

ความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายไทยที่แก้ไขใหม่: ประเด็นที่แพทย์ควรตระหนัก

Tossanai Pipatchotitham M.D.*, Woramon Boongsood M.D.**

* Department of Pathology and Forensic Medicine, Faculty of Medicine, Thammasat University, Pathumthani, 50200, Thailand

** Division of Forensic Medicine, Thammasat University Hospital, , Thammasat University, Pathumthani, 50200, Thailand

ทศนัย พิพัฒน์โชติธรรม พ.บ.†, วรมน บุ่งสุต††,

† ภาควิชาพยาธิวิทยาและนิติเวชวิทยา คณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปทุมธานี 12120, ประเทศไทย

†† สาขานิติเวช โรงพยาบาลธรรมศาสตร์เฉลิมพระเกียรติ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปทุมธานี 12120, ประเทศไทย

บทคัดย่อ

ความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายไทยได้มีใช้มาตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาและรับต่อเนื่องมาในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ และได้มีการพัฒนา ปรับปรุงและแก้ไขในสอดคล้องกับยุคสมัย สภาพเศรษฐกิจและสังคมมาตลอด ในปีพ.ศ. 2562 ได้มีการตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาระดับที่ 27 พ.ศ.2562 ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดเกี่ยวกับเพศให้สอดคล้องกับความเข้าใจของผู้คนและสภาพความเป็นจริงมากขึ้น แพทย์ในฐานะที่มีบทบาทในการตรวจเก็บวัตถุพยานและให้ความเห็นทางการแพทย์ต่อกระบวนการยุติธรรมจึงควรตระหนักและมีความรู้ความเข้าใจในข้อกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ข้อมูลที่ครบถ้วน และตรงประเด็นต่อกระบวนการยุติธรรม

คำสำคัญ : ความผิดเกี่ยวกับเพศ, กฎหมายไทย, กระทำชำเรา, อนาจาร

บทนำ

การล่วงละเมิดทางเพศเป็นความผิดที่อยู่คู่กับมนุษย์มาช้านาน กฎหมายไทยได้มีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศมาตั้งแต่สมัยต้นกรุงรัตนโกสินทร์ และมีการปรับปรุงให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปมาตลอด และเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2562 ราชกิจจานุเบกษาได้มีการประกาศพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 27 พ.ศ. 2562⁽¹⁾ ได้มีการปรับปรุงในหลายส่วนให้สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงในสังคม แพทย์ในฐานะที่มีส่วนในการตรวจผู้ถูกกระทำรุนแรงทางเพศ และช่วยเหลือกระบวนการยุติธรรมในการตรวจเก็บพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีความ จึงควรมีความรู้ความเข้าใจถึงข้อกฎหมายและเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อช่วยเหลือกระบวนการยุติธรรมให้สอดคล้องกัน

ในบทความนี้จะกล่าวถึงความเป็นมาและลำดับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายไทย ข้อสังเกตและความเห็นเกี่ยวกับกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศที่แก้ไขใหม่ และมุมมองทางด้านนิติเวชศาสตร์สำหรับแพทย์

ความเป็นมาและลำดับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศ

ความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายไทยมีการปรับเปลี่ยนไปตามยุคสมัย สามารถแบ่งการเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่ได้เป็นช่วงเวลา 5 ช่วงดังนี้

1. กฎหมายตราสามดวง

รัชกาลที่ 1 ทรงมีพระบรมราชโองการโปรดให้มีการชำระและรวบรวมกฎหมายเก่าตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา มาตราจชำระใหม่ให้มีความถูกต้องเรียบร้อยเป็นกฎหมายตราสามดวง ด้วยกฎหมายสมัยอยุธยาที่รับสืบทอดมา มีการบัญญัติกฎหมายด้านอาญาปนกับกฎหมายด้านแพ่ง ความผิดเกี่ยวกับเพศที่ถูกบัญญัติไว้ในพระอัยการลักษณะฟัวเมีย จึงเป็นเรื่องความสัมพันธ์โดยเน้นคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดาหรือสามี และกำหนดเรื่องการใช้สินไหมทดแทนกับชายผู้ล่วงละเมิดหญิงต่ออำนาจปกครองหรือเกียรติยศของบิดามารดาหรือสามีของหญิงมากกว่าการคุ้มครองหญิงหรือเด็กหญิงเอง⁽²⁾

