

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษาองค์ประกอบความผิด

The Rape Offense: A Study of the Element of Crime

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

Received: March 30, 2022; Revised: April 26, 2022; Accepted: May 6, 2022

บทคัดย่อ

บทความวิจัยฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์ คือ (1) เพื่อศึกษาองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบันของประเทศไทย (2) เพื่อศึกษาองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทย (3) เพื่อศึกษาเปรียบเทียบองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในปัจจุบันของประเทศไทยกับประเทศไทยและ (4) เพื่อบูรณาการงานวิจัยกับการเรียนการสอนในรายวิชาการกฎหมายอาญาภาคความผิด และปัญหาพิเศษทางกฎหมายอาญา

ผลการวิจัย พบว่า (1) การกำหนดคำนิยาม คำว่า “กระทำชำเรา” ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(18) เป็นการจำกัดลักษณะการกระทำที่หญิงจักกระทำชำเราผู้อื่นได้ (2) ปัญหาการใช้วาระอื่นใดล่วงล้ำวาระเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น กลายเป็นความผิดฐานอนาจาร โดยการล่วงล้ำตามมาตรา 278 วรรค 2 แม้โทษจะเท่ากับมาตรา 276 แต่ชื่อฐานความผิดกลับเบากว่าคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” และ (3) Sexual Offences Act 2003 มาตรา 1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) มีองค์ประกอบในส่วน Mens Rea ว่า ผู้กระทำต้องไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายให้ความยินยอม (No Reason Belief in Consent) ในขณะที่มาตรา 276 มิได้กำหนดเอาไว้เป็นองค์ประกอบ ทำให้ต้องนำเรื่องความสำคัญผิดมาพิจารณา หากแต่เรื่องความสำคัญผิดนั้นกฎหมายไม่ได้กำหนดว่าต้องมีเหตุผล (Reason)

คำสำคัญ: ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ข่มขืนกระทำชำเรา การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003

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



Abstract

The objectives of this research are (1) to study of development of the element of Rape Offence in Thai Penal Code (2) to study the element of Rape Offence in English Law (3) to compare the element of Rape Offence both Thailand and English Law and (4) to integrate this research into Criminal Law: Specific Offenses and Special Topic on Criminal Law courses.

The results of this research found that (1) the definition “Penetrate” in Penal Code Section 1 (18) tends to limit the nature of the action that a woman can do for penetrating another person (2) The problem occurred when person who commits an offence by penetrating to the vagina or anus of another person with a part of his or her body or anything else constitutes Sexual Assault Offence (Section 278 paragraph 2), not Rape Offence (Section 276). Although to offences have equal penalty, the former seems to be lighter than the latter. (3) Sexual Offences Act 2003 Section 1 “Rape” has the element of crime called Mens Rea that is, the person who commits an offence does not reasonably believe that the victim consents. If the offender penetrates the vagina, anus or mouth of another person with his penis and he reasonably believe that the victim consents, he will be lacked of Mens Rea. However section 276 does not provide that element, so it is necessary to bring the mistake of victim consents for considering. Unfortunately, the element of the reason is absent.

Keywords: Penal Code Section 276, Rape, Amending the Penal Code, Sexual Of Fences Act 2003

1. บทนำ

เนื่องจากปัจจุบันนี้ มีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดทางอาญาอันเกี่ยวกับความรับผิดชอบเกี่ยวกับเพศ (Sexual Offences) บ่อยครั้ง² โดยเฉพาะอย่างยิ่งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) อันเป็นความผิดที่กระทบต่อสิทธิของผู้เสียหาย และยังขัดต่อหลักการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (General Principle of Respect for Human Dignity)³ ตลอดจนความรู้สึกของคนในสังคมอย่างยิ่ง ประกอบกับกระแสเรื่องความเท่าเทียมกันทางเพศ (Gender Equality) ซึ่งเป็นส่วนสำคัญอันก่อให้เกิดการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราจากเดิมที่เฉพาะชายเท่านั้นที่ต้องรับผิดชอบเมื่อได้ข่มขืนกระทำชำเราหญิง กลายเป็นแม้ว่าการกระทำดังกล่าวหญิงจะเป็นผู้กระทำต่อชาย หรือชายกระทำต่อชาย หรือหญิงกระทำต่อหญิง ก็ล้วนเป็นความผิดทั้งสิ้น⁴

การศึกษาดวบทกกฎหมายความผิดฐานนี้ เริ่มต้นศึกษาตั้งแต่ มาตรา 276 ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 และการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุด ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 โดยการศึกษาเปรียบเทียบกับ Sexual Offences Act 2003 อันเป็นกฎหมายของประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และเป็นประเทศที่ประชาชนร่วมกันผลักดันให้รัฐต้องปฏิรูปกฎหมาย (Reform) ขึ้น เพื่อตอบสนองต่อกระแสสังคมเรื่องสิทธิมนุษยชน สิทธิสตรี และเรื่องความเท่าเทียมระหว่างเพศ⁵ เจกเช่นประเทศไทย

ดังนั้น การศึกษาดวบทกกฎหมายความผิดฐานนี้ของประเทศไทย โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศอังกฤษ ตลอดจนคำพิพากษาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง จึงมีความสำคัญในการนำมาวิเคราะห์ พิจารณา วินิจฉัยองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต่อไป เพื่อให้

² มีการเพิ่มเติมคำนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (18) ตลอดจนมีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราครั้งล่าสุดปรากฏในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562.

³ หลักการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (General Principle of respect for human dignity) ดู ปกป้อง ศรีสนิท, “การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเรื่องเพศ: ความหมายใหม่และโทษใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเรา,” สืบค้นเมื่อ 1 มีนาคม 2565. <https://www.the101.world/rape-in-thai-law/>.

⁴ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 มาตรา 3 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (18) ของมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา “(18) “กระทำชำเรา” หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น”

⁵ Jesse Elvin, “The Concept of Consent under the Sexual Offences Act 2003,” *Journal of Criminal Law* 72, no.6 (2008): 519-521.

การวินิจฉัยความผิดฐานดังกล่าวมีความทันสมัย มีความเท่าเทียมกันทางเพศยิ่งขึ้น⁶

โดยบทความวิจัยฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบันของประเทศไทย โดยเริ่มต้นตั้งแต่มาตรา 276 ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 เป็นต้นไป จนถึงการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุดในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 นอกจากนี้ประเด็นดังกล่าวแล้ว บทความวิจัยฉบับนี้ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) ของประเทศอังกฤษ ซึ่งบัญญัติใน Sexual Offences Act 2003 และเพื่อศึกษาเปรียบเทียบองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษว่ามีข้อเหมือนกันหรือต่างกันอย่างไร

บทความวิจัยฉบับนี้ เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ โดยศึกษาวิจัยเอกสารเป็นหลัก (Documentary Base) โดยศึกษาประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย และ Sexual Offences Act 2003 ของประเทศอังกฤษ ตำรา หนังสือ บทความ ตลอดจนคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องทั้งของประเทศไทยและประเทศอังกฤษ เพื่อนำข้อมูลที่ได้มาศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบหาข้อสรุปตามวัตถุประสงค์ของงานวิจัย

2. ความหมายของคำว่า ข่มขืนกระทำชำเรา

คำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” นั้น ในการพิจารณาถ้อยคำดังกล่าว ต้องแยกพิจารณาเป็น 2 คำ คือ คำว่า “ข่มขืน” และ คำว่า “กระทำชำเรา” ซึ่งการกระทำทั้งสองส่วนนี้ต้องประกอบกันเสมอ หากปรากฏว่าล้าพังผู้กระทำความผิดมีกรกระทำเพียงข่มขืน (Doing Without the Consent of the Victim) การกระทำนั้น ย่อมมิอาจเป็นความผิดฐานนี้ได้ และในทางกลับกัน หากผู้กระทำความผิดมีเพียงการกระทำชำเรา (Penetration) ก็ย่อมมิอาจเป็นความผิดฐานนี้ได้ ดูจกัน ดังนั้น การพิจารณาความหมายของคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” จึงต้องแยกพิจารณาเป็น คำว่า “ข่มขืน” ประการหนึ่งและ คำว่า “กระทำชำเรา” อีกประการหนึ่ง

⁶ ดูหมายเหตุแห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ซึ่งมีสาระสำคัญว่า มาตรา 276 (ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม) นั้น เป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ จึงสมควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศที่เคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

2.1 ความหมายของคำว่า ช่มชืด

คำว่า “ช่มชืด” ตามที่ปรากฏในมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น มีได้กำหนดคำนิยาม (Definition) ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา หรือกฎหมายอื่นใดที่มีโทษอาญาอันเนื่องมาจาก คำว่า “ช่มชืด” นั้น หมายถึง ลักษณะของการกระทำของผู้กระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา 276 วรรค 1 ว่า การกระทำที่ได้ชื่อว่า การช่มชืดนั้น คือ การที่ผู้กระทำความผิดซ้ำเราผู้อื่นโดยใช้วิธีการหรือมีลักษณะการกระทำดังต่อไปนี้ คือ (1) ชูเชิญด้วยประการใด ๆ (2) โดยใช้กำลังประทุษร้าย (3) โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือ (4) โดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

เมื่อพิจารณา วิธีการหรือลักษณะการกระทำทั้ง 4 ประการตามมาตรา 276 วรรค 1 ประกอบกันแล้ว การช่มชืดนั้นย่อมมีความหมายว่า การบังคับใจ ฝ่าฝืนความยินยอมหรือกระทำทางกายภาพหรือวิธีอื่นใดที่ทำให้ไม่อาจขัดขืนได้ แม้จะไม่ได้พูดหรือมีอาวุธมาชูเชิญผู้เสียหาย หากแต่ตามพฤติการณ์ผู้เสียหายตกอยู่ภายใต้อิทธิพลหรือเกรงกลัวผู้กระทำความผิด เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7008/2554 ผู้เสียหายเบิกความเป็นพยานว่า ขณะจำเลยกระทำความผิดผู้เสียหาย ผู้เสียหายไม่ได้ขัดขืนเพราะเห็นว่าจำเลยเป็นบิดา โดยขณะจำเลยกระทำความผิดผู้เสียหาย ผู้เสียหายได้ร้องขอไม่ให้จำเลยทำ จำเลยไม่ฟังและผู้เสียหายก็มีร่างกายไม่สมประกอบ ไม่มีแรงที่จะขัดขืน ย่อมเป็นเรื่องผิดปกติวิสัยที่บุตรจะยินยอมให้บิดากระทำความผิด เช่นนี้ ย่อมถือว่า การกระทำของจำเลยย่อมเป็นการบังคับใจ ฝ่าฝืนความยินยอมของผู้เสียหายแล้ว โดยทำให้ผู้เสียหายตกอยู่ภายใต้อิทธิพลหรือกลัวผู้กระทำความผิด

อย่างไรก็ตาม สำหรับความผิดฐานช่มชืดกระทำซ้ำเรา⁷ การที่ผู้เสียหายให้ความยินยอมโดยสมัครใจ (Voluntary) ย่อมทำให้การกระทำนั้นขาดองค์ประกอบความผิดไป และไม่เป็นความผิดฐานช่มชืดกระทำซ้ำเรา⁸ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7841/2552 ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายมีอายุเกินกว่า 15 ปีบริบูรณ์แล้ว การกระทำของจำเลยที่ 1 และที่ 2 จึงขาดองค์ประกอบความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 จำเลยที่ 1 และที่ 2 ไม่มีความผิดตามบทบัญญัติมาตรานี้ และแม้จะมีบทบัญญัติ ความผิดฐานช่มชืดกระทำซ้ำเราในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 แต่เมื่อผู้เสียหายยินยอมการกระทำของจำเลยที่ 1 และที่ 2 ย่อมไม่เป็นความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276

⁷ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง*, พิมพ์ครั้งที่ 45 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564), 469.

