

สาระสำคัญของการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 27: ศึกษาเฉพาะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา The Content of the 27th Revision of Criminal Code: Study on Rape

ศุทธิณี อยู่สวัสดิ์¹

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร 99 หมู่ 9 ตำบลท่าโพธิ์ อำเภอเมือง จังหวัดพิษณุโลก 65000

เมลล์ติดต่อ: Suttineey@nu.ac.th

Suttinee Yusawat

Faculty of Law, Naresuan University, 99, Moo 9, Tha Pho, Phitsanulok, 65000, E-mail: Suttineey@nu.ac.th

Recived: September 6, 2019; Revised: October 22, 2019; Accepted: November 7, 2019

บทคัดย่อ

ความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญานั้น ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมมาแล้วด้วยกันหลายครั้ง ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมในแต่ละครั้งนั้น นอกจากเพื่อความสมบูรณ์ของตัวบทกฎหมาย หรือเพื่อการใช้การตีความแล้ว ยังขึ้นอยู่กับบริบทของสังคม ตลอดจนการเปลี่ยนแปลงของแนวความคิด ค่านิยม และบรรทัดฐานทางสังคมอีกด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้ประมวลกฎหมายอาญามีความทันสมัย และสามารถบังคับใช้ได้เสมอ

ในการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุดนั้น คือ ครั้งที่ 27 มีการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งคำนิยามของการกระทำชำเรา ตลอดจนแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนที่กระทบหรือเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบความผิดอาญาในความผิดฐานนี้

บทความนี้จึงมุ่งศึกษาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและรวบรวมปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้การตีความตัวบท แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนข้อสังเกตในประเด็นปัญหาเรื่องการใช้การตีความกฎหมายฐานดังกล่าว

คำสำคัญ: ความผิดฐานข่มขืน การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 27

¹ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร (Lecturer, Faculty of Law, Naresuan University).



Abstract

Provisions pertaining to sexual offences under Thai Penal Code has often been amended. Apart from benefits of legal fulfillment and construction, the amendment was made in line with currently social contexts (e.g., changes in belief, values, and social institutions). Such amendment is aimed to keep the statute updated and enforceable.

Obviously, the recent amendment in relation thereto (27th Amendment), thereby definition of ‘raping’ was successfully reconsidered. This also covers element of (sex) crime.

This paper is designed to scrutinize the rape crime, and collect relevant and problematic facts concerning the crime, court’s ruling. The paper also raises awareness of legal interpretation governing the crime.

Keywords: rape offense, 27th amendment of penal code

1. บทนำ

เมื่อพิจารณาย้อนกลับไปยังประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของไทย คือ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ที่ประกาศใช้เมื่อปี พ.ศ. 2451 ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายที่ถูกจัดทำขึ้นตามรูปแบบการจัดทำประมวลกฎหมาย (Codification) ของภาคพื้นยุโรป จึงเป็นประมวลกฎหมายที่นำกฎหมายของประเทศต่าง ๆ มาเป็นแนวทางในการประกอบกร่างกฎหมายดังกล่าว ซึ่งปรากฏความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา อยู่ในหมวดที่ 2 เรื่องความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา ในมาตรา 243² โดยตลอดระยะเวลาที่ยาวนานนั้น มีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามาโดยตลอด จนถึงปัจจุบันได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ดังนี้ บทความนี้จะจึงมุ่งศึกษาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความหมายใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเรา ตลอดจนรวบรวมปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้การตีความตัวบท แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องตลอดจนข้อสังเกตในประเด็นปัญหาเรื่องการตีความกฎหมายฐานดังกล่าว

2. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

2.1 คำนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา”

คำนิยามของคำว่า กระทำชำเรา นั้น เดิมก่อนปี พ.ศ. 2550 ไม่ได้มีการกำหนดคำนิยามไว้เป็นการเฉพาะ หากแต่อาศัยการตีความของนักกฎหมายหรือศาล โดยความหมายของการกระทำชำเรา มาจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1646/2532 ซึ่งกล่าวโดยสรุปว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น จะเป็นความผิดสำเร็จเมื่ออวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง แม้ชายยังไม่สำเร็จความใคร่ก็ตาม³

² หุตุย แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), 357-359.

