทำให้บ้านเมืองเจริญขึ้นตามส่วน เพราะฉะนั้นจึงมีการบัญญัติลงโทษผู้ที่ทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ เช่นเดียวกับพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ซึ่งบัญญัติห้ามมิให้มีการทำชำเราผิดธรรมดา แต่มีการกำหนดโทษมากกว่ากฎหมายลักษณะอาญานี้⁷ อีกทั้งการทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ยังปรากฏอยู่ในพระวินัยปิฎก โดยพระพุทธองค์ทรงมีพระบัญญัติว่า การเสพเมถุนทางทวารหนักนั้นเป็นเหตุอาบัติปาราชิกแก่ภิกษุผู้กระทำ

การทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ หมายความว่า ฝ่ายหนึ่งใช้อวัยวะสืบพันธุ์ ซึ่งจะเป็นการกระทำระหว่างชายต่อชาย (Homosexual) เช่น ทำชำเราโดยทางเวจรรค (ทวารหนัก) หรือระหว่างหญิงกับหญิง (Lesbian) หรือระหว่างชายหรือหญิงกับสัตว์เดรัจฉาน⁸ ซึ่งการกระทำระหว่างหญิงกับหญิงที่เรียกกันว่าเล่นเพื่อน⁹ กฎหมายต่างประเทศในยุคนั้นไม่ถือว่าเป็นการทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์¹⁰

⁷ อรรถาธิบาย สภาธรรมศาสตร์, “การกระทำความผิดทางเพศ : ศึกษาเฉพาะกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจรรคและทางปาก,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), น. 67

⁸ ประสิทธิ์ พัฒนอมร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 22.

⁹ การเล่นเพื่อน หมายถึง ผู้หญิงประพฤติตนเป็นรักร่วมเพศ ไทยเราจะเรียกว่าเล่นเพื่อน การเล่นเพื่อนของผู้หญิงคงจะถือเป็นการละเมิดศีลข้อพรหมจรรย์ เช่นเดียวกับชาย และสำหรับหญิงสาววังการกระทำดังกล่าวยังเป็นความผิดตามกฎหมายฉัยบาล การเล่นเพื่อนปรากฏ

ความเป็นมาของการบัญญัติความผิดฐานชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์อาจารย์เอกูต์ ได้อธิบายว่า ต้องพิจารณาจากภาษาอังกฤษคำว่า “Sodomy”¹¹ ซึ่งมาจากชื่อเมือง Sodom อันเป็นเมืองเก่าแห่งปาเลสไตน์ตามคัมภีร์ไบเบิลว่าฟ้าผ่าเมืองนั้นไหม้พินาศไปหมด เพราะเหตุว่าพลเมืองประพฤติลามก การชำเราเช่นนี้มีแพร่หลายไปทุกประเทศทั่วโลก ซึ่งส่วนมากไม่มีบทกฎหมายลงโทษไว้ เว้นแต่จะเป็นการอนาจารหรือทำอนาจาร หรือว่ามีบทกฎหมายลงโทษเฉพาะชำเราระหว่างชายเท่านั้น แต่กฎหมายของประเทศไทยได้เดินไปไกลกว่ากฎหมายของต่างประเทศอื่น ๆ โดยลงโทษการชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ด้วยชายและหญิง หรือระหว่างผู้เมียก็ผิดเหมือนกันแม้ทั้งสองฝ่ายจะยินยอมด้วยกันก็มีความผิดฐานตัวการด้วยกันทั้งคู่¹²

ส่วนสาเหตุที่ต่างประเทศที่นับถือศาสนาคริสต์เอาผิดแก่คนรักร่วมเพศชายกับชาย แต่ไทยเรากลับให้ความสำคัญแก่ความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างหญิงกับหญิงมากกว่าเพราะมีความแตกต่างกันในเรื่องทัศนคติของความแตกต่างทางวัฒนธรรมของตะวันตกกับตะวันออก เหตุที่พระเจ้าทรงพิโรธต่อความสัมพันธ์ระหว่างผู้ชายกับผู้ชายว่าเป็นกาเล่บ้านกาลิเมืองนั้น น่าจะเป็นเพราะความจำเป็นในการอยู่ร่วมกันแบบทหารของชาวยิวโบราณที่มีความจำเป็นต้องรบทัพจับศึกกันอยู่ตลอดเวลา จนแทบไม่มีเวลาอยู่กับลูกเมียตามปกติ จำเป็นต้องหักห้ามมิให้ชายมามีความสัมพันธ์กันเองอันจะทำให้เสียการปกครองในการรบ ส่วนในโลกตะวันออกไม่จำเป็นต้องต่อสู้

ในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งตราขึ้นในสมัยรัชกาลของพระบรมไตรโลกนาถ มีความว่า “อนึ่ง สนมกำนัลคบผู้หญิงหนึ่งกันทำดูชายเป็นชู้เมียกัน ให้ลงโทษด้วยลวดหนึ่ง 50 ที่ หักคอประจานรอบพระราชวัง ที่หนึ่งให้เอาเป็นชาวสดี ที่หนึ่งให้แก่พระเจ้าลูกเธอหลานเธอ” แต่ไม่มีบทบัญญัติห้ามมิให้ชายมีความสัมพันธ์ทางเพศกัน การเล่นเพื่อนในหมู่สาวสนมกำนัลในสมัยนั้นแม้จะผิดกฎหมายมณเฑียรบาล แต่ก็ไม่มีบทฟ้องร้องหรือเอาโทษกันอย่างจริงจัง (ดูรายละเอียดเพิ่มเติม กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ตำนานรักร่วมเพศ,” วารสารนิติศาสตร์, 85, ปีที่ 13 ฉบับที่ 2, 2526, น. 90-93)

¹⁰ ชิตชนก แผ่นสุวรรณ, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร : ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น. 55.

¹¹ Sodomy หมายถึง การเล่นสวาทระหว่างผู้ชายกับผู้ชาย (สอ เสถบุตร, พจนานุกรมอังกฤษ-ไทย)

¹² เอกูต์ และ เสริม วิจิษฐ์กุล, คำบรรยายกฎหมายอาญา มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง พ.ศ. 2477, (กรุงเทพมหานคร : ร้านกาญจน์พิมพ์ดีด, 2477), น. 814.

รบราฆ่าฟันกันอยู่ตลอดเวลาเหมือนพวกยิวโบราณ ข้อห้ามเรื่องนี้จึงไม่ปรากฏให้เห็นชัดเจนเหมือนพวกยิว ขณะเดียวกันการที่ชาวตะวันตกออกมามีรุกรานมาก จึงต้องห้ามไม่ให้ภริยาของตนเล่นเพื่อนอันเป็นเสมือนการนอกใจสามี¹³

การกระทำความผิดฐานนี้จะเป็นความผิดสำเร็จ เมื่ออวัยวะสืบพันธุ์เข้าไปในร่างกายของคนหรือสัตว์ ไม่ว่าน้ำอสุจิจะเคลื่อนหรือความใคร่ได้บำบัดแล้วหรือไม่ ผู้ที่กระทำชำเราโดยผิดธรรมดาตามมนุษย์ จะมีความผิดตามมาตรานี้ด้วยกันทั้งผู้กระทำและผู้ที่ยินยอมให้กระทำเพราะต้องร่วมกันจึงจะกระทำได้ แม้จะเป็นกระทำระหว่างผิวเมื่อก็คือเป็นความผิด ถ้ายินยอมด้วยกันทั้งสองฝ่าย เว้นแต่ฝ่ายใดถูกบังคับจำยอมให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำ เช่นนี้สามารถนำมาเป็นข้อแก้ตัวได้

ส่วนการชำเรากับสัตว์ไม่ได้เกิดขึ้นบ่อย ประกอบกับในการบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศมีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองบุคคล สังคม และป้องกันหรือป้องปรามอาชญากรรมเป็นสำคัญมากกว่าการจะเอาผิดกับผู้ที่มีรสนิยมทางเพศผิดไปจากปกติ การชำเราสัตว์เดียรฉานนี้มีน้อยและเป็นที่อุจาดรังเกียจแก่สาธารณชนมาก เพราะฉะนั้นจึงมองเห็นเหตุผลได้ง่ายว่าเหตุใดกฎหมายจึงลงโทษ แต่ว่าการกระทำชนิดนี้ในหลายประเทศไม่ได้มีบทบัญญัติลงโทษไว้ แต่อย่างไรก็ตามการชำเราด้วยสัตว์มักจะเป็นเครื่องหมายแสดงว่าผู้นั้นมีอาการวิกลจริตอยู่บ้าง¹⁴

การชำเราผิดธรรมดาตามมนุษย์ตามมาตรา 242 นี้ มีลักษณะไม่เหมือนกับที่บัญญัติไว้ในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 มาตรา 5 ที่จำกัดว่าต้องเป็นการร่วมประเวณีทางทวารหนักหรือชำเรากับสัตว์เท่านั้น แต่ตามประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 242 ได้บัญญัติให้การชำเราผิดธรรมดาตามมนุษย์มีความชัดเจนมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการกระทำของชายหรือหญิง หรือชายหรือหญิงกับสัตว์เดียรฉานที่ไม่ใช่การชำเราตามปกติไม่ว่าจะเป็นการทำเราทางเวจมรรค (ทวารหนัก) หรือทางช่องทางอื่นที่มีช่องทางปกติ (ช่องสังวาส) รวมถึงการชำเรา กับสัตว์ การบัญญัติมาตรานี้จึงเป็นการลงโทษผู้ที่กระทำชำเราผิดธรรมดาตามมนุษย์ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้มนุษย์สูญพันธุ์ มากกว่าการให้คนในสังคมมีเสรีภาพทางเพศที่จะเลือกการกระทำทางเพศของตนที่ผิดธรรมชาติ

ความผิดฐานนี้เป็นของใหม่สำหรับวัฒนธรรมไทย เพราะไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายไทย ดังนั้นเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายจึงมี

¹³ กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ตำนานรักร่วมเพศ,” วารสารนิติศาสตร์, 85, ปีที่ 13 ฉบับที่ 2, 2526, น. 94-95.

¹⁴ เถกุด และ เสริม วินิจฉัยกุล, อ่างแล้ว เชิงอรุณ ที่ 12, น. 814.

มติให้ยกเลิกความผิดฐานนี้ โดยเห็นว่าเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคล การฟ้องร้องจะทำให้เกิดความอับอายแก่ผู้ถูกฟ้องร้องมากและมีกรณีเกิดขึ้นน้อย ประกอบกับจะเป็นการเสื่อมเสียเกียรติยศของประเทศชาติ แม้ว่าการซ้ำเราผิดธรรมดาจะเป็นเรื่องสิทธิส่วนบุคคล แต่ในสมัยนั้นมองว่าประชากรมีจำนวนน้อย หากให้มีการร่วมประเวณีผิดธรรมดาจะทำให้ไม่มีประชากรเพิ่มขึ้น จึงกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด¹⁵

4.1.3.2 ความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา

มาตรา 243 “ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกายหรือด้วยวาจาขู่เข็ญ กระทำชำเราขึ้นใจหญิง ซึ่งมีใช้ภรรยาของตนเอง ท่านว่ามันผู้นั้นข่มขืนทำชำเรา ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ปีหนึ่งขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราขึ้นใจหญิง ซึ่งมีใช้ภรรยาของตนเอง ท่านว่ามันข่มขืนทำชำเรา มีความผิดต้องระวางโทษดุจกันกับที่ว่ามันนั้น

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนชำเรานั้นมีบาดเจ็บถึงสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้ข่มขืนนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

การกระทำชำเราที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนทำชำเราได้ ก็ต่อเมื่อของลับของชายเข้าไปในของลับของหญิง โดยหญิงไม่ยินยอม ซึ่งผู้กำลังทำร้ายกับผู้ทำชำเราไม่จำเป็นต้องเป็นคนเดียวกัน เช่น จำเลยลอบกระทำชำเราหญิงขณะนอนหลับ พอหญิงรู้สึกตื่นขึ้นจึงตีจำเลย ตัดสินว่าการลอบทำชำเราขณะนอนหลับ แสดงว่าหญิงมิได้มีใจยินยอม และคำว่า “ขึ้นใจ” ตามมาตรานี้ รวมทั้งการที่หญิงไม่สมัครใจด้วย จำเลยจึงมีผิดตามมาตรานี้¹⁶

มาตรา 244 “ผู้ใดกระทำชำเราด้วยเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามขวบถึงหญิงนั้นยินยอมก็ตาม หรือมิได้ยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

¹⁵ ชิดชนก แผ่นสุวรรณ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10, น. 55.

¹⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 234/2466 สืบค้นจาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/docdetail.jsp>.