⁸ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ*, พิมพ์ครั้งที่ 17 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562), 201-202.

การกระทำโดยใช้วิธีการหรือมีลักษณะการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือหลายอย่าง ประกอบกัน ตามมาตรา 276 วรรค 1 จึงจะได้ชื่อว่า เป็นการข่มขืน มีข้อพิจารณาดังนี้

2.1.1 ขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ

การขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ นั้น มีลักษณะการกระทำค่อนข้างกว้าง เพราะมีได้จำกัด วิธีการในการขู่เข็ญ หากแต่ผู้กระทำต้องมีการกระทำใด ๆ อันทำให้ผู้เสียหายกลัวจึงยอมจำนน ในบางกรณีอาจมีลักษณะของการใช้กำลังประทุษร้ายร่วมด้วย เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5793/2544 จำเลยได้ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย โดยใช้ปืนพกอัดลมพลาสติก 1 กระบอก ขู่เข็ญว่าถ้าขัดขืนจะฆ่าให้ตายโดยผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เพราะจำเลยแสดงตนเป็นเจ้าพนักงานตำรวจ และกระทำการเป็นเจ้าพนักงานตำรวจ ผู้เสียหายเกิดความกลัวจึงยอมให้จำเลยกระทำชำเรา เช่นนี้ การกระทำของจำเลยยอมเป็นการขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ อันฝ่าฝืนความยินยอมของผู้เสียหายแล้ว

จากข้อเท็จจริงนี้ แม้ผู้กระทำความผิดจะใช้ปืนอัดลมอันเป็นปืนปลอม⁹ ขู่เข็ญผู้เสียหาย แต่ก็มีใช้สาระสำคัญ เพราะการกระทำความผิดดังกล่าวของจำเลย ทำให้ผู้เสียหายหวาดกลัวจนยอมจำนน ประกอบกับจำเลยแสดงตนและกระทำการเป็นเจ้าพนักงานตำรวจ จึงทำให้ผู้เสียหายยอมให้จำเลยชำเรา

2.1.2 โดยใช้กำลังประทุษร้าย

การใช้กำลังประทุษร้ายตามความในมาตรา 276 นั้น มีความหมายเดียวกับคำนิยามใน มาตรา 1 (6) ซึ่งวางหลักว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความ รวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยขี้ยาทำให้มีเมามา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน ดังนั้น จากคำนิยามนี้ ย่อมแสดงให้เห็นว่า การข่มขืนโดยการใช้กำลังประทุษร้าย ต้องมีลักษณะทำให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้เสียหาย แม้ผู้เสียหายจะไม่ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจก็ย่อมเป็นการใช้กำลังประทุษร้าย เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 80/2561 จำเลยกับผู้เสียหายเป็นคนรักกัน ขณะเกิดเหตุจำเลยบอกรักผู้เสียหายแล้วดึงมือผู้เสียหายขึ้นไปบนขนาน (กระท่อมชั่วคราวในทุ่งนา) เพื่อขอร่วมประเวณี แต่ผู้เสียหายปฏิเสธ จำเลยใช้กำลังปลุกปล้ำผู้เสียหาย ซึ่งผู้เสียหายก็ได้ต่อสู้ปกป้อง

⁹ มาตรา 276 แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ทำให้ข้อเท็จจริงนี้ หากเกิดขึ้นภายหลังการแก้ไขดังกล่าว ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักขึ้น ตามมาตรา 276 วรรค 2 เนื่องจากกระทำโดยทำให้ผู้เสียหายเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืน

ร้องห้ามและขอร้องว่าอย่าทำ แต่จำเลยไม่สนใจและข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย

คดีนี้ จำเลยมีการข่มขืนกระทำชำเราโดยการใช้อำนาจประทุษร้ายแล้ว เพราะการกระทำของจำเลยที่ดึงมือผู้เสียหาย และใช้อำนาจปลุกปล้ำผู้เสียหาย มีลักษณะทำให้เกิดอันตรายแก่กายของผู้เสียหายแล้ว

2.1.3 โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

การกระทำชำเราโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ กรณีนี้อาจเกิดขึ้นได้สองกรณีคือ ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้เอง อันเป็นภาวะที่มีมาก่อนการถูกข่มขืนกระทำชำเรา เช่น การเจ็บป่วย การมีร่างกายไม่สมบูรณ์ ทูพพลภาพ การมีเมมา เป็นต้น หรือเป็นกรณีที่ถูกกระทำความผิดทำให้ผู้เสียหายตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เช่น การทำให้ผู้เสียหายกลัวโดยการใช้อาวุธ หรือ การนำตัวผู้เสียหายไปในที่เปลี่ยว เป็นต้น¹⁰

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5922/2562 ขณะเกิดเหตุแม่ผู้เสียหายมีอายุ 20 ปี ผู้เสียหายเป็นผู้บกพร่องทางสติปัญญา ผู้เสียหายไม่อาจประกอบอาชีพตามปกติและใช้ชีวิตในสังคมตามปกติได้ โดยจำเลยดึงแขนเสื้อชักชวนผู้เสียหายมาร่วมมีเพศสัมพันธ์ด้วยกัน ผู้เสียหายบอกไม่เอา แต่จำเลยก็ยังเข้ามากระทำชำเราผู้เสียหาย ระหว่างนั้น ผู้เสียหายร้องบอกตลอดเวลาว่าไม่เอา เช่นนี้ ย่อมแสดงให้เห็นว่า ผู้เสียหายมิได้ยินยอมให้จำเลยกระทำชำเรา แม้จะไม่ได้พูดหรือมีอาวุธมาขู่เชิญผู้เสียหาย ก็ตาม

คดีนี้ แม้จำเลยจะมีได้บังคับขู่เชิญ และในขณะกระทำจำเลยไม่มีอาวุธ หากแต่เมื่อผู้เสียหายเป็นผู้บกพร่องทางสติปัญญา ย่อมเป็นการทำให้ผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ซึ่งเกิดขึ้นเพราะผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้เอง อันเนื่องมาจากภาวะของผู้เสียหายที่เกิดขึ้นก่อนการกระทำของจำเลย

2.1.4 โดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

การทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นนั้น เป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดกระทำชำเราผู้เสียหายได้ อันเนื่องจากการทำให้ผู้เสียหายเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น หรืออาจกล่าวในทางกลับกันว่า ผู้เสียหายยินยอมให้ผู้กระทำความผิดชำเรา โดยความยินยอมนั้นเกิดขึ้นเพราะความเข้าใจผิด หากผู้เสียหายรู้ว่า ผู้กระทำผิดเป็นผู้ชำเราตน ย่อมไม่ยอมให้ผู้กระทำผิดชำเรา เช่น นางไก่อ แต่งงานกับ นายหมู ซึ่งเป็นฝาแฝดกับนายหนู คืนหนึ่ง นายหนูแอบเข้าห้องที่นางไก่อ กำลังนอนอยู่ โดยแสดงตนและกระทำการว่าตนเป็นนายหมู ผู้เป็นสามี นางไก่อ จึงยอม

¹⁰ ธีสุวรรณ ดวงกานต์, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษาขอบเขตของการให้ความยินยอมโดยผู้เสียหาย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2557), 342.



ให้นายหนูฆ่าเรา เช่นนี้ จะเห็นได้ว่า แม้นางไก่จะยินยอมให้ฆ่าเรา แต่นางไก่ยินยอมให้นายหมู ฆ่าเราเท่านั้น ไม่ได้ยินยอมให้ นายหนู ฆ่าเรา ดังนั้น การกระทำของ นายหนู เป็นการข่มขืน กระทำฆ่าเรานางไก่แล้ว โดยทำให้ผู้เสียหายเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

2.2 ความหมายของคำว่า กระทำฆ่าเรา

เดิมก่อนปี พ.ศ. 2550 ประมวลกฎหมายอาญา มิได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “กระทำฆ่าเรา” ไว้เป็นการเฉพาะ เนื่องจากปล่อยให้ไปไปตามลักษณะทางธรรมชาติ ลักษณะทางกายภาพของมนุษย์ และเป็นไปตามการให้เหตุผลของศาล ตลอดจนการตีความของนักกฎหมาย โดยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1646/2532 พิพากษาเป็นบรรทัดฐานว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำฆ่าเรานั้น **จะเป็นความผิดสำเร็จเมื่ออวัยวะเพศชายได้ล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง** แม้ชายยังไม่สำเร็จความใคร่ก็ตาม¹¹

ต่อมาในภายหลังปี พ.ศ. 2550 กฎหมายจึงได้กำหนดคำนิยาม คำว่า “กระทำฆ่าเรา” ไว้เป็นการเฉพาะ เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอน (Precision) ในการวินิจฉัยตีความและมีความหมายที่ต่างจากความหมายของการกระทำฆ่าเราตามพจนานุกรมเพื่อให้สอดคล้องถึงการล้วงลี้เมิตทางเพศในรูปแบบอื่น ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป โดยมีการบัญญัติคำนิยามเป็นครั้งแรกไว้ในมาตรา 276 วรรค 2¹² ว่า “การกระทำฆ่าเราตามมาตรา 276 วรรค 1 หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”