³ คำพิพากษานี้ เป็นการนำมาตรา 276 ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 มาวินิจฉัยปรับบท ซึ่งมีความว่า ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมีอายุของตนโดย ชู้หญิงด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท



หากแต่เมื่อปี พ.ศ. 2550 สังคมไทยมีการยอมรับเรื่องความเท่าเทียมกันทางเพศ ตลอดจนรสนิยมทางเพศที่หลากหลาย จึงจำเป็นต้องมีการกำหนดคำนิยามของคำดังกล่าวให้มีความชัดเจนแน่นอน (Precision)⁴

ดังนั้น คำนิยามของคำว่า กระทำชำเรา จึงปรากฏครั้งแรกในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 มาตรา 276 วรรค 2 โดยมีความว่า การกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรค 1 หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ซึ่งคำนิยามดังกล่าว เป็นการเปลี่ยนแปลงลักษณะการกระทำและองค์ประกอบของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจากมาตรา 276 (เดิม ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม ปี พ.ศ. 2550) ซึ่งปล่อยให้เป็นที่ข้องศาลในการอธิบาย ตลอดจนเป็นผู้วางบรรทัดฐานคำนิยามดังกล่าว กลายเป็นการกำหนดคำนิยามไว้ในตัวบทกฎหมายอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่พิพากษายกหลังจากมีการแก้ไขเพิ่มเติมคำนิยามดังกล่าว กลับยังคงพิพากษาไปตามมาตรา 276 (เดิม) คือ ต้องมีการล้วงล้าหรือสอดใส่ในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก⁵ ดังนั้นย่อมเห็นได้ว่า ศาลฎีกาเห็นว่า คำว่า **กระทำกับ** ตามมาตรา 276 (แก้ไขเพิ่มเติม ปี พ.ศ. 2550) หมายถึง การสอดใส่ (penetration) นั้นเอง⁶ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6816/2554 แม้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคแรก (เดิม) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้ในขณะจำเลยกระทำความผิด และต้องใช้อย่างเคร่งครัด ประกอบกับกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมในภายหลังไม่เป็นคุณแก่จำเลยและมิได้ให้คำนิยามของการกระทำชำเราไว้ แต่ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง ที่แก้ไขในภายหลัง ให้คำนิยามของการกระทำชำเราไว้ว่า หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปากของผู้อื่น หรือ

⁴ ดูหมายเหตุแห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ซึ่งมีสาระสำคัญว่า มาตรา 276 (ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม) นั้น เป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ จึงสมควรแก้ไขบทบัญญัตินี้ดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศที่เคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

⁵ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, *ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง*, พิมพ์ครั้งที่ 41 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562), 463.

⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2*, พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินตติ้ง (ประเทศไทย), 2557), 437.

การใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ซึ่งเป็นเพียงการขยายความ แต่ยังคงเทียบเคียงการกระทำชำเราตามกฎหมายเดิมได้ ดังนั้นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราหญิงนั้น ผู้กระทำจะต้องใช้อวัยวะเพศของตนกระทำในลักษณะใกล้ชิดพร้อมที่จะใช้อวัยวะเพศสอดใส่กับอวัยวะเพศของหญิงผู้ถูกระทำ การกระทำของจำเลยที่ใช้ร่างกายบังคับจุดกระชากลากตัวผู้เสียหายเข้าไปในห้องน้ำ ล็อกประตูห้องน้ำ ถอดกางเกงชั้นนอกและกางเกงในของผู้เสียหายออก แล้วจับนมและอวัยวะเพศของผู้เสียหาย ซึ่งถือเป็นการกระทำการลวนลามผู้เสียหายแล้ว แต่จำเลยยังไม่ได้ถอดกางเกงที่ตนเองสวมใส่ออก การกระทำของจำเลยจึงยังไม่ถึงขั้นที่พยายามใช้อวัยวะเพศของตนเองสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย จึงถือว่าลักษณะการกระทำความผิดของจำเลยยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำการข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายได้ การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดเพียงฐานกระทำอนาจารผู้เสียหายเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสเท่านั้น

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากคำนิยามนี้ในส่วนของผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดนั้น จะเป็นเพศใดก็ได้ มิได้จำกัดเฉพาะชายกระทำต่อหญิงอีกแล้ว หากแต่ทั้งหญิงและชายล้วนแล้วแต่เป็นผู้กระทำความผิดและเป็นผู้เสียหายได้ทั้งสิ้น เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบันที่เคารพความเท่าเทียมกันทางเพศและกิจกรรมทางเพศ⁷

สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุดนั้น ได้มีการกำหนดคำนิยามไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (18) ความว่า “กระทำชำเรา” หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น⁸ ซึ่งจากคำนิยามใหม่นี้ย่อมเห็นได้ว่า มีการเปลี่ยนจากคำว่า “กระทำกับ” เป็นการ “ล้วงล้า” และนอกจากนี้การล้วงล้านี้หมายความว่าเฉพาะแต่การล้วงล้าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ส่วนการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นนั้น ได้ย้ายไปเป็นเหตุจรรยาของการทำอนาจารไป

เมื่อการใช้สิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นใดล้วงล้าอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นได้ถูกย้ายไปเป็นเหตุจรรยาของการอนาจาร ดังนั้น การที่ผู้กระทำใช้นิ้วสอดใส่อวัยวะเพศของผู้เสียหายจากเดิมผู้กระทำความผิดมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (rape) แต่ปัจจุบันจะมีความผิดฐานอนาจารโดยการล้วงล้า (sexual assault by penetration) ซึ่งเป็นอนาจารที่

⁷ Richard Card, *Criminal Law*, 19th ed. (Oxford University Press, 2010), 345-346.

