

บทที่ 2

แนวคิดและวิวัฒนาการในการบัญญัติขอบเขต

ความรับผิดชอบขั้นพื้นฐาน

ความรับผิดชอบขั้นพื้นฐานเป็นความผิดที่เกิดขึ้นอย่างมากมายในสังคมปัจจุบัน เป็นปัญหาอาชญากรรมที่นับวันจะมีเพิ่มขึ้น โดยการเพิ่มขึ้นแล้วมากับการกระทำของพวก กามวิถารจะปรากฏเป็นข่าวทางหน้าหนังสือพิมพ์เกือบทุกวันจนทำให้มีปัญหาอาชญากรรมดั่งนั้น ผู้เขียนจึงทำการศึกษาความเป็นมาแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับเพศศึกษาขอบเขตที่ เหมาะสมเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1 แนวคิดในการคุ้มครองผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศ

ปัจจุบัน ปัญหาการใช้ความรุนแรงทางเพศในสังคมมีแนวโน้มมากขึ้นซึ่งต้องพิจารณา ควบคู่กับวิธีการปฏิบัติที่เป็นอยู่ และโดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้เน้น เรื่องการคุ้มครองสิทธิของบุคคลรวมทั้งสิทธิเด็กด้วย ได้แก่ “เด็กและเยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ ผู้พิการ หรือทุพพลภาพ” ย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองในการดำเนินกระบวนการพิจารณาตัวอย่างเหมาะสม และมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในคดีเกี่ยวกับความทารุณทางเพศ

2.1.1 การคุ้มครองผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศตามหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

จากกรณีที่มีการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์คำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ตรงกับ ศัพท์ภาษาอังกฤษว่า “Human Dignity” ซึ่งเป็นศัพท์ที่นักวิชาการได้บัญญัติขึ้นในยุคที่มีการ เรียกร้องสิทธิมนุษยชน (Human Rights) และได้ปรากฏสู่วงการกฎหมายไทยในรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แม้จะถูกยกเลิกแล้วก็ตามและเคยบัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความ เป็นมนุษย์ไว้โดยกฎหมายมีการให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยให้คำนึงถึงศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์และความแตกต่างทางเพศ อายุ สัญชาติ เชื้อชาติ ประเพณีวัฒนธรรมของผู้เสียหาย การแจ้งสิทธิของผู้เสียหายที่พึงได้รับการคุ้มครองในแต่ละขั้นตอน ทั้งก่อน ระหว่าง และหลังการ ช่วยเหลือ ตลอดจนขอบเขตระยะเวลาในการดำเนินการช่วยเหลือในแต่ละขั้นตอน และต้องรับฟัง ความคิดเห็นของผู้เสียหายโดยเฉพาะเพศหญิงก่อนด้วย กล่าวคือ การให้ความคุ้มครองทางเพศ หมายถึง แนวความคิดเรื่องการคุ้มครองห้ามล่วงเกินทางเพศ มีเหตุผลพื้นฐานมาจาก จากละเมิดทาง เพศไม่ว่าจะเป็นนายจ้างและผู้ได้รับมอบหมายจากนายจ้าง เช่น ผู้จัดการ หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน

ฯลฯ มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือลูกจ้าง ลูกจ้างต้องเชื่อฟังและปฏิบัติตามคำสั่งของบุคคลเหล่านี้ นายจ้างหรือผู้บังคับบัญชาที่ไม่ดีอาจใช้อำนาจบังคับบัญชาแสวงหาความสุข ความพึงพอใจทางเพศจากผู้ใต้บังคับบัญชา ทำให้ลูกจ้างต้องถูกล่วงเกินทางเพศ เกิดความไม่สบายใจ อึดอัดใจ มีผลเสียต่อการทำงานและผลประกอบการของนายจ้างรวมไปถึงบุคคลที่อยู่อาศัยกับผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิง

จากการศึกษาในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคล พบว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นั้นมีนัย 2 ประการ คือ

(1) “ธรรมชาติมนุษย์” กล่าวคือ ลักษณะที่แท้จริงของมนุษย์ที่เกี่ยวกับสภาพจิตใจและความต้องการจำเป็น (Needs) ที่มุ่งใจให้มนุษย์ทำการใดๆ โดยทฤษฎี มนุษย์น่าจะเป็นอย่างเดียวกันไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด แต่ในทางปฏิบัติ พฤติกรรมของมนุษย์ย่อมอยู่ภายใต้อิทธิพลของสังคมและวัฒนธรรมด้วย

(2) “ศีลธรรม” อันได้แก่ หลักที่ว่าด้วยความผิดชอบชั่วดีที่สังคมหนึ่งๆ กำหนดให้สมาชิกปฏิบัติ โดยไม่มีศีลธรรมสากลให้ยึดถือ นอกจากอนุমানเอาจากส่วนที่กำหนดไว้เหมือนกันในความประพฤติบางเรื่อง โดยเฉพาะการละเมิดทางเพศเป็นต้น

ดังนั้น การที่จะวินิจฉัยว่าพฤติกรรมใดเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในสังคมไทยหรือไม่ แล้วจึงนำไปสู่การปกป้อง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ตามกฎหมายเมื่อถูกละเมิด โดยเฉพาะทางเพศซึ่งมีผลกระทบต่อสังคมในเรื่องเพศ ทั้งหญิง ชาย และบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ อาทิ การเป็นพนักงานบริการทางเพศ ถูกตีตราให้เป็นผู้ที่มีพฤติกรรมนอกกรอบศีลธรรม อันดี สังคมมักมีอคติมุมมองต่อสิทธิของกลุ่มคนเหล่านี้แตกต่างออกไป นอกจากนั้นในกลุ่มของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศก็ได้รับผลกระทบจากทัศนคติในเรื่องดังกล่าวด้วย นอกจากนั้นยังมีลักษณะอื่นๆ ที่ได้รับผลกระทบจากทัศนคติเกี่ยวกับความเรื่องเพศทางสังคม ผู้เสียหายส่วนใหญ่ถูกตีตราโดยสังคม และให้ความหมายที่ด้อยค่า การละเมิดทางเพศเกิดขึ้น ไม่สามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้ และหากผู้เสียหายเหล่านี้เดินทางไปต่อสู้อัย หรือเรียกร้องต่างๆ ก็จะเผชิญหน้ากับการกระทำที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอื่นๆ ต่อมา การคุ้มครองผู้เสียหายเหล่านี้ทั้งในด้วบทกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมยังไม่มีประสิทธิภาพ ไม่สามารถเอื้อให้เกิดกระบวนการยุติธรรมที่เป็นธรรมสำหรับผู้เสียหายในกรณีเกี่ยวกับเพศได้จำเป็นต้องให้ความคุ้มครองว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งปรากฏตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ด้วยเหตุที่การยอมรับศักดิ์ศรีประจำตัวและสิทธิที่เสมอกันไม่อาจโอนแก่กันได้ของสมาชิกทั้งปวงแห่งครอบครัวมนุษย์ เป็นรากฐานของเสรีภาพ ความยุติธรรมและสันติภาพ ด้วยเหตุที่การเมินเฉยและดูหมิ่นเหยียดหยามสิทธิมนุษยชนด้วยกันเอง ได้ก่อให้เกิดการกระทำอันโหดร้ายป่าเถื่อนทารุณ กระทบกระเทือนมโนธรรมของ

มนุษยชาติอย่างรุนแรง โดยเหตุที่ได้มีการประกาศปณิธานสูงสุดของสามัญชนว่า ถึงวาระแห่งโลกแล้วที่มนุษย์จะมีเสรีภาพในการพูด ในความเชื่อถือ และทั้งมีเสรีภาพจากความกลัวและความต้องการ ด้วยเหตุที่เป็นสิ่งจำเป็นที่สิทธิมนุษยชนควรได้รับการคุ้มครองโดยหลักนิติธรรม ถ้าไม่ต้องการให้มนุษย์ถูกบีบบังคับ ให้หาทางออกโดยการกบฏต่อทรราชย์และการกดขี่อันเป็นที่พึงสุดท้ายด้วยเหตุที่เป็นสิ่งจำเป็นที่จะส่งเสริมการพัฒนาความสัมพันธ์อันดีมิตรระหว่างชาติต่างๆ ด้วยเหตุที่บรรดาประชาชนแห่งสหประชาชาติได้ยืนยันไว้ในกฎบัตร ถึงความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ในศักดิ์ศรีและคุณค่าของตัวบุคคล และความเสมอภาคแห่งสิทธิทั้งชายหญิง และได้ตัดสินใจที่จะส่งเสริมความก้าวหน้า ทางสังคมตลอดจนมาตรฐานแห่งชีวิตให้ดีขึ้น มีเสรีภาพมากขึ้นด้วยเหตุที่รัฐสมาชิกได้ปฏิญาณที่จะให้ได้มา โดยการร่วมมือกับสหประชาชาติ ซึ่งการส่งเสริม การเคารพ และการถือปฏิบัติโดยสากลต่อสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐาน รวมทั้ง ต้องหาแนวทางในการดำเนินการเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อไป

2.1.2 การคุ้มครองผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติกับสตรี
ทุกรูปแบบกฎหมายที่ใช้บังคับกับสตรีที่ตกเป็นผู้เสียหาย

ปฏิญญาว่าด้วยการจัดการความรุนแรงต่อสตรีตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women-CEDAW) ขององค์การสหประชาชาติได้ให้ความหมายความรุนแรงต่อสตรีว่า หมายถึง การกระทำใดๆ ที่เป็นความรุนแรงทางเพศ ซึ่งเป็นผลหรืออาจจะเป็นผลให้เกิดการทำร้ายร่างกาย ทางเพศ หรือทางจิตใจ เป็นผลให้เกิดความทุกข์ทรมานแก่สตรี รวมทั้งการขู่เข็ญ คุกคาม กีดกันเสรีภาพ ทั้งในที่สาธารณะและในชีวิตส่วนตัว รวมทั้งมาตรการที่รัฐภาคีต้องดำเนินการเพื่อสนับสนุนความก้าวหน้าของสตรีทั้งมาตรการเร่งด่วนและชั่วคราวเพื่อสร้างความเท่าเทียมกันระหว่างบุรุษและสตรีอย่างแท้จริงซึ่งจะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความแตกต่างทางเพศการปรับรูปแบบทางสังคมและวัฒนธรรมเพื่อให้เอื้อต่อการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี และการปราบปรามการลักลอบค้าและแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากสตรีจากคำนิยามดังกล่าวนี้จึงอาจจะกล่าวได้ว่าในสภาพสังคมปัจจุบัน การกระทำรุนแรงต่อสตรีนับว่าเป็นปัญหาสำคัญระดับโลกและในสภาพสังคมปัจจุบันมีเกิดขึ้นจริงและนับวันยิ่งทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้นเป็นลำดับ¹

¹ สมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้รับรองอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม 2522 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 3 กันยายน 2524 สำหรับพิธีสารเลือกรับสมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้รับรองเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2542 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2543 (ข้อมูลจากสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ)

รวมทั้งระดับสังคมปัจจุบันแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ของอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างผู้หญิงกับผู้ชายในสังคม²

ในกรณีหากผู้หญิงประสบกับความรุนแรง มักไม่กล้าบอกให้กับคนอื่นทราบ สาเหตุหนึ่งเป็นเพราะมีบุคคลจำนวนไม่มากนักที่ยอมรับฟังเรื่องราวที่ผู้หญิงประสบความรุนแรงอย่างเห็นใจและต้องการให้ความช่วยเหลืออย่างแท้จริง เช่น สังคมทั่วไปยังมองว่าปัญหาการข่มขืนเกิดขึ้นจากตัวผู้หญิงเองที่ไม่ระมัดระวังตัวเอง แต่งกายไม่มีคิซิด ไปอยู่ที่เปลี่ยว ให้ทำช่วยวน เป็นต้น

ดังนั้น ผู้หญิงที่ถูกคุกคามทางเพศ หรือถูกข่มขืนจำนวนมากไม่สามารถใช้สิทธิทางกฎหมายคุ้มครองและบำบัดฟื้นฟูตนเองได้เพราะกลไกของรัฐในหลายส่วนที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นตำรวจ อัยการ ศาล แพทย์ ยังเป็นอุปสรรคอยู่ เช่น การรับแจ้งความใช้ทำที่ที่ไม่เหมาะสม และรวมไปถึงความเชื่อในสังคมที่มองว่า การข่มขืนเป็นเรื่องที่น่าอายอีกทั้งสื่อมวลชนส่วนมากยังคงนำเสนอข่าวสารเรื่องนี้ในลักษณะประจานผู้หญิงอยู่ สตรีที่ต้องเข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมยังได้รับการปฏิบัติไม่เหมาะสมไม่ได้รับการปกป้องดูแลและเคารพสิทธิมนุษยชนตามควร ในส่วนที่เกี่ยวกับสตรีและเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนสตรีอย่างชัดเจน การดำเนินการทางกฎหมายในทางปฏิบัติเกี่ยวกับสตรีไม่ได้รับความสนใจหรือให้ความสำคัญในกระบวนการยุติธรรม ดังนั้นสตรีที่ตกเป็นเหยื่อในการกระทำความผิดทางเพศ เช่น ฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือการอนาจาร ไม่ได้รับการดูแลที่เหมาะสมจากเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมโดยเฉพาะกระบวนการสอบสวน เช่น การชี้ตัวผู้กระทำผิด และการสืบพยานในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศอย่างไม่เหมาะสม สตรีผู้เสียหายต้องเล่าเหตุการณ์อัปยศต่อหน้าสาธารณะและต้องเผชิญหน้ากับผู้ต้องหาหรือจำเลยโดยตรง ไม่มีกระบวนการพิจารณาคดีเป็นกรณีพิเศษที่เหมาะสมกับสภาพคดีและสถานะของผู้เสียหายนอกจากนี้ขั้นตอนการดำเนินขึ้นสอบสวนฟ้องร้องเมื่อพิจารณาถึงหลักการที่ใช้ดำเนินคดี ระเบียบปฏิบัติของเจ้าพนักงานตำรวจ สภาพบรรยากาศ สถานที่ และสภาวะแวดล้อมของสถานีดำรวจ พบว่ามีลักษณะเช่นเดียวกับกับปฏิบัติคดีอื่นเหมือนกัน รวมทั้งการสอบสวนตามบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายพิจารณาความอาญายังขาดความเหมาะสมในการดำเนินคดีความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งปรากฏในกระบวนการสอบสวน หญิงที่ตกเป็นผู้เสียหายหรือเป็นเหยื่อในความผิดเกี่ยวกับเพศมักกระทำโดยเปิดเผยและกระทำในสถานที่ที่ไม่เป็นส่วนตัวและไม่เหมาะสมทำให้เกิดความอับอาย โกรธ และเครียด การสอบสวนหรือการบันทึกถ้อยคำของเจ้าพนักงานตำรวจต้องกระทำเพื่อค้นหาความจริง ดังนั้นจึงอาจใช้ถ้อยคำที่ไม่เหมาะสมกับผู้เสียหายที่เป็นสตรีได้ ทำให้ผู้เสียหายสตรีไม่อยากจะดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดต่อไป

² จาก บทบาทหญิงชายกับอำนาจเรื่องความรุนแรงต่อผู้หญิง (น. 2-5), โดย ศูนย์พิทักษ์สิทธิสตรี, (ม.ป.ป.). กรุงเทพฯ: มูลนิธิเพื่อนหญิง.

2.1.3 ประวัติความเป็นมาในการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบเกี่ยวกับเพศ

ประวัติศาสตร์กฎหมายตราสามดวง พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และประมวลกฎหมายอาญาก่อนมีการแก้ไขปี พ.ศ. 2550 ต่างก็กำหนดให้ “หญิง” เท่านั้นเป็นผู้ถูกระทำในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ได้แนวความคิดที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเพียงเพศหญิงนั้นเริ่มแต่เดิมจากการที่กฎหมายตราสามดวงบัญญัติขึ้นโดยมุ่งหมายที่จะคุ้มครองอำนาจปกครองของชายผู้เป็นบิดาและสามี อันเนื่องมาจากลักษณะของบัญญัติเป็นการบัญญัติกฎหมายโดยคำนึงถึงสภาพสังคมและวัฒนธรรมในสมัยนั้นอันแยกไม่ออกกับหลักธรรมในพระพุทธศาสนา ซึ่งในสมัยก่อนชายมีภรรยาได้หลายคน และหญิงอยู่ในความปกครองของชาย การกระทำความผิดจึงมีลักษณะเป็นการละเมิดอำนาจปกครองของบิดามารดา หญิงในกรณีหญิงเป็นโสเภณีหรือละเมิดอำนาจปกครองหรือหมิ่นเกียรติของสามีในกรณีที่หญิงนั้นสมรสแล้ว³ ต่อมาในสมัยที่มีการบังคับใช้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 กฎหมายลักษณะอาญา และประมวลกฎหมายอาญา ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายดังกล่าวจึงมีลักษณะคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศมากขึ้น โดยคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศของหญิงเท่านั้น

การที่กฎหมายกำหนดขอบเขตของความผิดทางเพศกรณีองค์ประกอบความผิด ผู้ถูกระทำต้องเป็นหญิงนั้น ต้องเป็นเพศหญิงตามธรรมชาติที่ถือกำเนิดมาเป็นเพศที่คลอดบุตรหรือออกลูกได้ ไม่ใช่ชายแปลงเพศเป็นหญิง⁴ แต่ปัจจุบันรวมถึงชายที่แปลงเพศหญิงด้วยเพราะในประเทศไทยนั้น แม้ว่าการผ่าตัดแปลงเพศจะถือว่าเป็นสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลอันพึงกระทำได้แต่สถานภาพของบุคคลที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้วนั้น ย่อมมีสถานภาพทางเพศหรือเพศตามกฎหมาย เป็นเพศที่ตนถือกำเนิดมา ไม่อาจมีการเปลี่ยนแปลงได้ เพราะฉะนั้นเมื่อกฎหมายไม่ยอมรับเพศใหม่ บุคคลนั้นยังคงต้องปฏิบัติหน้าที่ในฐานะที่ตนยังคงมีเพศตามกฎหมายตามเพศกำเนิดของตนอยู่⁵ ดังนั้น หากชายที่ผ่าตัดแปลงเพศถูกข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดที่เกิดขึ้นก็คง

³ จาก ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร : ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) โดย ชิดชนก แผ่นสุวรรณ, 2546, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 157/2524, เนติบัณฑิตยสภา. น. 146.

⁵ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ (พิมพ์ครั้งที่ 11) (น. 197), โดย ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, 2557, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁶ จาก “การผ่าตัดแปลงเพศกับกฎหมาย” โดย จักรพันธ์ สอนสุภาพ (2540), บทบัณฑิตย, 53(3), น. 117.

เป็นได้เพียงความผิดฐานกระทำความผิดเท่านั้น เพราะเพศตามกฎหมายของผู้เสียหายนั้นยังคงเป็นชายอยู่นั่นเอง และหญิงต้องมีสภาพบุคคลอยู่ในขณะที่ถูกระทำชำเรา ดังนั้น การกระทำชำเราสพหญิงที่เพิ่งตาย และเจ้าภาพนำไปฝังไว้ในป่าช้าเหล่านี้ นอกจากจะไม่ใช่เป็นการข่มขืนแล้ว สิ่งที่ถูกกระทำชำเรายังถือไม่ได้ว่าเป็น “หญิง” เพราะเปลี่ยนสภาพเป็นเพียงวัตถุสิ่งหนึ่งไปแล้ว⁷

องค์ประกอบข้อผู้ถูกระทำนอกจากต้องเป็นหญิงแล้ว ก่อนที่จะมีการแก้ไขกฎหมาย พ.ศ. 2550 กำหนดให้หญิงนั้นต้องมีใจเป็นภริยาของชายซึ่งเป็นผู้กระทำอีกด้วย คำว่า “ภริยา” ในที่นี้ หมายถึง ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายแนวความคิดของการบัญญัติความผิดไว้เช่นนี้ปรากฏตั้งแต่ในสมัยของกฎหมายตราสามดวง โดยไม่ปรากฏว่ามีบทกฎหมายว่ามีบทกฎหมายใดเลยที่กล่าวถึงการข่มขืนภริยาเอาไว้ อันน่าจะมาจากเหตุที่ในสมัยนั้นให้ความสำคัญกับอำนาจปกครองหรือที่เรียกว่าอำนาจอิสระเป็นอย่างมาก เมื่อหญิงยังเป็นเด็กก็ต้องตกอยู่ในความปกครองของบิดามารดา ถ้าบิดามารดาตายหญิงอาจตกอยู่ในความปกครองของญาติผู้ใหญ่หรือพี่ๆ จนกระทั่งหญิงแต่งงานกับชาย อำนาจอิสระหรืออำนาจปกครองจึงโอนจากบิดามารดาไปยังชายผู้เป็นสามี และขอบเขตอำนาจอิสระของสามีนั้นรวมไปถึงอำนาจลงโทษภริยาได้ตามสมควรหากภริยาประพฤติตนไม่สมควร ฉะนั้น เมื่อสามีมีอำนาจอิสระที่จะปกครองภริยาอย่างเต็มที่แล้วย่อมส่งผลให้การมีเพศสัมพันธ์ต่อกันระหว่างสามีภริยากลายเป็นหน้าที่ที่ภริยาจะต้องตอบสนองไม่อาจขัดขืนป้องกันได้ จึงไม่ปรากฏการกระทำที่เรียกว่าข่มขืนต่อภริยาในสมัยนั้น ประกอบกับหากภริยาหิบบกกล่าวอ้างว่าสามีข่มขืนตน ภริยาอาจจะต้องคิดว่าทำการหย่าร้างแล้วแต่สามีตามบทบัญญัติข้างต้น ภริยาทั้งหลายจึงเกิดความเกรงกลัวมิกล้าที่จะกล่าวโทษสามี⁸

แนวความคิดเช่นนี้ปรากฏอยู่เรื่อยมาในสังคมไทย การที่สามีข่มขืนหรือกระทำชำเราภริยาชอบด้วยกฎหมายของตนจึงไม่มีความผิดอาญาตามกฎหมายไทยแต่ปัจจุบัน มีการแก้ไขโดยถือว่าผิดกฎหมาย⁹ หากภรรยาไม่ยินยอมประกอบกับตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7144/2545, เนติบัณฑิตยสภา . น. 235.

⁸ จาก การกระทำความผิดทางเพศของบุคคลในครอบครัว (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์), โดย นฤพนธ์ จ้อยทองมูล, 2544, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁹ พระราชบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ปัจจุบันตามมาตรา 276 ซึ่งมุ่งถึงการให้ความคุ้มครอง บุคคลทุกเพศ โดยไม่จำกัดว่าจะเป็นหญิงหรือชาย โดยได้มีการบัญญัติเพิ่มเติมให้การคุ้มครองภริยา หรือ สามีที่จะไม่ให้ถูกล่วงเกินทางเพศจากคู่สมรสหากไม่ได้ให้ความยินยอม เพื่อลดปัญหาความรุนแรงที่เกิดขึ้นในครอบครัว และให้ผู้ที่จะกระทำความผิดต้องระมัดระวังก่อนที่จะกระทำการใดๆ ลงไป แต่ในขณะเดียวกันก็ประสงค์ที่จะลดความขัดแย้งในครอบครัวหากมีการกระทำความผิดตามมาตราที่เกิดขึ้น

บัญญัติไว้ในมาตรา 1461¹⁰ ระบุว่าเมื่อเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายแล้วต่างก็มีหน้าที่ในอันที่จะต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา และตามหลักจารีตประเพณีในสังคมไทยการอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยานั้นจำเป็นต้องมีการหลับนอนด้วยกัน ชายจึงมีสิทธิที่จะร่วมประเวณีกับภริยาของตนเองได้ หากภริยาขัดขืน สามีก็มีสิทธิที่จะใช้กำลังได้ตามสมควร¹¹ ด้วยเหตุนี้หากสามีใช้กำลังบังคับร่วมประเวณีกับภริยา สามีไม่มีความผิดตามมาตรา 276 แต่อาจเป็นความผิดต่อเสรีภาพ ตามมาตรา 309 ความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายตามมาตรา 391 หรือความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 เท่านั้น นอกจากนี้กรณีผู้อื่นใช้สามีให้ไปข่มขืนกระทำชำเราภริยา การกระทำของสามีไม่มีความผิด ผู้ใช้ก็ไม่มี ความผิดฐานนี้ด้วย¹²

ทั้งนี้ขอบเขตของความผิดเกี่ยวกับเพศฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอาญาของไทยตั้งแต่อดีตจนถึงก่อนมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2550 กฎหมายบัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญ กล่าวคือ ประกอบด้วยการกระทำอันเป็นการบังคับจิตใจที่คนคนหนึ่งได้กระทำต่อบุคคลอื่นให้กระทำตามที่ผู้บังคับจิตใจต้องการ การข่มขืนนี้จะโดยใช้กำลังหรือไม่ก็ได้ แต่เพียงบังคับก็ถือว่าข่มขืนได้แล้ว ที่ต้องกำหนดให้การข่มขืนเป็นองค์ประกอบหนึ่งของความผิดกรณีผู้ได้รับความเสียหายโดยตรงคือ ตัวหญิง เมื่อหญิงสมัครใจ ความเสียหายก็ไม่เกิด และไม่ควรถือว่าผิดแก่ชาย วิธีการในการข่มขืนนั้นกฎหมายกำหนดไว้โดยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใด กล่าวคือ โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น แยกอธิบายได้ดังนี้¹³

1) โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ คำว่า “ขู่เข็ญ” หมายความว่าทำให้กลัวโดยบังคับการขู่เข็ญจึงอาจกระทำด้วยภริยาหรืออาจก็ได้ และอาจขู่เข็ญด้วยเรื่องอะไรก็ได้ เป็นต้นว่า ขู่เข็ญว่าจะทำอันตรายต่อร่างกาย ชื่อเสียง ทรัพย์สิน หรือเสรีภาพของหญิงนั่นเองหรือของผู้อื่น แต่การขู่เข็ญนั้นต้องมีลักษณะที่ทำให้ผู้ถูกขู่เข็ญเกิดความกลัวถึงขนาดบังคับจิตใจให้ต้องยอมให้กระทำชำเรา เช่น ใช้ปืนขู่หญิงว่าถ้าไม่ยินยอมจะยิงให้ตายหรือจะยิงบุตรเล็กๆ ของหญิงซึ่งนอนอยู่ตรงนั้นให้ตาย เป็นต้น แต่ไหนเพียงจะถือว่าเป็นการทำให้ผู้ถูกขู่เข็ญเกิดความกลัวถึงขนาดบังคับจิตใจให้ต้องยอมกระทำชำเรา ต้องพิจารณาเป็นเรื่องๆ ไป โดยคำนึงถึงตัวหญิงนั่นเอง ลักษณะของการขู่เข็ญและ

¹⁰ มาตรา 1461 สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา สามีภริยาต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะของตน

¹¹ จาก “ข่มขืนกระทำชำเรา”, โดย จิน ดารา (2511), *บทบัญญัติ*, 25 ตอน 1, น. 75.

¹² จาก *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ* (พิมพ์ครั้งที่ 11). (น. 116), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2557, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹³ *ข่มขืนกระทำชำเรา* (น. 77). เล่มเดิม.

พฤติกรรมแวดล้อมประกอบ หญิงบางคนอาจมีประสาทอ่อน กลัวง่ายแต่หญิงบางคนอาจมีประสาทแข็ง กลัวยากกว่า ฉะนั้น การขู่เข็ญบางกรณีอาจทำให้หญิงหนึ่งเกิดความกลัวถึงขนาดดังกล่าว แต่ไม่อาจทำให้หญิงอีกคนหนึ่งเกิดความกลัวได้ อย่างไรก็ตามการขู่เข็ญนั้นไม่มีลักษณะที่จะทำให้เกิดความกลัวได้เลย แต่หญิงก็ยินยอมให้กระทำชำเรา ดังนี้อาจเห็นว่าเป็นการสมัครใจก็ได้ การขู่เข็ญว่าถ้าหญิงไม่ยอมให้กระทำชำเรา จะเปิดเผยความลับของหญิงที่ไปมีชู้กับชายอื่นให้สามีของหญิงทราบ หญิงจึงยินยอมให้กระทำชำเราเพราะกลัวสามีจะรู้ความลับดังกล่าวนี้ น่าจะถือว่าเป็นการ “ขู่เข็ญ” ตามข้อนี้ได้

2) ใช้กำลังประทุษร้าย คือ ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยแรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้ยาทำให้มึนเมา สะกดจิตหรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน ตามประมวลกฎหมายอาญาก่อนมีการแก้ไขปี พ.ศ. 2550 มาตรา 1(6)

3) หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หมายความว่า อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้จริงๆ ไม่ใช่ว่าอยู่ในภาวะที่สามารถขัดขืนได้แต่มีเหตุกดดันทำให้ความตั้งใจที่จะขัดขืนหมดไป เช่น หญิงกำลังเจ็บป่วยมีอาการอ่อนเพลียจนไม่มีแรงจะขัดขืน หรือหญิงกำลังหมดสติเพราะดื่มเหล้าหรือยาพิษหรือถูกสะกดจิต หรือกำลังนอนหลับ เป็นต้น แต่การเอายาปลุกกำหนดให้หญิงกินจนเกิดความรู้สึกรุนแรงและยอมให้ชายกระทำชำเรา เป็นเรื่องที่หญิงอยู่ในภาวะที่สามารถขัดขืนได้แต่สมัครใจให้ชายกระทำชำเราเอง เพราะหมดความตั้งใจที่จะขัดขืนด้วยแรงกำหนัดนั้น

หญิงวิกลจริตบางคนยอมให้ชายกระทำชำเราโดยไม่รู้ว่ายายทำอะไรแก่ตน การยินยอมเช่นนี้เป็นเพราะความผลัดดันของโรค ไม่ใช่เพราะความสมัครใจ เป็นการข่มขืน และควรถือว่าหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ทำนองเดียวกัน หญิงวิกลจริตบางคนชอบให้ชายกระทำชำเราที่ชอบเช่นนี้ก็เพราะความผลัดดันของโรค ไม่ใช่ความสมัครใจ ถ้าชายถือโอกาสกระทำชำเราก็น่าจะเป็นการข่มขืนและหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

4) ทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น การกระทำตามข้อนี้ เป็นการหลอกลวงหญิงให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นอันทำให้ยินยอมให้กระทำชำเรา ซึ่งถ้าหญิงไม่เข้าใจผิดเช่นนั้นแล้วจะไม่ยินยอมให้กระทำชำเรา เช่น เข้าหาภริยาของผู้อื่นในเวลากลางคืนแล้วทำกิริยาอาการเสมือนหนึ่งว่าตนเป็นสามีของหญิง หญิงเข้าใจผิดคิดว่าเป็นสามี จึงยินยอมให้กระทำชำเราเป็นต้น แต่ถ้าการทำตนเป็นบุคคลอื่นเป็นเพียงปลอมตัวไม่ให้หญิงจำได้ว่าเป็นใคร เช่น ดัดหน้าและแต่งตัวคล้ายให้เหมือนบุคคลอีกคนหนึ่ง ดังนี้ หากเป็นการทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นตามความหมายแห่งข้อนี้ไม่ เพราะการทำให้เข้าใจผิดเช่นนั้น ไม่เป็นเหตุให้หญิงยินยอมให้กระทำชำเรา

การกระทำชำเราแม้กฎหมายจะมีได้บัญญัตินิยามเอาไว้ แต่ศาลได้ให้คำจำกัดความว่า หมายรวมถึง การนำของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชาย “ล้วงล้ำ” เข้าไปในช่องส้วกหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง การกระทำเป็นความผิดสำเร็จทันทีแม้ผ่านเข้าไปเพียงเล็กน้อย ไม่ได้ผ่านเข้าไปทั้งหมดก็ตาม แม้ชายยังไม่สำเร็จความใคร่โดยน้ำอสุจิยังไม่เคลื่อน เชื้อพรหมจารีไม่ขาด¹⁴ ก็วินิจฉัยว่าเป็นความผิดสำเร็จแล้ว เพราะของลับของฝ่ายชายได้ “ล้วงล้ำ” เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงแล้ว ดังนั้น หากอวัยวะเพศชายผ่านเข้าไปไม่ได้ไม่ว่าจะเป็นเพราะอวัยวะเพศของผู้เสียหายเล็กเกินไป แม้อสุจิเคลื่อนเชื้อเปิดช่องคลอดขาดก็เป็นเพียงพยายาม อย่างไรก็ตาม แม้ชายจะได้สวมใส่อุปกรณ์ทางเพศแล้วสอดใส่เข้าไปในช่องคลอดของหญิง โดยหญิงไม่ยินยอม ถ้าในส่วนของอวัยวะเพศชายที่สวมใส่อุปกรณ์ทางเพศได้ล้วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดหญิง ก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จ แต่ถ้ายังไม่ล้วงล้ำเข้าไปก็เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราหญิง อวัยวะเพศของชายจะมีโอกาสสัมผัสกับอวัยวะเพศหญิงหรือไม่ ไม่เป็นข้อสำคัญ ซึ่งก็เปรียบเสมือนชายสวมใส่ถุงยางอนามัยซึ่งใช้เพื่อคุมกำเนิดในการร่วมเพศนั่นเอง¹⁵

พิจารณาองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและคำนิยามของ “การกระทำชำเรา” ที่ให้ไว้โดยศาลฎีกาทำให้กรณีดังต่อไปนี้ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จ กล่าวคือ

1) กรณีอวัยวะเพศชายไม่สามารถล้วงล้ำเข้าไปได้ เพราะอวัยวะเพศหญิงเล็กเกินไป หรืออวัยวะเพศชายไม่แข็งแรงพอ แม้น้ำอสุจิเคลื่อน เชื้อพรหมจารีขาด เป็นเพียงความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา

2) กรณีใช้อวัยวะเพศชายแต่ได้กระทำต่อช่องทางอื่นของหญิง เช่น ทางปากหรือทางทวารหนัก ไม่ใช่การชำเรา¹⁶ แต่เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร ดังเช่น¹⁷ คดีหนึ่งจำเลยได้ขึ้นใจผู้เสียหายโดยใช้ของลับของจำเลยใส่เข้าไปในทวารหนักของผู้เสียหาย คดีนี้มีปัญหาข้อกฎหมายว่า

¹⁴ พิกฎาฎีกาที่ 1133/2509 จำเลยได้กระทำชำเราผู้เสียหาย จนของลับของจำเลยได้เข้าไปในของลับของผู้เสียหายราว 1 องคุลีเช่นนี้ปัจจุบันถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 แล้ว การที่ทางพิจารณาไม่ปรากฏว่ามีน้ำอสุจิของจำเลยออกมาอยู่ที่ของลับของผู้เสียหายที่ของลับจำเลยนั้นเป็นเรื่องสำเร็จความใคร่แล้วหรือไม่ เป็นอีกส่วนหนึ่งไม่เป็นเหตุให้เห็นว่าจำเลยกระทำชำเราไม่สำเร็จหรือเป็นเพียงขึ้นพยายาม

¹⁵ จาก ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) โดย ประสิทธิ์ พัฒนอมร, 2524, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹⁶ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ (น. 115). เล่มเดิม.

¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518.