ซึ่งการบัญญัติคำนิยามในลักษณะนี้ ทำให้การวินิจฉัยตีความของนักกฎหมายจำต้องเปลี่ยนแปลงไป เมื่อระบบกฎหมายในประเทศไทยเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) หรือระบบประมวลกฎหมาย จึงต้องยึดถือตัวบทกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาเป็นหลัก อันตรงข้ามกับศาลประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งถือว่าเมื่อกฎหมายประกาศใช้โดยรัฐสภาแล้ว กฎหมายย่อมเป็นอิสระ ศาลมีอำนาจมาก เพราะเมื่อมีคำพิพากษาในคดีหนึ่งแล้ว คำพิพากษาไม่ใช่เป็นกฎหมายเฉพาะคู่ความในคดีนั้นเท่านั้น แต่ศาลอื่นต้องดำเนินคดีที่จะเกิดในอนาคต ที่มีข้อเท็จจริงลักษณะเดียวกันด้วย จึงได้รับการยอมรับเป็นบรรทัดฐานตามที่

¹¹ คำพิพากษานี้ เป็นการนำมาตรา 276 ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 มาวินิจฉัยปรับบท ซึ่งมีความว่า ผู้ใดข่มขืนกระทำฆ่าเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดย ชูเชี่ยวด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

¹² การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 มาตรา 276 วรรค 2

เรียกว่า “Judge Made Law”¹³ ด้วยเหตุผลนี้ การวินิจฉัยคำว่า การกระทำชำเรา จึงต้องเป็นไปตามตัวบทกฎหมายตามมาตรา 276 วรรค 2 อันสอดคล้องกับระบบกฎหมายของประเทศไทยนั่นเอง

2.3 การตีความคำว่า กระทำชำเราตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา

เนื่องจากแนวการวินิจฉัยตีความคำว่า การชำเรานั้น แทบไม่มีการเปลี่ยนแปลงตลอดระยะเวลาหลายสิบปีที่ผ่านมา เพราะการชำเรานั้น เป็นการกระทำโดยขัดต่อความสมัครใจของผู้เสียหาย หรือ กระทำโดยฝ่าฝืนความยินยอมของผู้เสียหายนั่นเอง หากแต่คำว่า กระทำชำเรานั้น กลับมีการวินิจฉัยตีความแตกต่างกันไปตามยุคสมัย เปลี่ยนแปลงไปตามบริบทของสังคม ตลอดจนค่านิยมเรื่องความหลากหลายทางเพศที่เกิดขึ้นในสังคมไทย

ผู้วิจัยจึงได้แบ่งศึกษาการตีความคำว่ากระทำชำเราตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ออกเป็น 3 ช่วงเวลาด้วยกัน คือ (1) แนวคำพิพากษาของศาลก่อนปี พ.ศ. 2550 (2) แนวคำพิพากษาของศาลหลังปี พ.ศ. 2550 และ (3) แนวคำพิพากษาของศาลหลังปี พ.ศ. 2562 ดังต่อไปนี้

2.3.1 คำพิพากษาศาลฎีกาก่อนปี พ.ศ. 2550

เดิมความผิดฐานนี้ ปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 243 วรรค 1 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำชำเราขึ้นใจหญิง ซึ่งมีใช้ภริยาของตนเอง ท่านว่าผู้นั้นชำเรานี้กระทำความชำเรา ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ปีหนึ่งขึ้นไปถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง” จะเห็นได้ว่า องค์ประกอบความผิดฐานชำเรานี้ แม้จะแตกต่างจากบทบัญญัติในปัจจุบัน ในองค์ประกอบส่วน ผู้กระทำ และวัตถุแห่งการกระทำ¹⁴ หากแต่แทบไม่มีการเปลี่ยนแปลงในองค์ประกอบ 2 ส่วนในสาระสำคัญคือ ชำเรอ และกระทำชำเรา

บทความวิจัยฉบับนี้มุ่งศึกษา แนวคำพิพากษาศาลฎีกาก่อนปี พ.ศ. 2550 โดยเริ่มต้นศึกษาที่ มาตรา 276 ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 มาวินิจฉัยปรับบท ซึ่งบัญญัติว่า

¹³ หยุด แสงอุทัย, *ความรู้อันเบื่องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 21 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: ธรรมศาสตร์, 2560), 5-9.

¹⁴ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 243 เมื่อพิจารณาจากข้อความว่า “ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำชำเราขึ้นใจหญิง ซึ่งมีใช้ภริยาของตนเอง” ดังนั้น องค์ประกอบภายนอกในส่วน ผู้กระทำจึงจำกัดเฉพาะ ชายซึ่งไม่ได้เป็นสามีของหญิงผู้เสียหาย และวัตถุแห่งการกระทำจำกัดเฉพาะหญิงซึ่งมีใช้ภริยาของชายผู้กระทำ.



“ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมีไข้ภริยาของตนโดย ชูเชิญด้วยประการใด ๆ โดยให้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท”

แม้มิได้กำหนดคำนิยามไว้ หากแต่การกระทำใดจะเป็นการชำเราได้ ต้องปรากฏว่า มีการทำให้ของลับของชายล่วงล้ำเข้าไปในของลับของหญิง เช่น การกระทำชำเราของลับของชายต้องล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง ไม่ใช่ทวารหนัก¹⁵ กล่าวคือ ยึดถือเอาลักษณะการมีเพศสัมพันธ์ตามธรรมชาติของมนุษย์เป็นหลัก และเนื่องจากกฎหมายบัญญัติโดยใช้คำว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมีไข้ภริยาของตน” ดังนั้น การตีความคำว่า กระทำชำเราจึงจำกัดเฉพาะอวัยวะสืบพันธุ์ของชายล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518 การกระทำชำเราตามกฎหมายจะต้องปรากฏว่าของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง การที่จำเลยขืนใจหญิงผู้เสียหายโดยใช้ของลับของจำเลยใส่เข้าไปในทางทวารหนักของผู้เสียหาย จึงไม่เป็นการกระทำชำเราคงมีความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น¹⁶

2.3.2 คำพิพากษาศาลฎีกาหลังปี พ.ศ. 2550

เมื่อพิจารณา หมายเหตุแห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ซึ่งมีสาระสำคัญว่า มาตรา 276 (ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม) นั้น เป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ จึงสมควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศที่เคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

ผู้วิจัยพบว่า เหตุผลสำคัญในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 นั้นคือ เพื่อขจัดปัญหาเรื่องความแตกต่างทางเพศ และความเท่าเทียมกันระหว่างเพศหญิงและเพศชาย อันเป็นการบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 4 ที่บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอ

¹⁵ คณิศ ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด*, พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549), 405.

¹⁶ หากข้อเท็จจริงนี้เกิดในปัจจุบัน จะเป็นความผิดฐานกระทำชำเรา มาตรา 276 หรือ มาตรา 277 แล้วแต่กรณี เพราะ มาตรา 1 (18) (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2562) ได้กำหนดคำนิยามไว้ว่า กระทำชำเรา หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น

ภาคของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง”

ดังนั้น บทบัญญัติใหม่ของมาตรา 276¹⁷ จึงมีความว่า

“ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”

การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 276 ในครั้งนี้ เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมมาก ถึงขนาดทำให้องค์ประกอบความผิดฐานนี้เปลี่ยนไปในสาระสำคัญ ทำให้ประชาชน นักวิชาการ ตลอดจนนักกฎหมาย เกิดความสับสนในการปรับบทมาตรา 276 เพราะเมื่อพิจารณา คำนิยามคำว่า “การกระทำชำเรา” ตามมาตรา 276 วรรค 2 แล้ว จะพบว่า เป็นคำนิยามที่ก่อให้เกิดผล ดังต่อไปนี้

1) เปลี่ยนแปลงองค์ประกอบความผิด

กล่าวคือ จากเดิม มาตรา 276 ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 ซึ่งวางหลักว่า ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดย ขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ย่อมเห็นได้ว่าเดิมมาตรา 276 มิได้กำหนดคำนิยามของคำว่า กระทำชำเราไว้ ดังนี้ การตีความจึงอาศัยลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ กล่าวคือ เดิมจะเป็นการชำเราได้ ชายผู้กระทำต้องใช้อวัยวะเพศชาย ล้วงล้าอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น และจำกัดเฉพาะต้องกระทำต่อหญิงอื่นซึ่งมิใช่ภริยาของชายผู้กระทำ

หลังจากการแก้ไขเพิ่มเติมคำนิยามดังกล่าว ตามมาตรา 276 วรรค 2 การกระทำได้จักเป็นการกระทำชำเราได้ ผู้กระทำซึ่งไม่จำกัดเพศต้องกระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ดังนี้ ย่อมเห็นได้ว่า เป็นการเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบความผิดในส่วน ผู้กระทำจากเดิมต้องเป็นเพศชายเท่านั้น กลายเป็นไม่จำกัดเพศผู้กระทำ

¹⁷ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ตามความใน มาตรา 3 ว่า ให้ยกเลิกความใน มาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525.

