

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตความรับผิดชอบข้ามขึ้นกระทำชำเราตามหลัก กฎหมายประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ

การเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับเพศเนื่องจากสภาพสังคมมีการเปลี่ยนแปลงตลอดยุคสมัยที่มนุษย์ได้ใช้กฎหมายเกี่ยวกับเพศมานั้น ยังคงมีปัญหาในการบังคับใช้หลักการแห่งกฎหมายเกี่ยวกับเพศเพื่อให้สอดคล้องเข้ากันได้กับสถานะแห่งสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงและปรับตัวจากจุดเดิมไปสู่จุดใหม่ๆ จึงทำให้เกิดประเด็นปัญหาและทำการวิเคราะห์โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1 วิเคราะห์ลักษณะของการกระทำและขอบเขตความรับผิดชอบข้ามขึ้นกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา

ปัจจุบันความผิดฐานข้ามขึ้นกระทำชำเราปัจจุบันการข้ามขึ้นกระทำชำเราไม่ว่าจะเป็นกระทำกับหญิงหรือชายต่างก็มีความผิดนอกจากนั้นได้เพิ่มลักษณะของการกระทำชำเราเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยใช้อวัยวะเพศกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือใช้สิ่งอื่นกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น และทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายทั้งทางร่างกายและจิตใจ

4.1.1 วิเคราะห์ขอบเขตของการกระทำชำเรา

ขอบเขตของการกระทำชำเราปรากฏตามกฎหมายตราสามดวง¹ พระราชกำหนดลักษณะข้ามขึ้นล่วงประเวณี ร.ศ. 118² กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127³ และประมวลกฎหมายอาญาก่อนมี

¹ กฎหมายตราสามดวง มาตราหนึ่ง “ชายใดข้ามขึ้นภริยาท่านถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณมผิเมยทวิถุณ ถ้าข้ามขึ้นมิได้ถึงชำเราให้ไหมโดยประณมผิเมย”

² พระราชกำหนดลักษณะข้ามขึ้นล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ความผิดฐานข้ามขึ้นกระทำชำเราหญิง มาตรา 3 ชายใดกระทำชำเราหญิงในเหตุ 4 ประการ ดังที่จะกล่าวต่อไปข้างล่างนี้ ท่านว่าชายผู้นั้นข้ามขึ้นทำชำเราหญิง คือ

ข้อ 1 ขืนใจหญิง

ข้อ 2 หญิงมิยินยอม

ข้อ 3 หญิงยินยอมด้วยชายขู่เข็ญจะทำร้ายแก่ร่างกายและชีวิตหญิง หญิงมีความกลัวจึงยินยอม

การแก้ไขปี พ.ศ. 2550⁴ กฎหมายกำหนดให้ “หญิงเป็นผู้ถูกระทำในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยมุ่งหมายที่จะกุ่มครองอำนาจปกครองของชายผู้เป็นบิดาและสามี ซึ่งเป็นผลมาจากสภาพสังคมและวัฒนธรรมในสมัยนั้นทำให้การบังคับใช้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 กฎหมายลักษณะอาญา และประมวลกฎหมายอาญา ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายดังกล่าวจึงมีลักษณะกุ่มครองเสรีภาพในทางเพศโดยการปกป้องเพศหญิงมากขึ้น

กฎหมายดังกล่าวมีการกำหนดขอบเขตของการกระทำชำเรา ความผิดฐาน “ข่มขืนถึงชำเรา” หมายถึง การที่ชายใช้การบังคับใจด้วยวิธีอย่างใด ๆ แก่หญิง โดยที่หญิงนั้นไม่ยินยอมและหญิงเป็นภริยาของผู้อื่น หญิงซึ่งเป็นทาส หญิงซึ่งเป็นหม้าย หญิงซึ่งเป็นบุตรสาวหรือหลานสาวของผู้อื่น หญิงซึ่งเป็นเด็ก และหญิงที่ชายอื่นได้สวามิภักดิ์จากพ่อแม่หญิงนั้นแล้ว จนได้มีการร่วมประเวณีกัน ส่วน “ข่มขืนไม่ถึงชำเรา” นั้นมีความแตกต่างจาก “ข่มขืนถึงชำเรา” ตรงที่ไม่ได้มีการร่วมประเวณีกัน แม้จะได้มีการบังคับใจกันก็ตาม การ “ทำชำเรา” จึงเป็นการกระทำชำเราที่เป็นธรรมชาติที่มนุษย์สมสู่กันโดยใช้อวัยวะชายกระทำกับอวัยวะเพศหญิงซึ่งเป็นธรรมชาติ

กรณีองค์ประกอบความผิดผู้ถูกระทำต้องเป็นหญิงนั้น ต้องเป็นเพศหญิงตามธรรมชาติที่ถือกำเนิดมาเป็นเพศที่คลอดบุตรได้ ไม่ใช่ชายแปลงเพศเป็นหญิง เพราะในประเทศไทยนั้น แม้ว่า

ข้อ 4 หญิงยินยอมก็ดี ถ้าไม่ยินยอมก็ดี แต่หญิงนั้นยังมีอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา

มาตรา 4 ชายใดข่มขืนกระทำชำเราหญิง ดังเช่นว่าไว้ในมาตรา 3 พิจารณาเป็นสำคัญให้ลงโทษจำคุกไว้ตั้งแต่ 10 ปีลงมา กับให้ทำการหนักด้วยก็ได้ ถ้ามิให้ทำการหนักด้วยก็ได้ แล้วจะปรับเป็นเงินทำขวัญให้แก่หญิงตั้งแต่ 1,000 บาทลงมาด้วยก็ได้

³ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127มาตรา 243 “ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำชำเราขึ้นใจหญิง ซึ่งมีภริยาของตนเอง ท่านว่าผู้นั้นข่มขืนกระทำชำเรา ต้องวางโทษจำคุกตั้งแต่ปีหนึ่งขึ้นไปจนถึงสิบปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง...”

⁴ ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยมีการแก้ไขในมาตรา 276 หลายครั้งโดยมีการแก้ไขในปี พ.ศ. 2514 ต่อมาอีกครั้งในปี พ.ศ. 2525 บทบัญญัติตามมาตรา 276 นี้ ตั้งแต่ พ.ศ. 2499 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบันได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขมาโดยตลอดในส่วนของอัตราโทษ ซึ่งโทษที่ผู้กระทำจะได้รับ ได้ถูกเพิ่มมากขึ้นตามพฤติการณ์ที่กฎหมายบัญญัติ แต่ทั้งนี้กฎหมายก็ยังคงยึดถือมาเสมอว่าความผิดฐานข่มขืนจะต้องเป็นการที่ชายได้กระทำต่อหญิงอื่น ซึ่งมีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของตน”

⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 “ผู้ร้องเป็นชายโดยกำเนิด แต่ได้รับการผ่าตัดเป็นหญิงแล้ว ขออนุญาตเปลี่ยนคำนำหน้าชื่อเป็นนาง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เพศของบุคคลนั้นกฎหมายรับรองแล้วถือเอาตามเพศที่กำเนิดมา คำว่า “หญิง” ตามพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน หมายความว่า คนที่ออกลูกได้ ผู้ร้องถือกำเนิดเป็นชาย ถึงจะมีเสรีภาพในร่างกายผ่าตัดไปเป็นหญิง แต่ผู้ร้องก็คลอดบุตรไม่ได้ ฉะนั้น โดยธรรมชาติและตามที่กฎหมายรับรอง ผู้ร้องก็ยังเป็นเพศชายอยู่ ไม่มีกฎหมายรับรองให้สิทธิผู้ร้องขอเปลี่ยนเพศที่ถือกำเนิดมาได้ ทั้งมิใช่เป็นกรณีที่จะใช้สิทธิตามมาตรา 55 (ถูกโต้แย้งสิทธิ) จึงสั่งยกคำร้อง”

การผ่าตัดแปลงเพศจะถือว่าเป็นสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลอันพึงกระทำได้แต่สถานภาพของบุคคลที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้วนั้น ย่อมไม่มีสถานภาพทางเพศหรือเพศตามกฎหมาย เป็นเพศที่ตนถือกำเนิดมา ไม่อาจมีการเปลี่ยนแปลงได้ เพราะฉะนั้นเมื่อกฎหมายไม่ยอมรับเพศใหม่ บุคคลนั้นยังคงต้องปฏิบัติหน้าที่ในฐานะที่ตนยังคงมีเพศตามกฎหมายตามเพศกำเนิดของตนอยู่ กรณีชายที่ผ่าตัดแปลงเพศถูกข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดที่เกิดขึ้นก็คงเป็นได้เพียงความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น

ทั้งนี้กฎหมายตั้งแต่ก่อนมีการแก้ไข พ.ศ. 2550 ขอบเขตองค์ประกอบของผู้ถูกระทำ โดยนอกจากต้องเป็นหญิงแล้วกรณีหากกำหนดให้หญิงนั้นต้องมีใช่เป็นภริยาของชายซึ่งเป็นผู้กระทำอีกด้วย คำว่า “ภริยา” ในที่นี้ หมายถึง ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีการกระทำชำเราโดยหญิงไม่ยินยอม⁶ หากหญิงที่เป็นภริยายินยอมไม่ผิดเพราะภรรยาและสามีย่อมมีเพศสัมพันธ์เป็นเรื่องปกติ จากแนวความคิดของการบัญญัติความผิดไว้เช่นนี้ปรากฏตั้งแต่ในสมัยของกฎหมายตราสามดวง ซึ่งก็ไม่มีบทกฎหมายว่ามีบทกฎหมายใดเลยที่กล่าวถึงการข่มขืนภริยาเอาไว้อย่างชัดเจน

แนวความคิดเช่นนี้ในสมัยก่อนระบุว่าเมื่อเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายแล้วต่างก็มีหน้าที่ในอันที่จะต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา จำจะต้องมีการหลับนอนมีเพศสัมพันธ์กันโดยปกติ ถ้าชายจึงมีสิทธิที่จะร่วมประเวณีกับภริยาของตนเองได้ หากภริยาขัดขืนสามีก็มีสิทธิที่จะใช้กำลังได้ตามสมควรแก่เหตุ ด้วยเหตุนี้หากสามีใช้กำลังบังคับร่วมประเวณีกับภริยา สามีไม่มีความผิดตามซึ่งตนตามเจตนารมณ์ที่กฎหมายสมัยก่อนบัญญัติไว้อย่างชัดเจน

ขอบเขตของการกระทำชำเราตามกฎหมายอาญาของไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน กฎหมายบัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญ กล่าวคือ ประกอบด้วยการกระทำอันเป็นการบังคับจิตใจโดยขู่เข็ญจะทำร้ายร่างกายและชีวิตหญิงกระทำกับชายหรือชายกระทำกับหญิงรวมไปถึงภรรยาของตนหรือเป็นบุคคลอื่นได้กระทำต่อบุคคลอื่นให้กระทำตามที่ผู้บังคับขืนใจโดยรวมไปถึงการใช้อวัยวะเช่น นิ้วมือหรืออุปกรณ์กระทำกับทวารหนักของผู้ถูกระทำที่เป็นทั้งหญิงทั้งชายให้กระทำตามความต้องการของฝ่ายผู้กระทำ การข่มขืนนี้จะ โดยใช้กำลังหรือไม่ก็ได้ แต่เพียงบังคับก็ถือว่า

⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 234/2466 จำเลยลอบกระทำชำเราหญิงขณะนอนหลับ พอหญิงรู้สึกตื่นขึ้นจึงถือจับจำเลย ตัดสินว่าการลอบทำชำเราขณะนอนหลับแสดงว่าหญิงมิได้มีใจยินยอม และคำว่า “ขืนใจ” ตามมาตรานี้รวมทั้งการที่หญิงไม่สมัครใจด้วยจำเลยจึงมีผิด

⁷ ศ.พญ.นงพงา ลิมสุวรรณ. *เพศสัมพันธ์ในชีวิตคู่: คณะแพทยศาสตร์ ภาควิชาจิตเวชศาสตร์ โรงพยาบาลรามาธิบดี*. สืบค้น 15 กรกฎาคม 2557, จาก <http://www.dmh.go.th/news/view.asp?id=897>.

ข่มขืนได้แล้ว⁸ ที่ต้องกำหนดให้การข่มขืนเป็นองค์ประกอบหนึ่งของความผิดกรณีผู้ได้รับความเสียหายโดยตรงคือ หากผู้กระทำและผู้ถูกกระทำยินยอมถึงว่าไม่ผิดในขอบเขตกระทำชำเราแต่อย่างใด เมื่อสมครใจ ความเสียหายก็ไม่เกิด และไม่ควรถูกเอาผิดโดยกฎหมายกำหนดให้ขอบเขตของการกระทำชำเราวมไปถึงการกระทำกับทวารหนัก⁹ แต่ปัจจุบันถือว่าอยู่ในขอบเขตของการกระทำชำเราแทบทั้งสิ้น

จะเห็นได้ว่าขอบเขตกฎหมายของความผิดฐานกระทำชำเราในปัจจุบันปรากฏตามมาตรา 276 ที่มีการแก้ไข พ.ศ. 2550 และความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายฉบับเก่าและกฎหมายฉบับปัจจุบันมีความแตกต่างอย่างชัดเจนกล่าวคือ ผู้ใดหรือผู้กระทำจะเป็นชายหญิงก็ได้ คำว่าผู้อื่น ก็คือการกระทำชำเราโดยธรรมชาติผู้ถูกกระทำเป็นฝ่ายหญิงแต่ปัจจุบันผู้กระทำ คือมนุษย์ซึ่งไม่ได้จำกัดว่าเป็นใคร สามัญญะก็อาจจะเป็นผู้กระทำได้ด้วย กฎหมายใช้คำว่า ผู้ใด แสดงว่า หญิงก็อาจเป็นตัวละครร่วมกับชายกระทำผิดฐานนี้ได้ ซึ่งได้ให้ความหมายว่าการกระทำชำเราหมายถึง ได้กระทำชำเราผู้อื่นมิได้สมครใจ ฉะนั้นถ้าผู้อื่นยินยอมก็ไม่มีผิด¹⁰ การข่มขืนกระทำชำเรา คือการร่วมเพศโดยฝ่าฝืนต่อความยินยอมของหญิง หากหญิงยินยอมย่อมไม่เป็นความผิด

⁸ กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2 (พิมพ์ครั้งที่ 6) (น.309), โดย เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์, 2557, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1839/2538 “วินิจฉัยว่า ชายนอนทับหญิงแล้วใช้อวัยวะเพศของชายทิ่มตำอวัยวะเพศของหญิงกับใช้นิ้วใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงและชายสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง เช่นนี้ ชายหาได้มีเจตนาฉ้อฉลอวัยวะเพศของชายให้เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง (เด็กอายุ 4 ปีเศษ) ซึ่งมีขนาดเล็กไม่ จึงไม่ได้ว่า ชายพยายามกระทำชำเราหญิง การกระทำจึงเป็นการอนาจารตามมาตรา 279 วรรคแรก” ข้อสังเกตข้อเท็จจริงเช่นนี้ ตามมาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่ ชายย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว โดยเป็นความผิดสำเร็จด้วย เพราะตรงตามความหมายของการกระทำชำเราโดยเป็นการใช้อวัยวะเพศชาย “กระทำกับ” อวัยวะเพศหญิง และเป็นการใช้ “สิ่งอื่นใด” (นิ้วมือ) “กระทำกับ” อวัยวะเพศของหญิง โดยกระทำไปเพื่อสนองความใคร่ของชาย

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

(ก) ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตน “กระทำกับอวัยวะอื่นๆ ของผู้ถูกกระทำนอกจากอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปาก หรือ

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

⁹ ฎีกาที่ 1048/2518 และ 953/2518 การกระทำแก่ทวารหนัก หรือช่องทางอวัยวะอื่นของหญิงไม่ใช่ความผิดตามมาตรา 276 แต่ปัจจุบันถือว่ากระทำผิดขอบเขตกระทำชำเราตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1390/2555

¹⁰ จาก กฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม) (น. 416), โดยคณิต ณ นคร, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

เว้นแต่จะได้ยินยอมกรณีต่อไปนี้ไม่ว่าหญิงยินยอม เช่น หญิงกำลังหลับหมดสติ หรือเป็นคนวิกลจริต หรือคนที่ไม่สามารถช่วยตนเองได้ หรือโดยการทำให้หญิงเข้าใจผิดว่า ตนเองเป็นบุคคลอื่น เช่น ทำหญิงเข้าใจว่าตนเองเป็นสามีหญิงหรือคนรักของหญิง เช่น เพื่อนของคนรักหญิงมาร่วมงานเลี้ยงที่บ้านของหญิง และนอนค้างบ้านของหญิงด้วย ตกคึก เพื่อนของคนรักหญิงเห็นหญิงกำลังหลับจึงเข้าไปข่มขืนกระทำชำเราหญิง โดยทำให้หญิงเข้าใจว่าเป็นคนรักของตนเองการเปลี่ยนคำว่า “ชำเรา” ให้มีความหมายว่า เป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นกล่าวคือ ชำเราตามกฎหมายปัจจุบัน มีความหมายที่กว้างกว่ากฎหมายเดิมซึ่งหมายถึง การกระทำที่ชายกระทำต่อหญิง แต่กฎหมายปัจจุบันให้รวมการกระทำที่หญิงกระทำต่อชาย หรือชายกระทำต่อชายด้วย ทั้งนี้หมายความว่ารวมตลอดถึงเพศที่ 3 อีกด้วย¹¹

จากมาตราดังกล่าวเมื่อพิจารณาแล้วเห็นจะได้ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ได้แก้ไขใหม่ พ.ศ. 2550 มีขอบเขตที่กว้างมากขึ้น โดยมีข้อแตกต่างจากบทบัญญัติเดิมดังนี้

1) ผู้กระทำความผิดอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นชายเท่านั้นเหมือนบทบัญญัติเดิมนั้นจะเป็นชายแท้หญิงแท้หรือเปลี่ยนเพศแปลงกายอย่างไรก็เป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้ทั้งสิ้น

2) ในส่วนของผู้ถูกระทำก็เช่นเดียวกันกับผู้กระทำที่จะเป็นเพศใดก็ได้ทั้งสิ้น

3) สามีหรือภรรยาของผู้กระทำก็อาจตกเป็นผู้เสียหายในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของภรรยาหรือสามีตนเองได้หรือกล่าวอีกอย่างก็คือการข่มขืนกระทำชำเราสามีหรือภรรยาของตนก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและต้องถูกระวางโทษเช่นเดียวกับการข่มขืนบุคคลอื่นเว้นแต่ยังประสงค์จะอยู่กินกันต่อไปศาลอาจลดโทษให้ได้

4) จากการกระทำชำเราแต่เดิมที่มีรูปแบบเดียวคือการที่ชายใช้ของลับของตนผ่านเข้าไปในช่องสรีรวิทยาของหญิงแต่ตามบทบัญญัติใหม่นั้นในส่วนของการกระทำมีประเด็นที่น่าพิจารณา 2 ประเด็นคือ

4.1) รูปแบบของการกระทำได้ขยายความเป็นไปได้ของรูปแบบการกระทำความผิดจากหนึ่งรูปแบบคือการที่ชายใช้อวัยวะเพศของตนสอดใส่ในอวัยวะเพศของหญิงซึ่งเป็นเพียงรูปแบบเดียวตายตัวนั้นได้ถูกขยายออกเป็นสิบเอ็ดรูปแบบ กล่าวคือ

¹¹ อาทิเช่น การข่มขืนแก่เด็กชายเด็กหญิงชายต่อชาย หญิงต่อหญิงหรือผู้ชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงแล้วโดยใช้อวัยวะเพศสอดใส่ทางทวารหนัก การบังคับให้เหยื่อสำเร็จความใคร่ให้ตนด้วยปากการข่มขืนโดยใช้นิ้วมือหรืออวัยวะส่วนอื่นการใช้อวัยวะเพศเทียมหรืออุปกรณ์อื่นใดทุกชนิด.

