

บทที่ 2

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร เป็นความผิดที่ปรากฏขึ้นในสังคมไทยมาเป็นเวลาช้านานแล้ว ซึ่งจากประวัติศาสตร์กฎหมายไทยจะพบบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจารในพระอัยการลักษณะผิดเมียซึ่งตราขึ้นในสมัยกรุงศรีอยุธยา และได้ตกทอดมาสู่สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น จนกระทั่งในสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 ประเทศไทยเริ่มมีการติดต่อค้าขายกับชาวต่างประเทศมากขึ้น กฎหมายไทยเดิมที่มีอยู่ไม่เพียงพอที่จะนำมาใช้แก้ไขปัญหาต่าง ๆ จึงมีการนำหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษเข้ามาใช้เป็นเรื่อง ๆ ในระยะแรก โดยมีการร่างพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ขึ้นบังคับใช้ ส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงแยกบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ออกจากบทบัญญัติในพระอัยการลักษณะผิดเมียซึ่งเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีและภรรยา

2.1 กฎหมายตราสามดวง

2.1.1 แนวความคิดในการบัญญัติกฎหมาย

กฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายที่ได้รับการชำระสะสางในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช รัชกาลที่ 1 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ ในปี พ.ศ. 2347¹ สำหรับมูลเหตุในการชำระสะสางกฎหมายตราสามดวง จากการศึกษาพบว่า² มาจากมูลคดีที่นายบุญศรีช่างเหล็ก หลวงร้องทุกข์กล่าวโทษ พระยาเกษมตัดสินคดีไม่ยุติธรรม ในคดีที่อำแดงป้อมภริยานายบุญศรีเป็นคู่กับนายราชาอรรดแล้วมาฟ้องหย่านายบุญศรี ตามกฎหมายที่ว่าป้อมหญิงชายหย่าได้ ซึ่งพระยาเกษมได้ตัดสินให้อำแดงป้อมหย่าได้ พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช รัชกาลที่ 1

¹ ธงทอง จันทรางศุ, กฎหมายไทยในยุครัตนโกสินทร์ตอนต้น, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529), หน้า 5.

² หลวงสุทธีวาทนฤพุดิ, คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 7 (พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 97 – 98.

ทรงพระกรุณาตรัสว่า หญิงนอกใจชายแล้วมาฟ้องหย่าชาย แล้วศาลตัดสินให้หย่ากันนั้น หาเป็นความยุติธรรมไม่ จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้เจ้าพระยาพระคลังนำกฎหมาย ณ ศาลหลวง มาตรวจสอบกับฉบับข้างที่ และฉบับหอหลวง ได้ความว่า “ชายหาผิดมิได้” หญิงขอหย่า ท่านว่าเป็นหญิงหย่าชายหย่าได้” ซึ่งถูกต้องตรงกันทั้งสามฉบับ จึงทรงมีพระบรมราชโองการดำรัสว่า

“ฝ่ายพระพุทธจักรนั้น พระไตรปิฎกนั้นพื้นเพื่อนวิปริตก็ได้อาราธนาประชุมพระราชาคณะทั้งปวงให้ทำสังคายนา และฝ่ายราชอาณาจักรนี้กษัตริย์ผู้ดำรงแผ่นดินนั้นโดยอาศัยซึ่งโบราณราชনীติกฎหมาย จึงพิพากษาศักดิ์สินเนื้อความราษฎรทั้งปวงได้โดยยุติธรรม และพระราชกำหนดพระอัยการนั้นก็พื้นเพื่อนวิปริตผิดซ้ำต่างกันไปเป็นอันมาก ด้วยคนอันโลกหลงหาความละเอียดแก่บ่าปมิได้คิดแปลงแต่งตามชอบใจไว้ พิพากษาพาให้เสียความยุติธรรมสำหรับแผ่นดินไปบ้างก็มี”