⁸ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 มาตรา 3 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (18) ของมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา “(18) “กระทำชำเรา” หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น”



มีเหตุเพิ่มโทษ การแก้ไขดังกล่าวคล้ายกับความผิดฐานอนาจารโดยการล่วงล้ำ (assault by penetration) ในกฎหมายอังกฤษ⁹

นอกจากนี้ ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายเดิม สอดคล้องกับความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายหลายประเทศและสอดคล้องหลักการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (General Principle of respect for human dignity) นอกจากนี้ หากพิจารณาในแง่ความเสียหาย (harm) การที่ผู้เสียหายถูกบังคับสอดใส่อวัยวะเพศหรือทวารหนัก ไม่ว่าด้วยสิ่งใดก็ตาม น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายที่เท่ากัน ไม่ว่ามองจากผู้เสียหายหรือมองจากสังคม¹⁰

2.2 องค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรค 1 ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 (ฉบับเดิมก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ปี พ.ศ. 2550) บัญญัติว่า

“ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมีใช้ภริยาของตนโดย ชู้เช็ดด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท”

ย่อมเห็นได้ว่า เดิมกฎหมายยังมิได้ให้ความสำคัญคุ้มครองเรื่องความเท่าเทียมทางเพศและคุ้มครองความผาสุกในการกินอยู่ร่วมกันของสามีภริยา ดังนั้น กฎหมายจึงคุ้มครองเฉพาะการที่ชายกระทำต่อหญิงอื่นที่มีใช้ภริยาตนเท่านั้น หากชายข่มขืนหญิงซึ่งเป็นภริยาของตนย่อมไม่ต้องด้วยองค์ประกอบภายนอกแห่งความผิดตามมาตรา¹¹ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6991/2549 คำว่า“ข่มขืนกระทำชำเรา” หมายถึงการร่วมประเวณีกับหญิงซึ่งมีใช้ภริยาของตน เมื่อมีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยตามฎีกาของจำเลยประการแรกว่า คำฟ้องของโจทก์ไม่ครบองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเนื่องจาก “ไม่ได้บรรยายลักษณะของการข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่ เห็นว่า ข้อความ “ข่มขืนกระทำชำเรา” หมายถึงการร่วมประเวณีกับหญิงซึ่งมีใช้ภริยาของตนคือผู้เสียหาย โจทก์บรรยายข้อความต่อว่า “จำเลยใช้กำลังประทุษร้าย... โดยผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้...” แม้โจทก์ไม่บรรยายข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลักษณะของการข่มขืนกระทำชำเรา แต่เป็นรายละเอียดที่โจทก์

⁹ ปกป้อง ศรีสนิท, การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเรื่องเพศ: ความหมายใหม่และโทษของการข่มขืนกระทำชำเรา, สืบค้นเมื่อวันที่ 22 ตุลาคม 2562 จาก <https://www.the101.world/rape-in-thai-law/>.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน

นำสืบในชั้นพิจารณาได้ คำฟ้องของโจทก์จึงครบองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคแรก

ต่อมาเมื่อสังคมมีการเปลี่ยนแปลงเรื่องการคุ้มครองความเท่าเทียมกันทางเพศและสิทธิในครอบครัว จึงมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบความผิดใหม่ ปรากฏในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ตามความในมาตรา 3 ว่าให้ยกเลิกความในมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 ซึ่งมาตรา 276 วรรค 1 และวรรค 2 บัญญัติว่า

“ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”

โดยจากคำว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่มีไข้ภริยาตน” เป็น “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น” จึงทำให้จากเดิมจำกัดเฉพาะเพศชายเท่านั้นที่เป็นผู้กระทำความผิดได้และต้องเป็นการกระทำต่อหญิงอื่นที่มีไข้ภริยาของชายนั้น เป็นชายข่มขืนหญิงซึ่งแม้เป็นภริยาของตนก็ถือเป็นความผิด รวมทั้งชายข่มขืนชาย หรือหญิงข่มขืนชาย รวมถึงหญิงข่มขืนหญิง ด้วย