- (1) ชายใช้วัยวะเพศของตนกระทำกับอวัยวะเพศของหญิง
- (2) ชายใช้วัยวะเพศของตนกระทำกับอวัยวะเพศของชายอื่น
- (3) ชายใช้วัยวะเพศของตนกระทำกับทวารหนักของหญิงหรือของชายอื่น
- (4) ชายใช้วัยวะเพศของตนกระทำกับช่องปากของหญิงหรือของชายอื่น
- (5) หญิงใช้วัยวะเพศของตนกระทำกับอวัยวะเพศของหญิงอื่น
- (6) หญิงใช้วัยวะเพศของตนกระทำกับอวัยวะเพศของชาย
- (7) หญิงใช้วัยวะเพศของตนกระทำกับทวารหนักของหญิงหรือของชายอื่น
- (8) หญิงใช้วัยวะเพศของตนกระทำกับช่องปากของหญิงหรือของชายอื่น
- (9) ชายหรือหญิงใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศของหญิงอื่น
- (10) ชายหรือหญิงใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศของชายอื่น
- (11) ชายหรือหญิงใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับทวารหนักของหญิงหรือของชายอื่น

4.2) วิธีการกระทำจากหัวข้อที่ 4.1 จะเห็นได้รูปแบบที่เป็นไปได้มีถึงสิบเอ็ดรูปแบบ แต่สิ่งที่จะต้องมีการวิเคราะห์ก็คือคำว่า “กระทำกับ” นั้นมีความหมายว่าอย่างไรจะมีความหมายเช่นเดียวกับในอดีตที่หมายถึงการ “สอดใส่” หรือล่วงล้ำ (Penetration) หรือจะหมายความเพียงการ “จค”หรือ “จรด” ก็เพียงพอเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ฉบับปัจจุบันแล้ว

4.1.2 ขอบเขตความรับผิดชอบขั้นกระทำความผิด

จากการที่ศึกษาบทบัญญัติในมาตรา 276 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายอาญา ความว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นบังคับขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

บทบัญญัติในมาตรา 276 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายอาญา ความว่า “การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น หรือการกระทำอันใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”ทั้งนี้สามารถแยกองค์ประกอบของความผิด เช่น มีการกระทำข่มขืน การกระทำชำเรา ผู้อื่น โดยวิธีการใดวิธีการหนึ่ง ดังต่อไปนี้

1) องค์ประกอบภายนอก

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น

คำว่า “กระทำชำเราผู้อื่น” กฎหมายเปลี่ยนแปลงความหมายใหม่ แม้ว่าจะไม่ได้ใช้อวัยวะเพศใช้ของเทียมหรือใช้อวัยวะเพศแต่ได้กระทำแก่ช่องทางอื่น เช่น กระทำกับปากหรือทางทวารหนักก็เป็นการชำเราด้วยเช่นกัน ส่วนคำว่าผู้อื่นนั้น หมายถึงหญิงตามธรรมชาติที่ถือกำเนิดมาเป็นเพศที่ออกลูกได้ และรวมถึงชายแปลงเพศเป็นหญิงด้วย ดังนั้นการกระทำระหว่างหญิงต่อหญิงหรือชายต่อชายจึงเป็นความผิดฐานนี้ได้ เช่น หญิงใช้วัตถุใดใช้อวัยวะเพศหรือทวารหนักของหญิงหรือชายก็เป็นการกระทำชำเราสำเร็จแล้ว¹²

“ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร และสามีหญิงก็อาจเป็นผู้กระทำได้ด้วยกฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” แสดงว่า หญิงก็อาจเป็นตัวการร่วมกับชายกระทำความผิดฐานนี้ได้¹³ “การกระทำ” คือ การข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งหมายความว่าได้กระทำชำเราโดยผู้อื่นมิได้สมัครใจ ฉะนั้นถ้าผู้อื่นยินยอมก็ไม่ผิด

“ผู้ถูกกระทำ” คือ ผู้อื่นซึ่งเป็นหญิงและอาจเป็นภริยาของผู้กระทำก็ได้

“หญิง” เป็นเพศของบุคคลตามธรรมชาติตามสภาพที่ถือกำเนิด ฉะนั้น ชายแปลงเพศเป็นหญิงจึงไม่ใช่หญิงในความหมายของความผิดฐานนี้

(1) โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ

คำว่า “ขู่เข็ญ” หมายความว่า ทำให้กลัวว่าจะได้รับอันตรายในอนาคต ซึ่งอาจเป็นการกระทำต่อหญิงนั่นเองหรือต่อผู้อื่นซึ่งเกี่ยวข้องกับหญิงนั้น เช่น ขู่ว่าจะฆ่าบุตรของหญิงก็ได้และอาจเป็นการขู่ที่จะกระทำต่อทรัพย์สิน เช่น ขู่ว่าจะเอาไปจุดเผาบ้านของหญิง หรือบิดาของหญิงก็ได้¹⁴

(2) โดยใช้กำลังประทุษร้าย

“ใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคลไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้ยาทำให้มึนเมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน¹⁵ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(6)

(3) โดยผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

¹² จาก คำอธิบาย กฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ (พิมพ์ครั้งที่ 11) (น. 197), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2557, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹³ จาก กฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 10) (น. 416-417), โดย คณิต ฅ นคร, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹⁴ จาก กฎหมายอาญา ภาค 2-3 (พิมพ์ครั้งที่ 11) (น. 272), โดย หยุต แสงอุทัย, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹⁵ ดู มาตรา 1 (6).

คำว่า “ภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้” นี้หมายถึงกรณีดังต่อไปนี้ คือ

- (1) ผู้อื่นนั้นปราศจากเจตจำนงโดยสิ้นเชิง เช่น เนื่องจากช็อคหรืออ่อนเพลียจนหมดกำลัง
- (2) ผู้อื่นนั้นไม่สามารถจะแสดงเจตจำนงออกมาได้ เช่น เนื่องจากพูดไม่ได้
- (3) ผู้อื่นนั้นไม่สามารถที่จะยืนยันเจตจำนงได้ด้วย เช่น เนื่องจากถูกผูกมัด และ
- (4) ผู้อื่นนั้นวิกลจริตหรือปัญญาอ่อนด้วยถ้าหญิงนั้นไม่มีความหมายของการร่วมประเวณี
- (4) โดยผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น เช่น ผู้อื่นนั้นเข้าใจว่าเป็นสามีหรือคู่รักจึงยอมให้กระทำชำเรา

การกระทำชำเราสำเร็จบริบูรณ์เมื่อของลับของชายผู้กระทำล่งล้ำเข้าไปในของลับของหญิงทั้งนี้ไม่ว่าจะเล็กน้อยเท่าใด ฉะนั้น การที่ผู้กระทำจะสำเร็จความใคร่หรือไม่จึงไม่เป็นข้อสาระสำคัญ ยกตัวอย่าง เช่น จำเลยได้กระทำชำเราผู้เสียหายจนของลับของจำเลยเข้าไปในของลับของผู้เสียหายราว 1 องคุลีแล้ว กรณีเช่นนี้ถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จตามความหมายของมาตรา 276 แล้ว

2) องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ เจตนาข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 59

จะเห็นได้ว่าองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ ตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง สังเกตว่า กฎหมายบัญญัติว่า “ผู้ใด” และ “ผู้อื่น” ซึ่งผู้กระทำและผู้ถูกกระทำจะเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศกันก็ได้การกระทำระหว่างหญิงต่อหญิงหรือชายต่อชายจึงเป็นความผิดฐานนี้ได้ เช่น หญิงใช้วัตถุใด ๆ อยุ่จะเพศหรือทวารหนักของหญิงหรือชายก็เป็นการกระทำชำเราสำเร็จแล้ว¹⁶ และอาจจะเป็นคู่สมรสกันก็ได้ในส่วนขององค์ประกอบภายใน คือ เจตนา ความรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดทางอาญาอย่างหนึ่ง ซึ่งผู้ทำต้องเจตนาในการกระทำ ซึ่งมาตรา 59

ขอบเขตความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราวมไปถึงการข่มขืนใจ คือได้กระทำชำเราโดยหญิงมิได้สมัครใจ หรือหญิงมิได้ยินยอมโดยสมัครใจ ซึ่งตามความหมายในพจนานุกรม¹⁷ นั้น

¹⁶ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ (น.197). เล่มเดิม..

¹⁷ คำว่าข่มขืนตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิต 2542 หมายถึงการใช้กำลังให้ทำตามใจส่วนคำว่าชำเรานั้นหมายถึงการร่วมประเวณีด้วยเหตุฉนั้นการข่มขืนกระทำชำเรานั้นหมายถึงการใช้กำลังบังคับจิตใจหญิงให้ร่วมประเวณีการร่วมประเวณีหมายถึงการเสกสวาสหรือผสมเพศซึ่งกันและกันระหว่างชายและหญิงในลักษณะร่วมประเวณีตามธรรมชาติโดยที่อวัยวะสืบพันธุ์ของชายล่งล้ำเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง

หมายถึง บังคับ ชื่นใจ ชูเชิญ หรือหมายถึงการใช้กำลังบังคับหญิงให้ทำตามใจตัวเอง โดยหญิงมิได้ยินยอมโดยสมัครใจ หรือเป็นการใช้อำนาจกระทำโดยอีกฝ่ายหนึ่งไม่สมัครใจ คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ เสรีภาพในทางเพศ ดังนั้นถ้ามีการฝ่าฝืนหรือยังบังคับหญิงด้วยเจตนาเพื่อกระทำชำเราแล้ว ย่อมเข้าองค์ประกอบส่วนหนึ่งของความผิดฐานนี้แล้ว

ปัญหาในเรื่องการตีความตามกฎหมายการตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมายในส่วนการตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย คือ การค้นหาความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย ทั้งนี้การตีความตามวิธีนี้ “คุณธรรมทางกฎหมาย” จะเป็นเครื่องช่วยในการตีความได้เป็นอย่างดี¹⁸ เช่นการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยขอบเขตกระทำชำเรากฎหมายในปัจจุบันบัญญัติให้ผู้กระทำจะเป็นชายหรือหญิงก็ได้หากได้กระทำโดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือ โดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นซึ่งความผิดฐานชำเราแม้จะมีการกระทำที่มีความผิดฐานอื่นรวมอยู่ด้วยในตัวมันเอง เช่น ความผิดต่อเสรีภาพประมวลกฎหมายอาญา เพราะมีการบังคับให้หญิงจำยอมให้ชายกระทำชำเรา นอกจากนี้ยังมักจะมีการทำร้ายร่างกายของหญิง หรือมีการกระทำอันมีลักษณะเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายต่อหญิง ทำให้หญิงได้รับความปวดร้าวใจยิ่งกว่าการบาดเจ็บทางกาย จึงเห็นว่าความผิดฐานชำเราปัจจุบันให้การจำกัดความที่มากเกินไปโดยกฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำเป็นชายหรือหญิงกฎหมายกำหนดเป็นความผิดหมดไม่เพียงจำกัดเฉพาะกรณีที่ชายทำต่อหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนเองเท่านั้น หญิงอาจบังคับให้ชายกระทำชำเราตนเองอันเป็นการฝ่าฝืนต่อความยินยอมของชาย หรืออาจเป็นการที่หญิงกระทำต่อหญิงหรือชายทำต่อชายก็ได้ ปัญหา มาตรา 276 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ต้องการขยายความหมายของการกระทำชำเราว่า นอกจากหมายถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำด้วย เท่ากับเป็นการเพิ่มอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่ เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำนอกจากจะกระทำชำเราโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้สิ่งอื่นใด เช่นการใช้อวัยวะเพศเทียมกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำด้วย เป็นกรณีที่ขยายความหมายของคำว่ากระทำชำเราที่มีการ

¹⁸ จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 76-78), โดย คณิต ณ นคร, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ล้วงล้ำเข้าไป¹⁹ ในแง่เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำและอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่เท่านั้น ส่วนกรณี
อย่างไรจึงจะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จนั้นก็คงยังคงมีความหมายอยู่ว่า จะเป็นการกระทำชำเรา
สำเร็จได้ต้องถึงขั้นอวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้ำจะมีความหมายเช่นเดียวกับในอดีตที่หมายถึงการ
“สอดใส่” หรือล้วงล้ำ (Penetration) หรือจะหมายความเพียงการ “จค” หรือ “จรค” เข้าไปในอวัยวะ
เพศของผู้ถูกกระทำ หรือล้วงล้ำเข้าไปในทวารหนักของผู้ถูกกระทำ หรือล้วงล้ำเข้าไปในช่องปาก
ของผู้ถูกกระทำก็เพียงพอเป็นความผิด หากมีการใช้สิ่งของอย่างอื่น เช่น อวัยวะเพศเทียม สิ่งของ
อย่างนั้นก็ต้องมีการล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกกระทำเช่นกัน เช่น ชายที่
ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง ก็อาจถูกชายอื่นข่มขืนกระทำชำเราได้ผู้เขียนไม่เห็นด้วยเพราะไม่เป็นไป
ตามธรรมชาติให้ชายเท่านั้นที่มีกำลังกระทำการข่มขืนหญิง แต่กฎหมายมาตร 276 วรรคสอง ซึ่ง
แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตร 3 แห่ง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 กลับบัญญัติว่าการ
ข่มขืนกระทำชำเราไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำกับอวัยวะเพศของหญิงเสมอไป อาจเป็นการ
กระทำกับทวารหนัก²⁰ หรืออาจเป็นการบังคับใช้ปากสำเร็จความใคร่ให้ผู้กระทำผิดก็ได้ซึ่งหากการ
สนองความใคร่เป็นองค์ประกอบหลักสำคัญ ส่วนการสอดใส่เป็นพฤติการณ์ บางกรณีไม่สอดใส่
ก็สมเจตนาจำเลยแล้ว กรณีการที่มีการกระทำกับบริเวณอวัยวะเพศรวมไปถึงโดยการใช้อวัยวะเพศ
ของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับ
อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น อันกฎหมายคุ้มครองมิให้ผู้ใดมากระทำ แม้ไม่ล้วงล้ำก็เป็นการ
กระทำชำเราได้ เพราะการชำเราเป็นเจตนาของจำเลยฝ่ายเดียว เพื่อให้บรรลุผล ดังนั้น การใช้อวัยวะ

¹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1390/2555 การกระทำชำเราตาม ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคแรก
หมายถึง การร่วมประเวณีจึงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศของผู้กระทำเข้าไปในอวัยวะเพศของอีกฝ่าย แม้ ประมวล
กฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขใหม่โดย พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19
ซึ่งบัญญัติว่า "การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการ
ใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับ
อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น" ก็เป็นเพียงการขยายขอบเขตของการกระทำชำเราในส่วนอวัยวะที่ถูกกระทำ
ในมาตรา 277 วรรคแรก ไม่จำเป็นต้องเป็นที่อวัยวะเพศ จะเป็นทวารหนักหรือที่ช่องปากก็ได้ และสิ่งที่ใช้ใน
การกระทำไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศเท่านั้น จะเป็นสิ่งอื่นก็ได้ ดังนั้น การกระทำชำเราไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำกับ
อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นจึงยังคงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดให้ล้วงล้ำเข้าไป
ในอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากด้วย เพราะไม่เช่นนั้นแล้วเพียงการสัมผัสภายนอกกับอวัยวะเพศ ทวาร
หนัก หรือช่องปากของผู้อื่นไม่ว่าด้วยอวัยวะส่วนใดหรือด้วยวัตถุสิ่งใดก็จะเป็นการกระทำชำเราไปเสียทั้งหมด

²⁰ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสองการกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การ
กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดย การใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ
ช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

เพศผู้ใด หรือเสียดสี กับอวัยวะเพศผู้เสียหาย จึงไม่จำเป็นต้องสอดใส่ เพราะเพียงแค่กระทำกับหรือต่ออวัยวะเพศก็ถือว่าเป็นการกระทำความผิดแล้ว เช่นกัน

จากการพิจารณาขอบเขตการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายของสหราชอาณาจักรจะเห็นว่า ชายอาจมีความผิดฐานข่มขืนภริยาของตนเองหากภริยาไม่ยอมรับร่วมเพศ หากชายผู้เป็นสามีใช้กำลังบังคับข่มขืนภริยาของตน ชายมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน ความคิดที่ว่าภริยาได้ให้ความยินยอมในการยินยอมให้ร่วมเพศด้วยตลอดกาลหลังจากการสมรสไม่เป็นจริงอีกต่อไปแล้ว นอกจากนี้ภริยาไม่ได้ถือเป็นบุคคลคนเดียวกับสามีเพราะภริยาถือเป็นผู้มีตัวแยกต่างหากจากผู้เป็นสามีซึ่งหมายความว่า การกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องเป็นการกระทำโดยชายใช้อวัยวะเพศชายกระทำเข้าไปละเมิดยังผู้ถูกระทำจะเป็นชายหรือหญิงโดยอวัยวะเพศหรือช่องปาก ทวารหนักก็ได้กล่าวคือประเทศอังกฤษได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1²¹ The Sexual Offences Act 2003 และได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความยินยอมไว้ในมาตรา 75 และมาตรา 76 ด้วย คือ

มาตรา 1 การข่มขืนกระทำชำเรา²²

(1) บุคคล (A) กระทำความผิดเมื่อ (a) บุคคลนั้นกระทำชำเราโดยการล่วงล้ำต่ออวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือปากของอีกบุคคลหนึ่ง (B) (ด้วยอวัยวะเพศชาย)ของเขา โดยเจตนา

(b) B ไม่ได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำชำเรานั้น และ

(c) A ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า B ให้ความยินยอม

²¹ ความผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเราตาม SOA-2003 มีความหมายถึงผู้ใดข่มขืนผู้อื่นโดยการใช้อวัยวะเพศ, ล่วงล้ำหรือสอดใส่ (penetration) เข้าไปใน Vagina, anus, oral (mouth) ของผู้อื่นหรือบังคับให้ผู้อื่นกระทำต่อตนโดยผู้อื่นไม่ยินยอมส่วนความผิดข้อหาประทุษร้ายทางเพศ (Sexual Assault) เป็นการใช้วัสดุอื่นใดล่วงล้ำหรือสอดใส่ (penetration) เข้าไปใน Vagina, anus, oral (mouth) หรืออวัยวะอื่นใดโดยบุคคลอื่นนั้นไม่ยินยอม ก็จะเป็นความผิดทั้งสิ้นเป็นต้น

²² The Sexual Offences Act 2003, Section 1

(1) A person (A) commits an offence if

(a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis,

(b) B does not consent to the penetration, and

(c) A does not reasonably believe that B consents.

(2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.

(3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.

(4) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

(2) มีเหตุอันควรเชื่อได้หรือไม่จะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดรวมทั้งข้อเท็จจริงในแต่ละขั้นที่ทำให้ A เข้าใจได้ว่า B ยินยอมหรือไม่

(3) มาตรา 75 และ มาตรา 76 ใช้บังคับกับความผิดตามมาตรานี้ด้วย

(4) บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิต เมื่อได้มีการพิจารณาพิพากษาว่ามีความผิดเป็นต้น

ในขณะที่กฎหมายว่าด้วยขอบเขตความรับผิดชอบขั้นกระทำความผิดของประเทศญี่ปุ่นปรากฏตามบทบัญญัติในมาตรา 177²³ ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำความชำเราไว้ว่า ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของตนได้กระทำการโดยใช้กำลังหรือข่มขู่หญิงอายุไม่ต่ำกว่าสิบสามปี มีความผิดฐานข่มขืนกระทำความชำเราและจะต้องระวางโทษให้ทำงานหนักไม่ต่ำกว่าสองปี และบทบัญญัติเช่นเดียวกันให้ใช้กับผู้ซึ่งกระทำการดังกล่าวกับเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามปีด้วยทั้งนี้ตามบทบัญญัติมาตรา 177 การกระทำความชำเราจะเป็นความผิดสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อผู้กระทำความผิดได้รู้ในขณะกระทำการข่มขืนกระทำความชำเราว่าเด็กหญิงนั้นมีอายุต่ำกว่าสิบสามปี ซึ่งการยินยอมของผู้เสียหายไม่ทำให้ชายนั้นไม่เป็นผู้กระทำความผิดไปได้กฎหมายกำหนดซึ่งผู้กระทำจะเป็นชายที่มีเจตนาใช้วิธีข่มขู่หรือที่เรียกว่าสอดใส่ “Sexual Intercourse” หรือ Sexual Penetration” ซึ่งก็ย่อมมีความหมายรวมถึงการสอดใส่อยู่ในตัวอยู่แล้วเป็นความผิดกระทำความชำเราบุคคลนั้นจะต้องรับโทษ²⁴ และผู้ที่ได้พยายามกระทำความผิดฐานดังกล่าว กฎหมายได้บัญญัติให้เป็นความผิดด้วย²⁵

4.1.3 จุดแบ่งแยกความผิดในความผิดฐานข่มขืนกระทำความชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจาร

ความผิดฐานข่มขืนกระทำความชำเราความผิดฐานพยายามตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ต้องการขยายความหมายของการกระทำความชำเราว่า นอกจากหมายถึงการใช้วิธีข่มขู่หรือข่มขืนของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำความชำเราแล้ว ยังรวมถึงการใช้วิธีข่มขู่หรือข่มขืนของผู้กระทำกระทำกับทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำความชำเรา เท่ากับเป็นการเพิ่มอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่ เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำนอกจากจะกระทำความชำเราโดยใช้วิธีข่มขู่หรือข่มขืนของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือ

²³ Penal Code (Act No.45 of 1907) Article 177 (Rape). A person who, through assault or intimidation, forcibly commits sexual intercourse with a female of not less than thirteen years of age commits the crime of rape and shall be punished by imprisonment with work for a definite term of not less than 3 years. The same shall apply to a person who commits sexual intercourse with a female under thirteen years of age.

