

บทที่ 5

สรุปผลการศึกษาและข้อเสนอแนะ

5.1 สรุปผลการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาคุณธรรมทางกฎหมายและวิเคราะห์องค์ประกอบของความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 และมาตรา 277 และฐานกระทำอนาจาร ตามมาตรา 278 และมาตรา 279 แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยศึกษาประกอบคุณธรรมทางกฎหมายและองค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำอนาจารตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 (The Sexual Offence Act 2003) ของประเทศอังกฤษ

เมื่อปี พ.ศ.2347 รัชกาลที่ 1 ทรงมีพระบรมราชโองการโปรดให้มีการชำระและรวบรวมกฎหมายเก่าตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาที่ถูกพม่าเผาทำลายเสียใหม่ และทรงโปรดให้มีการประทับตราขึ้นเพื่อเป็นประกันความถูกต้องและป้องกันการปลอมแปลง โดยเรียกกฎหมายฉบับดังกล่าวว่า “กฎหมายตราสามดวง” ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งถูกบัญญัติไว้ในพระอัยการลักษณะผิดเมีย โดยความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายนี้มุ่งคุ้มครองชื่อเสียงเกียรติยศและอำนาจในการปกครองดูแลบุตรของบิดามารดา หรืออำนาจในการปกครองดูแลและชื่อเสียงเกียรติยศของสามี มากกว่าที่จะคุ้มครองบุตรสาว หลานสาวหรือภริยาซึ่งเป็นผู้ที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราหรือถูกกระทำอนาจาร ทั้งนี้ผู้ศึกษามีความเห็นเนื่องจากในอดีตผู้ชายสามารถมีภริยาได้หลายคนในเวลาเดียวกัน และการเป็นผู้นำครอบครัวทำให้ผู้ชายมีอำนาจตัดสินใจทุกเรื่องภายในครอบครัว นอกจากนั้นการที่ผู้ชายมีโอกาสได้เรียนหนังสือหรือเข้ารับราชการ ในขณะที่ผู้หญิงไม่มีโอกาสได้รับการศึกษาหรือเข้ารับราชการ ดังนั้นผู้ชายจึงเป็นผู้ที่มีบทบาทในการตรากฎหมายมากกว่าผู้หญิง กฎหมายในความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายนี้ จึงมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองบิดามารดาหรือผู้ชายมากกว่าที่จะคุ้มครองผู้หญิงซึ่งเป็นผู้ที่ถูกกระทำชำเราหรือถูกกระทำอนาจารโดยตรง

พระอัยการลักษณะผิดเมีย เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับบุคคลในสังคมไทยเรื่อยมาจนถึง ปี พ.ศ.2443 ในสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น เมื่อประเทศทางตะวันตกขยายอิทธิพลเข้ามาในภูมิภาคเอเชีย พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 ได้ทรงเปิดประเทศทำการค้ากับชาติตะวันตก ทำให้กฎหมายที่มีอยู่เดิมไม่เพียงพอที่จะนำมาบังคับใช้เพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นใน

สังคมขณะนั้นได้ จึงจำเป็นต้องมีการประกาศกฎหมายเพิ่มเติมเป็นการเฉพาะเรื่องเพื่อแก้ปัญหาเฉพาะหน้าไปก่อนหลายฉบับ รวมถึงการประกาศใช้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 โดยกฎหมายฉบับนี้ได้แก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราตามพระอัยการลักษณะผิดเมียที่ยังมีความบกพร่องอยู่ให้มีความชัดเจนขึ้น ซึ่งตามพระราชกำหนดฉบับนี้ได้ให้ความคุ้มครองหญิงผู้เสียหายแทนการคุ้มครองชื่อเสียงเกียรติยศและอำนาจในการปกครองดูแลบุตรของบิดามารดา หรืออำนาจในการปกครองดูแลและชื่อเสียงเกียรติยศของสามี ด้วยเหตุผลว่าการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดต่อเสรีภาพทางเพศและชื่อเสียงเกียรติยศของหญิงผู้ถูกระทำมิใช่ของบิดามารดาหรือสามี นอกจากนี้ยังได้บัญญัติเพิ่มเติมให้การชำเราทางเวจมรรคหรือชำเรากับสัตว์เดรัจฉานเป็นการชำเราโดยผิดธรรมดามนุษย์ เนื่องจากการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำที่น่ารังเกียจและไม่เป็นที่ยอมรับของต่างประเทศ ผู้ที่กระทำชำเราในลักษณะดังกล่าวจะมีความผิดตามกฎหมายนี้ ส่วนความผิดเกี่ยวกับการกระทำอนาจารนั้นมิได้มีการกล่าวถึงในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 หากมีการกระทำความผิดที่ไม่ใช่การข่มขืนกระทำชำเราแล้ว ผู้กระทำได้ต้องรับผิดชอบกระทำอนาจารตามพระอัยการลักษณะผิดเมีย