การกระทำจากเดิมต้องใช้อวัยวะเพศชายล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิง เป็นการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

วัตถุประสงค์แห่งการกระทำจากเดิมจำกัดเพียงหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของชายผู้กระทำความผิด กลายเป็นไม่จำกัดเพศผู้ถูกระทำ

ผลแห่งการกระทำจากเดิมจะเป็นความผิดสำเร็จเมื่ออวัยวะเพศชายล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิงโดยไม่จำเป็นต้องสำเร็จความใคร่ กลายเป็นเพียงใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

2) ทำให้ไม่อาจแยกการข่มขืนกระทำชำเราออกจากการกระทำอนาจารได้

การกระทำอนาจาร คือ การกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ ไม่หมายความว่าเฉพาะเพื่อความใคร่หรือการประเวณีเท่านั้น แม้ไม่ได้ทำด้วยความใคร่ เพียงสัมผัสใกล้ชิดเพื่อสร้างความพึงพอใจในทางเพศก็ถือว่าเป็นการไม่สมควรแล้ว¹⁸ เนื่องจากเดิมก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 มาตรา 276 นั้น จะเป็นการผิดสำเร็จได้เมื่อมีการใช้อวัยวะเพศชายล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิง ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 มาตรา 276 วรรค 2 โดยมีการกำหนดคำนิยามว่า การกระทำชำเรา หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

จากการกำหนดคำนิยามเช่นนี้ ทำให้เกิดปัญหาในการวินิจฉัยตีความว่า การกระทำเพียงใดจะเป็นการข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำใดจะเป็นการกระทำอนาจาร เพราะกฎหมายบัญญัติโดยใช้คำว่า “กระทำกับ” เมื่อถ้อยคำในตัวบทกฎหมาย มีปัญหาในการตีความทำให้เกิดความไม่ชัดเจนแน่นอนขึ้น ว่าการกระทำใดเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา การกระทำใดเป็นการกระทำอนาจาร เช่น การที่ ก ใช้อวัยวะเพศชายถู้อวัยวะเพศหญิง กรณีเช่นนี้ ย่อมเป็นการใช้อวัยวะเพศของ ก กระทำกับอวัยวะเพศของหญิงผู้เสียหายแล้ว ย่อมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อันเป็นความผิดสำเร็จ จึงเกิดปัญหาสำคัญที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า การกระทำใดคือการพยายามข่มขืนกระทำชำเรา และการกระทำใดคือการกระทำอนาจาร เนื่องจากเดิมพิจารณา มาตรา 276 ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมาย

¹⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง*, 479.

อาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 จะเป็นพยายามข่มขืนกระทำชำเราได้ ต้องมีการกระทำอันใกล้ชิดต่อผลสำเร็จ¹⁹ คือ ต้องมีการใช้อวัยวะเพศของตนกระทำในลักษณะที่ใกล้ชิดพร้อมที่จะสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายได้ หากการกระทำนั้นไม่มีลักษณะใกล้ชิดพร้อมที่จะสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย เช่น ผู้เสียหายยังใส่กางเกงชั้นใน ทำให้ผู้กระทำอยู่ในวิสัยที่ไม่อาจสอดใส่เข้าไปได้ เช่นนี้ย่อมไม่ถึงขั้นพยายามกระทำตามมาตรา 80 หากแต่เมื่อพิจารณาแล้ว การกระทำดังกล่าว ย่อมเป็นกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ จึงอาจเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 ได้

อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 มาตรา 276 จะเป็นความผิดสำเร็จได้ต้องปรากฏว่า

ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศของผู้อื่น

ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับทวารหนักของผู้อื่น

ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับช่องปากของผู้อื่น

ผู้กระทำการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ดังนั้น ถ้าการวินิจฉัยตีความเป็นไปตามหลักกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมนี้ การที่ ก ใช้อวัยวะเพศสอดใส่ เสียดสี กับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้เสียหาย ย่อมเป็นความผิดสำเร็จทันที มิใช่เป็นเพียงพยายามกระทำชำเรา หรือการอนาจาร เช่นเดียวกัน การที่ ก ใช้สิ่งอื่นใด เช่น อวัยวะเพศเทียมชาย (Dildo) ขวดเบียร์ แดงกวาง มะเขือยาว²⁰ และยังหมายความถึงสิ่งอื่นใด (นอกจากอวัยวะเพศของผู้กระทำ) เช่น นิ้วมือ ลิ้น เป็นต้น สอดใส่ เสียดสี กับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหาย ย่อมเป็นความผิดสำเร็จทันที มิใช่เป็นเพียงพยายามกระทำชำเรา หรือการอนาจาร

จากปัญหาดังกล่าว นักนิติศาสตร์ตลอดจนศาลยังคงยึดถือตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาบรรทัดฐานเดิมว่า จะเป็นการข่มขืนกระทำชำเราอันเป็นความผิดสำเร็จ ต้องมีการสอดใส่ หรือ การล้วงล้ำเข้าไป (Penetration) ในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้เสียหายแล้วแต่กรณีเดิม เช่น

¹⁹ หลักความใกล้ชิดต่อผล (The Proximity Rule) ดู เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: พลสมยาม พรินติ้ง, 2551), 542.

²⁰ สหรัฐ กิติ ศุภการ, หลักและคำพิพากษา: กฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: อมรินทร์พรินติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2561), 467.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6816/2554 แม้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมีใช้ภริยาของตน ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคแรก (เดิม) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้ในขณะที่จำเลยกระทำความผิด และต้องใช้ใช้บังคับแก่คดี ประกอบกับกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมในภายหลังไม่เป็นคุณแก่จำเลยและมีได้ให้คำนิยามของการกระทำชำเราไว้ แต่ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสอง ที่แก้ไขในภายหลัง ให้คำนิยามของการกระทำชำเราไว้ว่า หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปากของผู้อื่น หรือ การใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น **ซึ่งเป็นเพียงการขยายความแต่ก็ยังคงเทียบเคียงการกระทำชำเราหญิงตามกฎหมายเดิมได้** ดังนั้น ความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราหญิงนั้น ผู้กระทำจะต้องใช้อวัยวะเพศของตนกระทำในลักษณะใกล้ชิดพร้อมที่จะใช้อวัยวะเพศสอดใส่กับอวัยวะเพศของหญิงผู้ถูกระทำ การกระทำของจำเลยที่ใช้แรงกายบังคับจุดกระชากกลางตัวผู้เสียหายเข้าไปในห้องน้ำ ล็อกประตูห้องน้ำ ถอดกางเกงชั้นนอกและกางเกงในของผู้เสียหายออก แล้วจับนมและอวัยวะเพศของผู้เสียหาย ซึ่งถือเป็นการกระทำการลวนลามผู้เสียหายแล้ว แต่จำเลยยังไม่ได้ถอดกางเกงที่ตนเองสวมใส่ออก การกระทำของจำเลยจึงยังไม่ถึงขั้นที่พยายามใช้อวัยวะเพศของตนเองสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย จึงถือว่าลักษณะการกระทำความผิดของจำเลยยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำการข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายได้ การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารผู้เสียหายเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสเท่านั้น

3) ลักษณะการกระทำผิดธรรมชาติของมนุษย์

กล่าวคือ ธรรมชาติของมนุษย์ จะเป็นการมีเพศสัมพันธ์ (Sexual Intercourse) ได้ ต้องมีการล่องล้ำ คือการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง²¹ ดังนี้ แนวการวินิจฉัยของศาลตลอดมาจึงสอดคล้องกับวิถีตามธรรมชาติของมนุษย์ ซึ่งเห็นได้จากกรณีที่คำพิพากษาศาลฎีกาที่พิพากษาภายหลังจากการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 อันมีการกำหนดคำนิยามตามมาตรา 276 วรรค 2 โดยใช้คำว่า “กระทำกับ” ทำให้ไม่อาจตีความว่า “ล่องล้ำ” ได้อีกต่อไป

2.3.3 คำพิพากษาศาลฎีกาหลังปี พ.ศ. 2562

ในการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดเกี่ยวกับเพศครั้งล่าสุดในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 นั้น มีเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติ คือ

²¹ ปรีชา อุปโยคิน, “เพศสัมพันธ์ในผู้สูงอายุ, กระทรวงสาธารณสุข กองการแพทย์ทางเลือก,” สืบค้นเมื่อ 10 กุมภาพันธ์ 2565, <https://thaicam.go.th/เพศสัมพันธ์ในผู้สูงอายุ/>.

“โดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงบทนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ในบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศและบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับศพในประมวลกฎหมายอาญาให้ชัดเจนและสอดคล้องกับลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติ และปรับปรุงบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศบางประการเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย และเพื่อให้ความคุ้มครองบุคคลซึ่งถูกระทำทางเพศกลุ่มต่าง ๆ มากยิ่งขึ้น เช่น เด็กผู้อยู่ภายใต้อำนาจของผู้กระทำและผู้ซึ่งไม่สามารถปกป้องตนเองได้ อีกทั้งเพื่อป้องปรามมิให้มีการกระทำที่เป็นการเอาเปรียบหรือรับประโยชน์จากผู้ซึ่งค้าประเวณีหรือจากการค้าประเวณี จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”²²

ในการแก้ไขเพิ่มเติมนี้ มีการเปลี่ยนแปลงคำนิยาม “การกระทำชำเรา” และยกเลิกคำนิยาม มาตรา 276 วรรค 2 โดยนำไปกำหนดคำนิยามไว้ในมาตรา 1(18) แทน

ด้วยเหตุนี้ ตั้งแต่วันที่ 28 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดความหมายของการกระทำชำเราใหม่ ปรากฏในมาตรา 1(18) ว่า “กระทำชำเรา หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น”²³

ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาครั้งล่าสุดนี้ ทำให้การกระทำอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดเป็นไปตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินเป็นบรรทัดฐาน

²² หมายเหตุแห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562

²³ มีข้อสังเกต คำว่า “ล้วงล้า” นั้น เดิม มาตรา 276 ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดย...” โดยมีได้กำหนดนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ไว้ ดังนี้ การ “ล้วงล้า” จึงจำกัดเฉพาะอวัยวะเพศชาย “ล้วงล้า” อวัยวะเพศหญิงเท่านั้น และเป็นความผิดสำเร็จทันทีโดยไม่ต้องสำเร็จความใคร่

สำหรับมาตรา 276 วรรค 2 ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ซึ่งบัญญัติว่า “การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” ในการตีความแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายแรกเห็นว่าการกระทำชำเรา มิได้มีความหมายเพียงการสอดใส่อวัยวะเพศ หรือสิ่งอื่นใดเท่านั้น หากแต่ยังหมายรวมถึง การกระทำในรูปแบบที่ใช้อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดใด ๆ จึงจะเห็นได้ว่า ไม่จำเป็นต้องมีการ “ล้วงล้า” แต่อย่างไรก็ดี ส่วนฝ่ายที่สองเห็นว่าการกระทำชำเราต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศ หรือสิ่งอื่นใดสอดใส่ เท่านั้น ดังนั้น ต้องมีการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ “ล้วงล้า” อวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้เสียหาย หรือการใช้สิ่งอื่นใด “ล้วงล้า” อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ส่วนมาตรา 276 ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 มีการกำหนดคำนิยามไว้เป็นการเฉพาะที่มาตรา 1 (18) ว่า “กระทำชำเรา หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” จะเห็นได้ว่า มีการกำหนดว่า ต้องมีการใช้อวัยวะเพศ “ล้วงล้า” อย่างชัดเจนซึ่งสอดคล้องกับการร่วมประเวณีในทางธรรมชาติของมนุษย์