ความหมายของการกระทำชำเราตามพระอัยการลักษณะฟัวเมีย หมายถึงการร่วมประเวณีระหว่างชายหญิงตามธรรมชาติ ส่วนการกระทำอนาจารหมายถึง การจับมือ ถือนม กอดจูบ ลักลอบทำชู้ หรือขึ้นไปหาบุตรหญิงของผู้อื่นถึงในเรือน อันเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำที่ไม่เหมาะสมทางเพศ ส่วนอายุขั้นต่ำที่คุ้มครองกฎหมายคือที่อายุไม่เกิน 7 ปี (กฎหมายบัญญัติไว้ว่า “เด็กไม่รู้เดียงสา”)

2. พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 และ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127

ในรัชสมัยรัชกาลที่ 5 ได้มีการปรับปรุงระบบบริหารราชการแผ่นดินและปฏิรูปการศาลให้เข้าสู่รูปแบบสมัยใหม่เพื่อแก้ไขข้อเสียเปรียบในเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต แต่การจัดทำกฎหมายในลักษณะประมวลกฎหมายใช้เวลาามาก จึงได้มีการประกาศใช้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ขึ้นมาก่อน⁽³⁾ โดยสาระสำคัญดังนี้

- บัญญัติให้ความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นโทษทางอาญาโดยเฉพาะ เน้นลงโทษพฤติกรรมที่ผิด และคุ้มครองตัวหญิงผู้เสียหายมากกว่าอำนาจปกครองหญิง
- บัญญัติความผิดฐานทำชำเราหญิงโดยขืนใจ หญิงยินยอม หรือขู่เข็ญจะทำร้ายแก่ร่างกายและชีวิตหญิง
- บัญญัติความผิดฐานทำชำเราหญิงอายุต่ำกว่า 12 ปี แม้จะยินยอม
- การทำชำเรา เพียงของชายจดถึงทวารหญิงเท่านั้น ก็ให้ถือว่าถึงชำเราทีเดียว
- บัญญัติความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาตามมนุษย์ คือการทำชำเราทางเวจมรรค (ทวารหนัก) และทำชำเราสัตว์เดรณาน
- ไม่มีบทบัญญัติความผิดฐานอนาจาร แต่ความผิดฐานอนาจารยังใช้บังคับตามพระอัยการลักษณะฟัวเมีย
- บัญญัติความผิดฐานพยายามและ ผู้ที่สนับสนุน

ต่อมาได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายเป็นกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ขึ้นมาใช้แทน โดยกฎหมายลักษณะอาญามีโครงสร้างตามแบบสมัยใหม่เป็นลักษณะประมวลกฎหมาย ความผิดเกี่ยวกับเพศจึงได้บัญญัติไว้ในภาค 2 ว่าด้วยความผิด ความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ยังคงความผิดตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 และเพิ่มเติมฐานความผิดอื่นและรวมความผิดฐานอนาจารเข้าไว้ด้วยกัน⁽³⁾ โดยมีสาระสำคัญดังนี้

- บัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราขืนใจหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนเอง รวมการใช้กำลังกายและวาจาขู่เข็ญหรือโดยใช้อุบายหลอกลวงเจตนาร้าย (โดยแนวคำพิพากษาฎีกาตามกฎหมายนี้ได้ยึดเมื่อของลับชายเข้าไปในของลับของหญิง)

- บัญญัติบทเพิ่มโทษการกระทำชำเราซึ่งใจหญิงในกรณีที่มีบาดเจ็บถึงสาหัส หรือถึงแก่ความตาย
- บัญญัติความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ (รวมการกระทำชำเราทางทวารหนัก การมีเพศสัมพันธ์กับเพศเดียวกันทั้งชายกับชายและหญิงกับหญิง การกระทำชำเราสัตว์ และเป็นความผิดทั้งผู้กระทำและผู้ยินยอมให้กระทำ)
- บัญญัติความผิดฐานอนาจารมารวมกันไว้ในกฎหมายฉบับเดียวกัน (โดยแนวคำพิพากษาฎีกาตามกฎหมายนี้ ได้ยึดการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำที่ไม่เหมาะสมทางเพศ)
- กำหนดอายุขั้นต่ำในการให้ความยินยอมทั้งกระทำชำเราและอนาจารเป็นอายุไม่เกิน 13 ปี (เดิมกำหนดไว้เป็นอายุไม่เกิน 12 ปี และได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2472 แก้ไขเป็นอายุไม่เกิน 13 ปี)