²⁴ มาตรา 178 ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น

²⁵ มาตรา 179 ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น

ช่องปากของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้สิ่งอื่นใด เช่น การใช้วัยวะเพศเทียมกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำด้วย เป็นกรณีที่ขยายความหมายของคำว่ากระทำชำเราในแง่เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำและอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่เท่านั้น ส่วนกรณีอย่างไรจึงจะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จนั้นก็คงยังคงมีความหมายอยู่ว่า จะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จได้ต้องถึงขั้นอวัยวะเพศของผู้กระทำล่งล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำ หรือล่งล้ำเข้าไปในทวารหนักของผู้ถูกระทำ หรือล่งล้ำเข้าไปในช่องปากของผู้ถูกระทำ หากมีการใช้สิ่งของอย่างอื่น เช่น อวัยวะเพศเทียม สิ่งของอย่างนั้นก็ต้องมีการล่งล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำเช่นกัน จำเลยมีเจตนากระทำชำเราโจทก์ร่วม ส่วนการใช้ลื่นเลียอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมก็ไม่ปรากฏว่าลื่นได้ล่งล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของโจทก์ร่วม การกระทำของจำเลยถือได้ว่าจำเลยลงมือกระทำชำเราแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผล จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามกระทำชำเราโจทก์ร่วม²⁶

อย่างไรก็ตาม ตามกฎหมายปัจจุบันที่มีการแก้ไข พ.ศ. 2550 นี้ การกระทำชำเราไม่จำเป็นต้องมีการนำอวัยวะเพศ “ล่งล้ำ” เข้าไป เพราะเพียงแค่ “กระทำกับ” ก็ได้ ดังนั้น การ “ถูไถ” ตาม

²⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555 จำเลยใช้ลื่นเลียที่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม ใช้อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม โจทก์ร่วมมีอาการเจ็บ มีอาการอักเสบเป็นรอยแดงบริเวณแคมทั้งสองข้างรอบปากช่องคลอด สื่อให้เห็นว่า จำเลยประสงค์จะใช้อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม มิใช่เพียงการใช้อวัยวะเพศของจำเลยถูไถเฉพาะภายนอกอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมโดยไม่ประสงค์จะสอดใส่ การกระทำของจำเลยจึงบ่งชี้ถึงเจตนาของจำเลยที่จะข่มขืนกระทำชำเราโจทก์ร่วม หากมีเจตนาเพียงแต่กระทำอนาจารไม่ ป.อ. มาตรา 276 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ต้องการขยายความหมายของการกระทำชำเราว่า นอกจากหมายถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำต่ออวัยวะเพศของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำด้วย เท่ากับเป็นการเพิ่มอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่ เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำ นอกจากจะกระทำชำเราโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้สิ่งอื่นใด เช่น การใช้วัยวะเพศเทียมกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำด้วย เป็นกรณีที่ขยายความหมายของคำว่ากระทำชำเรา ในแง่เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำและอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่เท่านั้น ส่วนกรณีอย่างไรจึงจะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จนั้นก็คงยังคงมีความหมายอยู่ว่า จะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จได้ต้องถึงขั้นอวัยวะเพศของผู้กระทำล่งล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำ หรือล่งล้ำเข้าไปในทวารหนักของผู้ถูกระทำ หรือล่งล้ำเข้าไปในช่องปากของผู้ถูกระทำ หากมีการใช้สิ่งของอย่างอื่น เช่น อวัยวะเพศเทียม สิ่งของอย่างนั้นก็ต้องมีการล่งล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำเช่นกัน จำเลยมีเจตนากระทำชำเราโจทก์ร่วม จำเลยใช้อวัยวะเพศของจำเลยถูไถอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมแต่อวัยวะเพศของจำเลยไม่อาจล่งล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมได้ เพราะอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมมีขนาดเล็ก ส่วนการใช้ลื่นเลียอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมก็ไม่ปรากฏว่าลื่นได้ล่งล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของโจทก์ร่วม การกระทำของจำเลยถือได้ว่าจำเลยลงมือกระทำชำเราแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผล จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามกระทำชำเราโจทก์ร่วม

ข้อเท็จจริงในฎีกาที่ 874/2491 ข้างต้น จึงถือได้ว่าเป็นการ “กระทำกับ” อวัยวะเพศของอีกฝ่ายหนึ่ง อันเป็นการ “กระทำชำเรา” สำเร็จเป็นความผิดแล้ว ข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงไม่น่าจะใช่การ “พยายามกระทำชำเรา” อีกต่อไปแล้ว²⁷ แต่เป็นความผิดสำเร็จเลยที่เดียวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6345/2537²⁸ แต่ในกรณีที่เห็นเจตนาโดยชัดแจ้งและมีการกระทำส่วนใดส่วนหนึ่งของความผิดฐานนั้นแล้ว คือ มีการใช้กำลังบังคับหญิงเพื่อชำเราแล้วก็ต้องถือว่ามีการ “ลงมือ” กระทำความผิดอันเป็นการกระทำชำเรา ที่ต้องมีการสอดใส่ (penetration)²⁹ โดยอวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ สมควรลงโทษได้แล้ว และศาลคำพิพากษาศาลฎีกาไทยถือว่าเป็นกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา”ได้ ต้องถึงขนาดอวัยวะสืบพันธุ์ของจำเลยล่วงล้ำเข้าไปช่องคลอดอวัยวะเพศของผู้เสียหาย(คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1390/2555)³⁰ แต่เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องนี้ ซึ่งมีขึ้นเพื่อลงโทษผู้ที่เริ่มต้นกระทำความผิดและได้แสดงอาการแห่งอันตรายให้ปรากฏขึ้นแล้ว ไม่ว่าการกระทำนั้นจะสำเร็จสมเจตนาแห่งตนหรือไม่ก็ตาม และเมื่อวัตถุประสงค์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีไว้เพื่อปกป้องคุ้มครองความเสียหายในเนื้อตัวร่างกาย ชื่อเสียง เกียรติยศของหญิง ตลอดจนความเสียหายแก่สภาพจิตของหญิง (the women’s feeling) อันเนื่องมาจากการถูกบังคับเพื่อกระทำชำเรา

²⁷ กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2 (น. 308-309). เล่มเดิม.

²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6345/2537 วินิจฉัยว่าอวัยวะเพศของจำเลยเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายประมาณ 1 นิ้วถือว่ากระทำชำเราสำเร็จแล้วมิใช่เพียงขึ้นพยายามกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารเท่านั้น

²⁹ ประมวลกฎหมายฉบับอ้างอิง (น. 426). เล่มเดิม.

³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1390/2555 การกระทำชำเราตาม ป.อ. มาตรา 277 วรรคแรก หมายถึง การร่วมประเวณีจึงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศของผู้กระทำเข้าไปในอวัยวะเพศของอีกฝ่าย แม้ ป.อ. มาตรา 277 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขใหม่โดย พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ซึ่งบัญญัติว่า "การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น" ก็เป็นเพียงการขยายขอบเขตของการกระทำชำเราในส่วนอวัยวะที่ถูกกระทำในมาตรา 277 วรรคแรก ไม่จำเป็นต้องเป็นที่อวัยวะเพศ จะเป็นทวารหนักหรือที่ช่องปากก็ได้ และสิ่งที่ใช้ในการกระทำไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศเท่านั้น จะเป็นสิ่งอื่นก็ได้ ดังนั้น การกระทำชำเราไม่ว่าเป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นจึงยังคงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดให้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากด้วย เพราะไม่เช่นนั้นแล้วเพียงการสัมผัสภายนอกกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นไม่ว่าด้วยอวัยวะส่วนใดหรือด้วยวัตถุสิ่งใดก็จะเป็นการกระทำชำเราไปเสียทั้งหมดจำเลยเพียงใช้อวัยวะเพศของจำเลยเสียดสีถูไถกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 แม้โดยมีเจตนาเพื่อสนองความใคร่ของจำเลย แต่เมื่อมิได้มีการสอดใส่เพื่อที่จะให้อวัยวะเพศของจำเลยล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 จึงยังเรียกไม่ได้ว่าเป็นการกระทำชำเรา การกระทำของจำเลยคงเป็นเพียงกระทำอนาจารตาม ป.อ. มาตรา 279 วรรคแรก

การลงโทษผู้พยายามกระทำความผิดนี้ จึงมีขึ้นเพื่อป้องกันมิให้หญิงนั้นถูกระทำให้เกิดสภาพแห่งความกลัวว่าจะถูกระทำชำเรา (ซึ่งหญิงเท่านั้นที่จะมีความรู้สึกถึงสภาพนี้ได้)

จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 เดิม หากอวัยวะเพศของชายเพียงแต่ “ถูไถ” อยู่ที่ปากช่องคลอดของหญิงด้านนอก ยังไม่ทันได้ “ล้วงล้ำ” เข้าไป ก็เป็นเพียง “พยายาม” กระทำชำเรา (ฎีกาที่ 874/2491)³¹ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้กระทำได้ใช้อวัยวะเพศของตนกระทำในลักษณะใกล้ชิดพร้อมที่จะใช้อวัยวะเพศสอดใส่ในอวัยวะเพศหญิงผู้เสียหายหรือใช้

ทั้งนี้จุดแบ่งแยกเรื่องความผิดฐานกระทำอนาจาร³² หากการกระทำความผิดดังกล่าวยังไม่ถึงขั้นสุดท้ายไม่ว่าผู้เสียหายจะกระทำเข้าไปใกล้ชิดต่อผลเพียงไร ทั้งคิงกางเกง ทั้งจับหน้าอก ทั้งกดให้นอนลงทั้งขืนคร่อม ครอบคืบที่ยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะชำเราได้ซึ่งหมายความว่า 1) ต้องไม่มีเสื้อผ้าหรือสิ่งอื่นใดมาปิดหรือกั้น “ทั้ง” ของลับชายและของลับหญิงเพราะถ้ายังมีสิ่งมากั้นขวางอยู่การชำเรายังทำไม่ได้ 2) หญิงต้องถูกกดให้ไม่คืนเพราะถ้าหญิงคืนอยู่ก็ย่อมไม่สามารถจะนำของลับชายผ่านเข้าไปได้ใช้มือกดผู้เสียหายนอนลงที่พื้นเรือนแล้วขืนคร่อมเอาหัวเข้ากดดันขาไว้ขณะนั้นผู้เสียหายนอนหงายนุ่งกระโจมอกอยู่จำเลยก็ลงก้นที่แก้มและถลกผ้าขึ้นขึ้นจากด้านล่างผู้เสียหายคืนอย่างแรงจนหลุดแล้ววิ่งร้องไห้ลงเรือนไปดังนี้ลักษณะการกระทำของจำเลยดังกล่าวยังไม่อยู่ในวิสัยที่จำเลยจะกระทำชำเราผู้เสียหายได้การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราคงเป็นความผิดเพียงฐานกระทำอนาจาร³³ หากเป็นกรณีไม่สามารถพร้อมที่จะกระทำได้อีกว่าเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารผู้เสียหายเท่านั้น³⁴

³¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 874/2491 ของลับของชายถูไถที่ปากช่องคลอดด้านนอก ยังไม่เข้าไปภายในช่องคลอด เป็นพยายามข่มขืนกระทำชำเรา

³² นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 464/2463 (เพียงกอดจับนม), 939/2487 (ใช้กำลังเข้ากอดปล้ำ) หรือ 193/2474 (ใช้มือคิงกางเกงและนั่งคร่อมหน้าอก) ที่ศาลพิพากษาว่าจำเลยไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นเพียงกระทำอนาจาร

³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2049/2550 การกระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ เพียงแต่กอดจูบลูบคลำ และต้องเนื้อตัวร่างกายในทางไม่สมควรก็เป็นการอนาจารแล้ว ส่วนการกระทำชำเรานั้นเป็นการกระทำถึงขั้นใช้อวัยวะเพศของชายใส่ล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง การกระทำชำเราจึงรวมถึงการกระทำอนาจารอยู่ในตัว เมื่อจำเลยพราวดีกะหญิง อ. ไปเพื่อกระทำชำเราเด็กหญิง อ. การกระทำของจำเลยจึงเป็นการพราวดีกะเพื่ออนาจาร อันเป็นความผิดตาม ป.อ. มาตรา 317 วรรคสาม และเป็นความผิดคนละกรรมกับความผิดฐานกระทำชำเรา

³⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6816/2554 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคแรก (เดิม) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้ในขณะจำเลยกระทำความผิด และต้องใช้บังคับแก่คดี เนื่องจากกฎหมายที่แก้ไขในภายหลังไม่เป็นคุณแก่จำเลยนั้น มิได้ให้คำนิยามของการกระทำชำเรา

อนึ่ง การแก้ไขเพิ่มเติมข้อความในวรรคสองของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ที่มีสาระสำคัญกล่าวถึงลักษณะการกระทำชำเราที่สำเร็จกรณีใดบ้างที่ให้อธิบายเป็นการกระทำชำเรา ส่วนการตีความว่าการกระทำใดถือเป็นการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายหรือไม่ นั่นคือการกระทำชำเราตามวรรคหนึ่งหมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น โดยล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ³⁵

ดังนั้น ที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ ก็เพื่อจะแสดงให้เห็นถึงความก้าวหน้า หรือวิวัฒนาการของกฎหมายที่แสดงถึงความเท่าเทียมกัน ระหว่างชายและหญิง ที่ผ่านมาศาลพยายามให้เห็นหลักของความใกล้ชิดกับผล โดยพิจารณาขั้นตอนการกระทำความผิดที่เริ่มต้นจากการลงมือกระทำความผิดจนกระทั่งไปถึงความผิดสำเร็จ ซึ่งมักจะพิจารณาจากกรณีที่มีความใกล้ชิดกับผลมากที่สุด ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้มีการเรียนการสอนกันมาว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดสำเร็จเมื่ออวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงแม้เพียงหนึ่งองคุลี หรือประมาณ 1 นิ้ว จึงทำให้มีความพยายามในการพิจารณาให้มีการกระทำที่เป็นความผิดขั้นพยายามข่มขืนกระทำชำเรา³⁶ ต่อมาว่าหากอยู่ในลักษณะที่จะล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงได้แล้ว แต่ยังไม่ว่านล้ำหรือไม่ว่านล้ำไม่ถนัดนัก ก็เป็นการที่ผู้กระทำลงมือกระทำความผิดแล้วแต่ไม่บรรลุผล ผู้กระทำก็รับผิดแค่พยายาม

ไว้แต่ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง ที่แก้ไขในภายหลัง ให้คำนิยามของการกระทำชำเราไว้ว่า หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปากของผู้อื่น หรือ การใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ซึ่งเป็นเพียงการขยายความแต่ก็ยังคงเทียบเคียงการกระทำชำเราหญิงตามกฎหมายเดิมได้ ความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราหญิงนั้น ผู้กระทำจะต้องใช้อวัยวะเพศของตนกระทำในลักษณะใกล้ชิดพร้อมที่จะใช้อวัยวะเพศสอดใส่กับอวัยวะเพศของหญิงผู้ถูกระทำ การกระทำของจำเลยที่ใช้แรงกายบังคับขูดถูขากลากตัวผู้เสียหายเข้าไปในห้องน้ำ ล้อคอประตูดังนั้น ถอดกางเกงขึ้นนอกและกางเกงในของผู้เสียหายออก แล้วจับนมและอวัยวะเพศของผู้เสียหาย ซึ่งถือเป็นการกระทำการล่วงลามผู้เสียหายแล้ว แต่จำเลยยังไม่ได้ถอดกางเกงที่ตนเองสวมใส่ออก การกระทำของจำเลยจึงยังไม่ถึงขั้นที่พยายามใช้อวัยวะเพศของตนเองสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย จึงถือว่าลักษณะการกระทำความผิดของจำเลยยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำการข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายได้ การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดเพียงฐานกระทำอนาจารผู้เสียหายเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายศสาหัสเท่านั้น

³⁵ การกระทำชำเราสำเร็จต้องมีการสอดใส่ (Penetration) อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง (น. 426). เล่มเดิม.

³⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6345/2537 วินิจฉัยว่า อวัยวะเพศของจำเลยเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายประมาณ 1 นิ้ว ถือว่ากระทำชำเราสำเร็จแล้ว มิใช่เพียงขั้นพยายามกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารเท่านั้น

ข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งก็ใช้เป็นแนวทางการเรียนการสอน และเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาคดีตลอดมา

4.2 วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา

การแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมให้การข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นเป็นความผิด เนื่องจากมาตรา 276 เป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ และเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญในการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง โดยการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลและเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ กฎหมายฉบับนี้ได้ผ่านการพิจารณาจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ. 2550 โดยมีสาระสำคัญที่แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา ดังนี้

มาตรา 276 “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกันต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส และคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

จะเห็นได้ว่าหากพิจารณาคำว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเรา” หมายความว่า “ผู้ลงมือกระทำ” เป็นชายหญิงก็ได้เช่นเป็นการกระทำของชายต่อชาย หรือหญิงต่อหญิงก็เป็นความผิดตามมาตรานี้ทั้งนี้หากพิจารณาพฤติการณ์ คำว่า กระทำชำเรา เปลี่ยนไปเป็นการกระทำชำเราตามวรรค

หนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศทวารหนัก หรือ ช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใด กระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น พิจารณาด้วย มิใช่ เฉพาะอวัยวะเพศ เท่านั้น สิ่งอื่น เช่น แดงกวาง กลัวยมะเขือยาว ก็เป็นกระทำชำเรา และก็มีมิใช่ เฉพาะกระทำต่ออวัยวะเพศของผู้ถูกกระทำผิด เท่านั้น ทวารหนักหรือ ปาก ก็เข้าข่ายกระทำชำเราแล้วมิใช่ อนาจาร กล่าวคือ³⁷

การพิจารณาตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง คำว่า ข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ดีความได้ว่า ข่มขืนกระทำชำเราใครก็ได้ ก็มีความผิดหมด ไม่ว่าจะเป็นชายกับชาย หญิงกับหญิง หรือแม้แต่สามี หรือภรรยา หากข่มขืนก็มีความผิดหมด ไม่มีข้อยกเว้น แต่ถ้ามิใช่ผู้อื่น เช่น เป็นสิ่งมีชีวิตจำพวกสัตว์ทั่วไปที่มีไข่นก เช่น สัตว์เลี้ยง สุนัขหรือหมู ก็ไม่มีความผิดข่มขืนกระทำชำเรา หรือ สิ่งไม่มีชีวิต เช่น ศพ หรือ สิ่งของเครื่องใช้ หรืออุปกรณ์เกี่ยวกับเพศ ก็ไม่มีความผิดข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้น ต้องกระทำต่อมนุษย์หรือคนเท่านั้นที่เป็นก็ความผิดข่มขืนกระทำชำเรา

ปัญหาต่อไปมีว่า แค่นั้นเพียงไร จึงจะถือว่าเป็นการลงมือกระทำชำเราแล้ว เพียงแต่ แก้วฟ้า หอมแก้ม ลูกคล้า หรือจับอวัยวะเพศ จะถือว่าเป็นการลงมือกระทำชำเรา อันเป็นความผิดฐาน พยายามข่มขืนแล้วหรือไม่ หรือต้องกระทำถึงขั้นไหนที่จะถือว่าเป็นการกระทำชำเราแล้วปัญหานี้ เคยมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาวางแนวบรรทัดฐานมากพอสมควร โดยศาลฎีกาตีความว่า จำเลย เพียงแต่ใช้อวัยวะเพศของจำเลยถูโสสัมผัสอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ด้านนอกจนสำเร็จความใคร่ โดยไม่มีเจตนาสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย จำเลยไม่ผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา แต่ผิดฐานกระทำอนาจาร (ฎีกาที่ 117/2534)³⁸ หรืออวัยวะเพศของจำเลย เพียงแต่จรดอยู่ บริเวณปากช่องคลอดของผู้เสียหาย มิได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด จำเลยผิดฐานพยายามข่มขืนเท่านั้น (ฎีกาที่ 85/2504)³⁹ หรือ ถ้าจำเลยสอดจูบและพยายามเอาอวัยวะเพศของจำเลยใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย แต่ไม่ทันเข้า มีคนมาเคาะประตูเสียก่อน แสดงว่าอวัยวะเพศของจำเลยสัมผัส

³⁷ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด และโทษ (น. 195-199). เล่มเดิม.

³⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 117/2534 ตามพฤติการณ์ของจำเลยน่าจะเชื่อว่าจำเลยเพียงแต่ใช้อวัยวะเพศของจำเลยถูโสสัมผัสอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ด้านนอกจนสำเร็จความใคร่ โดยไม่มีเจตนาสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายจำเลยจึงไม่มีความผิดฐานพยายามกระทำชำเราผู้เสียหายการกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีตามป.อ.มาตรา 279 วรรคแรกและเป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดานมิโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285 แม้โจทก์ขอให้ลงโทษจำเลยตาม ป.อ. มาตรา 277 และ 285 โดยไม่ได้ขอให้ลงโทษจำเลยตาม มาตรา 279 ด้วยแต่ความผิดตามที่โจทก์ฟ้องนั้นรวมการกระทำผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 279 ด้วยศาลมีอำนาจลงโทษจำเลยตามความผิดที่พิจารณาได้ความได้ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 192 วรรคท้าย

³⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 85/2504 จำเลยได้ลงมือกระทำชำเราผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุเพียง 4 ปีเศษ แต่อวัยวะสืบพันธุ์ของจำเลยเพียงแต่จรดอยู่บริเวณปากช่องคลอดของผู้เสียหาย มิได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด การกระทำของจำเลยจึงเป็นเพียงพยายามข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น

แทงบบริเวณปากช่องคลอดของผู้เสียหายเท่านั้น การที่อวัยวะเพศของจำเลยยังไม่ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย ถือได้ว่าจำเลยยังข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายไม่สำเร็จ จำเลยผิดเพียงฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา (ฎีกาที่ 484/2537)⁴⁰

สรุป เพียงแค่กอดจูบ จับคลำ ฎูโถ ผิดฐานอนาจาร แต่ถ้าเอาอวัยวะเพศสัมผัสแทงบบริเวณปากช่องคลอด ผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราแล้ว รับโทษ 2 ใน 3 ส่วน ของความผิดฐานข่มขืนฯ และถ้าเอาอวัยวะเพศสอดเข้าไปในปากช่องคลอดหรืออวัยวะเพศของผู้เสียหายแล้ว แม้จะยังไม่สำเร็จความใคร่ก็ตาม ก็ผิดฐานข่มขืนสำเร็จแล้ว (ฎีกาที่ 1646/2532)⁴¹ มีปัญหาว่าอวัยวะเพศต้องล่วงล้ำเข้าไปถึงขนาดไหนจึงจะผิดสำเร็จ มีแนวคำพิพากษาที่มีการแก้ไขหลังปี พ.ศ. 2550 ผู้เขียนขอยกตัวอย่างบางคำพิพากษาศาลฎีกา 4164/2555⁴²

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ต้องการขยายความหมายของการกระทำชำเราว่า นอกจากหมายถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำต่ออวัยวะเพศของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำด้วย เท่ากับเป็นการเพิ่มอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่ เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำนอกจากจะกระทำชำเราโดยใช้อวัยวะ

⁴⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 484/2537 ผู้เสียหายอายุ 13 ปีเศษ ไม่เคยเสียตัว ผลการตรวจร่างกายผู้เสียหายหลังเกิดเหตุ 6 วันไม่พบร่องรอยใดๆ ที่อวัยวะเพศของผู้เสียหาย ทั้งได้รับความจากผู้เสียหายว่าจำเลยกอดจูบและพยายามเอาอวัยวะเพศของจำเลยใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย แต่ไม่ทันเข้ามีคนมาเกาะประตูเสียก่อน แสดงว่าอวัยวะเพศของจำเลยสัมผัสแทงบบริเวณปากช่องคลอดของผู้เสียหายเท่านั้น การที่อวัยวะเพศของจำเลยยังไม่ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย ถือได้ว่าจำเลยยังข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายไม่สำเร็จ การกระทำของจำเลยจึงเป็นเพียงความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา

⁴¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1646/2532 การข่มขืนกระทำชำเรา นั้น เมื่ออวัยวะเพศของจำเลยได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายแล้ว แม้จำเลยไม่สำเร็จความใคร่ก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

⁴² จำเลยใช้ลิ้นเลียที่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม ใช้อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม โจทก์ร่วมมีอาการเจ็บ มีอาการอักเสบเป็นรอยแดงบริเวณแคมทั้งสองข้างรอบปากช่องคลอด สื่อให้เห็นว่าจำเลยประสงค์จะใช้อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม มิใช่เพียงการใช้อวัยวะเพศของจำเลยฎูโถเฉพาะภายนอกอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมโดยไม่ประสงค์จะสอดใส่ การกระทำของจำเลยจึงบ่งชี้ถึงเจตนาของจำเลยที่จะข่มขืนกระทำชำเราโจทก์ร่วม หาใช่มีเจตนาเพียงแค่กระทำอนาจารไม่

จำเลยมีเจตนากระทำชำเราโจทก์ร่วม จำเลยใช้อวัยวะเพศของจำเลยฎูโถอวัยวะเพศของโจทก์ร่วม แต่อวัยวะเพศของจำเลยไม่อาจล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมได้ เพราะอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมมีขนาดเล็ก ส่วนการใช้ลิ้นเลียอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมก็ไม่ปรากฏว่าลิ้นได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของโจทก์ร่วม การกระทำของจำเลยถือได้ว่าจำเลยลงมือกระทำชำเราแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผล จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามกระทำชำเราโจทก์ร่วม

เพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้สิ่งอื่นใด เช่น การใช้อวัยวะเพศเทียมกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำด้วย เป็นกรณีที่ขยายความหมายของคำว่ากระทำชำเรา ในแง่เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำและอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่เท่านั้น ส่วนกรณีอย่างไรจึงจะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จนั้นก็คงยังคงมีความหมายอยู่ว่า จะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จได้ต้องถึงขั้นอวัยวะเพศของผู้กระทำล่งล้าเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำ หรือล่งล้าเข้าไปในทวารหนักของผู้ถูกระทำ หรือล่งล้าเข้าไปในช่องปากของผู้ถูกระทำ หากมีการใช้สิ่งของอย่างอื่น เช่น อวัยวะเพศเทียม สิ่งของอย่างนั้นก็ต้องมีการล่งล้าเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำเช่นกัน

ข้อพิจารณาตามมาตรา 276 วรรคสอง วรรคนี้มีการบัญญัติเพิ่มเติมขึ้นใหม่ทั้งหมด มีการอธิบายให้ความหมายของคำว่า การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปากของผู้อื่นหรือ การใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น

ประเด็นที่ต้องพิจารณาและทำการตีความในความเห็นทางกฎหมายการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นนั้น คำว่า กระทำ ควรต้องตีความขยายความขนาดไหน เพราะกฎหมายไม่ได้ให้ความหมายเอาไว้ แต่พอจะตีความตามความหมายทางวิชาการกฎหมายและประเด็นทางกฎหมายของดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ⁴³ ก็ไม่เห็นด้วยกับบทบัญญัติดังกล่าว

⁴³ หนังสือข่มขืนชายกฎหมายสะเทือนอารมณ์.24 สิงหาคม 2550.สืบค้นเมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 2557, จาก <http://sakid.blogspot.com/2007/08/blog-post.html>, “จากคำจำกัดความเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราใหม่ ที่ว่าการกระทำชำเรา... หมายความว่า การกระทำให้เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นอ่านดูแล้วที่ว่า “ใช้อวัยวะเพศทำกับอวัยวะเพศ” นั้น ไม่รู้ว่าทำอะไรทำอย่างไร และต้องทำถึงแค่ไหนจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ

การใช้สิ่งอื่นใด ที่ไม่ใช่อวัยวะเพศ กระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น ก็ไม่รู้ว่าทำอะไรมาทำอะไร ทำอย่างไร และต้องทำถึงแค่ไหนจึงจะเป็นความผิดสำเร็จเช่นกัน

- 1) แสดงว่า “เอนี่หรือเอาตะเกียบจิ้มกัน”
- 2) ก็ข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จแล้ว

กระทำชำเราชนิดใหม่ ศาลไทย “จับไข่”แน่นนอน (แต่หากอ่านให้เพี้ยนไป ก็จะกลายเป็นการ “กระทำชำเรา” ผู้ชาย ตามความหมายใหม่นี้ด้วยแพทย์ที่ทำการตรวจภายในหญิงอาจถูกฟ้องยับเยิน หากขณะตรวจเกิดมี “อารมณ์ปั่นป่วน”ขึ้นมาโดยไม่รู้ตัว (ใครจะไปรู้ความในใจหมอ)ข่าวแพทย์ “จับไข่เด็ก” เมื่อเดือนที่แล้ว ตามกฎหมายใหม่ เท่ากับแพทย์ได้ข่มขืนกระทำชำเราเด็กสำเร็จไปแล้ว

จะเห็นได้ว่าความเห็นทางวิชาการทางด้านกฎหมายการบัญญัติกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 และใช้บังคับในปัจจุบันกฎหมายให้ผู้กระทำจะเป็นเป็นชายกระทำชำเรา กับชายด้วยกัน หรือหญิงกระทำชำเรากับหญิงด้วยกัน โดยชายเอาอวัยวะเพศของตนไปกระทำกับ อวัยวะเพศของผู้ชายด้วยกัน หรือ โดยหญิงเอาอวัยวะเพศของหญิงไปกระทำกับอวัยวะเพศของหญิงด้วยกันซึ่งเป็นการบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากว้างเกินไป ซึ่งดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ก็ไม่เห็นด้วยกับการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวและผู้เขียนก็เห็นพ้องด้วยกับเหตุผลในการบัญญัติ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเช่นกันเพราะแม้ไทยจะใช้การล่วงล้ำในการตีความ แต่ไทยเป็น ประเทศที่ยึดระบบกฎหมายเป็นหลัก ดังนั้นการตีความที่ไม่ตรงกับตัวบทกฎหมาย เป็นการตีความ ทางอาญาที่ถูกต้องตามการตีความของระบบกฎหมายไทยไม่ถูกต้องตามหลักการตีความ และถ้าต่อไป ศาลกลับมาตีความนิยามว่า “กระทำกับ” ว่าเป็นการสัมผัส จับต้อง อุ้ง ไม่ใช่การล่วงล้ำ ตาม บทบัญญัติจริงๆจะทำให้ไม่เป็นการคุ้มครองความยุติธรรมต่อผู้เสียหายได้

หากพิจารณาฐานความผิดดังกล่าวตั้งแต่อดีตก่อนที่จะมีการแก้ไขกฎหมายฉบับ ดังกล่าว ก็บัญญัติเป็นความผิดหากชายกระทำชำเรากับเพศหญิงซึ่งเป็นการกระทำชำเราแบบ ธรรมชาติ ถ้าตีความตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1390/2555⁴⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555⁴⁵

กฎหมายนี้ทำให้คำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ถูกลดความสำคัญลงอย่างมาก โดยแต่ก่อนเวลาที่มีข่าว ข่มขืนกระทำชำเราทุกคนจะนึกสงสารหญิงหรือเด็กที่ถูกกระทำ แต่หากกฎหมายมีผลใช้บังคับเมื่อได้ข่าวใครถูก ข่มขืนกระทำชำเรา ผู้คนคงคิดเพียงว่าอาจเป็นเรื่อง “เอานี้ไว้จี้มัน” หรือ “จับไว้กันเล่น” เท่านั้นเองไม่น่าใส่ใจใด ๆ การออกกฎหมายฉบับนี้ไม่มีผู้ใดได้ประโยชน์ นอกจากผู้กระทำความผิดเท่านั้นทำให้ผมเชื่อแล้วว่า ผู้ชายถูก ข่มขืนได้จริง ๆ เธอข่มขืน (ใจ) ผู้ชายทั้งสภาเลยด้วยกฎหมายเช่นนี้ออกมาได้ จึงเป็นที่น่าหดหู่ สะทอนใจสำหรับ นักกฎหมายที่แท้จริง

⁴⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1390/2555 การกระทำชำเราตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคแรก หมายถึง การร่วมประเวณีจึงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศของผู้กระทำเข้าในอวัยวะเพศของอีกฝ่าย แม้ ประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขใหม่โดย พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ซึ่งบัญญัติว่า "การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของ ผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้ สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น" ก็เป็นเพียงการขยายขอบเขตของการกระทำชำเราใน ส่วนอวัยวะที่ถูกกระทำในมาตรา 277 วรรคแรก ไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศ จะเป็นทวารหนักหรือช่อง ปากก็ได้ และสิ่งที่ใช้ในการกระทำไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศเท่านั้น จะเป็นสิ่งอื่นก็ได้ ดังนั้น การกระทำ ชำเราไม่จำเป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นจึงยังคงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศ หรือสิ่งอื่นใดให้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากด้วย เพราะไม่เช่นนั้นแล้วเพียงการสัมผัส ภายนอกกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นไม่ว่าด้วยอวัยวะส่วนใดหรือด้วยวัตถุสิ่งใดก็จะเป็นการ กระทำชำเราไปเสียทั้งหมด

หรือแนวคำพิพากษาอื่นๆ ตั้งแต่มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 หรือประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277⁴⁵ โดยเฉพาะในมาตรา 276 วรรคสอง แลมาตรา 277 วรรคสอง การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น....” หลังปี พ.ศ. 2550 การข่มขืนเป็นผลสำเร็จนอกจากนี้ยังได้เพิ่มเติมข้อความในวรรคสองของมาตรา 276 และ 277 ที่มีสาระสำคัญกล่าวถึงลักษณะการกระทำชำเราว่ากรณีใดบ้างที่ให้อือเป็นการกระทำชำเรา ส่วนการตีความว่าการกระทำใดถือเป็นการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายหรือไม่ นั่นคือการกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1390/2555 การกระทำชำเราตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคแรก หมายถึง การร่วมประเวณีจึงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศของผู้กระทำเข้าไปในอวัยวะเพศของอีกฝ่าย แม้ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสอง แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ซึ่งบัญญัติว่า “การกระทำชำเราตามวรรค

⁴⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ต้องการขยายความหมายของการกระทำชำเราว่า นอกจากหมายถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำต่ออวัยวะเพศของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำด้วย เท่ากับเป็นการเพิ่มอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่ เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำนอกจากจะกระทำชำเราโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้สิ่งอื่นใด เช่น การใช้อวัยวะเพศเทียมกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำด้วย เป็นกรณีที่ขยายความหมายของคำว่ากระทำชำเรา ในแง่เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำและอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่เท่านั้น ส่วนกรณีอย่างไรจึงจะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จนั้นก็คงยังคงมีความหมายอยู่ว่า จะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จได้ต้องถึงขั้นอวัยวะเพศของผู้กระทำล่งล้าเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำ หรือล่งล้าเข้าไปในทวารหนักของผู้ถูกระทำ หรือล่งล้าเข้าไปในช่องปากของผู้ถูกระทำ หากมีการใช้สิ่งของอย่างอื่น เช่น อวัยวะเพศเทียม สิ่งของอย่างนั้นก็ต้องมีการล่งล้าเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำเช่นกัน

⁴⁶ มาตรา 277 “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น....”

หนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น” ก็เป็นเพียงการขยายขอบเขตของการกระทำชำเราในส่วนอวัยวะที่ถูกกระทำในมาตรา 277 วรรคแรก ไม่จำเป็นต้องเป็นทั้งอวัยวะเพศ จะเป็นทั้งทวารหนักหรือที่ช่องปากก็ได้ และสิ่งที่ใช้ในการกระทำไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศเท่านั้น จะเป็นสิ่งอื่นก็ได้ ดังนั้น การกระทำชำเราไม่จำเป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นจึงยังคงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดให้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากด้วย เพราะไม่เช่นนั้นแล้วเพียงการสัมผัสภายนอกกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นไม่พียงอวัยวะส่วนใดหรือด้วยวัตถุสิ่งใดก็จะเป็นการกระทำชำเราไปเสียทั้งหมดจำเลยเพียงใช้อวัยวะเพศของจำเลยเสียดสีถูไถกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 แม้โดยมีเจตนาเพื่อสนองความใคร่ของจำเลย แต่เมื่อมิได้มีการสอดใส่เพื่อที่จะให้อวัยวะเพศของจำเลยล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 จึงยังเรียกไม่ได้ว่าเป็นการกระทำชำเรา การกระทำของจำเลยคงเป็นเพียงกระทำอนาจารตาม ป.อ. มาตรา 279 วรรคแรก

ดังนั้นหากพิจารณาตามมาตรา 277 วรรคสอง ว่าด้วยการกระทำชำเราเด็กยอมความไม่ได้เท่านั้น กฎหมายยัง ให้คำนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับ อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือใช้สิ่งใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ประเด็นที่น่าสนใจคือ กรณีที่ผู้ชาย (เกย์) บังคับให้ผู้ชายกระทำต่อทวารหนัก (เกย์) เพื่อสนองความใคร่ของผู้บังคับ จะเป็นการกระทำชำเราหรือไม่ตามนั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่น่าจะเป็นดีความถูกต้องเพราะบนบัญญัติมาตรา 277 วรรคสองใช้คำว่า “กระทำกับ” ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่นของผู้กระทำกระทำต่ออวัยวะเพศ ผู้อื่น⁴⁷ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายปัจจุบัน

⁴⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555 “จำเลยใช้ลิ้นเลียที่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม ใช้อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วมโจทก์ร่วมมีอาการเจ็บ มีอาการอักเสบเป็นรอยแดงบริเวณแคมทั้งสองข้างรอบปากช่องคลอด สื่อให้เห็นว่า จำเลยประสงค์จะใช้อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม มิใช่เพียงการใช้อวัยวะเพศของจำเลยถูไถเฉพาะภายนอกอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมโดยไม่ประสงค์จะสอดใส่ การกระทำของจำเลยจึงบ่งชี้ถึงเจตนาของจำเลยที่จะข่มขืนกระทำชำเราโจทก์ร่วม หากมีเจตนาเพียงแต่กระทำอนาจารไม่ป.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 เป็นกรณีที่

ถือว่ากระทำผิดสำเร็จแล้ว ถ้าตีความตามกฎหมายปัจจุบันที่ว่า เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ก่อให้เกิดความได้ว่า สำเร็จโดยกระทำกับอวัยวะเพศของชายด้วยกัน หรือหญิงกับหญิงด้วยกัน ก็อาจถือว่าเป็นการกระทำชำเราแล้วเพราะเป็นการสนองความใคร่ของผู้กระทำ มีความผิดฐานข่มขืนได้แต่แนวคำพิพากษายังคงได้มีการตีความเอาไว้ว่าการข่มขืนจะต้องมีการ “ล้วงล้ำหรือสอดใส่” (Penetration) เข้าไป ตามฎีกาต่างๆ ซึ่งไม่ถูกต้องและตีความให้สามารถบังคับใช้เป็นกฎหมายโดยยังมีการบัญญัติเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคสองตามกฎหมายปัจจุบัน เช่นเดิมปรากฏตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2530/2554 ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายเป็นเด็กอายุเพียง 7 ปีเศษ ทั้งร่างกายและอวัยวะสืบพันธุ์ยังไม่เจริญเติบโตเต็มที่ หากอวัยวะเพศของจำเลยล้วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของผู้เสียหายจริงย่อมต้องเกิดร่องรอยนิกขาด แต่ตามผลการตรวจชันสูตรบาดแผลของแพทย์กลับไม่พบบาดแผลที่บริเวณช่องคลอดของผู้เสียหาย คำเบิกความของผู้เสียหายจึงน่าจะเกิดจากความไม่เข้าใจหรือคิดไปเองตามประสาเด็ก ส่วนฎีกาของโจทก์ที่อ้างคำแพทย์หญิง ร. แพทย์ผู้ตรวจร่างกายผู้เสียหายที่เบิกความตอนหนึ่งว่า อวัยวะเพศของผู้เสียหายมีขนาดเล็ก หากมีการร่วมเพศอาจนิกขาดได้ แต่หากสอดใส่อวัยวะเพศของผู้ชายเข้าไปเพียงเล็กน้อยก็ไม่อาจนิกขาดเพราะอวัยวะมีความยืดหยุ่น ตามคำของผู้เสียหายแสดงว่าอวัยวะเพศของจำเลยได้ล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายแล้วแต่ล้วงล้ำเข้าไปเพียงเล็กน้อยจึงไม่มีร่องรอยนิกขาดนั้น เป็นเพียงความเห็นหรือการคาดคะเนของโจทก์ พฤติการณ์ของจำเลยตามที่ไต่ความอาจเป็นเพียงการใช้อวัยวะเพศของจำเลยถูกลักกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายทางด้านนอกเพื่อสำเร็จความใคร่เท่านั้นเพราะหากจำเลยประสงค์จะกระทำชำเราผู้เสียหายจริง แม้ไม่สำเร็จความใคร่ก็ต้องเกิดร่องรอยบอบช้ำปรากฏให้เห็นอยู่บ้างที่ศาลอุทธรณ์ภาค 8 วินิจฉัยว่าพฤติการณ์ของจำเลยยังมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยมีเจตนากระทำชำเราผู้เสียหายจริงหรือไม่และพิพากษาลงโทษจำเลยฐานกระทำความอนาจารแก่ผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้นั้นชอบแล้ว