ดังนั้น จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ชำระสะสางกฎหมายเสียใหม่ โดยชำระพระราชกำหนด พระอัยการมีในหอหลวง ตั้งแต่พระธรรมนูญให้ถูกต้องตรงกับต้นฉบับในภาษาบาลี และเนื้อความให้ถูกต้องมิให้ผิดเพี้ยน จัดเป็นหมวดหมู่ ประทับตราพระราชสีห์ พระคชสีห์ และตราบัวแก้ว เก็บไว้ที่ห้องเครื่องฉบับหนึ่ง หอหลวงฉบับหนึ่ง และ ณ ศาลหลวงฉบับหนึ่ง และแม้ว่ากฎหมายตราสามดวงจะมีชื่อมีลักษณะเป็นประมวลกฎหมายโดยแท้จริง แต่เนื่องจากลักษณะของการรวบรวมชำระสะสางบทกฎหมายที่กระจัดกระจายอยู่ให้มาเป็นหมวดหมู่ย่อมถือได้ว่าเป็นการประมวล จึงมีผู้เรียกกฎหมายตราสามดวงว่า ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 และเมื่อพิจารณาตามกาลสมัยแล้ว กฎหมายในสมัยโบราณรวบรวมเป็นหมวดหมู่ได้ถึง 29 ลักษณะ ได้แก่ พระธรรมนูญหลักอินทภาษ กฎมณเฑียรบาล พระธรรมนูญ พระอัยการพรหมศักดิ์ พระอัยการตำแหน่งนาพลเรือน พระอัยการตำแหน่งนาหัวเมือง พระอัยการบานแพนง พระอัยการลักษณะรับฟ้อง พระอัยการลักษณะพยาน พระอัยการลักษณะพิสูจน์ดำเนินอาญาเพลิง พระอัยการลักษณะตระลาการ พระอัยการลักษณะอุทธรณ์ พระอัยการลักษณะฝ่าฝืน พระอัยการลักษณะทนาย พระอัยการลักษณะลักพา พระอัยการลักษณะมรดก พระอัยการลักษณะกู้หนี้ พระอัยการลักษณะเบียดเสร็จ พระอัยการลักษณะวิวาทคำตักกัน พระอัยการลักษณะโจร พระอัยการลักษณะอาญาหลวง พระอัยการลักษณะอาญาราชฎ์ พระอัยการลักษณะขบถศึก กฎพระสงฆ์ กฎ 36 ข้อ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนดเก่า และพระราชกำหนดใหม่

สำหรับบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติไว้ในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา โดยปรากฏหลักฐานว่าได้ประกาศใช้ในสมัยสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 (อู่ทอง) เมื่อปี

พ.ศ. 1904 โดยประกาศพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการผิดเมีย³ ครั้นต่อมาในปี พ.ศ. 1905 ได้โปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการแบ่งปันสินบริคณห์ระหว่างผัวเมียเมื่อจะหย่าขาดกัน ซึ่งเกิดขึ้นเพราะคดีฟ้องหย่าระหว่างขุนไกรนารายณ์กับแม่นางเกิด และต่อมาในปี พ.ศ. 2347 ได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีแบ่งสินเดิมสินสมรส และว่าด้วยอำนาจอิสระของบิดามารดาผู้ปกครองหญิงเพิ่มขึ้น⁴ และการที่ผู้ร่างกฎหมายได้จัดเอาบทบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศลงไว้ในพระอัยการลักษณะผัวเมียซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา เพราะเห็นว่า การล่วงเกินบุตรหญิงของผู้อื่นเป็นการละเมิดอำนาจปกครองหรืออำนาจอิสระของบิดามารดา และการล่วงเกินภริยาของผู้อื่นเป็นการละเมิดอำนาจปกครองหรืออำนาจอิสระของสามีจึงจัดเอาความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศลงไว้ในพระอัยการลักษณะผัวเมีย⁵ ประกอบกับลักษณะของกฎหมายอาญาในสมัยกรุงศรีอยุธยาจะมีลักษณะปะปนอยู่กับกฎหมายแพ่ง⁶ จึงทำให้ความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศบัญญัติไว้ในพระอัยการลักษณะผัวเมียซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา

สำหรับกฎหมายซึ่งถือเป็นแม่บทอันสำคัญเมื่อครั้งสมัยกรุงศรีอยุธยาก็คือ คัมภีร์พระธรรมศาสตร์อันมีที่มาจากประเทศอินเดียตามความเชื่อในศาสนาฮินดู โดยไทยได้รับผ่านมาจากมอญซึ่งนับถือ พุทธศาสนาเช่นเดียวกับไทย⁷ และเชื่อว่าคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ได้เข้ามาในประเทศไทยตั้งแต่สมัยกรุงสุโขทัยแล้ว ตามหลักฐานที่ปรากฏในหลักศิลาจารึกหลักที่ 38 กฎหมายลักษณะโจร⁸ คัมภีร์พระธรรมศาสตร์เป็นกฎหมายหรือเป็นหลักธรรมที่มีอยู่ในประเทศอินเดียในสมัยโบราณ ซึ่งกฎหมายในสังคมอินเดียโบราณก็คือ หลักธรรมในศาสนาฮินดูอันเป็นความเชื่อซึ่งมีมาตั้งแต่สมัยคัมภีร์พระเวท โดยที่ศาสนาฮินดูมีความเชื่อในเรื่องพระพรหมและเชื่อว่าพระพรหมคือผู้ถ่ายทอด

³ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จ.ศ.1166 เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 1.