เสมอมา คือ ต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศล้วงเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นเท่านั้น ส่วนการใช้อวัยวะอื่นใดหรือวัตถุอื่นใดล้วงเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักของผู้อื่น จะเป็นความผิดฐานอนาจารแทน เนื่องจากการใช้วัตถุอื่นใดที่ไม่ใช่อวัยวะของมนุษย์ ไม่ใช่การกระทำซ้ำเราตามธรรมชาตินั่นเอง²⁴ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 339/2564 การที่จำเลยนำอวัยวะเพศของจำเลยพยายามสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 แต่ไม่สามารถสอดใส่เข้าไปได้ เป็นเพราะผู้เสียหายที่ 1 ยังเป็นเด็ก ร่างกายไม่พร้อมต่อการมีเพศสัมพันธ์ที่จำเลยจะใช้อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 ให้สำเร็จได้โดยง่าย อีกทั้งผู้เสียหายที่ 1 ยังใช้มือปิดป้องเป็นการขัดขวางไม่ให้จำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของจำเลยเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 จำเลยจึงต้องหยุดกระทำ เช่นนี้ไม่ใช่เรื่องที่จำเลยยับยั้งเสียเองโดยสมัครใจ แต่เป็นเพราะมีเหตุปัจจัยภายนอกที่ทำให้จำเลยต้องจำใจหยุดกระทำต่อไป จึงไม่เข้าข้อยกเว้นให้ไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำผิดตาม มาตรา 82

3. องค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทย

เดิมก่อนมีการออก The Sexual Offences Act 2003 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) ของประเทศไทย ไม่มีการกำหนดคำนิยามไว้เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาไทยก่อนปี พ.ศ. 2550 เพียงแต่พิจารณาองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายว่า “ชายชำเราหญิงโดยที่หญิงไม่ได้ให้ความยินยอมเท่านั้น” เท่านั้น มีได้บัญญัติรายละเอียดแห่งการกระทำว่า ต้องมีการใช้กำลังข่มขู่ให้หญิงกลัว หรือต้องมีการหลอกลวง จนหญิงจำต้องให้ความยินยอมให้ชายชำเราหรือไม่ ต่อมาจึงได้มีการกำหนดคำนิยาม และปรับปรุงองค์ประกอบความผิด ซึ่งถือเป็นการปฏิรูปกฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยให้ทันสมัยและสอดคล้องกับคำนิยามทางเพศยิ่งขึ้น²⁵

3.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Rape)

มาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 บัญญัติว่า²⁶

²⁴ ศุภธินี อยู่สวัสดิ์, “สาระสำคัญของการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 27: ศึกษาเฉพาะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัย* 12, ฉ.2 (2562): 60.

²⁵ ณัฐวรรณ ดวงวงใต้, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษาขอบเขตของการให้ความยินยอมโดยผู้เสียหาย,” 653.

²⁶ Sexual Offences Act 2003, Section 1 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

“ผู้ใด (A) จักเป็นผู้กระทำความผิด ถ้า

(a) ผู้กระทำให้ข้อวิยะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำข้อวิยะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น (B) โดยเจตนา

(b) โดย B มิได้ให้ความยินยอมในการล่วงล้ำ และ

(c) A มิได้มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า B ให้ความยินยอม”

สำหรับพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 มาตรา 1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น มีองค์ประกอบดังต่อไปนี้²⁷

3.1.1 องค์ประกอบภายนอก หรือ Actus Reus

1) ผู้กระทำ มีข้อพิจารณาว่า พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 ใช้คำว่า “A person (A)” ย่อมแสดงให้เห็นว่า ผู้กระทำอาจเป็นเพศใดก็ได้ ไม่จำกัดว่าเป็นเพศชาย โดยแทนตัวผู้กระทำด้วยตัวอักษร A แทนที่คำว่า Man หรือคำว่า Woman เพื่อไม่ระบุเพศผู้กระทำความผิดนั่นเอง ซึ่งการกำหนดผู้กระทำความผิดด้วยถ้อยคำดังกล่าว ไม่ทำให้หลักในการลงโทษผู้กระทำความผิดเปลี่ยนแปลงไป คือ ทั้งชายและหญิง ล้วนเป็นตัวการกระทำความผิดได้ทั้งสิ้น²⁸

อย่างไรก็ตาม มีผู้เห็นว่า การที่มาตรานี้แม้จะใช้คำว่า A person (A) commits an offence ซึ่งแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำอาจเป็นเพศใดก็ได้ กลับมีตัวบทต่อไปซึ่งปรากฏข้อความว่า (a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis จึงเห็นได้ว่า ผู้ที่จะข่มขืนกระทำชำเรา ในตัวบทนี้ได้ ผู้กระทำต้องเป็นเพศชายเท่านั้น เพราะเพศหญิงไม่อาจใช้ คำว่า he และ ไม่มี his penis

2) การกระทำ สำหรับองค์ประกอบในส่วนนี้ ทางตำราอธิบายว่า ต้องประกอบด้วย การล่วงล้ำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย (The Penetration to be Non-Consensual) จึงแยกพิจารณาได้เป็น 2 ประการ คือ

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

²⁷ “เมื่อได้ศึกษาทำความเข้าใจในเรื่องของ Actus Reus กับ Mens Rea ในระบบคอมมอนลอว์แล้วจะพบว่า Actus Reus ก็คือ Criminal Act หรือองค์ประกอบภายนอก และ Mens Rea หรือ Guilty Mind ก็คือ องค์ประกอบภายใน นั่นเอง ผลคือหากขาดอย่างหนึ่งอย่างใดไปก็จะเป็นความผิด” ดู ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550), 20.

²⁸ Nicola Monaghan, *Criminal Law*, 6th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2020), 193.



2.1) ใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ A ล้วงล้าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น B (Penetration of the Vagina, Anus or Mouth of B with A's Penis) หมายความว่า จะเป็นการสอดสำเร็จได้ ต้องมีการล้วงล้า (Penetration) เพราะเป็นองค์ประกอบภายนอก (Actus Reus) ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) นั้นเอง

โดยมีข้อสังเกตว่า เพียงอวัยวะเพศชายล้วงล้าเท่านั้น ย่อมเป็นความผิดสำเร็จทันที ไม่จำเป็นต้องทำให้เยื่อพรหมจารย์ฉีกขาด หรือไม่จำเป็นต้องสำเร็จความใคร่ โดยการล้วงล้า นั้นจะมีอยู่ตลอดเวลาตั้งแต่มีการล้วงล้าเข้าไป จนกระทั่งถอนอวัยวะเพศออกมา เนื่องจากทางตำราอธิบาย คำว่า “อวัยวะเพศหญิง” (Vagina) ไว้ว่า อวัยวะเพศหญิงหมายความรวมถึง ช่องคลอด หรือแคมนอก (Vulva) ซึ่งเพียงล้วงล้าเข้าไปแม้เพียงเล็กน้อยย่อมเป็นความผิดสำเร็จทันที²⁹

2.2) โดย B มิได้ให้ความยินยอมในการล้วงล้า ซึ่งหมายรวมถึง การที่ A มิได้มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า B ให้ความยินยอมด้วย (Absence of Consent) โดยมีข้อสังเกตว่า ก่อนมีการบัญญัติพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 ไม่ปรากฏคำนิยาม “ความยินยอม” (Consent) ไว้ จึงทำให้ในการพิจารณาคดี คณะลูกขุนจะพิจารณาเรื่องความยินยอมในความหมายตามปกติธรรมดาทั่วไป (Ordinary Meaning) แม้ว่าคณะลูกขุนจะได้รับคำเตือนจากผู้พิพากษาว่า ในการพิจารณาเรื่องความยินยอมต้องมีหลักว่า ผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมที่แท้จริงหรือไม่ (Real Consent) ซึ่งเป็นการพิจารณาในทางอัตวิสัยของผู้เสียหายว่า ผู้เสียหายต้องไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจใด ๆ จึงจำเป็นต้องให้ความยินยอมเช่นนั้น จะเห็นได้ว่า การขาดคำนิยามศัพท์ที่ชัดเจน ทำให้คณะลูกขุนมักสับสนในกรณีที่ผู้เสียหายมิได้กระทำการป้องกันตัว หรือมิได้ขัดขืน หรือไม่กระทำการอื่นใด (The Victim did not Protect or Resist or Do Anything.) ดังนั้น การขาดคำนิยามศัพท์ในกฎหมายเรื่องความยินยอมนี้ จึงเป็นปัญหาสำคัญมากของกฎหมายเก่า (A Major Defect of the Old Law)³⁰

เช่น **ข้อเท็จจริงในคดี R v Kirk (2008)**³¹ จำเลยทั้ง 2 ถูกตั้งข้อหาว่า กระทำผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก (Sexual Assault against a Child) และฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) โดยจำเลยนั้นเป็นผู้มีความใกล้ชิดกับครอบครัวของผู้เสียหาย จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายมานานหลายสิบปี สำหรับคดีนี้ ศาลต้องอธิบายให้คณะลูกขุนพิจารณาว่า ผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมที่แท้จริงหรือจำเป็นต้องให้ความยินยอมเพราะตกอยู่ภายใต้อำนาจอันไม่อาจหลีกเลี่ยง

²⁹ Michael J. Allen and Ian Edwards, *Criminal Law*, 15th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2019), 461.

³⁰ Richard Card, *Criminal Law*, 19th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2010), 351.

³¹ LawTeacher, “R v Kirk (R v PK; R v TK) [2008] EWCA Crim 434,” accessed February 10, 2022, <https://www.lawteacher.net/cases/r-v-kirk.php>.