นอกจากนี้ มาตรา 276 วรรค 2 นี้ ยังได้มีการเพิ่มเติมลักษณะแห่งการกระทำว่าการกระทำใดเป็นการชำเราอีกด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วค่อนข้างกว้างเพราะหมายรวมการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นด้วย ซึ่งเป็นการกระทำที่กฎหมายต่างประเทศถือเป็นเพียงการกระทำอนาจารเท่านั้น¹¹ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4355/2558 มีปัญหาต้องวินิจฉัยตามฎีกาของโจทก์ว่า จำเลยได้ข่มขืนกระทำชำเราโจทก์ร่วมในวันเกิดเหตุหรือไม่ เห็นว่า ตามประมวลกฎหมายอาญาเดิมผู้ที่จะมี ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องเป็นชายข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นที่มีไข้

¹¹ เมื่อพิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายในระบบ Common Law แล้ว การกระทำอันเป็นองค์ประกอบภายนอก (Actus reus Element) ของความผิดฐานนี้ คือ การสอดใส่ (Penetration) อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง (Vagina) ทวารหนัก (Anus) หรือช่องปาก (Mouth) ของผู้อื่น เท่านั้น ส่วนการใช้อวัยวะอื่นใดหรือวัตถุอื่นใดสอดใส่ในอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักจะเป็นความผิดฐานอนาจารโดยการล่วงล้ำ (Assault by Penetration) ดู Tony Storey, *Unlocking Criminal Law*, 6th ed. (UK: CPI Group, 2017), 413-433.



ภริยาตน แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาที่แก้ไขใหม่ ซึ่งใช้บังคับขณะเกิดเหตุทั้งชายและหญิง อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แม้จะกระทำต่อภริยาหรือสามีของตนเอง หากมีการขู่เชิญด้วยประการใด ๆ ดังที่บัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276

และในการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุดในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562¹² โดยมาตรา 276 วรรค 1 นั้น ยังมีองค์ประกอบเช่นเดิม เพียงแต่ความหมายของการกระทำชำเราได้เปลี่ยนแปลงไป รวมถึงได้มีการนำคำนิยามในมาตรา 276 วรรค 2 ไปบัญญัติไว้ที่มาตรา 1 (18) แทน¹³ และกำหนดคำนิยามขึ้นใหม่ความว่า **“กระทำชำเรา” หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่งล้าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น”**

ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมนี้ ทำให้การกระทำอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้เป็นไปตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินเป็นบรรทัดฐานเสมอมา คือ ต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศล่งล้าเข้าไปในอวัยวะ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นเท่านั้น ส่วนการใช้อวัยวะอื่นใดหรือวัตถุอื่นใดล่งล้าเข้าไปในอวัยวะ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น จะเป็นความผิดฐานอนาจารแทน¹⁴ เนื่องจากการใช้วัตถุอื่นใดที่ไม่ใช่อวัยวะของมนุษย์ ไม่ใช่การกระทำชำเราตามธรรมชาติ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1390/2555 การกระทำชำเราไม่ว่าเป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นจึงยังคงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากด้วย เพราะไม่เช่นนั้นแล้วเพียงการสัมผัสภายนอกกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่นไม่ว่าด้วยอวัยวะส่วนใดหรือด้วยวัตถุสิ่งใดก็จะเป็นการกระทำชำเราไปเสียทั้งหมด คดีนี้จำเลยเพียงใช้อวัยวะเพศของจำเลยเสียดสีถูไถกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 แม้โดยมีเจตนาเพื่อสนองความใคร่ของจำเลย แต่เมื่อมิได้มีการสอดใส่เพื่อที่จะให้อวัยวะเพศของจำเลยล่งล้าเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1

¹² เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงบทนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ในบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศและบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับศพในประมวลกฎหมายอาญาให้ชัดเจนและสอดคล้องกับลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติ และปรับปรุงบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศบางประการเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย และเพื่อให้ความคุ้มครองบุคคลซึ่งถูกกระทำทางเพศกลุ่มต่างๆ มากยิ่งขึ้น เช่น เด็ก ผู้อยู่ภายใต้อำนาจของผู้กระทำ และผู้ซึ่งไม่สามารถปกป้องตนเองได้ อีกทั้งเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำที่เป็นการเอาเปรียบหรือรับประโยชน์จากผู้ซึ่งค้าประเวณีหรือจากการค้าประเวณี จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

¹³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *สาระสำคัญของการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญา* (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา), 2.

¹⁴ ดูประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278 วรรค 2 และมาตรา 279 วรรค 4 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562).