3. ประมวลกฎหมายอาญาก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมาย (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550

ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศว่า โดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงกฎหมายอาญาเสียใหม่ เพราะตั้งแต่ได้ประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญาในพุทธศักราช 2451 เป็นต้นมา พฤติการณ์ของบ้านเมืองได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นอันมาก จึงได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศให้ พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499⁽⁴⁾ อันมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2500 และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรวม 4 ครั้ง ได้แก่ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 พ.ศ.2514⁽⁵⁾, พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525⁽⁶⁾, พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530⁽⁷⁾, พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2540⁽⁸⁾ โดยมีการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญในช่วงดังกล่าวดังนี้

- ตัดบทบัญญัติความผิดการชำเราทางทวารหนัก และการชำเราสัตว์ออกไป ตั้งแต่ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา
- ผู้เสียหายกรณีกระทำชำเราเป็นได้เฉพาะเด็กหญิงหรือหญิงซึ่งมิใช่ภริยาตนเท่านั้น
- กำหนดอายุขั้นต่ำในการให้ความยินยอมเป็นอายุไม่เกิน 15 ปี (ทั้งกระทำชำเราและอนาจาร)
- บัญญัติบทเพิ่มโทษกรณีใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโทรมหึง
- บัญญัติบทเพิ่มโทษกรณีผู้เสียหายได้รับอันตรายสาหัส หรือถึงแก่ความตาย
- ผู้เสียหายกรณีพาไปเพื่ออนาจารเป็นได้ทั้งชายและหญิง
- บัญญัติบทเพิ่มโทษในกรณีกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล
- บัญญัติความผิดฐานดำรงชีพจากหญิงซึ่งค้าประเวณี
- บัญญัติความผิดฐาน ค้า จ่ายแจก เพยแพร่ ฯลฯ สื่อบลามอนาจาร
- ปรับอัตราโทษความผิดบางมาตราถึง โทษจำคุกตลอดชีวิต และโทษประหารชีวิต (มาตรา 277ทวิ, มาตรา 277ตรี)

ทั้งนี้ในประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติถึงนิยามของการกระทำชำเราและอนาจารเอาไว้ชัดเจน แต่ได้มียึดตามหลักคำพิพากษาฎีกามาเป็นแนวมาตลอดคือ การกระทำชำเราหมายถึง การร่วมประเวณีที่อวัยวะสืบพันธุ์ของชายต้องล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงเท่านั้น⁽⁹⁾ และการกระทำอนาจารหมายถึง การกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายที่ไม่เหมาะสมทางเพศ เช่น กอด ปล้ำ จับอวัยวะเพศ ฯลฯ (10-12)

4. การแก้ไขความผิดทางเพศในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19)

พ.ศ.2550 - พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ.2560

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) ได้มีการแก้ไขความผิดเกี่ยวกับเพศเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากเพื่อให้คุ้มครองความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาค และสอดคล้องกับสิทธิความเท่าเทียมและการไม่เลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความแตกต่างทางเพศ⁽¹³⁾ จึงได้มีการบัญญัติให้คุ้มครองผู้เสียหายทั้งชายและหญิง โดยบทบัญญัติความผิดที่ได้รับการแก้ไขในครั้งนี้ส่วนหนึ่งอ้างอิงมาจากพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 หรือ The Sexual Offences Act 2003 ของ ประเทศอังกฤษ⁽³⁾ เป็นหลักโดยมีสาระสำคัญในการแก้ไขคือ

- ผู้เสียหายเปลี่ยนจากหญิงซึ่งมิใช่ภริยาตนเป็นผู้อื่น ผู้เสียหายจึงเป็นได้ทั้งหญิงและชาย
- กำหนดนิยามการกระทำชำเรา หมายความว่า “การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”

และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอีก 5 ครั้งใน พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2550⁽¹³⁾, พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558⁽¹⁴⁾, พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558⁽¹⁵⁾, พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558⁽¹⁶⁾, พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2560⁽¹⁷⁾ โดยมีการแก้ไขที่สำคัญดังนี้

- บัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราศพ อนุาจารศพ
- บัญญัติห้ามอ้างความไม่รู้อายุในกรณีกระทำชำเราและอนุาจารเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี
- ปรับอัตราโทษปรับให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนไป
- บัญญัติความผิดฐานครอบครอง ค้า จ่ายแจก เผยแพร่ ฯลฯ สื่อลามกอนุาจารเด็ก

5. พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ.2562

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ได้มีการแก้ไขความผิดเกี่ยวกับเพศเพื่อให้ บทนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ชัดเจนและสอดคล้องกับลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติ และคุ้มครองบุคคลซึ่งถูกกระทำทางเพศกลุ่มต่างๆ มากยิ่งขึ้น เช่น เด็ก ผู้อยู่ภายใต้อำนาจของผู้กระทำ และผู้ซึ่งไม่สามารถปกป้องตนเองได้ และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 28 พฤษภาคม 2562 เป็นต้นไป⁽¹⁾ โดยมีแก้ไขที่สำคัญดังนี้

- เดิมบทนิยามกระทำชำเราเคยอยู่ในมาตรา 276 และ 277 ได้ย้ายมากำหนดไว้ในบททั่วไปใน มาตรา 1⁽¹⁸⁾ เป็น “กระทำชำเรา” หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น
- บัญญัติบทเพิ่มโทษกระทำชำเราและอนุาจารในกรณีผู้ถูกกระทำเข้าใจว่ามีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด (มาตรา 276 วรรคสอง, มาตรา 277 วรรคสาม, มาตรา 278 วรรคสาม, มาตรา 279 วรรคหก)
- บัญญัติบทเพิ่มโทษข่มขืนกระทำชำเราผู้ใหญ่ในกรณีใช้อาวุธ (มาตรา 276 วรรคสาม)
- เพิ่มอัตราโทษจำคุกและโทษปรับในการกระทำชำเราเด็ก (มาตรา 277 วรรคหนึ่ง)
- ปรับบทลดโทษกระทำชำเราเด็กในกรณีที่ศาลพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก และไม่มีกรมสมรส (มาตรา 277 วรรคห้า วรรคหก)

- บัญญัติบทเพิ่มโทษของความผิดฐานอนาจารโดยเพิ่มเหตุฉกรรจ์ คือ “การกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมีข้อวิยะเพศล้วงล้าอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลอื่น” การอัตราโทษเท่ากระทำซ้ำเรา (มาตรา 278 วรรคสอง, มาตรา 279 วรรคสี่)
- เพิ่มอัตราโทษจำคุกและโทษปรับขั้นต่ำในกรณีอนาจารเด็กโดยข่มขืนใจ (มาตรา 279)
- เพิ่มโทษจำคุกตลอดชีวิตในกรณีอนาจารจนได้รับอันตรายสาหัส (มาตรา 280 วรรคสอง)
- บัญญัติความผิดฐานบันทึกภาพหรือเสียงขณะกระทำซ้ำเราหรืออนาจาร และบทเพิ่มโทษกรณีที่เคยแพร่หรือส่งต่อ (มาตรา 280/1)
- บัญญัติเพิ่มความผิดในกรณีกระทำซ้ำเราและอนาจารกับบุคคลใกล้ชิดหรืออยู่ในการควบคุมดูแล (มาตรา 285)
- บัญญัติบทเพิ่มโทษในกรณีกระทำซ้ำเราและอนาจารกับบุคคลซึ่งไม่สามารถปกป้องตนเองได้ เช่น ผู้ทุพพลภาพ ผู้มีจิตบกพร่อง คนเจ็บป่วย คนชรา ฯลฯ (มาตรา 285/2)
- ปรับเกณฑ์การพิจารณาผู้ดำรงชีพจากผู้ซึ่งค่าประเวณี (มาตรา 286)
- ปรับลดอัตราโทษจำคุกขั้นต่ำ และโทษปรับขั้นต่ำในความผิดฐานผู้ดำรงชีพจากผู้ซึ่งค่าประเวณี (มาตรา 286)

ข้อสังเกตและความเห็นเกี่ยวกับกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศที่แก้ไขใหม่

ความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายไทยได้มีการแก้ไขมาอย่างต่อเนื่องให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ในการปรับปรุงแก้ไขใหม่นี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตและความเห็นบางประการดังนี้