⁴ เข็ญ เนติบัณฑิต, เรียบเรียง, กฎหมายผัวเมีย ดำเนินความตามกฎหมายลักษณะผัวเมียแลลักษณะอื่น ๆ ในกฎหมายราชบุรี, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์พานิชสุภผล, 2456), หน้า 1-2.

⁵ ประสิทธิ์ พัฒนอมร, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ม.ป.ป.), หน้า 14.

⁶ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายสมัยอยุธยา, (พระนคร: สีวพร, 2510), หน้า 5.

⁷ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 87.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 70-71.

หลักธรรมให้แก่คนแล้วมนูก็ถ่ายทอดให้กับนักปราชญ์โบราณกลายเป็นหลักธรรมที่มนุษยชาติต้องปฏิบัติในรูปของคัมภีร์ที่เรียกว่า “มานวธรรมศาสตร์” คัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของอินเดียได้ถูกทอดมาสู่มอญ

ครั้นเมื่อกรุงศรีอยุธยาได้เข้ายึดเมืองทวารวดีของมอญ ไทยจึงได้คัมภีร์ธรรมสัทธัมมาจากมอญอีกทอดหนึ่ง⁹ พระมหากษัตริย์ผู้ปกครองแผ่นดินในสมัยกรุงศรีอยุธยาจึงปกครองแผ่นดินภายใต้คัมภีร์พระธรรมศาสตร์ที่เรียกว่า “ธรรมสัทธัม” และเมื่อพระมหากษัตริย์ผู้ปกครองแผ่นดินต้องวินิจฉัยปัญหาในทางปฏิบัติจะเกิดเป็น “พระราชศาสตร์” ซึ่งต้องไม่ขัดแย้งกับคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ซึ่งถือเป็นกฎหมายสูงสุด¹¹ ดังนั้น อิทธิพลของกฎหมายฮินดูจึงได้ปรากฏในกฎหมายไทยโดยผ่านทางมอญ¹² ซึ่งมอญได้นำถือพุทธศาสนาจึงมีการดัดแปลงคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ให้สอดคล้องกับพุทธศาสนาโดยชื่อว่า “ธรรมสัทธัม”¹³

การรับคัมภีร์พระธรรมศาสตร์หรือธรรมสัทธัมเข้ามาสู่ประเทศไทยทำให้แนวความคิดในสังคมไทยที่ยึดถือหญิงเป็นใหญ่แต่เดิมจึงเริ่มเปลี่ยนแปลงไป บทบาทของผู้ชายค่อย ๆ เค้นชัดขึ้นและส่งผลกระทบต่อสถานภาพของหญิงในสมัยกรุงศรีอยุธยา¹⁴ บทบาทของหญิงถูกจำกัดด้วยวัฒนธรรมและกฎเกณฑ์ของสังคม ดังที่มีการกล่าวถึง สถานภาพของสตรีในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ หรือคัมภีร์มานวธรรมศาสตร์ว่า ผู้หญิงเป็นเพียงที่พัก เป็นเพียงส่วนประกอบของผู้ชาย และมีธรรมชาติที่เลวร้ายในตัว ถ้าไม่ได้รับการอบรมที่ดี จึงมีการห้ามผู้หญิงทำพิธีกรรมบางอย่าง เพราะถือว่าเป็น

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 88.

¹⁰ กรมศิลปากร, พระราชพงสาวดาร ฉบับพระราชหัตถเลขา, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: กองวรรณคดีและประวัติศาสตร์ กรมศิลปากร, 2534), หน้า 37.

¹¹ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 92.

¹² ร.แสงกาด์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2526), หน้า 34.

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 35.

¹⁴ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 47.