การที่ของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายล้วงล้ำเข้าไปในทวารหนักของหญิงจะเป็นการกระทำชำเราตามกฎหมายหรือไม่ ศาลฎีกาเห็นว่า จะเป็นการกระทำชำเราตามกฎหมาย ต้องปรากฏว่าของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายล้วงล้ำเข้าไปในช่องสัງวาส หรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง แต่คดีนี้ได้เห็นว่าของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของจำเลยไม่ได้ล้วงล้ำเข้าไปในช่องสัງวาส หรืออวัยวะสืบพันธุ์ของผู้เสียหาย แต่ได้ล้วงล้ำเข้าไปในทางทวารหนักของผู้เสียหาย ศาลฎีกาเห็นว่าการกระทำของจำเลยไม่เป็นการกระทำชำเราตามกฎหมายพิพากษายืน ถือคงผิดเฉพาะกระทำอนาจาร

3) กรณีใช้อวัยวะเพศชายล้วงล้ำทวารหนักของชายด้วยกัน ย่อมไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากมิใช่การล้วงล้ำเข้าไปในช่องอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงไม่เข้าตามคำจำกัดความการกระทำชำเราและไม่เข้าองค์ประกอบความผิดที่กำหนดให้ผู้ถูกระทำต้องเป็นหญิงเท่านั้น จึงเป็นเพียงความผิดฐานกระทำอนาจาร

4) กรณีมีการล้วงล้ำอวัยวะเพศของหญิง โดยใช้อวัยวะอื่นที่มีใช่อวัยวะสืบพันธุ์ของชาย เช่น ใช้มือหรือแขนล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง ก็ไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเช่นเดียวกัน

5) กรณีใช้อุปกรณ์ทางเพศ (Sexual tools) ล้วนๆ กระทำชำเราแก่หญิง ไม่ว่าจะกระทำโดยชายหรือหญิงย่อมไม่เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา เพราะอุปกรณ์ทางเพศดังกล่าวไม่เป็นอวัยวะเพศชาย การเอาวัตถุอื่นซึ่งมีใช่อวัยวะเพศของชายสอดใส่เข้าไปในช่องคลอดของหญิง ไม่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราแม้ว่าหญิงจะไม่ยินยอมถือว่าผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในปัจจุบัน¹⁸

6) กรณีหญิงต่อหญิงก็ไม่อาจกระทำชำเรากันเองได้ แม้หญิงหนึ่งจะทำกิริยาอาการคล้ายชายต่อหญิงอีกผู้หนึ่ง จนหญิงผู้ถูกระทำนั้นมีความรู้สึกคล้ายถูกชายกระทำชำเราก็ตาม ก็ไม่ใช่เป็นการ “กระทำชำเรา”¹⁹

มีข้อสังเกตว่ากรณีข้างต้นที่เป็นการใช้อวัยวะเพศล้วงล้ำต่อช่องปากหรือช่องทวารหนักของหญิงหรือชาย หรือการใช้วัตถุสิ่งของใดๆ หรืออวัยวะอื่นล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง แม้จะเป็นการล้วงล้ำเช่นเดียวกับการกระทำชำเราตามธรรมชาติ แต่การกระทำดังกล่าวไม่สามารถทำให้หญิงมีโอกาสตั้งครรภ์ได้ ศาลจึงไม่ตีความให้การกระทำดังกล่าวเข้าอยู่ในคำนิยามของการกระทำชำเรา

¹⁸ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ (พิมพ์ครั้งที่ 11) (น. 196), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2557, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹⁹ ข่มขืนกระทำชำเรา (น. 69), เล่มเดิม.

2.1.4 ประวัติความเป็นมาและวิวัฒนาการในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศตามหลักกฎหมายต่างประเทศ

การข่มขืนกระทำชำเรา (อังกฤษ: Rape) เป็นรูปแบบหนึ่งของการทำร้าย ซึ่งคนหนึ่งได้ใช้กำลังบังคับอีกคนหนึ่งให้มีเพศสัมพันธ์ด้วย ซึ่งขัดกับความต้องการหรือตั้งใจของคนๆ นั้น อาจจำกัดความได้ว่า ใช้กำลังทำให้อีกฝ่ายหนึ่งยินยอมจำนนในกิจกรรมทางเพศใดๆก็ตาม และนับเป็นอาชญากรรมทางเพศอีกอย่างหนึ่งที่มีความร้ายแรงที่สุด ในบางครั้งก็ยากในการฟ้องร้องดำเนินคดี ความรุนแรงทางเพศอาจเป็นอาชญากรรมที่ใช้ต่อสู้กัน ภายใต้กฎหมายสากล อาจไม่มีความยินยอมของอีกฝ่ายหนึ่ง เนื่องมาจากการทำให้เสียอิสรภาพ ที่ต้องการจะใช้ กำลังข่มขู่ ใช้รุนแรง หรืออาจเป็นเพราะความสามารถในการยินยอมได้ถูกทำให้เป็นโมฆะ หรือ ไร้ความสำคัญไป ในบางกรณี เช่น การยังไม่มีพัฒนาการตามวัยที่สมควร ความมึนเมา การยังไม่บรรลุนิติภาวะ และบางทีการถูกขู่ ก็ทำให้ความยินยอมเป็นโมฆะไป²⁰

ไม่มีความเข้าใจที่ชัดเจนที่จะแยกระหว่างการข่มขืนกระทำชำเรา และการจู่โจมทำลายที่เกี่ยวข้องกับอวัยวะเพศของคนหนึ่งหรือทั้งสองคนที่อยู่ในเหตุการณ์ เมื่อคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ถูกใช้ ความเข้าใจทางอาชญากรรมจะเป็นการใช้กำลังบังคับให้ทำกิจกรรมทางเพศอย่างใดอย่างหนึ่งและให้ร่วมประเวณี ในขณะที่การกระทำของอีกคนหนึ่งเพียงแค่สอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในช่องคลอดของฝ่ายหญิงเท่านั้น ในไม่กี่ปีมานี้ ได้มีหญิงผู้กระทำผิดในฐานะข่มขืนกระทำชำเราเพศชาย ครั้งนี้จึงได้มีการแบ่งแยก ระหว่างการข่มขืนกระทำชำเรา หรือข่มขืนทางเพศ และคำจำกัดความทางกฎหมายในด้านอื่นๆ ในขอบเขตศาลบางแห่ง การข่มขืนกระทำชำเราอาจหมายถึง การที่ผู้กระทำสอดใส่วัสดุอย่างใดอย่างหนึ่ง มากกว่าการที่ใช้แค่ร่างกายของตัวเอง เข้าไปในอวัยวะเพศของคนที่เป็นเป้าหมาย ในบางแห่ง อย่างเช่น รัฐมิชิแกนสหรัฐอเมริกา ไม่ใช่คำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ในกฎหมาย แต่จะใช้คำว่า “การกระทำผิดอาชญากรรมทางเพศ” (Criminal Sexual Conduct) สำหรับการกระทำที่อาจใช้ทางคำพูดที่เกี่ยวข้องกับ “การข่มขืนกระทำชำเรา” หรือ “การล่วงละเมิดทางเพศ”

คำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” มีต้นกำเนิดมาจากคำกริยาภาษาละตินว่า Rapare หมายถึง ฉวยไป หรือ เอามาโดยกำลัง คำนี้ในต้นกำเนิดไม่ได้มีความหมายทางเพศเลย และก็ยังคงใช้อย่างนี้เรื่อยมาในภาษาอังกฤษ ประวัติศาสตร์ของการข่มขืนกระทำชำเราและการเปลี่ยนไปในความหมายค่อนข้างซับซ้อน ในกฎหมายโรมัน การข่มขืนกระทำชำเราถูกจัดอยู่ในอาชญากรรมของการก่วล่วง ไม่เหมือนกับขโมยหรือโจรปล้น การข่มขืนกระทำชำเราถูกใช้ในความหมายที่ว่า “การกระทำ

²⁰ การข่มขืนกระทำชำเรา. สืบค้น 15 เมษายน 2557, จาก <http://th.wikipedia.org/wiki>.

ผิดต่อสาธารณะ” ซึ่งขัดแย้งกับ “การกระทำผิดต่อบุคคล” ซึ่งจารีอ็อกส์ตัน ออกกฎหมายปฏิรูปการข่มขืนกระทำชำเรา ภายใต้กฎหมาย Lex Julia de vi publica ซึ่งมีนามสกุลของพระองค์ คือ “Julia” ที่อยู่ใต้กฎหมาย ประพจน์ว่าประเวณี Lex Julia de adulteriis ที่โรมฟ้องร้องต่ออาชญากรรมประเภทนี้ จักรพรรดิจัสติเนียนยังคงใช้กฎหมายนี้สำหรับเอาผิดผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราตลอดศตวรรษที่ 6 ในอาณาจักรโรมันตะวันออก ในยุคโบราณตอนปลาย คำว่า Raptus หมายถึง การลักพาเรียกค่าไถ่, การหนีตามกันไป, การปล้น หรือการข่มขืนกระทำชำเรา ในความหมายปัจจุบัน ความสับสนระหว่างคำนี้ ได้เกิดขึ้น เมื่อผู้เขียนจดหมายเหตุของคริสตจักรในสมัยแรก ใช้แยกแยะระหว่าง การหนีตามกันไปเอง โดยไม่ได้รับความยินยอมจาก บิดามารดา และ การก่อกวน ทั้งสองอย่างนี้ มีบทลงโทษทางการเมือง โดยอาจจะถูกขับออกจากกลุ่มของครอบครัวหรือหมู่บ้านของผู้หญิงที่ได้ถูกลักพาตัวไป ถึงแม้ว่ากฎหมายฉบับนี้จะทำให้เกิดการลงโทษ การทำให้เสียโฉม หรือความตายแล้วก็ตาม ผ่านส่วนต่างๆ ของประวัติศาสตร์ อาชญากรรมการข่มขืนกระทำชำเรา ถูกมองน้อยกว่าว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของการบังคับความต้องการของเพศหญิง แต่เป็นอาชญากรรมที่รุนแรงต่อทรัพย์สินของบุรุษ ผู้ที่เป็นเจ้าของเธอ ในอดีต เรื่องนี้ค่อนข้างจะจริงในกรณีของพรหมจารีที่มีคู่หมั้นไว้แล้ว ถ้าหากเสียความบริสุทธิ์ จะถูกมองว่าเสียคุณค่าอย่างรุนแรง ต่อสามีของเธอ ในกฎหมาย กรณีนี้ จะถือว่าการหมั้นโมฆะ และต้องมีการจ่ายค่าเสียหาย จากชายที่เป็นฝ่ายข่มขืนกระทำชำเรา แก่ครอบครัวของฝ่ายหญิง ภายใต้กฎหมายของพระคัมภีร์ไบเบิลในสมัยแรก ผู้ข่มขืนกระทำชำเรา จะต้องแต่งงานกับผู้หญิงที่ยังไม่ได้แต่งงาน โดยไม่ต้องรับโทษ หากว่าพ่อของเธอยินยอม ในเรื่องของความรุนแรงต่อความต้องการของเพศหญิงนี้ แบ่งได้เป็นสองแบบ แบบแรก คือในความหมายของการข่มขืนกระทำชำเรา และอีกอันคือ การที่ผู้ชายผู้หญิงบังคับครอบครัวเขาให้พวกเขาได้แต่งงานกัน

ในยุคโบราณของกรีกและโรมันจนถึงยุคล่าอาณานิคม ข่มขืนกระทำชำเราเทียบคู่ไปได้กับการลอบวางเพลิง การขายชาติ และการฆาตกรรม เลยทีเดียว จะได้รับการลงโทษประหารชีวิต “คนที่ทำการข่มขืนกระทำชำเราจะต้องได้รับโทษประหารที่มีมากมายหลายแบบ ซึ่งก็ดูเหมือนว่าจะโหดร้าย เลือดสาด และ ณ เวลานั้น ก็น่าตื่นเต้น” ในศตวรรษที่ 12 ญาติของผู้เสียหาย จะถูกให้ทางเลือกที่จะประหารผู้กระทำผิดด้วยตัวพวกเขาเอง ในอังกฤษ ในศตวรรษที่ 14 ตอนต้น เขี้ยวของการข่มขืนกระทำชำเรา จะถูกคาดหวังให้ควักลูกตาหรือตีลูกอ้นทะของผู้กระทำผิดให้แตกด้วยตัวของเธอเอง กฎหมายของอังกฤษระบุว่า การข่มขืนกระทำชำเราถือเป็นต้นเหตุรุนแรง ขัดขืนต่อเพศหญิงและความต้องการของเธอ กฎหมายสามัญระบุว่า ต้นเหตุนี้คือการสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง (และรวมถึงการกระทำอื่นๆภายนอก) อาชญากรรมการข่มขืนกระทำชำเรามีความแตกต่างในขอบข่ายที่ว่ามันมุ่งเน้นไปที่สภาพของจิตใจที่ไม่ได้มีการยินยอม และการกระทำที่ไม่มีการยินยอม

หมายความว่า การแจ้งความเป็นเท็จ เพราะผู้คนมักจะกล่าวว่าเป็นความผิดของเหยื่อผู้มาแจ้ง ส่วนที่สำคัญอย่างหนึ่งของประวัติศาสตร์การข่มขืนกระทำชำเราคือการก่อตั้งมูลนิธิ RAINN ในปี 1994 โดย Tori Amos (คารานักร้องชื่อดัง) และ Scott Berkowitz RAINN เป็นศูนย์กลางทางประวัติศาสตร์สมัยใหม่ ของการเคลื่อนไหวการช่วยผู้ประสบภัยข่มขืนกระทำชำเรา และทำให้มีสายด่วนให้ความช่วยเหลือ เก็บสถิติ และให้ข้อมูลผ่านโทรศัพท์เป็นที่แรกๆ การข่มขืนกระทำชำเราแบบชายกับชาย ถูกปิดบังเป็นความลับเป็นเวลานานตามประวัติศาสตร์ ถือเป็นเรื่องน่าอายเพราะต้องถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยผู้ชายอีกคนหนึ่ง นักจิตวิทยาชื่อ Dr. Sarah Crome ได้มีรายงานว่า การข่มขืนกระทำชำเราของผู้ชายน้อยกว่า 1 ใน 10 ถูกแจ้งความเข้ามา และโดยคนหมู่มาก กล่าวว่าเหยื่อของการถูกข่มขืนกระทำชำเราเพศชายไม่มีการช่วยเหลือและสนับสนุนมากเพียงพอ รวมถึงกฎหมายที่ไม่สามารถจัดการดูแลเรื่องนี้ได้อย่างเต็มที่วัฒนธรรมทั่วโลกส่วนใหญ่ไม่คิดว่าจะเป็นไปได้ที่ผู้หญิงจะข่มขืนกระทำชำเราผู้ชายหรือผู้หญิงด้วยกันเองได้ บทลงโทษทางกฎหมายส่วนใหญ่จึงไม่ได้ระบุลงไป การข่มขืนกระทำชำเราจะถูกจำกัดความด้วยทั่วไปว่า เป็นการสอดใส่เข้าไปกระทำโดยผู้ข่มขืนกระทำชำเรา ในปี 2007 ในแอฟริกาใต้ กลุ่มของผู้หญิงสาวถูกแจ้งความว่าข่มขืนกระทำชำเราผู้ชายคนหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ยังถูกปกคลุมอยู่ด้วยเหตุการณ์ที่โดดเด่นกว่า ของเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราปกติ และมักจะถูกอ้างถึงอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะกลุ่มเพศหญิงและความสนใจเกี่ยวกับเพศหญิง และเหตุการณ์ทางเพศ ในฐานะของความสนใจเพื่อเพิ่มความเข้าใจ ทั้งนี้จะได้ทราบประวัติศาสตร์ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งมีความเป็นมา กล่าวคือ

1) การข่มขืนกระทำชำเราและสงคราม

การข่มขืนกระทำชำเรา ในฐานะมูลเหตุของสงคราม ย้อนกลับไปในสมัยโบราณ ไกลเท่าที่กัมพูชาถึงในคัมภีร์ไบเบิล ทหารชาวอิสราเอล กรีก เปอร์เซีย และโรมัน มักจะข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิงและเด็กชาย ในพื้นที่ที่เขาได้ครอบครอง ในยุคปัจจุบัน การข่มขืนกระทำชำเราถูกนับว่าเป็นอาชญากรรมสงคราม เมื่อถูกทำโดยทหาร หรือกองกำลังมากถึง 80,000 คน ผู้หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยทหารญี่ปุ่นใน 6 สัปดาห์ของการฆ่าหมู่ในนานกิง คำพูดที่ว่า “ผู้หญิงที่ช่วยให้สบาย” เป็นคำนูนวลที่ใช้ในการบังคับผู้หญิงประมาณ 200,000 คนให้เป็นโสเภณีในช่องทหารญี่ปุ่น ในสงครามโลกครั้งที่ 2 หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 จบลง ทหารกองทัพแดง ข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิงประมาณ 2,000,000 คนของเยอรมันรวมถึง เด็ก ทหารโมร็อกโก – ฝรั่งเศส รู้จักในนามของ กูเมียร์ (Goumiers) ได้ข่มขืนกระทำชำเราและทำอาชญากรรมสงครามอื่นๆ หลังการสู้รบที่ Monte Cassino มีคำกล่าวว่ามีผู้หญิงประมาณ 200,000 คน ถูกข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสงครามประกาศอิสรภาพของบังคลาเทศโดยทหารชาวปากีสถาน แม้จะเป็นที่ถกเถียงกันมากก็ตาม Sarmila Bose และผู้หญิงอิสลามของ Bosnia ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยกองกำลังชาวเซิร์บ ระหว่าง

สงครามบอสเนีย การแพร่ข่าวลือเรื่องสงครามมักจะทำให้เกิดการปฏิบัติต่อประชากรในท้องถิ่นต่างๆ ไม่ดี โดยกองกำลังของศัตรู เพราะเหตุนี้มันจึงยากในทางปฏิบัติและในทางนโยบายทางการเมืองที่จะมองอย่างคมชัด ว่ามีอะไรเกิดขึ้นกันแน่²¹

2) คำจำกัดความของการข่มขืนกระทำชำเรา

ในการตัดสินคดีความอาชญากรรมต่อการข่มขืนกระทำชำเรา ถูกให้นิยามเมื่อมีการร่วมประเวณีเกิดขึ้นหรือพยายามทำให้เกิด โดยไม่มีการยินยอมโดยสมควร เมื่อมีคนใดคนหนึ่งไม่ยอมมาเกี่ยวข้องด้วย และมักจะมีคำจำกัดความของการสอดใส่เข้าไปในช่องคลอดหรือทวารหนักโดยอวัยวะเพศชาย ในบางการตัดสิน การสอดใส่ไม่จำเป็นต้องใช้องคชาติ แต่สามารถเป็นอวัยวะส่วนอื่นของร่างกาย เช่น นิ้วหนึ่งนิ้วหรือมากกว่านั้น หรือการสอดใส่ทางอื่นๆ เช่น ทางปาก ร่องอก หรือร่องก้น หรือ โดยวัตถุ เช่น ขวด หรืออีกนิยามคือการผลักดันโดยใช้อวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักบนองคชาติของเพศชาย โดยผู้กระทำเป็นผู้หญิงคำตัดสินอื่นขยายความว่า คำว่า ข่มขืนกระทำชำเรา หมายถึงกิจการใดๆ ที่กระทำโดยใช้อวัยวะเพศ ของคนหนึ่งคนหรือสองคน ในเวลานั้น ตัวอย่างเช่น การใช้ปากหรือใช้มือสำเร็จความใคร่ให้กับผู้อื่น โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ถูกกระทำภายใต้การขู่บังคับประเภทต่างๆ การใช้กำลัง ความรุนแรง การแบล็กเมล์ และอื่นๆ การวินิจฉัยอ่อนแอหรือไร้ความสามารถ โดยแอลกอฮอล์ หรือยาชนิดอื่นๆ ไม่ว่ายานั้นจะถูกหรือผิดกฎหมายก็ตามการตัดสินใจอ่อนแอ อาจมาจากความป่วยไข้ หรือไม่มีพัฒนาการตามวัยสมควรอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่จะให้การยินยอม ที่นับว่าถูกตามกฎหมายได้การข่มขืนกระทำชำเราผู้มีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่ยินยอมให้ร่วมประเวณีด้วยได้ (Statutory Rape) นับการมีการสัมพันธ์ทางเพศว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา โดยไม่จำเป็นว่า มีการใช้อำนาจบังคับหรือเป็นอีกฝ่ายพร้อมใจหรือไม่ กฎหมายแบบนี้ เป็นเรื่องปกติและมีขึ้นเพื่อป้องกันผู้ใหญ่ที่อยากจะมีเพศสัมพันธ์กับเด็ก ที่ดูเหมือนว่าจะยังไม่สามารถให้การตัดสินใจที่มีรอบคอบ

ในบทลงโทษของกฎหมายบราซิล กล่าวถึงการข่มขืนกระทำชำเราว่า ต้องเป็นการมีเพศสัมพันธ์ทางช่องคลอดเท่านั้น ดังนั้น จึงไม่เหมือนในยุโรปและอเมริกาส่วนมาก ผู้ชายข่มขืนกระทำชำเราผู้ชาย การข่มขืนกระทำชำเราทางทวารหนัก และการข่มขืนกระทำชำเราทางปาก ไม่นับว่าเป็นอาชญากรรม ในกรณีนี้ จะนับว่าเป็น “ความพยายามอย่างรุนแรงต่อผู้ความอ่อนน้อมของคนๆหนึ่ง” เท่านั้น บทลงโทษเองก็เช่นเดียวกันในสก็อตแลนด์ การข่มขืนกระทำชำเราเป็นการระบุเพศลงไป หมายความว่ามันสามารถทำได้โดยผู้ชายต่อผู้หญิงเท่านั้น ปาก ทวารหนัก จะไม่นับว่าเป็น “การข่มขืนกระทำชำเรา” รวมถึงการสอดใส่ทางอื่นๆ ด้วย คำจำกัดความถูกใช้โดยศาล

²¹ From *To respectability and back: A ten year view of the anti-rape movement* (pp. 114-118), By Fight Back!. Pride, A. 1981.

สากลของวันคาตามท้องที่ในปี 1998 ว่า “การบุกรุกทางร่างกายในความเป็นธรรมชาติในเรื่องเพศกระทำโดยบุคคลภายใต้สถานการณ์ที่ใช้กำลังบังคับ” ในการตัดสินอย่างเจาะจงลงไป มันเป็นไปได้ที่จะตัดสินว่ามีความผิด ระหว่างคู่สามีภรรยา เพราะต่างก็อยู่บนพื้นฐานของ “ความยินยอมโดยนัย” หรือ ในกรณีของอาณานิคมอังกฤษก่อนหน้านี้ เพราะข้อเรียกร้องของการเห็นชอบด้วยกฎหมาย ว่าการร่วมประเวณี ถือเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอยู่นอกขอบข่ายของการแต่งงาน อย่างไรก็ตาม ในหลายๆการตัดสิน สามารถที่จะนำการฟ้องร้องดำเนินคดีได้โดยระบุลงไปว่าเป็นการข่มขืน

3) สาเหตุของการข่มขืนกระทำชำเรา

การดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์หรือการใช้สิ่งเสพติด มักจะเกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเรา ใน 47% ของการข่มขืนกระทำชำเราทั้งเหยื่อและผู้กระทำผิดจะดื่มเหล้า มีเพียง 17% ที่ผู้กระทำผิดเท่านั้นดื่ม 7% ของเหยื่อทั้งหมดเท่านั้นที่ดื่ม การข่มขืนกระทำชำเราที่ไม่มีการดื่มเหล้าทั้งผู้กระทำและเหยื่อมีเพียง 29% ของทั้งหมด สาเหตุที่เป็นแรงจูงใจของผู้ข่มขืนกระทำชำเราจะมีแตกต่างกันไป

ส่วนใหญ่พบว่า มูลเหตุของการข่มขืนกระทำชำเราคือ ความปรารถนาที่ก้าวร้าวที่ต้องการจะอยู่เหนือฝ่ายตรงข้าม มากกว่าต้องการที่จะได้รับความสุขทางเพศ ความปรารถนาทางเพศอาจเป็นเพียงแค่ปัจจัยหนึ่งเท่านั้น การข่มขืนกระทำชำเรานั้นเป็นการกระทำทารุณมากกว่าการเผชิญหน้ากันทางเพศ การขายบริการทางเพศ อาจเป็นสิ่งที่ชักนำสู่การข่มขืนกระทำชำเรา นักข่มขืนกระทำชำเราส่วนมากไม่มีการเลือกว่าจะข่มขืนกระทำชำเรา นักข่มขืนกระทำชำเราจะถูกกระตุ้นโดยภาพที่ดึงดูดของการพึงพาอาศัยกันและมีความสุขในเรื่องเซ็กส์ มากกว่าการข่มขืนกระทำชำเราที่ต้องใช้ความรุนแรงเข้ามาเกี่ยวข้อง แต่ไม่มีความแตกต่างกันมากนักระหว่างรูปแบบของการกระตุ้นอารมณ์ของนักข่มขืนกระทำชำเรา

4) ประเภทของการข่มขืนกระทำชำเรา

มีประเภทของการข่มขืนกระทำชำเรา 6-7 อย่าง โดยมากจะถูกจำแนกออกโดยเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น บุคลิกของเหยื่อ และบุคลิกของผู้ก่อเหตุ ประเภทที่แตกต่างของการข่มขืนกระทำชำเราอยู่ด้วยกัน แต่ไม่ได้หมายความว่านั่นคือจบ เช่น การข่มขืนกระทำชำเราขณะออกเดท การข่มขืนกระทำชำเราแบบกลุ่ม การข่มขืนกระทำชำเราในสมรส การข่มขืนกระทำชำเราในห้องคุมขัง การข่มขืนกระทำชำเราโดยคนรู้จัก และการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสงครามแม้ว่าคนพยายามจะทักท้อเอง แต่การข่มขืนกระทำชำเราโดยคนแปลกหน้าเกิดขึ้นน้อยที่สุดเมื่อเทียบกับรูปแบบอื่นของการข่มขืนกระทำชำเรา อย่างไรก็ตามการข่มขืนกระทำชำเราแบบนี้พบได้บ่อยในข่าวอาชญากรรม

5) ผลกระทบของการข่มขืนกระทำชำเรา

หลังถูกข่มขืนกระทำชำเราเป็นเรื่องปกติสำหรับเหยื่อที่จะประสบกับความเครียด และบางครั้งก็คาดเดาไม่ได้ ความรู้สึกอ่อนไหวมาก และพวกเขาอาจจะพบว่ายากที่จะจัดการกับความทรงจำของพวกเขาต่อเหตุการณ์ ผู้ถูกกระทำอาจรู้สึกบาดเจ็บอย่างรุนแรงจากการขู่บังคับและอาจพบความยากลำบากในการดำเนินชีวิตปกติ ไม่มีสมาธิ รูปแบบการนอนและการรับประทานอาหารเปลี่ยนไป เช่น อาจรู้สึกดีในการอยู่ที่ขอบเตียง ในหลายเดือนต่อมาหลังเกิดเหตุการณ์ ปัญหาเหล่านี้จะรุนแรงขึ้น เสรีาสลคมมากขึ้น และอาจทำให้ผู้ประสบเหตุการณ์ไม่บอกเล่าเหตุการณ์เหล่านี้กับเพื่อนหรือคนในครอบครัว ไม่ไปแจ้งความกับตำรวจหรือมองหาการให้คำปรึกษา นี่อาจมีผลต่ออาการเครียดอย่างรุนแรงและควบคุมไม่ได้ (Acute Stress Disorder) ซึ่งมีอาการดังนี้

- 1) รู้สึกชา และถูกตัดขาด เหมือนอยู่ในภวังค์หรือความฝัน หรือรู้สึกว่าโลกนี้เปลี่ยนไปและไม่เป็นความจริง
- 2) ยากที่จะจำเหตุการณ์ส่วนสำคัญของการขู่บังคับได้
- 3) ผ่อนบรรเทาความรู้สึกแย่ๆ ได้โดยการคิดซ้ำแล้วซ้ำอีกในความทรงจำอันนั้น
- 4) หลีกเลียงสิ่งของ สถานที่ ความคิด ความรู้สึก ที่จะเตือนถึงการขู่บังคับวันนั้น
- 5) เครียดกังวลเพิ่มสูงขึ้น หรือถูกรุกเร้าได้ง่าย นอนหลับยาก ควบคุมสมาธิยาก ฯลฯ
- 6) หลีกเลียงการใช้ชีวิตในสังคม หรือสถานที่ที่เกิดเหตุ เป็นต้น²²

2.2 แนวคิดและการตีความเกี่ยวกับขอบเขตความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเรา

2.2.1 การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา

ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ว่าด้วย “บทบัญญัติทั่วไป” กล่าวถึง “บทบัญญัติที่ใช้แก่ความผิดทั่วไป” อันได้แก่บทนิยาม การใช้กฎหมายอาญา โทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัยความรับผิดชอบในทางอาญา การพยายามกระทำความผิด ตัวการและผู้สนับสนุน การกระทำความผิดหลายบทหรือหลายกระทง การกระทำความผิดอีก และอายุความ และ “บทบัญญัติที่ใช้แก่ความผิดลหุโทษ” ซึ่งเป็นการวางโครงสร้างอย่างหนึ่ง แต่ในโครงสร้างดังกล่าวนี้มีได้แสดงให้เห็นโดยตรงถึง “โครงสร้างของความผิดอาญา” ว่าเป็นอย่างไร เหตุนี้จึงเป็นภารกิจของวิชานิติศาสตร์ที่จะต้องกำหนดรู้เรื่อง “โครงสร้างของความผิดอาญา”²³

²² จาก จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย. (ม.ป.พ.) ภาควิชาสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย บทความวิชาการ เรื่อง ผู้หญิงไทยกับภัยอาชญากรรมทางเพศ. น. 2-5.

²³ จาก กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 111), โดย คณิต ณ นคร, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

การกำหนดรู้เรื่อง “โครงสร้างของความผิดอาญา” นั้น มิใช่เพียงการจัดระบบกำหนดรู้เอาตามใจชอบ แต่ต้องเป็นการจัดระบบกำหนดรู้ที่สามารถยืนยันความถูกต้องในทางวิชาการของวิชานิติศาสตร์ได้ด้วย กล่าวคือ การจัดระบบกำหนดรู้ นั้น จะต้องนำมาซึ่งความชัดเจนและปราศจากข้อโต้แย้ง

วิชานิติศาสตร์เป็น “ศาสตร์ในทางปทัสถาน” จึงไม่อาจทำการศึกษาวิจัยโดยใช้การสังเกตและการทดลองดังเช่นวิชาวิทยาศาสตร์ แต่การศึกษาวิจัยทางนิติศาสตร์จะกระทำโดยการยืนยันว่าวิชานิติศาสตร์มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกันอย่างเป็นระบบอย่างไร

ในการที่นักนิติศาสตร์พยายามแสวงหาความถูกต้องในทางระบบของ “โครงสร้างของความผิดอาญา” นั้น นักนิติศาสตร์ประสบปัญหาสองประการ คือ

(1) นักนิติศาสตร์ต้องกำหนดกฎเกณฑ์จากกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น ซึ่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นอาจมีความขัดแย้งกันหรือมีระบบที่แตกต่างกันในตัวเองได้

(2) ในการกำหนดกฎเกณฑ์นั้นนักนิติศาสตร์ไม่เพียงแต่จะแสดงให้เห็นถึงความถูกต้องของระบบ แต่จะต้องแสดงให้เห็นถึงความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติด้วย กล่าวคือ จะต้องเปิดช่องให้เกิดคำวินิจฉัยที่เป็นที่ยอมรับกันได้ด้วย

การวิเคราะห์ “โครงสร้างของความผิดอาญา” ของประเทศต่างๆ มีการวิเคราะห์ที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งความแตกต่างกันนี้มีสาเหตุขึ้นจากความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมาย ดังกล่าวคือ มิได้เกิดขึ้นจากความแตกต่างระหว่างระบบคอมมอนลอว์ (Common law) กับระบบซีวิลลอว์ (Civil law) เท่านั้น แม้การวิเคราะห์ “โครงสร้างของความผิดอาญา” ของประเทศในระบบซีวิลลอว์ (Civil law) ด้วยกันเองก็ยังคงมีความเห็นในเรื่อง “โครงสร้างของความผิดอาญา” แตกต่างกัน

แม้ว่าประเทศไทยเราจะได้รับเอาระบบซีวิลลอว์ (Civil law) แต่ในอดีตเรากลับนิยามส่งคนไปศึกษากฎหมายที่ประเทศอังกฤษมากกว่าที่ประเทศยุโรปภาคพื้น²⁴ นักกฎหมายของไทยเราที่สำเร็จการศึกษาจากต่างประเทศจึงอาจแบ่งออกได้เป็นสองกลุ่ม คือ กลุ่มที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศอังกฤษซึ่งมีจำนวนมาก และกลุ่มที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศในยุโรปภาคพื้นซึ่งมีจำนวนน้อยกว่า และนักกฎหมายที่สำเร็จการศึกษาจากต่างประเทศเหล่านี้มีอิทธิพลในทางความคิดในเรื่องกฎหมายอาญาที่สูงมาก การอธิบายกฎหมายอาญาในส่วนของ “โครงสร้างของความผิดอาญา” จึงมีความแตกต่างกันอย่างมาก เช่น

²⁴ จาก นิติธรรมอำนาจในนิติศาสตร์ไทย หนังสือรวมบทความ (น. 7,14), โดย คณิศ ฌ นกร, 2548, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

1) โครงสร้างของความผิดอาญาของคอมมอนลอว์ (Common Law)

แรกเริ่มเดิมทีนั้น แม้ประเทศไทยจะรับเอาระบบซีวิลลอว์ (Civil law) แต่ความคิดเกี่ยวกับกฎหมายอาญาของคอมมอนลอว์ (Common law) มีอิทธิพลต่อการเรียนการสอนในสถาบันการศึกษากฎหมายของประเทศไทยเราสูงมาก เพราะนักกฎหมายไทยที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศอังกฤษมีบทบาทสูงทั้งในกระบวนการยุติธรรมและในการเรียนการสอนกฎหมาย นักกฎหมายไทยดังกล่าวจึงได้นำเอาหลัก mensrea มาใช้ในการอธิบายกฎหมายอาญากันอย่างเป็นสำคัญ²⁵

หลักเกี่ยวกับ “ความผิดอาญา” ของคอมมอนลอว์ (Common law) มีว่า “Actus non facit reum, nisi mens sit rea” ซึ่งหมายความว่า

“การกระทำไม่ทำให้ (ผู้กระทำของการกระทำนั้น) เป็นความผิด หากไม่มีจิตใจที่ชั่วร้าย กล่าวคือ จิตใจที่เป็นอาชญากรรม เจตนาและการกระทำทั้งสองอย่างนี้ต้องประกอบกันจึงจะทำให้เป็นความผิดอาญา²⁶

ดังนั้น ความผิดอาญา ของคอมมอนลอว์ (Common law) จึงประกอบด้วยส่วนประกอบ (element) ต่างๆ ที่สำคัญ 2 ส่วน คือ

(1) Actus reus หรือ criminal act และ

(2) Mens rea หรือ criminal intent

นักกฎหมายของไทยเราได้เดินตามหลักนี้มานานมาก แม้ต่อมาเมื่อได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันเมื่อปี พ.ศ. 2500 ความคิดในทางกฎหมายอาญาตามแนวทางคอมมอนลอว์ (Common law) ก็ยังหลงเหลืออยู่²⁷

พื้นฐานความคิดเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาของคอมมอนลอว์ (Common law) แตกต่างจากพื้นฐานความคิดเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาของซีวิลลอว์ (Civil law) กล่าวคือ ในขณะที่พื้นฐานความคิดเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาของซีวิลลอว์ (Civil law) เป็น “ความรับผิดชอบ

²⁵ จาก ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์), โดย แสง บุญเฉลิมวิภาส, 2524, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

²⁶ An act does not make (the doer of it) guilty, unless the mind be guilty; that is, unless the intention be criminal. The intent and the act must both concur to constitute the crime.