ต่อมาเมื่อประเทศทางแถบยุโรปแผ่อิทธิพลเพิ่มมากขึ้น ประเทศไทยจำเป็นต้องเผชิญกับปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตกับประเทศต่าง ๆ ส่งผลให้ต้องมีการปฏิรูประบบกฎหมายและระบบศาลที่มีอยู่ให้มีความทันสมัยทัดเทียมกับนานาชาติรายประเทศ เพื่อเป็นข้อต่อรองในการขอยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตกับชาติตะวันตก จึงมีการจัดทำประมวลกฎหมายขึ้น โดยเริ่มร่างประมวลกฎหมายอาญาก่อนเป็นฉบับแรก เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่ร่างได้ง่ายและศาลสามารถทำความเข้าใจได้ง่าย โดยประกาศใช้เมื่อวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ.2451 เรียกว่ากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 อันเป็นประมวลกฎหมายเล่มแรกของประเทศไทย ความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารได้นำมาบัญญัติไว้ในภาค 2 ภาคความผิด ส่วนที่ 6 ว่าด้วยความผิดที่กระทำอนาจาร เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้แล้ว บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำอนาจารตามพระอัยการลักษณะผิดเมีย และพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 จึงถูกยกเลิกไปทั้งหมด

ความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 แยกเป็นสองหมวด คือ หมวดที่ 1 ว่าด้วยความผิดฐานกระทำอนาจารอันเกี่ยวแก่สาธารณชน หมวดที่ 2 ว่าด้วยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยกฎหมายฉบับนี้มุ่งคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของหญิงผู้ถูกระทำเพิ่มมากขึ้นกว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่เดิม และมีการปรับเปลี่ยนอายุของเด็กหญิงที่กฎหมายจะให้

ความคุ้มครองเพิ่มมากขึ้น จากอายุต่ำกว่า 12 ขวบ เป็นอายุต่ำกว่า 13 ขวบ เนื่องจากเห็นว่าเกณฑ์อายุของเด็กที่จะให้ความยินยอมตามกฎหมายเดิมนั้นน้อยเกินไป ยังไม่มีความเหมาะสม เนื่องจากเด็กในวัยขนาดนั้นยังไม่มีวุฒิภาวะและความสามารถเพียงพอ ที่จะรับรู้ว่าการกระทำอย่างใดจึงจะเป็นการร่วมประเวณีหรือเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ

นอกจากนี้ยังมีการยกเลิกความผิดฐานชำเราโดยผิดธรรมดาในส่วนที่เป็นการชำเราทางเวจมรรค โดยคงการร่วมเพศกับสัตว์เดียรฉานไว้ และบัญญัติเป็นความผิดฐานชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ เพื่อป้องกันมิให้ประชากรลดน้อยลง เนื่องจากในขณะนั้นประเทศไทยมีจำนวนประชากรน้อย หากปล่อยให้ผู้คนเลือกที่จะชำเรากันได้โดยเสรีไม่จำเป็นต้องเป็นไปตามธรรมชาติจะทำให้ไม่มีการเพิ่มประชากรอันจะส่งผลกระทบต่อการพัฒนาและความเจริญของประเทศ

เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาได้ระยะหนึ่ง ประเทศไทยได้มีการปรับปรุงกฎหมายครั้งใหญ่ขึ้นอีกครั้ง โดยประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา เมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน พ.ศ.2499 ซึ่งบทบัญญัติเกี่ยวกับเพศปรากฏในภาค 2 ภาคความผิด ลักษณะ 9 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยยกเลิกความผิดฐานชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ เนื่องจากผู้ร่างเห็นว่าความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่เกิดขึ้นน้อยและเป็นที่น่ารังเกียจในสังคม ประกอบกับจะเป็นการเสื่อมเสียเกียรติยศของประเทศ จึงยกเลิกบทบัญญัติในความผิดฐานนี้ หากมีการกระทำชำเราในลักษณะที่ผิดธรรมดาตามนุษย์เกิดขึ้นกฎหมายจะลงโทษผู้ที่กระทำความผิดแค่ฐานกระทำอนาจารเท่านั้น

ต่อมาได้มีการแก้ไขกฎหมายในความผิดเกี่ยวกับเพศโดยผู้ร่างให้เหตุผลว่าสังคมมีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเนื่องจากความแตกต่างทางเพศ ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันทางเพศขึ้นในสังคม ดังนั้นจึงได้มีการแก้ไขบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราและการค้าประเวณี โดยการตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 โดยใช้พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 ของประเทศอังกฤษเป็นต้นแบบในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

อย่างไรก็ตามการพิจารณาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายมีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิ่งใดนั้น ต้องพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายที่แฝงอยู่ เนื่องจากการศึกษาถึงคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารจะทำให้เกิดความเข้าใจในการตีความและการวินิจฉัยความผิดเพิ่มมากขึ้น ซึ่งจากการศึกษาพบว่าคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ได้แก่ ขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรม เสรีภาพทางเพศ ความบริสุทธิ์ในทางเพศ ความเท่าเทียมกันในทางเพศ การกระทำชำเรา

ตามธรรมชาติ ความเสียหายต่อร่างกาย ชื่อเสียง เกียรติยศและสภาพจิตใจของผู้ถูกระทำ สถาบันครอบครัว และความไร้เดียงสาของเด็ก ส่วนคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานกระทำอนาจาร ได้แก่ การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ และเสรีภาพทางเพศ

โดยคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารมีส่วนที่เหมือนกัน เนื่องจากความผิดเกี่ยวกับเพศทั้งสองฐานเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำโดยปราศจากความยินยอมเช่นเดียวกัน แต่ความเสียหายที่ผู้ถูกระทำได้รับมีความร้ายแรงไม่เท่ากัน และจากการที่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ถูกระทำร้ายแรงกว่าความผิดฐานกระทำอนาจาร กฎหมายจึงมุ่งคุ้มครองบุคคลจากการถูกข่มขืนกระทำชำเรามากกว่าการถูกระทำอนาจาร โดยการบัญญัติให้ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องรับโทษหนักกว่าผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญากับพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 พบว่า การบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญามุ่งคุ้มครองไม่ให้บุคคลถูกล่วงละเมิดทางเพศโดยปราศจากความยินยอมเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 เนื่องจากการล่วงละเมิดดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกาย ชื่อเสียง เกียรติยศ และสภาพจิตใจของผู้ถูกระทำ แต่กฎหมายอาญาให้ความสำคัญกับอวัยวะส่วนที่ถูกล่วงละเมิดเป็นหลัก ในขณะที่พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 ให้ความสำคัญกับการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้ถูกระทำเป็นหลัก

การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายมาตรา 276 และมาตรา 277 ทำให้นิยามของคำว่ากระทำชำเราเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก จนทำให้หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิดเดิมที่ศาลฎีกาได้วางไว้ไม่สามารถนำมาใช้ได้อีกต่อไป เมื่อพิจารณาองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่เปลี่ยนแปลงไปพบว่า บุคคลทุกเพศทุกวัย รวมถึงผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศ และคู่สมรสสามารถเป็นผู้กระทำและผู้ถูกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้เช่นเดียวกัน เนื่องจากการใช้อวัยวะเพศกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นเป็นการกระทำที่ไม่จำกัดวิธีการว่าต้องเป็นการร่วมประเวณีตามปกติระหว่างหญิงกับชายเท่านั้น เพียงแค่อวัยวะที่กระทำและถูกระทำเป็นอวัยวะส่วนที่กฎหมายกำหนด และต้องกระทำไปเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยผู้ถูกระทำไม่ยินยอม การกระทำนั้นก็เป็นข่มขืนกระทำชำเราทั้งสิ้น ซึ่งการที่บุคคลทุกเพศทุกวัย รวมถึงผู้ที่ผ่าตัด