- การเปลี่ยนความหมายของการกระทำซ้ำเราและกระทำอนาจารร้ายแรงจาก “กระทำ” เป็น “ล้วงล้า” ทำให้ความหมายชัดเจนขึ้นสอดคล้องกับกิจกรรมทางเพศตามธรรมชาติ และไม่มีข้อถกเถียงในกรณีที่เคยกำกวม เช่น ใช้อวัยวะเพศหญิงสอดกับอวัยวะเพศหญิงซึ่งในปัจจุบันจะเข้าข่ายอนาจารธรรมดา เป็นการบัญญัติเพื่อให้เข้าใจได้ชัดเจนขึ้น
- ผู้กระทำความผิดโดยตรงฐานกระทำซ้ำเราเป็นได้แต่เพียงชายเท่านั้น เนื่องจากตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (18) บัญญัติว่า ““กระทำซ้ำเรา” หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” ซึ่งอวัยวะเพศหญิงโดยสภาพไม่มีลักษณะที่จะล้วงล้าเข้าไปได้ ในประเด็นนี้จะต่างจากกฎหมายของอังกฤษ⁽¹⁸⁾ ที่บัญญัติชัดว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราต้องเป็นการที่ชายใช้อวัยวะเพศชายของตนล้วงล้าเข้าไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น แต่การบัญญัติให้ผู้กระทำความผิดเป็น “ผู้ใด” น่าจะเพื่อให้ครอบคลุมถึงตัวผู้กระทำความผิดโดยตรง และตัวการร่วม
- บทบัญญัติอาจยังไม่ครอบคลุมถึงกลุ่มบุคคลข้ามเพศ ในกรณีผู้ถูกกระทำเป็นหญิงข้ามเพศ (ชายที่ได้รับการแปลงเป็นหญิง) ที่ผ่านการผ่าตัดทำอวัยวะเพศหญิงแล้ว หากมีการล้วงล้าอวัยวะเพศที่ได้รับการผ่าตัดจะถือว่าเข้าข่ายการกระทำซ้ำเราหรือกระทำอนาจารแล้วแต่กรณีหรือไม่ หากเมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำที่จะไม่ให้บุคคลอื่นล้วงล้าเข้ามาในร่างกายของตนเองโดยไม่ยินยอมแล้วในกรณีนี้ก็ น่าจะเข้าข่ายการกระทำซ้ำเรา ส่วนในกรณีชายข้ามเพศ (หญิงที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเป็นชาย) ที่ผ่านการผ่าตัดทำอวัยวะเพศชายจะถือว่าเป็นอวัยวะเพศหรือไม่ แล้วหากมีการล้วงล้าเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากจะเข้าข่ายการกระทำซ้ำเราหรือไม่ กรณีนี้แม้ไม่เข้าข่ายกระทำซ้ำเราก็ก็น่าจะเข้าข่ายอนาจารที่มีบทเพิ่มโทษได้ อย่างไรก็ตามคงต้องติดตามคำพิพากษาฎีกาที่จะวางหลักเป็นบรรทัดฐานต่อไป