²⁷ จาก อาญาภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 175), โดย พิชณน์ จักรางกูร, 2525, กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานคร.

ในการกระทำ” แต่พื้นฐานความคิดเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาของคอมมอนลอว์ (Common law) เป็น“ความรับผิดชอบ”²⁸

ในกรณีการยิงศพนั้น นักกฎหมายฝ่ายคอมมอนลอว์ (Common law) เห็นว่าแม้ผู้กระทำ จะมี mensrea แต่ในส่วน actusreus ยังไม่สมบูรณ์ เพราะแม้จะมี actus แต่ไม่มี reus กล่าวคือ ผลคือ ความตายไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย นักกฎหมายฝ่ายคอมมอนลอว์ (Common law) จึงเห็นว่ากรณีการยิง ศพเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบแต่ในกรณีการยิงศพสำหรับนักกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law) นั้น นักกฎหมายฝ่ายซีวิลลอว์ (Civil law) กลับเห็นว่า การยิงศพเป็นการกระทำที่ผู้กระทำรู้ (สำคัญ ว่ายังมีชีวิตอยู่) ว่ากรรมของการกระทำนั้นเป็นมนุษย์ และผู้กระทำต้องการให้มนุษย์นั้นถึงแก่ความ ตาย เมื่อความตายไม่อาจเกิดขึ้นได้ กรณีก็เป็นความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่นอันเป็นการพยายาม กระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแท้แน่

หลัก mensrea นั้น ไม่มีในระบบกฎหมายของไทยเรา ฉะนั้น การที่นักนิติศาสตร์ไทย เราได้นำเอาหลัก mensrea มาอธิบายกฎหมายอาญาจึงไม่ถูกต้องมาตั้งแต่ต้น

2) โครงสร้างของความผิดอาญาฝรั่งเศส

ในจำนวนกลุ่มนักกฎหมายของไทยเราที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศยุโรปภาคพื้น นั้น กล่าวได้ว่าผู้ที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศฝรั่งเศสมีบทบาทในการเรียนการสอนกฎหมายอาญา อย่างสูงมาก และนักกฎหมายที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศฝรั่งเศสผู้ที่ได้นำแนวคิดในทางอาญา ของฝรั่งเศสมาอธิบายกฎหมายอาญาของเราที่สำคัญคือศาสตราจารย์วิจิตร ลุลิตานนท์

ศาสตราจารย์วิจิตร ลุลิตานนท์ อธิบายว่า ความผิดอาญามีหลักสามประการ คือ

- (1) ข้อสาระทางกฎหมาย
- (2) ข้อสาระทางเจตนา และ
- (3) ข้อสาระทางการกระทำ²⁹

สำหรับศาสตราจารย์จิตติ ดิงศักดิ์ย์ นั้น แม้จะมีได้สำเร็จการศึกษาจากประเทศฝรั่งเศส แต่ในการเขียนตำรากฎหมายอาญา ภาค 1 ก็ได้อ้างอิงหนังสือกฎหมายของฝรั่งเศสเป็นสำคัญ และ อธิบายว่า

“การกระทำความผิดอาญาต้องประกอบพร้อมด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

- 1) ต้องมีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำใดเป็นความผิด
- 2) ต้องมีการกระทำที่กฎหมายบัญญัติไว้ นั้น และ

²⁸ นิติธรรมอาพรางในนิติศาสตร์ไทย หนังสือรวมบทความ (น.14). เล่มเดิม.

²⁹ จาก กฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 4) (น. 80-85), โดย วิจิตร ลุลิตานนท์, 2507, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

3) การกระทำนั้นต้องประกอบด้วยสภาพทางจิตใจ ซึ่งตามปกติก็ได้แก่เจตนากระทำ เว้นแต่บางกรณีที่ยกเว้นไว้เป็นอย่างอื่น”³⁰

ทั้งนี้ความเห็นและคำอธิบายกฎหมายอาญาของศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ เป็นอย่างเดียวกับความเห็นและคำอธิบายกฎหมายอาญาของศาสตราจารย์วิจิตร ลุติตานนท์ นั่นเอง เพราะในการอธิบายข้อแรกนั้นทั้งศาสตราจารย์วิจิตร ลุติตานนท์ และศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ต่างก็อธิบายเนื้อหาของมาตรา 2

สรุปว่า “โครงสร้างของความผิดอาญา” ของฝรั่งเศสนั้น ประกอบด้วยข้อสาระสามประการดังที่ศาสตราจารย์วิจิตร ลุติตานนท์ ได้กล่าวมาข้างต้น

3) โครงสร้างของความผิดอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

นักนิติศาสตร์ไทยเราที่ได้นำเอา “โครงสร้างของความผิดอาญา” ของเยอรมันมาอธิบายกฎหมายอาญาของไทยเราเป็นคนแรกคือศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย โดยศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้เขียนบทความกฎหมายอาญาเรื่องหนึ่งขึ้นในปี พ.ศ. 2483³¹ ในบทความนี้ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้กล่าวถึง “โครงสร้างของความผิดอาญา” ของเยอรมันไว้โดยตรง

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้กล่าวถึง “โครงสร้างของความผิดอาญา” ว่ามีส่วนสามส่วน คือ³²

- (1) การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ
- (2) ความผิดกฎหมาย และ
- (3) ความชั่วร้ายหรือความชั่ว

และโดยที่ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย อธิบายเรื่อง “การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” ว่าเป็นเรื่องของการกระทำที่ปรากฏภายนอกเท่านั้น ส่วนเรื่อง “ความชั่วร้ายหรือความชั่ว” ได้อธิบายว่า ผู้กระทำจะมีความชั่วร้ายต่อเมื่อได้กระทำโดยความรู้สึกผิดชอบและได้กระทำโดยเจตนาหรือประมาท ดังนั้น “โครงสร้างของความผิดอาญา” ที่ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย กล่าวถึงนั้น จึงเป็น “โครงสร้างของความผิดอาญา” ของ “ฝ่ายผลกำหนด” นั่นเอง

³⁰ จาก กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1 (พิมพ์ครั้งที่ 7). ตอน 2 (พิมพ์ครั้งที่ 6), โดย จิตติ ดิงศภัทย์, 2547, และดู สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา รวบรวมโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ดิเรก ควรสมาคม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพายัพ (พิมพ์ครั้งที่ 1). น. 18-19.

³¹ จาก “การวินิจฉัยปัญหาอาญา” โดย หยุด แสงอุทัย. บทบัญญัติ, 11, น. 2481-2483.

³² จาก กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 113-115), โดย คณิต ณ นคร, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

นักวิชาการเยอรมันที่กล่าวถึง “โครงสร้างของความผิดอาญา” เดิมมีแต่ “ฝ่ายผลกำหนด” ต่อมาได้มีนักวิชาการอีกฝ่ายหนึ่งได้เกิดขึ้น คือ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันความคิดของ “ฝ่ายผลกำหนด” ได้ถูกปฏิเสธและถูกแทนที่ด้วยความคิดของ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” โดยสิ้นเชิงแล้วเมื่อปี ค.ศ. 1975 หรือเมื่อปี พ.ศ. 2518

“โครงสร้างของความผิดอาญา” ของนักคิดเยอรมันทั้งสองฝ่ายกล่าวคือ ทั้ง “ฝ่ายผลกำหนด” และ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” ต่างก็เห็นตรงกันว่า “โครงสร้างของความผิดอาญา” มีสามส่วน คือ “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” “ความผิดกฎหมาย” และ “ความชั่ว”

ความแตกต่างของ “โครงสร้างของความผิดอาญา” ของนักคิดแต่ละฝ่ายอยู่ที่ว่า “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” เห็นว่าเจตนา ประมาทและองค์ประกอบภายในอื่นเป็นเรื่องที่อยู่ในส่วนแรกของ “โครงสร้างของความผิดอาญา” กล่าวคือ อยู่ในส่วนของ “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” ในขณะที่ “ฝ่ายผลกำหนด” เห็นว่าเรื่องส่วนภายในดังกล่าวอยู่ในส่วนที่สามของ “โครงสร้างของความผิดอาญา” กล่าวคือ อยู่ในส่วนของ “ความชั่ว” เท่านั้น

ประเทศไทยเราได้รับเอาระบบซivilลอว์ (Civil law) มาใช้และในการร่างประมวลกฎหมายอาญาลับปัจจุบันนั้น อิทธิพลความคิดทางอาญาของเยอรมันก็น่าจะมีอยู่ไม่น้อย เพราะศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ซึ่งสำเร็จการศึกษาจากประเทศเยอรมันเป็นผู้ที่บทบาทสูงในการยกร่างประมวลกฎหมายอาญา³³ แต่เนื่องจากในขณะนั้นในประเทศเยอรมันความคิดของนักกฎหมาย “ฝ่ายผลกำหนด” ยังมีอิทธิพลสูง ประมวลกฎหมายอาญาไทยของเราจึงเดินตามความคิดของ “ฝ่ายผลกำหนด” ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่อง “ความสำคัญผิดในความผิดกฎหมาย”

ความคิดของ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” นับเป็นความก้าวหน้าทางวิชาการของเยอรมันทีเดียว และต้องถือว่าการศึกษาวิจัยของนักนิติศาสตร์เยอรมันมีความสมบูรณ์ที่สุด ฉะนั้น ในหนังสือเล่มนี้ผู้เขียนจึงจะดำเนินการศึกษาวิจัยของนักนิติศาสตร์เยอรมัน และถือเอาความคิดของ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” เป็นเกณฑ์ เพราะเห็นว่าการศึกษาวิจัยของนักนิติศาสตร์เยอรมันเกี่ยวกับ “โครงสร้างของความผิดอาญา” นั้น เป็นการศึกษาวิจัยที่ชัดเจนจนกล่าวได้ว่าปราศจากข้อโต้แย้ง

4) ข้อสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญา

“ความผิดอาญา” ซึ่งเป็นวัตถุของการศึกษาวิจัยในเรื่อง “โครงสร้างของความผิดอาญา” นั้น มิใช่ “ฐานความผิด” แต่เป็น “การกระทำที่เป็นความผิดอาญา” และเมื่อกล่าวถึง “การกระทำ”

³³ จาก *ประมวลกฎหมายอาญา : ศึกษาทางคำพิพากษาศาลฎีกา* (พิมพ์ครั้งที่ 1), โดย หยุด แสงอุทัย, 2505, กรุงเทพฯ: มงคลการพิมพ์.

แล้วย่อมหมายเฉพาะการกระทำของมนุษย์เท่านั้น พฤติกรรมของสัตว์ไม่เป็น “ความผิดอาญา” การที่กฎหมายยอมรับให้นิติบุคคลมีสภาพบุคคลต่างหากจากบุคคลธรรมดาได้นั้น เป็นเพียงการยอมรับให้นิติบุคคลเป็น “ผู้ทรงสิทธิ” ตามกฎหมายเท่านั้น นิติบุคคลจึงไม่อาจทำความผิดอาญาได้เพราะไม่ใช่บุคคลธรรมดาที่มีจิตใจนิติบุคคลเป็นเรื่องที่กฎหมายอุปโลกน์ขึ้นไม่ได้มีความเป็นอยู่ที่แท้จริง³⁴ พฤติกรรมของสัตว์เป็นไปตามสัญชาตญาณที่ไม่อาจถูกดำเนินได้ฉันใด นิติบุคคลซึ่งไม่มีจิตวิญญาณก็ย่อมไม่อาจถูกดำเนินได้ฉันนั้น ความรับผิดชอบในทางอาญาของนิติบุคคลจึงเป็นเรื่องเฉพาะที่ไม่อาจปะปนกับความรับผิดชอบในทางอาญาของมนุษย์³⁵

เมื่อกล่าวถึง “ความผิดอาญา” โดยทั่วไปเราจะนึกถึงความผิดอาญาฐานต่างๆ ในประมวลกฎหมายอาญาและในกฎหมายอื่นๆ และนึกถึงรายละเอียดของการกระทำที่บัญญัติไว้ในความผิดอาญาฐานนั้นๆ ในการนึกถึง “ความผิดอาญา” ในทำนองดังกล่าวนี้จะพบว่าความผิดอาญาฐานต่างๆ มิได้มีรายละเอียดของการกระทำหรือส่วนประกอบต่างๆ ที่เหมือนกันเลย แม้กระนั้นก็ตามนักนิติศาสตร์เยอรมันได้ศึกษาวิจัยพบว่าในความผิดอาญาฐานต่างๆ ทุกฐานมีข้อสาระสำคัญต่างๆ ที่เหมือนกันสามประการ ซึ่งถ้าขาดข้อสาระสำคัญประการหนึ่งประการใดไป แม้เพียงข้อสาระสำคัญประการเดียว การกระทำนั้นก็จะไม่เป็น “ความผิดอาญา” และเมื่อไม่เป็น “ความผิดอาญา” แล้วก็ย่อมจะมีการลงโทษสำหรับการกระทำนั้นไม่ได้ ข้อสาระสำคัญที่เหมือนกันทุกๆ ฐานความผิดอาญานี้ประกอบขึ้นเป็น “โครงสร้างของความผิดอาญา”

ดังกล่าวมาแล้วการกระทำใดไม่เป็น “ความผิดอาญา” ก็ย่อมไม่อาจมีการลงโทษสำหรับการกระทำนั้นได้ การศึกษาวิจัย “โครงสร้างของความผิดอาญา” จึงต้องศึกษาวิจัยจาก “ความผิดอาญา” และ “โทษ”

สมมติฐานเกี่ยวกับ “ความผิดอาญา” และโทษมีว่า “ความผิดอาญา” คือ ความไม่ถูกต้องมีสมควรลงโทษ ผลประการแรกจากสมมติฐานนี้จึงมีว่าผู้ใดทำถูกต้องหรือทำชอบย่อมจะลงโทษเขาไม่ได้ ฉะนั้น การกระทำที่เป็นความผิดหรือ “ความผิดกฎหมาย” จึงเป็นข้อสาระสำคัญประการที่หนึ่งของ “โครงสร้างของความผิดอาญา”

³⁴ จาก ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บริหารนิติบุคคล (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์), โดย วงศ์ศิริ ศรีรัตน์, 2536, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³⁵ จาก ความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล : การศึกษาทางกฎหมายเปรียบเทียบเฉพาะที่เกี่ยวกับประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์), โดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, 2527, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ความผิดกฎหมายนั้นมีความไม่ถูกต้องของการกระทำกรณีใดที่การกระทำใดเป็นการกระทำที่ผู้กระทำให้อำนาจกระทำได้ เช่น การกระทำอันเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย³⁶ การกระทำนั้นย่อมไม่ “ผิดกฎหมาย” และเมื่อกรณีเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นการกระทำที่ไม่ “ผิดกฎหมาย” แล้วก็ย่อมจะมีการลงโทษสำหรับการกระทำนั้นไม่ได้

ในการอยู่ร่วมกันในสังคมมนุษย์ทุกคนมีหน้าที่ต้องประพฤติดี ประพฤติชอบความประพฤติที่ดีที่ชอบนี้เป็นศีลธรรมหรือจริยธรรมของการอยู่ร่วมกัน ผู้ใดประพฤติผิดศีลธรรมหรือจริยธรรมของการอยู่ร่วมกันผู้นั้นจะต้องถูกดำเนินจากสังคม กฎหมายอาญาบัญญัติขึ้นเพื่อการคุ้มครองการอยู่ร่วมกันในสังคม การบัญญัติกฎหมายอาญาจึงเป็นการกำหนดศีลธรรมหรือจริยธรรมของการอยู่ร่วมกันไว้ด้วย การกระทำที่ผิดกฎหมายอาญาจึงเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมหรือจริยธรรมของการอยู่ร่วมกันของกฎหมายอาญา เป็นการกระทำที่ “ชั่ว” และเป็นการกระทำที่ “ดำเนินได้” ที่ต้องลงโทษ สังคมเรียกร้องให้มนุษย์ทุกคนกระทำแต่ในสิ่งที่ถูกกฎหมาย ผู้ใดตัดสินใจไปในทางที่ผิดและได้กระทำผิดกฎหมายอาญา ผู้นั้นจะต้องถูกลงโทษ ฉะนั้น ในโทษจึงมีความไม่ถูกต้องของการตัดสินใจของผู้กระทำรวมอยู่ด้วย

การลงโทษผู้กระทำจะมีความชอบธรรมก็ต่อเมื่อผู้กระทำได้กระทำในสิ่งที่สังคมไม่ยอมรับโดยอยู่แล้วว่าเป็นเช่นนั้น ศาลสูงสุดสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กล่าวว่า

“ผู้กระทำได้ถูกดำเนินที่เขาไม่ทำให้ถูกกฎหมาย และเขาได้ตัดสินใจทำสิ่งที่ไม่ถูกต้องทั้ง ๆ ที่เขาสามารถที่จะทำให้ถูกกฎหมายและตัดสินใจที่จะทำสิ่งที่ถูกต้องได้ แต่ผู้กระทำมิได้ตัดสินใจดังกล่าวหากแต่ได้ตัดสินใจทำผิดแทน”

การกระทำความผิดอาญาของผู้กระทำจึงเป็นการกระทำที่ต้องถูกดำเนินหรือเป็นการกระทำที่ “ชั่ว” ฉะนั้น ความถูกดำเนินได้หรือ “ความชั่ว” จึงเป็นข้อสาระสำคัญที่เหมือนกันอีกประการหนึ่งของ “โครงสร้างของความผิดอาญา”

จากการวิเคราะห์ “ความผิดอาญา” และโทษดังกล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่าทั้ง “ความผิดกฎหมาย” และ “ความชั่ว” เป็นข้อสาระสำคัญของ “โครงสร้างของความผิดอาญา” ในทางเนื้อหาที่เดียว เพราะ “ความผิดกฎหมาย” และ “ความชั่ว” เป็นสิ่งที่อยู่ในเนื้อหาของ “ความผิดอาญา” และโทษ

³⁶ มาตรา 68 บัญญัติว่า “ผู้ใดจำเป็นต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

นอกจากข้อสาระสำคัญสองประการคือ “ความผิดกฎหมาย” และ “ความชั่ว” ดังกล่าวแล้วใน “โครงสร้างของความผิดอาญา” ยังมีข้อสาระสำคัญที่เหมือนกันของความผิดอาญาทุกๆฐานซึ่งเป็นข้อสาระสำคัญในทางรูปแบบอีกประการหนึ่ง กล่าวคือ ความไม่ถูกต้องที่สมควรลงโทษนั้นจะต้องบัญญัติลงไว้เป็นกฎหมาย หรือต้องมี “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” ซึ่ง “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” นั้น อาจเป็นการครอบงำประกอบในชั้นพยายามกระทำความผิด³⁷ หรือในชั้นเตรียมกระทำความผิด³⁸ ก็ได้

การกระทำที่เป็น “ความผิดอาญา” ต้องประกอบด้วยข้อสาระสำคัญทั้งสามประการคือ “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” “ความผิดกฎหมาย” และ “ความชั่ว” อย่างครบถ้วนเสมอ

หากขาดข้อสาระสำคัญประการหนึ่งประการใดแล้วการกระทำนั้นย่อมไม่เป็น “ความผิดอาญา” ต้องประกอบด้วยข้อสาระสำคัญทั้งสามประการคือ “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” “ความผิดกฎหมาย” และ “ความชั่ว” อย่างครบถ้วนเสมอ

หากขาดข้อสาระสำคัญประการหนึ่งประการใดแล้วการกระทำนั้นย่อมไม่เป็น “ความผิดอาญา” และข้อสาระสำคัญทั้งสามประการของ “ความผิดอาญา” นี้เกี่ยวข้องกับสัมพันธ์กันอย่างเรียงลำดับจากข้อสาระสำคัญในทางรูปแบบคือ “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” ไปสู่ข้อสาระสำคัญในทางเนื้อหาคือ “ความผิดกฎหมาย” ไปสู่ข้อสาระสำคัญในทางเนื้อหาคือ “ความผิดกฎหมาย” และ “ความชั่ว” และในข้อสาระสำคัญในทางเนื้อหาด้วยกันนั้น “ความผิดกฎหมาย” จะมาก่อน “ความชั่ว” เหตุนี้ในการวินิจฉัยการกระทำใดว่าเป็นความผิดอาญาหรือไม่จะต้องวินิจฉัยโดยเรียงลำดับดังนี้ คือ

- (1) เป็นการกระทำที่มี “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” หรือไม่
- (2) เป็นการกระทำที่มี “ความผิดกฎหมาย” หรือไม่ และ
- (3) เป็นการกระทำที่มี “ความชั่ว” หรือไม่

ฉะนั้น หากวินิจฉัยแล้วว่าการกระทำใดไม่เป็นการกระทำที่เป็น “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” แล้ว กรณีก็ไม่ต้องพิจารณาต่อไปถึงข้อสาระสำคัญประการที่สองและข้อสาระสำคัญประการที่สาม เพราะเป็นการไม่จำเป็นและฟุ่มเฟือยที่จะกระทำ และในทำนองเดียวกัน หากวินิจฉัยแล้วว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่มี “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” แต่

³⁷ การพยายามกระทำความผิดกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดอาญาและต้องลงโทษ (ดู หมวด 5 ลักษณะ 1 ภาค 1) แต่การพยายามกระทำความผิดลหุโทษไม่เป็นความผิดอาญา (ดู ลักษณะ 2 ภาค 1 มาตรา 103,105) ทั้งนี้ตามหลัก nullapoena sine lege ที่วางไว้ในมาตรา 2.

³⁸ การเตรียมกระทำความผิดกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดอาญาเฉพาะบางกรณีเท่านั้น เช่น การเตรียมวางเพลิงตามมาตรา 219 เป็นต้น

การกระทำนั้นไม่เป็นการกระทำที่มี “ความผิดกฎหมาย” กรณีที่ไม่ต้องพิจารณาต่อไปถึงเรื่อง “ความชั่ว” เพราะเป็นการไม่จำเป็นและฟุ่มเฟือยที่จะกระทำเช่นเดียวกันเป็นต้น

2.2.2 หลักประกันในกฎหมายอาญา

1) ข้อความทั่วไป

ความคิดที่จะให้มี “หลักประกันในกฎหมายอาญา”³⁹ เดิมทีเคียวหาใช้ความคิดในทางกฎหมายอาญาไม่ แต่เป็นความคิดในทางการเมืองที่ต้องการจะจำกัดอำนาจรัฐเป็นต้นว่ารัฐธรรมนูญอเมริกัน ค.ศ. 1776 ได้บัญญัติถึงการห้ามออกกฎหมายย้อนหลัง⁴¹ ครั้นเมื่อ “หลักนิติรัฐ” ได้รับการยอมรับกันอย่างกว้างขวางจึงได้มีการวาง “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ขึ้น และผู้ที่ได้วาง “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ขึ้นไว้ก็คือ Anselm von Feuerbach⁴² ได้วาง “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ไว้เป็นครั้งแรกในหนังสือกฎหมายอาญาของเขาที่เขียนขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1801 โดยวางหลักไว้ 3 ประการ ดังต่อไปนี้

- (1) การลงโทษต้องมีกฎหมาย
- (2) การลงโทษต้องขึ้นอยู่กับการณ์อยู่ของการกระทำ
- (3) โทษที่จะลงต้องเป็นโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

“หลักประกันในกฎหมายอาญา” ดังกล่าวนี้นี้จึงได้รับการเรียกขานกันในภาษาละตินว่า “nullum crimen, nulla poena sine lege” ซึ่งต่อมา “หลักประกันในกฎหมายอาญา” นี้ได้แพร่หลายออกไปทั่วโลก และในปัจจุบันได้กลายเป็นหลักสากลไปแล้ว

สำหรับประเทศไทยเรานั้น เมื่อได้มีการปรับปรุงกฎหมายตามแบบอย่างประเทศตะวันตกและได้ประกาศใช้ “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” (พ.ศ. 2451) “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ที่ว่า “nullum crimen, nulla poena sine lege” นี้เป็นหลักที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง⁴³ และหลักนี้ได้รับการยอมรับอย่างสมบูรณ์ตลอดมา

³⁹ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 79). เล่มเดิม.

⁴⁰ จาก เรียก “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ว่า “เอกลักษณ์ของกฎหมายอาญา” คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 10) (น. 16), โดย เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์, 2551, กรุงเทพฯ: พลสมยาม พรินต์ติ้ง.

⁴¹ U.S. Constitution Section 9 (3) “No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed.”

⁴² Anselm von Feuerbach เป็นนักกฎหมายอาญาเยอรมันที่ยิ่งใหญ่มากที่สุดคนหนึ่ง เกิดเมื่อปี ค.ศ. 1775 และเสียชีวิตเมื่อปี ค.ศ. 1833

⁴³ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 7 บัญญัติว่า “มาตรา 7 บุคคลควรรับอาญาต่อเมื่อมันได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และอาญาที่จะใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นก็ไม่ควรใช้อาญาอย่างอื่นนอกจากอาญาที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

ครั้งเมื่อประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญแล้ว นอกจากจะได้บัญญัติหลักประกันนี้ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว⁴⁴ ยังได้มีการบัญญัติหลักประกันนี้ลงในรัฐธรรมนูญอีกด้วย⁴⁵ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” จึงเป็น “หลักรัฐธรรมนูญ” ด้วย สำหรับกฎหมายอาญาเยอรมันนั้นได้เคยละเลยต่อหลักประกันดังกล่าวนี้ไประยะหนึ่งกล่าวคือ ในสมัยที่ Adolf Hitler เติบโตขึ้นมาจนได้มีการแก้ไขกฎหมายให้สามารถใช้ “กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ในการลงโทษบุคคลได้ แต่หลังการแพ้สงครามในสงครามโลกครั้งที่ 2 ชาตินาซีเยอรมันซึ่งยึดครองประเทศเยอรมันก็ได้ประกาศยกเลิกกฎหมายดังกล่าวไปและเมื่อได้มีการสถาปนา “สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี” ขึ้นในเวลาต่อมา ก็ได้มีการนำหลักประกันนี้ไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย⁴⁶

ในบทนี้จะกล่าวถึงเนื้อหาของหลักประกันในกฎหมายอาญา เวลาของการใช้บังคับของกฎหมายอาญา เวลากระทำความผิด กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณ และกฎหมายที่ใช้บังคับเฉพาะช่วงเวลา

2) เนื้อหาของหลักประกันในกฎหมายอาญา

เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ปรากฏอยู่ในมาตรา 2 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

บทบัญญัติดังกล่าวนี้หมายความว่าเฉพาะ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” เท่านั้นที่สามารถกำหนดว่าการกระทำความผิดใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญาได้และเฉพาะ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” เท่านั้นเช่นกันที่สามารถกำหนดโทษสำหรับการกระทำความผิดใดการกระทำหนึ่งได้ และทั้งสองประการที่กล่าวมาแล้วนั้น จะต้องมียุติแล้วก่อนการกระทำนั้น และโดยที่การลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ ฉะนั้น รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่จะทำได้ กล่าวคือ ต้องยึด “หลักความชัดเจนแน่นอน” ซึ่งข้อที่ว่ากฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอนนั้น เป็นผลที่สืบเนื่องมาจากเนื้อหาของบทบัญญัติดังกล่าวนั่นเอง⁴⁷

⁴⁴ มาตรา 2.

⁴⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 39 วรรคหนึ่ง.

⁴⁶ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) มาตรา 103 (2).

⁴⁷ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น.80). เล่มเดิม.

บทบัญญัติอันเป็น “หลักประกันในกฎหมายอาญา” จึงครอบคลุมเนื้อหา 4 ประการ คือ

- (1) การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล
- (2) การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล
- (3) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน และ
- (4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

- 1) การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา

เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการแรก คือ การห้ามใช้ “กฎหมายจารีตประเพณี” ในกฎหมายอาญามาตรา 2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

พึงสังเกตว่าในบทบัญญัติดังกล่าวมานั้นกฎหมายใช้คำว่า “บัญญัติ” ซึ่งแสดงว่ากฎหมายอาญาต้องเป็น “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” ซึ่ง “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” นี้รวมถึงกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกด้วย

กฎหมายที่ตรงกันข้ามกับ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” คือ “กฎหมายจารีตประเพณี”

“กฎหมายจารีตประเพณี” เป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ยอมรับกัน⁴⁸

“กฎหมายจารีตประเพณี” จึงมิได้เกิดจากการ “บัญญัติ” แต่เกิดจากการ “ปฏิบัติ” เหตุนี้จึงต้องห้ามมิให้นำ “กฎหมายจารีตประเพณี” มาใช้ในกฎหมายอาญา

“การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณี” หมายความว่า จะกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดในทางอาญาหรือกำหนดการเพิ่มโทษโดย “กฎหมายจารีตประเพณี” ไม่ได้⁴⁹

ข้อเรียกร้องในทางกฎหมายที่ให้กฎหมายอาญาต้องเป็น “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” นั้น เป็นข้อเรียกร้องที่หนักแน่นกว่ากฎหมายอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหนักแน่นกว่ากฎหมายแพ่ง เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสองบัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

⁴⁸ จาก กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 21), โดย ปรีดี เกษมทรัพย์, 2526, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁴⁹ จาก กฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 16) (น 133), โดย หยุต แสงอุทัย, 2537, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ดังนั้น “กฎหมายจารีตประเพณี” หรือที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียกว่า “จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น” เป็น “ที่มาของกฎหมาย” ของกฎหมายแพ่งอย่างหนึ่ง

เหตุผลของ “การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณี” ในกฎหมายอาญานั้น ปรากฏอยู่ในข้อเรียกร้องที่ว่าบทบัญญัติของกฎหมายอาญาชอบที่จะต้องผ่านรัฐสภาอันเป็นสถาบันที่แสดงออกถึงเจตจำนงของประชาชน ซึ่งเหตุผลดังกล่าวนี้แท้จริงแล้วก็คือเหตุผลตามหลักประชาธิปไตยนั่นเอง

2) การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา

เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการที่สอง คือ “การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ในกฎหมายอาญาเนื้อหาของหลักประกันในข้อนี้เกี่ยวข้องกับการตีความกฎหมายอาญาอย่างใกล้ชิด⁵⁰ กล่าวคือ ตามมาตรา 2 นั้น ห้ามใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงกันอย่างยิ่งกำหนดหรือขยายบทกฎหมายอาญาที่มีอยู่แล้ว รวมตลอดถึงการห้ามใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางเพิ่มโทษด้วย ซึ่งหมายความว่าหากในกรณีใดที่มีกฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแล้ว ในกรณินั้นก็ต้องใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณนั้นเสมอ “การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ในกฎหมายอาญาเป็นข้อเรียกร้องให้ต้องมีการบัญญัติที่หนักแน่นที่สุดเช่นเดียวกันกับข้อเรียกร้อง “การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณี” ในกฎหมายอาญา

ทั้งนี้กฎหมายอาจมีช่องว่างได้ ซึ่งช่องว่างของกฎหมายนั้น อาจจะมีอยู่เดิมในกฎหมายแล้วหรืออาจจะเกิดขึ้นเนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้น ในภายหลังในกรณีที่กฎหมายมีช่องว่างนั้นหากเป็นกรณีของคดีอาญาศาลจะต้องพิพากษายกฟ้องและต้องปล่อยให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะตัดสินใจ⁵¹ แต่ถ้าเป็นกรณีของคดีแพ่งแล้วศาลจะปฏิเสธว่าไม่มีกฎหมายจะ

⁵⁰ กฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 44-45). เล่มเดิม.

⁵¹ ประมวลกฎหมายอาญา (The Revised Penal Code) ของฟิลิปปินส์ มาตรา 5 บัญญัติไว้ว่าสนใจดังนี้
Article. 5. Duty of the court in connection with acts which should be repressed but which are not covered by the law, and in cases of excessive penalties.

Whenever a court has knowledge of any act which it may deem proper to repress and which is not punishable by law, it shall render the proper decision, and shall report to the Chief Executive, through the Department of Justice, the reasons which induce the court to believe that said act should be made the subject of legislation.

In the same way, the court shall submit to the Chief Executive, through the Department of Justice, such statement as may be deemed proper, without suspending the execution of the sentence, when a strict enforcement of the provisions of this Code would result in the imposition of a clearly excessive penalty, taking into consideration the degree of malice and the injury caused by the offense.

ปรับใช้ไม่ได้ เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 บัญญัติว่า “มาตรา 4 กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมาย ของบทบัญญัตินั้นๆ เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่ยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณี แห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่าง ยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

กฎหมายใกล้เคียงอย่างยังเป็น “ที่มาของกฎหมาย” ของกฎหมายแพ่งอย่างหนึ่ง กรณีจึง ตรงข้ามกับกฎหมายอาญาที่ตามปกติกฎหมายใกล้เคียงอย่างยังไม่อาจนำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้ เหตุนี้ การเอารถยนต์ของผู้อื่นไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตก็⁵² และการลักกระแสไฟฟ้าก็⁵³ ศาลจึง ชอบที่จะพิพากษายกฟ้องและปล่อยให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ⁵⁴ ศาลไม่ชอบที่จะใช้อำนาจเสียเอง เพราะการพิพากษาลงโทษสองกรณีดังกล่าวนั้นเป็นการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่าง⁵⁵

“หลักประกันในกฎหมายอาญา” ที่กล่าวถึง “การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่าง” ในกฎหมายอาญานั้น มีเนื้อหาครอบคลุมทุกๆ ส่วนของบทบัญญัติของกฎหมายที่มีเนื้อหาเป็นกฎหมายอาญา ได้แก่ ส่วนที่เป็นเรื่องของ “การครอบครองประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” ส่วนที่เป็นเรื่องของ “ความผิดกฎหมาย” ส่วนที่เป็นเรื่องของ “ความชั่ว” ส่วนที่เป็นเรื่องของ “เหตุยกเว้นโดย เฉพาะตัว” ซึ่งประกอบด้วย “เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว” และ “เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว” ส่วนที่เป็นเรื่องของ “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” และส่วนที่เกี่ยวกับมาตรการบังคับทางอาญา แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึง “เงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดี” เช่น การร้องทุกข์ เพราะ “เงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดี เป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา”⁵⁶

อย่างไรก็ตาม การใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างในทางเป็นคุณย่อมกระทำได้ เช่น การใช้บทบัญญัติของมาตรา 305 (1) กับกรณีอื่นๆ

⁵² ฎีกาที่ 1212/2514 ใน อัยการนิเทศ เล่ม 33 ฉบับที่ 4 พ.ศ. 2515 หน้า 328; คณิต ณ นคร “ข้อสังเกต เกี่ยวกับความผิดฐานลักทรัพย์” วารสารอัยการ ปีที่ 4 ฉบับที่ 37 มกราคม 2524 น. 82; อุไรวรรณ อุดมวัฒนกุล, ความผิดฐานลักทรัพย์: ศึกษากรณีการเอายานพาหนะของผู้อื่นไปใช้โดยมิชอบ วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2531.

⁵³ ฎีกาที่ 877/2501.

⁵⁴ ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน การเอายานพาหนะของผู้อื่นไปใช้โดยมิชอบ (มาตรา 248 บี) และการลักกระแสไฟฟ้า (มาตรา 248 ซี) เป็นความผิดอาญา

⁵⁵ จาก “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา”, โดย คณิต ณ นคร, (2523), วารสารอัยการ, 3(3), น. 60.