แปลงเพศ และคู่สมรสสามารถเป็นผู้กระทำและผู้ถูกกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้นั้น ผู้ศึกษามีความเห็นว่าเป็นสิ่งที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 และมาตรา 277 อย่างแท้จริง

สำหรับเรื่องเกณฑ์อายุในการให้ความยินยอมนั้น ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติ เกณฑ์อายุในการให้ความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำความอนาจารไว้ เท่ากัน โดยการกระทำชำเราหรือการกระทำความอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะ ยินยอมหรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษ

ในส่วนของความหมายของการกระทำชำเราที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นพบว่า ในปัจจุบัน การกระทำชำเราไม่ได้จำกัดอยู่แค่การกระทำชำเราตามธรรมชาติที่เป็นการกระทำระหว่างชายกับ หญิงเท่านั้น เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดนิยามของการกระทำชำเราให้รวมถึงการกระทำกับ อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก โดยกฎหมายบัญญัติให้การกระทำความดังกล่าวมีความร้ายแรง กว่าการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศในลักษณะทั่วไป ดังนั้นจึงไม่สมควรที่จะลงโทษในสถานเบาแค่ ความผิดฐานกระทำความอนาจารเท่านั้น แต่ควรรับโทษเทียบเท่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่ง ผู้กระทำต้องรับโทษหนักกว่าความผิดฐานกระทำความอนาจาร ทั้งนี้เนื่องมาจากผลกระทบที่อาจเกิด ขึ้นกับร่างกายและจิตใจของผู้เสียหายมีความรุนแรงไม่ต่างจากการถูกกระทำชำเราตามธรรมชาติ อย่างไรก็ตามการชำเรากับสัตว์ยังคงเป็นความผิดฐานกระทำทารุณสัตว์ซึ่งเป็นแค่ความผิดฐาน ลหุโทษเท่านั้น

จากการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทำให้ลักษณะการ กระทำชำเรามีขอบเขตกว้างขึ้น โดยประกอบด้วยการกระทำชำเราตามธรรมชาติ และการกระทำ ชำเราในลักษณะผิดธรรมชาติตามนุษย์ในบางลักษณะที่เป็นการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับ อวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวาร หนักของผู้อื่น ซึ่งในอดีตการกระทำเหล่านี้เป็นเพียงความผิดฐานกระทำความอนาจารเท่านั้น ส่วนนิยาม ของการกระทำความอนาจารนั้น ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้มีการบัญญัติไว้ แต่เมื่อมีการเพิ่มเติม นิยามของการกระทำชำเราย่อมทำให้ขอบเขตของลักษณะการกระทำความอนาจารในปัจจุบันแคบลง เนื่องจากการกระทำความผิดในบางลักษณะซึ่งเดิมเคยเป็นความผิดฐานกระทำความอนาจารนั้น เปลี่ยนมาเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้นในปัจจุบันการกระทำความอนาจารจึงเป็นเพียง การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศในลักษณะอื่นนอกจากการใช้อวัยวะเพศกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น หรือใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

เมื่อศึกษาองค์ประกอบของความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา เปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 พบว่า ความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำตามประมวลกฎหมายอาญา แบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ การข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำอนาจาร ส่วนความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 แบ่งออกได้เป็น 4 ลักษณะ ได้แก่ การข่มขืนกระทำชำเรา การล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ การล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่ และการทำให้ผู้อื่นต้องเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม

โดยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามีองค์ประกอบความผิดใกล้เคียงกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 โดยการกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา หมายถึง การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ส่วนการกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 นั้น มีการบัญญัติความหมายไว้อย่างชัดเจนว่าต้องเป็นการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นเท่านั้น

ส่วนความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามีองค์ประกอบความผิดใกล้เคียงกับความผิดฐานการล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่ กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำเช่นเดียวกัน แต่แตกต่างกันตรงที่ความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาเป็นการล่วงละเมิดทางเพศที่กระทำกับอวัยวะส่วนที่นอกเหนือจากอวัยวะเพศ ทวารหนัก และช่องปากของผู้ถูกระทำ ส่วนความผิดฐานการล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่ เป็นการสัมผัสทางเพศต่อเนื้อตัวภายนอกร่างกายของผู้ถูกระทำ โดยไม่มีการล้วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้ถูกระทำแต่อย่างใด

การลงโทษผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร ต่างก็ยึดหลักการลงโทษเพื่อทดแทนความผิด (Retributive Theory) เช่นเดียวกัน โดยหลักดังกล่าวเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดให้สาสมกับความผิดที่ได้กระทำ อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติเหตุบรรเทาโทษผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ 2 กรณี ได้แก่ กรณีที่หนึ่งการกระทำระหว่างคู่สมรสตามมาตรา 276 วรรคสี่ ซึ่งกฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองสามีหรือภริยาไม่ให้ถูกล่วงละเมิดทางเพศจากคู่สมรสอีกฝ่าย หากตนไม่ยินยอมให้ร่วมประเวณี โดยมี

การกำหนดโทษคู่สมรสที่กระทำการข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสอีกฝ่าย แต่กฎหมายยังต้องการให้มีความปรองดองและสมานฉันท์กันระหว่างสามีภริยา จึงกำหนดเป็นทางเลือกให้คู่สมรสว่า หากยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ แต่หากคู่สมรสไม่สามารถที่จะทนอยู่ด้วยกันได้อีกต่อไป หรือหากอยู่ด้วยกันต่อไปอาจเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจหรือทำลายความผาสุกของอีกฝ่าย กฎหมายก็กำหนดให้ศาลมีคำพิพากษาลงโทษจำคุกคู่สมรสที่กระทำความผิดได้ และหากประสงค์จะหย่าให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ โดยให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการดำเนินการฟ้องหย่าให้ต่อไป

กรณีที่สอง ตามมาตรา 277 วรรคห้า หากเป็นการกระทำชำเราเด็กอายุกว่า 13 ปีแต่ยังไม่เกิน 15 ปี โดยผู้กระทำเป็นบุคคลอายุไม่เกิน 18 ปี โดยเด็กนั้นยินยอม สามารถร้องขอต่อศาลอนุญาตให้สมรสกันได้ และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป ถือเป็นเหตุบรรเทาโทษให้กับผู้กระทำความผิดที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะมิให้ต้องรับโทษ แต่ต้องไม่เป็นการกระทำความระหว่างคู่สมรส เพราะหากเป็นการกระทำความระหว่างคู่สมรสแล้ว ผู้กระทำจะไม่มี ความผิดตามมาตรา 277

5.2 ข้อเสนอแนะ

การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ได้อ้างอิงเนื้อหาจากบทบัญญัติของ The Sexual Offences Act 2003 แต่ได้มีการกำหนดคำนิยามที่แตกต่างกัน โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” ตามมาตรา 276 และมาตรา 277 ไว้กว้างโดยให้ครอบคลุมถึงการกระทำชำเราตามธรรมชาติระหว่างชายกับหญิง การกระทำชำเราผิดธรรมชาติตามมนุษย์ และการใช้วัตถุอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศและทวารหนักของผู้ถูกกระทำ ในขณะที่เกือบทุกประเทศยังคงบัญญัติให้การกระทำชำเรา หมายถึงการกระทำชำเราตามธรรมชาติระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น หรือแม้แต่กฎหมายของประเทศอังกฤษซึ่งประเทศไทยใช้เป็นต้นแบบในการแก้ไขฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเรา ก็บัญญัติให้การกระทำชำเรา คือ การกระทำชำเราตามธรรมชาติระหว่างชายกับหญิง รวมถึงการร่วมเพศทางทวารหนักและทางปากเท่านั้น ส่วนการใช้วัตถุอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักนั้น

กฎหมายอังกฤษจัดให้เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศฐานอื่น ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับโทษเท่ากับ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากความเสียหายที่ผู้ถูกระทำได้รับไม่แตกต่างกัน

จากนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” ตามประมวลกฎหมายอาญา ผู้ศึกษามี ความเห็นว่าอาจทำให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมายในอนาคตได้ เช่น กรณีที่ *The Sexual Offences Act 2003* กำหนดคำนิยามว่า กระทำชำเรา คือการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะ เพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของบุคคลอื่น แต่ตามประมวลกฎหมายอาญากำหนดนิยามของ คำว่า กระทำชำเรา ว่าเป็นการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำความกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่อง ปากของผู้อื่น ซึ่งคำว่า “กระทำกับ” มีความหมายกว้างกว่าการการกระทำชำเราตามธรรมชาติ ระหว่างชายกับหญิง การที่เดิมศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่าการข่มขืนกระทำชำเราต้องเป็นการสอดใส่ อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ย่อมขัดแย้งกับการตีความความหมายของคำว่า “กระทำ ชำเรา” ตามกฎหมายดังกล่าว

เนื่องจากตามประมวลกฎหมายอาญาก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมการกระทำกับอวัยวะ เพศโดยยังไม่มี การสอดใส่อาจเป็นเพียงความผิดชั้นพยายาม แต่ตามบทบัญญัติของกฎหมายที่มี การแก้ไข การกระทำกับอวัยวะเพศในลักษณะเดียวกันนี้มีใช้การพยายามกระทำความผิดอีกต่อไป หากแต่เป็นความผิดสำเร็จแล้ว หรือในกรณีที่ผู้ข่มขืนกระทำชำเราและผู้ที่ถูกข่มขืนกระทำชำเรา เป็นเพศเดียวกัน การสอดใส่อวัยวะเพศกับอวัยวะเพศย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ ดังนั้น หลักที่ศาลฎีกา วางไว้ว่าต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง จึงไม่สามารถนำมาใช้ได้ ในกรณีที่ชายข่มขืนกระทำชำเราชาย หรือหญิงข่มขืนกระทำชำเราหญิง

ผู้ศึกษามีความเห็นว่าควรจะต้องมีการบัญญัตินิยามของคำว่ากระทำชำเราให้รัดกุม และใช้ถ้อยคำที่สื่อถึงความหมายได้อย่างชัดเจน ตรงไปตรงมา มากกว่าการใช้ถ้อยคำที่คลุมเครือ โดยหวังว่าจะให้ครอบคลุมความหมายอย่างกว้าง เช่น คำว่า กระทำกับ หรือ เพื่อสนองความใคร่ ซึ่งขัดกับหลักของการตีความกฎหมายอาญาที่ต้องตีความอย่างเคร่งครัด โดยคำว่า กระทำกับ มี ความหมายกว้างมาก สามารถพิจารณาได้ว่าการกระทำชำเราแม้ผ่านเสื้อผ้าก็ต้องรับโทษเท่ากับ การกระทำชำเราต่อเนื้อตัวร่างกายโดยปราศจากเสื้อผ้า ซึ่งเป็นการไม่ยุติธรรม เนื่องจากความเสียหายที่ผู้ถูกระทำได้รับไม่เท่ากัน หรือหากเห็นว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในลักษณะ อื่นที่ไม่ใช่การร่วมประเวณีตามธรรมชาติระหว่างชายกับหญิงนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อ ผู้ถูกระทำเท่าเทียมกับการข่มขืนกระทำชำเราตามธรรมชาติแล้ว ก็สมควรบัญญัติเป็นฐาน ความผิดใหม่ แต่คงให้ผู้กระทำรับโทษเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากการบัญญัติ กฎหมายไว้อย่างกว้างจะก่อให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมาย

ส่วนคำว่า “การใช้สิ่งอื่นใด” ก็ไม่มีคำอธิบายว่าสิ่งอื่นใดในที่นี้จะมีความหมายเพียงใด เพราะยังไม่มีมติความว่าสิ่งอื่นใดหมายถึงสิ่งใด เพราะตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน สิ่งอื่นใด หมายถึง สิ่งของต่าง ๆ ทุกชนิด ดังนั้น ควรมีการให้คำจำกัดความว่าสิ่งอื่นใดในที่นี้มีความหมายถึงอวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายผู้กระทำหรือผู้ถูกกระทำ หรือหมายความว่าต้องเป็นสิ่งที่ไม่มีชีวิต เช่น วัตถุของแข็ง ของมีคม ดังเช่นกฎหมายของประเทศอังกฤษ หรือเป็นสิ่งอื่นใดก็ได้ที่ไม่มีชีวิตแต่มีรูปร่างที่สามารถสัมผัสจับต้องได้เท่านั้น