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ เด็กหญิงที่ถูกชำเรานั้นมีบาดเจ็บอย่างสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีขึ้นไปจนถึงสิบห้าปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลเด็กหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

กฎหมายประสงคจะห้ามมิให้มีการกระทำชำเราเด็กหญิงที่อายุต่ำกว่าสิบสามขวบ เนื่องจากเด็กยังไม่มีวุฒิภาวะเพียงพอที่จะให้ความยินยอมได้ หากเป็นการข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามขวบแล้ว แม้เด็กจะให้ความยินยอมไม่ว่าเพราะเหตุใดก็ตาม ผู้กระทำมีความผิดฐานนี้ทั้งสิ้น เพราะเด็กอายุขนาดนี้ยังไม่เดียงสา ไม่มีความสามารถเพียงพอที่จะให้ความยินยอมได้ กฎหมายจึงต้องคุ้มครองเพื่อมิให้เกิดความเสียหายแก่เด็ก

ผู้กระทำจะต้องรู้หรือควรจะรู้ว่าผู้นั้นเป็นเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 13 ขวบ เรื่องอายุของเด็กหญิงจึงเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่จะต้องวินิจฉัย มิใช่โดยอาศัยวันเกิดเป็นประมาณเท่านั้น แต่ว่าต้องพิจารณาตามพฤติการณ์แห่งข้อเท็จจริง เช่น รูปร่างของเด็กหญิง ความเติบโตมาน้อยเพียงใด เป็นต้น ความสำคัญผิดเรื่องอายุที่ทำให้ผู้กระทำขาดเจตนา เช่น ชายไปพบหญิงมีบุตรอยู่แล้วจึงทำชำเราด้วย คิดว่าเขามีอายุกว่าสิบสามขวบ ชายนั้นไม่มีความผิดตามมาตรานี้

4.1.3.3 ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 245 “ผู้ใดบังอาจกระทำการอนาจารแก่เด็กอายุต่ำกว่าสิบสามขวบ ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลมันใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำความผิดเช่นว่ามานี้ ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงห้าปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

ความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายนี้ไม่มีการบัญญัติหรือให้คำนิยามว่า การกระทำอนาจารมีความหมายหรือลักษณะอย่างไร นักนิติศาสตร์ได้อธิบายความหมายของการกระทำอนาจารไว้ว่า กระทำอนาจาร หมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ เช่น จับนม จูบ กอด ลูบคลำ หรือจับต้องอวัยวะต่าง ๆ ข้อสำคัญต้องดูจิตใจของผู้กระทำด้วย กล่าวคือ การกระทำบางอย่างที่บุคคลบางคนกระทำอาจเป็นอนาจารหรือไม่เป็นอนาจารก็ได้ แล้วแต่จิตใจของผู้กระทำ เช่น แพทย์ลูบนมคนไข้ ถ้ากระทำเพื่อตรวจโรคตามวิชาแพทย์ก็ไม่ผิดตามมาตรานี้ ถ้า

กระทำไปโดยไม่เกี่ยวกับการตรวจโรค แต่ได้กระทำด้วยความรู้สึกทางเพศและถือเอาการตรวจโรคเป็นเครื่องมือก็เป็นการกระทำอนาจาร¹⁷

การกระทำอนาจารยังรวมถึงการกระทำใด ๆ อันเกี่ยวกับเพศถ้าไม่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ก็ถือเป็นการกระทำอนาจาร ซึ่งตัวของผู้เสียหายจะต้องเข้าไปเกี่ยวข้องด้วย มิฉะนั้นจะเป็นอนาจารต่อหน้าธารกำนัลเท่านั้น เช่น การจับต้องหรือลูบคลำของลับของหญิง หรือให้หญิงลูบคลำของลับของชาย เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร แต่ว่าเปิดของลับให้บุคคลอื่นดูไม่ใช่เป็นความผิดฐานทำอนาจาร แต่ผิดเพียงทำอนาจารต่อหน้าธารกำนัล¹⁸

การกระทำใดที่จะถือว่าเป็นการสมควรทางเพศหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากกาลเทศะและสิ่งแวดล้อมประกอบ เช่น การกอดเด็กหญิงซึ่งผู้กอดไม่ใช่ญาติย่อมเป็นการอนาจาร แม้เด็กหญิงยินยอมก็เป็นความผิดตามมาตรา 173/2469¹⁹ แต่ถ้าเป็นการกอดเพื่อเดินรำไม่เป็นความผิด แม้ผู้กระทำจะมีความรู้สึกในทางเพศเกิดขึ้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 173/2469¹⁹ สามีจับข้อมือภรรยาในที่ประชุมชนแล้วอุกเพื่อให้กลับบ้าน เพื่อนของสามีก็ช่วยอุก ตัดสินว่าสามีและเพื่อนไม่ผิดมาตรา 173

มาตรา 246 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบสามขวบขึ้นไป โดยใช้อำนาจด้วยกำลังหรือด้วยวาจาขู่เข็ญ หรือมันใช้อุบายหลอกลวงด้วยประการใดก็ได้ก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง”

การกระทำอนาจารแก่บุคคลที่อายุกว่า 13 ขวบขึ้นไป ผู้กระทำจะมีความผิดต่อเมื่อได้กระทำร้ายหรือใช้วาจาขู่เข็ญว่าจะกระทำร้ายหรือใช้อุบายหลอกลวง การที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพราะกฎหมายเห็นว่าผู้ที่มีอายุกว่า 13 ขวบขึ้นไปแล้ว อาจหลบหลีกจากการถูกกระทำได้ และแม้จะถูกกระทำก็ไม่ร้ายแรงเท่ากับทำแก่เด็ก²⁰ เพราะบุคคลที่อายุกว่า 13 ขวบมีความรู้ผิดชอบสามารถตัดสินใจหรือให้ความยินยอมในการกระทำทางเพศได้ หากบุคคลนั้นให้ความยินยอมหรือ

¹⁷ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, กุมภาพันธ์ 2548), น. 361.

¹⁸ เถกุด และเสริม วินิจชัยกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น. 819-820.

¹⁹ www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/docdetail.jsp

²⁰ เถกุด และเสริม วินิจชัยกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น. 821.

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือ วัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษ จำคุกตั้งแต่ สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

ข่มขืน หมายความว่า การข่มขืนใจ คือได้กระทำชำเราโดยหญิงไม่ได้ยินยอมสมัครใจ หากปรากฏชัดว่าผู้เสียหายยินยอมให้กระทำชำเราโดยบริสุทธิ์ใจ ปราศจากการข่มขู่ หลอกลวง หรือสำคัญผิด เป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แม้ ความยินยอมจะได้มาโดยการหลอกลวงในมูลเหตุก็ยังเป็นความยินยอม ต่อเมื่อได้หลอกลวงใน สภาพของการกระทำ จึงจะถือว่าไม่มีความยินยอมและการกระทำเป็นความผิด เช่น หญิง ผู้เสียหายรักใคร่ชอบพอกับชายมาก่อน และยอมให้ชายเข้าไปกระทำชำเราภายในบ้านและ สถานที่อื่น ย่อมเป็นความสมัครใจและยินยอม²³

การกระทำชำเราหญิง หมายถึง การร่วมประเวณีระหว่างชายกับหญิง คือ การเอา ของลับหรืออวัยวะเพศชายผ่านเข้าไปในช่องสังวาสหรือช่องคลอดของหญิง แม้ล่วงล้ำเข้าไปเพียง นิดเดียว หากเป็นการชำเราโดยผิดธรรมชาติหรือไม่ได้ใช้อวัยวะเพศ เช่น ใช้ของเทียม หรือใช้ อวัยวะเพศ แต่ได้กระทำแก่ช่องทางอื่นของหญิง เช่น ทางปากหรือทางทวารหนัก ไม่ถือเป็น การชำเราผู้กระทำไม่ต้องรับผิดฐานนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 874/2491²⁴ การกระทำชำเราตามกฎหมายจะต้องปรากฏว่าของ ลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง แต่คดีนี้ได้ ความว่าของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของจำเลย มิได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ ของผู้เสียหาย แต่ได้ล่วงล้ำเข้าไปทางทวารหนักของผู้เสียหาย จึงไม่เป็นการกระทำชำเรา

คำพิพากษาฎีกาที่ 1646/2516²⁵ เมื่ออวัยวะเพศของจำเลยได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะ เพศของหญิงผู้เสียหายแล้ว แม้จำเลยจะไม่สำเร็จความใคร่ก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

คำพิพากษาฎีกาที่ 1133/2509²⁶ วินิจฉัยว่า ของลับของจำเลยได้ล่วงล้ำเข้าไปในของ ลับของผู้เสียหายราว 1 องคุลี ถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จแล้ว

²³ คำพิพากษาฎีกาที่ 755/2536 (สงเสริม) น.174.

²⁴ เนติบัณฑิตยสภา (2491, พิมพ์ครั้งที่ 3, น.1053)

²⁵ <http://members.tripod.com/thaibar53/arya209-4.htm>

²⁶ เนติบัณฑิตยสภา (2509, ต. 5, น.1361)

การกระทำชำเราย่อมสำเร็จบริบูรณ์ เมื่อของลับของชายล้วงล้าเข้าไปในของลับของหญิง ไม่ว่าจะล้วงล้าเล็กน้อยเพียงใด หรือผู้กระทำจะสำเร็จความใคร่หรือไม่ ที่ว่าผ่านล้วงล้าเข้าไปในหญิงนั้น ไม่จำเป็นที่อวัยวะเพศชายต้องผ่านเข้าไปทั้งหมดจนมิดหรือหมดอัน แม้ได้ผ่านล้วงล้าเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงบางส่วนเพียงเล็กน้อย เช่น เพียงหนึ่งองคุลีไม่ถึงเยื่อพรหมจารีฉีกขาด ก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จแล้ว

คำพิพากษาฎีกาที่ 1646/2532²⁷ เอาอวัยวะเพศสอดเข้าไปในปากช่องคลอดหรืออวัยวะของผู้เสียหายแล้ว แม้จะยังไม่สำเร็จความใคร่ก็ผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

หญิงซึ่งเป็นผู้เสียหายนั้น ต้องเป็นหญิงอันเป็นเพศของบุคคลธรรมดาตามสภาพที่ถือกำเนิด เป็นเพศที่ออกลูกได้ ไม่ใช่ชายแปลงเพศเป็นหญิง

หากว่าหญิงยังเป็นภรรยาของชายอยู่ แม้ชายจะใช้กำลังบังคับร่วมประเวณีกับหญิง โดยหญิงมิได้ยินยอมก็ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 บัญญัติให้สามีภริยาจำต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ซึ่งย่อมหมายถึงการร่วมเพศด้วย การสมรสระหว่างชายหญิงเป็นการแสดงว่าภริยาได้ให้สิทธิแก่สามีที่จะร่วมประเวณีได้ในระหว่างที่ยังเป็นสามีภริยากันอยู่ สามีจึงไม่ผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนเอง

มาตรา 277 “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีสิทธิของตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้ากระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกหรือวรรคสอง ได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงและเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคแรก ถ้าเป็นการกระทำที่ชายกระทำกับเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ชาย

²⁷ บริการส่งเสริมงานตุลาการ (2532, ล. 4, น.158)

และเด็กหญิงนั้นสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำผิดนั้นไป”

การกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 มีความหมายเช่นเดียวกับการกระทำชำเราตามมาตรา 276 คือ การที่อวัยวะเพศชายของผู้กระทำได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงของผู้ถูกระทำแล้ว ไม่ว่าจะล่วงล้ำเข้าไปมากน้อยเพียงไรก็ตาม

คำพิพากษาฎีกาที่ 848/2548²⁸ จำเลยนำอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 อวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 อวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 แล้วการกระทำของผู้กระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบสามปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสอง ส่วนจำเลยจะสำเร็จความใคร่หรือไม่ย่อมมิใช่สาระสำคัญ

การกระทำความผิดฐานนี้ต้องเป็นการกระทำชำเราเด็กหญิงที่มีอายุไม่เกินสิบห้าปี และเด็กหญิงนั้นต้องไม่เป็นภริยาของผู้กระทำด้วย ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบของความผิด ส่วนลักษณะรูปร่างของผู้ถูกระทำเป็นอย่างไร ความประพฤติ การประกอบอาชีพการงาน และพฤติการณ์ต่าง ๆ ของผู้ถูกระทำที่สื่อให้บุคคลทั่วไปเข้าใจผิดว่าผู้ถูกระทำมีอายุมากกว่าความเป็นจริงนั้น เป็นข้อเท็จจริงที่อาจมีความสำคัญผิดกันได้ ถ้าผู้กระทำเชื่อว่าผู้ถูกระทำอายุเกินกว่าสิบห้าปีหรือสิบสามปี ย่อมเป็นความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงและทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิด เพราะขาดเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสาม และความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงนั้น จำเลยมีสิทธิยกขึ้นต่อสู้ได้ตามมาตรา 62

คำพิพากษาฎีกาที่ 6405/2539²⁹ เมื่อได้ความว่าผู้กระทำได้กระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี แม้จะไม่ได้ข่มขืน (เด็กหญิงยินยอมให้ชำเรา) ก็เป็นความผิดสำเร็จทันที ผู้กระทำจึงต้องรับผิดไม่ว่าเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ยินยอมให้ชำเรากก็ตาม

ผู้กระทำความผิดจะอ้างความยินยอมของเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีขึ้นไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษตามกฎหมายได้ หากเป็นการกระทำที่ชายกระทำต่อเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยตัวผู้กระทำความผิดนั้นไป เป็นการยกเว้นโทษให้กับชายผู้กระทำความผิด ศาลมีอำนาจอนุญาตให้ชายกับเด็กหญิงสมรสกันได้ตามประมวลกฎหมาย

²⁸ เนติบัณฑิตยสภา (2548, ต. 1, น. 121)