⁵⁶ จาก กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 8) (น. 173-188), โดย คณิต ณ นคร, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

3) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน

เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการแรกทีกล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น ต่างเป็นข้อห้ามในกฎหมายอาญาเนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการที่สาม คือ กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการที่สามนี้เป็นข้อเรียกร้องของกฎหมายอาญา กล่าวคือ เป็นการเรียกร้องว่าการบัญญัติความผิดอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน

การที่จำต้องเรียกร้องให้บัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนหรือเรียกร้องให้ยึด “หลักความชัดเจนแน่นอน” นั้น ก็เพราะว่าการลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐ ที่ใช้กับประชาชนในรัฐ ฉะนั้น รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่สามารถทำได้ตามกล่าวคือ ในการบัญญัติกฎหมายอาญานั้นจะต้องหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่กำกวมไม่แน่นอน ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง และทั้งจะเป็นเครื่องป้องกันมิให้ศาลใช้กฎหมายตามใจชอบหรือตามอำเภอใจหรือตามความรู้สึกของตน

“หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการที่สามนี้ก็แสดงให้เห็นถึง “หลักนิติรัฐ” ในกฎหมายอาญาด้วยว่ามีความเข้มข้นกว่าในกฎหมายอื่นเช่นเดียวกันซึ่งข้อเรียกร้องในเรื่องความชัดเจนแน่นอนในการบัญญัติกฎหมายอาญานั้น มีความสำคัญยิ่งกว่าข้อห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเสียอีกจน Prof. Dr. Hans Welzel⁵⁷ ถึงกับกล่าวว่า “อันตรายที่แท้จริงที่คุกคามหลักประกันของกฎหมายอาญาไม่ได้เกิดจากการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่เกิดจากความไม่ชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา”

4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการที่สี่ คือ กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังถ้อยคำในมาตรา 2 วรรคหนึ่ง ที่ว่า “กฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำผิด” แสดงให้เห็นชัดถึงข้อห้ามย้อนหลังของกฎหมายอาญา “การห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง” นั้นเป็นเนื้อหาประการที่สี่ของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” หลักประกันข้อนี้แสดงให้เห็นถึง “หลักนิติรัฐ” ในกฎหมายอาญาที่ก้าวไกลกว่า “หลักนิติรัฐ” ในกฎหมายลักษณะอื่นๆ ทั้งหมด ทั้งนี้ เพราะประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 วรรคหนึ่ง และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 39 วรรคหนึ่ง จำกัดตัวเองอยู่เฉพาะในส่วนกฎหมายอาญาเท่านั้น

⁵⁷ Prof. Dr. Hans Welzel เป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายเยอรมันที่ยิ่งใหญ่มาผู้หนึ่ง และก่อนเสียชีวิตดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ทางอาญา ณ มหาวิทยาลัยแห่งกรุงบอนน์

“การห้ามใช้กฎหมายย้อนหลัง” หมายความว่า ถ้าบุคคลได้กระทำการอย่างใดลง และในขณะกระทำการนั้นการกระทำนั้นไม่มีโทษทางอาญาแล้ว ย่อมไม่อาจจะบัญญัติให้ย้อนหลังว่า การกระทำนั้น เป็นการกระทำที่ต้องรับโทษในทางอาญาได้โดยเด็ดขาดศาลฎีกาเคยวินิจฉัยในคดี หนึ่งว่า “ออกเช็คก่อนพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2503 ลงวัน ล่วงหน้าไปถึงวันที่ใช้พระราชบัญญัตินั้นแล้ว นับแต่วันนั้นจำเลยไม่ได้กระทำความผิด พระราชบัญญัติดังกล่าว จำเลยย่อมไม่มีความผิด⁵⁸ ดังนี้ การกระทำของจำเลยเกิดก่อน พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2503 ใช้บังคับจำเลยจึงไม่มีความผิด เพราะขณะออกเช็คยังไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทั้งนี้ การลงโทษหนักแก่ ผู้กระทำความผิดสำหรับการกระทำนั้นก็กระทำมิได้ด้วย⁵⁹

อนึ่ง การห้ามย้อนหลังนี้ขยายไปถึงการเป็นผลร้ายอื่นของฐานะของผู้กระทำความผิด ที่กำหนดขึ้นภายหลังด้วย เช่น ความผิดอาญาฐานใดที่เดิมเป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ต่อมาได้ มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ดังนี้ ถ้าการกระทำความผิดฐานนั้นได้เกิดขึ้นใน ขณะที่ความผิดฐานนั้นยังเป็นความผิดอันยอมความได้และคดีได้ขาดอายุความร้องทุกข์แล้วกรณี ย่อมไม่มีผลย้อนหลังแม้กฎหมายใหม่จะมีเนื้อหาเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอยู่ด้วยก็ตาม

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้เคยมีปัญหการย้อนหลังของอายุความฟ้องร้อง เกิดขึ้น กล่าวคือ รัฐสภาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundestag) ได้บัญญัติกฎหมายฉบับหนึ่ง ความว่า “ในความผิดฐานฆาตกรรม” (Mord) ไม่มีอายุความฟ้องร้อง” กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมาย ที่บัญญัติขึ้นเพื่อมิให้ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) ที่ได้กระทำลงในช่วงสงคราม โลกครั้งที่ 2 ต้องขาดอายุความฟ้องร้อง เพราะตามกฎหมายของเยอรมันในขณะนั้นอายุความ ฟ้องร้องสูงสุดคือ 15 ปี และผลของการใช้บังคับได้ของกฎหมายฉบับนี้ได้เป็นปัญหาที่ขึ้นไปสู่ศาล รัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า กฎหมายว่าด้วยอายุความฉบับนี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ การดำเนินคดีได้หรือไม่ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของความผิดกฎหมายของการกระทำจะนั้นการยืด ระยะเวลาของอายุความออกไปหรือการยกเลิกอายุความจึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม นักนิติศาสตร์ก็ได้วิจารณ์ความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญว่า ปัญหาของ เรื่องควรอยู่ที่คำถามที่ว่า “ทำไมจึงต้องมีบทบัญญัติเรื่องอายุความ” ซึ่งคำตอบจะพุ่งไปที่ความสงสัย ในความถูกต้องของคำพิพากษา และในขณะเดียวกันสภาพของผู้กระทำความผิดที่ระยะเวลาได้ผ่าน ไปนานมากนั้น ย่อมไม่อาจเป็นอย่างเดียวกับขณะกระทำความผิด การแก้แค้นทดแทนความ

⁵⁸ ฎีกาที่ 1997/2500.

⁵⁹ มาตรา 3.

ไม่ถูกต้องและความชั่ว ย่อมเกี่ยวข้องกับความเป็นตัวตนของผู้กระทำความผิดโดยตรง การคิดแต่จะแก้แค้นทดแทนอยู่รำไปย่อมไม่สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงของสภาพของผู้กระทำความผิด กฎหมายว่าด้วยอายุความดังกล่าวจึงกระทบต่อ “หลักความชั่ว” และขัดต่อรัฐธรรมนูญในกรณีที่ศาลสูงได้พิพากษาเปลี่ยนแปลงหลักที่เคยวางไว้ นั่น ผลอาจย้อนหลังไปกระทบต่อผู้กระทำความผิดได้ทำนองเดียวกับการแก้ไขกฎหมายและเป็นปัญหาเรื่องกฎหมายย้อนหลัง เป็นต้นว่า เดิมศาลสูงได้วางหลักความมีนเมาที่จะต้องรับผิดไว้ ณ จำนวนแอลกอฮอล์ในระดับหนึ่ง แต่ต่อมาได้เปลี่ยนแปลงหลักความมีนเมาให้เข้มข้น ในกรณีนักนิติศาสตร์เห็นว่าย่อมย้อนหลังได้ เพราะข้อห้ามย้อนหลังของกฎหมายย่อมไม่ใช้กับการกระทำของอำนาจตุลาการ เป็นต้น

2.2.3 หลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญา

1) ข้อความทั่วไป

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 บัญญัติว่า “มาตรา 4 กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีความช่วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 134 บัญญัติซ้ำอีกว่า “มาตรา 134 ไม่ว่ากรณีใดๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีหรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นเคลือบคลุมหรือไม่บริบูรณ์”

ดังนั้น ในกฎหมายแพ่งไม่มีช่องว่างของกฎหมาย ข้อนี้จึงตรงกันข้ามกับกฎหมายอาญา ซึ่งมีช่องว่างของกฎหมายอันเนื่องมาจาก “หลักประกันในกฎหมายอาญา”⁶⁰ ซึ่งหลักประกันในกฎหมายอาญานั้น เป็นหลักรัฐธรรมนูญด้วย⁶¹

2) ความหมายที่มาของกฎหมาย

“ที่มาของกฎหมาย” คือ เหตุอันแสดงถึงความสมบูรณ์ใช้บังคับได้ของกฎหมาย หรือเป็นเรื่องอธิบายถึงปัญหาหากฎเกณฑ์ว่าในรูปลักษณะใดบ้างที่ได้รับนับถือว่าเป็นกฎหมาย⁶²

⁶⁰ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 วรรคหนึ่ง.

⁶¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550, มาตรา 39 วรรคหนึ่ง.

⁶² กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (น. 16). เล่มเดิม.

ประเทศไทยเราเป็นประเทศหนึ่งในระบบซีวิลลอว์ (Civil law) กฎหมายในระบบซีวิลลอว์ส่วนใหญ่เป็น “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติขึ้นโดยชอบตามแบบพิธีของการบัญญัติกฎหมาย ซึ่งแบบพิธีการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวนี้ย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ประมวลกฎหมายอาญา

3) ที่มาของกฎหมายอาญา

ดังกล่าวมาแล้วว่า “ที่มาของกฎหมาย” คือ เหตุอันแสดงถึงความสมบูรณ์ใช้บังคับได้ของกฎหมาย หรือเป็นเรื่องอธิบายถึงปัญหากฎหมายว่าในลักษณะใดบ้างที่ได้รับนับถือว่าเป็นกฎหมาย ดังนั้น จึงสามารถให้ความหมายของที่มาของกฎหมายอาญาได้ว่า

ที่มาของกฎหมายอาญา หมายถึง เหตุอันแสดงถึงความสมบูรณ์ใช้บังคับได้ของกฎหมายอาญา หรือเป็นเรื่องอธิบายถึงปัญหากฎหมายว่าในรูปลักษณะใดบ้างที่ได้รับนับถือว่าเป็นกฎหมายอาญาในทางกฎหมายอาญามีหลักสำคัญอยู่ประการหนึ่งที่ถือว่าเป็น “หลักประกันในกฎหมายอาญา”⁶³ และหลักประกันในกฎหมายอาญานี้เป็นหลักรัฐธรรมนูญทีเดียว⁶⁴

“หลักประกันในกฎหมายอาญา” ได้รับการเรียกขานกันในภาษาละตินว่า “nullum crimen, nulla poena sine lege” ซึ่งแปลได้ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” หลักประกันในกฎหมายอาญาดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นถึงลำดับความสำคัญของการเป็น “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” ของกฎหมายอาญาอย่างเด่นชัด

“กฎหมายอาญา” ที่เกิดจากการบัญญัติปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา และในพระราชบัญญัติอื่นๆ ที่มีโทษทางอาญามากมายรวมทั้งประมวลกฎหมายอาญาทหารด้วย

กฎหมายที่ตรงข้ามกัน “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” คือ “กฎหมายจารีตประเพณี”

“กฎหมายจารีตประเพณี” เป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ยอมรับกัน⁶⁵ หรือเป็นข้อบังคับที่ราษฎรรู้สึกกันทั่วไปว่าเป็นกฎหมายและรัฐได้ใช้ข้อบังคับที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนี้เสมือนกฎหมายในรูปลักษณะเดียวกันตลอด

⁶³ มาตรา 2 วรรคหนึ่ง.

⁶⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 39 วรรคหนึ่ง.

⁶⁵ กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (น. 23). เล่มเดิม.

เกี่ยวกับการตีความกฎหมายอาญานั้น มีคำกล่าวที่มักจะใช้กันในการเรียนการสอนกฎหมายอาญาในประเทศไทยเรายู่คำหนึ่ง คือ คำว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด”⁶⁶

4) ข้อความทั่วไปเกี่ยวกับการตีความกฎหมายอาญา

คำกล่าวเกี่ยวกับการตีความกฎหมายอาญาของนักนิติศาสตร์ไทยที่ว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” นั้น มีความไม่ชัดเจนในความหมายเป็นอย่างมาก เพราะนักนิติศาสตร์บางท่านได้ใช้คำว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” ในความหมายว่าห้ามใช้ “กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ในทางเป็นผลร้าย ห้ามใช้ “กฎหมายจารีตประเพณี” ในทางเป็นผลร้าย และห้ามนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในทางเป็นผลร้าย⁶⁷ ซึ่งก็คือเนื้อหาของบางส่วนของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ตามมาตรา 2 นั้นเอง แต่นักนิติศาสตร์บางท่านได้กล่าวถึงถ้อยคำดังกล่าวโดยนัยแห่งความหมายของ “หลักการตีความตามตัวอักษร” (literal rule) ของระบบคอมมอนลอว์ (Common law) เพียงเดียว⁶⁸

การที่นักนิติศาสตร์ไทยนำ “หลักการตีความตามตัวอักษร” (literal rule) มาใช้ในการตีความกฎหมายอาญานั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นที่เข้าใจได้ในตัวเพราะนักกฎหมายไทยรุ่นแรกๆ นิยมไปศึกษากฎหมายที่ประเทศอังกฤษ⁶⁹ และในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศในระบบคอมมอนลอว์ (Common law) นั้น มีความผิดอาญาอยู่ 2 ประเภท คือ ความผิดอาญาตามคอมมอนลอว์ หรือ Common law crime และความผิดอาญาตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือ statutory crime ซึ่งในระหว่างความผิดอาญาสองประเภทดังกล่าวมานั้น ความผิดอาญาตามคอมมอนลอว์ หรือ Common law crime เป็นความผิดอาญาที่เกิดขึ้นแน่นอน ครั้งต่อมาเมื่อเกิดความผิดอาญาตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือ statutory crime ขึ้น การตีความจึงเป็นไปตามหลักที่ว่า

⁶⁶ จาก *กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1* (พิมพ์ครั้งที่ 7). และ ตอน 2 (พิมพ์ครั้งที่ 6). โดย จิตติ ดิงศักดิ์, 2551, กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. กรุงเทพมหานคร พิมพ์ สิงหาคม 2525 หัวข้อ 16 ; เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 10). น. 22.

⁶⁷ จาก *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10) (น. 22-29), โดย เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, 2551, กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินต์ติ้ง.

⁶⁸ จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 64-76), โดย คณิต ณ นคร, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁶⁹ จาก *นิติธรรมอำนาจในนิติศาสตร์ไทย หนังสือรวมบทความ* (พิมพ์ครั้งที่ 1). (น. 19), โดย คณิต ณ นคร, 2548, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

“กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ปวงที่ขัดแย้งต่อกฎหมายคอมมอนลอว์จะถูกตีความโดยเคร่งครัดและถูกยอมรับในแบบอย่างที่น่าเชื่อถือในฐานะที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรได้แสดงหรือปรากฏออกมา”⁷⁰

การเรียนการสอนกฎหมายอาญาโดยกล่าวว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” จึงมีความไม่สมบูรณ์และไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายของไทยเราซึ่งเป็นระบบซีวิลลอว์ (Civil law)

การตีความกฎหมายเป็นเรื่องของการตีความ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” หรือเป็นเรื่องของ “การตีความตัวบทกฎหมาย”

เมื่อกฎหมายได้รับการบัญญัติขึ้นแล้วย่อมถือว่าเจตจำนงของประชาชนได้แสดงออกทางกฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้นนั้น การตีความกฎหมายจึงต้องกระทำให้สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนที่มีอยู่ในกฎหมาย ผู้ใช้กฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลจึงต้องผูกมัดกับความหมายของตัวบทกฎหมายที่หยั่งรู้ได้โดยหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายที่ยอมรับกันทั่วไปเท่านั้นและโดยการตีความเช่นนั้นจะต้องสามารถนำไปใช้ได้กับทุกกรณีที่เหมือนกัน ความถูกต้องและความชอบธรรมของคำพิพากษาจึงอยู่ที่ความสอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนที่ได้แสดงออกมาทางบทบัญญัติของกฎหมาย แม้ว่าผู้พิพากษาจะมีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีก็ตาม แต่ผู้พิพากษาก็ต้องเคารพกฎหมายหรือต้องอยู่ในอาณัติของกฎหมาย หน้าที่ของผู้พิพากษาในการตีความกฎหมายก็คือการหาความหมายของตัวบทกฎหมายในการวินิจฉัยคดีเฉพาะกรณี ในการตีความกฎหมายนั้น ผู้พิพากษาจึงต้องกระทำหน้าที่ให้ดีที่สุด กล่าวคือ จะต้องกระทำหน้าที่ให้ถึงขนาดจนเป็นที่คาดหมายได้ว่าในเรื่องทำนองเดียวกันผู้พิพากษาอื่นก็ต้องวินิจฉัยเช่นเดียวกันนั้น หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ

5) การตีความกฎหมายต้องมีลักษณะของ “ความเป็นภาวะวิสัย (Objektivitat) ที่สามารถตรวจสอบความถูกต้องได้

หลักประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 186(6) บัญญัติบังคับศาลว่า “คำพิพากษาหรือคำสั่งต้องมีเหตุผลในการตัดสินใจทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย” ในการให้เหตุผลในคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น ศาลต้องให้เหตุผลที่ละเอียดชัดเจนที่สุดเท่าที่สามารถจะทำได้ จึงจะถูกต้อง อย่างไรก็ตาม บางครั้งจะพบว่าศาลกลับไม่ได้ให้เหตุผลในการชี้ขาดตัดสินคดีเลยก็มีอยู่ ซึ่งไม่ถูกต้องเป็นอย่างยิ่ง เป็นต้นว่า กรณีการชี้ขาดตัดสินคดีเรื่องการลักกระแสไฟฟ้านั้น เป็นต้น

⁷⁰ จาก ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย (พิมพ์ครั้งที่ 2) (น. 98), โดย ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, 2546, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย กล่าวถึงการตีความกฎหมายอาญาว่า “การตีความในกฎหมายอาญามีหลักเช่นเดียวกับการตีความกฎหมายอื่นๆ กล่าวคือต้องตีความตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ (spirit)”⁷¹

และศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้กล่าวต่อไปอีกความว่า “การตีความกฎหมายอาญาจะตีความโดยขยายความออกไปให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดไม่ได้ แต่ตีความโดยการขยายความให้เป็นผลดีแก่ผู้กระทำความผิดได้ และถ้ากรณีเป็นที่สงสัยต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหา”⁷²

คำกล่าวของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ดังกล่าวมานั้น ได้แสดงถึงหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายไว้บ้างแต่ยังไม่สมบูรณ์ครบถ้วนเสียทีเดียว เพราะหากเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายที่จะได้กล่าวต่อไปนี้แล้ว คำกล่าวของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย เป็นการกล่าวถึงหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายเพียง 2 ประการเท่านั้น กล่าวคือ ได้กล่าวถึงเฉพาะ “การตีความตามหลักภาษา” และ “การตีความตามหลักความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” เท่านั้น⁷³

ดังนั้น “การตีความกฎหมาย” หมายถึง การทำความเข้าใจความหมายในทางกฎหมายของตัวบทกฎหมายเมื่อกล่าวถึงการตีความกฎหมายในทางคำรามีการกล่าวถึงหลักเกณฑ์การตีความกฎหมาย 4 หลักเกณฑ์ คือ

1) การตีความตามหลักภาษา

หลักกฎหมายอาญาเกี่ยวกับ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” นั้นได้แสดงให้เห็นอย่างมั่นคงและแน่นอนว่าบุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำความผิดที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เท่านั้นจุดเริ่มของการตีความกฎหมายจึงอยู่ที่ถ้อยคำของตัวบทกฎหมายอาญาดังกล่าว

“การตีความตามหลักภาษา” หมายถึง การหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากความหมายของภาษาที่ใช้กันทั่วไปความหมายของตัวบทกฎหมายย่อมเป็นกรอบของการตีความกฎหมายที่สำคัญที่จะป้องกันมิให้เกิดผลร้ายแก่บุคคล

ในคดีเรื่องลักกระแสไฟฟ้านั้น จำเลยต่อสู้ในคดีที่ถูกฟ้องว่าลักกระแสไฟฟ้าว่า “ไฟฟ้าเป็นพลังงานไม่ใช่วัตถุมีรูปร่าง”⁷⁴

⁷¹ จาก *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 16) (น. 43), โดย หยุด แสงอุทัย, 2537, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁷² แหล่งเดิม.

⁷³ *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 76). เล่มเดิม.

⁷⁴ ฎีกาที่ 877/2501.

ดังนั้น กล่าวได้ว่าเป็นการที่จำเลยได้หยิบยกหลัก “การตีความตามหลักภาษา” ขึ้นเป็นเหตุผลในการต่อสู้คดีนั่นเอง ฉะนั้น การที่ศาลฎีกาพิพากษาลงโทษจำเลยเกี่ยวกับการลักกระแสนไฟฟ้าฐานลักทรัพย์โดยไม่วินิจฉัยว่าข้อต่อสู้ของจำเลยฟังขึ้นหรือไม่จึงไม่ถูกต้องตาม “หลักการตีความตามหลักภาษา”

“การตีความตามหลักภาษา” มีความยากตรงที่ว่า จะรู้ได้อย่างไรว่าถ้อยคำที่จะตีความนั้นมีความหมายที่ตรงกันทั้งตามที่ใช้กันทั่วไปและในทางกฎหมาย ดังนั้น ผู้ตีความกฎหมายจึงต้องดูด้วยว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้มุ่งประสงค์ให้ถ้อยคำในคํวบทกฎหมายนั้นมีความหมายเป็นพิเศษอย่างไรอย่างหนึ่งหรือไม่

2) การตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมาย

ในการตีความกฎหมายนั้น แม้ผู้ตีความจะต้องถือความหมายในทางกฎหมายเป็นเกณฑ์ แต่ผู้ตีความกฎหมายก็ต้องระลึกด้วยว่าภาษากฎหมายเองก็อาจแตกต่างกันได้ซึ่งความแตกต่างนี้ขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมาย

กฎหมายอาญาเองก็มีความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบ แม้กฎหมายอาญาจะได้ให้ความหมายของคำใดคำหนึ่งไว้ก็เชื่อว่ากรณีจะมีความหมายที่เหมือนกันในทุกฐานความผิด เพราะความผิดแต่ละฐานมีความสัมพันธ์กับนิยามที่แตกต่างกันได้

คำว่า “โดยทุจริต” นั้น กฎหมายให้นิยามว่า “โดยทุจริต หมายความว่า เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น”⁷⁵

นอกจากนั้นสิ่งบางสิ่งที่ไม่อยู่ในกฎหมายอาญา แต่มีอยู่ในกฎหมายอื่น และเนื่องจากความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมายกรณีจึงต้องนำหลักในกฎหมายอื่นนั้นมาใช้ในกฎหมายอาญาด้วย เป็นต้นว่า กฎหมายอาญาไม่ได้ให้ความหมายเกี่ยวกับ “ทรัพย์” ไว้ แต่กฎหมายแพ่งได้ให้ความหมายของ “ทรัพย์” ว่า “ทรัพย์ หมายความว่า วัตถุมีรูปร่าง”⁷⁶ ดังนั้น กรณีจึงต้องนำหลักในกฎหมายแพ่งมาใช้ในกฎหมายด้วย ทั้งนี้ ตามหลัก “ความเป็นหนึ่งเดียวของระบบกฎหมาย” ดังกล่าวมาแล้วข้างต้น

ดังนั้นตามข้อต่อสู้ของจำเลย กล่าวได้ว่าเป็นการที่จำเลยได้หยิบยก “หลักการตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบ” ของกฎหมายขึ้นเป็นเหตุผลในการต่อสู้คดีนั่นเอง ฉะนั้น การที่ศาลฎีกาพิพากษาลงโทษจำเลยเกี่ยวกับการลักกระแสนไฟฟ้าฐานลักทรัพย์จึงไม่ถูกต้อง เพราะเป็นการตีความที่ขัดกับ “หลักการตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบ” ของกฎหมาย

⁷⁵ มาตรา 1 (1).

⁷⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 137.

ดังนั้นการตีความกฎหมายตาม “หลักการตีความตามหลักภาษา” เพียงอย่างเดียวอาจไม่เพียงพอที่จะทราบความหมายที่ถูกต้องของตัวบทกฎหมายได้ในการตีความกฎหมายจึงอาจต้องเพิ่มเติมด้วย “การตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบ” ของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม กรณีก็ต้องยอมรับกันด้วยว่าในบางกรณีระบบกฎหมายเองอาจจะยังขาดความชัดเจนได้

3) การตีความประวัติความเป็นมาของกฎหมาย

“การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย” คือ การหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากประวัติความเป็นมาของตัวบทกฎหมายนั้น

เกี่ยวกับประวัติความเป็นมาของความผิดฐานลักทรัพย์นั้น ในกฎหมายโรมันเรียกการลักทรัพย์ว่า “furtum” ซึ่งมีสามอย่าง คือ

(1) furtum rei คือ การลักเอาตัวทรัพย์ไป ซึ่งก็คือความผิดฐานลักทรัพย์

(2) furtum possessionis คือ การลักเอาการครอบครองไป ซึ่งก็คือความผิดฐานโกงเจ้าหนี้ตามมาตรา 349 และ

(3) furtum usus คือ การเอาการใช้ไป ซึ่งได้แก่การเอายานพาหนะเข้าไปใช้โดยมิชอบ⁷⁷

ฉะนั้น การที่ศาลฎีกาพิพากษาลงโทษการลักกระแสไฟฟ้าฐานลักทรัพย์⁷⁸ จึงไม่ถูกต้องตามหลักการตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย เพราะกรณีไม่ต้องด้วย furtum ใดๆ เลย

สำหรับกรณี “การเอาการใช้ไป” (furtum usus) นั้น กฎหมายของไทยเราในปัจจุบันไม่ได้บัญญัติเป็นความผิด ฉะนั้น การที่ศาลฎีกาพิพากษาลงโทษ “การเอาการใช้ไป” ว่าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ โดยวินิจฉัยว่า “ผู้เสียหายฝากรถยนต์ไว้ในอู่และจ้างจำเลยซึ่งเป็นคนขับรถของผู้ที่ฝากรถไว้ในอู่เดียวกันทำความสะอาด จ้างเลยเอารถยนต์ของผู้เสียหายไปใช้โดยพลการ เป็นการเอารถของผู้เสียหายไปโดยทุจริต จึงมีความผิดฐานลักทรัพย์”⁷⁹

กรณีจึงไม่ถูกต้องตามหลัก “การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย” (historische Auslegung) เช่นเดียวกัน เพราะกรณีไม่ต้องด้วย furtum ใดๆ และเช่นเดียวกัน

การพิจารณาประวัติความเป็นมาของกฎหมายนั้น อาจพิจารณาจากประวัติการยกร่างและเอกสารที่เกี่ยวข้อง เช่น ร่าง เหตุผลในการร่าง ตลอดจนรายงานการประชุมของสภา 10 นอกจากนี้ “เหตุผลในการประกาศใช้กฎหมาย” ซึ่งมีอยู่ในระบบกฎหมายของไทยเราเป็นข้อมูล

⁷⁷ จาก กฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 10) (น. 376), โดย คณิต ฅ นคร, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน และ ความผิดฐานลักทรัพย์: ศึกษากรณีการเอายานพาหนะของผู้อื่นไปใช้โดยมิชอบ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 25-28), โดย อุไรวรรณ อุดมวัฒนกุล, 2531, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁷⁸ ฎีกาที่ 877/2501. น. 896.

⁷⁹ ฎีกาที่ 1212/2514 ใน อัยการนิเทศ, 33(4), พ.ศ. 2514, น. 238.

หนึ่งที่สามารถยังทราบถึงประวัติความเป็นมาของกฎหมายตลอดจนความหมายของตัวบทกฎหมายได้ การตีความตามวิธีนี้จะนำไปสู่ “การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” ต่อไป

4) การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย

ในส่วนการตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมายคือ การค้นหาความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย ทั้งนี้การตีความตามวิธีนี้ “คุณธรรมทางกฎหมาย” จะเป็นเครื่องช่วยในการตีความได้เป็นอย่างดี เป็นต้นว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” ของความผิดฐานลักทรัพย์ คือ “กรรมสิทธิ์” และ “การครอบครอง”⁸⁰ ซึ่งกรรมสิทธิ์หมายถึงสิทธิในสิ่งที่มีรูปร่าง⁸¹ หรือสิทธิในทรัพย์ สิทธิในไฟฟ้าจึงไม่ใช่กรรมสิทธิ์เพราะไฟฟ้าไม่ใช่ว่าเป็นสิ่งที่รูปร่าง ฉะนั้น การที่ศาลฎีกาพิพากษาลงโทษการลักกระแสไฟฟ้าฐานลักทรัพย์⁸² จึงไม่ถูกต้องกับหลัก “การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” ใน “การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” นั้น นอกจากจำเป็นที่จะต้องค้นหา “คุณธรรมทางกฎหมาย”⁸³ แล้ว อาจจำเป็นต้องคำนึงถึงคุณค่าของการกระทำด้วย เป็นต้นว่า การทำให้ดีขึ้น อาทิ การกระทำต่อร่างกายในการรักษาพยาบาลย่อมไม่เป็นการ “ทำร้าย” ในความหมายของความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

2.2.4 วิธีการตีความกฎหมายอาญา

การตีความกฎหมายผู้ตีความชอบที่จะใช้การผสมผสานของหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายดังกล่าวมาแล้ว ทั้งนี้ โดยถือเอา “การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” เป็นแกนนำ ส่วนหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอื่นๆ นั้นเป็นเพียงปัจจัยที่จะนำไปเข้ากับกฎหมายที่แท้จริงของตัวบทกฎหมายเท่านั้น ในการตีความกฎหมายอาญาผู้ตีความก็ต้องปฏิบัติทำนองเดียวกันที่กล่าวมานี้

เกี่ยวกับการตีความกฎหมายอาญาเดิมที่เดวิดนักนิติศาสตร์เห็นกันว่าการตีความโดยขยายความเป็นวิธีการที่ต้องห้าม แต่การตีความโดยจำกัดความกระทำได้โดยให้เหตุผลว่ากฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่เป็นผลร้ายก่อภาระที่หนักแก่บุคคลและเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นข้อยกเว้นแต่ใน

⁸⁰ จาก *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 10) (น. 306), โดย คณิต ฌ นคร, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁸¹ จาก *กฎหมายลักษณะทรัพย์* (พิมพ์ครั้งที่ 2) (น. 171), โดย เสนีย์ ปราโมช, 2520, กรุงเทพฯ: อักษรสาสน์

⁸² จาก “การอภิปรายเรื่องการตีความกฎหมายอาญา.” โดย คณิต ฌ นคร (2527), *วารสารนิติศาสตร์*, 4(18). น. 59 หลักกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 4) (น.30), โดย แสงว นุญเฉลิมวิภาส, (2546).

⁸³ แหล่งเดิม.

ปัจจุบันนี้นักนิติศาสตร์ไม่เห็นกันดังกล่าวต่อไปอีกแล้ว เพราะในเรื่องของการตีความกฎหมายนั้น ไม่มีการตีความอย่างอื่นนอกจากการตีความที่ถูกต้อง

การใช้กฎหมายอาญาต้องอยู่ในกรอบหรือขอบเขตของความหมายของตัวบทกฎหมาย หากใช้กฎหมายอาญาเกินเลยกรอบหรือขอบเขตความหมายของตัวบทกฎหมายแล้วกรณีก็มิใช่การตีความกฎหมายอาญา แต่เป็นการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogie)⁸⁴ ในกฎหมายอาญา และถ้าการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างย้งนั้น เป็นไปในทางที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดแล้ว ย่อมเป็นสิ่งที่ต้องห้ามในกฎหมายอาญา⁸⁵

2.2.5 ปัญหาการตีความกฎหมายอาญา

การกล่าวถึงหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญาโดยแยกเป็นเรื่องหนึ่งหรือเป็นบทหนึ่งอีกต่างหากในหนังสือกฎหมายอาญาในประเทศไทยเรากระทำกันน้อยมาก หนังสือกฎหมายอาญาเพียงบางเล่มเท่านั้นที่กล่าวถึงหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญาไว้เป็นการเฉพาะ⁸⁶ แต่หนังสือกฎหมายอาญาส่วนใหญ่จะกล่าวถึงเรื่องการตีความกฎหมายอาญาไว้ในคำอธิบายมาตรา 2 และว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” ซึ่งไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายของประเทศไทยเราดังกล่าวมาแล้วข้างต้น เหตุนี้การใช้กฎหมายอาญาของนักกฎหมายไทยเราจึงเป็นการใช้กฎหมายที่ติดยึดอยู่ที่ตัวอักษร⁸⁷ และบางครั้งก่อให้เกิดปัญหาการใช้กฎหมายอาญาต่างๆ ที่มีใช้เพราะกฎหมายอาญามีช่องว่างแต่อย่างใด

การใช้กฎหมายที่ก่อให้เกิดปัญหา เช่น ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าหลักว่า หากผู้ใดมีรายได้ปกติและไม่ปรากฏว่ารายได้ที่ได้นั้นไม่พอดำรงชีพ หรือมีรายได้ปกติพอดำรงชีพ แม้ผู้นั้นจะแบ่งรายได้หรือรับส่วนแบ่งจากการค้าประเวณีของหญิงก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 286⁸⁸ ทั้งๆ ที่การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำในความหมายของความผิดตามมาตรา 276 เพราะผู้กระทำความผิดตามมาตรา 276 นี้ คือผู้ที่มีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับหญิงซึ่งค้าประเวณีหรือหญิงนครโสเภณี ซึ่ง

⁸⁴ คณิต ณ นคร. (2556). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 5) น. 69-78.; คณิต ณ นคร. (2523). คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา วารสารอัยการ, 33(25). น. 55, 60; และดู ฎีกาที่ 3653/2526.

⁸⁵ จาก กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1 (พิมพ์ครั้งที่ 7). และตอน 2 (พิมพ์ครั้งที่ 6). หัวข้อ 16 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง น.44, โดย จิตติ ดิงศภัทัย, 2525, กรุงเทพฯ: สยามการพิมพ์.

⁸⁶ หุตุย แสงอุทัย. (2537). กฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 16). บทที่ 5 น. 43-45.; แสง บุญเฉลิม วิชาส. (2546). หลักกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 4). บทที่ 3 น. 25-33.

⁸⁷ ฎีกาที่ 3643/2526: เมื่อมาตรา 2517 บัญญัติว่า การวางเพลิงเผาทรัพย์ของผู้อื่นเป็นความผิด จะตีความคำว่า “ทรัพย์ของผู้อื่น” ให้รวมถึงทรัพย์ที่อยู่อื่นมีส่วนเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยหาได้ไม่ เป็นการขัดต่อหลักกฎหมายใน มาตรา 2

⁸⁸ เป็นต้นว่า ฎีกาที่ 3488/2520., ฎีกาที่ 2555/2521, ฎีกาที่ 883/2522.