จึงยังเรียกไม่ได้ว่าเป็นการกระทำชำเรา การกระทำของจำเลยคงเป็นเพียงกระทำอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคแรก

3. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

3.1 บทสรุป

ความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยเฉพาะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้น มีการแก้ไขเพิ่มเติม มาโดยตลอด เพื่อสอดคล้องกับบริบทของสังคมและค่านิยมของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป แม้ว่าบางเรื่องเป็นเพียงการแก้ไขเล็กน้อย เช่น การนำคำนิยามที่เดิมถูกบัญญัติไว้ใน มาตรา 276 วรรค 2 ไปนิยามไว้ในมาตรา 1 (18) เพื่อจัดหมวดหมู่กฎหมายได้ถูกต้อง บางเรื่องอาจ เป็นการแก้ไขมากจนกระทบต่อองค์ประกอบความผิด หรือกระทบต่อการตีความ เช่น การ กำหนดคำนิยามใหม่ของคำว่ากระทำชำเราจากเดิมเป็นการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับ อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือ ทวารหนักของผู้อื่น มาเป็นกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้วัยวะเพศของ ผู้กระทำล้วงล้าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น

ส่วนการใช้วัยวะอื่นใดหรือวัตถุอื่นใดล้วงล้าเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปากของผู้อื่น จะเป็นความผิดฐานอนาจารซึ่งสอดคล้องกับความหมายของการข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) หลายประเทศ เช่น กฎหมาย Common Law ของประเทศอังกฤษ ซึ่งการกระทำ จะเป็นการข่มขืนกระทำชำเราได้ต้องประกอบด้วย การสอดใส่ (Penetration) อวัยวะเพศชาย เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง (Vagina) ทวารหนัก (Anus) หรือช่องปาก (Mouth) ของผู้อื่น

3.2 ข้อเสนอแนะ

เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราครั้งล่าสุดนี้ ได้มีการแก้ไขในคำนิยามของคำว่ากระทำชำเรา ซึ่งถือเป็นการแก้ไขที่ค่อนข้างมาก เพราะทำให้องค์ประกอบความผิดนั้นเปลี่ยนแปลงไป จากเดิมการกระทำจะเป็นความผิดสำเร็จต้องมีใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ “กระทำกับ” เป็นการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ “ล้วงล้า” ผู้เขียน เห็นว่า อาจเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายด้วยมาตรฐานที่ต่ำกว่าเดิม และจะเป็นความผิดสำเร็จยากขึ้น เพราะจะผิดสำเร็จได้ต้องมีการล้วงล้าเข้าไปเสียก่อน จากเดิมที่เป็นเพียงกระทำกับก็เพียงพอที่ความผิดนั้นจะสำเร็จ



นอกจากนี้ การใช้วิธีอื่นใดหรือวัตถุอื่นใดกลับกลายเป็นเพียงความผิดฐานอนาจาร โดยการสอดใส่เท่านั้น แม้ว่าความผิดฐานอนาจารโดยการสอดใส่ตามมาตรา 278 วรรค 2 จะกำหนดโทษเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ก็ตาม แต่จะถูกประณามจากสังคม เนื่องจากความแตกต่างระหว่างข้อหาข่มขืนกับอนาจาร กล่าวคือ ดูเหมือนข้อหาอนาจารโดยการล่วงล้ำตามกฎหมายใหม่จะเบากว่าข้อหาข่มขืนกระทำชำเรา (เดิม) ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการกระทำดังกล่าวมีความรุนแรงดุษณี จึงควรคงไว้เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเช่นเดิม

References

- Card, Richard. *Criminal Law*. 19th ed. Oxford University Press, 2010.
- Kiatkhachon Watchanasawat. *Criminal Law Specific Offences Volume 2*. 6th ed. Bangkok: Bolsiam Printing (Thailand), 2014. [In Thai]
- Office of the Council of State. *The Essential of Revision of Criminal Code in Sexual Offences*. Bangkok, Office of the Council of State, n.d. [In Thai]
- Pokpong Srisanit. *Revision of Criminal Code on Sexual Offences: New Meaning and New Criminal Penalty of Rape Offense*. Date of Searching October 22, 2019 from <https://www.the101.world/rape-in-thai-law/>.
- Storey, Tony. *Unlocking Criminal Law*. 6th ed. UK: CPI Group, 2017.
- Twekiat Menakanist. *The Criminal Code*. 41th ed. Bangkok: Winyuchon Publication House, 2019. [In Thai]
- Yoot Saeng-Uthai, *The Explanation of Criminal Code Rattanakosin era 127*, 7th ed Bangkok: Winyuchon, 2018. [In Thai]