²⁹ *Supra note 25.*

แพ่งและพาณิชย์มาตรา 1448³⁰ ถ้าอายุชายและเด็กหญิงยังไม่ถึงสิบเจ็ดปี การสมรสต้องเป็นไปด้วยยินยอมของทั้งสองฝ่าย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1458³¹ หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมจะบังคับให้มีการสมรสไม่ได้ นอกจากนี้ศาลยังสามารถอนุญาตให้ผู้เยาว์สมรสกันได้ตามที่ผู้เยาว์ร้องขอ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1456³²

คำพิพากษาฎีกาที่ 5281/2549³³ การที่จะไม่ต้องรับโทษในความผิดที่กระทำโดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา 277 วรรคสี่แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น จะต้องได้ความว่าจำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 2 โดยผู้เสียหายที่ 2 ยินยอมให้กระทำ เมื่อข้อเท็จจริงได้ความว่าจำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 2 โดยผู้เสียหายที่ 2 ไม่ยินยอมแล้ว แม้ภายหลังศาลจะอนุญาตให้จำเลยกับผู้เสียหายที่ 2 สมรสกัน ก็ไม่เข้าเงื่อนไขในอันที่จะไม่ต้องรับโทษตามบทบัญญัติดังกล่าว

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และมาตรา 277 เป็นความผิดที่มีการบัญญัติขึ้น เพื่อคุ้มครองไม่ให้มีการล่วงละเมิดต่อเสรีภาพทางเพศ ความยินยอมของหญิงในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตน และคุ้มครองความบริสุทธิ์ของเด็กหญิงที่มีอายุยังไม่เกินสิบห้าปีมิให้ถูกล่วงละเมิดทางเพศ แม้เด็กจะให้ความยินยอมในการกระทำความผิด ผู้กระทำก็ยังคงมีความผิด เนื่องจากเด็กหญิงอายุยังไม่เกิน 15 ปี ส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่าง ๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรม ความยังคิดและประสบการณ์ไม่เพียงพอ ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแสวงหาประโยชน์ทางมิชอบ โดยเฉพาะ

³⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มิเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้”

³¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1458 บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากันและต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏ โดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนและให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย”

³² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1456 บัญญัติว่า “ถ้าไม่มีผู้ที่มีอำนาจให้ความยินยอมตามมาตรา 1454 หรือมีแต่ไม่ให้ความยินยอม หรือไม่อยู่ในสภาพที่อาจให้ความยินยอม หรือโดยพฤติการณ์ผู้เยาว์ไม่อาจขอความยินยอมได้ ผู้เยาว์อาจร้องขอต่อศาลเพื่ออนุญาตให้ทำการสมรส”

³³ www.lawyerth.com/download/deka2549.doc

อย่างยิ่งในทางเพศจากเด็กหญิงดังกล่าว ทำให้ไม่เป็นผลดีต่อระบบเศรษฐกิจ สังคม และการพัฒนาประเทศ

นอกจากนี้กฎหมายยังต้องการรักษาความสงบสุขของสังคมและสถาบันครอบครัว ถ้าเป็นการกระทำชำเราเด็กที่มีอายุกว่าสิบสามแต่ยังไม่เกินสิบห้า โดยเด็กนั้นยินยอม และเด็กกับผู้กระทำสมัครใจอยู่กันด้วยกันฉันสามีภริยา กฎหมายก็เปิดโอกาสให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษหรือหากผู้กระทำรับโทษอยู่ก็ให้ศาลปล่อยตัวไป ถ้าศาลมีคำสั่งอนุญาตให้เด็กและผู้กระทำทำความผิดสมรสกัน

4.1.4.2 ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 278 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

กระทำอนาจาร หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อร่างกายของบุคคลอื่น เช่น กอดจูบ ลูบคลำร่างกายของหญิงหรือชายที่เป็นการแสดงความใคร่ทางเพศ³⁴ และต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลโดยตรง การกล่าวถ้อยคำ เขียนภาพ ไม่เป็นการอนาจารตามมาตรา 278 นี้ ถ้าเป็นการกระทำต่อตัวบุคคลแล้ว แม้จะให้ผู้อื่นกระทำโดยใช้เนื้อตัวของเขากระทำต่อผู้กระทำความผิดเองก็เป็นการกระทำอนาจารต่อผู้อื่นได้³⁵ และต้องเป็นการกระทำที่ในทางภาวะวิสัยเป็นการละเมิดหรือฝ่าฝืนความรู้สึกอับอายในทางเพศโดยทั่วไปอย่างร้ายแรง และเป็น การกระทำที่ในทางอัตวิสัยได้ถูกกระทำลงด้วยความต้องการทางเพศหรือความใคร่ เป็นต้นว่ามีจุดมุ่งหมายหรือความประสงค์ เพื่อก่อหรือระงับความต้องการทางเพศหรืออารมณ์ทางเพศของตนหรือของผู้อื่น และการกระทำที่เป็นอนาจารนั้นต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลแม้จะเป็น

³⁴ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, มิถุนายน 2546), น. 170.

³⁵ จิตติ ดิงศภิทัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หัวข้อ 940, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ.2531), น. 1977.

การผ่านบนเสื้อผ้าก็ตาม การบังคับให้ผู้อื่นจับของลับของตนก็เป็นการกระทำอนาจาร³⁶ ความผิดฐานนี้จึงเป็นความผิดที่ไม่ต้องทำเอง

การจับหรืออุ้มด้วยความยินยอมไม่มีเจตนาทางเพศไม่เป็นอนาจาร แม้หญิงอายุไม่เกินสิบห้าปี ก็ไม่เป็นความผิด ผู้กระทำจะมีความผิดถ้าได้กระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบห้าปี ซึ่งไม่จำกัดว่าเป็นหญิงหรือชาย และผู้ถูกกระทำเป็นเพศหรือวัยใดก็ได้ ดังนั้น การกระทำความผิดตามมาตรา³⁷ นี้ อาจเป็นการกระทำระหว่างชายต่อชาย หรือหญิงต่อหญิง หรือบังคับให้บุคคลอื่นจับ ของลับของตนก็ได้

มาตรา 279 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

การกระทำอนาจาร เป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ ที่ไม่เพียงเป็นการฝ่าฝืนศีลธรรมโดยทั่วไปเท่านั้น แต่ต้องมุ่งในการประเวณีหรือความใคร่ โดยไม่ได้จำกัดวิธีการกระทำ แต่ต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลโดยตรง³⁷ รวมถึงการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย³⁸ ซึ่งอาจเป็นการให้เด็กกระทำกับตน เช่น ให้เด็กจับอวัยวะเพศของตน แต่ไม่ใช่ให้เด็กกระทำอนาจารตัวเองให้ดู ถ้ากระทำโดยมีเจตนาอื่น เช่น จับข้อมือหญิงกระชากเพื่อจะทำร้าย ไม่เป็นการกระทำอนาจาร³⁹ การกล่าวถ้อยคำหรือเขียนภาพก็ไม่เป็นการอนาจารตามมาตรา³⁷ นี้ เช่น การด่ากันด้วยถ้อยคำลามกเป็นเพียงความผิดลหุโทษ

³⁶ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545), น. 340.

³⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 353/2476 สืบค้นจาก <http://members.tripod.com/thaibar53/arya209-4.htm>

³⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 569/2479, เพิ่งอ้าง

³⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1931/2494 (เนติ.) น. 1528.

กระทำอนาจารแก่เด็ก ไม่เพียงแต่เป็นการกระทำอนาจารต่อหน้าเด็กเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงการกระทำด้วยร่างกายของเด็ก หรือกระทำที่ร่างกายของเด็ก ทั้งนี้ ไม่สำคัญว่าการเริ่มจะเกิดจากใคร⁴⁰

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กนั้น เดิมกฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นความผิด ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 จึงมีการบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารไว้ใน มาตรา 241, มาตรา 245 และมาตรา 246 ซึ่งความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กตาม มาตรา 279 นี้มีองค์ประกอบเช่นเดียวกับกับมาตรา 278 ต่างกันตรงที่ผู้ถูกกระทำต้องเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ไม่จำกัดว่าเป็นเด็กหญิงหรือเด็กชาย และเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็เป็นความผิดทั้งสิ้น เช่นเดียวกับมาตรา 277 วรรคแรก

สรุปได้ว่า การกระทำอนาจารตามมาตรา 278 และมาตรา 279 เป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำแต่ไม่ถึงขนาดกระทำชำเรา แม้จะเป็นการกระทำผ่านบนเสื้อผ้า ซึ่งกฎหมายลงโทษผู้กระทำความผิดฐานนี้เพื่อคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศของผู้ถูกกระทำมิให้ถูกล่วงละเมิดหากไม่ได้รับความยินยอม ยกเว้นกรณีที่เป็นการกระทำอนาจารต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปีแม้เด็กจะยินยอมผู้กระทำก็มีความผิด โดยกฎหมายมองว่าเด็กอายุขนาดนี้ยังไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอม ดังนั้นไม่ว่าเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปีจะให้ความยินยอมหรือไม่จึงไม่ใช่สาระสำคัญ เพราะผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบทุกกรณี

4.1.5 ประมวลกฎหมายอาญา

ความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 276 และมาตรา 277 มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 20 กันยายน 2550 โดยมีเหตุผลในการขอแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวว่าเป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ ดังนั้น เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายกับหญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด จึงจำเป็นต้องมีการตราพระราชบัญญัตินี้

4.1.5.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 276 บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้นั้นผู้นั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้นั้น

⁴⁰ คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 36, น. 342.

เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำซ้ำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโหมหนึ่ หรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไปและประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบและให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน กระทำซ้ำเรา หมายถึง ร่วมประเวณี หรือการร่วมเพศ ซึ่งการร่วมประเวณี หรือการร่วมเพศ ต้องเป็นการกระทำระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น ดังนั้นตามกฎหมายและแนวคำพิพากษากฎีกาก่อนที่จะมีการแก้ไขมาตรา 276 การกระทำซ้ำเราจะต้องปรากฏว่า ของลับหรืออวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะเพศหญิง แม้ล่วงล้ำเข้าไปเพียงเล็กน้อยก็เป็นความผิดสำเร็จ โดยไม่จำเป็นต้องมีการสำเร็จความใคร่ แต่ตามมาตรา 276 วรรคหนึ่งที่แก้ไขใหม่จะเห็นได้ว่าผู้กระทำและผู้ถูกกระทำอาจเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศกัน หรือเป็นคู่สมรสกันก็ได้ โดยผู้กระทำอาจใช้อวัยวะเพศของตนกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกกระทำก็ได้ แต่เนื่องจากในปัจจุบันมีการกระทำกิริยกรรมทางเพศเกิดขึ้นหลากหลายรูปแบบ การกระทำความผิดทางเพศจึงไม่จำกัดว่าต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศชายกระทำต่ออวัยวะเพศหญิงเท่านั้น กฎหมายจึงบัญญัติเพิ่มเติมให้การใช้วัตถุอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้ถูกกระทำ ถือเป็นการกระทำซ้ำเราด้วย

กฎหมายได้กำหนดนิยามของการกระทำซ้ำเราไว้ ตามมาตรา 276 วรรคสอง ว่า หมายถึง การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนัก

ของผู้อื่น จึงเป็นการขยายความหมายของการกระทำซ้ำเราให้กว้างขึ้นครอบคลุมถึงการใช้อวัยวะเพศ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่นด้วย ไม่จำเป็นต้องใช้อวัยวะเพศชายกระทำซ้ำเราอย่างเดียว ผู้กระทำอาจใช้สิ่งอื่นใดกระทำซ้ำเราก็ได้

ส่วนอวัยวะเพศที่ถูกกระทำก็ไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศหญิง อาจเป็นอวัยวะเพศชาย ทวารหนักหรือช่องปากก็ได้ ถือเป็นการกระทำซ้ำเราทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากก็ตาม ผู้กระทำจะได้รับโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเรา เช่นเดียวกัน การกระทำซ้ำเราจึงไม่จำกัดแค่การใช้อวัยวะเพศชายล้วงล้าเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง เท่านั้น นอกจากนั้นการกระทำตามผิดตามมาตรานี้ ต้องเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของตนเองเท่านั้น หากเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้ถูกกระทำเองแล้ว ผู้กระทำไม่มีความผิด

มาตรา 277 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำซ้ำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำซ้ำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสาม ได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโหมเด็กหญิง หรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน และเด็กนั้นไม่ยินยอมหรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรส ในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป”

ความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราเด็ก ต้องเป็นการกระทำต่อเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ไม่ว่าจะเป็นเด็กหญิงหรือเด็กชาย และเด็กหญิงหรือเด็กชายนั้นต้องมีคู่สมรสของผู้กระทำ การ

เป็นภริยาหรือสามีที่ถูกต้องตามกฎหมายต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457 ซึ่งเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีจะสมรสได้ต้องได้รับความยินยอมจากศาล ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ถ้าเป็นการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีแล้ว ไม่ต้องคำนึงว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ แม้เด็กจะให้ความยินยอมการกระทำก็เป็นความผิด

เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายบัญญัติให้บุคคลเพศเดียวกันทำการสมรสกันได้ ดังนั้น จึงไม่อาจมีกรณีที่ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำที่เป็นเพศเดียวกันไม่ว่าจะมีการผ่าตัดแปลงเพศแล้วหรือไม่ ได้รับการยกเว้นโทษตามวรรคห้าของมาตรานี้