เพศที่อ่อนแอ¹⁵ บทบาทของผู้หญิงในสังคมจึงเป็นเพียงผู้รับใช้ เมื่อวัยเยาว์ก็อยู่ในความควบคุมดูแลของบิดา เมื่อแต่งงานก็อยู่ในความควบคุมดูแลของสามี กฎเกณฑ์เหล่านี้ล้วนสะท้อนความเชื่อที่ว่า ผู้หญิงเปรียบประดุจสิ่งของที่ขึ้นอยู่กับผู้ชายผู้ที่เป็นเจ้าของ¹⁶

แนวความคิดเรื่องบทบาทของผู้หญิงซึ่งถูกจำกัดด้วยวัฒนธรรมและกฎเกณฑ์ของสังคม เป็นเพียงส่วนประกอบของผู้ชายเมื่อแต่งงานต้องอยู่ในความควบคุมดูแลของสามี และเมื่อวัยเยาว์ ต้องอยู่ในความปกครองของบิดาได้สะท้อนให้เห็นในบทบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศในพระ อัยการลักษณะศัวมียในหลายมาตรา เช่น มาตรา 46 หญิงลักษณะ 7 ประการ คือ มาตุรกชิตา หญิง อันอยู่ด้วยมารดา ปีตุรกชิตา หญิงอันอยู่ด้วยบิดา มาตาปีตุรกชิตา หญิงอันอยู่ด้วยบิดามารดา โคตรรก ชิตา หญิงอันอยู่ด้วยวงศ์สกุล ภาตุรกชิตา หญิงอันอยู่ด้วยพี่ชายพี่สาว ญาติรกชิตา หญิงอันอยู่ด้วย ญาติ สารกษา หญิงอันอยู่ด้วยท่านผู้ใดผู้หนึ่ง¹⁷ แสดงให้เห็นถึงหญิงต้องอยู่ในความปกครองของ ท่านผู้ใดผู้หนึ่ง จนกระทั่งหญิงแต่งงานกับชาย อำนาจอิสระหรืออำนาจปกครองจึงโอนจากบิดา มารดาไปยังสามี¹⁸ ดังบทบัญญัติมาตรา 79 ความว่า “บุตรที่ทำบิดามารดาขังมิได้ประกอบสามี ภรรยาให้ไซ้ บิดามารดานั้นเป็นอิสระแก่บุตร ถ้าชายใดพึงใจด้วยบุตรท่าน ให้ค้ำับบิดามารดา ตามประเพณี ถ้าบิดามารดาขอให้สามีจึงจะเป็นอิสระแก่ภรรยา” อำนาจอิสระของสามีนั้นรวมไปถึง อำนาจลงโทษภรรยาได้ตามสมควรหากภรรยาประพฤติตนไม่สมควร ดังบทบัญญัติในมาตรา 60 ความว่า “สามีภริยาอยู่ด้วยกัน ภริยามีความผิดสามีจะปราบปรามตีโบยหญิง หญิงจะเอาโทษแก่ สามีนั้นมิได้เลย ถ้าภริยาคำว่าหยาบช้าแก่สามี ให้ภริยาเอาข้าวตอกดอกไม้ขอโทษแก่สามี”¹⁹ แสดง ให้เห็นถึง ภริยาต้องอยู่ในความปกครองดูแลของสามี เป็นต้น ประกอบกับประเทศไทยนับถือพุทธ ศาสนาเป็นศาสนาประจำชาติไทยมาช้านานแล้ว การกระทำผิดทางเพศถือว่าเป็นข้อห้ามในทาง

¹⁵ ปรีชา ช้างขวัญยืน, “ความตกต่ำของสตรีอินเดียโบราณ,” วารสารอินเดียศึกษา, 4 (2542): 24 – 25.

¹⁶ ฉัตรสุมาลย์ กบิลสิงห์, “ภาพลักษณ์ของสตรีฮินดู : มานวธรรมศาสตร์,” วารสารอินเดีย ศึกษา, 4 (2542): 19.

¹⁷ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จ.ศ.1166 เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 40 – 41.

¹⁸ ดวงจิตต์ กำประเสริฐ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยราม คำแหง, 2527), หน้า 100.

¹⁹ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จ.ศ.1166 เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 30.