หรือขัดแย้งได้ ในท้ายสุดเมื่อพิจารณาได้ความว่า ผู้เสียหายมิได้ให้ความยินยอมไปตลอด (Full Consent) และมีการใช้อวัยวะเพศล้วงล้ำ (Penetrate) จริง การกระทำย่อมครบองค์ประกอบความผิด และลงโทษจำเลยฐานดังกล่าวได้

3) วัตถุประสงค์ของการกระทำ มีข้อพิจารณาว่า พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 ใช้คำว่า “Person (B)” ย่อมแสดงให้เห็นว่า ผู้ถูกกระทำอาจเป็นเพศใดก็ได้ไม่จำกัดว่าเป็นเพศหญิงอีกต่อไป โดยแทนตัวผู้ถูกกระทำด้วยตัวอักษร B แทนที่คำว่า Man หรือ Woman เพื่อไม่ระบุเพศผู้ถูกกระทำนั่นเอง³²

3.1.2 องค์ประกอบภายใน หรือ mens rea

เมื่อพิจารณามาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 ย่อมมีข้อพิจารณาว่าองค์ประกอบภายใน ในส่วน Mens Rea นั้น ต้องการการที่จำเลยมิได้มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายให้ความยินยอมเช่นนั้น (The Defendant does not Reasonably Believe that the Complainant Consents.) ดังนั้น หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า ผู้เสียหายให้ความยินยอมให้ตนชำเรา การกระทำย่อมไม่อาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา³³ โดยจะถือว่าจำเลยว่าขาด Mens Rea เมื่อพิจารณาจากประเด็นต่อไปนี้

1) จำเลยเชื่อหรือไม่ว่า ผู้เสียหายให้ความยินยอม (Did the Defendant Believe that the Victim was consenting?) และ

2) มีเหตุอันควรเชื่อเช่นนั้นหรือไม่ (Was that Belief Reasonable?)³⁴

4. เปรียบเทียบองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

เพื่อประโยชน์ในการตีความ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา การให้เหตุผลทางกฎหมาย ตลอดจนเพื่อบูรณาการงานวิจัยกับการเรียนการสอนในรายวิชาการกฎหมายอาญาภาคความผิด และวิชาปัญหาพิเศษทางกฎหมายอาญา ผู้วิจัยเห็นเป็นการสมควรที่จะทำการเปรียบเทียบองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยและประเทศอังกฤษ ดังต่อไปนี้

³² Nicola Monaghan, *Criminal Law*, 193.

³³ สำหรับ Mens Rea นั้นปรากฏอย่างชัดเจนในมาตรา 1 ว่า ผู้กระทำ A ต้องมิได้มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า B ให้ความยินยอม (A Does Not Reasonably Believe that B Consents.) ซึ่งเป็นการกำหนดสภาพจิตใจของผู้กระทำให้ชัดเจนว่า ผู้กระทำต้องมีได้สำคัญผิดหรือเข้าใจผิดว่าผู้เสียหายยินยอมให้ตนชำเรา สำหรับข้อพิจารณาในประการนี้ มาตรา 276 มิได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษ จึงต้องพิจารณาตรา 62 ประกอบว่า ผู้กระทำสำคัญผิดในพฤติการณ์ว่ามีเหตุยกเว้นความผิด กล่าวคือ ผู้กระทำสำคัญผิดว่า ผู้เสียหายให้ความยินยอมหรือไม่

³⁴ Catherine Elliott and Frances Quinn, *Criminal Law*, 11th ed. (Harlow: Pearson Education Limited, 2016), 187.

4.1 องค์ประกอบภายนอก

สำหรับองค์ประกอบภายนอกนั้น พิจารณาได้ว่ามาตรา 276 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีองค์ประกอบที่คล้ายคลึงกับมาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 โดยเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบองค์ประกอบภายนอกกับ Actus Reus ดังนี้

4.1.1 ผู้กระทำ

สำหรับผู้กระทำความผิดนั้น ปัจจุบันนี้ ไม่ว่าจะ เป็นมาตรา 276 กิติ หรือ มาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 กิติ ล้วนแล้วแต่ไม่กำหนดเพศของผู้กระทำความผิด โดยมีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

1) มาตรา 276 ใช้คำว่า “ผู้ใด” จึงทำให้ผู้กระทำความผิดฐานนี้เป็นได้ทั้งชายและหญิง และแม้ว่าจะจดทะเบียนสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมายก็อาจเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้

2) มาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 ใช้คำว่า “A person (A)” เช่นนี้ ผู้กระทำจึงอาจเป็นเพศใดก็ได้ แม้ว่าจะมีการใช้คำว่า “He” และคำว่า “His” ปรากฏอยู่ในมาตรานี้ด้วยแต่ก็เป็นเพียงคำสรรพนามไว้เรียก A Person เท่านั้น เพราะมาตรานี้แทนตัวผู้กระทำด้วยตัวอักษร A แทนที่คำว่า Man หรือคำว่า Woman ไปแล้ว จึงถือเป็นการไม่ระบุเพศของผู้กระทำความผิดนั่นเอง

4.1.2 การกระทำ

สำหรับการกระทำนั้น ไม่ว่าจะ เป็นมาตรา 276 กิติ หรือมาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 กิติ ข้อพิจารณาในส่วนการกระทำมิได้มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ โดยมีข้อพิจารณาดังนี้

1) มาตรา 276 การกระทำคือ การข่มขืนกระทำชำเรา จึงต้องประกอบด้วย การข่มขืนและการชำเรา ดังที่กล่าวมาแล้วว่าการข่มขืน คือ การชำเราต้องฝ่าฝืนความยินยอมของผู้เสียหาย หากผู้เสียหายสมัครใจ ยินยอมให้ชำเรา การกระทำย่อมขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด โดยวิธีการข่มขืน อาจกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ระบุไว้ในมาตรา 276 ดังนี้ คือ (1) โดยขู่เชิญด้วยประการใด ๆ (2) โดยใช้กำลังประทุษร้าย (3) โดยผู้นั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือ (4) โดยทำให้ผู้นั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

และการกระทำชำเรานั้นกฎหมายกำหนดคำนิยามไว้ที่มาตรา 1(18) ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้ คือ การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดย

- 1) การใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้าอวัยวะเพศของผู้อื่น
- 2) การใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้าทวารหนักของผู้อื่น
- 3) การใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้าช่องปากของผู้อื่น

ซึ่งการบัญญัติองค์ประกอบเช่นนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าทำให้เกิดปัญหาในการวินิจฉัย เพราะมาตรา 1(18) ใช้คำว่า “...โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” จะมีความผิดสำเร็จได้ ผู้กระทำต้องเป็นผู้ที่ใช้อวัยวะเพศของตนล้วงล้าเท่านั้น ดังนั้น ย่อมเป็นการจำกัดเพศของผู้กระทำ เพราะการกระทำบางอย่างเพศหญิงไม่อาจทำได้ เนื่องจากอวัยวะเพศหญิงโดยสภาพไม่อาจล้วงล้าอวัยวะเพศชาย และเช่นกันอวัยวะเพศหญิงไม่อาจล้วงล้าทวารหนักผู้อื่นได้ อวัยวะเพศหญิงจะสามารถล้วงล้าได้เฉพาะช่องปากของผู้อื่นเท่านั้น เทียบเคียงกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15309/2553 ซึ่งวินิจฉัยว่า ช่องปากของผู้เสียหาย หมายถึงช่องปากเป็นที่ว่างในปาก ซึ่งปากเป็นทางเข้าออก โดยต้องผ่านปากเข้าไปก่อนจึงจะถึงช่องปาก ดังนี้ การบังคับให้ผู้เสียหายเลียอวัยวะเพศของจำเลย โดยที่อวัยวะเพศของจำเลยยังไม่ได้เข้าไปในปากของผู้เสียหาย ย่อมถือไม่ได้ว่าจำเลยใช้อวัยวะเพศของจำเลยกระทำกับช่องปากของผู้เสียหาย

ด้วยเหตุนี้ หญิงจะซ้ำเราผู้อื่นตามคำนิยามมาตรา 1(18) ได้เฉพาะกรณีเดียว คือหญิงบังคับขืนใจผู้อื่นโดยใช้อวัยวะเพศหญิงล้วงล้าช่องปากของผู้อื่น ซึ่งการบัญญัติกฎหมายเช่นนี้ อาจทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำทางเพศและเป็นการจำกัดความรับผิดชอบของหญิงได้ เพราะหากเป็นการกระทำของชาย อวัยวะเพศชายสามารถล้วงล้าอวัยวะเพศของหญิง ทวารหนักของผู้อื่น และช่องปากของผู้อื่นได้นั่นเอง

2) มาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 กำหนดองค์ประกอบในส่วนการกระทำอันเทียบได้กับการข่มขืนกายหรือการซ้ำเราตามมาตรา 1(18) ว่า “... he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis” อันเป็นการแสดงให้เห็นในส่วนการซ้ำเราโดยการล้วงล้าเฉกเช่นมาตรา 276 และองค์ประกอบในส่วนของการข่มขืนใจว่า “... (b) B does not consent to the penetration, and (c) A does not reasonably believe that B consents.” ซึ่งอธิบายว่า ผู้เสียหายมิได้ยินยอมให้ผู้กระทำซ้ำเราและผู้กระทำต้องไม่มีเหตุผลอันควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายให้ความยินยอมด้วย

ในประเด็นนี้ผู้วิจัยมีข้อสังเกตดังต่อไปนี้

องค์ประกอบในส่วนการกระทำนั้นมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ มาตรา 276 มิได้บัญญัติว่า ผู้กระทำต้องไม่มีเหตุผลอันควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายให้ความยินยอม ในขณะที่

มาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 กำหนดให้ผู้กระทำความผิดไม่มีเหตุผลอันควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายให้ความยินยอมด้วยซึ่งเป็นการกำหนดในองค์ประกอบส่วน Actus Reus เลยกี่เดียว

สำหรับมาตรา 276 เนื่องจากความผิดฐานนี้ ผู้เสียหายต้องไม่ยินยอมให้ผู้กระทำชำเรา ดังนั้น ถ้าผู้เสียหายยินยอมให้ชำเรา การกระทำย่อมไม่เป็นความผิดตามมาตรา 276 เพราะขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิด เนื่องจากคำว่า “ข่มขืน” ย่อมบ่งบอกในตัวว่าผู้เสียหายต้องไม่ยินยอม นั่นเอง³⁵ อย่างไรก็ตาม มาตรา 276 มิได้กำหนดเรื่องความสำคัญผิดของผู้กระทำความผิดไว้ในองค์ประกอบดังมาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 ดังนี้ เมื่อผู้กระทำสำคัญผิดว่าผู้เสียหายยินยอมให้ตนชำเรา จึงต้องพิจารณา มาตรา 59 วรรค 3 ประกอบ

4.1.3 วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ

สำหรับวัตถุประสงค์แห่งการกระทำนั้น ไม่ว่าจะเป็มาตรา 276 กิติ หรือมาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 กิติ ข้อพิจารณาในส่วนวัตถุประสงค์แห่งการกระทำนั้น มิได้มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ โดยมีข้อพิจารณาดังนี้