- การเพิ่มโทษฐานบันทึกภาพหรือเสียง สอดคล้องกับพฤติกรรมในสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปที่มีการใช้อุปกรณ์สารสนเทศที่แพร่หลายและผู้กระทำมักจะทำมาใช้ขู่ข่มหรือประจานผู้ถูกระทำ
- มีปรับแก้ไขบทเพิ่มโทษ โดยเพิ่มการใช้อาวุธในกรณีกระทำชำเราผู้ใหญ่ (มาตรา 276 วรรคสาม) ซึ่งสอดคล้องกับบทเพิ่มโทษกรณีการกระทำชำเราเด็ก (มาตรา 277 วรรคสี่) ทำให้การใช้กฎหมายเป็นไปในแนวทางเดียวกัน
- การเพิ่มบทบัญญัติคุ้มครองผู้ซึ่งไม่สามารถปกป้องตนเองได้ โดยบัญญัติเป็นบทเพิ่มโทษในมาตรา 285/2 ได้แก่ ผู้ทุพพลภาพ ผู้มีจิตบกพร่อง โรครจิต หรือจิตฟั่นเฟือน คนป่วยเจ็บ คนชรา สตรีมีครรภ์ หรือผู้ซึ่งอยู่ในภาวะไม่สามารถรู้ผิดชอบ อันเป็นการขยายความคุ้มครองให้แก่บุคคลที่มีสภาพร่างกายที่อ่อนแอกว่าคนทั่วไปในการที่จะปกป้องตนเองได้ มีความเหมาะสมเพื่อไม่ให้ผู้กระทำผิดฉวยโอกาสที่บุคคลเหล่านี้ไม่สามารถปกป้องตนเองได้มากระทำผิด และสอดคล้องกับสำนึกโดยทั่วไปของคนในสังคม
- การเพิ่มบทบัญญัติคุ้มครองบุคคลผู้อยู่ในอำนาจและบุคคลใกล้ชิด มาตรา 285 (เดิม) ได้บัญญัติบทเพิ่มโทษในกรณีการกระทำชำเราหรืออนาจารที่กระทำแก่ ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ซึ่งมีเจตนารมณ์ที่จะลงโทษแก่ผู้กระทำที่ใช้อำนาจเหนือต่อผู้ถูกระทำในการกระทำความผิด จึงต้องรับโทษเพิ่มขึ้น ในมาตรา 285 ที่ได้แก้ไขใหม่ได้เพิ่มบุคคลใกล้ชิด อันได้แก่ “บุพการี พี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ญาติสืบสายโลหิต หรือผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด” ในกรณีผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นนั้นสอดคล้องกับเจตนารมณ์เดิมทำให้ครอบคลุมในกรณีอื่น ๆ ที่ผู้กระทำใช้อำนาจเหนือกว่าผู้ถูกระทำมากระทำความผิดมากกว่าบทบัญญัติเดิม เช่น กรณีของพ่อเลี้ยงกระทำกับลูกเลี้ยงซึ่งไม่ใช่ผู้สืบสันดานตามกฎหมาย รวมถึงกรณีนายจ้างใช้อำนาจเหนือลูกจ้างด้วย ในกรณีบุพการี พี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ญาติสืบสายโลหิต เป็นที่น่าสังเกตว่ามีลักษณะเป็นผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกระทำมากกว่ามีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำ ทั้ง 2 กรณีผู้เขียนมีความเห็นพ้องด้วยเพราะสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงที่ผู้กระทำมักเป็นคนใกล้ชิดในครอบครัวของผู้ถูกระทำ และผู้กระทำใช้อำนาจเหนือผู้ถูกระทำในความเป็นจริงมีมากกว่ากรณีตามกฎหมายเดิมซึ่งบทบัญญัติใหม่มีความครอบคลุมมากขึ้น
- การปรับเพิ่มอัตราโทษที่มีอยู่เดิมมีเพียง 3 มาตรา ได้แก่ มาตรา 277 วรรคแรกที่ปรับอัตราโทษจำคุกจากสี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับแปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท เป็นห้าปีถึงยี่สิบ และปรับหนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท มาตรา 279 วรรคสาม ปรับให้มีโทษขั้นต่ำเพิ่มขึ้นจากโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบห้าปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสามแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่ารัฐให้ความสำคัญกับการคุ้มครองเด็กมากขึ้น และมาตรา 280 วรรคสอง เพิ่มโทษจำคุกตลอดชีวิตในกรณีถูกอนาจารจนได้รับอันตรายสาหัส โดยปรับให้สอดคล้องกับฐานโทษของการกระทำชำเรา ซึ่งไม่ได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมตามที่สื่อมวลชนบางสำนักพาดหัวข่าว และโทษประหารชีวิตที่เคยบัญญัติเดิมก็ไม่ได้มีการบัญญัติเพิ่มขึ้น

มุมมองทางด้านนิติเวชศาสตร์สำหรับแพทย์

แพทย์มีบทบาทที่สำคัญในการตรวจร่างกาย เก็บวัตถุพยานจากผู้ถูกระทำ และให้ความเห็นในรายงานชันสูตร เพื่อให้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคดีแก่กระบวนการยุติธรรม จากข้อกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศที่เปลี่ยนไปมีประเด็นที่สำคัญที่แพทย์ควรพิจารณาเพิ่มเติมจากการตรวจแบบเดิมดังต่อไปนี้