ความสัมพันธ์ส่วนตัวดังกล่าวเป็นความสัมพันธ์อันมีระยะเวลาที่เนิ่นนานตามควรและในการนี้
ผู้นั้นเป็นส่วนหนึ่งของหญิงในส่วนที่เกี่ยวกับการหารายได้ในการค้าประเวณีของหญิงนั้นและทำ
ตัวเองเป็นกาฝากขูดรีดหญิง⁸⁹

ดังกล่าวมาแล้วว่าในการค้นหาความหมายของตัวบทกฎหมายจำเป็นต้องค้นหา
“คุณธรรมทางกฎหมาย” เพื่อประโยชน์ในการตีความกฎหมายอาญา⁹⁰ และแม้ว่าเรื่อง “คุณธรรม
ทางกฎหมาย” ในกฎหมายอาญาจะไม่ใช่ของใหม่ แต่ก็เป็นเรื่องที่เพิ่งจะมีการศึกษา⁹¹ การตีความ
กฎหมายอาญาโดยขาดการพิจารณา “คุณธรรมทางกฎหมาย” จึงเป็นปัญหาอยู่มาก เช่น

(1) ปัญหาการตีความกฎหมายอาญาที่ขัดต่อข้อห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตาม
มาตรา 2⁹²

(2) ปัญหาการไม่สามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างความผิดฐานต่าง ๆ ที่คล้าย ๆ
กัน หรือใกล้เคียงกัน เช่น

(1) การไม่อาจแยกแยะว่าความผิดฐานวางเพลิงตามมาตรา 217 กับความผิดฐานทำให้
เสียชีวิตตามมาตรา 358 ต่างกันอย่างไร⁹³

(2) การไม่เห็นความแตกต่างระหว่างความผิดตามมาตรา 217 กับความผิดตามมาตรา
218⁹⁴ และ

(3) การไม่เห็นความแตกต่างระหว่างความผิดฐานลักทรัพย์กับความผิดฐานยักยอก⁹⁵
เป็นต้น

อนึ่ง ปัญหาของการตีความกฎหมายทั้งหลายทั้งปวงที่เกิดขึ้นในประเทศไทยเราเสมอๆ
นั้น แท้จริงแล้วก็เพราะความสับสนของการใช้ “นิติวิธี” (juristic method) กล่าวคือ ในขณะที่

⁸⁹ จาก กฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 10) (น. 461), โดย คณิต ณ นคร, 2553, กรุงเทพฯ:
วิญญูชน.

⁹⁰ จาก หลักกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 9) (น. 30), โดย แสง บุญเฉลิมวิภาส, 2546, กรุงเทพฯ:
วิญญูชน.

⁹¹ จาก คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา, โดย คณิต ณ นคร. (2523, มกราคม). *วารสาร
อัยการ*. น. 60.

⁹² คณิต ณ นคร. (2524). ข้อสังเกตเกี่ยวกับความผิดฐานลักทรัพย์ *วารสารอัยการ* ประจำเดือนมกราคม.
น. 82.

⁹³ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 588). เล่มเดิม.

⁹⁴ แหล่งเดิม.

⁹⁵ ฎีกาที่ 1626/2500 (หน้า 1544) ; และดู คณิต ณ นคร. (2553). กฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่
10). น. 312-313.

ประเทศไทยเราเลือกเอาระบบซีวิลลอว์ (Civil law) แต่เรากลับใช้กฎหมายอาญาตามแนวทางของระบบคอมมอนลอว์ (Common law)⁹⁶

2.3 ประวัติและวิวัฒนาการในการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบขั้นกระทำชำเราของประเทศไทย

2.3.1 กฎหมายตราสามดวง

กฎหมายตราสามดวง เกิดขึ้นในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดทางเพศไว้ในพระไอยการลักษณะผิดเมีย ซึ่งเป็นการกระทำความผิดต่ออำนาจอิสสระ หรืออำนาจปกครองของบิดามารดากรณีที่ผู้ถูกระทำเป็นบุตร หรือต่ออำนาจอิสสระหรืออำนาจปกครองของสามี กรณีผู้ถูกระทำเป็นภริยา⁹⁷

ในกฎหมายฉบับนี้ การกระทำที่จัดเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา นั้น กฎหมายได้ใช้คำว่า “ข่มขืนถึงชำเรา” โดยคำว่า “ข่มขืน” นั้น แสดงความอยู่ในตัวแล้วว่าไม่มีความยินยอมจากฝ่ายที่ถูกกระทำแต่ได้มีการใช้วิธีการใดวิธีการหนึ่งขึ้นใจบังคับ จนถึงขึ้นเกิดการ “ชำเรา” อันหมายถึงมีการร่วมประเวณีกัน ส่วน “ข่มขืนมิถึงชำเรา” หมายถึงได้มีการบังคับขึ้นใจแต่ยังไม่มีการร่วมประเวณีต่อกัน ดังปรากฏในตัวอย่างต่อไปนี้

1 มาตราหนึ่ง ชายใดข่มขืนภริยาท่านถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณมผิดเมียทวิคูณ ถ้าข่มขืนมิได้ถึงชำเราให้ไหมโดยประณมผิดเมีย⁹⁸

40 มาตราหนึ่ง พระครูภิกษุสามเณร ผิดเมียท่านถึงชำเราซึ่งว่า ปาราชิกให้สึกออกเสียแล้วให้ไหมโดยพระราชกฤษฎีกา⁹⁹

41 มาตราหนึ่ง ถ้าพระครูภิกษุสามเณรผู้อยู่ในศีลทำทุลาจารผิดทางวินัยทำร้ายด้วยหญิงหาตัวมิได้ถึงชำเราเป็นสัจไซร์ ชื่อว่าปาราชิกให้สึกออกลงโทษ¹⁰⁰

46 มาตราหนึ่ง เจ้าเงินก็ดี พี่น้องลูกหลานแห่งเจ้าเงินก็ดี ข่มขืนหญิงทาสถึงชำเราหญิงร้องแรกมีสักขีพยานไซร์ ท่านให้แบ่งตัวหญิงนั้นเสียถึงหนึ่งๆ ให้มันส่งให้แก่เจ้าเงินถ้าจับมือถือ

⁹⁶ จาก *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 2). (น. 92-104), โดย ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, 2546), *การตีความกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 2), โดย อักษราทร จุฬารัตน, 2549, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁹⁷ จาก *ประวัติศาสตร์กฎหมาย* (น. 78), โดย ดวงจิตต์ กำประเสริฐ, 2530, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

⁹⁸ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 เล่ม 2, น. 3, 2535. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁹⁹ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 เล่ม 2, น. 19.

¹⁰⁰ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 เล่ม 2, น. 19.

นางกอดจูบข่มขืนไม่ถึงชำเรา พิจารณาเป็นสัจ ให้แบ่งข้าตัวเป็น 4 ส่วน ลดส่วน 1 ให้แก่เจ้าเงิน 3 ส่วน ถ้ามันยอมด้วยไซร้ อย่าให้แบ่งทุนเขานั้นเสียเลย ถ้ามันมิสมักอยู่ด้วยแล้มักจะหย่าไซร้ มันยังเกิดบุตรด้วยเจ้าเงินแลพี่น้อง ลูก หลาน แห่งเจ้าเงินไม่ จึงให้มันส่งข้าตัวจงถ้วน¹⁰¹

71 มาตราหนึ่ง ชายใดข่มขืนหญิงหม้ายถึงชำเรา ให้เอาเบี้ยในประณมผิดเมียทำ 5 ส่วน ยกเสีย 1 เอา 4 ส่วน ตัวไหมเป็นสิน ไหมกึ่งพิไนกึ่ง ถ้าข่มขืนมิทำชำเราให้ไหมถึงชำเรา¹⁰²

76 มาตราหนึ่ง ชายใดมีเมียแล้วข่มขืนลูกสาว หลานสาวท่านถึงชำเราให้ไหมชายนั้นกึ่งประณมผิดเมีย ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ไหมกึ่งถึงชำเรา¹⁰³

77 มาตราหนึ่ง ชายใดหาเมียมิได้ ข่มขืนลูกสาว หลานสาวท่านถึงชำเราให้ไหมชายนั้นกึ่งเบี้ยชายมีเมียแล้ว ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ไหมกึ่งถึงชำเรา

78 มาตราหนึ่ง ชายใดข่มขืนหญิงเด็กไม่รู้เดียงสา มิถึงชำเราให้ไหมเท่าเบี้ยประณมผิดเมีย ถ้าข่มขืนถึงชำเราโลหิตไหล ให้ไหมเท่าเบี้ยประณมผิดเมียทวีคูณ ถ้าตบตีหญิงทำให้มีบาดเจ็บด้วย ท่านให้ไหมรายนั้นโดยบาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง

88 มาตราหนึ่ง ชายใดมิได้สู่ขอลูกสาว หลานสาวท่าน และบังอาจว่าตนเรี่ยวแรงผู้เดียวก็ตีพาพวกเพื่อนไปด้วยก็ตี เข้ากุมเกาะ เบาะ จะแลง ลูกสาวหลานสาว และเมียท่านไปด้วยแรงตนหญิงนั้นร้องแรก ขัดขวาง มีคนรู้เห็นได้ยิน ข่มขืนหญิงนั้นถึงชำเราก็คดี มิได้ถึงชำเราก็คดี หญิงนั้นมาหาว่าเป็นสัจไซร้ให้ไหม โดยพระราชกฤษฎีกาเดิม ถ้าข่มขืนหญิงมาดเจ็บ ให้ไหมโดยบาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง พวกซึ่งไปด้วยนั้นให้ไหมกึ่ง ถ้าชายหลายคนข่มขืนโทรมเอาหญิงนั้นไซร้ ให้ลงโทษแก่ชายนั้นด้วยลวดหนักคล 60 ที ให้ไหมตามบันดาศักดิ์ทวีคูณ เพราะมันบังอาจหยาบช้ำต่อแผ่นดินเมืองท่าน¹⁰⁴

105 มาตราหนึ่ง ชายให้สู่ขอลูกสาว หลานสาวท่าน บิดา มารดาหญิง ยินยอมให้ชายได้ให้มีขันหมากหมั้นนั้นจะทำการยังมิได้ทำการ ชายอื่นยังอาจว่าตนเรี่ยวแรงเกาะกุม เบาะ จะแลงหญิงนั้นด้วยแรงตน ข่มขืนหญิงนั้นถึงชำเราก็คดี มิได้ถึงชำเราก็คดีพิจารณาเป็นสัจไซร้ ท่านว่าล่วงพระราชอาชญาความเมืองท่าน ให้ส่งหญิงนั้นให้แก่บิดา มารดาแล้ว ให้ทวนชายคันเหตุด้วยลวดหนัก 50 ที ถ้ามีพวกไปด้วย ให้ทวนคล 50 ที จงทุกคนให้ไหมชานคันเหตุโดยผิดเมียท่านในขันหมากนั้นจึงควร¹⁰⁵

¹⁰¹ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 เล่ม 2. น. 20.

¹⁰² ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 เล่ม 2. น. 34.

¹⁰³ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 เล่ม 2. น. 42.

¹⁰⁴ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 เล่ม 2. น. 47.

¹⁰⁵ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 เล่ม 2. น. 51.

จากบัญญัติข้างต้น พระไอยการลักษณะพั้วเมียกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ โดยมีรายละเอียดดังนี้

1) ความผิดฐาน “ข่มขืนถึงชำเรา” หมายถึง การที่ชายใช้การบังคับจิตใจด้วยวิธีอย่างใด ๆ แก่หญิง โดยที่หญิงนั้นไม่ยินยอมและหญิงเป็นภริยาของผู้อื่น หญิงซึ่งเป็นทาส หญิงซึ่งเป็นหม้าย หญิงซึ่งเป็นบุตรสาวหรือหลานสาวของผู้อื่น หญิงซึ่งเป็นเด็ก และหญิงที่ชายอื่นได้ล่วงจากพ่อแม่หญิงนั้นแล้ว จนได้มีการร่วมประเวณีกัน ส่วน “ข่มขืนไม่ถึงชำเรา” นั้นมีความแตกต่างจาก “ข่มขืนถึงชำเรา” ตรงที่ไม่ได้มีการร่วมประเวณีกัน แม้จะได้มีการบังคับจิตใจกันก็ตาม ซึ่งเปรียบเทียบได้กับความผิดฐานพยายามข่มขืนตามประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน โดยมีอัตราโทษที่ต่ำกว่า “ข่มขืนถึงชำเรา”

2) แต่ไม่ปรากฏบทมาตราใดเลยที่กล่าวถึงการข่มขืนภริยาเอาไว้ด้วยน่าจะมาจากเหตุที่ในสมัยนั้นให้ความสำคัญกับอำนาจการปกครองหรือที่เรียกว่าอำนาจอิสระเป็นอย่างมาก โดยเมื่อหญิงยังเป็นเด็กก็ต้องตกอยู่ในความปกครองของบิดา มารดา ถ้าบิดามารดาตายหญิงอาจตกอยู่ในความปกครองของญาติผู้ใหญ่ หรือพี่ๆ จนกระทั่งหญิงแต่งงานกับชาย อำนาจอิสระหรือการปกครองจึงโอนจากบิดามารดาไปยังชายผู้สามีดังปรากฏในมาตรา 79 ที่บัญญัติว่า “บุตรท่านบิดามารดายังมีได้ประกอบสามีภริยาให้ไซ้รับบิดามารดานั้นเป็นอิสระแก่บุตร ถ้าชายใดพึงใจด้วยบุตรท่าน ให้ค่านับบิดามารดาตามประเพณี ถ้าบิดามารดาขอให้สามีจึงจะเป็นอิสระแก่ภริยา...”¹⁰⁶ และอำนาจอิสระของสามีนั้น รวมไปถึงอำนาจลงโทษของภรรยาได้ตามสมควรหากภริยาประพฤติตนไม่สมควรดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 60 ว่า “สามีภริยาอยู่ด้วยกัน ภริยามีความผิด สามีจะปราบปรามโบตีหญิง หญิงจะเอาโทษแก่สามีนั้นมิได้ ถ้าภริยาคำว่าหยาบซ้ำแก่สามี ให้ภริยาเอาข้าวตอกดอกไม้ขอโทษแก่สามีจึงควร”¹⁰⁷ ฉะนั้น เมื่อสามีมีอำนาจอิสระที่จะปกครองภริยาอย่างเต็มที่แล้ว ย่อมส่งผลให้การมีเพศสัมพันธ์ต่อกันระหว่างสามีภริยากลายเป็นหน้าที่ที่ภริยาจะต้องตอบสนองไม่อาจขัดขืนป้องกันได้ จึงไม่ปรากฏการกระทำที่เรียกว่าข่มขืนต่อภริยาในสมัยนั้น ประกอบกับหากภริยาหยิบยกกล่าวอ้างว่าสามีข่มขืนตน ภริยาอาจจะต้องความผิดว่าทำการหยาบซ้ำแก่สามีตามบทบัญญัติข้างต้นภริยาทั้งหลายจึงเกิดความเกรงกลัวมิกล้าที่จะกล่าวโทษสามีได้

3) ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลในครอบครัว

พระไอยการลักษณะพั้วเมียนี้ได้แบ่งแยกออกเป็นสองกรณี คือ

¹⁰⁶ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 เล่ม 2, น. 43.

¹⁰⁷ แหล่งเดิม. (น. 30).

(1) ระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกัน

“มาตราหนึ่ง พ่อ แม่ ลูก พี่ น้อง ยายหลาน ตาหลาน ลุงน้าหลาน ทำชู้กันไซ้ให้ทำแพลยผู้นั้นเสียในชะเล (ทะเล) ให้เจ้าพ่อแม่พี่น้องพลเมืองท่าน ทั้ง 4 ประตุ ไก่ 8 ตัวให้พระสงฆ์พรหมอาจารย์สวดมนต์ทำพิธีการระงับอุบาทจันไรน้ำ ฟา (ฝน) ซึ่งจะตกเป็นประโยชน์แก่คนทั้งหลาย ฝ่ายพ่อแม่พี่น้องรู้ว่าลูกหลานทำมิชอบมิได้ว่ากล่าว ท่านว่าละเมิด ให้ลงโทษโดยโทษณโทษ”¹⁰⁸

บทบัญญัตินี้ คือ การมีสัมพันธ์ทางเพศถึงขั้นกระทำชำเรา (ร่วมประเวณี) กับญาติสืบสายโลหิตด้วยความยินยอมของกันและกัน โดยผู้กระทำนั้นเป็นพ่อ แม่ กับลูก พี่กับน้อง ตา ยาย กับหลาน ลุง น้า กับหลาน (และน่าจะรวมถึง ปู่ ย่า ป้ากับหลาน) ซึ่งเรียกว่า “ทำชู้” และนอกจากจะมุ่งหมายลงโทษชายและหญิงผู้กระทำแล้วยังลงโทษ พ่อ แม่ พี่ น้อง ที่รู้ว่าลูกของตนหรือพี่น้องตนกระทำการเช่นนั้นแล้วไม่ได้ว่ากล่าวหรือห้ามปรามด้วย

(2) ระหว่างผู้ที่ไม่ใช่สายโลหิตเดียวกัน

มาตราหนึ่ง หลานทำชู้เมียลุง ตา ปู่ อา น้า พี่ตนเอง มันผู้มีเกรงกลัว มันมิอายแก่บาป ดังนั้น ให้เอามันคนร้ายจำใส่ตรวน (จัน คา) เอน้ำหมึกสักหน้าทั้งหญิง (ชาย) เอาเชือกหนังผูกคอ เอาข้อมือติดเอนรอบตลาด แล้วเอาขึ้นข่าอย่างยิงด้วยลูกสั้นโดย แลให้ตีด้วยหวดหนักละ 25 (50) ที แล้วให้ทำแพลยเสียนอกเมือง อย่าให้ดูเยี่ยงกัน ถ้าจะไถ่ลูกสั้นโดยมิให้ยิงเล่มละ 30,000¹⁰⁹

เช่นเดียวกับบทบัญญัติมาตราก่อน กรณีระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกัน แต่ต่างกันตรงที่เป็นการมีเพศสัมพันธ์กับญาติที่เกิดจากการสมรส นั่นคือ ภริยา (เมีย) ของลุง ตา ปู่ อา น้า และพี่ของผู้กระทำ ซึ่งกฎหมายบัญญัติถึงลักษณะของการมีเพศสัมพันธ์ว่าเป็นการ “ทำชู้” อันหมายถึง การสมภพใจที่จะมีสัมพันธ์ทางเพศต่อกันระหว่างชายกับหญิงจนถึงขั้นร่วมประเวณี ในขณะที่ชายหรือหญิงนั้นต่างมีคู่สมรสของแต่ละคนอยู่ก่อนแล้ว โดยกฎหมายได้บัญญัติให้ทั้งชายและหญิงนั้นต้องโทษในอัตราที่รุนแรงพร้อมกับเนรเทศออกจากเมือง แต่ถ้าหากหญิงนั้นไม่ได้ยินยอมสมภพใจที่จะร่วมประเวณีเสียแล้วย่อมไม่ใช่การ “ทำชู้” ซึ่งอาจจะเป็นการข่มขืนหรือชำเราก็แล้วแต่ตามกฎหมายจะบัญญัติ ฉะนั้นเมื่อไม่เป็นการ “ทำชู้” จึงเอาผิดแก่หญิงมิได้

2.3.2 พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์ พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงมีพระราชดำริให้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศขึ้นมาใหม่เพราะเล็งเห็นว่ากฎหมายลักษณะผัวเมียที่เคยใช้อยู่แต่เดิมนั้นยังมีข้อบกพร่องอยู่หลายประการ เป็นเหตุให้เกิดความ

¹⁰⁸ แหล่งเดิม. (น. 17).

¹⁰⁹ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 เล่ม 2. น. 17.

สงสัยต่างๆ ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่กล่าวหา กัน จึงได้มีพระราชกำหนดลักษณะข่มขืน
ล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ขึ้นมา¹¹⁰

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง

มาตรา 3 ชายใดกระทำความชำเราหญิงในเหตุ 4 ประการ ดังที่จะกล่าวต่อไปข้างล่างนี้ ท่าน
ว่าชายผู้นั้นข่มขืนทำชำเราหญิง คือ

ข้อ 1 ขืนใจหญิง

ข้อ 2 หญิงยินยอม

ข้อ 3 หญิงยินยอมด้วยชายขู่จะทำร้ายแก่ร่างกายและชีวิตหญิง หญิงมีความกลัวจึง
ยินยอม

ข้อ 4 หญิงยินยอมก็ดี ถ้าไม่ยินยอมก็ดี แต่หญิงนั้นยังมีอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา

มาตรา 4 ชายใดข่มขืนกระทำชำเราหญิง ดังเช่นว่าไว้ในมาตรา 3 พิจารณาเป็นสัตย์ให้
ลงโทษจำคุกไว้ตั้งแต่ 10 ปีลงมา กับให้ทำการหนักด้วยก็ได้ ถ้ามิให้ทำการหนักด้วยก็ได้ แล้วจะ
ปรับเป็นเงินทำขวัญให้แก่หญิงตั้งแต่ 1,000 บาทลงมาด้วยก็ได้

อนึ่ง ผู้ได้รับโทษฐานข่มขืนทำชำเราครั้งหนึ่งแล้ว ภายหลังยังกลับขึ้นกระทำความผิดลงอีก
เป็นครั้งที่ 2 ที่ 3 ต่อไป จะให้ลงโทษเข็ญตั้งแต่ 60 ปี ลงมาเพิ่มเข้ากับโทษจำคุกและโทษปรับอีก
ด้วยก็ได้

มาตรา 6 ผู้ใดพยายามหรือจะข่มขืนทำชำเราก็ดี... ซึ่งเป็นการผิดต่อมาตรา 3 มาตรา 4...
พิจารณาเป็นสัตย์ให้ลงโทษจำคุก

มาตรา 7 ผู้ใดรู้เห็นเป็นใจด้วย ฤๅช่วยอุดหนุนต้นเหตุในการข่มขืนกระทำชำเราก็ดี...
พิจารณาเป็นสัตย์ให้ลงโทษจำคุก

2.3.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127

สืบเนื่องจากประเทศไทยได้มีความพยายามที่ต้องการที่จะเรียกร้องสิทธิทางศาล
ที่เสียไป พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์ พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว จึงได้ทรงมี
พระราชดำริให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายของไทยให้เป็นไปตามแบบของประเทศตะวันตก
จึงได้ทรงโปรดให้มีการตรากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พ.ศ. 3451) ขึ้น โดยกฎหมายเกี่ยวกับการ
ข่มขืนกระทำชำเรา ได้มีการตราไว้ในมาตราดังต่อไปนี้¹¹¹

¹¹⁰ จาก ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (วิทยานพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต), โดย ประสิทธิ์ พัฒนอมร,
2524, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. .

¹¹¹ จาก คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 หมวดที่ 2 (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 357), โดย หยุต
แสงอุทัย, 2548, กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

มาตรา 243 ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำชำเราขึ้นใจหญิง ซึ่งมีใช้ภริยาของตนเอง ท่านว่าผู้นั้นข่มขืนกระทำชำเรา ต้องวางโทษจำคุกตั้งแต่ปีหนึ่งขึ้นไปจนถึงสิบปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราขึ้นใจหญิงซึ่งมีใช้ภริยาของตนเอง ท่านว่ามันข่มขืนทำชำเรา มีความผิด ต้องระวางโทษคุกกับที่ว่ามานั้น ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนชำเรานั้น มีบาดเจ็บถึงสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้ข่มขืนนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี และให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง¹¹²

การกระทำชำเราขึ้นใจหญิงอันเป็นการข่มขืน คือ การส้องเสพสังวาสหรือผสมเพศซึ่งกันและกัน ซึ่งตามความหมายนี้เป็นการที่ชายกระทำชำเราแก่หญิงตามลักษณะของการร่วมประเวณีอย่างธรรมดา และจะเป็นความผิดสำเร็จเมื่ออวัยวะเพศชายล่วงเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง โดยใช้กำลังกาย หรือขู่เข็ญว่าจะทำร้าย หรือว่าจะทำร้ายหรือใช้อุบายหลอกลวงอย่างใดๆ

อย่างไรก็ดีแม้ในคัมภีร์จะใช้คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งหมายความว่า จะเป็นชายหรือหญิงก็ได้ แต่นั้นแต่กระนั้นก็ตามหญิงจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไม่ได้ เพราะความผิดฐานนี้มีได้แต่เฉพาะชายเท่านั้นและการที่ชายสามิได้ร่วมประเวณีกับภริยา แม้จะเป็นการขึ้นใจหรือใช้กำลังทำร้ายก็หาไม่ ความผิดไม่มีความผิดก็แต่ฐานทำร้ายร่างกายเท่านั้น เพราะตามธรรมดาของการเป็นสามิภริยา ย่อมจะต้องมีการร่วมประเวณีกัน ดังที่กฎหมายลักษณะผัวเมียกล่าวว่าต่างเป็นเจ้าของประเวณีกัน ฉะนั้นสิ่งสำคัญจะต้องทราบถึงการเป็นสามิภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายลักษณะผัวเมียเสียก่อน เพื่อให้การร่วมประเวณีนั้นไม่เป็นความผิดฐานข่มขืน

การเป็นสามิภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายจำต้องประกอบด้วยหนึ่ง ชายหญิงทั้งสองฝ่ายได้กินอยู่หลับนอนด้วยกัน โดยมีเจตนาเป็นสามิภริยากัน สอง บิดามารดาหรือผู้เป็นอิสระแก่หญิง (ผู้มีอำนาจปกครองของหญิง) ยินยอมยกหญิงให้เป็นภริยาชายโดยที่หญิงนั้นยินยอมด้วย¹¹³

ดังนั้น ตามประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นี้ หากชายและหญิงเป็นสามิภริยากันแล้ว ชายผู้เป็นสามิจะไม่ถูกต้องหาว่ากระทำการข่มขืน แม้ว่าจะได้ใช้กำลังกายหรือวาจาขู่เข็ญใจหญิงผู้เป็นภริยาเพื่อการมีเพศสัมพันธ์เช่น

¹¹² จาก กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, (น. 110-111), โดย เสถียร วิชยลักษณ์, 2498, กรุงเทพฯ: นิติเวช.

¹¹³ ประวัติศาสตร์กฎหมาย (น. 77). เล่มเดิม.

1) ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลในครอบครัว

(1) ระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกัน

มาตรา 247 “ความผิดอย่างใดใด ที่ว่ามาในมาตรา 243 244 และ 246 นั้นถ้าผู้กระทำเป็นบิดามารดาหรือปู่ ย่า ตา ยาย ก็ดี ครูบาอาจารย์ที่รับเลี้ยงผู้ถูกกระทำไว้ก็ดี เจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ผู้ปกครองรักษาผู้ถูกกระทำร้ายก็ดี ท่านว่าระวางโทษของมันผู้กระทำผิดหนักกว่าที่บัญญัติไว้ใน 4 มาตรา ที่ว่ามานั้น หนึ่งในสามส่วน”

มาตรา 244 และ 246 บัญญัติว่า

มาตรา 244 “ผู้ใดกระทำชำเราด้วยเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสองขวบถึงหญิงนั้นยินยอมก็ตาม หรือมิยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปีและให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลในการกระทำผิด เช่นว่ามาในมาตรานี้ เด็กหญิงที่ถูกชำเรานั้นมีบาดเจ็บอย่างสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีขึ้นไปจนถึงสิบห้าปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นตาย ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

มาตรา 246 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบสองขวบขึ้นไปโดยมันใช้อำนาจด้วยกำลัง หรือวาจาขู่เข็ญ หรือมันใช้อุบายหลอกลวงด้วยประการใดใดก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

มาตรานี้เป็นเหตุฉุกเฉินของความผิดฐานข่มขืนทำชำเราและอนาจารไม่ว่าผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสองขวบจะยินยอมด้วยหรือไม่ก็ตาม โดยที่ตัวผู้กระทำมีสถานภาพดังนี้คือ

(1) เป็นบิดา มารดา หรือปู่ ย่า ตา ยาย

(2) ครูบาอาจารย์

(3) เจ้าพนักงาน

บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ย่อมหมายถึงบุพการีของผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นญาติสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป ซึ่งจำกัดอยู่ความเป็นญาติของตัวผู้ถูกกระทำเช่นนั้น ไม่ขยายรวมไปถึงบิดา หรือมารดาเลี้ยง หรือ ปู่ ย่า ตา ยาย ที่เป็นพี่น้องของปู่ ย่า ตา ยาย ของตน

2) ระหว่างผู้ที่ไม่มียาสายโลหิตเดียวกัน

การมีเพศสัมพันธ์ในครอบครัว กับบุคคลที่ไม่มีสายโลหิตเดียวกันเช่นระหว่างภริยาของลูกชายกับพ่อของสามี (พ่อกับลูกสะใภ้) หรือสามีของลูกสาวกับแม่ของภริยา (แม่กับลูกเขย) หรือพ่อเลี้ยงกับลูกเลี้ยง หาได้มีบัญญัติเอาไว้ในประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นี้

เนื่องจากตามมาตรา 247 ได้บัญญัติให้เป็นความผิดต่อเมื่อผู้กระทำให้เป็นบิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ซึ่งเป็นบุคคลที่ล่วงแล้วแต่มีสายโลหิตเดียวกันกับผู้ถูกระทำให้ทั้งนั้น ดังนั้น ความผิดตามมาตรา 247 ที่จะเกิดจากผู้ที่ไม่มียาสายโลหิตเดียวกันจึงมีแต่กรณีผู้กระทำให้เป็น ครูบาอาจารย์ หรือเป็นเจ้าพนักงานที่มีตำแหน่งหน้าที่ปกครองรักษาผู้ถูกระทำให้เท่านั้น แต่อย่างไรก็ดีบุคคลดังกล่าวก็มีได้เป็นบุคคลในครอบครัวของผู้ถูกระทำให้แต่ประการใดฉะนั้น ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ในครอบครัวตามกฎหมายอาญา ร.ศ. 127 จึงไม่มีกรณีความผิดที่เกิดจากญาติที่ไม่มีสายโลหิตเดียวกัน¹¹⁴

2.3.4 ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499

เนื่องจากนับตั้งแต่ได้ประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ในพุทธศักราช 2451 เป็นต้นมา พฤติการณ์ของบ้านเมืองได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นอันมาก จึงเห็นสมควรปรับปรุงกฎหมายอาญาเสียใหม่ รวมถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วย กล่าวคือ

1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยมีการแก้ไขในมาตรา 276 หลายครั้งโดยมีการแก้ไขในปี พ.ศ. 2514 ต่อมาอีกครั้งในปี พ.ศ. 2525

บทบัญญัติตามมาตรา 276 นี้ ตั้งแต่ พ.ศ. 2499 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบันได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขมาโดยตลอดในส่วนของอัตราโทษ ซึ่งโทษที่ผู้กระทำจะได้รับได้ถูกเพิ่มมากขึ้นตามพฤติการณ์ที่กฎหมายบัญญัติ แต่ทั้งนี้กฎหมายก็ยังคงยึดถือมาเสมอว่าความผิดฐานข่มขืนจะต้องเป็นการที่ชายได้กระทำต่อหญิงอื่น ซึ่งมีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของตน¹¹⁵

2) ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลในครอบครัว

ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ในครอบครัว ของประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 มาตรา 285 ได้บัญญัติรวมถึงกรณีระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกันกับไม่มีสายโลหิตเดียวกัน แต่เป็นบุคคลในครอบครัวเอาไว้ โดยแบ่งเป็นการกระทำของบุพการีต่อผู้สืบสันดาน และผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาลต่อผู้ได้ปกครอง คนเสมือนไร้ความสามารถและคนไร้ความสามารถ

¹¹⁴ จาก ความผิดทางเพศ : กรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (วิทยานิพนธ์ ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์), โดย สุชาดา เหล่าพูลสุข, 2548, มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

¹¹⁵ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา (น. 5-6), โดย สุวัณชัย ใจหาญ, 2534, กรุงเทพฯ: มิตรสยาม.

(1) ระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกัน

โดยมีการระบุเพียงเป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ซึ่งหมายความถึงเพียงการกระทำของบุพการี กระทำต่อผู้สืบสันดานเท่านั้น ไม่ได้หมายความรวมถึงญาติลำดับอื่นด้วย เช่น ปู่ ย่า ตา ยาย ซึ่งในกฎหมายฉบับเก่าได้บัญญัติรวมไว้

(2) ระหว่างผู้ที่ไม่มียสายโลหิตเดียวกัน

มาตรา 285 ได้บัญญัติถึงความผิดทางเพศในกรณีความผิดเช่นเดียวกันเอาไว้แก่ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาลที่ได้กระทำลงต่อผู้อยู่ได้อ่านจปกครองในความพิทักษ์และในความอนุบาล โดยที่ความเป็นผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ และผู้อนุบาล ต้องชอบด้วยกฎหมาย¹¹⁶ เป็นที่น่าสังเกตว่าถึงแม้จะไม่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดต่อกันระหว่างผู้กระทำกับผู้ถูกระทำหรือมีสายเลือดเดียวกันแต่ถูกระทำไม่ได้เป็นบุพการี เช่น อาจเป็น อา น้า ลุง ของผู้ถูกระทำ ซึ่งถ้าบุคคลเหล่านี้มีสถานะเป็นผู้ปกครองผู้อนุบาล ผู้พิทักษ์ของผู้ถูกระทำตามกฎหมาย ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวก่อให้เกิดความสัมพันธ์และความใกล้ชิดซึ่งกันและกันทั้งทางกายภาพและจิตใจ ฉะนั้นความรับผิดชอบตามกฎหมายของบุคคลดังกล่าวจะต้องเพิ่มขึ้น การล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้ที่อยู่ได้ปกครองในความอนุบาลและในความพิทักษ์ จึงเป็นการกระทำที่ผิดต่อศีลธรรม และกฎหมายอย่างร้ายแรง กฎหมายจึงกำหนดให้รับโทษหนักขึ้นเฉกเช่นกรณีญาติสายโลหิตเดียวกัน

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า กฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศของไทย โดยเฉพาะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้เปลี่ยนแปลงไปตามสภาพของสังคมที่เปลี่ยนไป ทั้งในส่วนของความผิดและอัตราโทษอันจะเห็นได้จากการที่ความผิดฐาน “ข่มขืนถึงชำเรา” “ข่มขืนไม่ถึงชำเรา” และการกระทำอันไม่สมควรทางเพศ โดยที่ยังไม่ถึงขั้นร่วมประเวณีตามพระโอัยการลักษณะพัวเมีย ได้กลายเป็นความผิดฐานข่มขืน พยายามข่มขืน และอนาจารตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับปัจจุบัน ตามลำดับ ส่วนความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัว ที่แต่เดิมได้มีบทบัญญัติครอบคลุมญาติที่มีสายโลหิตเดียวกัน และไม่มีสายโลหิตเดียวกันเอาไว้¹¹⁷

2.3.5 ประมวลกฎหมายอาญฉบับก่อนมีการแก้ไข พ.ศ. 2550

ความผิดเกี่ยวกับเพศ บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ความผิดเกี่ยวกับเพศมาตรา 276 ซึ่งมีลักษณะของการกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดในลักษณะนี้ คือ การกระทำที่

¹¹⁶ จาก กฎหมายอาญา ภาค 2-3 (พิมพ์ครั้งที่ 11) (น. 299), โดย หยุด แสงอุทัย, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹¹⁷ ความผิดทางเพศ : กรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (น. 38). เล่มเดิม.