ขยายความหมายของคำว่ากระทำชำเรา ในแง่เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำและอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่เท่านั้น ส่วนกรณีอย่างไรจึงจะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จนั้นก็คงยังคงมีความหมายอยู่ว่า จะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จได้ต้องถึงขั้นอวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้ถูกกระทำ หรือล้วงล้ำเข้าไปในทวารหนักของผู้ถูกกระทำ หรือล้วงล้ำเข้าไปในช่องปากของผู้ถูกกระทำ หากมีการใช้สิ่งของอย่างอื่น เช่น อวัยวะเพศเทียม สิ่งของอย่างนั้นก็ต้องมีการล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกกระทำเช่นกันจำเลยมีเจตนากระทำชำเราโจทก์ร่วม จำเลยใช้อวัยวะเพศของจำเลยถูกลักกับอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมแต่อวัยวะเพศของจำเลยไม่อาจล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมได้ เพราะอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมมีขนาดเล็ก ส่วนการใช้ลิ้นเลียอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมก็ไม่ปรากฏว่าลิ้นได้ล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของโจทก์ร่วม การกระทำของจำเลยถือได้ว่าจำเลยลงมือกระทำชำเราแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผล จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามกระทำชำเราโจทก์ร่วม ”

ดังนั้นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ได้ปรับแก้ไขใหม่ปีพ.ศ. 2550 จึงเป็นการยากที่จะปรับตัวบทกฎหมาย ตั้งแต่การลงมือกระทำผิดไปจนถึงความผิดสำเร็จ ซึ่งการลงมือกระทำอันเป็นการสนองความใคร่ของผู้กระทำย่อมเป็นความผิดสำเร็จไปพร้อมกันแล้ว และหลังจากนี้คดีข่มขืนกระทำชำเราจะมีปัญหาในเรื่องการตีความ การรับฟังพยาน รวมไปถึงการพิสูจน์พยานหลักฐาน และในฐานะเจ้าหน้าที่ที่ใช้กฎหมายคงลำบากในการอ้างหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญาในหลายๆ ด้าน เพราะการบัญญัติกฎหมายซึ่งถือว่าผิดหลักเกณฑ์ทั้งการบัญญัติกฎหมายที่ทำให้เกิดความชัดเจนไม่คลุมเครือผิดหลักธรรมชาติ การตีความที่ไม่ตรงกันในถ้อยคำของบทบัญญัติเพราะกฎหมายของต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศอเมริกา⁴⁸ หรือประเทศอังกฤษความผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเราตาม SOA-2003 มีความหมายถึงผู้ใดข่มขืนผู้อื่นโดยการใช้อวัยวะเพศล่งล้ำหรือสอดใส่ (penetration) เข้าไปใน Vagina, anus, oral (mouth) ของผู้อื่นหรือบังคับให้ผู้อื่นกระทำต่อตนโดยผู้อื่นไม่ยินยอมส่วนความผิดข้อหาประทุษร้ายทางเพศ (Sexual Assault) เป็นการใช้วัตถุอื่นใดล่งล้ำหรือสอดใส่ (penetration) เข้าไปใน Vagina, anus, oral (mouth) หรืออวัยวะอื่นใด โดยบุคคลอื่นนั้นไม่ยินยอมก็จะเป็นความผิดทั้งสิ้น⁴⁹ ยังมีการบัญญัติให้ผู้กระทำต้องเป็นชายกระทำกับหญิงโดยจำกัดเพียงผู้ถูกกระทำจะเป็นหญิงหรือชายก็ได้เท่านั้น และการกระทำเป็นความผิด จึงเป็นปัญหาต่อการตีความ การรับฟังพยาน การพิสูจน์พยานหลักฐาน และเกิดความยากลำบากต่อเจ้าหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมาย อีกทั้งยังไม่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย และไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายของนานาชาติ ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการบังคับใช้กฎหมาย และเป็นที่มาของปัญหาดังที่กล่าวมาในข้างต้น

⁴⁸ กฎหมาย Model Penal Code (MPC) Section 213.1. Rape and Related Offenses จะเห็นได้ว่าต้องถึงขั้นร่วมประเวณี (Sexual Intercourse) จึงจะเข้าองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราส่วนในมลรัฐต่างๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกาเกือบครึ่งหนึ่งบัญญัติกฎหมายเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้คำว่า “Sexual Intercourse” หรือ Sexual Penetration” ซึ่งก็ย่อมมีความหมายรวมถึงการสอดใส่อยู่ในตัวอยู่แล้ว”

⁴⁹ The Sexual Offences Act 2003, Section 5. Rape and other offences against children under 13 Rape of a child under 13

(1) A person commits an offence if

(a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person with his penis, and
(b) the other person is under 13.

(2) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะของการกระทำ และขอบเขตความรับผิดชอบข้ามขึ้นกระทำซ้ำเรา ตามลักษณะกฎหมายของประเทศไทยกับต่างประเทศ

ลักษณะของการกระทำ และขอบเขตความรับผิดชอบข้ามขึ้นกระทำซ้ำเราในต่างประเทศ ประเทศมีประวัติศาสตร์ในการปฏิรูปความผิดฐานข้ามขึ้นกระทำซ้ำเรามาเป็นระยะเวลายาวนานกว่า ประเทศไทย หน่วยงานของรัฐมีการพัฒนาและทำการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติความผิดฐานข้ามขึ้นกระทำซ้ำเราโดยตลอดโดยกำหนดการกระทำอันมีลักษณะเป็นฐานความผิดกระทำซ้ำเราไว้ ดังนี้

4.3.1 เปรียบเทียบลักษณะของการกระทำและขอบเขตความรับผิดชอบข้ามขึ้นกระทำซ้ำเราของ ประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ

การกระทำความผิดอาญาตามกฎหมายอังกฤษจะประกอบไปด้วย หลักการกระทำ ความผิดสองประการ เช่น 1) การกระทำผิดอาญา (actus reus) 2) และเจตนาร้าย (mens rea) ซึ่งหากผู้กระทำถ้าขาดองค์ประกอบดังกล่าวแล้วกฎหมายไม่ถือว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้นได้

4.3.1.1 ลักษณะของการกระทำซ้ำเราของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ

กฎหมายอังกฤษ เรียกว่า การกระทำความผิดฐานกระทำซ้ำเราเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรม อันดีและถือเป็นความผิดในตัวของมันเอง (mala in se) ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมเช่นเดียวกับหลายๆ ประเทศ อย่างไรก็ตามในคดีความผิดฐานกระทำซ้ำเรา กฎหมายอังกฤษจะมีลักษณะขอบเขตทั้งที่เป็นองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในของความผิดแต่ละฐาน กล่าวคือการใช้กำลังโดยใช้อวัยวะเพศชายเท่านั้นล่วงล้ำไปยังอวัยวะเพศหญิงโดยไม่ยินยอม⁵⁰ รวมไปถึงการทำร้ายร่างกายด้วยการล่วงล้ำด้วยสิ่งอื่น เช่น นิ้ว หรืออุปกรณ์อื่นใด⁵¹

⁵⁰ Rape

(1) A person (A) commits an offence if—

(a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis,
(b) B does not consent to the penetration, and
(c) A does not reasonably believe that B consents.

(2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.

(3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.

(4) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

⁵¹ Assault by penetration

(1) A person (A) commits an offence if

จากบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราดังกล่าว ทำให้การล่วงละเมิดทางเพศในรูปแบบอื่นๆ เช่นการล่วงล้ำอวัยวะเพศของหญิงหรือการล่วงล้ำทางทวารหนักโดยวัตถุสิ่งของ เช่น ขวดหรือไม้ หรือการบังคับให้มีการร่วมเพศทางปาก ถือเป็นความผิดฐานกระทำชำเราและเมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศไทยการกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วางหลักไว้ว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นและการกระทำชำเรา หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นด้วยซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายของประเทศอังกฤษก็ได้ให้คำอธิบายลักษณะของการกระทำชำเราไว้ดังที่กล่าวมาเช่นกัน

4.3.1.2 ขอบเขตความรับผิดชอบฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยและประเทศอังกฤษ

กฎหมายของประเทศไทยบัญญัติไว้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ พ.ศ. 2546 The Sexual Offences Act 2003 จึงกำหนดหากชายจึงมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเมื่อได้ร่วมประเวณีกับผู้อื่นไม่ว่าทางอวัยวะเพศของหญิงหรือทางทวารหนักของผู้อื่น โดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำในเวลาที่ได้ร่วมประเวณีนั้น หรือในเวลาที่ยังถือว่าผู้อื่นนั้นมิได้ให้ความยินยอมต่อการร่วมประเวณี หรือการที่มีได้รู้สึกถึงความยินยอมนั้นเกิดขึ้นจากความประมาท รวมถึงการที่ชายชักจูงให้หญิงซึ่งสมรสแล้วร่วมประเวณีกับตนด้วยการทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นสามีของหญิงนั้น การนำสืบพิสูจน์ถึงการร่วมประเวณีนั้นไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงการหลั่งของน้ำอสุจิ หากแต่ต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำอันเป็นการล่วงล้ำ กล่าวคือในเรื่องความผิดฐาน

(a) he intentionally penetrates the vagina or anus of another person (B) with a part of his body or anything else,

(b) the penetration is sexual,

(c) B does not consent to the penetration, and

(d) A does not reasonably believe that B consents.

(2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.

(3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.

(4) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

ข่มขืนกระทำชำเรา นั้นประเทศอังกฤษได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1 The Sexual Offences Act 2003⁵² และได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความยินยอมไว้ในมาตรา 75 และมาตรา 76 ด้วย คือ

มาตรา 1 การข่มขืนกระทำชำเรา

(1) บุคคล (A) กระทำความผิดเมื่อ

(a) บุคคลนั้นกระทำชำเราโดยการล่วงล้ำต่ออวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือปากของอีกบุคคลหนึ่ง (B) (ด้วยอวัยวะเพศชาย)ของเขา โดยเจตนา

(b) B ไม่ได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำชำเรานั้น และ

(c) A ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า B ให้ความยินยอม

(2) มีเหตุอันควรเชื่อได้หรือไม่จะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดรวมทั้งข้อเท็จจริงในแต่ละขั้นที่ทำให้ A เข้าใจได้ว่า B ยินยอมหรือไม่

(3) มาตรา 75 และ มาตรา 76 ใช้บังคับกับความผิดตามมาตรานี้ด้วย

(4) บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิต เมื่อได้มีการพิจารณาพิพากษาว่ามีความผิด⁵³

มาตรา 75 ข้อสันนิษฐานโดยพยานหลักฐานเกี่ยวกับความยินยอม

(1) หากในการพิจารณาคดีความผิดซึ่งอยู่ในบังคับของมาตรานี้พิสูจน์ได้ว่า

(a) จำเลยได้กระทำการดังกล่าว

(b) ปรากฏพฤติการณ์แวดล้อมใดๆ ดังที่ระบุในอนุมาตรา (2) และ

(c) จำเลยรู้ว่ามีความผิดดังกล่าวอยู่⁵⁴

ถือว่าผู้เสียหายไม่ได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำดังกล่าวเว้นแต่จะมีการนำเสนอพยานหลักฐานที่พอเพียงถึงประเด็นว่าผู้เสียหายยินยอมหรือไม่ และถือว่าจำเลยไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมเว้นแต่จะมีการนำเสนอพยานหลักฐานที่พอเพียงถึงประเด็นว่าจำเลยมีเหตุอันควรเชื่อเช่นนั้นหรือไม่

(2) พฤติการณ์แวดล้อมได้แก่

(a) ณ เวลาที่เริ่มกระทำการหรือทันทีทันใดก่อนหน้าการกระทำนั้นจะเริ่มขึ้นบุคคลนั้นได้ใช้ความรุนแรงต่อผู้เสียหายหรือทำให้ผู้เสียหายกลัวว่าจะทันใดนั้นจะใช้ความรุนแรงกับตน

⁵² The Sexual Offences Act 2003. สืบค้น 10 พฤษภาคม 2557, จาก www.legislation.gov.uk.

⁵³ The Sexual Offences Act 2003, Section 1.

⁵⁴ The Sexual Offences Act 2003, Section 75.

(b) ณ เวลาที่เริ่มกระทำการหรือทันทีทันใดก่อนหน้าการกระทำนั้นจะเริ่มขึ้นบุคคลนั้นทำให้ผู้เสียหายกลัวว่ามีการใช้ความรุนแรงหรือในทันใดนั้นจะใช้ความรุนแรงต่อบุคคลอื่น

(c) ผู้เสียหายถูกควบคุมกักขังไว้โดยมิชอบ ณ เวลาที่มีการกระทำการดังกล่าว ขณะที่จำเลยไม่ได้ถูกควบคุมกักขังเช่นนั้น

(d) ผู้เสียหายกำลังหลับหรือไม่รู้สีกตัว ณ เวลาที่มีการกระทำการดังกล่าว

(e) เนื่องจากผู้เสียหายมีกายพิการ ผู้เสียหายย่อมไม่สามารถจะแจ้งกับจำเลยได้ ณ เวลาที่มีการกระทำการดังกล่าวว่าผู้เสียหายยินยอมหรือไม่

(f) โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย บุคคลใดให้หรือจัดให้ผู้เสียหายได้รับสารซึ่งเมื่อได้รับเข้าไปแล้ว สามารถจะทำให้ผู้เสียหายมึนงงหรืออ่อนแรงได้ ณ เวลาที่มีการกระทำการดังกล่าว

(3) ในอนุมาตรา (2)(a) และ (b) การอ้างอิงเวลาทันทีทันใดก่อนการกระทำการดังกล่าวจะเริ่มต้นขึ้นในกรณีอย่างหนึ่งอย่างใดที่เป็นส่วนหนึ่งของการกระทำต่อเนื่องของการกระทำทางเพศคือ ณ เวลาทันทีทันใดก่อนกิจกรรมทางเพศแรกสุดจะเริ่มขึ้น

มาตรา 76 ข้อสันนิษฐานเด็ดขาดเกี่ยวกับความยินยอม⁵⁵

(1) หากในการพิจารณาคดีความผิดซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของมาตรานี้ พิสูจน์ได้ว่าจำเลยกระทำการดังกล่าวจริงและปรากฏพฤติการณ์แวดล้อมอย่างหนึ่งอย่างใดตามอนุมาตรา (2) ถือเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดว่า

(a) ผู้เสียหายไม่ได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำการดังกล่าว และ

(b) จำเลยไม่เชื่อว่าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำการดังกล่าว

(2) พฤติการณ์แวดล้อมได้แก่

(a) จำเลยเจตนาหลอกลวงผู้เสียหายเกี่ยวกับลักษณะหรือวัตถุประสงค์ของการกระทำการดังกล่าว

(b) จำเลยตั้งใจจะชักจูงผู้เสียหายให้ให้ความยินยอมต่อการกระทำการดังกล่าวโดยปลอมเป็นบุคคลที่ผู้เสียหายรู้จักเป็นการส่วนตัว

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 1 นั้นเป็นการกระทำชำเราบุคคลอื่นไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นชายหรือหญิงโดยบุคคลนั้นไม่ได้ให้ความยินยอมหรือไม่ให้ความสมัครใจในการร่วมประเวณี ผู้กระทำก็จะมีผิดฐานนี้ทั้งนี้เกี่ยวกับความยินยอมนั้นประเทศอังกฤษยังให้

⁵⁵ The Sexual Offences Act 2003, Section 76.

ความหมายไว้ในมาตรา 74 แห่ง The Sexual Offences Act 2003 อีกด้วย คือ หมายถึง บุคคลจะให้ความยินยอมได้หากบุคคลนั้นตกลงที่จะเลือก และมีอิสระและความสามารถที่จะเลือก⁵⁶

นอกจากนั้นการทำร้ายร่างกายด้วยการล่วงล้ำด้วยสิ่งอื่นเป็นการทำร้ายร่างกายด้วยการล่วงล้ำด้วยสิ่งอื่นนี้เป็นการล่วงล้ำทางเพศต่อส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายผู้อื่นโดยเจตนา โดยได้บัญญัติเรื่องไว้ใน The Sexual Offences Act 2003 มาตรา 2 คุ้มครองบุคคลทั่วไป และในมาตรา 6 คุ้มครองบุคคลอายุต่ำกว่า 13 ปี

มาตรา 2 ทำร้ายด้วยการกระทำล่วงล้ำด้วยสิ่งอื่น

(1) บุคคล (A) กระทำความผิดเมื่อ

(a) บุคคลนั้นล่วงล้ำต่ออวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักของอีกบุคคลหนึ่ง (B) ด้วยส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายหรือสิ่งอื่น โดยเจตนา

(b) การล่วงล้ำนั้นเป็นการกระทำเกี่ยวกับทางเพศ

(c) B ไม่ได้ให้ความยินยอมต่อการล่วงล้ำนั้น และ

(d) A ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า B ให้ความยินยอม

(2) มีเหตุอันควรเชื่อได้หรือไม่จะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดรวมทั้งข้อเท็จจริงในแต่ละขั้นที่จะทำให้ A เข้าใจได้ว่า B ยินยอมหรือไม่

(3) มาตรา 75 และมาตรา 76 ใช้บังคับกับความผิดตามมาตรานี้ด้วย

(4) บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิต เมื่อได้มีการพิจารณาพิพากษาว่ามีความผิด⁵⁷

มาตรานี้เป็นการล่วงล้ำทางเพศต่อส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายผู้อื่นโดยเจตนา โดยผู้ถูกกระทำไม่ให้ความยินยอม และประเทศอังกฤษยังได้บัญญัติให้นำหลักเกณฑ์ในเรื่องข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความยินยอมในมาตรา 75 และ 76 มาใช้เหมือนกับความผิดฐานกระทำชำเราด้วย

จะเห็นได้ว่าหากพิจารณากฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของไทยจะไม่กำหนดผู้กระทำว่าเป็นใครเป็นผู้กระทำความผิดว่าจะเป็นหญิงหรือชายกระทำก็ได้ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายของประเทศอังกฤษกฎหมายกำหนดไว้ว่าผู้กระทำต้องเป็นชายเท่านั้น⁵⁸ กล่าวคือคำว่า

⁵⁶ The Sexual Offences Act 2003, Section 74 “Consent”.

For the purposes of this Part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice.

⁵⁷ The Sexual Offences Act 2003, Section 2.

⁵⁸ The Sexual Offences Act 2003, Section 1.