1) มาตรา 276 วัตถุประสงค์แห่งการกระทำคือ “ผู้อื่น” อันเป็นการไม่ระบุเพศของผู้เสียหายซึ่งวัตถุประสงค์แห่งการกระทำนี้สอดคล้องกับเหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 276 และมาตรา 118) ที่ว่า “... ความผิดเกี่ยวกับเพศบางประการเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายและเพื่อให้ความคุ้มครองบุคคลซึ่งถูกระทำทางเพศกลุ่มต่าง ๆ ...”³⁶ และยังคงสอดคล้องกับมาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 ที่ใช้คำว่า “Person (B)” ผู้เสียหายจึงอาจเป็นเพศใดก็ได้ ไม่จำกัดว่าต้องเป็นเพศหญิงอีกต่อไป และไม่จำกัดว่าหญิงนั้นต้องมีเซ็กเรียของผู้กระทำความผิด

2) มาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 กำหนดองค์ประกอบในส่วนวัตถุประสงค์แห่งการกระทำ โดยใช้คำว่า “Person (B)” ย่อมแสดงให้เห็นว่า ผู้ถูกระทำอาจเป็นเพศใดก็ได้ ไม่จำกัดว่าเป็นเพศหญิงอีกต่อไป โดยแทนตัวผู้ถูกระทำด้วยตัวอักษร B แทนที่คำว่า Man หรือ Woman เพื่อไม่ระบุเพศผู้ถูกระทำนั่นเอง

³⁵ ศุภธินี อยู่สวัสดิ์, “การที่ผู้กระทำความผิดมีเจตนาสำคัญผิดว่าผู้เสียหายให้ความยินยอม,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธนบุรี 7, ฉ.2 (2557): 23.

³⁶ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562.

4.2 องค์ประกอบภายใน

สำหรับองค์ประกอบภายในนั้น พิจารณาได้ว่ามาตรา 276 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีองค์ประกอบที่คล้ายคลึงกับมาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 โดยเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบองค์ประกอบภายในกับ Mens Rea ดังนี้

4.2.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดที่ต้องการเจตนา

สำหรับองค์ประกอบภายในตามมาตรา 276 นั้น ต้องกระทำโดยเจตนาเท่านั้น ไม่อาจเป็นการกระทำโดยประมาทได้ ด้วยลักษณะแห่งการกระทำ ซึ่งต้องปรากฏการข่มขืนใจ และการข่มขืนกาย ดังนั้น เจตนาตามมาตรา 276 จึงประกอบด้วย 2 ส่วนคือ ส่วนรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด และส่วนการต้องการการเกิดขึ้นของผล กล่าวคือ

1) สำหรับการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดตามมาตรา 276 นี้ เพียงผู้กระทำรู้ว่าวัตถุแห่งการกระทำเป็นมนุษย์ผู้อื่น ย่อมเพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องรู้ว่า ผู้อื่นเป็นใคร หรือแม้กระทั่งเป็นเพศใด เพราะในปัจจุบัน ความผิดฐานนี้ มิได้จำกัดแต่เพียงการกระทำต่อหญิงเท่านั้น หากแต่แม้กระทำต่อชายก็เป็นความผิดได้ ดังนั้น การจำกัดเพียงว่าเจตนาในส่วนนี้ ต้องรู้ว่า ผู้ถูกกระทำเป็นเพศใดด้วย จึงจะทำให้การตีความกฎหมายมาตรานี้ ไม่ขัดด้วยเหตุผลที่ปรากฏในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ซึ่งการตีความในลักษณะนี้สอดคล้องกับ Mens Rea ในมาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 ซึ่งผู้กระทำรู้เพียงว่าเป็นผู้อื่น เท่านั้น โดยพิจารณาจากคำว่า “Another Person (B)” ที่ไม่ปรากฏเพศของผู้ถูกกระทำ

อย่างไรก็ตาม สำหรับ Mens Rea นั้นปรากฏอย่างชัดเจนในมาตรา 1 ว่า ผู้กระทำ A ต้องมิได้มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า B ให้ความยินยอม (A Does Not Reasonably Believe that B Consents.) ซึ่งเป็นการกำหนดสภาพจิตใจของผู้กระทำให้ชัดเจนว่า ผู้กระทำต้องมีได้สำคัญผิดหรือเข้าใจผิดว่าผู้เสียหายยินยอมให้ตนชำเรา สำหรับข้อพิจารณาในประการนี้ มาตรา 276 มิได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษ จึงต้องพิจารณามาตรา 59 วรรค 3 ประกอบ

2) สำหรับการต้องการการเกิดขึ้นของผลนั้น ผู้กระทำต้องการใช้อวัยวะเพศของตน ล้วงล้ำ (Penetrate) อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น เมื่อผู้กระทำมีการกระทำโดยเจตนาแล้ว แม้ผลไม่เกิด การกระทำนั้นย่อมเป็นการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 80



4.2.2 ข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 ต้องมี Mens Rea

มาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 ในส่วน Mens Rea ประกอบด้วยองค์ประกอบสองประการ (Two Elements) คือ 1) ผู้กระทำมีเจตนาล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น (An Intention to Penetrate the Vagina, Anus or Mouth of A Person) และ 2) ผู้กระทำไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายให้ความยินยอม (No Reason Belief in Consent) ซึ่งแยกพิจารณาได้ต่อไปนี้

1) ล่วงล้ำโดยเจตนา (Intentional Penetration) คือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา Rape เป็นความผิดที่ต้องการเจตนา หรือ ต้องมีองค์ประกอบภายในส่วน Mens Rea กล่าวคือ ผู้กระทำต้องมีเจตนาใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้เสียหาย ซึ่งองค์ประกอบในส่วนนี้ เป็นองค์ประกอบในทางอัตวิสัย (A subjective Element) และเป็นองค์ประกอบที่ต้องถูกยกขึ้นมาพิจารณาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทุกคดี เช่น การที่ชาย A ทำเราหญิงคนรัก B โดยที่ตลอดมา B มีได้ให้ความยินยอม A ทำเราทางทวารหนัก (Anal Intercourse) ปรากฏว่า ในขณะที่ A ทำเรา B ที่อวัยวะเพศอยู่นั้น เกิดอุบัติเหตุทำให้อวัยวะเพศชายของ A ล่วงล้ำเข้าไปในทวารหนักของ B เมื่อ Mens Rea ในความผิดฐานนี้ ต้องการเจตนาในการล่วงล้ำช่องทางที่เฉพาะเจาะจง (A Particular Orifice) การที่ A เกิดอุบัติเหตุทำให้อวัยวะเพศชายสอดเข้าไปในทวารหนักของ B เขาย่อมไม่อาจถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ เพราะขาดเจตนาในการล่วงล้ำช่องทางนั้น³⁷

2) ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายให้ความยินยอม (No Reason Belief in Consent) กล่าวคือ หากในการพิจารณาคดีพิสูจน์ได้ว่าผู้กระทำไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายให้ความยินยอม ย่อมแสดงว่าผู้กระทำมี Mens Rea หรือมีเจตนาในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยในการพิจารณาต้องได้ความว่า ผู้กระทำรู้หรือไม่ว่าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมในการล่วงล้ำ ซึ่งการพิจารณาว่า ผู้กระทำมี Mens Rea หรือไม่ แม้ผู้กระทำรู้ว่าจะมีความเสี่ยงที่ผู้เสียหายอาจไม่ให้ความยินยอม แต่เขาก็ยังคงต้องการล่วงล้ำต่อไปอยู่ดี (Went Ahead with the Act Anyway) หรือ เขาไม่ไยดี (He Did Not Care) ว่าผู้เสียหายจะให้ความยินยอมหรือไม่ ไม่สำคัญ เพราะเขายังจะกระทำอยู่ดี หรือไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายยินยอม³⁸

³⁷ Nicola Monaghan, *Criminal Law*, 196.

³⁸ Ibid, 196-197.

เช่น คดี **DPP v Morgan (1976) ac 182**³⁹ มีข้อเท็จจริงว่า จำเลยเป็นนักบินสังกัดกองทัพอากาศ จำเลยชักชวนพรรคพวกอีก 3 คนไปที่บ้านเพื่อชำเราภริยาจำเลย โดยจำเลยบอกพรรคพวกว่า ภริยาตนชอบทำกิจกรรมทางเพศที่อยู่นอกเหนือจากบรรทัดฐาน (Kinky)⁴⁰ ไม่ว่าภริยาตนจะขัดข้องอย่างไร ไม่ต้องสนใจ เพราะเป็นส่วนหนึ่งในการแสดงและเธอกำลังสนุกในตอนแรกพรรคพวกจำเลยทั้ง 3 คน ไม่เชื่อ หากแต่เมื่อจำเลยเสนอให้ทั้ง 3 คนใส่ถุงยาง และกระตุ้นให้ชำเราภริยาตน ทำให้ทั้ง 3 คนร่วมกันชำเราภริยาจำเลย แม้ว่าภริยาจำเลยจะกรี๊ดร้องหรือขัดข้องเพียงใดก็ตาม

หากมีการนำคดีนี้มาพิจารณาโดยอาศัย มาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 ย่อมมีประเด็นที่ต้องพิจารณาคือ จำเลยเชื่ออย่างสุจริตหรือไม่ว่า ผู้เสียหายให้ความยินยอมให้พวกตนชำเรา (They had the honest belief that the complainant had consented to sexual intercourse.) ในการพิจารณา ปรากฏว่า การสำคัญผิดว่าผู้เสียหายยินยอมนั้นขาดเหตุผล (Not Based on Reasonable Grounds) คดีนี้ย่อมครบองค์ประกอบในส่วน Mens Rea

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาวิจัย พบว่า ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา 276 มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงมาแล้วหลายครั้ง เนื่องจากเป็นความผิดที่กระทบต่อสิทธิของผู้เสียหาย อีกทั้งยังขัดต่อหลักการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (General Principle of Respect for Human Dignity) ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันทางเพศ (Gender Equality) และกระทบต่อความรู้สึกของผู้เสียหายตลอดจนผู้คนในสังคม การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 276 ครั้งล่าสุด ปรากฏในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ซึ่งถือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมถึงขนาดเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อให้มีความทันสมัยและสอดคล้องต่อบริบทสังคมและแก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้น โดยองค์ประกอบมาตรา 276 ที่แก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดนั้น เมื่อเปรียบเทียบกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) ในมาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 มีสาระสำคัญดังนี้

³⁹ LawTeacher, "DPP v Morgan (1976) ac 182," accessed February 10, 2022, <https://www.lawteacher.net/cases/dpp-v-morgan.php>.