หากผู้กระทำกระทำชำเราเด็ก โดยเด็กไม่ยินยอมแล้ว แม้ภายหลังศาลอนุญาตให้ผู้กระทำและเด็กทำการสมรสกันได้ ก็ไม่เข้าเงื่อนไขที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษตามบทบัญญัติมาตรานี้ หรือการที่ผู้กระทำได้กระทำชำเราผู้เสียหายอันมีลักษณะเป็นการโหม โดยเด็กไม่ยินยอม ก็ไม่ได้รับการยกเว้นโทษเช่นเดียวกัน

สรุป การข่มขืนกระทำชำเราตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมในปัจจุบัน ได้ขยายขอบเขตของการกระทำชำเราในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และมาตรา 277 ออกไปอย่างมาก โดยบัญญัติให้การล่วงละเมิดทางเพศไม่ว่าจะเป็นการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก หรือใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทั้งสิ้น ทำให้สามารถแยกการกระทำความผิดฐานนี้ตามบทบัญญัติของกฎหมายออกได้เป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ การร่วมประเวณีตามธรรมชาติ และการร่วมประเวณีโดยผิดธรรมชาติ ซึ่งแตกต่างจากการตีความการกระทำชำเราตามบทบัญญัติกฎหมายเดิม ซึ่งการข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นการร่วมประเวณีตามธรรมชาติเท่านั้น โดยศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่าต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ ถ้ายังไม่มี การสอดใส่ถือว่าเป็นความผิดในชั้นพยายาม ส่วนการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายในช่องทางอื่นหรือการใช้วัตถุอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายเป็นเพียงความผิดฐานกระทำอนาจารซึ่งผู้กระทำจะได้รับโทษน้อยกว่าการข่มขืนกระทำชำเรา

ส่วนในเรื่องผู้ถูกกระทำนั้น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่ ผู้ถูกกระทำอาจเป็นได้ทั้งชายและหญิง เนื่องจากการที่กฎหมายบัญญัติไว้เพียงแต่ว่าความผิดฐานนี้เป็นการกระทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่นนั้น แสดงว่ากฎหมายไม่ได้มุ่งคุ้มครองเฉพาะผู้ถูกกระทำที่เป็นหญิงเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติความผิดเดิมที่บัญญัติไว้ว่าผู้ที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราได้จะต้องเป็นหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนเท่านั้น หากมีการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของชายตามกฎหมายเดิม ผู้กระทำจะรับผิดเพียงฐานกระทำอนาจารเท่านั้น

แม้ว่าแต่เดิมหญิงจะสามารถเป็นตัวการร่วมในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ แต่หญิงก็รับผิดในฐานะเป็นตัวการมิใช่เป็นผู้กระทำความผิดโดยตรง ในขณะที่ตามมาตรา 276 และมาตรา 277 ที่ได้รับการแก้ไขนั้น หญิงสามารถเป็นผู้กระทำความผิดได้เองโดยตรง หากได้กระทำความผิดประกอบความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ ประกอบกับผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบได้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อสนองความใคร่ของตนเอง หากเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นหรือของผู้ถูกกระทำแล้ว ผู้กระทำไม่มีความผิดตามมาตรา 276 ซึ่งเดิมการลงโทษผู้ที่กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำการไปเพื่อสนองความใคร่ของตนเองหรือไม่ เพียงแต่พิจารณาว่าผู้กระทำมีเจตนาที่จะเอาอวัยวะเพศชายของตนสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงผู้ถูกกระทำหรือไม่เท่านั้น หากผู้กระทำต้องการสอดใส่ แม้จะสอดใส่ไม่สำเร็จผู้กระทำก็มีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา แต่ในปัจจุบันต้องมีการพิสูจน์ถึงเจตนาพิเศษด้วยว่าผู้กระทำได้กระทำการไปเพื่อสนองความใคร่ของตน อันเป็นการเพิ่มภาระของโจทก์หรือผู้เสียหายในการพิสูจน์ความผิดของจำเลย⁴¹

4.1.5.2 ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 278 บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยขู่ เชื้อด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

การกระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ อันเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลอื่น แม้จะเป็นการกระทำในที่ลับก็เป็นอนาจารได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547⁴² วินิจฉัยว่า คำว่า "อนาจาร" หมายความว่า การกระทำต่อเนื้อตัวบุคคลที่ไม่สมควรทางเพศ ซึ่งมีได้หมายความว่าเฉพาะการประเวณีหรือความใคร่เท่านั้น แต่รวมถึงการกระทำที่ทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย การที่จำเลยสอดเอวโจทก์ร่วมจับมือและดึงแขนโจทก์ร่วมนั้น เป็นการกระทำอนาจารต่อโจทก์ร่วม

⁴¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, "หญิงข่มขืนชายกฎหมายสะท้อนอารมณ์," หนังสือพิมพ์มติชน (26 ก.ค. 2550) : น. 7.

⁴² <http://law-web-service.com/pa13.htm>

คำพิพากษาฎีกาที่ 1620/2536⁴³ จำเลยถอดกางเกงนอกและกางเกงในผู้เสียหาย แล้วจับอวัยวะเพศของผู้เสียหาย โดยผู้เสียหายพยายามต่อสู้เป็นการใช้แรงกายกระทำต่อผู้เสียหาย ถือได้ว่าจำเลยกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหายโดยใช้กำลังประทุษร้าย

คำพิพากษาฎีกาที่ 7631/2549⁴⁴ การที่ผู้เสียหายทั้งสามยอมให้จำเลยกระทำก็เพราะหลงเชื่อว่าจำเลยเป็นเจ้าของพนักงานมีอำนาจกระทำได้ เกิดจากความเบาปัญญา อ่อนต่อโลกของผู้เสียหาย มิได้เกิดจากความสมัครใจและอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การที่จำเลยจับและอุบบริเวณแขน หัวไหล่ เต้านม และหน้าท้องของผู้เสียหายทั้งสามเป็นการใช้แรงกายภาพต่อผู้เสียหายทั้งสามถือได้ว่าเป็นการใช้กำลังประทุษร้าย จำเลยมีความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278

การกระทำอนาจารตามมาตรา 278 ต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลที่มีอายุเกินสิบห้าปี ซึ่งผู้ถูกกระทำเป็นได้ทั้งชายและหญิง ไม่ว่าจะเป็นชายกระทำต่อชาย หรือหญิงกระทำต่อชาย หรือหญิงทำต่อหญิง หรือสามีกระทำต่อภริยาของตนเองก็ได้ ถ้าเป็นการกระทำผิดธรรมดาโดยภริยาไม่ยินยอม

มาตรา 279 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นยังอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก ตามมาตรา 279 ก็มีองค์ประกอบเช่นเดียวกับมาตรา 278 แต่แตกต่างกันตรงอายุของผู้ถูกกระทำที่ต้องเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี และไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำก็มีความผิด ซึ่งผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของเด็กด้วย หากไม่รู้ถือว่าขาดเจตนา

⁴³ บริการส่งเสริมงานตุลาการ (2536, ล. 8, น. 174)

⁴⁴ บริการส่งเสริมงานตุลาการ (2549, ล. 10, น. 12)

คำพิพากษาฎีกาที่ 509/2529⁴⁵ จำเลยหลอกเด็กชายอายุไม่เกิน 13 ปี ว่าดวงไม้ดี ต้องสะเดาะเคราะห์ แล้วใช้ของลับสอดใส่ทวารหนัก เป็นความผิดตามมาตรา 279 วรรคแรก

คำพิพากษาฎีกาที่ 117/2534⁴⁶ จำเลยซึ่งเป็นบิดาผู้เสียหายอายุ 12 ปี ใช้วิธีวะฎไถ สัมผัสที่ด้านนอกของอวัยวะเพศบุตรจนสำเร็จความใคร่ โดยไม่มีเจตนาสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของบุตรแต่อย่างใดไม่มีเจตนาจะข่มขืนกระทำชำเรา จึงไม่เป็นพยายามกระทำชำเราแต่การกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีตามมาตรา 279 เพราะจำเลยมีเจตนากระทำอนาจารและมีโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285

คำพิพากษาฎีกาที่ 2693-95/2516⁴⁷ จำเลยบังคับให้เด็กหญิงจับของลับของจำเลย เป็นความผิดตามมาตรา 279 วรรคสอง เพราะถือได้ว่าเป็นการกระทำอนาจารต่อหน้าผู้อื่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 4042/2534⁴⁸ เพียงแต่กอดจูบ ลูบคลำ แต่ต้อง เนื้อตัวร่างกาย ในทางไม่สมควรทางเพศก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว ข้อสำคัญอยู่ที่ว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำในทางความใคร่ในทางเพศหรือทางกามารมณ์ต่อผู้ถูกกระทำ โดยผู้ถูกกระทำไม่ยินยอม หากมีเจตนาอย่างอื่นไม่เป็นความผิดตามมาตรา 279

การจับหรืออุ้มด้วยความยินยอมไม่มีเจตนาทางเพศไม่เป็นอนาจาร แม้หญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ก็ไม่เป็นความผิด

คำพิพากษาฎีกาที่ 970/2477⁴⁹ มีคนจะทำร้ายจำเลย จำเลยจึงกอดหญิงไว้มิให้ถูกทำร้ายไม่มีความผิดฐานนี้

นับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นความผิดทางเพศ ที่กฎหมายบัญญัติขึ้น เพื่อให้ครอบคลุมถึงการกระทำความผิดทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำในลักษณะอื่น ๆ ที่นอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเรา การประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ทำให้คำจำกัดความของการกระทำชำเราเปลี่ยนแปลงไป โดยการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามีขอบเขตกว้างขึ้น ในขณะที่เดียวกันการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารก็มีขอบเขตแคบลง ความผิด

⁴⁵ เนติบัณฑิตยสภา (2529, ต. 2, น. 231)

⁴⁶ เนติบัณฑิตยสภา (2534, ต. 1, น. 66)

⁴⁷ *Supra note 25.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

บางลักษณะซึ่งแต่เดิมเคยเป็นความผิดฐานกระทำความอาชญา เช่น การใช้วัตถุระเบิดข่มขืนผู้อื่น ภายนอกอวัยวะเพศของผู้อื่น เป็นเพียงความผิดฐานกระทำความอาชญา แต่ในปัจจุบันการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำความอาชญา

ความแตกต่างระหว่างความผิดฐานข่มขืนกระทำความอาชญาเรากับความผิดฐานกระทำความอาชญาในปัจจุบัน จึงต้องพิจารณาจากอวัยวะส่วนที่ถูกล่วงละเมิดเป็นหลัก ถ้าการกระทำความผิดนั้น เป็นการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำความอาชญาทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือใช้สิ่งอื่นใดกระทำความอาชญาทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ผู้กระทำความอาชญาจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำความอาชญาทันที โดยไม่ต้องพิจารณาว่าจะมีการล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเหล่านั้นหรือไม่ เนื่องจากในปัจจุบันกฎหมายบัญญัติคำจำกัดความของการกระทำความอาชญาเรไว้กว้างมาก ถ้าการละเมิดทางเพศนั้นเป็นการกระทำความอาชญาต่อเนื้อตัวร่างกายส่วนอื่นนอกจากอวัยวะที่กล่าวมาแล้ว จึงจะเป็นความผิดฐานกระทำความอาชญา เนื่องจากความผิดฐานกระทำความอาชญาเป็นฐานความผิดที่กำหนดขึ้น เพื่อรองรับความผิดทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำความอาชญาในลักษณะอื่น ๆ ที่นอกเหนือจากการข่มขืนกระทำความอาชญา

4.2 ความหมายและองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำความอาชญาเรและฐานกระทำความอาชญา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำความอาชญาเรและฐานกระทำความอาชญามีองค์ประกอบความผิดทั้งที่คล้ายคลึงและแตกต่างกัน การศึกษาความหมายของการกระทำความอาชญาเรและการกระทำความอาชญาจะทำให้สามารถแยกความผิดฐานข่มขืนกระทำความอาชญาเรกับฐานกระทำความอาชญาออกจากกันได้อย่างถูกต้อง ผู้ศึกษาจึงได้รวบรวมความหมายของการข่มขืนกระทำความอาชญาเรและการกระทำความอาชญาจากแหล่งต่าง ๆ เพื่อนำมาใช้เป็นหลักในการเปรียบเทียบความแตกต่างของความผิดทั้งสองฐานโดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.2.1 ความหมายของการกระทำความอาชญาเรและการกระทำความอาชญา

ความหมายของการกระทำความอาชญาเรและการกระทำความอาชญา สามารถแยกอธิบายได้ตามแหล่งที่มาของการกำหนดนิยาม ดังนี้

4.2.1.1 ประมวลกฎหมายอาญาก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550

การกระทำชำเรา หมายถึง การร่วมประเวณีตามธรรมชาติระหว่างชายกับหญิง

การกระทำอนาจาร หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศไม่ว่าจะเป็น การกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคล หรือการกระทำที่ไม่สมควรอย่างอื่น เช่น การลักลอบพุดจากัน อยู่ด้วยกันสองต่อสอง ไปหาหญิงถึงในเรือน

4.2.1.2 ประมวลกฎหมายอาญา

การกระทำชำเรา หมายถึง การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

การกระทำอนาจาร หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคล ลักษณะอื่นนอกเหนือจากการกระทำชำเรา