“กระทำชำเราผู้อื่น”ตามกฎหมายของประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงความหมายใหม่ แม้ว่าจะไม่ได้ใช้อวัยวะเพศใช้ของเทียมหรือใช้อวัยวะเพศแต่ได้กระทำแก่ช่องทางอื่น เช่น ทางปากหรือทางทวารหนักก็เป็นการกระทำชำเราด้วยเช่นกัน ส่วนคำว่าผู้อื่นนั้น หมายถึง หญิงตามธรรมชาติที่ถือกำเนิดมาเป็นเพศที่ออกลูกได้ และรวมถึงชายแปลงเพศเป็นหญิงด้วย⁵⁹ ดังนั้นการกระทำระหว่างหญิงต่อหญิงหรือชายต่อชายจึงเป็นความผิดฐานนี้ได้ เช่น หญิงใช้วัตถุใด่อวัยวะเพศหรือทวารหนักของหญิงหรือชายก็เป็นการกระทำชำเราสำเร็จแล้ว⁶⁰

“ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร และสามีหญิงก็อาจเป็นผู้กระทำได้ด้วยกฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” แสดงว่า หญิงก็อาจเป็นตัวการร่วมกับชายกระทำความผิดฐานนี้ได้⁶¹ “การกระทำ” คือ การข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งหมายความว่าได้กระทำชำเราโดยผู้อื่นมิได้สมัครใจ ฉะนั้นถ้าผู้อื่นยินยอมก็ไม่ผิด

“ผู้ถูกกระทำ” คือ ผู้อื่นซึ่งเป็นหญิงและอาจเป็นภริยาของผู้กระทำก็ได้

“หญิง” เป็นเพศของบุคคลตามธรรมชาติตามสภาพที่ถือกำเนิด ฉะนั้น ชายแปลงเพศเป็นหญิงจึงไม่ใช่หญิงในความหมายของความผิดฐานนี้⁶²

ดังนั้นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงควรจะต้องจำกัดเฉพาะกรณีที่ชายทำต่อหญิงเท่านั้น หากชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงกฎหมายควรให้ความคุ้มครองได้เพียงการกระทำผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้นไป ทั้งในปัจจุบันสภาวะการเปลี่ยนแปลงในเพศการดำเนินการในเรื่องดังกล่าวมากขึ้น ซึ่งนั้นก็ย่อมเสี่ยงที่อาจถูกชายอื่นข่มขืนกระทำชำเราได้ การข่มขืนกระทำชำเราตามธรรมชาติที่ถูกต้องจำเป็นต้องเป็นการกระทำต่ออวัยวะเพศของหญิงหากการกระทำต่อทวารหนัก หรืออาจเป็นการบังคับใช้ปากสำเร็จความใคร่ควรมีความผิดเพียงฐานกระทำอนาจารหรือความผิดต่อสิทธิเสรีภาพตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 309 หรือความผิดฐานทำร้ายร่างกายแล้วแต่ละกรณีโดยยึดหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษและประเทศอเมริกาที่กำหนดความผิดกรณีข่มขืนกระทำชำเรา

ดังนั้น ประเทศอังกฤษได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1 ในกฎหมายของพระราชบัญญัติความผิดอันเกี่ยวกับเพศ ปี พ.ศ. 2546 (The Sexual Offences Act 2003) กฎหมายฉบับดังกล่าวต่าง

⁵⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524

⁶⁰ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด และลหุโทษ (พิมพ์ครั้งที่ 11) (น. 197), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2557, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁶¹ จาก กฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 10) (น. 416-417), โดย คณิต ฅ นคร, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁶² ดู ฎีกาที่ 157/2524.

ก็ได้บัญญัติผู้กระทำเป็นชายเท่านั้นแต่ผู้ถูกกระทำจะเป็นหญิงหรือชายก็ได้แต่ใน SOA-2003 กำหนดผู้กระทำเป็นว่า “ผู้ใด” เท่านั้น ผู้กระทำจึงไม่จำกัดเฉพาะชายอีกต่อไปทั้งได้ขยายคุ้มครองการใช้วัยวะเพศชายกระทำต่อช่องปาก (Oral rape) ทวารหนักไม่จำกัดเฉพาะช่องคลอดอีกต่อไป ซึ่งในส่วนการใช้เครื่องมือหรือวัสดุอื่นใดกระทำต่ออวัยวะดังกล่าวยังคงเป็นความผิดทั้งสิ้น (sexual assault) และได้กำหนดความผิดใหม่เช่นการกระทำที่เป็นการเบี่ยงเบนทางเพศเช่นอวดอวัยวะเพศ (Exposure) แอบถ่ายภาพถ่มองหรือใช้ทีวีวงจรปิด (Voyeurism) ตลอดจนมีเพศสัมพันธ์กับสัตว์ (Intercourse with an animal) เป็นความผิดอย่างไรก็ตามใน SOA-2003 ยังคงองค์ประกอบสำคัญเดิมไว้คือต้องเป็นการกระทำโดยใช้วัยวะเพศชายกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unlawful) และเป็นการกระทำโดยผู้อื่นไม่ยินยอม (consent) นอกจากนี้การประทุษร้ายทางเพศ (sexual assault) ยังให้ความหมายเพิ่มเติมของการข่มขืนกระทำชำเราเพิ่มเติมไว้ในมาตรา 2⁶³ ทั้งได้ให้ความหมายของความยินยอมไว้ในมาตรา 74⁶⁴ และความหมายของช่องคลอด (vagina) รวมถึงตัวอวัยวะเพศภายนอก (vulva) มาตรา 79⁶⁵ จึงเห็นได้ว่าความผิดข่มขืนกระทำชำเราตาม SOA-2003 มีความหมายถึงผู้ใดข่มขืนผู้อื่นโดยการใช้อวัยวะเพศ ล้วงล้ำหรือสอดใส่ (penetration) เข้าไปใน Vagina, anus, oral (mouth) ของผู้อื่นหรือบังคับให้ผู้อื่นกระทำต่อตนโดยผู้อื่นไม่ยินยอมส่วนความผิดข่มขืนประทุษร้ายทางเพศ (Sexual Assault) เป็นการใช้อวัยวะอื่นใดล้วงล้ำหรือสอดใส่ (penetration) เข้าไปใน Vagina, anus, oral (mouth) หรืออวัยวะอื่นใดโดยบุคคลอื่นนั้นไม่ยินยอมก็จะเป็นความผิดทั้งสิ้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายของสองประเทศมีความแตกต่างกับกฎหมายว่าด้วยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยโดยสิ้นเชิงเป็นต้น

⁶³ S. 2 assault Assault by penetration

(1) A person (A) commits an offence if

(a) he intentionally penetrates the vagina or anus of another person

(B) with a part of his body or anything else,

(b) the penetration is sexual,

(c) B does not consent to the penetration, and

(d) A does not reasonably believe that B Consents.

⁶⁴ S. 74 “Consent”

For the purposes of this part a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice

⁶⁵ S. 79 Part 1 : general interpretation

(a) Vagina includes vulva

4.3.2 เปรียบเทียบลักษณะของการกระทำและขอบเขตความรับผิดชอบข้ามพรมแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศอเมริกา

ประเทศอเมริกามีลักษณะของการกระทำและขอบเขตความรับผิดชอบข้ามพรมแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศอเมริกา โดยจะให้ความสำคัญในเรื่องดังกล่าวโดยออกกฎหมายครอบคลุมถึงพฤติกรรมทางเพศทุกรูปแบบที่พึงจะคิดได้ และมีการปฏิบัติอยู่จริงเกี่ยวกับความผิดฐานข้ามพรมแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศอเมริกาโดยให้ความสำคัญคุ้มครองทางเพศเพื่อป้องกันการข้ามพรมแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศอเมริกาที่ผิดกฎหมายทั้งหมด

4.3.2.1 ลักษณะของการกระทำข้ามพรมแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีข้อเสนอมากมายเกี่ยวกับการขยายขอบเขตของการกระทำข้ามพรมแดน ข้อเสนอของคำจำกัดความ “กระทำข้ามพรมแดน” ที่ดูจะละเอียดถี่ถ้วน และพยายามที่จะครอบคลุมถึงพฤติกรรมทางเพศทุกรูปแบบที่พึงจะคิดได้ และมีการปฏิบัติอยู่จริงเกี่ยวกับความผิดฐานข้ามพรมแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศอเมริกาจะเป็นข้อเสนอของสภาสตรี เพื่อป้องกันการข้ามพรมแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศอเมริกา (Women’s rape council) โดยประเทศสหรัฐอเมริกาว่าความผิดฐานข้ามพรมแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศอเมริกาควร “ประกอบด้วยการสัมผัสระหว่างปากและทวารหนัก ปากและอวัยวะเพศชาย ปากและอวัยวะเพศหญิง หรือระหว่างอวัยวะเพศชายและหญิง หรืออวัยวะเพศชายและทวารหนัก หรือระหว่างทวารหนักหรืออวัยวะเพศหญิงกับสิ่งประดิษฐ์เทียมอื่นๆ”⁶⁶

อย่างไรก็ตามเมื่อได้มีการทำแบบสอบถามความคิดเห็นเกี่ยวกับการขยายขอบเขตของความผิดฐานข้ามพรมแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศอเมริกา พนักงานอัยการจำนวนมากแสดงความกังวลที่จะติดตามคดีอันเกิด

⁶⁶ 1) การข้ามพรมแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศอเมริกาซึ่งมิใช่ภรรยาของตน (Sexual Intercourse with a female not his wife) ตาม (1) ของมาตรา 213.1 ของ Model Penal Code ชายบังคับหญิงโดยใช้กำลังหรือโดยการข่มขู่จะทำอันตรายให้ถึงแก่ชีวิต หรือโดยการบังคับข่มขู่หรือโดยการหลอกลวง (Gross Sexual Imposition) หรือควบคุมหญิงโดยการฉ้อโกง ทำให้หญิงได้รับอันตรายสาหัส หรือทำให้เจ็บปวดอย่างรุนแรง ลักพาหญิง หรือทำให้บุคคลใดๆ ได้รับความทรมานหรือทำให้หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือโดยการควบคุมหญิงนั้นไว้โดยการวางยาหญิง หรือโดยการฉ้อโกงโดยที่หญิงไม่รู้ว่ามี การฉ้อโกง หรือโดยการฉ้อโกงของผู้อื่นหรือโดยวิธีการอื่นใด เพื่อให้หญิงไม่สามารถปกป้องตนเองได้ หรือทำให้หญิงหมดสติ หรือกระทำกับหญิงที่มีอายุเกินสิบปี นอกจากนี้ การข้ามพรมแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศอเมริกาซึ่งหมายความรวมถึง การกระทำข้ามพรมแดนทั้งหมดหรือบางส่วนและรวมถึงการผ่านเข้าไปเพียงเล็กน้อยโดยไม่จำเป็นต้องหลั่งน้ำอสุจิ

2) การข้ามพรมแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศอเมริกาเบี่ยงเบน (Deviate Sexual Intercourse) ตามมาตรา 213.2 ของ Model Penal Code ได้บัญญัติความผิดฐานข้ามพรมแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศอเมริกาโดยการเบี่ยงเบนทางเพศโดยการบังคับข่มขู่หรือโดยการหลอกลวง ได้แก่ การที่บุคคลใดซึ่งเป็นผู้มีความเบี่ยงเบนทางเพศกับบุคคลอื่นและรวมถึงหมายถึง การกระทำข้ามพรมแดนทางปากหรือทางทวารหนักระหว่างบุคคล ซึ่งมีใช้สามมิและภรรยาและหมายถึงการร่วมเพศกับสัตว์ตาม มาตรา 213.0 (3) ของ Model Penal Code

จากการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายใหม่กำหนดขึ้น ข้อมูลจากการสัมภาษณ์แสดงให้เห็นต่อไปอีกว่าเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมจำนวนมากยังคงรู้สึกว่ขอบเขตใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเรา นั้นมีความไม่ชัดเจน ทั้งสถิติจากการทำความผิดอาญาและข้อมูลจากการสัมภาษณ์แสดงให้เห็นว่าผู้ตอบคำถามหลายคนยังยึดติดกับความแตกต่างระหว่างการข่มขืนกระทำชำเราตามความเป็นจริงที่ยึดถือกันมาโดยตลอดกับความผิดทางเพศในรูปแบบอื่นๆ ผู้ตอบแบบสัมภาษณ์ผู้หนึ่งถึงกับกล่าวว่า การขยายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราให้รวมการทำความผิดทางเพศในรูปแบบอื่นนั้นถือได้ว่าเป็นการทำลายวิถีประเพณีและการบัญญัติกฎหมายและเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมเช่นนี้ทำให้ผู้ทำการปฏิรูปกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศหันมาให้ความสำคัญกับบริบทของสังคมว่าจะได้รับผลกระทบเช่นไรหากมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายดังกล่าวด้วย⁶⁷

จากการพิจารณาตามหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญากรณีของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยมาตรา 276 ต่างก็บัญญัติกฎหมายว่าด้วยการข่มขืนกระทำชำเรา (อังกฤษ Rape) เป็นรูปแบบหนึ่งของการทำร้าย ซึ่งคนหนึ่งได้ใช้กำลังบังคับอีกคนหนึ่งให้มีเพศสัมพันธ์ด้วย ซึ่งขัดกับความต้องการหรือตั้งใจของคนๆ นั้น อาจจำกัดความได้ว่า ใช้กำลังทำให้อีกฝ่ายหนึ่งยินยอมจำนนในกิจกรรมทางเพศใดๆ ก็ตาม และนับเป็นอาชญากรรมทางเพศอีกอย่างหนึ่งที่มีความร้ายแรงที่สุด ในบางครั้งก็ยากในการฟ้องร้องดำเนินคดี ความรุนแรงทางเพศอาจเป็นอาชญากรรมที่ใช้ต่อสู้กัน

โดยหลักการกระทำความผิดในเรื่องดังกล่าวกฎหมายของไทยได้บัญญัติพฤติการณ์ของลักษณะของ“การกระทำชำเรา” ไว้อย่างชัดเจน ในมาตรา 276 วรรคสอง⁶⁸ ซึ่งก็เหมือนกฎหมายของประเทศอเมริกา กล่าวคือลักษณะของการกระทำความผิดจะมีจุดประสงค์เพียงเพื่อมีความต้องการว่า“การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ

⁶⁷ Jeanne C. Marsh, Alison Geist, Nathan Caplan Boston, Rape and the limits of law reform, (Mass : Auburn house Pub. Co., 1982)., p. 107.

⁶⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555 “จำเลยใช้ลิ้นเลียที่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม ใช้อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม โจทก์ร่วมมีอาการเจ็บ มีอาการอักเสบเป็นรอยแดงบริเวณแคมทั้งสองข้าง รอบปากช่องคลอด สืบให้เห็นว่า จำเลยประสงค์จะใช้อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม มิใช่เพียงการใช้อวัยวะเพศของจำเลยถูไถเฉพาะภายนอกอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมโดยไม่ประสงค์จะสอดใส่ การกระทำของจำเลยจึงบ่งชี้ถึงเจตนาของจำเลยที่จะข่มขืนกระทำชำเราโจทก์ร่วม หาใช่มีเจตนาเพียงแต่กระทำอนาจารไม่ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ต้องการขยายความหมายของการกระทำชำเราว่า นอกจากหมายถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำต่ออวัยวะเพศของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำด้วย”

ทวารหนัก หรือ ช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” โดยผู้กระทำไม่ยินยอมหากได้รับความยินยอมถือว่าไม่ผิดเช่นกัน

4.3.2.2 ขอบเขตความรับผิดชอบข้ามขึ้นกระทำชำเราของประเทศไทยและประเทศอเมริกา

ประมวลกฎหมายอาญา Model Penal code ฉบับ Official Draft (Philadelphia 1962) ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในหัวข้อ 213 ซึ่งแบ่งการกระทำความผิดดังกล่าวเป็น 7 มาตรา โดยเริ่มตั้งแต่มาตรา 213.0 ถึงมาตรา 213.6 สำหรับการกระทำความผิดข้ามขึ้นกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารจะมีองค์ประกอบความผิดเป็นเช่นไร ผู้เขียนจะขอกล่าว ดังต่อไปนี้

1) การข้ามขึ้นกระทำชำเรา (Rape)

การกระทำชำเราตามกฎหมาย Model Penal Code ของสหรัฐอเมริกามีรายละเอียดดังนี้⁶⁹

(1) การข้ามขึ้นกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน (Sexual Intercourse with a female not his wife)

ตาม (1) ของมาตรา 213.1 ของ Model Penal Code ได้บัญญัติความผิดข้ามขึ้นกระทำชำเราไว้ว่า ชายใดกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนจะถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดข้ามขึ้นกระทำชำเรา ถ้าชายบังคับหญิงโดยใช้กำลังหรือโดยการข่มขู่จะทำอันตรายให้ถึงแก่ชีวิตหรือควบคุมหญิงโดยการใส่ยา ทำให้หญิงได้รับอันตรายสาหัส หรือทำให้เจ็บปวดอย่างรุนแรง ลักพาหญิง หรือทำให้บุคคลใดๆ ได้รับความทรมานหรือทำให้หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือโดยการควบคุมหญิงนั้นไว้โดยการวางยาหญิง หรือโดยการใส่ยาโดยที่หญิงไม่รู้ว่ามีกาใส่ยา หรือโดยการใส่ของมีนเมาหรือโดยวิธีการอื่นใดเพื่อให้หญิงไม่สามารถปกป้องตนเองได้ หรือทำให้หญิงหมดสติ หรือกระทำกับหญิงมีอายุเกินสิบปี นอกจากนี้การข้ามขึ้นกระทำชำเรายังหมายความว่า การกระทำชำเราทั้งหมดหรือบางส่วนและรวมถึงการผ่านเข้าไปเพียงเล็กน้อยโดยไม่จำเป็นต้องหลั่งน้ำอสุจิ⁷⁰

ตามมาตรา 213.1(1) การข้ามขึ้นกระทำชำเราจะแบ่งความผิดประเภทอุกฉกรรจ์ (felony) เป็นสามระดับ กล่าวคือ ในการกระทำความผิดข้ามขึ้นกระทำชำเรา ผู้กระทำจะมีความผิด

⁶⁹ Model penal code of the American law institute.

http://wps.prenhall.com/wps/media/objects/13023/13335893/downloadables/model_penal_code_sec1_sec2.pdf.

⁷⁰ มาตรา 213.1 (2) ของ Model Penal Code.

ประเภทอุกฉกรรจ์ในระดับที่สอง (a felony of the second degree) เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการกระทำดังกล่าวทำให้ผู้อื่นต้องได้รับอันตรายทางกายอย่างแสนสาหัสหรือผู้เสียหายมิได้สมัครใจที่จะมีความสัมพันธ์กับผู้กระทำแต่ขึ้นอยู่กับโอกาสของการกระทำความผิด และผู้เสียหายไม่ได้อนุญาตให้ผู้กระทำความผิดกระทำการใดๆ ทางเพศต่อหญิงในกรณีนี้ผู้กระทำมีความผิดอุกฉกรรจ์ในระดับแรก (a felony of the first degree)⁷¹

นอกจากการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตาม (1) ของมาตรา 213.1 แล้ว ใน (2) ของมาตรา 213.1 ยังได้บัญญัติการข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้กำลังบังคับหรือโดยการหลอกลวง (Gross Sexual Imposition) ซึ่งเป็นการกระทำที่ชายได้ข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนอันเป็นความผิดอุกฉกรรจ์ในระดับที่สาม (a felony of the third degree) กล่าวคือ ถ้าชายบังคับให้อินยอมจำนนโดยการข่มขู่เพื่อป้องกันด้านทานจากหญิงและเป็นการฝ่าฝืนความตั้งใจของหญิง หรือชายรู้ว่าหญิงนั้นทนทุกข์ทรมานจากความเจ็บป่วยทางจิตใจหรือหญิงนั้นมีปมด้อยซึ่งทำให้หญิงไม่สามารถรู้สภาพของการกระทำนั้น หรือชายนั้นรู้ว่าหญิงมิได้ระมัดระวังว่าจะมีการกระทำความผิดอาญาทางเพศหญิงและหญิงยอมรับการกระทำความผิดดังกล่าวเพราะหญิงสำคัญผิดว่าชายนั้นคือสามีของตน

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติความผิดในมาตรา 213.0. (1)-(3)⁷² ซึ่งบัญญัติขอบเขตคำว่า “กระทำชำเรา” ไว้ประกอบกับมาตรา 213.1 แล้ว เห็นได้ว่า การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะ ประกอบด้วยสาระสำคัญสามประการ คือ (1) ต้องมีการกระทำชำเราโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (2) โดยการใช้กำลังบังคับ และ (3) ต้องการความยินยอมของผู้เสียหาย

ในการพิจารณาสาระสำคัญตาม (1) จะต้องมีการพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจว่ามีการผ่านหรือล่วงล้ำหรือสอดใส่ (Penetration) ของอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงโดยไม่จำเป็นต้องถึงขนาดสำเร็จความใคร่ และองค์ประกอบในเรื่องการใช้กำลังบังคับและความยินยอมของหญิงนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดและไม่สามารถแบ่งแยกออกจากกันได้ ถ้าความจำเป็นในเรื่อง

⁷¹ มาตรา 213.1วรรคสอง ของ Model Penal Code.

⁷² 213.0. Definitions

In this Article, unless a different meaning plainly is required:

(1) the definitions given in Section 210.0 apply;

(2) “Sexual intercourse” includes intercourse per os or per anum, with some penetration however slight; emission is not required;

(3) “Deviate sexual intercourse” means sexual intercourse per os or per anum between human beings who are not husband and wife, and any form of sexual intercourse with an animal.