- การช้กประวัติ นอกจากการช้กประวัติการล่งละเมิดทางเพศ การช้กชู่ทำร้าย ประวัติทางนรีเวช ตามปกติแล้ว แพทย์ควรช้กประวัติเรื่องการใช้ออวูชชู่ การบันทึกภาพหรือเสียงขณะเกิดเหตุว่ามีหรือไม่ อันเป็นองค์ประกอบในส่วนของบทเพิ่มโทษ รวมถึงความสัมพันธ์กับผู้กระทำโดยเฉพาะกรณีผู้กระทำเป็นบุคคลในครอบครัว แม้ว่าการช้กประวัติจากผู้ถูกกระทำที่แพทย์ได้รับฟังมาจะเป็นเพียงพยานบอกเล่า แต่อย่างไรก็ดีคำบอกเล่าของผู้ถูกกระทำบางครั้งก็ใช้เป็นพยานหลักฐานในชั้นศาลได้ในกรณีที่มีการเบิกความขัดกันระหว่างชั้นสอบสวนกับชั้นศาล ซึ่งหลายคดีศาลมีความเห็นว่าคำให้การในชั้นสอบสวนน่าเชื่อถือกว่าคำให้การในชั้นศาลที่มาให้การในภายหลังซึ่งอาจถูกปัจจัยอื่น ๆ ทำให้เบี่ยงเบนได้(19,20)
- การตรวจร่างกายทั่วไป นอกจากการตรวจหาร่องรอยและการบาดเจ็บตั้งแต่ศีรษะจรดเท้าแล้ว ควรได้มีการตรวจสภาพร่างกายทั่วไปของผู้ถูกกระทำว่ามีลักษณะการเจ็บป่วย ทูพพลภาพ สภาพจิตผิดปกติหรือตั้งครรรภ์หรือไม่ หากมีควรได้มีการบันทึกลงในรายงานชั้นสูตร อันเป็นข้อมูลสำคัญในการพิจารณาคดี
- การตรวจบริเวณอวัยวะเพศ ทวารหนัก และช่องปาก ยังคงมีความคล้ายคลึงเดิมคือการตรวจหาการบาดเจ็บว่ามีกรล่งล้าเข้าไปในอวัยวะดังกล่าวหรือไม่ และการส่งตรวจทางห้องปฏิบัติการหาส่วนประกอบของน้ำอสุจิและตัวอสุจิเพื่อตรวจหาว่ามีกรล่งน้ำอสุจิในอวัยวะดังกล่าวหรือไม่ ส่วนการตรวจหาสารพันธุกรรมก็ควรพิจารณาให้เหมาะสมในแต่ละกรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีมีผู้กระทำหลายคน (multiple rapist) ที่การตรวจหาสารพันธุกรรมจะช่วยพิสูจน์ได้ว่ามีผู้กระทำหลายคนหรือไม่ได้จากการดูว่ามีสารพันธุกรรมของหลายคน (mixture DNA)
- การให้ความเห็นในรายงานชั้นสูตร จากบทบัญญัติของกฎหมายจะเห็นได้ว่า “การกระทำชำเรา” และ “บทเพิ่มโทษของอนาจาร” เป็นข้อกฎหมายที่ศาลจะต้องวินิจฉัย แพทย์จึงมีบทบาทในการให้ความเห็นในข้อเท็จจริงถึงความเป็นไปได้ที่อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดจะมีการล่งล้าเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากแล้วแต่กรณีตามหลักฐานทางการแพทย์เท่านั้นโดยพิจารณาจากการตรวจร่างกาย การบาดเจ็บอวัยวะเพศ และการตรวจทางห้องปฏิบัติการหาส่วนประกอบของน้ำอสุจิและตัวอสุจิ และควรได้บันทึกข้อเท็จจริงทางการแพทย์ที่สำคัญที่มีผลต่อการพิจารณาในประเด็นของคดี เช่น สภาพของผู้ถูกกระทำที่ไม่สามารถปกป้องตนเองได้ การประเินอายุ การประเินการเจริญเติบโตของร่างกาย (Tanner’s stage) การบาดเจ็บจากออวูช อวูชป็นหรือระเบิด การบาดเจ็บที่อาจเข้าข่ายอันตรายสาหัส ฯลฯ