กระทบกระเทือนต่อศีลธรรมในทางเพศของประชาชน ดังนั้นประมวลกฎหมายอาญาจึงต้องบัญญัติเป็นความผิด ซึ่งความผิดในหมวดนี้จะได้อธิบายเรียงมาตราเป็นไปตามลำดับดังนี้¹¹⁸

“ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เชือดด้วย ประการใดใด โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืน ได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

“ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวาง โทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

1) ความผิดตามวรรคแรก

(1) องค์ประกอบภายนอก

1. ผู้ใด
2. ข่มขืนกระทำชำเรา
3. หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน
4. โดยขู่เชือดด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดคิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

(2) องค์ประกอบภายในเจตนาตามมาตรา 59

2) ความผิดตามวรรคสอง

(1) องค์ประกอบภายนอก

1. ผู้ใด
2. กระทำความผิดตามวรรคแรก
3. โดยมี หรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง

(2) องค์ประกอบภายในเจตนาตามมาตรา 59

ข้อ 1 ผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้ แม้ตามสภาพแห่งการกระทำความผิดผู้ลงมือกระทำชำเราด้วยตนเองนี้จะมีได้แต่ชายเท่านั้น แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าความผิดได้เฉพาะตัวชายเท่านั้น อาจมีผู้อื่นร่วมกระทำความผิดในลักษณะตัวการร่วมได้ และไม่ว่าชายนั้นที่จะเป็นตัวการร่วมหญิงก็เป็นตัวการร่วมในการกระทำความผิดฐานนี้ได้ เพราะกฎหมายบัญญัติเพียง “ผู้ใด

¹¹⁸ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด (น. 305), โดย อัจฉริยา ชูตินันทน์, 2557, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ข่มขืนกระทำชำเรา...” หาได้บัญญัติให้ลงโทษแต่เฉพาะชายเท่านั้น ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 250/2510 ที่ประชุมใหญ่¹¹⁹

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 59/2524

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ผู้ร่วมกระทำไม่จำเป็นต้องลงมือกระทำชำเราด้วยกันทุกคน เมื่อปรากฏว่าหญิงได้ร่วมกระทำผิดกับชายผู้ลงมือกระทำชำเรา หญิงก็เป็นตัวการร่วมกับชายฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วย

ข้อ 2. การกระทำความผิดฐานนี้ คือ

1) “ข่มขืนใจ” หมายถึง การบังคับจิตใจ คือ กระทำชำเราโดยหญิงไม่สมัครใจ¹²⁰ โดยวิธีหนึ่งวิธีใดดังนี้

(1) โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ หมายถึง ทำให้กลัวว่าจะได้รับอันตรายในอนาคต ซึ่งผู้กระทำความผิดขู่เข็ญหญิงโดยทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อตัวหญิงหรือจะเกิดอันตรายต่อผู้อื่น ซึ่งเกี่ยวข้องกับหญิงนั้นก็ได้ เช่น ขู่จะฆ่าบุตรของหญิง และอาจเป็นการขู่ที่จะกระทำต่อทรัพย์สินของหญิงก็ได้ เช่น ขู่จะเอาไปจุดเผาบ้านเรือนของหญิง¹²¹ เป็นต้น

(2) โดยใช้กำลังประทุษร้าย¹²² มีความหมายตามมาตรา 1(6) นอกจากนี้ตามกฎหมายอเมริกายังกล่าวไว้ว่า การใช้กำลังนั้นต้องเป็นการใช้กำลังในการข่มขืน การใช้กำลังในการชำเราหาใช่การข่มขืนผู้ถูกกระทำไม่ เพราะมิใช่เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(6) เนื่องจากการชำเราต้องใช้กำลังอยู่ในตัว¹²³

(3) โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หมายถึง การทำให้หญิงจำยอมโดยไม่สมัครใจ เช่น ใ้ยาทำให้มึนเมา หรือทำให้หญิงเมาสุราหมดสติ ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่

¹¹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 250/2510 (ประชุมใหญ่) ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ความผิดในเรื่องข่มขืนกระทำชำเรา เป็นความผิดที่ร่วมกันกระทำผิดได้โดยผู้ร่วมกระทำความผิดมิต้องเป็นผู้ลงมือกระทำชำเราด้วยกันทุกคน เพียงแต่ชายคนหนึ่งคนใดกระทำชำเรา ผู้ที่ร่วมกระทำความผิดทุกคน ก็มีความผิดฐานเป็นตัวการ ตามมาตรา 83 แล้ว และมาตรา 276 ก็หาได้บัญญัติให้ลงโทษเฉพาะชายเท่านั้นไม่ เพราะกฎหมายบัญญัติ โดยใช้คำว่า “ผู้ใด” เท่านั้น แม้จำเลยที่ 2 จะเป็นหญิงเมื่อฟังได้ว่าสมคบกับจำเลยที่ 1 ร่วมกันกระทำความผิด ศาลก็ลงโทษฐานเป็นตัวการได้

¹²⁰ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 326). เล่มเดิม.

¹²¹ กฎหมายอาญา ภาค 2-3 (น. 167). เล่มเดิม.

¹²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 805/2490 เป็นคำพิพากษาศาลฎีกาบรรทัดฐานสำหรับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 แม้จำเลยฟ้องไม่ได้กระทำชำเรา แต่ช่วยจับแขนขาให้จำเลยที่ 1 ชำเรา จนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ จึงเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายอันเป็นการกระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 แล้ว

¹²³ Perkins on Criminal Law, 1957, p. 121

2382/2522¹²⁴ และภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้นี้ ไม่ได้จำกัดว่าต้องเกิดจากการกระทำของผู้กระทำเท่านั้น แต่ภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้อาจเกิดจากตัวหญิงเองก็ได้เช่น หญิงป่วยเป็นอัมพาต เป็นต้น

(4) โดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น หมายถึง เป็นการสำคัญผิดในตัวบุคคลไม่ใช่คุณสมบัติของบุคคลนั้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 233/2463

หญิงมีสามีนอนหลับ ผู้อื่นกระทำให้หญิงเข้าใจว่าเป็นสามีของหญิง แล้วกระทำชำเราหญิงโดยหญิงนั้นไม่รู้ตัว

2) “กระทำชำเรา” หมายถึง การร่วมประเวณีคือ ของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายจะต้องได้ล่วงล้ำเข้าไปในของลับ หรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง¹²⁵ จึงจะเป็นความผิดสำเร็จ โดยไม่ต้องคำนึงว่าเมื่อล่วงล้ำไปแล้วชายจะสำเร็จความใคร่หรือไม่สำคัญ การกระทำชำเราจึงต้องเป็นการกระทำชำเราโดยธรรมชาติ แต่ถ้าเป็นการกระทำชำเราโดยผิดธรรมชาติ เช่น กระทำทางช่องทวารหนัก ไม่เป็นการกระทำชำเรา หรือถ้าอวัยวะส่วนอื่นที่ไม่ใช่อวัยวะสืบพันธุ์ของชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงย่อมไม่ถือว่าเป็นการกระทำชำเราเช่นกัน

คำพิพากษาฎีกาที่ 839/2538 ใช้นิ้วใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย แล้วจำเลยสำเร็จความใคร่ด้วยตัวเองไม่ใช่พยายามกระทำชำเรา แต่เป็นการกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหายเท่านั้น

ข้อ 3. ผู้ถูกกระทำในความผิดฐานนี้คือ

1) ต้องเป็นหญิงโดยกำเนิด¹²⁶ ฉะนั้นการกระทำระหว่างหญิงกับหญิง หรือชายกับชาย หรือชายกับชายที่แปลงเพศเป็นหญิงไม่มีความผิดตามมาตรานี้

2) หญิงนั้นต้องมีภรรยาของชาย หมายถึง ภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย ฉะนั้นถ้าชายผู้กระทำเป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงผู้ถูกกระทำ ย่อมไม่มีความผิดตามมาตรานี้

3) หญิงต้องไม่ยินยอม

4) ต้องเป็นหญิงมีชีวิตอยู่ในขณะกระทำไม่ใช่ศพ

ข้อ 4. การกระทำชำเราสำเร็จบริบูรณ์เมื่ออวัยวะสืบพันธุ์ของชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงไม่ว่าจะเล็กน้อยเท่าใด ฉะนั้นการที่ผู้กระทำจะสำเร็จความใคร่หรือไม่จึงไม่สำคัญ¹²⁷

¹²⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 2382/2522 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า กระทำชำเราหญิงขณะเมาสุราหมดสติอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้ เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 276.

¹²⁵ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 326). เล่มเดิม.

¹²⁶ กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1 (น 718). เล่มเดิม.

¹²⁷ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 327). เล่มเดิม.

ข้อ 5. องค์ประกอบภายในคือ เจตนาตามมาตรา 59 วรรค 3 และวรรค 2 กล่าวคือ ผู้กระทำได้รู้ว่าหญิงนั้นไม่ใช่ภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของตน และผู้กระทำการสอดใส่ อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงโดยฝ่าฝืนความสมัครใจของหญิง

ข้อ 6. มาตรา 276 วรรคสอง เป็นเหตุฉกรรจ์คือ เป็นเหตุเพิ่มโทษที่ทำให้ผู้กระทำการต้อง รับโทษหนักขึ้น ถ้าปรากฏว่า

(1) ผู้กระทำมีอาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด

(2) โดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง¹²⁸ คำว่า “โทรมหญิง” หมายถึง การรุมข่มขืนกระทำชำเรา โดยผู้ลงมือกระทำความผิดต้องเป็นชายอย่างน้อย 2 คน กระทำชำเรา ผลัดเปลี่ยน หมุนเวียนคนละครั้ง

ข้อ 7. ความผิดตามมาตรา 276 แยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) ผู้กระทำความผิดคนเดียว ลงมือกระทำชำเราหญิงหลายคนเป็นการกระทำความผิดธรรมดา ไม่เป็นการโทรมหญิง ตามวรรคสอง แต่ผิดตามวรรคแรก

(2) มีคนหลายคนจับหญิงไว้แต่มีผู้กระทำชำเราเพียงคนเดียวถือว่าทุกคนเป็นตัวการ แม้ผู้ร่วมกระทำจะไม่ได้กระทำชำเราหญิงนั้น หรือผู้ร่วมกระทำเป็นหญิง ซึ่งโดยสภาพหญิง ไม่สามารถกระทำชำเราได้ด้วยตนเอง ผู้ร่วมกระทำความผิดทุกคนย่อมมีความผิดฐานร่วมกันข่มขืน กระทำชำเราแต่ไม่มีลักษณะเป็นการโทรมหญิง

(3) การโทรมหญิง ผู้ลงมือกระทำชำเราต้องเป็นชาย ซึ่งมีจำนวนตั้งแต่ 2 คน และต้อง ผลัดเปลี่ยนกันกระทำชำเราคนละครั้ง¹²⁹ ถ้าผู้กระทำคนหนึ่งลงมือกระทำการข่มขืนกระทำชำเรา แล้วแม้ผู้กระทำอีกคนหนึ่งจะลงมือกระทำเพียงขึ้นพยายาม ก็เป็นการกระทำความผิดเป็นการโทรมหญิง แล้ว¹³⁰

(4) เมื่อได้รุมข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง โดยมีการผลัดเปลี่ยน กระทำชำเราโดยชายตั้งแต่ 2 คน แม้ยังมีพวกที่ร่วมกระทำด้วยกันจะมีได้กระทำชำเราเพียงแต่ ช่วยจับแขน ขา ผู้เสียหายให้พรรคพวกข่มขืนกระทำชำเรา ถือว่าเป็นตัวการร่วมกระทำชำเราอันมี ลักษณะเป็นการโทรมหญิง¹³¹

¹²⁸ ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 คำว่า “โทรมหญิง” หมายถึง รุมกันข่มขืนหญิง ในทางประเวณี

¹²⁹ กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1 (น. 762-727). เล่มเดิม.

¹³⁰ คำบรรยายกฎหมายอาญา, มาตรา 276 (น. 109-110), โดย สติติ ไพเราะ, 2555, กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายเนติบัณฑิตยสภา.

¹³¹ จาก “ข้อสังเกตจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องโทรมหญิง.” โดย ฤทัย หงส์ศิริ, 2521, วารสารอัยการ, น. 3.

(5) การกระทำชำเราโดยชายตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป หากมีพฤติการณ์แสดงว่าผู้กระทำชำเราแต่ละคนกระทำชำเราตามลำพังตนเอง มิได้คบคิดกันมาก่อนว่าจะร่วมกันกระทำชำเรา ผู้กระทำแต่ละคนมีความผิดตามมาตรา 276 วรรคแรก เท่านั้น

(6) ในกรณีที่ผู้เสียหายถูกกระทำชำเราโดยชาย 2 คน ผลัดกันกระทำชำเรา โดยชาย 2 คน แต่ชายคนที่ 1 กระทำชำเราโดยผู้เสียหายยินยอม ซึ่งไม่ผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา การกระทำของชายคนที่ 2 ไม่เข้าลักษณะเป็นการโทรมหญิง แม้การกระทำของชายที่ 2 จะได้รับการสนับสนุนจากชายคนที่ 1 ก็ตาม สำหรับชายคนที่ 1 คงมีความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนชายคนที่ 2 ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 ประกอบมาตรา 86 ส่วนชายคนที่ 2 มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ผู้เสียหายตามมาตรา 276¹³²

2.4 ขอบเขตความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276

2.4.1 คุณธรรมทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเรา

การบัญญัติความผิดฐานต่างๆ ตามประมวลกฎหมายอาญาเป็นการรวบรวมเอาพื้นฐานพฤติกรรม ความประพฤติ และการปฏิบัติของการอยู่ร่วมกันในสังคมมาบัญญัติเป็นระเบียบแบบแผนให้คนในสังคมให้ยึดถือปฏิบัติต่อกัน เพื่อรักษาความสงบในสังคม โดยการบัญญัติความผิดอาญาฐานต่าง ๆ นั้น จะมีสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองแฝงอยู่ อันเป็นสภาพที่กฎหมายต้องการคุ้มครองการถูกล่วงละเมิด เรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” ซึ่งเป็นพื้นฐานในทางความคิด ไม่ว่าผู้บัญญัติจะได้คำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายก่อนการบัญญัติหรือไม่ เพราะความผิดอาญามาจาก “ปทัสถาน”¹³³ (Norm) และ “ปทัสถาน” มาจาก “คุณธรรมทางกฎหมาย”¹³⁴ คุณธรรมทางกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่สำคัญและจำเป็นสำหรับการอยู่ร่วมกันในสังคมของมนุษย์ด้วยเหตุนี้จึงต้องมีการคุ้มครองสิ่งที่เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญนั้นโดยกฎหมายอาญา¹³⁵

กฎหมายเป็นข้อบังคับของรัฐ ที่กำหนดความประพฤติภายนอกของมนุษย์ซึ่งแสดงออกมาในรูปแบบของการกระทำที่กฎหมายห้ามมิให้กระทำหรือการละเว้นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติให้กระทำ เพื่อดำรงไว้ซึ่งความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม ผู้ฝ่าฝืนจะต้องได้รับผลร้าย

¹³² คำบรรยายกฎหมายอาญา, มาตรา 276 (น. 110).

¹³³ ปทัสถาน หมายถึง แบบแผนสำหรับยึดถือเป็นแนวทางปฏิบัติ, เหตุที่ตั้งเป็นเครื่องถึง, เหตุอันใกล้ที่สุด, บรรทัดฐาน (พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542).

¹³⁴ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 129-130). เล่มเดิม.

¹³⁵ ความผิดเกี่ยวกับเพศ ศึกษาเปรียบเทียบความผิดข่มขืนกระทำชำเราทำกับกระทำอนาจาร (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต), โดย สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล, 2552, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

หรืออุกตโทษ โดยรัฐเป็นผู้กำหนดสภาพบังคับ ดังนั้น ความผิดอาญาแต่ละฐานจึงถูกบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งอาจมีอันเดียวหรือหลายอัน จากการทำอันตราหรือก่ออันตรรกกรรมของการกระทำที่บัพัญญติของกฎหมายอาญาต้องการจะคุ้มครองให้เกิดความมั่นคง ซึ่งเป็นการก่อให้เกิดผลที่ไม่พึงปรารถนาหรือผลที่ไม่เป็นธรรมขึ้น¹³⁶

กฎหมายอาญามุ่งคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย โดยการหาทางระงับยับยั้งเจตจำนงของมนุษย์ผู้อยู่ใต้กฎหมายทุกคนให้ประพฤติปฏิบัติทำนองเดียวกัน ไม่ให้มีการละเมิดกฎหมายอาญา ความผิดอาญาจึงเป็นทั้งการทำร้ายคุณธรรมทางกฎหมายและกระทำผิดหน้าที่ในขณะเดียวกัน การที่คุณธรรมทางกฎหมายของบุคคลใดถูกล่วงละเมิด บุคคลนั้นจะเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหาย ฉะนั้น ผู้เสียหายจึงหมายความว่าความรวมถึง บุคคลที่คุณธรรมทางกฎหมายของเขาถูกล่วงละเมิดจากการกระทำความผิดอาญา¹³⁷ ด้วย

คุณธรรมทางกฎหมาย จึงเป็นแนวความคิดหนึ่งในทางกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย ซึ่งสามารถใช้เป็นเครื่องช่วยการตีความกฎหมายให้ถูกต้องและชัดเจนขึ้นช่วยในการแบ่งแยกจัดหมวดหมู่ประเภทของความผิดเพื่อการศึกษา ช่วยในการวินิจฉัยปัญหาเรื่องผู้เสียหายในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และช่วยในการวินิจฉัยปัญหาความยินยอมของผู้เสียหายกล่าวคือ

1) ความหมายของคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 หมายถึง สภาพคุณงามความดี ส่วนกฎหมาย หมายถึง กฎที่สถาบันหรือผู้มีอำนาจสูงสุดในรัฐตราขึ้นหรือที่เกิดขึ้นจากจารีตประเพณีอันเป็นที่ยอมรับนับถือ เพื่อใช้ในการบริหารประเทศ ใช้บังคับบุคคลให้ปฏิบัติตามหรือเพื่อกำหนดระเบียบแห่งความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลหรือระหว่างบุคคลกับรัฐ

ในทางนิติศาสตร์ คุณธรรมทางกฎหมายเป็นสิ่งที่แฝงอยู่ในตัวบทกฎหมายทุกมาตรา ซึ่งสามารถนำมาใช้ในการพิจารณาว่ากฎหมายในฐานความผิดนั้นๆ บัญญัติขึ้นมาเพื่อมุ่งคุ้มครองสิ่งใด โดยตามคำรากกฎหมายเยอรมันกล่าวว่า คุณธรรมทางกฎหมายเป็นผลผลิตของทฤษฎีกฎหมายอาญาในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ทฤษฎีกฎหมายอาญาในขณะนั้นกล่าวว่ากฎหมายอาญาดังอยู่บนหลักการคุ้มครองสิทธิสมบัติทั้งหลาย ทั้งที่เป็นทรัพย์สินสมบัติและสมบัติอื่นๆ ของบุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา โดยเห็นว่าคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณากัน

¹³⁶ จาก “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา,” โดย คณิต ฅ นคร, (2523). *วารสารอัยการ*, 3(1), น. 57-58.

¹³⁷ จาก “ผู้เสียหายในคดีอาญา.”, โดย คณิต ฅ นคร, (2521), *วารสารอัยการ* 1(1). น. 48-51.

เฉพาะในกรณีที่บุคคลผู้เป็นเจ้าของสมบัติสามารถสละสมบัตินั้นได้เท่านั้น สมบัติที่สละได้ เช่น กรรมสิทธิ์ ความปลอดภัยของร่างกาย เสรีภาพ เป็นต้น เกี่ยวกับความหมายของคุณธรรมทางกฎหมายในตำราเยอรมันยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่าคุณธรรมทางกฎหมายหมายความว่าอะไร โดยนักตำราส่วนหนึ่งเห็นว่าคุณธรรมทางกฎหมาย คือ ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง Welzel เห็นว่า คุณธรรมทางกฎหมาย คือ สภาวะที่พึงปรารถนาในทางสังคมที่กฎหมายต้องการจะประกันจากการล่วงละเมิด แต่ Rudolf และ Otto เห็นว่า คุณธรรมทางกฎหมาย คือ ความสัมพันธ์เฉพาะที่แท้จริงของบุคคลที่มีต่อกฎหมายรับรอง¹³⁸

“คุณธรรมทางกฎหมาย” แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย กรรมสิทธิ์ และ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม” เช่น “ความปลอดภัยในการจราจร” ในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการจราจร “ความมั่นคงเชื่อถือ และการชำระหนี้ได้ของเงินตรา” ในความผิดเกี่ยวกับเงินตรา¹³⁹ “ความคงอยู่ของดินแดนหรือความเป็นเอกภาพของดินแดน” ในความผิดฐานกบฏดินแดน¹⁴⁰ เป็นต้น

ในส่วนที่เกี่ยวกับ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้” เช่น เกียรติ ความปลอดภัยของร่างกาย แต่การแบ่งแยกต้อออกไปนี้เป็นเพียงการพยายามแยกแยะให้เห็นความเด่นชัดที่อาจมีประโยชน์ในทางวิชาการบ้างเท่านั้น เช่น ในการบัญญัติ “ความผิดอันยอมความได้” เป็นต้น

โดยทั่วไป “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” เป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” ที่ผู้เป็นเจ้าของสามารถสละความคุ้มครองได้ แต่สำหรับ “ชีวิตมนุษย์” นั้น แม้จะเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” แต่ผู้เป็นเจ้าของก็ไม่สามารถสละความคุ้มครองได้¹⁴¹

คุณธรรมทางกฎหมายบางอย่าง เช่น ชีวิตมนุษย์ แม้จะเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล แต่ก็ไม่สามารถสละได้ เมื่อคุณธรรมทางกฎหมายเป็นประโยชน์ที่กฎหมายต้องการคุ้มครอง คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานต่างๆ จึงเป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายอาญา โดยคำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายของบทบัญญัตินั้นๆ จะทำให้เกิดความแน่นอนในการวินิจฉัย¹⁴² ดร.คณิต ฒ นกร ได้ให้คำจำกัดความหรือความหมายของคำว่า คุณธรรมทางกฎหมายไว้ว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” หมายถึง สิ่งที่ไม่ได้เป็นรูปธรรมที่สามารถจับต้องได้โดยใช้ประสาทสัมผัสทั้งห้า แต่เป็นสิ่งที่ปรากฏในทางความคิดหรือเป็นสิ่งที่เป็นามธรรม โดยเฉพาะสิ่งที่เป็น “ประโยชน์”

¹³⁸ แหล่งเดิม.

¹³⁹ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 476-510). เล่มเดิม.

¹⁴⁰ แหล่งเดิม.

¹⁴¹ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 85). เล่มเดิม. และคูฎีกาที่ 59/2502.

¹⁴² หลักกฎหมายอาญา (น. 30). เล่มเดิม.

(Interest) หรือเป็นสิ่งที่เรียกว่า “คุณค่า” (Value) ของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง ดังนั้น ในการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม มนุษย์ทุกคนจะต้องเคารพและไม่ละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกัน เนื่องจากการละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันจะเป็นการละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมาย

2) คุณธรรมทางกฎหมายในความคิดเกี่ยวกับเพศ

การบัญญัติความคิดเกี่ยวกับเพศฐานต่างๆ จำเป็นต้องมีสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมายแฝงอยู่ ไม่ว่าจะเป็นฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือฐานกระทำความอนาจารก็ตาม โดยกฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองมิให้มีความเสียหายเกิดขึ้นทั้งต่อสังคมส่วนร่วมและคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และจิตใจของผู้ที่จะได้รับความเสียหายหรือผู้ถูกระทำซึ่งเป็นการคุ้มครองส่วนตัว การศึกษาถึงคุณธรรมทางกฎหมายในความคิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำความอนาจารจะทำให้เกิดความเข้าใจในการตีความและวินิจฉัยความผิดเพิ่มมากขึ้น โดยแต่ละฐานมีสิ่งที่กฎหมายต้องการคุ้มครอง ซึ่งมีคุณธรรมทางกฎหมาย ดังนี้

(1) ขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรม

คนไทยมีวัฒนธรรมและขนบธรรมเนียมประเพณีเป็นของตนเอง ซึ่งยึดถือปฏิบัติสืบทอดมาจากบรรพบุรุษ โดยขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรมของไทยในเรื่องเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศมีพื้นฐานมาจากหลักคำสอนทางพุทธศาสนา โดยการข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นถือว่าเป็นการกระทำความผิดข้อห้ามในทางพุทธศาสนา ตามศีลข้อ 3 ที่ว่า¹⁴³ “กาเม สุมิจฉา จารา เวรมณี สิกขาปท” อันมีความหมายว่า “ไม่กระทำความผิดในการหมายถึงดเว้นจากการล่วงเกินบุตรภรรยาผู้อื่น”

การคุ้มครองขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรมเป็นสิ่งจำเป็นในการที่มนุษย์จะอยู่รวมกันในบ้านเมืองโดยสงบสุข เนื่องจากการฝ่าฝืนขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรมเป็นการทำลายแบบอย่างความประพฤติที่ดีที่ปฏิบัติสืบทอดกันมาในสังคม ดังนั้นถ้าทุกๆ คนปฏิบัติต่อกันอย่างไรก็ได้โดยถือว่าไม่เป็นการผิดขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรมแล้วจะก่อให้เกิดความวุ่นวายในบ้านเมืองได้ การที่มีผู้ใดมากระทำการข่มขืนกระทำชำเรา โดยผู้ถูกระทำมิได้ยินยอม ถือเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรมของคนในสังคมจึงเป็นสิ่งที่กฎหมายต้องให้ความคุ้มครอง

¹⁴³ พจนานุกรมพุทธศาสตร์. ฉบับประมวลธรรม พิมพ์ครั้งที่ 12 พ.ศ. 2546. สืบค้น 20 สิงหาคม 2557, จาก http://84000.org/tipitaka/dic/d_item.php?i=238.

(2) เสรีภาพทางเพศ

สังคมไทยมีค่านิยมว่า การกระทำชำเราเป็นสิ่งที่น่าละอายต้องกระทำในที่มืดซิด ไม่สมควรที่จะกระทำอย่างเปิดเผยในสถานที่สาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการล่วงประเวณีในปัจจุบัน สังคมไทยยังคงมีค่านิยมว่า ผู้หญิงที่ผ่านการร่วมประเวณีมาแล้วไม่ว่าจะโดยสมัครใจหรือไม่ก็ตาม จะทำให้คุณค่ารวมถึงความยอมรับนับถือในสังคมของหญิงนั้นลดลง ประกอบกับในปัจจุบันการทำกิจกรรมทางเพศโดยไม่มีการป้องกันอาจทำให้เกิดการติดโรคทางเพศสัมพันธ์ ซึ่งนอกจากจะสร้างความเสียหายต่อสังคมแล้วยังอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายของหญิงนั้นได้ สิ่งเหล่านี้เป็นปัจจัยที่บุคคลต้องนำมาพิจารณาในการที่จะตัดสินใจยินยอมให้ผู้ใดมากระทำการกิจกรรมทางเพศกับตน เนื่องจากบุคคลนั้นอาจต้องยอมรับผลร้ายที่อาจจะเกิดขึ้นตามมา ดังนั้นจึงเป็นการสมควรที่กฎหมายจะต้องคุ้มครองให้บุคคลทุกคนในสังคมมีเสรีภาพที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนได้เอง

(3) ความบริสุทธิ์ในทางเพศ

ผู้หญิงที่ผ่านการร่วมประเวณีมาแล้วจะถูกสังคมมองว่าสูญเสียความบริสุทธิ์ในทางเพศแล้ว เนื่องจากสังคมไทยมีค่านิยมว่า ผู้หญิงก่อนแต่งงานจะต้องไม่สูญเสียความบริสุทธิ์หรือพรหมจรรย์ให้กับชายอื่นนอกจากผู้ที่จะเป็นสามีของตนเอง หากหญิงผู้นั้นสูญเสียความบริสุทธิ์ไปแล้ว ก็จะถูกสังคมมองว่าเป็นผู้ที่มีมลทินติดตัว แม้แต่ตัวผู้หญิงเองก็รู้สึกว่ามีตราบาปติดตัวไปจนตลอดชีวิต ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้การร่วมประเวณีที่หญิงผู้ถูกระทำมิได้ให้ความยินยอมเป็นความผิด เนื่องจากผู้กระทำความผิดได้ทำให้หญิงผู้นั้นต้องสูญเสียความบริสุทธิ์ไปโดยไม่ยินยอม ทำให้หญิงอาจถูกสังคมรังเกียจและมีตราบาปติดตัวไปตลอดชีวิต

(4) ความเท่าเทียมกันในทางเพศ

การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา กฎหมายมิได้จำกัดว่าผู้กระทำหรือผู้ถูกระทำต้องเป็นเพศหรือวัยใด อาจเป็นชายหรือหญิง หญิงแปลงเพศหรือชายแปลงเพศหรืออาจเป็นสามีภริยากันก็ได้ เนื่องจากการกระทำชำเราเป็นการกระทำที่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศกระทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำ หรือเป็นการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้ถูกระทำ จึงทำให้ทุกคนสามารถเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้เท่าเทียมกันหมด และในขณะเดียวกันทุกคนก็สามารถเป็นผู้ถูกระทำชำเราได้ ดังนั้น การบัญญัติให้บุคคลทุกเพศและทุกวัยสามารถเป็นได้ทั้งผู้เสียและผู้กระทำเช่นเดียวกัน เป็นการแสดงให้เห็นว่าบุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันในทางเพศ

(5) การกระทำชำเราตามธรรมชาติ

การกระทำชำเราตามธรรมชาติ คือการร่วมประเวณีระหว่างชายกับหญิงโดยใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง แต่ในปัจจุบันรูปแบบการกระทำทางเพศได้เปลี่ยนแปลง

ไปโดยมิได้จำกัดอยู่แค่การชำเราตามธรรมชาติเท่านั้น แต่ยังมีการกระทำที่ผิดธรรมชาติเกิดขึ้นหลากหลายรูปแบบ เช่น การใช้วัยวะเพศชายเทียมกระทำกับอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปาก เป็นต้น ซึ่งจำแนกได้เป็นหลายประเภท เช่น รักร่วมเพศ ลักเพศ การมีความต้องการทางเพศกับเด็ก การมีความต้องการทางเพศกับสัตว์ การมีความสุขทางเพศกับส่วนของร่างกายหรือวัตถุ การมีความสุขทางเพศจากการทำให้ผู้อื่นได้รับความเจ็บปวด การชอบอวดอวัยวะเพศ เป็นต้น¹⁴⁴ ในบางครั้งสังคมจะเรียกพวกที่มีรสนิยมทางเพศแบบแปลกๆ ว่าเป็นพวกกามวิปริต¹⁴⁵

เมื่อพฤติกรรมหรือลักษณะของกิจกรรมทางเพศของบุคคลในสังคมปัจจุบันมิได้จำกัดอยู่แค่การกระทำชำเราตามธรรมชาติ กฎหมายอาญา มาตรา 276 จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อขยายขอบเขตความหมายหรือนิยามของการกระทำชำเราให้กว้างมากขึ้นโดยกฎหมายพิจารณาว่าการกระทำชำเราตามธรรมชาตินั้นมีความเหมาะสมกับสรีระร่างกายของมนุษย์ แม้ว่าผู้ถูกกระทำชำเราตามธรรมชาติจะไม่ให้ความยินยอมในการกระทำแต่อันตรายที่เกิดจากการชำเราตามธรรมชาติอาจน้อยกว่าการกระทำชำเราที่ผิดธรรมชาติ

เนื่องจากการกระทำชำเราที่ผิดธรรมชาติ เช่น การใช้วัตถุอื่นใดหรืออวัยวะส่วนอื่นของร่างกายนอกจากอวัยวะเพศ กระทำต่อผู้เสียหายอาจจะไม่เหมาะสมกับสรีระร่างกายของมนุษย์ นอกจากนั้นโดยสภาพของวัตถุที่ใช้กระทำอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายมนุษย์ได้มากกว่าการกระทำตามธรรมชาติ เช่น วัตถุที่ใช้อาจมีความแหลมคม หรือมีขนาดใหญ่เกินไปทำให้เกิดอันตรายต่อร่างกายของผู้กระทำได้ ดังนั้น กฎหมายจึงมุ่งคุ้มครองมิให้มีการกระทำชำเราโดยผิดธรรมชาติเนื่องจากผู้ถูกกระทำอาจได้รับความเสียหายทางร่างกายหรือจิตใจ หรือทั้งสองทางอย่างรุนแรง ประกอบกับสังคมที่มีการล่วงละเมิดทางเพศที่ผิดธรรมชาติเกิดขึ้นมักจะถูกดูแลและไม่เป็นที่ยอมรับจากอารยประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่เคร่งครัดในการแสดงออกทางเพศ

(6) ความเสียหายต่อร่างกาย ชื่อเสียง เกียรติยศ และสภาพจิตใจของผู้ถูกกระทำ

การข่มขืนกระทำชำเราเป็นการทำความผิดทางเพศที่มีการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้ถูกกระทำ ซึ่งเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำอย่างร้ายแรง หรืออาจเกิดความรุนแรงขึ้นด้วย กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้ที่กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องรับโทษหนักมากที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับความผิดเกี่ยวกับเพศฐานอื่นเนื่องจากในปัจจุบันการกระทำที่

¹⁴⁴ จาก การทำความผิดทางเพศ : ศึกษาเฉพาะกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต), โดย อรประภา สาควาสี, 2539, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹⁴⁵ “กามวิปริต” หมายถึง ความต้องการทางเพศที่ตื่นเต้น แปลกแหวกแนวไม่เหมือนคนทั่วไป ความต้องการทางเพศหรือพฤติกรรมทางเพศดังกล่าว โดยทั่วไปแล้วจะมีความสัมพันธ์กับสิ่งเร้าทางเพศที่เป็นวัตถุหรือส่วนของร่างกาย

มีการล้วงล้ำเข้าไปในร่างกายของบุคคลอื่นอาจทำให้ผู้ถูกระทำได้รับความอับอาย เสื่อมเสีย ชื่อเสียง เกียรติยศ และได้รับอันตรายต่อร่างกายอาจถึงแก่ชีวิตจากการติดโรคทางเพศสัมพันธ์ หรือ การตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ ซึ่งจะก่อให้เกิดการระต่อผู้ถูกระทำในระยะยาว นอกจากนี้การ ข่มขืนกระทำชำเราซึ่งส่งผลกระทบต่อจิตใจของผู้ถูกระทำอย่างร้ายแรง ให้ผู้ถูกระทำอับอายถูก ผู้คนในสังคมดูถูกรังเกียจเดียดฉันท์ ซึ่งบางคนอาจได้รับความกระทบกระเทือนอย่างรุนแรงจนถึง ขันเสียสติ กฎหมายจึงมุ่งคุ้มครองมิให้ผู้ถูกระทำต้องหวาดกลัวว่าตนจะได้รับความเสียหายจาก การถูกข่มขืนกระทำชำเรา

(7) สถาบันครอบครัว

การร่วมเพศเป็นกิจการอย่างหนึ่งของครอบครัวประกอบไปด้วยสามีภริยาและบุตร การ จะอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัวได้นั้น ต้องมีความรักความเข้าใจกันภายในครอบครัว ซึ่งตามประเพณี และตามธรรมชาติผู้ที่จะเป็นสามีภริยากันได้ต้องเกิดจากการที่ทั้งสองฝ่ายตกลงใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน รวมถึงการยินยอมให้อีกฝ่ายร่วมประเวณีด้วย แต่ถ้าเมื่อใดฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ต้องการมีเพศสัมพันธ์ แล้วอีกฝ่ายใช้กำลังบังคับ ชูเชื้อ หรือหลอกลวงให้ร่วมประเวณี ย่อมก่อให้เกิดการใช้ความรุนแรง การบัญญัติเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ที่มีการแก้ไข พ.ศ. 2550 หากมี การใช้ความรุนแรงกระทำชำเราคู่สมรสโดยบังคับขึ้นใจคู่สมรสอีกฝ่ายให้ร่วมประเวณี โดยที่อีก ฝ่ายไม่ยินยอมนั้น ไม่สามารถดำเนินการได้อีกผู้ที่มีความผิดดังกล่าวจำเป็นต้องคิดไตร่ตรองอีกครั้ง เพราะถูกฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาได้เช่นกัน¹⁴⁶

2.4.2 ขอบเขตของ “กระทำชำเรา”

การ “กระทำชำเรา” ตามมาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่นี้ได้ขยายความหมายไปจากกฎหมาย เดิมอย่างมากมาย โดยแต่เดิมหมายถึง การที่ชายนำอวัยวะเพศชาย “ล้วงล้ำ” เข้าไปในช่องส้วาส หรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน (ฎีกาที่ 1048/2518) แต่ตามกฎหมายปัจจุบันนี้ การ “กระทำชำเรา” มีความหมายกว้างขวางกว่านั้นมาก ในหลายรูปแบบดังนี้

(1) ในแง่ของ “ผู้กระทำ” และ “ผู้ถูกระทำ”

“ผู้กระทำคือผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร และสามีหญิง ก็อาจเป็นผู้กระทำได้ด้วย และ “ผู้ถูกระทำ” คือ ผู้อื่นซึ่งเป็นหญิงและอาจเป็นภริยาของผู้กระทำ ก็ได้¹⁴⁷ จะเป็นเพศเดียวกัน หรือต่างเพศกันก็ได้ และอาจจะเป็นคู่สมรสกันก็ได้ ดังนั้น ชายกระทำ

¹⁴⁶ ความผิดเกี่ยวกับเพศ ศึกษาเปรียบเทียบความผิดข่มขืนกระทำชำเรากับกระทำอนาจาร (น. 10). เล่มเดิม.