การใช้กำลังหมายถึง ทุกสิ่งทุกอย่างที่เป็นที่แน่ใจได้ว่าการใช้กำลังบังคับนั้นมีความสำคัญมากที่จะทำให้การล่วงล้ำของอวัยวะเพศประสบความสำเร็จ และเมื่อความยินยอมถูกละเมิดแล้วศาลก็จะวินิจฉัยว่าได้มีการล่วงละเมิดโดยการใช้กำลังทำร้ายด้วยแล้ว สำหรับทางพิจารณาจะต้องปรากฏด้วยว่า “ความต้านทานของหญิง” นั้น จะต้องมีความต้านทานต่อเนื่องกันไปจนกระทั่งความผิดสำเร็จ⁷³ เพื่อเป็นการป้องกันหญิงจากการข่มขืนจะทำให้หญิงไม่ได้รับความปลอดภัย⁷⁴ การข่มขืนเช่นนั้นอาจเป็นกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำการขูดลากหญิงซึ่งอาจเป็นการยากสำหรับกระบวนการพิจารณาที่จะพิสูจน์ในองค์ประกอบที่สามในเรื่องความยินยอมโดยชัดเจน

(2) การข่มขืนกระทำชำเราเบี่ยงเบน (Deviate Sexual Intercourse)

ตามมาตรา 213.2 ของ Model Penal Code ได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยการเบี่ยงเบนทางเพศโดยการใช้กำลังหรือโดยการหลอกลวง ได้แก่ การที่บุคคลใดซึ่งเป็นผู้มีความเบี่ยงเบนทางเพศกับบุคคลอื่น หรือเป็นสาเหตุให้ผู้อื่นเกิดการเบี่ยงเบนทางเพศมีความผิดฐานกระทำอุกฉกรรจ์ในระดับที่สอง การกระทำดังกล่าวอาจเป็นการกระทำโดยการใช้กำลังบังคับผู้อื่นหรือข่มขู่ว่าจะทำร้ายให้ได้รับอันตรายแก่ชีวิต ทำให้ได้รับบาดเจ็บสาหัสหรือทำให้บุคคลอื่นได้รับบาดเจ็บ หรือเป็นการทำให้บุคคลที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบให้อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ โดยการใช้ยาหรือโดยการใช้ของมีเมาหรือเป็นการกระทำโดยวิธีอื่นใดเพื่อหลีกเลี่ยงการทำอนาจารหรือเป็นการทำให้บุคคลนั้นหมดสติหรือเป็นการทำกับบุคคลที่อายุน้อยกว่าสิบปี นอกจากนี้การข่มขืนกระทำชำเราโดยการเบี่ยงเบนอาจกระทำโดยการหลอกลวงบุคคลอื่นหรือเป็นสาเหตุให้บุคคลอื่นเกิดการเบี่ยงเบนทางเพศ ซึ่งบุคคลดังกล่าวจะมีความผิดในชั้นอุกฉกรรจ์ในระดับที่สาม เช่น การบังคับบุคคลอื่นมีส่วนร่วมด้วยในการกระทำความผิด ซึ่งผู้กระทำได้กระทำโดยการข่มขู่เพื่อป้องกันมิให้มีการขัดขวาง หรือกระทำโดยรู้ว่าบุคคลนั้นไม่สามารถรู้ผิดชอบทางจิตใจหรือเป็นผู้ที่มีความบกพร่องซึ่งไม่สามารถรู้ผิดชอบในการกระทำนั้น หรือผู้รู้ว่าการที่บุคคลอื่นยอมตามเพราะไม่รู้ว่ากระทำการเช่นนั้นจะทำให้เขาได้รับโทษ

การกระทำชำเราเบี่ยงเบนตามที่ได้กล่าวมานั้นหมายถึง การกระทำชำเราทางปากหรือทางทวารหนักระหว่างบุคคล ซึ่งมีใช้สามมีและภรรยาและหมายถึงการร่วมเพศกับสัตว์ด้วย⁷⁵ รวมทั้งความหมายตามประมวลกฎหมายสหรัฐ (US CODE COLLECTION)⁷⁶ ได้ให้ความหมายของการ

⁷³ ดูคดี Reidhead v. State, 31 Ariz 70, 72, 250 p. 366, 367 (1962)

⁷⁴ ดูคดี Hazel v. State, 221 Md. 464, 469, 157 A 2d 922, 925 (1960),

⁷⁵ ดูมาตรา 213.0 (3) ของ Model Penal Code

⁷⁶ 18 U.S.C. 2246 – Definitions For Chapter Page 475 Title 18 CrimesAnd Criminal Procedure §

ข่มขืนกระทำชำเราในมาตรา 224⁷⁷ จะเห็นได้ว่า การกระทำชำเราโดยการเบี่ยงเบนทางเพศนั้นเป็นการกระทำชำเราที่ผิดธรรมชาติ⁷⁸ (Sodomy) ได้แก่ การกระทำชำเราทางปากหรือทางทวารหนักระหว่างบุคคลซึ่งมิใช่สามีและภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งการกระทำชำเราต่อสัตว์ด้วยตามมาตรา 213.0 (3) ของ Model Penal Code เป็นต้น

จะเห็นได้ว่าเมื่อพิจารณากฎหมายของไทยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 การกระทำชำเราที่แก้ไขใหม่ในปี พ.ศ. 2550 ได้ขยายความหมายไปจากกฎหมายเดิมอย่างกว้างขวางและมีความแตกต่างเห็นได้ชัดเจน โดยกฎหมายของไทยกำหนดผู้กระทำผิดจะเป็นชายหรือหญิงก็ได้จะเอาของลับของตนสอดใส่ไปในของลับของหญิงหรือกระทำชำเราทางอวัยวะอื่นของหญิงหญิงชาย และวรรคสองวางหลักเกณฑ์กำหนดการกระทำกับ ทวารหนัก ช่องปาก ย่อมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จะเห็นได้ว่า อวัยวะของผู้ถูกกระทำไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศเสมอไป ดังนั้น หากชายนำอวัยวะเพศของตนล่วงล้ำเข้าไปในทวารหนักของหญิง ก็เป็นการกระทำชำเราสำเร็จแล้ว ซึ่งแต่เดิมไม่ถือเช่นนั้น โดยถือว่าเป็นเพียงกระทำอนาจารเท่านั้น หรือช่องปากของหญิง หากเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของชาย ก็เป็นการข่มขืนกระทำชำเราอันเป็นความผิดสำเร็จ เพราะเป็นการใช้อวัยวะเพศของตนกระทำกับทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกกระทำ ทั้งนี้

⁷⁷ Definitions for chapter

As used in this chapter

(1) the term “prison” means a correctional, detention, or penal facility;

(2) the term “sexual act” means

(A) contact between the penis and the vulva or the penis and the anus, and for purposes of this subparagraph contact involving the penis occurs upon penetration, however slight ;

(B) contact between the mouth and the penis, the mouth and the vulva, or the mouth and the anus ;

(C) the penetration, however slight, of the anal or genital opening of another by a hand or finger or by any object, with an intent to abuse, humiliate, harass, degrade, or arouse or gratify the sexual desire of any person ; or

(D) the intentional touching, not through the clothing, of the genitalia of another person who has not attained the age of 16 years with an intent to abuse, humiliate, harass, degrade, or arouse or gratify the sexual desire of any person

⁷⁸ คู่ดี Fisher v. State, 197 Tenn. 594, 277 S.W. 2d 340 คู่ดี sherill v. State, 204 Tenn. 427, 321, S.W. 2d 811 และคู่ดี State v. Cyr, 135 Me. 513, 198 S. 743.

ผู้ถูกระทำอาจะเป็นชายด้วยกันก็ได้ หรือผู้หญิงอาจจะกระทำการดังกล่าวกับหญิงด้วยกันก็ได้ หรือหญิงกระทำกับชายก็ได้

เมื่อทำการศึกษากฎหมายของประเทศอเมริกามีความแตกต่างจากกฎหมายของประเทศไทยกล่าวคือกฎหมายของประเทศอเมริกากำหนดการกระทำชำเราต้องเป็นชายเท่านั้น ส่วนผู้ถูกระทำจะเป็นหญิงหรือชายก็ได้ ส่วนขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของอเมริกายังรวมไปถึงพิจารณาบทบัญญัติความผิดในมาตรา 213.0. (1) -(3)⁷⁹ ซึ่งบัญญัติคำว่า “กระทำชำเรา” ไว้ประกอบกับมาตรา 213.1 แล้วเห็นได้ว่า การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะประกอบด้วยสาระสำคัญสามประการ คือ (1) ต้องมีการกระทำชำเราโดยมีขอบด้วยกฎหมาย (2) โดยการใช้กำลังบังคับ และ (3) ต้องการความยินยอมของผู้เสียหาย

ในการพิจารณาสาระสำคัญตาม 213.1) ในกฎหมายModel Penal Code (MPC) Section 213.1. Rape and Related Offenses จะเห็นได้ว่าต้องถึงขั้นร่วมประเวณี (Sexual Intercourse) จึงจะเข้าองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราส่วนในมลรัฐต่างๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกาเกือบครึ่งหนึ่งบัญญัติกฎหมายเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้คำว่า “Sexual Intercourse” หรือ Sexual Penetration” ซึ่งก็ย่อมมีความหมายรวมถึงการสอดใส่อยู่ในตัวอยู่แล้วโดยจะต้องมีการพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจว่ามีการผ่านหรือล่งล้ำของอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงโดยไม่จำเป็นต้องถึงขนาดสำเร็จความใคร่ และองค์ประกอบในเรื่องการใช้กำลังบังคับและความยินยอมของหญิงนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดและไม่สามารถแบ่งแยกออกจากกันได้ ถ้าความจำเป็นในเรื่องการใช้กำลังหมายถึง ทุกสิ่งทุกอย่างก็เป็นที่น่าใจได้ว่าการใช้กำลังบังคับนั้นมีความสำคัญมากที่จะทำให้การล่งล้ำของอวัยวะเพศประสบความสำเร็จ และเมื่อความยินยอมถูกละเมิดแล้วศาลก็จะวินิจฉัยว่าได้มีการล่งละเมิดโดยการใช้กำลังทำร้ายด้วยแล้ว สำหรับทางพิจารณาจะต้องปรากฏด้วยว่า “ความต้านทานของหญิง” นั้น จะต้องมีความต้านทานต่อเนื่องกันไป

⁷⁹ 213.0. Definitions

In this Article, unless a different meaning plainly is required:

(1) the definitions given in Section 210.0 apply;

(2) "Sexual intercourse" includes intercourse per os or per anum, with some penetration however slight; emission is not required;

(3) "Deviate sexual intercourse" means sexual intercourse per os or per anum between human beings who are not husband and wife, and any form of sexual intercourse with an animal.

จนกระทั่งความผิดสำเร็จ⁸⁰ เพื่อเป็นการป้องกันหญิงจากการข่มขืนอันจะทำให้หญิงไม่ได้รับความปลอดภัย⁸¹ การข่มขืนเช่นนี้อาจเป็นกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำการฉ้อฉลหญิงซึ่งอาจเป็นการยากสำหรับกระบวนการพิจารณาที่จะพิสูจน์ในองค์ประกอบที่สามในเรื่องความยินยอมโดยชัดเจน

4.3.3 เปรียบเทียบลักษณะของการกระทำและขอบเขตความรับผิดชอบที่เพิ่มขึ้นกระทำซ้ำเราของประเทศไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้แก้ไขประมวลกฎหมายอาญาใหม่และประกาศใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2542 (Stand: 1 Januar 1999)⁸² ส่วนความผิดในทางเพศอยู่ในหมวดที่ 13 ว่าด้วยความผิดต่อการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง (Drcizehnter Abschnitt. Straftaten gegen die Sexuelle Selbstbestimmung) ตั้งแต่มาตรา 174-184 โดยบทบัญญัติที่ให้ความหมายของการข่มขืนกระทำซ้ำเรา (Vergewaltigung) ที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 177

4.3.3.1 ลักษณะของการกระทำซ้ำเราของประเทศไทยกับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

บทบัญญัติในมาตรา 177 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติความผิดฐานกระทำซ้ำเราไว้โดยกำหนดให้ ผู้ใดข่มขืนใจหญิงให้มีการกระทำซ้ำเรานอกสมรสกับบุคคลนั้นเองหรือกับบุคคลที่สาม โดยใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะทำให้ได้รับอันตรายถึงชีวิตหรือแก่ร่างกายและถูกกลโหมจำคุกไม่ต่ำกว่าสองปี เมื่อพิจารณาการกระทำความผิดดังกล่าวจะเห็นได้ว่า องค์ประกอบความผิดที่สำคัญตามมาตรานี้คือ ต้องมีการกระทำซ้ำเราหญิง อาจเป็นการกระทำโดยผู้ที่ข่มขืนใจหญิงเพื่อให้มีการกระทำกับตนเอง หรือเป็นการข่มขืนใจเพื่อให้กระทำกับบุคคลอื่น การข่มขืนใจนั้นอาจกระทำโดยการใช้อำนาจประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะใช้อำนาจประทุษร้ายให้ได้รับอันตรายแก่ชีวิตหรือร่างกาย ซึ่งเป็นการกระทำ โดยที่หญิงมิได้ยินยอม ในขณะที่ผู้กระทำ จำต้องรู้ว่าหญิงนั้นไม่ได้ให้ความยินยอมในการกระทำความผิดดังกล่าว และผู้กระทำต้องรู้ด้วยว่าได้กระทำซ้ำเรากับหญิงที่มีใช้ภรรยาของตน

4.3.3.2 ขอบเขตความรับผิดชอบที่เพิ่มขึ้นกระทำซ้ำเราของประเทศไทยและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประเทศเยอรมันจะเห็นว่าจากประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (StGB) มาตรา 177 ดังกล่าว จะเป็นการกระทำความผิดซ้ำเราข่มขืนกระทำซ้ำเราได้กล่าวถึงกรณี

⁸⁰ ดูคดี Reidhead v. State, 31 Ariz 70, 72, 250 p. 366, 367 (1962)

⁸¹ ดูคดี Hazel v. State, 221 Md. 464, 469, 157 A 2d 922, 925 (1960)

⁸² Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Verlag C.H. Beck München 2001, p. 1042-

เพศสัมพันธ์ย่อมมีการล่วงล้ำโดยใช้คำว่า “Sexual Intercourse” กฎหมายเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้คำว่า “Sexual Intercourse” หรือ Sexual Penetration” ซึ่งก็ย่อมมีความหมายรวมถึงการสอดใส่อยู่ในตัวอยู่แล้วซึ่งต้องเป็นผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ผู้ใดซึ่งไม่จำกัดว่าบุคคลอื่นจะมีเพศใด โดยการใช้กำลังประทุษร้ายหรือเป็นเพียงการขู่เข็ญจะทำอันตรายแก่ชีวิตร่างกาย รวมถึงบังคับให้กระทำการทางเพศต่อบุคคลอื่นโดยผู้เสียหายไม่ยินยอมก็ย่อมเป็นความผิดทั้งสิ้น

ในขณะที่ประเทศไทยได้บัญญัติกฎหมายคำว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” จะเป็นหญิงหรือชายก็ได้เป็นผู้กระทำและผู้ถูกกระทำและยังมีปัญหาโดยเลือกที่จะใช้คำว่า “กระทำกับ” ปรากฏตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสอง โดยไม่ได้ใช้ถ้อยคำเช่นเดียวกับกฎหมายต่างประเทศอย่างที่คุณเขียนเห็นว่าควรจะเป็นเพราะการสัมผัสแต่เพียงภายนอกแม้จะสร้างความเสียหายทั้งทางอนามัยหรือเป็นการกระทำต่อศักดิ์ศรีของผู้ถูกกระทำเป็นอย่างมากแต่ก็ไม่ถึงขนาดหรือรุนแรงเท่ากับการกระทำชำเราที่แท้จริงตามธรรมชาติที่จะต้องเป็นการสอดใส่ล่วงล้ำเข้าไปในเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิงที่ย่อมสร้างความรู้สึกละเมิดอีกทั้งการรุกล้ำเข้าไปในเนื้อตัวร่างกายยังเป็นการกระทำที่เสียหายต่ออนามัยอย่างรุนแรงและในบางกรณีชายกระทำต่อหญิงอาจนำไปสู่การตั้งครรภ์ก่อให้เกิดความเสียหายมากขึ้น

4.3.4 เปรียบเทียบลักษณะของการกระทำและขอบเขตความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยกับประเทศฝรั่งเศส

ตามกฎหมายฝรั่งเศสเดิมการกระทำชำเราต้องกระทำโดยชายใช้ของลับตนสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงเท่านั้นแต่บทบัญญัติเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราถูกแก้ครั้งใหญ่โดยรัฐบัญญัติเมื่อวันที่ 23 ธันวาคม 1980 ซึ่งบทบัญญัติตามที่แก้ไขนั้นก็ยังคงถูกนำมาใช้ในประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1992 อันเป็นฉบับปัจจุบันด้วยโดยในกฎหมายฉบับปัจจุบันนั้นบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้

4.3.4.1 ลักษณะของการกระทำชำเราของประเทศไทยกับประเทศฝรั่งเศส

บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศฝรั่งเศสที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 222-23 แห่งประมวลกฎหมายอาญาย่อมหมายถึง การกระทำใดๆ ของการรุกรานล่วงทางเพศทุกทางตามธรรมชาติที่จะเป็นไปได้กระทำต่อบุคคลอื่นโดยที่ใช้ความรุนแรง การข่มขู่คุกคามหรือการกระทำโดยไม่รู้ตัว เป็นความผิดข่มขืนแล้ว

4.3.4.2 ขอบเขตความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยและประเทศฝรั่งเศส

Code pénal มาตรา 222-23 บัญญัติว่า การข่มขืนกระทำชำเรา คือ กิจกรรมทางเพศที่มีการสอดใส่ล่วงล้ำ (Any act of sexual penetration) และอนาจาร คือ กิจกรรมทางเพศอื่นๆ ที่นอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเรา การสอดใส่ในทางเพศ ไม่ว่าจะใช้วิธีการใดที่กระทำต่อบุคคลอื่นโดยใช้ความรุนแรงซึ่งการข่มขืนกระทำชำเรา (Viol) คือการกระทำทุกอย่าง (tout acte) ที่มีการล่วงล้ำหรือการสอดใส่ (sexual penetration) ไม่ว่าจะโดยวิธีธรรมชาติหรือวิธีอื่นใด (qu'il soit) ต่อบุคคลอื่นโดยใช้กำลังประทุษร้าย (par violence) โดยการบังคับขู่เข็ญ (Contrainte) หรือด้วยวิธีอื่นใดประกอบกัน (Constituer) การกระทำทุกอย่างจึงไม่จำกัดว่าต้องเป็นเฉพาะอวัยวะเพศชายเท่านั้นที่ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงแต่รวมถึงการใช้วัตถุอื่นใดสอดใส่เข้าไปก็เป็นความผิดและการล่วงล้ำหรือการสอดใส่ก็ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นเฉพาะอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น การล่วงล้ำหรือการสอดใส่วัตถุอื่นใดทางทวารหนักทางปาก ฯลฯ ตามบทบัญญัติ⁸³

ในขณะที่ประเทศไทยผู้กระทำความผิดอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นชายเท่านั้นเหมือนบทบัญญัติเดิมดังนั้นจะเป็นชายแท้หญิงแท้หรือเปลี่ยนเพศแปลงกายอย่างไรก็เป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้ทั้งสิ้น โดยมีรูปแบบของการกระทำได้ขยายความเป็นไปได้ของรูปแบบการกระทำความผิดตามรูปแบบเดิมคือการที่ชายใช้อวัยวะเพศของตนสอดใส่ในอวัยวะเพศของหญิงซึ่งเป็นเพียงรูปแบบเดียวตายตัวนั้น หรือโดยมีรูปแบบของการกระทำกับการกระทำชำเรา หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดย การใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง เป็นต้น

4.3.5 เปรียบเทียบลักษณะของการกระทำและขอบเขตความรับผิดชอบการข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยกับประเทศญี่ปุ่น

ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น PENAL CODE (Act No.45 of 1907) บัญญัติเกี่ยวกับการอนาจาร การข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งลักษณะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นนั้นจะมีองค์ประกอบความผิดเช่นเดียวกับประเทศต่างๆ เว้นแต่การกำหนดอายุของผู้เสียหายเป็นเกณฑ์ในการให้ความยินยอมในการกระทำชำเรานั้นได้กำหนดเกณฑ์อายุไว้ไม่ต่ำกว่าสิบสามปีและผู้กระทำต้องรู้ด้วยว่าเด็กหญิงนั้นอายุต่ำกว่าสิบสามปี

4.3.5.1 ลักษณะของการกระทำชำเราของประเทศไทยกับประเทศญี่ปุ่น

ลักษณะพื้นฐานอาชญากรรมของการข่มขืนของประเทศญี่ปุ่นกฎหมายกำหนดให้ชายกระทำชำเราต่อบุคคลที่มีอายุไม่น้อยกว่าสิบสามปี โดยการใช้ความรุนแรงหรือการคุกคามเหยื่อ

⁸³ PENAL CODE With the participation of John Rason SPENCER QC Professor of Law, University of Cambridge Fellow of Selwyn College, p. Updated 12/10/2005 - Page 39/132

เป็นหญิง⁸⁴ และการผิดประเวณีที่เกิดขึ้นมีความหมายที่ผู้กระทำจะต้องเป็นเพศชายซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎหมายกำหนดให้มีการกระทำชำเราช่องคลอดโดยอวัยวะเพศชายโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเหยื่อที่เกิดจากการใช้ความรุนแรงหรือภัยคุกคามโดยมีเจตนาทางอาญา เช่นคนร้ายที่ตั้งใจที่จะมีเพศสัมพันธ์กับเหยื่อผู้เคราะห์ร้ายซึ่งความหมายของการข่มขืนในกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นจะถูกจำกัดโดยใช้อวัยวะเพศชายชำเราอวัยวะเพศหญิงจึงไม่รวมการบังคับกับช่องปากและทางทวารหนักและการกระทำโดยวัตถุอื่นๆ กฎหมายเหล่านี้ยังคงไม่เปลี่ยนแปลงโดยทั่วไปนอกเหนือจากการเปลี่ยนแปลงเล็กๆ น้อยๆ เนื่องจากประเทศญี่ปุ่นได้ประกาศใช้ในปี 1907 หากพิจารณาลักษณะของการกระทำของความผิดฐานฐานข่มขืนกระทำชำเราของไทยจะเห็นได้ว่าความผิดฐานกระทำชำเราว่าด้วยลักษณะของการกระทำจะมีลักษณะที่เหมือนกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศญี่ปุ่นกล่าวคือ ลักษณะของการกระทำชำเราจะมีการใช้กำลังข่มขู่หรือใช้ความรุนแรงเพื่อสนองความต้องการทางเพศของผู้กระทำที่เป็นชายกระทำต่อเพศหญิงโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ถูกระทำ ทั้งนี้เป็นการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาในปัจจุบันเพื่อให้ความคุ้มครองผู้ถูกระทำที่เป็นเพศหญิงเสียส่วนใหญ่ซึ่งได้รับความเสียหายมากกว่าฝ่ายชาย

4.3.5.2 ขอบเขตความรับผิดชอบฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยและประเทศญี่ปุ่น

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น PENAL CODE (Act No.45 of 1907)⁸⁵ ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศทั้งหมดไว้ในบทที่ 22 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการอนาจาร การข่มขืนกระทำชำเราและการมีสามีหรือภรรยาในขณะเดียวกันสองคน (bigamy) กล่าวคือ (Rape) บทบัญญัติในมาตรา 177⁸⁶ ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ว่า ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของตนได้กระทำการโดยใช้กำลังหรือข่มขู่หญิงอายุไม่ต่ำกว่าสิบสามปี มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและจะต้องระวางโทษให้ทำงานหนักไม่ต่ำกว่าสามปี และบทบัญญัติเช่นเดียวกันให้ใช้กับผู้ซึ่งกระทำการดังกล่าวกับเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามปีด้วย

⁸⁴ Article 177 (Rape) A person who, through assault or intimidation, forcibly commits sexual intercourse with a female of not less than thirteen years of age commits the crime of rape and shall be punished by imprisonment with work for a definite term of not less than 3 years. The same shall apply to a person who commits sexual intercourse with a female under thirteen years of age.