4.2.1.3 คำพิพากษาศาลฎีกา

ในอดีตก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่า การกระทำชำเรา หมายถึง การร่วมประเวณีที่อวัยวะสืบพันธุ์ของชายต้องล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงเท่านั้น แต่ในปัจจุบันขณะที่ทำการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ยังไม่ปรากฏว่ามีคำพิพากษาศาลฎีกาที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความหมายหรือนิยามของการกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาที่ได้รับการแก้ไขไว้แต่อย่างใด

ส่วนความหมายของการกระทำอนาจารในอดีตก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่าการกระทำอนาจารคือการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ แต่ในปัจจุบันขณะที่ทำการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ยังไม่ปรากฏว่ามีคำพิพากษาศาลฎีกาที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความหมายหรือนิยามของการกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาที่ได้รับการแก้ไขไว้เช่นกัน

4.2.1.4 พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน

การกระทำชำเรา หมายถึง การร่วมประเวณี , กระทำการร่วมเพศ

การกระทำอนาจาร หมายถึง ความประพฤติชั่ว, ความประพฤติน่าอัปอายลามก, น่าบัดสี, ทำให้เป็นที่อัปอาย, เป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม

4.2.1.5 พระพุทธศาสนา

ในทางพระพุทธศาสนา “การกระทำชั่วเรา” มีความหมายใกล้เคียงกับคำว่า “เสพเมถุน” โดยความหมายของการเสพเมถุนนั้นปรากฏอยู่ในพระวินัยปิฎก ซึ่งการเสพเมถุนในทางพระพุทธศาสนามีความสอดคล้องกับความหมายของการกระทำชั่วเราตามประมวลกฎหมายอาญาในส่วนที่เกี่ยวกับอวัยวะที่ถูกกระทำ คือ เป็นการกระทำทางเพศต่ออวัยวะเพศชายหรือหญิง ทวารหนัก หรือช่องปาก ซึ่งไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่ออวัยวะส่วนใดก็ตามที่กล่าวข้างต้นต่างก็ทำให้พระภิกษุที่เสพเมถุนธรรมนั้นต้องอาบัติปาราชิก แม้จะไม่กล่าวลาลิขบาท ก็ถือว่าขาดจากความเป็นพระภิกษุทันที เมื่อความผิดสำเร็จ⁵⁰ ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญาก่อนมีการแก้ไข การกระทำชั่วเราจะต้องเป็นกรณีที่ใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม การเสพเมถุนตามพระวินัยปิฎกและการกระทำชั่วเราตามประมวลกฎหมายอาญาก็ยังมีความแตกต่างกัน เนื่องจากการกระทำที่จะเป็นการเสพเมถุนและทำให้พระภิกษุต้องอาบัติปาราชิกนั้น พิจารณาจากผู้กระทำ คือ พระภิกษุเป็นหลัก กล่าวคือ ถ้าพระภิกษุมีเจตนาหรือมีความยินดีในทางเพศขณะเสพเมถุนแล้ว ไม่ว่าจะเป็ฝ่ายกระทำเองหรือฝ่ายถูกกระทำก็ตาม ถือว่าเป็นความผิดทันทีต้องอาบัติปาราชิก ส่วนการกระทำชั่วเราตามประมวลกฎหมายอาญา พิจารณาการกระทำที่จะเป็นความผิดโดยดูจากผู้ถูกกระทำเป็นหลัก กล่าวคือ ถ้าผู้ถูกกระทำชั่วเราไม่ให้ความยินยอมหรือกรณีผู้ถูกกระทำชั่วเราอายุน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดแล้ว ผู้กระทำจึงจะมีความผิดตามกฎหมาย

4.2.2 องค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจาร

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มีองค์ประกอบความผิดดังต่อไปนี้

4.2.2.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 276 บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

⁵⁰ สมเด็จพระมหาสมณเจ้า (กรมพระยาวชิรญาณวโรรส), วินัยมุข เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 41 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาจุฬาราชวิทยาลัย, 2541), น. 27.

การกระทำซ้ำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง หรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติด้านการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมี คำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไปและประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบและให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

บทบัญญัติของกฎหมายมาตรานี้สามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

1. ผู้ใด

กฎหมายไม่จำกัดว่าผู้กระทำต้องเป็นเพศหรือวัยใด เพราะใช้คำว่าผู้ใด อาจเป็นการกระทำของชาย หญิง เด็กชายหรือเด็กหญิง โดยเป็นการกระทำระหว่างชายกับหญิง ชายกับชาย หญิงกับหญิง หรือ คู่สมรสก็ได้ หากได้กระทำครบองค์ประกอบแล้ว ผู้นั้นมีความผิดตามมาตรานี้

2. ช่มชู้กระทำซ้ำเรา

ช่มชู้ หมายถึง การบังคับ ชื่นใจ หรือขู่เข็ญ ในที่นี้หมายถึง ได้กระทำซ้ำเราโดยผู้อื่นไม่ยินยอม กรรมหรือพฤติกรรมของการกระทำจะเป็นข้อเท็จจริงที่พิสูจน์ว่า ผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมหรือไม่ ในบางกรณีผู้ถูกกระทำไม่อยู่ในภาวะที่จะขัดขืนต่อสู้ได้ เช่น มีร่างกายพิการทุพพลภาพ จึงไม่อาจขัดขืนต่อสู้ผู้กระทำได้ กรณีนี้จะถือว่าการที่ผู้ถูกกระทำไม่แสดงอาการขัดขืนเป็นการให้ความยินยอมไม่ได้ แต่หากผู้ถูกกระทำยินยอมให้กระทำซ้ำเรา ผู้กระทำก็ไม่มี ความผิด

กฎหมายได้กำหนดนิยามของการกระทำซ้ำเราไว้ ตามมาตรา 276 วรรคสอง ว่า หมายถึง การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น จึงเป็นการขยายความหมายของการกระทำซ้ำเราให้กว้างขึ้นครอบคลุมถึงการใช้อวัยวะ

เพศกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นด้วย ไม่จำเป็นต้องใช้อวัยวะเพศชายกระทำซ้ำเราอย่างเดียว ผู้กระทำอาจใช้สิ่งอื่นใดกระทำซ้ำเราก็ได้ ส่วนอวัยวะเพศที่ถูกกระทำก็ไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศหญิง อาจเป็นอวัยวะเพศชาย ทวารหนักหรือช่องปากของเพศใดก็ได้ ถือเป็นการกระทำซ้ำเราทั้งสิ้น และการกระทำตามมาตรานี้ ต้องเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของตนเองเท่านั้น หากเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้ถูกกระทำเองแล้ว ผู้กระทำไม่มีความผิด

3. กระทำโดยขู่เชือดด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

โดยขู่เชือดด้วยประการใด ๆ หมายถึง ทำให้กลัวว่าจะได้รับอันตรายในอนาคต ซึ่งอาจเป็นอันตรายต่อผู้ถูกกระทำเองหรือต่อผู้อื่นที่เกี่ยวข้องกับผู้ถูกกระทำนั้นก็ได้

โดยใช้กำลังประทุษร้าย มีความหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (6)⁵¹ เป็นการกระทำโดยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด

โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หมายความว่า สภาวะที่ผู้อื่นจำเป็นต้องยอมโดยไม่สมัครใจ

โดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น เป็นการทำให้สำคัญผิดในตัวบุคคล ไม่ใช่ทำให้เข้าใจผิดในคุณสมบัติของบุคคล

4. ผู้อื่น

ผู้ถูกกระทำอาจเป็นเพศเดียวกัน หรือต่างเพศกับผู้กระทำ หรือเป็นคู่สมรสของผู้กระทำก็ได้ เนื่องจากกฎหมายมองว่าบุคคลทุกคนควรได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกันภายใต้กฎหมายฉบับเดียวกัน

วรรคสอง เป็นบทบัญญัติที่เพิ่มเติมขึ้นใหม่ ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดคำนิยามของคำว่า “กระทำซ้ำเรา” ว่าหมายถึง การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะ

⁵¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (6) บัญญัติว่า โดยใช้กำลังประทุษร้าย หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยให้ยาทำให้มึนเมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน

เพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ผู้กระทำจะมีผิดตามมาตรานี้ได้ต้องกระทำโดยมีเจตนาเพื่อสนองความใคร่ของตน ซึ่งการกระทำใดจะเป็นการสนองความใคร่หรือไม่นั้น มีแนวทางวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำเพื่อสนองความใคร่ ในความผิดฐานเป็นรักรู้จัดหา ล่อไป หรือพาไป เพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 282 ว่า เพื่อสนองความใคร่ หมายถึง เพื่อความพอใจของชายหรือหญิงในทางเพศไม่จำกัดถึงขนาดได้ร่วมประเวณีเพียงแต่ได้กอดจูบลูบคลำ ก็ถือว่าเพื่อสนองความใคร่แล้ว และไม่ต้องถึงขนาดสำเร็จความใคร่ หากตีความให้การกระทำเพื่อสนองความใคร่ตามมาตรา 276 มีความหมายเช่นเดียวกับการกระทำเพื่อสนองความใคร่ตามมาตรา 282 แล้ว การกระทำเพียงแค่สัมผัสผิวนอกผ่านเสื้อผ้า หรือสัมผัสภายในร่างกายผู้ถูกกระทำไม่ว่าจะเป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก ถือว่าความผิดสำเร็จแล้ว ผู้กระทำจะต้องรับโทษฐานข่มขืนกระทำชำเราทั้งสิ้น เว้นแต่เป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นหรือเพื่อการแสดง ผู้กระทำจะไม่มี ความผิดตามมาตรา

วรรคสาม บัญญัติให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นหากเป็นการกระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง หรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน

อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หมายถึง อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ตามพระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ.2490⁵²

⁵² พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ.2490 มาตรา 4 บัญญัติว่า ในพระราชบัญญัตินี้

(1) อาวุธปืน หมายความว่า รวมตลอดถึงอาวุธทุกชนิดซึ่งใช้ส่งเครื่องกระสุนปืน โดยวิธีระเบิดหรือกำลังดันของแก๊สหรืออัดลมหรือเครื่องกลไกอย่างใด ซึ่งต้องอาศัยอำนาจของพลังงาน และส่วนหนึ่งส่วนใดของอาวุธนั้น ๆ ซึ่งรัฐมนตรีเห็นว่าสำคัญและได้ระบุไว้ในกฎกระทรวง ...

(3) วัตถุระเบิด คือ วัตถุที่สามารถส่งกำลังดันอย่างแรงต่อสิ่งห่อหุ้มโดยฉับพลันในเมื่อระเบิดขึ้น โดยมีสิ่งเหมาะสมทำให้เกิดกำลังดัน หรือโดยการสลายตัวของวัตถุระเบิดนั้นทำให้มีแรงทำลายหรือแรงประหารกับหมายรวมตลอดถึงเชื้อประทุต่าง ๆ หรือวัตถุอื่นใดอันมีสภาพคล้ายคลึงกันซึ่งใช้หรือทำขึ้นเพื่อให้เกิดการระเบิดซึ่งรัฐมนตรีจะได้ประกาศระบุไว้ในราชกิจจานุเบกษา

ถ้าการกระทำซ้ำเราทำได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน ไม่ว่าผู้กระทำจะมีอาวุธปืนแต่ไม่ได้ใช้ หรือมีอาวุธปืนและใช้อาวุธปืนนั้น ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นตามวรรคสาม

โดยรวมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหนี้ย หรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน หมายถึง การลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำซ้ำเราตั้งแต่สองคนขึ้นไปอย่างน้อยคนละครั้ง ผู้กระทำที่ลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำซ้ำเราอาจเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศกันกับผู้ถูกกระทำก็ได้ โดยผู้กระทำคนแรกอาจกระทำซ้ำเราโดยใช้อวัยวะเพศกระทำกับอวัยวะเพศของผู้ถูกกระทำ ผู้กระทำคนที่สองที่ลัดเปลี่ยนกันกระทำซ้ำเราอาจใช้อวัยวะเพศกระทำกับทวารหนักหรือช่องปาก หรืออาจใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้ถูกกระทำก็ได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำในลักษณะเดียวกัน

วรรคสี่ บัญญัติเหตุบรรเทาโทษให้กับผู้กระทำ หากเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส โดยกฎหมายให้ความคุ้มครองภริยาหรือสามีไม่ให้ถูกล่วงเกินทางเพศจากคู่สมรสของตน หากตนไม่ให้ความยินยอม เพื่อเป็นการลดปัญหาความรุนแรงที่อาจเกิดขึ้นในครอบครัว และทำให้ผู้ที่คิดจะข่มขืนคู่สมรสของตนคิดใคร่ครวญให้ดีกว่าก่อนที่จะกระทำการข่มขืนกระทำซ้ำเราในขณะเดียวกันกฎหมายก็ประสงค์ที่จะลดความขัดแย้งในครอบครัว หากมีการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคสี่ ได้กำหนดแนวทางให้ศาลพิจารณา ไว้ 2 กรณี คือ

1. หากคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กันด้วยกันฉันสามีภริยา
 - 1.1 ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือ
 - 1.2 ศาลจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้
2. ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กันด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไปและประสงค์จะหย่า
 - 2.1 ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และ
 - 2.2 ให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้

มาตรา 277 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำซ้ำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสาม ได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโหมเด็กหญิง หรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน และเด็กนั้นไม่ยินยอมหรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรส ในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป”