สรุป

กฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศของไทยมีการปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป พรบ. ฉบับ 27 ได้แก้ไขนิยามการกระทำชำเราและการกระทำอนาจารใหม่ให้สอดคล้องกับความเป็นจริงตามธรรมชาติ และปรับบทเพิ่มโทษเพื่อคุ้มครองผู้ถูกกระทำที่มากขึ้นเช่น การถ่ายภาพหรือเสียงขณะกระทำความผิด คุ้มครองผู้ถูกกระทำที่ไม่สามารถปกป้องตนเองหรือผู้ถูกกระทำที่มีความใกล้ชิดในครอบครัว ฯลฯ แพทย์ในฐานะที่มีบทบาทในการตรวจเก็บวัตถุพยานและให้ความเห็นทางการแพทย์ต่อกระบวนการยุติธรรมจึงควรตระหนักและมีความรู้ความเข้าใจในข้อกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ข้อมูลที่ครบถ้วน และตรงประเด็นต่อกระบวนการยุติธรรม

เอกสารอ้างอิง

1. ไทย. กฎหมาย, พระราชบัญญัติ ฯลฯ. พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562. กรุงเทพฯ: ราชกิจจานุเบกษา; 2562.
2. ชิดชนก แผ่นสุวรรณ. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร : ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา [วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต]. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; 2548.
3. สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล. ความผิดเกี่ยวกับเพศ : ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร [วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต]. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; 2552.
4. ไทย. กฎหมาย, พระราชบัญญัติ ฯลฯ. พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499. กรุงเทพฯ: ราชกิจจานุเบกษา; 2499.
5. ไทย. กฎหมาย, ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11. กรุงเทพฯ: ราชกิจจานุเบกษา; 2514.
6. ไทย. กฎหมาย, พระราชบัญญัติ ฯลฯ. พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525. กรุงเทพฯ: ราชกิจจานุเบกษา; 2525.
7. ไทย. กฎหมาย, พระราชบัญญัติ ฯลฯ. พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530. กรุงเทพฯ: ราชกิจจานุเบกษา; 2530.
8. ไทย. กฎหมาย, พระราชบัญญัติ ฯลฯ. พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2540. กรุงเทพฯ: ราชกิจจานุเบกษา; 2540.
9. คำพิพากษาฎีกาที่ 874/2491. [อินเทอร์เน็ต]. [กรุงเทพฯ]: ; [สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พ.ค. 2562], จาก: <http://deka.supremecourt.or.th>
10. คำพิพากษาฎีกาที่ 1316/2508. [อินเทอร์เน็ต]. [กรุงเทพฯ]: ; [สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พ.ค. 2562], จาก: <http://deka.supremecourt.or.th>
11. คำพิพากษาฎีกาที่ 2334/2525. [อินเทอร์เน็ต]. [กรุงเทพฯ]: ; [สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พ.ค. 2562], จาก: <http://deka.supremecourt.or.th>
12. คำพิพากษาฎีกาที่ 1620/2536. [อินเทอร์เน็ต]. [กรุงเทพฯ]: ; [สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พ.ค. 2562], จาก: <http://deka.supremecourt.or.th>
13. ไทย. กฎหมาย, พระราชบัญญัติ ฯลฯ. พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2550. กรุงเทพฯ: ราชกิจจานุเบกษา; 2550.
14. ไทย. กฎหมาย, พระราชบัญญัติ ฯลฯ. พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558. กรุงเทพฯ: ราชกิจจานุเบกษา; 2558.
15. ไทย. กฎหมาย, พระราชบัญญัติ ฯลฯ. พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558. กรุงเทพฯ: ราชกิจจานุเบกษา; 2558.
16. ไทย. กฎหมาย, พระราชบัญญัติ ฯลฯ. พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558. กรุงเทพฯ: ราชกิจจานุเบกษา; 2558.
17. ไทย. กฎหมาย, พระราชบัญญัติ ฯลฯ. พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2560. กรุงเทพฯ: ราชกิจจานุเบกษา; 2560.

- 
18. Sexual Offences Act 2003, [internet].[London]: The National Archives;2011
[cited 2019 May 17]. Available form: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents>
19. คำพิพากษาฎีกาที่ 4562/2553. [อินเทอร์เน็ต]. [กรุงเทพฯ]: ; [สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พ.ค. 2562],
จาก: <http://deka.supremecourt.or.th>
20. คำพิพากษาฎีกาที่ 7008/2554. [อินเทอร์เน็ต]. [กรุงเทพฯ]: ; [สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พ.ค. 2562],
จาก: <http://deka.supremecourt.or.th>