¹⁴⁷ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 416-417). เล่มเดิม.

ต่อหญิง หรือชายกระทำต่อชาย หญิงกระทำต่อชาย หรือหญิงกระทำต่อหญิง ชายกระทำต่อหญิงซึ่งเป็นภริยาก็ได้ หรือหญิงกระทำต่อชายซึ่งเป็นสามีก็ได้

(2) ในแง่ของ “การกระทำ”

การกระทำไม่จำเป็นต้องมีการ “ล่วงล้ำ” (หรือ “สอดใส่”) ก็ได้ เพราะมาตรา 276 วรรคสองใช้คำว่า “กระทำกับ” ดังนั้น หากชายใช้อวัยวะเพศของตน “ถูไถ” อยู่ที่ปากช่องคลอดด้านนอก ยังไม่ทันได้ “ล่วงล้ำ” เข้าไป ก็เป็นการ “กระทำชำเรา” อันเป็นความผิดสำเร็จแล้ว เพราะเป็นการ “ใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ...ของผู้อื่น” ซึ่งข้อเท็จจริงเช่นนี้ ตามกฎหมายเดิมถือว่าเป็นเพียงพยายามกระทำชำเราเท่านั้น (ฎีกาที่ 874/2491) เช่นเดียวกัน ฎีกาที่ 1218/2530 ก็วินิจฉัยว่า การที่ชายใช้อวัยวะเพศดันไปตรงอวัยวะเพศของหญิงเพียงครั้งเดียว เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำตามมาตรา 276 วรรคสอง ที่แก้ไขใหม่ อาจถือว่าการกระทำเช่นนี้ เป็นการข่มขืนกระทำชำเราอันเป็นความผิดสำเร็จแล้ว เพราะเป็นการใช้อวัยวะเพศชาย “กระทำกับ” อวัยวะเพศหญิง “เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ” ข้อสังเกต เมื่อถือว่าเป็นความผิดสำเร็จ การที่ชายไม่กระทำซ้ำต่อไปเพื่อให้สำเร็จความใคร่ “ยับยั้ง” ตามมาตรา 82 ได้เลย (หมายเหตุ ฎีกาที่ 1218/2530 ถือว่าการที่ชายไม่กระทำต่อไปเป็นการ “ยับยั้ง” ตามมาตรา 82 เพราะการกระทำของชายเป็นเพียงพยายามข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และมาตรา 277 (เดิม) บรรทัดฐานของฎีกาที่ 1218/2530 ในเรื่องการ “พยายามข่มขืนกระทำชำเรา” และการ “ยับยั้ง” (ตามมาตรา 82) คงจะใช้ต่อไปอีกไม่ได้แล้ว)¹⁴⁸

(3) อวัยวะของผู้ถูกระทำ

ไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศเสมอไป ดังนั้น หากชายนำอวัยวะเพศของตน “ล่วงล้ำ” เข้าไปในทวารหนักของหญิง ก็เป็นการกระทำชำเราแล้ว ซึ่งแต่เดิมไม่ถือเช่นนั้น โดยถือว่าเป็นเพียงกระทำอนาจารเท่านั้น (ฎีกาที่ 1048/2518) นอกจากนั้น ตามกฎหมายปัจจุบันนี้ หากชายใช้อวัยวะเพศของตน “ถูไถ” กับ “ทวารหนัก” หรือ “ช่องปาก” ของหญิง หากเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของชาย ก็เป็นการกระทำชำเรา อันเป็นความผิดสำเร็จ เพราะเป็นการใช้อวัยวะเพศของตน “กระทำกับ” ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกระทำ ทั้งนี้ผู้ถูกระทำอาจจะเป็นชายด้วยกันก็ได้ หรือหญิงอาจจะกระทำการดังกล่าวกับหญิงด้วยกันก็ได้ หรือหญิงกระทำกับชายก็ได้ผู้กระทำอาจใช้ “สิ่งอื่นใด” (นอกจากอวัยวะเพศของตน) “กระทำกับ” อวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น ดังนั้น หากชายใช้วัตถุใดๆ “สอดใส่” หรือเพียงแค่ “กระทำกับ” อวัยวะเพศของหญิง หรือทวารหนักของหญิง ก็เป็นการกระทำชำเราตามมาตรา 276 นี้แล้ว ทั้งนี้ การกระทำความผิดอาจเป็นการ

¹⁴⁸ กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2 (น. 306). เล่มเดิม.

กระทำของชายต่อหญิง ชายต่อชาย หญิงต่อหญิง หรือหญิงต่อชายก็ได้ ผู้กระทำอาจเป็นคู่สมรสกันก็ได้ ข้อสังเกต หากใช้ “สิ่งอื่นใด” กระทำกับ “ช่องปาก” แม้จะเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ก็ไม่ใช่การ “กระทำชำเรา” ตามวรรคสอง ดังนั้น หากมีการใช้อวัยวะเพศเทียมสอดใส่ใน “ช่องปาก” ของผู้ถูกระทำ แม้จะเพื่อ “สนองความใคร่ของผู้กระทำ” ก็ไม่ใช่การกระทำชำเราตามวรรคสอง เพราะวรรคสองระบุถึงการใช้ “สิ่งอื่นใด” กระทำกับ “อวัยวะเพศ” หรือ “ทวารหนัก” ของผู้ถูกระทำเท่านั้น ไม่รวมถึง “ช่องปาก” ด้วย

“สิ่งอื่นใด” อาจหมายถึง มือ หรือ ปาก ของผู้กระทำก็ได้ หรืออาจหมายถึงอวัยวะเพศเทียม ก็ได้ ดังนั้น หากชายใช้มือหรือปาก “กระทำกับ” อวัยวะเพศของหญิงหรือทวารหนักของหญิง หรือหญิงใช้วัตถุใดอวัยวะเพศหรือทวารหนักของหญิงหรือชายก็เป็นการ “กระทำชำเรา” ตามกฎหมายปัจจุบันนี้แล้ว ทั้งนี้ ผู้กระทำอาจใช้มือหรือปากของตน “กระทำกับ” อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้ถูกระทำซึ่งเป็นเพศเดียวกันก็ได้¹⁴⁹

ข้อสังเกต การกระทำต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น ตามกฎหมายเดิมไม่ถือว่าเป็นการ “กระทำชำเรา” แต่เป็นเพียงการกระทำ “อนาจาร” เท่านั้น แต่ตามกฎหมายปัจจุบันนี้กลายเป็นการ “กระทำชำเรา” ไปหมด อันเป็นการขยายความหมายของการ “กระทำชำเรา” ออกไปอย่างกว้างขวาง

ตัวอย่าง ฎีกาที่ 1839/2538 วินิจฉัยว่า ชายนอนทับหญิงแล้วใช้อวัยวะเพศของชายทิ่มตำอวัยวะเพศของหญิง กับใช้นิ้วใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงและชายสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง เช่นนี้ ชายหาได้มีเจตนาดันอวัยวะเพศของชายให้เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง (เด็กอายุ 4 ปีเศษ) ซึ่งมีขนาดเล็กไม่ จึงไม่ได้ว่า ชายพยายามกระทำชำเราหญิง การกระทำจึงเป็นการอนาจารตามมาตรา 279 วรรคแรก ข้อสังเกตข้อเท็จจริงเช่นนี้ ตามมาตรา 277 ที่แก้ไขใหม่ ชายย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว โดยเป็นความผิดสำเร็จด้วย เพราะตรงตามความหมายของการกระทำชำเราโดยเป็นการใช้อวัยวะเพศชาย “กระทำกับ” อวัยวะเพศหญิง และเป็นการใช้ “สิ่งอื่นใด” (นิ้วมือ) “กระทำกับ” อวัยวะเพศของหญิง โดยกระทำไปเพื่อสนองความใคร่ของชาย

กฎหมายปัจจุบันนี้ทำให้การกระทำซึ่งแต่เดิมถือว่าเป็น “อนาจาร” กลายมาเป็น “กระทำชำเรา” มากมายหลายกรณี ตามกฎหมายปัจจุบันนี้ การกระทำอนาจารโดยที่ไม่เป็นการกระทำชำเรา จึงจำกัดแคบลงเหลืออยู่เฉพาะกรณีที่

(ก) ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตน “กระทำกับอวัยวะอื่นๆ ของผู้ถูกระทำนอกจากอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปาก หรือ

¹⁴⁹ จาก คำอธิบาย กฎหมายอาญาภาค ความผิดและโทษไทย (พิมพ์ครั้งที่ 11), (น. 195-198).

โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2557, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

(ข) ผู้กระทำใช้ “สิ่งอื่นใด” (นอกจากอวัยวะเพศ) เช่น “มือ” “ปาก” หรือ “วัตถุอื่นใด” กระทำกับอวัยวะอื่นๆ ของผู้ถูกกระทำ นอกจากอวัยวะเพศ หรือทวารหนักอันเป็นการไม่สมควรในทางเพศเป็นต้น

2.4.3 ขอบเขตความหมายความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเรา

ความผิดตามประมวลกฎหมาย มาตรา 276 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใด ข่มขืน กระทำชำเราผู้อื่น โดย ชูเหตุด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือ โดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท”จะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอยู่ที่มาตรา 276วรรค 2 “การกระทำชำเรา ตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำ เพื่อสนองความใคร่ ของ ผู้กระทำ โดย การใช้อวัยวะเพศ ของ ผู้กระทำ กระทำกับ อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปาก ของ ผู้อื่น หรือ การใช้ สิ่งอื่นใด กระทำกับ อวัยวะเพศ หรือ ทวารหนัก ของ ผู้อื่น ”ส่วนวรรค 2 และวรรค 3 เป็นบทเพิ่มโทษ เช่น ถ้าการกระทำความตามวรรคแรก ของมาตรา 276 หากได้กระทำโดยมีหรือให้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงและสุดท้าย เป็นเหตุส่วนตัว เช่นถ้าเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กันด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประเพณีแทนการลงโทษก็ได้เป็นไปในทิศทางของการเป็น “เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว”¹⁵⁰

1) ข้อความทั่วไป

“ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง” คือ ความผิดตามมาตรา 276 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยชูเหตุด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut/legal interest) ของความผิดฐานนี้ คือ “เสรีภาพในทางเพศ” กล่าวคือเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง

ความผิดฐานนี้แม้จะไม่ได้เกี่ยวข้องกับศีลธรรมโดยตรงแต่ก็เป็นความผิดที่มีเรื่องของศีลธรรมรวมอยู่ด้วย

2) การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

¹⁵⁰ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 128-138). เล่มเดิม.

องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลข่มขืนกระทำชำเรา หญิงที่มีอายุของตน โดยขู่เจ็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น โดยเจตนาข่มขืนกระทำชำเรา หญิง

1) องค์ประกอบภายนอก

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เจ็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น

คำว่า “กระทำชำเราผู้อื่น” กฎหมายเปลี่ยนแปลงความหมายใหม่ แม้ว่าจะไม่ได้ใช้อวัยวะเพศใช้ของเทียมหรือใช้อวัยวะเพศแต่ได้กระทำแก่องค์ทางอื่น เช่น ทางปากหรือทางทวารหนักก็เป็นการชำเราด้วยเช่นกัน ส่วนคำว่าผู้อื่นนั้น หมายถึงหญิงตามธรรมชาติที่ถือกำเนิดมาเป็นเพศที่ออกลูกได้ และรวมถึงชายแปลงเพศเป็นหญิงด้วย¹⁵¹ ดังนั้นการกระทำระหว่างหญิงต่อหญิงหรือชายต่อชายจึงเป็นความผิดฐานนี้ได้ เช่น หญิงใช้วัตถุอาวุธวิยะเพศหรือทวารหนักของหญิงหรือชายก็เป็นการกระทำชำเราสำเร็จแล้ว¹⁵²

“ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร และสามีหญิงก็อาจเป็นผู้กระทำได้ด้วยกฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” แสดงว่า หญิงก็อาจเป็นตัวการร่วมกับชายกระทำความผิดฐานนี้ได้¹⁵³ “การกระทำ” คือ การข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งหมายความว่าได้กระทำชำเราโดยผู้อื่นมิได้สมัครใจ ฉะนั้นถ้าผู้อื่นยินยอมก็ไม่ผิด

“ผู้ถูกกระทำ” คือ ผู้ซึ่งเป็นผู้หญิงและอาจเป็นภริยาของผู้กระทำก็ได้

“หญิง” เป็นเพศของบุคคลตามธรรมชาติตามสภาพที่ถือกำเนิด ฉะนั้น ชายแปลงเพศเป็นหญิงจึงไม่ใช่หญิงในความหมายของความผิดฐานนี้¹⁵⁴

(1) โดยขู่เจ็ญด้วยประการใดๆ

คำว่า “ขู่เจ็ญ” หมายความว่า ทำให้กลัวว่าจะได้รับอันตรายในอนาคต ซึ่งอาจเป็นการกระทำต่อหญิงนั่นเองหรือต่อผู้อื่นซึ่งเกี่ยวข้องกับหญิงนั้น เช่น ขู่ว่าจะฆ่าบุตรของหญิงก็ได้และอาจเป็นการขู่ที่จะกระทำต่อทรัพย์สิน เช่น ขู่ว่าจะเอาไฟจุดเผาบ้านของหญิง หรือบิดาของหญิงก็ได้¹⁵⁵

¹⁵¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 157/2524

¹⁵² คำอธิบาย กฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ (น. 197). เล่มเดิม

¹⁵³ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 416-417). เล่มเดิม.

¹⁵⁴ ฎีกาที่ 157/2524

¹⁵⁵ กฎหมายอาญา ภาค 2-3 (น. 272). เล่มเดิม.

(2) โดยใช้กำลังประทุษร้าย

“ใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคลไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช่เหตุทำให้มีเมตตา สะกดจิตหรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน¹⁵⁶ นอกจากนี้ตามกฎหมายอเมริกายังกล่าวไว้ว่า การใช้กำลังนั้นต้องเป็นการใช้กำลังในการข่มขืน การใช้กำลังในการชำเรา หากใช้การข่มขืนผู้ถูกกระทำไม่ เพราะมิใช่เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(6) เนื่องจากการชำเราต้องใช้กำลังอยู่ในตัว¹⁵⁷

(3) โดยผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

คำว่า “ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” นี้หมายถึงกรณีดังต่อไปนี้ คือ

(1) ผู้อื่นนั้นปราศจากเจตจำนงโดยสิ้นเชิง เช่น เนื่องจากช็อคหรืออ่อนเพลียจนหมดกำลัง

ยกตัวอย่าง เช่นกรณีที่หญิงเมาสุราหมดสติก็อยู่ในความหมาย “อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้”¹⁵⁸

(2) ผู้อื่นนั้นไม่สามารถจะแสดงเจตจำนงออกมาได้ เช่น เนื่องจากพูดไม่ได้

(3) ผู้อื่นนั้นไม่สามารถที่จะยืนยันเจตจำนงได้ด้วย เช่น เนื่องจากถูกผูกมัด และ

(4) ผู้อื่นนั้นวิกลจริตหรือปัญญาอ่อนด้วยถ้าหญิงนั้นไม่รู้ความหมายของการร่วมประเวณี

(4) โดยผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น เช่น ผู้อื่นนั้นเข้าใจว่าเป็นสามีหรือคู่รักจึงยอมให้กระทำชำเรา

การกระทำชำเราสำเร็จบริบูรณ์เมื่อของลับของชายผู้กระทำล่วงล้ำเข้าไปในของลับของหญิงทั้งนี้ไม่ว่าจะเล็กน้อยเท่าใด ฉะนั้น การที่ผู้กระทำจะสำเร็จความใคร่หรือไม่จึงไม่เป็นข้อสาระสำคัญยกตัวอย่าง เช่น จำเลยได้กระทำชำเราผู้เสียหายจนของลับของจำเลยเข้าไปในของลับของผู้เสียหายราว 1 องคุลีแล้ว กรณีเช่นนี้ถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จตามความหมายของมาตรา 277 แล้ว การที่ทางพิชารณาไม่ปรากฏว่ามีน้ำอสุจิของจำเลยออกมาอยู่ที่ของลับของผู้เสียหายหรือที่ของลับของจำเลยนั้น เป็นเรื่องสำเร็จความใคร่แล้วหรือไม่ เป็นอีกส่วนหนึ่ง ไม่เป็นเหตุให้

¹⁵⁶ ดู มาตรา 1 (6).

¹⁵⁷ Perkins on Criminal Law, 1957, p. 121.

¹⁵⁸ ดู ฎีกาที่ 2312/2522

เห็นว่าจำเลยกระทำชำเราไม่สำเร็จหรือไม่เป็นเพียงพยายาม¹⁵⁹ แต่ถ้าผ่านเข้าไปไม่ได้ เมื่อสุจิตเคลื่อน
เชื้อพรหมจารีขาดกรณีก็เป็นกรพยายามกระทำผิด¹⁶⁰

2) องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ เจตนาข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 59

3) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากรณีพิเศษ

1) ข้อความทั่วไป

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากรณีพิเศษ คือความผิดตามมาตรา 276 วรรคสาม ซึ่ง
บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด
หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะ
เดียวกันต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท
หรือจำคุกตลอดชีวิต”

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut/legal interest) ของความผิดฐานนี้ คือ “เสรีภาพ
ในทางเพศ” สภาพความเป็นกรณีพิเศษเพราะการใช้อาวุธร้ายแรงเป็นเครื่องมือในการกระทำ
ความผิดกรณีหนึ่ง กล่าวคือ การกระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด และอีกกรณีหนึ่งเป็น
การซ้ำเติมความทุกข์ยากให้แก่หญิง กล่าวคือ เป็นการกระทำอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง¹⁶¹

2) การครอบงำองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลข่มขืนกระทำชำเรา
หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่
ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น และโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุ
ระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง โดยเจตนาข่มขืน
กระทำชำเราหญิงโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยโทรมหญิง

(1) องค์ประกอบภายนอก

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลข่มขืนกระทำชำเราโดยขู่เข็ญ
ด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้นั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำ

¹⁵⁹ ดู ฎีกาที่ 1133/2509

¹⁶⁰ ดู ฎีกาที่ 1646/2532

¹⁶¹ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 421-422). เล่มเดิม.

ให้ผู้อื่นเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น และโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด¹⁶² หรือโดยร่วมกระทำ ความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหนัງ

ผู้กระทำซ้ำเราอาจมีคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ แต่สำหรับกรณีหลังจะต้องมีผู้กระทำ ตั้งแต่สองคนขึ้นไปเสมอ เพราะ “การโทรมหนัງ” คือ การกระทำต่อหนัງโดยชายหลายคน ด้วยกัน¹⁶³ ซึ่งการกระทำนี้แม้กระทำเพียงชั้นพยายามก็เป็นการโทรมหนัງในความหมายของ กฎหมาย¹⁶⁴ และเมื่อได้ข่มขืนกระทำซ้ำเราหนัງโดยชายสองคนแล้ว คนอื่นๆ ที่ร่วมกระทำผิดที่ยัง ไม่ทันลงมือข่มขืนกระทำซ้ำเราก็ต้องรับผิดฐานเป็นตัวการโทรมหนัງด้วย¹⁶⁵

แต่ศาลฎีกาวินิจฉัยในคดีหนึ่งว่า “จำเลยที่ 2 เอามือขยำหน้าอกผู้เสียหายในระหว่างที่ พวกของจำเลยที่ 2 คนหนึ่งข่มขืนกระทำซ้ำเราผู้เสียหาย ถือได้ว่าจำเลยที่ 2 เป็นตัวการร่วมข่มขืน กระทำซ้ำเราผู้เสียหายอันมีลักษณะเป็นการโทรมหนัງแล้ว มิใช่จำเลยที่ 2 ต้องลงมือข่มขืนกระทำ ซ้ำเราผู้เสียหายด้วยตนเอง”¹⁶⁶

กรณีตามคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวนี้อ การกระทำของจำเลยที่ 2 ข่มเป็นการลงมือ กระทำความผิดจึงการพยายามกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราแล้ว เพราะการกระทำ ดังกล่าวเป็นอันตรายโดยตรงต่อเสรีภาพในทางเพศของผู้เสียหาย

¹⁶² กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด.

1) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 891/2521 จำเลยข่มขืนซ้ำเราหนัງ โดยพวกของจำเลยมีปืนบังคับไม่ให้คนอื่น ช่วยหนัງ จำเลยร่วมกระทำกับพวกที่มีอาวุธปืน จำเลยต้องรับโทษหนักขึ้นตาม ม.276 วรรค 2

2) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 227/2529 แม้จำเลยทั้งสองจะไม่ได้ร่วมข่มขืนกระทำซ้ำเราผู้เสียหาย อันมี ลักษณะเป็นการโทรมหนัງ เพราะจำเลยที่ 2 ได้ใช้มีดขู่จะทำร้าย และได้ข่มขืนกระทำซ้ำเราผู้เสียหายแต่เพียง ผู้เดียว ส่วนจำเลยที่ 1 ได้ใช้ปืนขู่บังคับผู้เสียหายด้วย ดังนี้ จำเลยทั้งสองก็ยังคงมีความผิดฐานร่วมกันข่มขืนกระทำ ซ้ำเราโดยใช้อาวุธปืนตาม ป.อ. ม.276 วรรคสอง

3) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3007/2532 จำเลยข่มขืนกระทำซ้ำเราผู้เสียหายโดยใช้มีดจี้ ส่วนพวกของจำเลย ข่มขืนพวกของผู้เสียหาย โดยใช้อาวุธปืนจี้ ดังนั้นจำเลยมีความผิดตามมาตรา 276 วรรคสอง (เทียบ ฎ 980/2519 แม้ ผู้ที่ร่วมในการปล้นไม่รู้ว่ามีอาวุธ ก็เป็นความผิดตามมาตรา 340 วรรคสอง)

4) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6336/2534 การกระทำความผิดตาม ป.อ. มาตรา 276 วรรคแรกกระทำโดยมี อาวุธปืน แต่มิได้ใช้ก็ดี กระทำโดยมีและใช้อาวุธปืนก็ดี ล้วนเป็นความผิดที่ต้องระวางโทษตามวรรคสอง ทั้งสิ้น ดังนั้น แม้จำเลยข่มขืนกระทำซ้ำเราผู้เสียหายโดยมีอาวุธปืน แต่มิได้ใช้อาวุธปืนนั้น จำเลยก็ยังคงมีความผิด ต้องระวางโทษตาม ป.อ. มาตรา 276 วรรคสองบัญญัติไว้

¹⁶³ ดู ฎีกาที่ 1962/254. ฎีกาที่ 663/2539.

¹⁶⁴ ดู ฎีกาที่ 3051/2525.

¹⁶⁵ ดู ฎีกาที่ 1403/2521. ฎีกาที่ 2200/2527.

¹⁶⁶ ดู ฎีกาที่ 1817/2550.

(2) องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ เจตนาตามมาตรา 59 กระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยโทรมหญิงซึ่ง “เจตนาข่มขืนกระทำชำเราโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยการโทรมหญิง” คือ การที่ผู้กระทำมีอาวุธหรือวัตถุระเบิด¹⁶⁷ อาวุธหมายความว่ารวมถึงสิ่งที่ไม่เป็นอาวุธโดยสภาพ แต่ซึ่งได้ใช้หรือเจตนา จะใช้ประทุษร้ายร่างกาย อันตรายสาหัสอย่างอาวุธอาวุธคือ อาวุธที่มีกลไกในการยิง เป็นอาวุธโดยสภาพ และเมื่อเป็นอาวุธโดยสภาพแล้ว แม้ไม่สามารถใช้ยิงได้ก็เป็นอาวุธตามความหมายของกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญาวัตถุระเบิด คือ วัตถุเคมีเมื่อการทำให้ขยายตัวย่อมเกิดระเบิดเมื่อมีการกระทำความผิดดังกล่าว¹⁶⁸ ในทางกฎหมายแล้วอาวุธมีลักษณะ ดังต่อไปนี้

1) อาวุธโดยสภาพ แม้ไม่อาจทำอันตรายได้ ก็ถือเป็นอาวุธ เช่น ปืนไม่มีกระสุน ก็เป็นอาวุธ แต่ปืนที่ไม่มีช่องกระสุน และไม่มีลูกกระสุน ไม่เป็นอาวุธ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1903/2520 ปืนที่ไม่อาจใช้ยิงทำอันตรายแก่ชีวิตและวัตถุใดเพราะชำรุด ก็เป็นอาวุธปืนตาม พ.ร.บ.อาวุธปืน และเป็นอาวุธโดยสภาพ เป็นความผิดตามมาตรา 371 (คำพิพากษาศาลฎีกา 1459/2523 วินิจฉัยทำนองเดียวกัน) หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกา 1903/2520 คำว่า อาวุธ แสดงอยู่ในตัวว่าต้องใช้ทำอันตรายแก่กายได้ และต้องถึงสาหัสด้วย มิใช่ว่า “อาวุธโดยสภาพ” ทำอันตรายได้ไม่ถึงสาหัส ถือว่าเป็นอาวุธ ส่วนสิ่งอื่นที่ไม่ใช่อาวุธโดยสภาพ ต้องใช้ทำอันตรายถึงสาหัสได้ ก็เป็นอาวุธ

¹⁶⁷ มาตรา 1 (5) “อาวุธ” หมายความว่ารวมถึงสิ่งที่ไม่เป็นอาวุธโดยสภาพแต่ซึ่งได้ใช้หรือเจตนาจะใช้ประทุษร้ายร่างกายถึงอันตรายสาหัสอย่างอาวุธมาตรา 1 (5) “อาวุธ” หมายความว่ารวมถึง สิ่งที่ไม่เป็นอาวุธโดยสภาพ แต่ซึ่งได้ใช้ หรือเจตนาจะใช้ประทุษร้ายร่างกายถึงอันตรายสาหัสอย่างอาวุธ

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศัททย์ อธิบายว่า คำว่า อาวุธ แสดงอยู่ในตัวว่าต้องใช้ทำอันตรายแก่กายได้ และต้องถึงสาหัสด้วย ที่ว่าทำอันตรายถึงสาหัสได้อย่างอาวุธ ก็แสดงภาพของอาวุธอยู่ในตัว มิใช่ว่า “อาวุธโดยสภาพ” ทำอันตรายได้ไม่ถึงสาหัส ถือว่าเป็นอาวุธ ส่วนสิ่งอื่นที่ไม่ใช่อาวุธโดยสภาพต้องใช้ทำอันตรายถึงสาหัสได้ก็เป็นอาวุธ อาวุธปืนตามบทนิยามพระราชบัญญัติอาวุธปืนแสดงว่าต้องใช้ยิงได้ คือ ส่งเครื่องกระสุนปืนโดยอำนาจของพลังงาน ไม่ใช่ปืนที่ยิงไม่ได้ เมื่อสิ่งที่เคยเป็นอาวุธปืนยิงได้ และเป็นท่อนเหล็กที่ยิงไม่ได้ทำอันตรายแก่กายไม่ได้ จึงไม่เป็นอาวุธตามมาตรา 371 ที่ว่าส่วนของอาวุธปืนเป็นความผิดนั้น ต้องเป็นส่วนสำคัญที่มีกฎกระทรวงกำหนดไว้ เป็นคนละเรื่องกับคดีนี้ และกลับสนับสนุนว่าสิ่งที่ยิงไม่ได้ ต้องมีกฎกระทรวงกำหนดไว้ จึงเป็นความผิด

¹⁶⁸ จาก กฎหมายอาญา ภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม) (น.425), โดยคดี ณ นคร, 2554, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

2) สิ่งซึ่งไม่ใช่อาวุธโดยสภาพ ลักษณะการใช้ต้องเทียบได้ดั่งอาวุธ และเฉพาะที่ใช้ทำอันตรายต่อร่างกายได้ดั่งอาวุธ

มีดเป็นอาวุธตามกฎหมายหรือไม่ โดยปกติไม่มีกฎหมายที่บัญญัติเป็นพิเศษ ว่า มีด เป็นอาวุธ ซึ่งแตกต่างกับ อาวุธปืนและ ระเบิด ที่มี พ.ร.บ.อาวุธปืนฯ บัญญัติไว้ชัดแจ้งจึงไม่มีกฎหมายกำหนดว่า มีดขนาดใดยาวหรือกว้างเท่าใดที่จะถือว่าเป็นอาวุธแต่โดยทั่วไปแล้วย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่า มีดเป็นอาวุธโดยสภาพ มีอำนาจทำลายประหารชีวิตประหารคนได้แต่มีดเล็กๆ อย่าง มีดคัตเตอร์ กรรไกร และมีดปลูกผลไม้ ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่า มีดคัตเตอร์ กรรไกรและมีดปลูกผลไม้ไม่ใช่อาวุธโดยสภาพ เพราะสร้างมาเพื่อการใช้งานอย่างอื่น ตามนัยยะคำพิพากษาฎีกาที่ 1400/2538 ฎีกาที่ 410/2546 และฎีกาที่ 1844/3536 เป็นต้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 301/2490 ไม่ตะพดจะเป็นศาสตราวุธตามกฎหมายหรือไม่องแล้วแต่ขนาด ซึ่งสามารถจะทำให้ร่างกายแตกหักบอบสลาย ถึงสาหัสได้หรือไม่ ถ้าข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่า มีขนาดอย่างไร ก็ฟังว่าเป็นศาสตราวุธไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2009/2522 จำเลยชักส่วออกมาขู่จะทำร้าย ในการปล้นเป็นการปล้นทรัพย์โดยมีอาวุธติดตัวไปตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 340 วรรค 2

คำพิพากษาฎีกาที่ 4155/2531 “มีดปลูกผลไม้” ที่จำเลยพาติดตัวไปในโรงภาพยนตร์ ไม่ใช่อาวุธโดยสภาพ แต่เมื่อจำเลยได้ใช้มีดดังกล่าวแทงผู้เสียหายจนได้รับบาดเจ็บสาหัส จึงเป็นอาวุธตามมาตรา 371 และเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายอีกกรรมหนึ่ง

คำพิพากษาฎีกาที่ 4280/2531 ในการปล้นทรัพย์คนร้ายใช้กระบองไฟฟ้าเดินทางขนาด 3 ก้อน ที่มีติดตัวไปตีทำร้ายภรรยาผู้เสียหาย จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กาย เป็นความผิดฐานปล้นทรัพย์โดยมีอาวุธติดตัวไปด้วย ตาม มาตรา 340 วรรคสอง

คำพิพากษาฎีกาที่ 5161/2533 จำเลยใช้ “ลูกกัญแจ” จี้ที่เอวผู้เสียหาย ดึงเอาปากกาเขียนแบบกับดินสอ ซึ่งมีราคาไม่มากนัก มิได้เอาทรัพย์อย่างอื่นไปด้วย เมื่อผู้เสียหายขอคืน จำเลยยอมคืนดินสอโดยดี ส่วนปากกาเขียนแบบ จำเลยบอกให้ไปรับคืนที่โรงเรียน แสดงว่าจำเลยมิได้มีเจตนาลักทรัพย์ของผู้เสียหายจริงจัง แต่เห็นได้ว่าเป็นการกระทำด้วยความฉกฉวย ไม่ใช่ความผิดฐานชิงทรัพย์ แต่การที่จำเลยใช้ลูกกัญแจจี้ที่เอวผู้เสียหาย แล้วดึงปากกา กับดินสอ เห็นได้ว่าจำเลยมีเจตนาใช้ลูกกัญแจ ดังกล่าวอย่างอาวุธ และมีเจตนาทำให้ผู้เสียหาย เกิดความเกรงกลัว ไม่กล้าขัดขืน ถือได้ว่าเป็นการข่มขู่ใจผู้เสียหาย โดยทำให้เกิดความกลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิตร่างกาย เสรีภาพ หรือทรัพย์สิน จำเลยจึงมีความผิดฐานทำให้เสื่อมเสียเสรีภาพ โดยใช้อาวุธ

คำพิพากษาฎีกาที่ 1400/2538 (สบญ เน 1) “มีดคัดเตอร์” ไม่เป็นอาวุธโดยสภาพ แต่จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย โดยใช้มีดดังกล่าวขู่เจิญผู้เสียหาย แสดงว่า จำเลยพามีดดังกล่าวไปโดยเจตนาจะใช้เป็นอาวุธ จึงมีความผิดฐานพาอาวุธไปในเมือง

3) สิ่งที่ใช้ทำอันตรายได้แต่หากการใช้เทียบไม่ได้อย่างอาวุธ แม้จะใช้ทำอันตรายถึงอันตรายสาหัสได้ ก็ไม่ถือเป็นอาวุธ เช่น ใช้เชือกรัดคอ ใช้ก้อนหินทุบ ใช้รถยนต์ชน

คำพิพากษาฎีกาที่ 1154/2468 อาวุธปืนไม่มีซองกระสุน ไม่มีลูกกระสุนปืน ไม่เป็นเครื่องประหาร (อาวุธ)

คำพิพากษาฎีกาที่ 927/2519 พลุ่ส่องแสง เป็นสิ่งที่ใช้ให้แสงสว่าง ไม่เป็นอาวุธตามมาตรา 1 (5) แม้พกพาไปที่ใด ก็ไม่เป็นความผิดตาม ม 371

ทั้งนี้ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาตามมาตรา 59 โดยมีเจตนากระทำต่อหญิงนั้นไม่ใช่ภริยาของตน หรือเจตนากระทำต่อชายหรือหญิงเจตนากระทำต่อหญิง โดยผู้กระทำและผู้ถูกกระทำจะเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศก็ได้หากมีเจตนา¹⁶⁹ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้กระทำรู้ว่าสิ่งที่ผู้กระทำมีหรือใช้นั้นเป็นอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด และผู้กระทำความผิดต้องการข่มขืนกระทำชำเราหญิงนั้น

4) เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว

มาตรา 276 วรรคสี่ บัญญัติว่า

“ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติดแทนการลงโทษก็ได้ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัตินี้ในส่วนแรก (ถ้าเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติดแทนการลงโทษก็ได้) เป็นไปในทิศทางของการเป็น “เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว”

2.4.4 ความเห็นทางกฎหมายและคำพิพากษา

“ความผิดเกี่ยวกับเพศ” หรือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานอนาจารเป็นบทบัญญัติของกฎหมายอาญา ภาค 2 ลักษณะ 9 ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกันในลักษณะของความผิด และมักจะก่อให้เกิดความสับสนต่อผู้ที่ศึกษาและผู้ที่ต้องปฏิบัติเมื่อมีการกระทำความผิดนี้

¹⁶⁹ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น.306-307). เล่มเดิม.