⁸⁵ Penal Code (Act No.45 of 1907). (สืบค้น 10 พฤษภาคม 2557, จาก www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/PC.pdf).

⁸⁶ Article 177 (Rape) A person who, through assault or intimidation, forcibly commits sexual intercourse with a female of not less than thirteen years of age commits the crime of rape and shall be punished by imprisonment with work for a definite term of not less than 3 years. The same shall apply to a person who commits sexual intercourse with a female under thirteen years of age.

ตามบทบัญญัติมาตรา 177 การกระทำชำเราของประเทศญี่ปุ่นสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประมวลกฎหมายอาญานั้นจะมีองค์ประกอบความผิดเช่นเดียวกับประเทศต่างๆ ตามที่ได้กล่าวมาในตอนต้นแล้ว เว้นแต่การกำหนดอายุของผู้เสียหายเป็นเกณฑ์ในการให้ความยินยอมในการกระทำชำเราได้นั้นได้กำหนดเกณฑ์อายุไว้ไม่ต่ำกว่าสิบสามปีและผู้กระทำความผิดต้องรู้ด้วยว่าเด็กหญิงนั้นอายุต่ำกว่าสิบสามปี จึงเป็นความผิดสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อผู้กระทำความผิดได้รู้ในขณะที่กระทำการข่มขืนกระทำชำเราว่าเด็กหญิงนั้นมีอายุต่ำกว่าสิบสามปี ซึ่งการยินยอมของผู้เสียหายไม่ทำให้ชายนั้นไม่เป็นผู้กระทำความผิดไปได้ กฎหมายอาญาประเทศญี่ปุ่นมาตรา 177 จึงกำหนดซึ่งผู้กระทำจะเป็นชายที่มีเจตนาใช้วิธีข่มขืนหรือที่เรียกว่าสอดใส่ “Sexual Intercourse” หรือ Sexual Penetration” ซึ่งก็ย่อมมีความหมายรวมถึงการสอดใส่อยู่ในตัวอยู่แล้วเป็นความผิดกระทำชำเรา นอกจากนี้กฎหมายยังบัญญัติให้ผู้ที่ไม่ได้ขอความยินยอมจากผู้เสียหายหรือผู้ที่ไม่สามารถขัดขวางการกระทำความผิดดังกล่าว หรือทำให้หญิงขาดสติสัมปชัญญะหรือผู้ที่ไม่สามารถขัดขวางการข่มขืนกระทำชำเราได้ บุคคลนั้นจะต้องรับโทษ⁸⁷ และผู้ที่ได้พยายามกระทำความผิดฐานดังกล่าว กฎหมายได้บัญญัติให้เป็นความผิดด้วย⁸⁸

หากพิจารณาความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยจะเห็นได้ว่ากฎหมายว่าด้วยความผิดฐานกระทำชำเราของประเทศญี่ปุ่นจะบัญญัติความผิดให้ชายเท่านั้นเป็นผู้กระทำกับเพศหญิงจึงไม่รวมการบังคับกับช่องปากและทางทวารหนักและการกระทำโดยวัตถุอื่นๆ ซึ่งมีความแตกต่างกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของไทยที่ไม่จำกัดว่าผู้กระทำความผิดในฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเราโดยกฎหมายกำหนดไว้ว่าจะเป็นผู้หญิงหรือชายและผู้ถูกกระทำจะเป็นหญิงหรือชายก็ได้และรวมการบังคับกับช่องปากและทางทวารหนักโดยใช้วัตถุอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นนิ้วมือหรือวัยวะอื่นๆ ของร่างกายกระทำต่อหญิงหรือชายผู้ถูกกระทำความผิดด้วยก็ได้⁸⁹

4.4 เหตุผลความจำเป็นในการกำหนดขอบเขตที่เหมาะสมเกี่ยวกับความรับผิดชอบฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย

การแก้ไขกฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในปี พ.ศ. 2550 ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ว่าด้วยเรื่องฐานความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นับว่าเป็นความก้าวหน้าหนึ่งในวิวัฒนาการของกฎหมายไทยที่ควรบันทึกไว้ในหน้าประวัติศาสตร์ เป็นก้าวสำคัญของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมากขึ้นอีกระดับ แม้จะเป็นการคุ้มครองกรณีส่วนน้อยที่เกิดขึ้นก็ตาม แต่ส่วนน้อย

⁸⁷ มาตรา 178 ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น

⁸⁸ มาตรา 179 ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น

⁸⁹ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด และลหุโทษ (น. 167). เล่มเดิม.

ที่ว่ามันก็ไม่ใช่ไม่มีอยู่ ซึ่งจะปฏิเสธไม่รู้ไม่ได้ และเขาก็เป็นมนุษย์ที่ควรได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ในประเด็นเรื่องการบัญญัตินิยามคำว่า “กระทำชำเรา” อย่างเป็นลายลักษณ์อักษร เป็นประเด็นที่น่าสนใจที่สุด ทั้งนักวิชาการ ทนายความ อัยการและแม้แต่ผู้พิพากษาเอง ก็ตีความความหมายในวรรคที่สองของมาตรา 276 แตกต่างกัน

เนื่องจากมาตรา 276 เดิมที่บัญญัติใช้มาตั้งแต่ปี 2499 เป็นเวลาถึง 51 ปี นั้น ไม่เคยมีนิยามของคำว่าข่มขืนกระทำชำเราบัญญัติเอาไว้เลย ที่ผ่านมา การวินิจฉัยว่า ต้องกระทำไปแค่ไหนเพียงใดถึงจะเป็นความผิดฐานข่มขืน ก็จะยึดตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509 ที่วางหลักไว้ว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะเป็นความผิดสำเร็จก็ต่อเมื่อของลับของชายล่วงล้ำเข้าไปในของลับของหญิง 1 องคุลี คือ ประมาณครึ่งซีกแรกของนิ้วกลาง โดยชายนั้นไม่ต้องสำเร็จความใคร่หรือหญิงไม่จำเป็นต้องถึงกับเยื่อพรหมจารีหญิงนั้นก็มีความผิดสำเร็จแล้วจากแนวคำพิพากษาดังกล่าวนี้เป็นที่ยึดถือกันมายาวนานในหมู่นักกฎหมาย ทำให้เดิม ความหมายของ การข่มขืนกระทำชำเราจำกัดอยู่เพียงแค่ว่าเมื่ออวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเพียงกรณีเดียวเท่านั้น หากเป็นกรณีอวัยวะเพศชายล่วงล้ำทวารหนัก หรือช่องปาก หรือใช้สิ่งของอื่นล้วงล้ำทางอวัยวะเพศหรือทวารหนัก แม้ว่าจะทำให้ผู้เสียหายทุกข์ทรมานเพียงใด ศาลก็จะวินิจฉัยว่าเป็นเพียงความผิดฐานอนาจาร⁹⁰ เท่านั้น ซึ่งมีโทษต่างกันมาก

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ปัจจุบันมีการกระทำทางเพศในแบบฟืนธรรมชาติอาจก่อความเสียหายทางจิตใจหรือทางร่างกายเท่ากับหรือมากกว่าการร่วมเพศแบบธรรมชาติเสียด้วยซ้ำ ขอบเขตของคำว่าข่มขืนกระทำชำเราหมายความว่าความรวมไปถึงการกระทำกับทวารหนักและช่องปากตามมาตรา 276 วรรคสองการร่วมเพศในสมัยนี้ ไม่ได้มีเพียงแบบการร่วมประเวณีแบบพื้นฐานเท่านั้น ยังมีกิจกรรมทางเพศของคนเพศเดียวกัน แบบพึงพอใจกับการใช้วัตถุสิ่งของหรือวัสดุแบบต่างๆ ที่หลากหลาย เช่นการใช้เชือกคล้องในอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักของชายเป็นต้น⁹¹

⁹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874/2491 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518 การกระทำชำเราตามกฎหมายจะต้องปรากฏว่าของลับ หรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง แต่คดีนี้ได้ความว่าของลับหรืออวัยวะเพศสืบพันธุ์ของจำเลยได้ล้วงล้ำเข้าไปทางทวารหนักของผู้เสียหาย จึงไม่เป็นการกระทำชำเราตามกฎหมาย (ปัจจุบันถือว่าผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคสอง)

⁹¹ หนุ่มใหญ่อังกฤษวัย 50 ปี ดับอนาถ หลังใช้ “เชือกสตัยสอดเข้าช่องทวารหนักแต่เอาออกไม่ได้หลายวันจนล้าไส้ใหญ่ติดเชื้อ.” วันพุธ 13 สิงหาคม 2557. สืบค้นเมื่อวันที่ 24 สิงหาคม 2557, จาก <http://www.dailynews.co.th/Content/foreign/259112>.

จะเห็นได้ว่ากรณีที่ผู้กระทำจับอวัยวะเพศผู้เสียหายก็ดี หรือการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำไปกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายจนสำเร็จความใคร่ก็ดี ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายเดิม เป็นเพียงความผิดฐานอนาจารเท่านั้น เพราะกรณีเห็นได้ชัดเจนว่าเจตนาของผู้กระทำคือไม่ได้ต้องการกระทำถึงขนาดการสอดใส่ แต่หากนำมาปรับกับนิยามคำว่าข่มขืนกระทำชำเราในมาตรา 276 ปัจจุบัน ก็อาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ทันที

ดังนั้นด้วยความเคารพผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวคำพิพากษาในปัจจุบัน กล่าวคือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะต้องมีการ“สอดใส่” โดยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตาม มาตรา 276 ก่อนมีการแก้ไขในปี พ.ศ. 2550 ในบทบัญญัติไม่ได้นิยามว่าการข่มขืนเป็นเช่นไร แต่ศาลได้มีแนวทางตีความเอาไว้ว่าการข่มขืนจะต้องมีการล่วงล้ำสอดใส่เข้าไป ตามฎีกาต่างๆ ต่อมา มีการแก้ไขในปี พ.ศ. 2550 ม.276 วรรคสอง ได้เพิ่มเติมนิยามการข่มขืนไว้ โดยใช้คำว่า “กระทำกับ” หลังมีการแก้ไขปี พ.ศ. 2550 ที่เพิ่มเติมนิยาม 276 วรรคสองแล้ว ศาลยังก็ยังคงตัดสินโดยตีความว่าการข่มขืนจะต้องมีการล่วงล้ำตามคำพิพากษาศาลฎีกาหลังปี พ.ศ. 2550 ปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555⁹² แม้จะมีการนิยามคำว่ากระทำกับใน ม.276 วรรคสองก็ตาม ในนานาประเทศตามที่กล่าวมาแล้วนั้น การกระทำความผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเราได้ ย่อมต้องมีการล่วงล้ำโดยใช้คำว่า “Sexual Intercourse” กฎหมายเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้คำว่า “Sexual Intercourse” หรือ Sexual Penetration” ซึ่งก็ย่อมมีความหมายรวมถึงการสอดใส่อยู่ในตัวอยู่แล้ว

หากพิจารณาถึงที่มาของกฎหมายข่มขืนที่แก้ไขใหม่นี้ เปรียบเทียบกับกฎหมาย The Sexual Offences Act 2003 ของประเทศอังกฤษ ซึ่งแบ่งความผิดทางเพศออกเป็น 4 ประการ คือ

⁹² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ต้องการขยายความหมายของการกระทำชำเราว่า นอกจากหมายถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำต่ออวัยวะเพศของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำด้วย เท่ากับเป็นการเพิ่มอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่ เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำนอกจากจะกระทำชำเราโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้สิ่งอื่นใด เช่น การใช้อวัยวะเพศเทียมกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำด้วย เป็นกรณีที่ขยายความหมายของคำว่ากระทำชำเรา ในแง่เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำและอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่เท่านั้น ส่วนกรณีอย่างไรจึงจะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จนั้นก็คงยังมีความหมายอยู่ว่า จะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จได้ต้องถึงขั้นอวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำ หรือล่วงล้ำเข้าไปในทวารหนักของผู้ถูกระทำ หรือล่วงล้ำเข้าไปในช่องปากของผู้ถูกระทำ หากมีการใช้สิ่งของอย่างอื่น เช่น อวัยวะเพศเทียม สิ่งของอย่างนั้นก็ต้องมีการล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำเช่นกัน

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁹³ ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่ และความผิดฐานทำให้ผู้อื่นเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือ การร่วมประเวณีระหว่างชายและหญิง โดยสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าในอวัยวะเพศหญิง ทวารหนักหรือช่องปาก ซึ่งจำกัดผู้กระทำเป็นชาย และผู้ถูกกระทำเป็นหญิง ส่วนการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้อื่นด้วยรูปแบบอื่น จะเป็นความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ ซึ่งมีโทษเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเรา โดยกฎหมายจำกัดเพียงผู้กระทำต้องเป็นชายเท่านั้นแต่ผู้ถูกกระทำเป็นหญิงหรือชายก็ได้⁹⁴ หากเป็นอวัยวะเพศหญิงที่แปลงเพศย่อมมีความผิดข่มขืนกระทำชำเราเช่นกัน ส่วนการล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่ จะเทียบได้กับความผิดฐานอนาจารในแต่ละมาตราในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยเท่านั้น

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา บางมลรัฐกำหนดผู้กระทำเป็นชายเท่านั้น เช่นรัฐจอร์เจีย รัฐโอคาโฮ รัฐอินเดียน่า บางมลรัฐกำหนดให้เป็นหญิงหรือชายก็ได้แม้การบัญญัติกฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เช่น รัฐมิชิแกน รัฐนิวยอร์ก แต่หากมีการศึกษาตามกฎหมายอาญาใน Model Penal Code Section จะปรากฏตามมาตรา 213.0 (1)-(3) และมาตรา 213.1⁹⁵ แต่ก็มีบางมลรัฐ

⁹³ มาตรา 276 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550.

⁹⁴ มาตรา 1 การข่มขืนกระทำชำเรา

(1) บุคคล (A) กระทำความผิดเมื่อ

(a) บุคคลนั้นกระทำชำเราโดยการล่วงล้ำต่ออวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือปากของอีกบุคคลหนึ่ง (B) (ด้วยอวัยวะเพศชาย)ของเขา โดยเจตนา

(b) B ไม่ได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำชำเรานั้น และ

(c) A ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า B ให้ความยินยอม

(2) มีเหตุอันควรเชื่อได้หรือไม่จะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมด รวมทั้งข้อเท็จจริงในแต่ละขั้นที่ทำให้ A เข้าใจได้ว่า B ยินยอมหรือไม่

(3) มาตรา 75 และ มาตรา 76 ใช้บังคับกับความผิดตามมาตรานี้ด้วย

(4) บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิต เมื่อได้มีการพิจารณาพิพากษาว่ามีความผิด

⁹⁵ ตามมาตรา 213.0 (1)-(3) และมาตรา 213.1 ของ Model Penal Code ได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ว่า ชายใดกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนจะถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ถ้าชายบังคับหญิงโดยใช้กำลังหรือโดยการข่มขู่ว่าจะทำอันตรายให้ถึงแก่ชีวิต หรือควบคุมหญิงโดยการใส่ยา ทำให้หญิงได้รับอันตรายสาหัส หรือทำให้เจ็บปวดอย่างรุนแรง ลักพาหญิง หรือทำให้บุคคลใดๆ ได้รับความทรมานหรือทำให้หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือโดยการควบคุมหญิงนั้น

ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ให้ความคุ้มครองหญิงซึ่งเป็นภริยา โดยการบัญญัติเป็นกฎหมายว่าการร่วมเพศกับภริยาของตนเองโดยใช้กำลังบังคับถือว่าเป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อันได้แก่ มลรัฐออเรกอน มลรัฐดีลาแวร์ มลรัฐไอโอวา มลรัฐเนบราสกา มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ฯลฯ⁹⁶

ทั้งนี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายของต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศอังกฤษยังคงกำหนดให้ผู้กระทำเป็นชายเท่านั้นที่กระทำความผิดแม้ผู้ถูกกระทำจะเป็นชายหรือหญิงก็ได้ ตรงข้ามกับของประเทศไทยที่กฎหมายบัญญัติให้เปิดกว้างมากขึ้น โดยบัญญัติให้ทั้งเพศชายและเพศหญิงก็ได้หากมีเจตนากระทำการข่มขืนกระทำชำเราแล้วถือว่าเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 276 แม้จะกระทำกับปาก ทวารหนักก็เข้าตามบทบัญญัติมาตรา 276 วรรคแรกทั้งหมดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท แต่ประเทศอเมริกานับผิดเป็นความผิดอีกมาตราหนึ่งอย่างชัดเจนปรากฏตามมาตรา ของ Model Penal Code 213.2. เป็นกระทำผิดโดยเบี่ยงเบนทางเพศ (Deviate Sexual Intercourse by Force or Imposition) เป็นต้น

ไว้โดยการวางยาหญิง หรือโดยการใส่ยาโดยที่หญิงไม่รู้ว่ามีการใส่ยา หรือโดยการใส่ของมีนเมาหรือโดยวิธีการอื่นใดเพื่อให้หญิงไม่สามารถปกป้องตนเองได้ หรือทำให้หญิงหมดสติ หรือกระทำกับหญิงมีอายุเกินสิบปี นอกจากนี้การข่มขืนกระทำชำเรายังหมายรวมถึง การกระทำชำเราทั้งหมดหรือบางส่วนและรวมถึงการผ่านเข้าไปเพียงเล็กน้อยโดยไม่จำเป็นต้องหลั่งน้ำอสุจิ

⁹⁶ จาก “ข่มขืนภริยาของตนเองเป็นความผิดอาญา.” โดย จวิสสิฐ เอื้อวิโรจน์กุล. (2524). *บทบัญญัติ* 38,4 น. 491.