⁴⁰ ไชรยา อวาร์, "BDSM และการสมยอม: เล่นอย่างไรไม่ให้ข้ามเส้นจนกลายเป็นการล่วงละเมิด?" BBC News 21, สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2565, <https://www.bbc.com/thai/international-44140482>.



5.1.1 ในส่วนขององค์ประกอบภายนอก อันได้แก่ ผู้กระทำความผิด การกระทำ และวัตถุประสงค์แห่งการกระทำนั้น มาตรา 276 นับว่ามีความเป็นสากลและเป็นไปตามหลักความเท่าเทียมกันทางเพศ ทำให้นิติฐานะของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอาญาไทย มีความเป็นสากลและทันสมัยมากยิ่งขึ้น โดย

1) ในส่วนผู้กระทำความผิด ยกเลิกการกำหนดเพศของผู้กระทำความผิด ทำให้เพศใดก็ล้วนแล้วแต่เป็นตัวการในการกระทำความผิดได้ทั้งสิ้น

2) ในส่วนการกระทำจะประกอบด้วยสองส่วนคือ การข่มขืน และกระทำชำเรา โดยประเด็นที่ยังคงมีปัญหาในการใช้การตีความอยู่คือ คำว่ากระทำชำเรา เพราะเมื่อกฎหมายมีการกำหนดคำนิยามศัพท์ไว้อย่างชัดเจนแล้ว ย่อมผูกพันนักกฎหมายและศาลให้ตีความด้วยคำดังกล่าวตามคำนิยามนั้น

3) ในส่วนวัตถุประสงค์แห่งการกระทำ ไม่มีการระบุเพศของผู้เสียหายซึ่งสอดคล้องกับเหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 276 และมาตรา 1(18)

5.1.2 ในส่วนขององค์ประกอบภายใน อันได้แก่ส่วนรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด เพียงผู้กระทำรู้ว่าวัตถุประสงค์แห่งการกระทำเป็นผู้อื่นก็เพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องรู้ว่าผู้อื่นมีเพศใด และส่วนการต้องการการเกิดขึ้นของผลนั้น ผู้กระทำความผิดต้องการใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำ (Penetrate) อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น

5.2 ข้อเสนอแนะ

5.2.1 การกำหนดคำนิยาม คำว่า “กระทำชำเรา” ตามมาตรา 1(18) เป็นการจำกัดลักษณะการกระทำที่หญิงจักกระทำชำเราผู้อื่นได้ เพราะมาตรา 1(18) ใช้คำว่า “...โดยการใช้ อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” ดังนี้ จะมีความผิดสำเร็จได้ ผู้กระทำต้องเป็นผู้ที่ใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำเท่านั้น (ซึ่งเป็นการกระทำที่มีลักษณะ Active) ย่อมเป็นการจำกัดเพศของผู้กระทำ เพราะการกระทำบางอย่างเพศหญิงไม่อาจทำได้ เนื่องจากอวัยวะเพศหญิงไม่อาจล่วงล้ำอวัยวะเพศชาย และอวัยวะเพศหญิงไม่อาจล่วงล้ำทวารหนักผู้อื่นได้ อวัยวะเพศหญิงจะสามารถล่วงล้ำได้เฉพาะช่องปากของผู้อื่นเท่านั้น ซึ่งการกำหนดคำนิยามเช่นนี้ อาจทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำทางเพศได้ ผู้วิจัยจึงขอเสนอว่า แม้จะเป็นการถูกล่วงล้ำ (ซึ่งเป็นการกระทำที่มีลักษณะ Passive) แต่ถ้าผู้กระทำความผิดข่มขืนใจให้ผู้อื่นชำเราตนโดยการบังคับให้ผู้อื่นใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้กระทำความผิด ย่อมถือเป็นการกระทำชำเราด้วย

5.2.2 การใช้วัยวะอื่นใดล่วงล้ำอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น กลายเป็นความผิดฐานอนาจารโดยการล่วงล้ำตามมาตรา 278 วรรค 2 ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับความผิดฐานการใช้สิ่งอื่นใดแทนอวัยวะเพศ (Assault by Penetration) ตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 มาตรา 2 แทน ซึ่งเป็นการกระทำอนาจารที่มีเหตุเพิ่มโทษ แม้โทษจะเท่ากับมาตรา 276 แต่ชื่อฐานความผิดกลับเบากว่าคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ทั้ง ๆ ที่การกระทำดังกล่าวเป็นภัยร้ายแรงที่มีผลกระทบต่อผู้เสียหาย กระทบต่อความรู้สึกของคนในสังคม และสมควรถูกประณามเทียบเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเรา ผู้วิจัยจึงขอเสนอว่า อาจมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงชื่อฐานความผิดให้เหมาะสมสอดคล้องกับความรุนแรงในการกระทำ เช่น ความผิดฐานข่มขืนโดยใช้สิ่งอื่นใดแทนอวัยวะเพศ เป็นต้น

5.2.3 พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 มาตรา 1 มีองค์ประกอบภายในในส่วน Mens Rea ว่า ผู้กระทำไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายให้ความยินยอม (No Reason Belief in Consent) ดังนั้น ถ้าในการพิจารณาคดีพิสูจนได้ว่าผู้กระทำไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายให้ความยินยอม ย่อมแสดงว่าผู้กระทำมี Mens Rea จะเห็นได้ว่าองค์ประกอบนี้พิจารณาเอาความเข้าใจของผู้กระทำ (Subjective Test) เป็นหลัก ข้อสำคัญคือความเข้าใจนั้นต้องมีเหตุผล (Reason) ซึ่งแตกต่างจากการพิจารณาองค์ประกอบภายในตามมาตรา 276 ที่ไม่ต้องการความเชื่อหรือความเข้าใจเช่นนี้ โดยมีข้อพิจารณาว่า ถ้าผู้เสียหายยินยอมให้ผู้กระทำชำเรา กรณีย่อมทำให้การกระทำขาดองค์ประกอบภายนอก แต่ในทางกลับกัน หากถ้าผู้กระทำเข้าใจว่าผู้เสียหายยินยอม กรณีย่อมเป็นการพิจารณาเรื่องความสำคัญผิด ซึ่งกฎหมายตลอดจนแนวคำพิพากษา มิได้กำหนดให้ความเชื่อหรือความเข้าใจนั้นต้องมีเหตุผล ผู้วิจัยจึงขอเสนอว่า อาจมีการแก้ไขเพิ่มเติมว่า การที่ผู้กระทำสำคัญผิดว่าผู้เสียหายให้ความยินยอมให้ตนชำเราต้องเป็นไปอย่างมีเหตุผล เพื่อป้องกันในกรณีที่ผู้เสียหายมีพฤติกรรมไม่ต่อผู้ชัดขึ้นเพราะความหวาดกลัว หรือเพราะพฤติกรรมทางเพศที่ผ่านมา



References

- Allen, Michael J., and Ian Edwards. *Criminal Law*. 15th ed. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- Card, Richard. *Criminal Law*, 19th ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Elliott, Catherine, and Frances Quinn. *Criminal Law*. 11th ed. Harlow: Pearson Education Limited, 2016.
- Elvin, Jesse. "The Concept of Consent under the Sexual Offences Act 2003." *Journal of Criminal Law* 72, no.6(2008): 519-521.
- Kanit Na Nakorn. *Criminal Law: Specific Offenses*. 9th ed. Bangkok: Winyuchon Publication House, 2006. [In Thai]
- Kiatkhachon Watchanasawat. *The Explanation of the Criminal Law Volume 1*. 10th ed. Bangkok: Bolsiam Printing (Thailand), 2019. [In Thai]
- LawTeacher. "DPP v Morgan (1976) ac 182." Accessed February 10, 2022. <https://www.lawteacher.net/cases/dpp-v-morgan.php>.
- LawTeacher. "R v Kirk (R v PK; R v TK) [2008] EWCA Crim 434." Accessed February 10, 2022. <https://www.lawteacher.net/cases/r-v-kirk.php>.
- Monaghan, Nicola. *Criminal Law*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- Nattawan Duangkangtai. "The Offence of Rape: A Study of the Extent of Person's Consents." Master's thesis, Dhurakij Pundit University, 2015. [In Thai]
- Pokpong Srisanit. "Revision of Criminal Code on Sexual Offences: New Meaning and New Criminal Penalty of Rape Offense." Accessed March 1, 2022. <https://www.the101.world/rape-in-thai-law/>. [In Thai]
- Pricha Aupayokin. "Sexual Intercourse in the Elderly. Ministry of Public Health Department of Thai Tradition and Alternative Medicine." Accessed March 1, 2022. <https://thaicam.go.th/เพศสัมพันธ์ในผู้สูงอายุ/>. [In Thai]
- Saharat Kiti Suphakan. *Jurisprudence and Judgments: Criminal Law*. 8th ed. Bangkok: Amarin Printing & Publishing, 2018 [In Thai]

- Soraya Hour. "BDSM and Consensus: How to play without crossing the line and becoming harassment?." BBC News. Accessed May 21, 2018. <https://www.bbc.com/thai/international-44140482>.
- Suttinee Yusawat. The Content of the 27th Revision of Criminal Code: Study on Rape. *Naresuan University Law Journal* 12, no.2(2019): 53-63. [In Thai]
- Suttinee Yusawat. The offender intoxicated himself and mistook that the injured person give him the consent. *Naresuan University Law Journal* 7, no.2(2015): 18-35. [In Thai]
- Twekiat Menakanist. *The Criminal Code Annotated*. 45th ed. Bangkok: Winyuchon, 2021. [In Thai]
- Twekiat Menakanist. *The Explanation of the Criminal Law: Specific Offenses and Petty Crime*. 17th ed. Bangkok: Winyuchon Publication House, 2019. [In Thai]
- Twekiat Menakanist. *The New Perspective of Criminal Law*. Winyuchon, 2008. [In Thai]
- Yoot Saeng-Uthai. *The Basic Knowledge about General Principle Law*, 21th ed. Bangkok: Thammasat, 2017. [In Thai]