เกิดขึ้นในที่นี้จึงขอรวบรวมเอาคำพิพากษากฎีกาสำคัญๆ เพื่อเป็นแนวในการศึกษาและวินิจฉัย กล่าวคือ

สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้แก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเรา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมให้การข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นเป็น ความผิด เนื่องจากมาตรา 276 เป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่ง ความแตกต่างในเรื่องเพศ และเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญในการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่าง ชายและหญิง โดยการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลและเหตุแห่งความแตกต่างใน เรื่องเพศ กฎหมายฉบับนี้ได้ผ่านการพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ. 2550 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา โดยมีสาระสำคัญที่แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการข่มขืน กระทำชำเรา ดังนี้

“มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลัง ประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตน เป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำความผิด โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะ เดียวกันต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส และ คู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติด้านการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำ พิพากษาลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

คำว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเรา” หมายความว่า “ผู้ลงมือกระทำ” เป็นชายหญิงก็ได้เช่น เป็นการกระทำของชายต่อชาย หรือหญิงต่อหญิงก็เป็นความผิดตามมาตรา 276 นี้ทั้งนี้หากพิจารณา พฤติการณ์ คำว่า กระทำชำเราเปลี่ยนไปการกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำ เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ

ทวารหนัก หรือ ช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใด กระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น พิจารณาด้วย มิใช่ เฉพาะอวัยวะเพศ เท่านั้น สิ่งอื่น เช่น แดงกวาง กลัวย มะเขือยาว ก็เป็นกระทำชำเรา และก็มีใช้ เฉพาะกระทำต่ออวัยวะเพศของผู้ถูกระทำผิด เท่านั้นทวารหนักหรือ ปากก็เข้าข่ายกระทำชำเราแล้วมิใช่ อนาจาร¹⁷⁰

ข้อสังเกต การกระทำต่างๆ ดังกล่าวข้างต้น ตามกฎหมายเดิมไม่ถือว่าเป็นการ “กระทำชำเรา” แต่เป็นเพียงการกระทำ “อนาจาร” เท่านั้น แต่ตามกฎหมายปัจจุบันนี้กลายเป็นการ “กระทำชำเรา” ไปหมด อันเป็นการขยายความหมายของการ “กระทำชำเรา” ออกไปอย่างกว้างขวาง¹⁷¹

ตัวอย่าง ฎีกาที่ 1839/2538 วินิจฉัยว่า ชายนอนทับหญิงแล้วใช้อวัยวะเพศของชายทิ่มตำอวัยวะเพศของหญิง กับใช้นิ้วใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงและชายสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง เช่นนี้ ชายหาได้มีเจตนาดันอวัยวะเพศของชายให้เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง (เด็กอายุ 4 ปีเศษ) ซึ่งมีขนาดเล็กไม่ จึงไม่ได้ว่า ชายพยายามกระทำชำเราหญิง การกระทำจึงเป็นการอนาจารตาม มาตรา 279 วรรคแรก ข้อสังเกตข้อเท็จจริงเช่นนี้ ตามมาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่ ชายย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว โดยเป็นความผิดสำเร็จด้วย เพราะตรงตามความหมายของการกระทำชำเราโดยเป็นการใช้อวัยวะเพศชาย “กระทำกับ” อวัยวะเพศหญิง และเป็นการใช้ “สิ่งอื่นใด” (นิ้วมือ) “กระทำกับ” อวัยวะเพศของหญิง โดยกระทำไปเพื่อสนองความใคร่ของชาย

¹⁷⁰ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 306-309). เล่มเดิม.

¹⁷¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1390/2555การกระทำชำเราตาม ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคแรก หมายถึง การร่วมประเวณีจึงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศของผู้กระทำเข้าไปในอวัยวะเพศของอีกฝ่าย แม้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขใหม่โดย พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ซึ่งบัญญัติว่า "การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น" ก็เป็นเพียงการขยายขอบเขตของการกระทำชำเราในส่วนของอวัยวะที่ถูกกระทำในมาตรา 277 วรรคแรก ไม่จำเป็นต้องเป็นทั้งอวัยวะเพศ จะเป็นทั้งทวารหนักหรือที่ช่องปากก็ได้ และสิ่งที่ใช้ในการกระทำไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศเท่านั้น จะเป็นสิ่งอื่นก็ได้ ดังนั้น การกระทำชำเราไม่ว่าเป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นจึงยังคงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดให้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากด้วย เพราะไม่เช่นนั้นแล้วเพียงการสัมผัสภายนอกกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นไม่ว่าด้วยอวัยวะส่วนใดหรือด้วยวัตถุสิ่งใดก็จะเป็นการกระทำชำเราไปเสียทั้งหมด

กฎหมายปัจจุบันนี้ทำให้การกระทำซึ่งแต่เดิมถือว่าเป็น “อนาจาร” ปรากฏคำพิพากษาที่ 2049/2555¹⁷² กลายเป็น “กระทำชำเรา” มากมายหลายกรณี ตามกฎหมายปัจจุบันนี้ การกระทำอนาจารโดยที่ไม่เป็นการกระทำชำเรา จึงจำกัดแคบลงเหลืออยู่เฉพาะกรณีที่

(ก) ผู้กระทำใช้วัยวะเพศของตน “กระทำกับอวัยวะอื่นๆ ของผู้ถูกระทำนอกจากอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปาก หรือ

(ข) ผู้กระทำใช้ “สิ่งอื่นใด” (นอกจากอวัยวะเพศ) เช่น “มือ” “ปาก” หรือ “วัตถุอื่นใด” กระทำกับอวัยวะอื่นๆ ของผู้ถูกระทำ นอกจากอวัยวะเพศ หรือทวารหนักอันเป็นการไม่สมควรในทางเพศ

ข้อสังเกต เนื่องจากการกระทำชำเรา ได้ขยายออกไปอย่างกว้างขวางตามที่กล่าวมาแล้ว ดังนั้น หากผู้กระทำเพียงแต่ใช้ “สิ่งอื่นใด” นอกจากอวัยวะเพศของตน เช่น ใช้ “วัตถุ” (เช่น อวัยวะเพศเทียม) “มือ” หรือ “ปาก” แต่ต้องกับ “อวัยวะเพศ” หรือ “ทวารหนัก” ของผู้ถูกระทำ ก็เป็นการ “กระทำชำเรา” อันเป็น ความผิดสำเร็จโดยไม่ต้องมีการ “สอดใส่” แต่อย่างใด เพราะเป็นการ “กระทำกับ” ตามความหมายของกฎหมายปัจจุบันนี้แล้ว

“เจตนาพิเศษ” เนื่องจากการมีการขยายความหมายของ “กระทำชำเรา” ให้กว้างขวางมากยิ่งขึ้น ไม่จำกัดเฉพาะการนำอวัยวะเพศชาย “สอดใส่” เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงเท่านั้น มาตรา 276 วรรคสองที่แก้ไขใหม่ จึงกำหนดด้วยว่า การกระทำในรูปแบบต่างๆ นั้น จะเป็นการ “กระทำชำเรา” จะต้องเป็นการกระทำ “เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ” มิใช่เพื่อความสนุกสนาน หรือเพื่อทำร้ายร่างกาย ดังนั้น หากมีการใช้วัตถุใดๆ “กระทำกับ” อวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำ จะเป็นการ “กระทำชำเรา” ก็ต่อเมื่อ “เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ” เท่านั้น

ข้อสังเกต การกระทำจะเป็นความผิดตามมาตรา 276 ผู้ถูกระทำจะต้องไม่ยินยอม หากยินยอมโดยสมัครใจ การกระทำก็มีใช้การ “ข่มขืน” แม้จะเป็นการ “กระทำชำเรา” ก็ตาม

การ “กระทำชำเรา” ในระหว่างคู่สมรส

¹⁷² คำพิพากษาที่ 2049/2555 การกระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ เพียงแต่สอดจูบ ลูบคลำ แต่ต้องเนื้อตัวร่างกายในทางไม่สมควรก็เป็นการอนาจารแล้ว ส่วนการกระทำชำเรานั้นเป็นการกระทำถึงขั้นใช้อวัยวะเพศของชายใส่ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง การกระทำชำเราจึงรวมถึงการกระทำอนาจารอยู่ในตัว เมื่อจำเลยพราบดีกหญิง อ. ไปเพื่อกระทำชำเราเด็กหญิง อ. การกระทำของจำเลยจึงเป็นการพราไปเพื่อการอนาจาร อันเป็นความผิดตาม ป.อ. มาตรา 317 วรรคสาม และเป็นความผิดคนละกรรมกับความผิดฐานกระทำชำเรา

การกระทำในรูปแบบต่างๆ ดังกล่าวนั้น หากเป็นการกระทำในระหว่างคู่สมรส ถ้าคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา มาตรา 276 วรรคสี่ ให้อำนาจศาลที่จะดำเนินการดังนี้

- (1) ลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือ
- (2) ไม่ลงโทษก็ได้ โดยต้องกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติด้วย

ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277¹⁷³ หลังปี พ.ศ. 2550 การข่มขืนเป็นผลสำเร็จ นอกจากนี้ยังได้เพิ่มเติมข้อความในวรรคสองของมาตรา 276 และ 277 ที่มีสาระสำคัญกล่าวถึง ลักษณะการกระทำชำเราว่ากรณีใดบ้างที่ให้อือเป็นการกระทำชำเรา ส่วนการตีความว่าการกระทำใดถือเป็นการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายหรือไม่ นั่นคือการกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1390/2555 การกระทำชำเราตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคแรก หมายถึง การร่วมประเวณีจึงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศของผู้กระทำเข้าในอวัยวะเพศของอีกฝ่าย แม้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสอง แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ซึ่งบัญญัติว่า “การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” ก็เป็นเพียงการขยายขอบเขตของการกระทำชำเราในส่วนอวัยวะที่ถูกกระทำในมาตรา 277 วรรคแรก ไม่จำเป็นต้องเป็นที่อวัยวะเพศ จะเป็นทวารหนักหรือที่ช่องปากก็ได้ และสิ่งที่ใช้ในการกระทำไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศเท่านั้น จะเป็นสิ่งอื่นก็ได้ ดังนั้น การกระทำชำเราไม่ว่าเป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นจึงยังคงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดให้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากด้วย เพราะไม่เช่นนั้นแล้วเพียงการสัมผัสภายนอกกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นไม่ว่าด้วยอวัยวะส่วนใดหรือด้วยวัตถุสิ่งใดก็จะเป็นการกระทำชำเราไปเสียทั้งหมด จำเลยเพียงใช้อวัยวะเพศของจำเลยเสียดสีถูไถกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 แม้โดยมีเจตนาเพื่อ

¹⁷³ มาตรา 277 “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น....”

สนองความใคร่ของจำเลย แต่เมื่อมิได้มีการสอดใส่เพื่อที่จะให้อวัยวะเพศของจำเลยล่งล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 จึงยังเรียกไม่ได้ว่าเป็นการกระทำชำเรา การกระทำของจำเลยคงเป็นเพียงกระทำอนาจารตาม ป.อ. มาตรา 279 วรรคแรก

ดังนั้นตามมาตรา 277 วรรคสอง ว่าด้วยการกระทำชำเราได้ยกยอความไม่ได้เท่านั้น กฎหมายยัง ให้คำนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับ อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือใช้สิ่งใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ประเด็นที่น่าสนใจคือ กรณีที่ผู้ชาย (เกย์) บังคับให้ผู้ชายกระทำต่อทวารหนัก (เกย์) เพื่อสนองความใคร่ของผู้บังคับ จะเป็นการกระทำชำเราหรือไม่ตามนั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่น่าจะเป็นตีความถูกต้องเพราะบนบัญญัติมาตรา 277 วรรค สอง ใช้คำว่า “กระทำกับ” ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นของผู้กระทำกระทำต่ออวัยวะเพศ ผู้อื่น¹⁷⁴ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายปัจจุบันถือว่ากระทำผิดสำเร็จแล้ว ถ้าตีความตามกฎหมายปัจจุบันที่ว่า เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ก็อาจ

¹⁷⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555 “จำเลยใช้ลิ้นเลียที่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม ใช้อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วมโจทก์ร่วมมีอาการเจ็บ มีอาการอักเสบเป็นรอยแดงบริเวณแคมทั้งสองข้างรอบปากช่องคลอด สืบให้เห็นว่า จำเลยประสงค์จะให้อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม มิใช่เพียงการใช้อวัยวะเพศของจำเลยถูไถเฉพาะภายนอกอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมโดยไม่ประสงค์จะสอดใส่ การกระทำของจำเลยจึงบ่งชี้ถึงเจตนาของจำเลยที่จะข่มขืนกระทำชำเราโจทก์ร่วม หากมีเจตนาเพียงแต่กระทำอนาจารไม่ ป.อ. มาตรา 276 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ต้องการขยายความหมายของการกระทำชำเราว่า นอกจากหมายถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำต่ออวัยวะเพศของผู้ถูกกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกกระทำด้วย เท่ากับเป็นการเพิ่มอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่ เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำนอกจากจะกระทำชำเราโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้สิ่งอื่นใด เช่น การใช้อวัยวะเพศเทียมกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกกระทำด้วย เป็นกรณีที่ขยายความหมายของคำว่ากระทำชำเรา ในแง่เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำและอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่เท่านั้น ส่วนกรณีอย่างไรจึงจะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จนั้นก็คงยังคงมีความหมายอยู่ว่า จะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จได้ต้องถึงขั้นอวัยวะเพศของผู้กระทำล่งล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้ถูกกระทำ หรือล่งล้ำเข้าไปในทวารหนักของผู้ถูกกระทำ หรือล่งล้ำเข้าไปในช่องปากของผู้ถูกกระทำ หากมีการใช้สิ่งของอย่างอื่น เช่น อวัยวะเพศเทียม สิ่งของอย่างนั้นก็ต้องมีการล่งล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกกระทำเช่นกันจำเลยมีเจตนากระทำชำเราโจทก์ร่วม จำเลยใช้อวัยวะเพศของจำเลยถูไถอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมแต่อวัยวะเพศของจำเลยไม่อาจล่งล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมได้ เพราะอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมมีขนาดเล็ก ส่วนการใช้ลิ้นเลียอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมก็ไม่ปรากฏว่าลิ้นได้ล่งล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของโจทก์ร่วม การกระทำของจำเลยถือได้ว่าจำเลยลงมือกระทำชำเราแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผล จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามกระทำชำเราโจทก์ร่วม”

ตีความได้ว่า สำเร็จโดยกระทำกับอวัยวะเพศของชายด้วยกัน หรือหญิงกับหญิงด้วยกัน ก็อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราแล้วเพราะเป็นการสนองความใคร่ของผู้กระทำ มีความผิดฐานข่มขืนได้แต่แนวคำพิพากษายังคงได้มีการตีความเอาไว้ว่าการข่มขืนจะต้องมีการ “ล้วงล้ำ” เข้าไป ตามแนวทางการตีความและคำพิพากษาศาลฎีกาต่างๆ ตามกฎหมายปัจจุบันปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2530/2554¹⁷⁵

2.4.5 ขอบเขตการวินิจฉัยความรับผิดชอบในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจาร

ตามมาตรา 276 เดิม หากอวัยวะเพศของชายเพียงแต่ “ถูไถ” อยู่ที่ปากช่องคลอดของหญิงด้านนอก ยังไม่ทันได้ “ล้วงล้ำ” เข้าไป ก็เป็นเพียง “พยายาม” กระทำชำเรา (ฎีกาที่ 874/2491)¹⁷⁶

อย่างไรก็ตาม ตามกฎหมายปัจจุบันที่มีการแก้ไขปี พ.ศ.2550 นี้ การกระทำชำเราไม่จำเป็นต้องมีการนำอวัยวะเพศ “ล้วงล้ำ” เข้าไป เพราะเพียงแต่ “กระทำกับ” ก็ได้ ดังนั้น การ “ถูไถ” ตามข้อเท็จจริงในฎีกาที่ 874/2491 ข้างต้น จึงถือได้ว่าเป็นการ “กระทำกับ” อวัยวะเพศของอีกฝ่ายหนึ่ง อันเป็นการ “กระทำชำเรา” สำเร็จแล้ว ข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงไม่น่าจะใช่การ “พยายามกระทำชำเรา” อีกต่อไปแล้วคำแต่เป็นความผิดสำเร็จเลยที่เดียวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6345/2537¹⁷⁷ แต่ในกรณีที่เห็น

¹⁷⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2530/2554 ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายเป็นเด็กอายุเพียง 7 ปีเศษ ทั้งร่างกายและอวัยวะสืบพันธุ์ยังไม่เจริญเติบโตเต็มที่ หากอวัยวะเพศของจำเลยล้วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของผู้เสียหายจริงย่อมต้องเกิดร่องรอยฉีกขาด แต่ตามผลการตรวจชันสูตรบาดแผลของแพทย์ กลับไม่พบบาดแผลที่บริเวณช่องคลอดของผู้เสียหาย คำเบิกความของผู้เสียหายจึงน่าจะเกิดจากความไม่เข้าใจหรือคิดไปเองตามประสาเด็ก ส่วนฎีกาของโจทก์ที่อ้างคำแพทย์หญิง ร. แพทย์ผู้ตรวจร่างกายผู้เสียหายที่เบิกความตอนหนึ่งว่า อวัยวะเพศของผู้เสียหายมีขนาดเล็ก หากมีการร่วมเพศอาจฉีกขาดได้ แต่หากสอดใส่อวัยวะเพศของผู้ชายเข้าไปเพียงเล็กน้อยก็ไม่อาจฉีกขาดเพราะอวัยวะมีความยืดหยุ่น ตามคำของผู้เสียหายแสดงว่าอวัยวะเพศของจำเลยได้ล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายแล้วแต่ล้วงล้ำเข้าไปเพียงเล็กน้อยจึงไม่มีร่องรอยฉีกขาดนั้น เป็นเพียงความเห็นหรือการคาดคะเนของโจทก์ พฤติการณ์ของจำเลยตามที่ได้ความอาจเป็นเพียงการใช้อวัยวะเพศของจำเลยถูไถกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายทางด้านนอกเพื่อสำเร็จความใคร่เท่านั้นเพราะหากจำเลยประสงค์จะกระทำชำเราผู้เสียหายจริง แม้ไม่สำเร็จความใคร่ก็ต้องเกิดร่องรอยบอบช้ำปรากฏให้เห็นอยู่บ้าง ที่ศาลอุทธรณ์ภาค 8 วินิจฉัยว่าพฤติการณ์ของจำเลยยังมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยมีเจตนากระทำชำเราผู้เสียหายจริงหรือไม่และพิพากษาลงโทษจำเลยฐานกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้นั้นชอบแล้ว

¹⁷⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874/2491 ของลับของชายถูไถที่ปากช่องคลอดด้านนอก ยังไม่เข้าไปภายในช่องคลอด เป็นพยายามข่มขืนกระทำชำเรา

¹⁷⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6345/2537 วินิจฉัยว่าอวัยวะเพศของจำเลยเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายประมาณ 1 นิ้วถือว่ากระทำชำเราสำเร็จแล้วมิใช่เพียงชั้นพยายามกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารเท่านั้น

เจตนาโดยชัดแจ้งและมีการกระทำส่วนใดส่วนหนึ่งของความผิดฐานนั้นแล้ว คือ มีการใช้กำลัง บังคับหญิงเพื่อชำเราแล้วก็ต้องถือว่ามีการ “ลงมือ” กระทำความผิดอันเป็นการกระทำชำเราที่ต้องมีการสอดใส่ (penetration)¹⁷⁸ โดยอวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ สมควรลงโทษ ได้แล้ว และศาลคำพิพากษาศาลฎีกาไทยถือว่าเป็นกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา” ได้ ต้องถึงขนาดอวัยวะสืบพันธุ์ของจำเลยล่วงล้ำเข้าไปช่องคลอดของผู้เสียหาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1390/2555)¹⁷⁹ ในเรื่องการกระทำความผิดฐานนี้ กฎหมายมิได้มีถ้อยคำที่แสดงชัดว่าเป็นอย่างไร จึงจะเรียกได้ว่าเป็นการลงมือกระทำความผิด แต่เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องนี้ ซึ่งมีขึ้นเพื่อลงโทษผู้ที่เริ่มต้นกระทำความผิดและได้แสดงอาการแห่งอันตรายให้ปรากฏขึ้นแล้ว ไม่ว่าการกระทำนั้นจะสำเร็จสมเจตนาแห่งตนหรือไม่ก็ตาม และเมื่อวัตถุประสงค์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามีไว้เพื่อปกป้องคุ้มครองความเสียหายในเนื้อตัวร่างกาย ชื่อเสียง เกียรติยศของหญิง ตลอดจนความเสียหายแก่สภาพจิตใจของหญิง (the women's feeling) อันเนื่องมาจากการถูกบังคับเพื่อกระทำชำเรา การลงโทษผู้พยายามกระทำความผิดนี้ จึงมีขึ้นเพื่อป้องกันมิให้หญิงนั้นถูกกระทำให้เกิดสภาพแห่งความกลัวว่าจะถูกกระทำชำเรา (ซึ่งหญิงเท่านั้นที่จะมีความรู้สึกถึงสภาพนี้ได้)

นอกจากนี้การแก้ไขเพิ่มเติมข้อความในวรรคสองของมาตรา 276 ที่มีสาระสำคัญกล่าวถึงลักษณะการกระทำชำเราว่ากรณีใดบ้างที่ให้อือเป็นการกระทำชำเรา ส่วนการตีความว่าการ

¹⁷⁸ ประมวลกฎหมายฉบับอ้างอิง (น. 426). เล่มเดิม.

¹⁷⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1390/2555 การกระทำชำเราตาม ป.อ. มาตรา 277 วรรคแรก หมายถึง การร่วมประเวณีจึงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศของผู้กระทำเข้าในอวัยวะเพศของอีกฝ่าย แม้ ป.อ. มาตรา 277 วรรคสองซึ่งแก้ไขใหม่โดย พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19)พ.ศ.2550 ซึ่งบัญญัติว่า "การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น" ก็เป็นเพียงการขยายขอบเขตของการกระทำชำเราในส่วนอวัยวะที่ถูกกระทำในมาตรา 277 วรรคแรกไม่จำเป็นต้องเป็นที่อวัยวะเพศ จะเป็นทวารหนักหรือที่ช่องปากก็ได้ และสิ่งที่ใช้ในการกระทำไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศเท่านั้น จะเป็นสิ่งอื่นก็ได้ ดังนั้น การกระทำชำเราไม่เป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นจึงยังคงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดให้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากด้วย เพราะไม่เช่นนั้นแล้วเพียงการสัมผัสภายนอกกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นไม่พอสอดคล้องด้วยอวัยวะส่วนใดหรือด้วยวัตถุสิ่งใดก็จะเป็นการกระทำชำเราไปเสียทั้งหมดจำเลยเพียงใช้อวัยวะเพศของจำเลยเสียดสีถูไปกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 แม้โดยมีเจตนาเพื่อสนองความใคร่ของจำเลย แต่เมื่อมิได้มีการสอดใส่เพื่อที่จะให้อวัยวะเพศของจำเลยล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 จึงยังเรียกไม่ได้ว่าเป็นการกระทำชำเรา การกระทำของจำเลยคงเป็นเพียงกระทำอนาจารตาม ป.อ. มาตรา 279 วรรคแรก

กระทำใดถือเป็นการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายหรือไม่ นั่นคือการกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำ กับอวัยวะเพศทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555¹⁸⁰

นอกจากนั้นก็เพื่อจะแสดงให้เห็นถึงความก้าวหน้า หรือวิวัฒนาการของกฎหมายที่ แสดงถึงความเท่าเทียมกัน ระหว่างชายและหญิง การบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงวางหลักไว้แบบกว้างๆ ผู้หญิงสามารถข่มขืนผู้ชายได้หากผู้ชายไม่ยินยอม แต่ในความเป็นจริงนั้น ย่อม เกิดขึ้นได้เสมอ ที่ผ่านมาสืบพยานมาให้เห็นหลักของความใกล้ชิดกับผล โดยพิจารณาขั้นตอนการ กระทำความผิดที่เริ่มต้นจากการลงมือกระทำความผิดจนกระทั่งไปถึงความผิดสำเร็จ ซึ่งมักจะ พิจารณาจากกรณีที่มีความใกล้ชิดกับผลมากที่สุด ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้มีการบังคับใช้กันมา ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดสำเร็จเมื่ออวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะ เพศของหญิงแม้เพียงหนึ่งองคุลี หรือประมาณ 1 นิ้ว จึงทำให้มีความพยายามในการพิจารณาให้มีการกระทำ ที่เป็นความผิดขั้นพยายามข่มขืนกระทำชำเราต่อมาว่าหากอยู่ในลักษณะที่จะล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะ เพศของหญิงได้แล้ว แต่ยังไม่ล่วงล้ำหรือล่วงล้ำไม่ถนัดนัก ก็เป็นการที่ผู้กระทำลงมือกระทำความ ผิดแล้วแต่ไม่บรรลุผล ผู้กระทำก็รับผิดแต่พยายามข่มขืนกระทำชำเรา คำพิพากษาศาลฎีกาที่

¹⁸⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555 “จำเลยใช้ลิ้นเลียที่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม ใช้อวัยวะเพศของ จำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม โจทก์ร่วมมีอาการเจ็บ มีอาการอักเสบเป็นรอยแดงบริเวณแคมทั้งสองข้าง รอบปากช่องคลอด สืบให้เห็นว่า จำเลยประสงค์จะใช้อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม มิใช่ เพียงการใช้อวัยวะเพศของจำเลยถูไถเฉพาะภายนอกอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมโดยไม่ประสงค์จะสอดใส่ การ กระทำของจำเลยจึงบ่งชี้ถึงเจตนาของจำเลยที่จะข่มขืนกระทำชำเราโจทก์ร่วม หาใช่มีเจตนาเพียงแค่กระทำ อนาจารไม่ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ต้องการขยายความหมายของการกระทำชำเราว่า นอกจากหมายถึงการใช้อวัยวะเพศของ ผู้กระทำกระทำต่ออวัยวะเพศของผู้ถูกกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกกระทำด้วย เท่ากับเป็นการเพิ่มอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่ เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำ นอกจากจะกระทำชำเราโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้สิ่งอื่นใด เช่น การใช้อวัยวะเพศเทียมกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกกระทำด้วย เป็นกรณีที่ขยายความหมายของคำว่ากระทำชำเรา ในแง่เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำและอวัยวะที่ถูก กระทำขึ้นใหม่เท่านั้น ส่วนกรณีอย่างไรจึงจะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จนั้นก็คงยังมีความหมายอยู่ว่า จะเป็นการกระทำ

15832/2555¹⁸¹ ซึ่งก็ใช้เป็นแนวทางการเรียนการสอน และเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาคดีตลอดมา

บทบัญญัติกฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหลังจากที่มีการแก้ไข มีการบัญญัติแตกต่างจากเดิมอย่างมาก รวมทั้งศาลฎีกาได้วางแนวคำพิพากษาไว้ว่า ต้องใช้อวัยวะเพศชาย กระทำกับอวัยวะเพศหญิงโดยล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด แม้เพียงแคงค์เดียวก็ถือว่า เป็นการข่มขืนกระทำชำเราแล้ว โดยไม่ต้องไประบุเพศและสถานภาพใดๆ ทั้งสิ้น ซึ่งมีเหตุผลที่จะขจัดเงื่อนไขในการใช้ความรุนแรงทางเพศระหว่างคนทุกเพศ ไม่ว่าจะเป็นผู้หญิง ผู้ชาย หรือคนรักเพศเดียวกัน และทุกสถานภาพ ไม่ว่าจะเป็นสามี หรือภรรยา ซึ่งเป็นการทดแทนทั้งผู้หญิง ผู้ชาย และคนรักเพศเดียวกัน ไม่ว่าพวกเขาจะมีสถานะอะไรก็ตาม และยังขจัดเงื่อนไขการใช้ความรุนแรงให้หมดไปอีก ทำให้ปัจจุบันมีปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายการตีความกฎหมายให้ความคุ้มครองแก่ทุกคน ทุกเพศ ทุกวัย และทุกการกระทำที่มีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนความสมัครใจในการมีเพศสัมพันธ์ ก็มีข้อน่าคิดว่า การปรับใช้กฎหมายอาจจะเกิดอุปสรรค และปัญหาค่อนข้างมากในอนาคต ทั้งในแง่ของหลักทางวิชาการ เจตนารมณ์ของกฎหมาย และปัญหาในทางปฏิบัติ ทั้งนี้ เนื่องจากกลุ่มบุคคลที่อาจได้รับผลกระทบจากการบัญญัติกฎหมายในลักษณะ "กว้าง" เช่นนี้ มักมีสภาพปัญหาและความละเอียดอ่อนในการบังคับใช้กฎหมายที่แตกต่างกัน ทั้งคนรักเพศเดียวกัน รวมถึงการกระทำที่มีหญิงเป็นผู้กระทำผิดและมีชายเป็นผู้เสียหาย ซึ่งในกลุ่มหลังนี้ ทางปฏิบัติยังมีข้อถกเถียงทางหลักวิชาการในประเด็น เช่น หญิงเป็นฝ่ายข่มขืนชายได้จริงหรือไม่ ทำให้การบัญญัติกฎหมายในลักษณะรวมๆ เช่นนี้ ไม่น่าเป็นผลดีเท่าใดนัก

ก่อนมีการแก้ไขบทบัญญัติในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา 276 และมาตรา 277 ปีพ.ศ. 2550 บทบัญญัติมาตรา 276 และ มาตรา 277 ไม่ได้มีการบัญญัติถึงนิยามการข่มขืนว่าเป็นเช่นไร แต่แนวทางการพิจารณาคดีและคำพิพากษาศาลฎีกาที่ผ่านมาของศาลฎีกา พิจารณาจากการล่วงล้ำเป็นสำคัญ โดยการตีความของศาลนั้น การข่มขืนกระทำชำเราจะต้องมีการล่วงล้ำ ต่อมา

¹⁸¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15832/2555 จำเลยใช้อวัยวะเพศผู้สอดใส่อวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 จนมีน้ำสีขาวพุ่งออกมาจากอวัยวะเพศของจำเลยถูกที่ขาของผู้เสียหายที่ 1 ตามรายงานผลการตรวจชันสูตรบาดแผลไม่พบบาดแผลภายนอก อวัยวะเพศไม่พบรอยฟกช้ำหรือฉีกขาด เชื้อพรหมจารีไม่ฉีกขาด ส่งสารคัดหลั่งในช่องคลอดไปตรวจที่สถาบันนิติเวชวิทยา ไม่พบร่องรอยการร่วมประเวณีหรือสอดใส่อวัยวะเพศเข้าสู่ช่องคลอดของผู้เสียหายที่ 1 ข้อเท็จจริงบ่งชี้ว่า อวัยวะเพศของจำเลยมิได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 จึงฟังได้แต่เพียงว่าจำเลยใช้อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่สัมผัสอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 โดยไม่มีเจตนาสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 ลงมีความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ศาลมีอำนาจลงโทษจำเลยตามที่พิจารณาได้ความได้

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 โดยพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมีผลบังคับใช้ในวันที่ 20 กันยายน 2550 อันเป็นวันถัดจากวันที่ประกาศลงในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 124 ตอนที่ 15 ก. มาตรา 276 วรรคสอง และ มาตรา 277 วรรคสอง ได้เพิ่มเติมนิยามของการข่มขืนกระทำชำเราไว้ โดยใช้คำว่า “กระทำกับ” หลังมีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ที่เพิ่มเติมนิยามมาตรา 276 วรรคสอง และมาตรา 277 วรรคสองแล้ว ศาลยังคงมีแนวทางการพิจารณาคดีและคำพิพากษาโดยตีความว่าการข่มขืนกระทำชำเราจะต้องมีการล่วงล้ำ แม้จะมีการนิยามคำว่า “กระทำกับ” ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง และมาตรา 277 วรรคสอง แล้วก็ตาม ไม่ตรงตามถ้อยคำด้วยทกกฎหมายแต่อย่างใด และไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายอาญาของไทยซึ่งเป็นประเทศที่ยึดระบบกฎหมายเป็นหลัก

อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ที่เพิ่มเติมนิยามความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง และ มาตรา 277 วรรคสอง โดยใช้คำว่า “กระทำกับ” ในบทบัญญัติดังกล่าว เป็นบทบัญญัติที่ไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งจะคุ้มครอง หรือคุณธรรมทางกฎหมาย ที่มุ่งจะคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศ กล่าวคือ เสรีภาพในการเลือกความสัมพันธ์ และผลกระทบที่จะตามมาทั้งทางร่างกายและทางจิตใจต่อผู้เสียหายจากการถูกล่วงล้ำ และไม่มี ความชัดเจนแน่นอนตามหลักการตีความกฎหมายอาญา

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรแก้ไขนิยามบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา 276 วรรคสอง และ มาตรา 277 วรรคสอง โดยใช้คำว่า “ล่วงล้ำ” และควรมีแนวทางการพิจารณาและการตัดสินคดีโดยตีความความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราตามนิยาม บทบัญญัติ มาตรา 276 วรรคสอง และ มาตรา 277 วรรคสอง เพื่อความชัดเจนแน่นอนและสอดคล้องกับระบบกฎหมายทางอาญาของประเทศไทยที่ยึดระบบกฎหมายเป็นหลัก ในส่วนของต่างประเทศแล้วการกระทำความฐานข่มขืนกระทำชำเรา ได้กล่าวถึง การมีเพศสัมพันธ์โดยมีการล่วงล้ำซึ่งใช้คำว่า “Sexual Intercourse” หรือ Sexual Penetration” ย่อมมีความหมายรวมถึงการสอดใส่อยู่ในตัวอยู่แล้ว ซึ่งการตีความตามกฎหมายของประเทศไทยที่ไม่ตรงกับด้วยทกกฎหมาย เป็นการตีความทางอาญาที่ไม่ถูกต้องตามการตีความของระบบกฎหมายไทย