องค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 277 แยกพิจารณาได้ดังนี้

1. ผู้ใด

ผู้กระทำตามมาตรานี้ เป็นหญิง ชาย เด็กหญิง หรือเด็กชายก็ได้ ไม่จำกัดว่าเป็นเพศหรือวัยใด อาจเป็นกรณีที่ชายกระทำชำเราเด็กหญิงหรือเด็กชาย หรือหญิงกระทำชำเราเด็กหญิงหรือเด็กชาย

2. กระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีใช้ภริยาหรือสามีของตน

กระทำชำเรามีความหมายตามวรรคสอง โดยต้องเป็นการกระทำต่อเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ไม่ว่าจะเป็นเด็กชายหรือเด็กหญิง และเด็กชายหรือเด็กหญิงนั้นมีใช้คู่สมรสของผู้กระทำ การเป็นภริยาหรือสามีที่ถูกต้องตามกฎหมายต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457⁵³ และเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีจะสมรสได้ต้องได้รับความยินยอมจากศาล ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448⁵⁴ ด้วย

⁵³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457 บัญญัติว่า “การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น”

⁵⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้”

หากสามีกระทำชำเราภริยาที่มีอายุยังไม่เกิน 15 ปี โดยภริยาไม่ยินยอม การกระทำของสามีจะไม่ใช่ความผิดตามมาตรา 276 เพราะผู้ถูกกระทำเป็นภริยาของผู้กระทำ แต่สามีอาจต้องรับผิดตามมาตรา 276 เพราะภริยาไม่ยินยอมให้ร่วมประเวณี เนื่องจากมาตรา 276 มิได้กำหนดว่าผู้ถูกกระทำต้องมีอายุของผู้กระทำ

3. เด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

ถ้าเป็นการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีแล้ว ไม่ต้องคำนึงว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ แม้เด็กจะให้ความยินยอมการกระทำก็เป็นความผิด

วรรคสอง เป็นบทนิยามของคำว่า กระทำชำเรา ซึ่งมีความหมายเช่นเดียวกับมาตรา 276 วรรคสอง

วรรคสาม เป็นบทบัญญัติที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นหากเป็นการกระทำชำเราแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี

วรรคสี่ เป็นบทบัญญัติที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นอีก หากเป็นการกระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยใช้อาวุธ

- โดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน ต้องเป็นกรณีที่เด็กไม่ยินยอมด้วย โดยการโทรมนั้นมีความหมายเช่นเดียวกับบทบัญญัติมาตรา 276 วรรคสาม

- โดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ เป็นการกระทำโดยผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด แม้ไม่มีการใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ผู้กระทำก็ต้องรับโทษหนักขึ้นหรือเป็นการกระทำชำเราโดยใช้อาวุธ อาจใช้ข่มขู่มิให้ผู้ถูกกระทำขัดขืนหรือต่อสู้ดิ้นรน โดยอาวุธที่ใช้ใช้นั้นไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด อาจเป็นวัตถุอื่นใดก็ได้ที่ผู้กระทำมีเจตนาจะใช้ประทุษร้ายร่างกายอย่างเป็นอาวุธ ตามมาตรา 1 (5)⁵⁵

วรรคห้า เป็นบทบัญญัติยกเว้นโทษให้ผู้กระทำ ถ้าผู้กระทำมีอายุไม่เกินสิบแปดปี และได้กระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม ซึ่งภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษตามมาตรา 276 ถ้าศาลอนุญาตให้

⁵⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (5) บัญญัติว่า “อาวุธ” หมายความว่า สิ่งซึ่งไม่เป็นอาวุธโดยสภาพ แต่ซึ่งได้ใช้หรือเจตนาจะใช้ประทุษร้ายร่างกายถึงอันตรายสาหัสอย่างอาวุธ

สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป โดยมีเงื่อนไขในการพิจารณา ดังนี้

1. ผู้กระทำต้องมีอายุไม่เกิน 18 ปี
2. ผู้ถูกกระทำต้องมีอายุกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี
3. เด็กนั้นยินยอมให้กระทำชำเรา และ
4. ศาลอนุญาตให้ทั้งสองสมรสกันได้
 - ถ้าผู้กระทำยังไม่ได้รับโทษ ผู้นั้นได้รับการยกเว้นไม่ต้องรับโทษ
 - ถ้าผู้กระทำกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยตัวผู้นั้นไป

การกระทำที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษตามวรรคท้ายนั้นจะต้องเป็น การกระทำชำเราเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอมและภายหลัง ศาลอนุญาตให้ทั้งสองสมรสกัน

แต่เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายบัญญัติให้บุคคลเพศเดียวกันทำการสมรส กันได้ ดังนั้น จึงไม่อาจมีกรณีที่ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำที่เป็นเพศเดียวกัน ไม่ว่าจะมีการผ่าตัด แปลงเพศแล้วหรือไม่ ได้รับการยกเว้นโทษตามวรรคห้าของมาตรานี้

หากผู้กระทำกระทำชำเราเด็ก โดยเด็กไม่ยินยอมแล้ว แม้ภายหลังศาลอนุญาตให้ ผู้กระทำและเด็กทำการสมรสกันได้ ก็ไม่เข้าเงื่อนไขที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษตามบทบัญญัติมาตรานี้⁵⁶ หรือการที่ผู้กระทำได้กระทำชำเราผู้เสียหายอันมีลักษณะเป็นการโหม โดยเด็กไม่ยินยอม ก็ ไม่ได้ได้รับการยกเว้นโทษ⁵⁷ เช่นเดียวกัน

หากเด็กชายอายุยังไม่เกิน 15 ปี ร่วมประเวณีกับเด็กหญิงอายุยังไม่เกิน 15 ปี แม้จะ ด้วยความยินยอมสมัครใจของทั้งสองฝ่าย ทั้งเด็กชายและเด็กหญิงต่างก็มีความผิดตามมาตรา 277 ด้วยกันทั้งคู่ และไม่ได้ได้รับการยกเว้นโทษตามมาตรา 74⁵⁸ ด้วย ถ้าเด็กชายและเด็กหญิง ดังกล่าวอายุเกิน 14 ปีแล้ว หากต้องการได้รับการยกเว้นโทษต้องทำการสมรสกันโดยขอให้ศาล อนุญาตตามมาตรา 277 วรรคห้า

⁵⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5521/2548 สืบค้นจาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp>

⁵⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5281/2549, เพิ่งอ้าง.

⁵⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 74 บัญญัติว่า “เด็กอายุกว่าเจ็ดปีแต่ยังไม่เกินสิบสี่ ปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ...”

4.2.2.3 ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 278 บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยชู้เชือดด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

การกระทำความผิดตามมาตรา 278 สามารถแยกองค์ประกอบ ได้ดังนี้

1. ผู้ใด

ผู้ใดหรือผู้กระทำความผิดตามมาตรา 278 นี้กฎหมายมิได้จำกัดว่าต้องเป็นเด็กหรือผู้ใหญ่ เพศหญิงหรือเพศชาย

2. กระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี

กระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ อันเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลอื่น แม้จะเป็นการกระทำในที่ลับ ก็เป็นอนาจาร

การกระทำอนาจารตามมาตรา 278 ต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลที่มีอายุเกินกว่าสิบห้าปี ถ้าผู้ถูกกระทำอายุไม่เกิน 15 ปี ผู้กระทำจะมีความผิดตามมาตรา 279

เรื่องอนาจารเป็นข้อยกเว้นหลักทั่วไปที่จะต้องพิจารณาว่าการกระทำเข้าองค์ประกอบภายนอกหรือไม่โดยไม่ต้องพิจารณาจิตใจ ต่อเมื่อเข้าองค์ประกอบภายนอกแล้วจึงดูองค์ประกอบภายใน คือผู้กระทำได้กระทำไปโดยเจตนาหรือประมาทหรือไม่ ปัญหาว่าการกระทำเป็นอนาจารหรือไม่จิตใจของผู้กระทำจึงเป็นข้อสำคัญ⁵⁹

3. โดยชู้เชือดด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

การกระทำโดยชู้เชือดด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น มีความหมายทำนองเดียวกับมาตรา 276 วรรคแรก

⁵⁹ พิชณน์ จักรางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับศาสนา ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและแปลง ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดลหุโทษ, (กรุงเทพมหานคร : พิมพ์อักษร, 2536), น. 187-188.

มาตรา 279 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่脅ด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นยังอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรานี้มีองค์ประกอบเช่นเดียวกับมาตรา 278 ต่างกันตรงที่ผู้ถูกระทำต้องเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำก็มีความผิด

ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของเด็กด้วย หากไม่รู้ถือว่าขาดเจตนา ผู้กระทำไม่มีความผิด

วรรคสอง เป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น หากเป็นการกระทำโดยขู่脅ด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นยังอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าต้องเป็นการกระทำโดยเด็กมิได้ยินยอม

4.3 การเปรียบเทียบองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับฐานกระทำอนาจาร

ความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญาแบ่งออกได้เป็น 4 ฐานความผิด ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 277 ความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามมาตรา 278 และความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 279 โดยความแตกต่างระหว่างความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับฐานกระทำอนาจาร มีดังต่อไปนี้

4.3.1 หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิด

ในอดีตรประมวลกฎหมายอาญาไม่มีการบัญญัติถึงคำนิยามของการข่มขืนกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารว่ามีความหมายอย่างไร แต่ศาลฎีกาได้วางหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิดไว้ว่า การกระทำที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา ได้แก่ การที่อวัยวะสืบพันธุ์ของชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง ส่วนการกระทำอนาจาร คือ การกระทำที่

ไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่น โดยความผิดที่ไม่เข้าลักษณะของการกระทำชำเราจึงจะเป็นการกระทำอนาจาร

เมื่อมีการกำหนดนิยามของคำว่ากระทำชำเราตามมาตรา 276 และมาตรา 277 ทำให้นิยามของคำว่ากระทำชำเราเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก จนหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิดเดิมที่ศาลฎีกาได้วางไว้ ไม่สามารถนำมาใช้ได้อีกต่อไป ซึ่งปัจจุบันขณะทำการศึกษาวินิจฉัยคดีฉบับนี้ศาลฎีกายังไม่มีการวางหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจาร ซึ่งรองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า “การใช้สิ่งอื่นใด (ที่ไม่ใช่อวัยวะเพศ) กระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น ก็ไม่ว่าเอาอะไร มาทำอะไร ทำอย่างไร และต้องทำถึงแค่ไหนจึงจะเป็นความผิดสำเร็จเช่นกัน แสดงว่า เอานิ้วหรือเอาตะเกียบ จิ้มกัน ก็ข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จแล้ว”⁶⁰

4.3.2 องค์ประกอบความผิด

ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจาร สามารถเป็นได้ทั้งชาย หญิง เด็กชาย และเด็กหญิงเช่นเดียวกัน เนื่องจากมาตรา 276 ถึง มาตรา 279 บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเรา กระทำชำเรา และกระทำอนาจาร” ซึ่งหมายความว่าบุคคลทุกเพศทุกวัย สามารถเป็นผู้กระทำความผิดเหล่านี้ได้

บุคคลทุกเพศทุกวัยสามารถตกเป็นผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเราหรือถูกกระทำอนาจารได้เช่นเดียวกัน เนื่องจากมาตรา 276 ถึง มาตรา 279 บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี และผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี” ดังนั้นชาย หญิง เด็กชาย และเด็กหญิงจึงสามารถเป็นผู้เสียหายในความผิดเหล่านี้ได้

ประมวลกฎหมายอาญา ได้กำหนดนิยามการกระทำชำเราไว้ในวรรคสองของมาตรา 276 และมาตรา 277 ว่า “การกระทำชำเรา หมายถึง การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” ซึ่งการกระทำชำเราตามนิยามของกฎหมายนี้ทำให้การกระทำชำเรามีขอบเขตกว้างขึ้น โดยประกอบด้วยการกระทำชำเราตามธรรมชาติ และการกระทำชำเราในลักษณะผิดธรรมชาติตามนุษย์ในบางลักษณะที่เป็นการใช้

⁶⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 41.

อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ซึ่งในอดีตการกระทำเหล่านี้เป็นเพียงความผิดฐานกระทำอนาจาร

ส่วนนิยามของการกระทำอนาจารนั้น ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้มีการบัญญัติไว้ แต่ในอดีตศาลฎีกาได้กำหนดแนวทางในการพิจารณาการกระทำอนาจารไว้ว่า การกระทำอนาจารคือการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกาย เมื่อนิยามของการกระทำชำเราได้รวมถึงการกระทำอนาจารในอดีตบางลักษณะไว้ การเพิ่มเติมนิยามของการกระทำชำเราจึงทำให้ขอบเขตของลักษณะการกระทำอนาจารในปัจจุบันแคบลง ดังนั้น การกระทำอนาจารจึงเป็นเพียงการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศในลักษณะอื่นนอกจากการใช้อวัยวะเพศกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น หรือใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า วัตถุที่ใช้ในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ได้แก่ อวัยวะเพศของผู้กระทำ หรือสิ่งอื่นใด ส่วนวัตถุที่ใช้ในการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารไม่มีการบัญญัติไว้ในกฎหมาย แต่จากลักษณะของความผิดสามารถเป็นวัตถุอย่างเดียวกับฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ หากเป็นการใช้กระทำกับอวัยวะส่วนอื่นที่นอกเหนือจากอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกระทำ

4.3.3 หลักในการลงโทษและการกำหนดโทษ

หลักในการลงโทษผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารต่างยึดหลักการลงโทษเพื่อทดแทนความผิด (Retributive Theory)⁶¹ เช่นเดียวกัน โดยหลักดังกล่าวเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดให้สาสมกับความผิดที่ได้กระทำ แต่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากฎหมายบัญญัติเหตุเพิ่มโทษไว้ตามความร้ายแรงของพฤติการณ์ประกอบการกระทำ เช่น กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด โดยร่วมกระทำโดยมีลักษณะเป็นการโหม เป็นต้น ส่วนความผิดฐานกระทำอนาจารกฎหมายบัญญัติเหตุเพิ่มโทษไว้เฉพาะกรณีการกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นยังอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นเท่านั้น

⁶¹ พริดา เอี่ยมศิลา, “ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดเพื่อประกอบการดำเนินคดีอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2549), น. 8.

อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดโทษสำหรับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้หนักกว่าผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องระวางจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท ส่วนผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เนื่องจากกฎหมายมองว่าความเสียหายที่เกิดต่อร่างกาย ชื่อเสียงเกียรติยศ และสภาพจิตใจของผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรามีความรุนแรงกว่าที่ผู้ถูกกระทำอนาจารได้รับ

4.3.4 เกณฑ์อายุในการให้ความยินยอม

ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติเกณฑ์อายุในการให้ความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารไว้เท่ากัน โดยการกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษเนื่องจากกฎหมายมองว่า เด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปียังมีความไร้เดียงสาในเรื่องทางเพศและยังไม่สมควรที่จะต้องรับรู้ถึงการกระทำทางเพศ ดังนั้นกฎหมายจึงมุ่งป้องกันไม่ให้ผู้ใดอาศัยความไร้เดียงสาของเด็กทำการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กนั้น

4.3.5 เหตุบรรเทาโทษ

ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติเหตุบรรเทาโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ตามมาตรา 276 วรรคสี่และมาตรา 277 วรรคห้า ดังนี้

มาตรา 276 วรรคสี่ บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไปและประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบและให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

มาตรา 277 วรรคห้า บัญญัติว่า “ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ

ถ้าศาลอนุญาตให้สมรส ในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป”

กฎหมายบัญญัติเหตุบรรเทาโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากกฎหมายต้องการคุ้มครองสถาบันครอบครัว หากผู้กระทำและผู้ถูกกระทำยังต้องการอยู่ร่วมกัน และไม่ต้องการให้เด็กต้องรับโทษทางอาญา ส่วนความผิดฐานกระทำอนาจารกฎหมายไม่ได้บัญญัติเหตุยกเว้นโทษหรือเหตุบรรเทาโทษไว้ เนื่องจากกฎหมายมองว่าความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นการกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรง ทั้งต่อตัวผู้ถูกกระทำและต่อสังคมโดยรวม

4.4 การเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญากับพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003

การแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และมาตรา 277 ได้นำพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 (The Sexual Offences Act 2003) ของประเทศอังกฤษมาเป็นต้นแบบในการแก้ไข⁶² ซึ่งความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 แบ่งออกได้เป็น 4 ลักษณะความผิด ได้แก่ การข่มขืนกระทำชำเรา การล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ การล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่ และการทำให้ผู้อื่นต้องเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม

ส่วนความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำ ตามประมวลกฎหมายอาญา แบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะความผิด ได้แก่ การข่มขืนกระทำชำเรา และการกระทำอนาจาร โดยความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายทั้งสองฉบับมีทั้งส่วนที่คล้ายคลึงกัน และแตกต่างกันดังนี้

⁶² เว็บไซต์กรมประชาสัมพันธ์, สารพันเรื่องเล่าเข้ายันเย็น สืบค้นจาก

<http://www.prd.go.th/Article/law.php?id=4b3c2&bow=00000000364&code=4b3c2>

4.4.1 คุณธรรมทางกฎหมาย

การบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญามุ่งคุ้มครองไม่ให้บุคคลถูกล่วงละเมิดทางเพศโดยปราศจากความยินยอมเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 เนื่องจากการล่วงละเมิดทางเพศดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกาย ชื่อเสียง เกียรติยศ และสภาพจิตใจของผู้ถูกระทำ แต่กฎหมายอาญาให้ความสำคัญกับอวัยวะส่วนที่ถูกล่วงละเมิดเป็นหลัก กล่าวคือ ถ้าการล่วงละเมิดทางเพศนั้นกระทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกระทำ ผู้กระทำจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องรับโทษหนักกว่าการกระทำอนาจาร ซึ่งเป็นการล่วงละเมิดทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายส่วนอื่นของผู้ถูกระทำ เนื่องจากการล่วงละเมิดทางเพศต่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกระทำ ไม่ว่าจะโดยวิธีใดก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกาย ชื่อเสียง เกียรติยศ และสภาพจิตใจของผู้ถูกระทำมากกว่าการล่วงละเมิดทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายส่วนอื่นของผู้ถูกระทำ

พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 บัญญัติให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีความร้ายแรงที่สุด โดยพิจารณาว่าการกระทำชำเราด้วยการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ต่างก็ทำให้ผู้ถูกระทำได้รับอันตรายไม่แตกต่างกัน เนื่องจากผู้กระทำมีความผิดฐานนี้เจตนาที่จะละเมิดความยินยอมของผู้ถูกระทำ ด้วยการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้ถูกระทำ ซึ่งทำให้ผู้ถูกระทำได้รับความเสียหายอย่างรุนแรงทั้งทางร่างกายและจิตใจ นอกจากนั้นยังอาจทำให้ผู้ถูกระทำได้รับอันตรายถึงแก่ชีวิตจากการติดเชื้อทางเพศสัมพันธ์ที่ร้ายแรงได้

กรณีความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่กฎหมายบัญญัติให้ผู้กระทำต้องรับโทษเท่ากับการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากการกระทำที่มีการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้ถูกระทำโดยปราศจากความยินยอมเช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่มีลักษณะของการกระทำที่ผิดธรรมชาติ ซึ่งอาจทำให้ผู้ถูกระทำได้รับความเสียหายอย่างรุนแรงทั้งทางร่างกายและจิตใจไม่แตกต่างจากการถูกข่มขืนกระทำชำเรา กฎหมายจึงมุ่งคุ้มครองบุคคลในสังคมไม่ให้ถูกล่วงละเมิดทางเพศโดยการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของตนโดยปราศจากความยินยอม ไม่ว่าการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายนั้นจะเป็นไปในลักษณะตามธรรมชาติ หรือผิดธรรมชาติก็ตาม

ในขณะที่ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่นั้นเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำเช่นกัน แต่เป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายภายนอกเท่านั้น ไม่ได้ล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้ถูกระทำ ความเสียหายที่ผู้ถูกระทำได้รับมี

เพียงเล็กน้อย กฎหมายจึงให้ความคุ้มครองบุคคลที่ถูกกระทำในลักษณะเช่นนี้น้อยกว่าโทษที่บัญญัติให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบเกินกว่าความผิดเกี่ยวกับเพศฐานอื่น

ส่วนความผิดฐานทำให้ผู้อื่นมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอมเป็นความผิดที่มีลักษณะของพฤติกรรมการครอบคลุมทั้งการข่มขืนกระทำชำเรา การล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ และการล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่ กล่าวคือ ผู้ถูกกระทำอาจจะถูกทำให้ต้องเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศกับผู้อื่น หรือแม้แต่กับตัวผู้ถูกกระทำเอง โดยที่ผู้ถูกกระทำไม่ยินยอม กฎหมายบัญญัติเป็นบทสันนิษฐานเด็ดขาดว่า ไม่ว่าผู้ถูกกระทำจะเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศกับบุคคลใดก็ตาม ความเสียหายที่ผู้ถูกกระทำได้รับจากการกระทำนี้ก็ไม่แตกต่างกันกับการที่ผู้ถูกกระทำถูกผู้อื่นหรือผู้ที่บังคับให้กระทำ มากระทำกับตนเอง กฎหมายจึงมุ่งคุ้มครองไม่ให้บุคคลในสังคมต้องเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม โทษที่ผู้กระทำจะได้รับจึงเทียบเท่ากับการกระทำความผิดในลักษณะต่าง ๆ ที่ผู้ถูกกระทำต้องเข้าร่วม

การกำหนดฐานความผิดดังที่กล่าวมาทั้งหมด จะเห็นได้ว่าคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดเกี่ยวกับเพศตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 มุ่งคุ้มครองไม่ให้บุคคลถูกล่วงละเมิดทางเพศโดยปราศจากความยินยอม โดยกฎหมายนี้ให้ความสำคัญกับการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้ถูกกระทำเป็นหลัก เนื่องจากการกระทำที่มีการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายอาจทำให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายต่อชีวิต หรือได้รับความเสียหายทั้งทางร่างกาย จิตใจ และทางสังคมอย่างรุนแรง กฎหมายจึงบัญญัติให้ผู้กระทำความผิดที่มีลักษณะของการกระทำล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้ถูกกระทำต้องรับโทษหนักที่สุด และเพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้มีการกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ กฎหมายจึงบัญญัติให้การกระทำกับทวารหนัก หรือช่องปาก หรือการใช้วัตถุต่าง ๆ กระทำกับอวัยวะเพศหญิงและทวารหนัก เป็นความผิดที่ต้องรับโทษเทียบเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

เนื่องจากการกระทำชำเราทั้งตามธรรมชาติและผิดธรรมดาตามนุษย์นั้น สร้างความเสียหายแก่ผู้ถูกกระทำไม่แตกต่างกัน นอกจากนั้นกฎหมายฉบับนี้ยังมุ่งคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัยโดยการกำหนดโทษสูงสุดที่ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 1 (ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา) และมาตรา 2 (ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่) จะได้รับ คือ จำคุกตลอดชีวิต โดยกำหนดให้ผู้พิพากษาคำนึงถึงโอกาสในการกระทำความผิดซ้ำซากของผู้ต้องหา และสภาพจิตใจของผู้ถูกกระทำ ถ้าผู้พิพากษาพิจารณาแล้วเห็นว่า จำเลยอาจจะกลับมากระทำความผิดอีกให้ผู้พิพากษาลงโทษจำคุกจำเลยตลอดชีวิต เพื่อเป็นการปกป้องความปลอดภัยของชุมชนได้

ความผิดเกี่ยวกับเพศทุกฐานที่กล่าวมาทั้งหมด ถ้าเป็นการกระทำต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี โทษที่ผู้กระทำได้รับจะหนักขึ้น เนื่องจากกฎหมายมุ่งคุ้มครองความบริสุทธิ์ทางเพศของเด็ก โดยกฎหมายบัญญัติให้เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ไม่สามารถให้ความยินยอมในการทำกิจกรรมทางเพศได้ เนื่องจากเด็กในวัยนี้ยังมีความไร้เดียงสาในเรื่องการร่วมประเวณี

4.4.2 องค์ประกอบความผิด

ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาสามารถเป็นได้ทั้งชายและหญิง เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวบัญญัติว่าผู้ที่กระทำความผิดฐานนี้ คือ ผู้ใด ในขณะที่พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 ของประเทศอังกฤษ บัญญัติว่าผู้ที่กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องเป็นชายเท่านั้น เนื่องจากกฎหมายให้นิยามคำว่า การกระทำชำเรา คือ การที่ชายผู้กระทำเจตนาสอดใส่อวัยวะเพศของเขา เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ดังนั้นผู้ที่กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้จึงต้องเป็นชายเท่านั้น

ส่วนผู้ที่ถูกข่มขืนกระทำชำเรา นั้น กฎหมายทั้งสองฉบับบัญญัติไว้ไม่แตกต่างกัน คือ ผู้ที่จะถูกข่มขืนกระทำชำเราสามารถเป็นได้ทั้งชายและหญิง โดยประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติว่าผู้ที่ถูกกระทำชำเรา คือ ผู้อื่น ซึ่งหมายความว่า สามารถเป็นได้ทั้งสองเพศ ส่วนพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 บัญญัติว่า การข่มขืนกระทำชำเราต้องกระทำต่ออวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ซึ่งแสดงว่าผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเราสามารถเป็นได้ทั้งชายและหญิงเช่นเดียวกัน

ส่วนผู้กระทำและผู้ถูกกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายทั้ง 2 ฉบับ สามารถเป็นได้ทั้งชายหรือหญิงเช่นเดียวกัน เนื่องจากกฎหมายทั้ง 2 ฉบับต่างก็บัญญัติให้ผู้กระทำอนาจาร คือ ผู้ใด และผู้ถูกกระทำอนาจาร คือ ผู้อื่น เช่นเดียวกัน

วัตถุประสงค์ในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา หมายถึง การใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ดังนั้นวัตถุประสงค์ที่กระทำความผิดจึงสามารถเป็นสิ่งใดก็ได้ไม่ว่าจะเป็นอวัยวะเพศชาย อวัยวะเพศหญิง หรือวัตถุต่าง ๆ ส่วนการกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 คือ การสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ดังนั้นวัตถุประสงค์ที่กระทำความผิดจึงเป็นอวัยวะเพศชายเท่านั้น ส่วนการใช้วัตถุอื่น ๆ นอกเหนือจากอวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปในอวัยวะ

เพศของหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นนั้น จะเป็นความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้รับโทษเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

วัตถุที่ใช้ในการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายทั้งสองฉบับมีความคล้ายคลึงกัน คือ สามารถเป็นได้ทั้งอวัยวะส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายหรือวัตถุอื่นใดก็ตาม ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญานั้นการใช้อวัยวะหรือวัตถุอื่นใดกระทำต่ออวัยวะส่วนอื่นของผู้ถูกกระทำที่นอกเหนือจากอวัยวะเพศ ทวารหนัก และช่องปาก จึงจะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร ในขณะที่ตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 การกระทำอนาจารหมายถึง การสัมผัสทางกายภาพทั้งหมด รวมถึงการสัมผัสด้วยส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือด้วยวัตถุใด ๆ และสามารถสัมผัสผ่านวัตถุใด ๆ เช่น การถูไถภายนอกร่างกายผ่านเสื้อผ้าเพื่อสนองความใคร่ได้ด้วย

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติให้ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาพิเศษในการกระทำ คือ เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ในขณะที่พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 บัญญัติให้ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาพิเศษ คือ ต้องกระทำความผิดโดยมีวัตถุประสงค์ทางเพศ ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากพฤติการณ์ที่กระทำหรือเทียบเคียงได้จากความรู้สึกนึกคิดของวิญญูชน เช่น การร่วมประเวณีตามธรรมชาติโดยการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงนั้นย่อมเป็นไปโดยมีวัตถุประสงค์ทางเพศอย่างแน่แท้ ส่วนการที่หมอบพินำอุปกรณ์ทางการแพทย์ใส่เข้าไปในปากของคนไข้เพื่อทำการรักษานั้น วิญญูชนย่อมรับรู้ได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่มีวัตถุประสงค์ทางเพศ

พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 บัญญัติให้ การจذจ่ออวัยวะเพศชายก่อนที่จะมีการสอดใส่เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ถ้ามีการล่วงล้ำเข้าไปแล้ว จึงจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ส่วนความผิดฐานกระทำอนาจารนั้น ถ้าไม่มีการสัมผัสเกิดขึ้นจะเป็นเพียงการพยายามกระทำอนาจารเท่านั้น

ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญาอาจจะกำหนดความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราได้ยาก เนื่องจากกฎหมายบัญญัติให้การกระทำชำเรา หมายถึง “การกระทำกับ” ซึ่งมีความหมายกว้างมากจึงทำให้ยากต่อการวินิจฉัยว่าการกระทำเพียงแค่อวัยวะเพศสอดใส่เข้าไปแล้วจะเป็นความผิดสำเร็จหรืออยู่ในชั้นพยายามกระทำความผิด ซึ่งคงต้องรอคำวินิจฉัยของศาลฎีกาว่าจะวางบรรทัดฐานไว้ว่าอย่างไร โดยผู้ศึกษามีความเห็นว่าการที่ผู้กระทำเพียงแต่มีเจตนาที่จะใช้อวัยวะเพศของตนกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากหรือใช้วัตถุอื่นใดกระทำกับทวารหนักหรือช่องปาก แต่ยังไม่ถึงขั้นลงมือการกระทำนั้นไม่ถือว่าเป็นการพยายามกระทำความผิด

เพราะหากมีการใช้วิธีเวชหรือวัตถุอื่นใดกระทำกับอวัยวะส่วนต่าง ๆ ดังที่กล่าวมาแล้ว ก็ถือเป็นความผิดสำเร็จทันที การที่กฎหมายบัญญัติไว้กว้าง ๆ ย่อมทำให้เป็นการยากแก่การที่จะวินิจฉัยถึงเจตนาในการกระทำความผิดของผู้กระทำ

ส่วนความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญาเป็นความผิดที่ต้องการเจตนา เพียงแค่ผู้กระทำความผิดที่กระทำแต่ยังไม่ได้ลงมือกระทำผู้กระทำก็มีความผิดฐานพยายามก็ตาม

4.4.3 ความหมายของการกระทำชำเราและการกระทำอนาจาร

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้แบ่งความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเนื่องตัวร่างกายของผู้ถูกระทำออกเป็น 2 ฐาน ได้แก่ ความผิดฐานกระทำชำเรา (Rape) และความผิดฐานกระทำอนาจาร (Indecent Offence) เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.1956 (The Sexual Offences Act 1956) โดยกฎหมายทั้งสองฉบับได้บัญญัติให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องเป็นการร่วมประเวณีตามธรรมชาติเท่านั้น การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเนื่องตัวร่างกายของผู้ถูกระทำรูปแบบอื่นที่ไม่เข้าลักษณะของการร่วมประเวณีตามธรรมชาติจะเป็นความผิดฐานทำอนาจารทั้งสิ้น

ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเนื่องตัวร่างกายของผู้ถูกระทำตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยยังคงแบ่งความผิดฐานดังกล่าวออกเป็น 2 ฐานเช่นเดิม แต่มีการขยายขอบเขตลักษณะของการกระทำชำเราให้กว้างขึ้น ทำให้ขอบเขตของการกระทำอนาจารแคบลง ในขณะที่พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเนื่องตัวร่างกายของผู้ถูกระทำขึ้นใหม่ โดยแบ่งออกเป็น 4 ฐานความผิด ได้แก่ การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) การล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ (Sexual Assault by Penetration) การล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่ (Sexual Assault) และการทำให้ผู้อื่นต้องเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม (Causing sexual activity without consent) โดยความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ และความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่เป็นฐานความผิดซึ่งบัญญัติขึ้นแทนความผิดฐานกระทำอนาจารตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.1956 ทำให้ความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายดังกล่าวถูกยกเลิกไป ส่วนความผิดฐานทำให้ผู้อื่นต้องเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอมเป็นฐานความผิดที่ถูกบัญญัติขึ้นมาใหม่ โดยฐานความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีลักษณะเทียบเคียงได้

กับความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา คือ ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศ โดยไม่มีการสอดใส่

การกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา หมายถึง การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น เป็นการเพิ่มเติมลักษณะการล่วงละเมิดทางเพศตามความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายเดิมบางลักษณะเข้าไปด้วย เนื่องจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเหล่านั้นเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถูกกระทำไม่แตกต่างจากการถูกข่มขืนกระทำชำเรา จึงเป็นการสมควรที่ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศลักษณะดังกล่าวจะต้องรับโทษเทียบเท่ากับการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ส่วนการกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 นั้น มีการบัญญัติความหมายไว้อย่างชัดเจน ว่าต้องเป็นการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นเท่านั้น โดยการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้ถูกกระทำในรูปแบบอื่นที่นอกเหนือไปจากนี้ ถูกบัญญัติให้เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศฐานอื่น เช่น ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ หรือความผิดฐานทำให้ผู้อื่นต้องเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม แต่กฎหมายบัญญัติให้ผู้กระทำความผิดฐานต่าง ๆ เหล่านี้ได้รับโทษเท่ากับการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากความเสียหายที่เกิดกับผู้ถูกกระทำมีความร้ายแรงไม่แตกต่างกัน

ส่วนการกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา ไม่มีการบัญญัติความหมายที่ชัดเจนไว้ ซึ่งศาลฎีกาได้วางหลักไว้เพียงว่า การกระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำ ซึ่งปรากฏตามคำวินิจฉัยของศาลฎีกาตั้งแต่อดีตที่ผ่านมาว่าการกระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารจะเป็นการกระทำที่ไม่เข้าองค์ประกอบของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้น ความผิดฐานกระทำอนาจารจึงเป็นเพียงฐานความผิดเกี่ยวกับเพศที่บัญญัติไว้รองรับความผิดเกี่ยวกับเพศที่นอกเหนือจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าการกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายในลักษณะต่าง ๆ ที่นอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเรา กล่าวคือเป็นการล่วงละเมิดทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำในส่วนอื่นที่ไม่ใช่เป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก และช่องปาก

ส่วนความผิดฐานล่องละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่ตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 เป็นฐานความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีลักษณะใกล้เคียงกับความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญานั้น ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาสัมผัสเนื้อตัวร่างกายของบุคคลอื่นโดยมีวัตถุประสงค์ทางเพศ ซึ่งเป็นการล่องละเมิดทางเพศต่อภายนอกเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ

ความแตกต่างของความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญากับความผิดฐานล่องละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่ตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 จึงอยู่ที่ความผิดฐานล่องละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่จะเป็นการล่องละเมิดทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายภายนอกของผู้ถูกระทำ ในขณะที่ความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาจะเป็นการล่องละเมิดทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำในส่วนอื่นที่ไม่ใช่เป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก และช่องปาก

4.4.4 หลักในการลงโทษและการกำหนดโทษ

การลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 ต่างก็ยึดหลักการลงโทษเพื่อทดแทนความผิด (Retributive Theory)⁶³ เช่นเดียวกัน โดยหลักดังกล่าวเป็นหลักการลงโทษผู้ที่ละเมิดกฎหมายให้สาสมกับความผิดที่ได้กระทำ แต่ในพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 นั้น ได้บัญญัติให้ผู้พิพากษาสามารถพิจารณาโทษจำคุกตลอดชีวิตผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานล่องละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ และความผิดฐานทำให้ผู้อื่นต้องเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำต้องเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศที่มีการสอดใส่ได้ หากผู้กระทำความผิดนั้นมีแนวโน้มที่จะกระทำความผิดซ้ำอีก ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองความสงบสุขของสังคม โดยการป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดฐานนี้ซ้ำซากกลับเข้าสู่สังคมอีก กฎหมายจึงกำหนดโทษผู้กระทำความผิดฐานนี้ไว้สูงสุดถึงจำคุกตลอดชีวิต อันเป็นการตัดโอกาสมิให้ผู้กระทำความผิดที่เป็นภัยต่อสังคมกลับเข้าสู่สังคมตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกัน (Preventive Theory)⁶⁴

⁶³ พรธิดา เขียมศิลา, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 59, น. 8.

⁶⁴ เฟิงอ้าง, น. 10.

สำหรับเหตุกรรจ์⁶⁵ ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น กฎหมายอาญาของไทยพิจารณาเหตุเพิ่มโทษจากความร้ายแรงของพฤติการณ์ประกอบการกระทำความผิดเป็นหลัก สังเกตได้จากการที่กฎหมายบัญญัติให้ผู้กระทำความผิดในลักษณะรุมทิ่ม หรือมีการใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดจะต้องได้รับโทษเพิ่มมากขึ้น ในขณะที่พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 พิจารณาเหตุเพิ่มโทษจากความเสียหายที่ผู้ถูกกระทำได้รับเป็นหลัก เช่น กรณีที่ผู้กระทำความผิดรู้ว่าตนเองเป็นพาหะในการแพร่โรคติดต่อ หรือผู้เสียหายเกิดการตั้งครรภ์หรือติดโรคติดต่อจากผู้กระทำ ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษเพิ่มขึ้น หรือการใช้วัตถุสอดใส่เข้าไปในร่างกายของผู้ถูกกระทำ การเพิ่มโทษจะต้องคำนึงถึงขนาดและสภาพความอันตรายของวัตถุนั้นด้วย

4.4.5 เกณฑ์อายุในการให้ความยินยอม

ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติให้การกระทำชำเราหรือการกระทำความผิดต่อเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีเป็นความผิด แม้ว่าเด็กนั้นจะให้ความยินยอม โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าเด็กนั้นอายุยังไม่เกินสิบสามปีผู้กระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้น ส่วนพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 บัญญัติให้การกระทำชำเรา หรือการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศฐานอื่นต่อเด็กอายุต่ำกว่าสิบสามปีเป็นความผิด แม้ว่าเด็กนั้นจะให้ความยินยอม ซึ่งจะเห็นได้ว่าเกณฑ์อายุในการให้ความยินยอมของเด็กตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 ต่ำกว่าเกณฑ์อายุในการให้ความยินยอมของเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา ทั้งนี้อาจเป็นไปได้ว่าเด็กที่มีอายุยังไม่เกินสิบสามปีในประเทศอังกฤษมีพัฒนาการทางด้านร่างกายเร็วกว่าเด็กไทยในวัยเดียวกัน กฎหมายอังกฤษจึงให้ความคุ้มครองเด็กที่อายุต่ำกว่าเกณฑ์อายุของเด็กไทย

4.4.6 เหตุบรรเทาโทษ

ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติให้มีเหตุบรรเทาโทษผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ 2 กรณี ได้แก่ กรณีที่หนึ่ง การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรส และคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กันด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้

⁶⁵ ดูตารางกำหนดโทษในเหตุกรรจ์ความผิดเกี่ยวกับเพศตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 ของประเทศอังกฤษ ที่ภาคผนวก ข.

หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประเพณีแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกและคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไปและประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้ และกรณีที่สอง การกระทำชำเราโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรส ในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป แต่ในส่วนของพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 ไม่มีการบัญญัติเกี่ยวกับเหตุบรรเทาโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศไว้แต่อย่างใด