นอกจากนั้นประเทศไทยยังคงเป็นประเทศที่บัญญัติให้บุคคลทุกเพศทุกวัยสามารถเป็นผู้ต้องหาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ ในขณะที่เกือบทุกประเทศทั่วโลกนั้น ผู้ที่จะทำผิดฐานนี้ได้จะต้องเป็นชายเท่านั้น เนื่องจากประเทศเหล่านี้มองว่า การกระทำชำเราตามธรรมชาติ ชายเท่านั้นที่จะเป็นฝ่ายเริ่มลงมือกระทำได้ ดังนั้น เหตุผลที่ใช้ในการขอแก้ไขกฎหมายโดยอ้างว่า เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันทางเพศนั้น อาจจะไม่ถูกต้องทั้งหมดเพราะผู้ศึกษามีความเห็นว่ นิยามการกระทำชำเราที่แก้ไขใหม่นี้ นอกจากจะไม่ทำให้ผู้หญิงได้รับประโยชน์มากขึ้นแล้ว ยังอาจเป็นการทำให้ผู้หญิงมีโอกาสเป็นผู้กระทำความผิดเพิ่มมากขึ้น¹

เนื่องจากกฎหมายอาญาทั้งในอดีตและปัจจุบันต่างก็ให้ความสำคัญคุ้มครองผู้หญิงจากการถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยกฎหมายอาญาในอดีตผู้หญิงไม่สามารถเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ เป็นได้แค่ตัวการร่วมเท่านั้น แต่ในปัจจุบันผู้หญิงสามารถเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้เอง ซึ่งผู้ศึกษามีความเห็นว่าเป็นการซ้ำเติมผู้หญิงให้ต้องรับผลร้ายมากขึ้น เพราะโดยปกติแล้วสังคมไทยมีค่านิยมว่าการที่ผู้หญิงร่วมประเวณีกับผู้ชายที่ไม่ใช่สามีของตน แม้จะด้วยความยินยอมก็เป็นสิ่งที่น่าละอายและไม่สมควร อีกทั้งสังคมไทยยังไม่ยอมรับการกระทำเช่นนั้นด้วย ดังนั้นในกรณีที่หญิงกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอาญา นอกจากจะได้รับความเสื่อมเสียจากการผ่านการร่วมประเวณีแล้ว ยังต้องรับโทษทางอาญาอีกด้วย ในขณะที่ผู้ชายที่ผ่านการร่วมประเวณีแล้วนั้น สังคมไทยมองว่าไม่ได้เป็นเรื่องเสียหาย เนื่องจากทุกยุคทุกสมัยผู้ชายมักได้รับการยกย่องให้เป็นผู้นำครอบครัวและสามารถมีภรรยาหรือเลี้ยงดูผู้หญิงอื่นที่ไม่ใช่ภรรยาที่ถูกต้องตามกฎหมายได้หลายคน แสดงให้เห็นว่าแม้แต่

¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “หญิงข่มขืนชายกฎหมายสะท้อนอารมณ์,” หนังสือพิมพ์มติชน (26 ก.ค. 2550) : น. 7.

ในทางกฎหมายยังมองว่าการที่ชายผ่านการร่วมประเวณีไม่ใช่เรื่องเสียหาย หญิงไม่มีสิทธิที่จะท้วงติงหรือนำมาเป็นข้ออ้างในการขอหย่าได้

ผู้ชายจึงเป็นผู้ที่ได้รับประโยชน์อย่างมากจากการกำหนดนิยามการกระทำชำเรา เนื่องจากไม่ว่าในอดีตหรือปัจจุบัน ผู้ชายสามารถเป็นผู้กระทำความผิดได้เช่นเดียวกัน แต่ในปัจจุบัน ผู้ชายกลับได้รับความคุ้มครองจากการถูกข่มขืนกระทำชำเราอย่างเต็มที่ ซึ่งแตกต่างจากในอดีตที่กฎหมายอาญาไม่เคยให้ความคุ้มครองผู้ชายในเรื่องดังกล่าวมาก่อน

ดังนั้นผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่าควรจะต้องมีการศึกษาถึงความเหมาะสมในการบัญญัติกฎหมายให้ผู้หญิงสามารถรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต่อไป

กรณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสี่ ที่บัญญัติว่าถ้าเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤติดังกล่าวได้ นั่น กฎหมายวรรคนี้จะมีผลใช้บังคับได้กับคู่สมรสตามที่กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1458² ที่บัญญัติให้การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากันเท่านั้น ดังนั้น เฉพาะเพศชายกับเพศหญิงเท่านั้นที่จะสมรสกันได้และได้รับประโยชน์จากการที่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือไม่ต้องรับโทษแต่ถูกคุ้มครองประพฤติดังกล่าว ในขณะที่เพศชายกับเพศชาย หรือเพศหญิงกับเพศหญิงที่อยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยา ไม่มีสิทธิได้รับประโยชน์จากการบัญญัติกฎหมายวรรคนี้แต่อย่างใด

นอกจากนั้นในกรณีที่เด็กอายุไม่เกินสิบสามปียินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์กันนั้น เด็กทั้งคู่จะตกเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยทันที เนื่องจากต่างฝ่ายต่างกระทำชำเราซึ่งกันและกันและกฎหมายไม่อนุญาตให้เด็กกล่าวอ้างความยินยอมของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นข้อแก้ตัวเพื่อไม่ต้องรับโทษได้ ประกอบกับความผิดตามมาตรานี้ไม่สามารถยอมความกันได้

ผู้ศึกษามีความเห็นว่า บทบัญญัติของกฎหมายในความผิดเกี่ยวกับเพศไม่ว่ายุคสมัยใดก็ตามต่างบัญญัติขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองเด็กหญิงจากการถูกกระทำทางเพศที่ไม่สมควรไม่ว่าจากการถูกข่มขืนกระทำชำเราหรือการถูกกระทำอนาจาร แม้เด็กหญิงจะให้ความยินยอมหรือไม่

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1458 บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากันและต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏ โดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนและให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย”

ก็ตาม ผู้กระทำจึงต้องรับโทษทั้งสิ้น ดังนั้น การที่กฎหมายอาญามาตรา 277 บัญญัติให้เด็กหญิงสามารถเป็นผู้กระทำความผิดและต้องรับโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือฐานกระทำอนาจารได้ย่อมเป็นการไม่ยุติธรรม เช่น กรณีเด็กชายอายุยังไม่เกิน 15 ปี มีเพศสัมพันธ์กับเด็กหญิงอายุยังไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอม เด็กหญิงอาจตกเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ตามมาตรา 277 ได้ หากมีการฟ้องร้องจากฝ่ายเด็กชาย ทั้งที่เด็กชายเป็นฝ่ายเริ่มกระทำ ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการที่เด็กหญิงต้องรับโทษในกรณีดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมแต่อย่างใด

ตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคห้า ที่กำหนดให้ผู้กระทำความผิดอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรส ในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดไปนั้น กรณีนี้ก็เช่นเดียวกับมาตรา 276 วรรคสี่ หากเป็นกรณีที่ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำเป็นเพศเดียวกันแล้วก็ไม่สามารถใช้ประโยชน์จากกฎหมายวรรคนี้ได้ เนื่องจากในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายรองรับการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน ดังนั้นจึงไม่มีทางเป็นไปได้ที่ชายกับชาย หรือหญิงกับหญิง จะขออนุญาตศาลสมรสกันเพื่อไม่ต้องรับโทษได้ แล้วจะเกิดความเท่าเทียมกันตามความมุ่งหมายที่ต้องการแก้ไขกฎหมายหรือไม่

กรณีที่มีการบังคับให้ผู้อื่นใช้วัตถุอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของตนเอง ควรบัญญัติให้เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศฐานใหม่ที่ผู้กระทำต้องรับโทษเท่ากับการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากผู้ถูกกระทำได้รับความเสียหายไม่แตกต่างกันกับการถูกข่มขืนกระทำชำเรา กฎหมายอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารยังบัญญัติไม่ครอบคลุมถึงการกระทำในลักษณะนี้ การกระทำดังกล่าวในปัจจุบันจึงเป็นเพียงความผิดต่อเสรีภาพ ทั้ง ๆ ที่ผู้เสียหายถูกล่วงละเมิดทางเพศไม่ต่างจากการถูกบุคคลอื่นข่มขืนกระทำชำเรา