พุทธศาสนาประการหนึ่งดังปรากฏในศิลาห้าข้อสามที่ว่า “กามสุขุมิจจาจารา เวรมณิ ลิกขาปทัง สมาริยามิ” อันมีความหมายว่า “พึงงดเว้น จากการล่วงเกินบุตรภริยาของผู้อื่น”²⁰ และแม้แต่ใน คัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของอินเดียก็ปรากฏความผิดประเวณีลูกเมียของผู้อื่น ก็ถือเป็นความผิดเช่นเดียวกัน²¹ ซึ่งแนวความคิดเหล่านี้ได้สะท้อนอยู่ในบทบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศในพระอัยการลักษณะห้ามเมีย

ดังนั้น จึงอาจกล่าวสรุปได้ว่า แนวความคิดการบัญญัติกฎหมายความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศ ในพระอัยการลักษณะห้ามเมียได้รับอิทธิพลจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ซึ่งไทยได้รับผ่านมาจากมอญ ตามความที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะห้ามเมีย ความว่า “ในลักษณะห้ามเมียนี้นับว่าในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์กล่าวดังนี้...”²² และมีรากฐานมาจากการคิดศีลธรรมตามความเชื่อในทางพระพุทธศาสนาประกอบด้วย

2.1.2 การจัดประเภทความผิด

จากการศึกษาพระอัยการลักษณะห้ามเมียตามกฎหมายตราสามดวง ผู้เขียนพบว่าพระอัยการลักษณะห้ามเมียจะมีลักษณะปะปนกันทางแง่ลักษณะครอบครัว และความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายอาญา ซึ่งพระอัยการลักษณะห้ามเมียมีการแก้ไขและยกเลิกเฉพาะบางมาตราที่เกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 เมื่อทรงประกาศใช้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118²³ ส่วนความสัมพันธ์ทางแง่ลักษณะครอบครัวยังคงถือใช้ต่อไปและยกเลิกทั้งหมดเมื่อใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เมื่อวันที่

²⁰ ประสิทธิ์ พัฒนอมร, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ม.ป.ป.), หน้า 13.

²¹ สันติ เมตตาประเสริฐ, “การศึกษาเชิงวิเคราะห์เรื่องความบริสุทธิ์ในคัมภีร์ธรรมศาสตร์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะอักษรศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 6 – 7.

²² ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จ.ศ.1166 เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 1.

²³ พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์, กฎหมายเล่ม 1 สำหรับผู้พิพากษาแลทนาย ว่าความ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (ม.ป.ท.: โรงพิมพ์กองลหุโทษ, ร.ศ. 126), หน้า 295 – 340.

1 ตุลาคม 2478²⁴ ดังนั้น ในการกล่าวถึงการจัดประเภทความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน ผู้เขียนจึงขอกล่าวถึงลักษณะความสัมพันธ์ของครอบครัวพอสังเขปเพื่อความเข้าใจเกี่ยวกับอำนาจปกครองของสามีและบิดามารดา ซึ่งมีผลต่อการลงโทษผู้กระทำความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศในสมัยนั้น เพราะโทษจะมีความสัมพันธ์ว่าได้กระทำผิดต่อหญิงซึ่งมีลักษณะเช่นใด และมีใครเป็นผู้ปกครองประกอบด้วย

พระอัยการลักษณะฝ่าฝืนในส่วนแรกจะกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาในเรื่องของการสมรส สิ้นสมรส และเหตุหย่า และในส่วนที่สองจะกล่าวถึงความปกครองบุตรของบิดาและมารดา และปรากฏว่ากฎหมายอาญาความผิดเกี่ยวกับเพศ ไม่ได้ระบุชัดหรือมีการแบ่งภาคเป็นลักษณะหรือหมวดใดเรื่องอะไร หากแต่เป็นแบบดำเนินเรื่อง และปะปนอยู่กับบทบัญญัติในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาในส่วนแรก และความปกครองบุตรของบิดาและมารดาในส่วนที่สอง ส่วนลักษณะของบทบัญญัติจะเขียนในลักษณะพรรณารายละเอียดเป็นข้อความยาวแบบดำเนินเรื่องและไม่ได้จัดเป็นหมวดหมู่ดังกล่าวแล้ว

ความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศจะปรากฏในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนโดยปะปนอยู่กับบทบัญญัติของความสัมพันธ์ระหว่างสามีและภริยา โดยกล่าวถึง การเป็นคู่ การผิดภริยาของผู้อื่นในมาตรา 2 ถึง มาตรา 19 มาตรา 21 มาตรา 25 ถึง มาตรา 26 มาตรา 32 ถึง มาตรา 33 มาตรา 39 ถึง มาตรา 40 และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจารในมาตรา 1 มาตรา 38 มาตรา 41 มาตรา 46 มาตรา 71 และปะปนอยู่กับบทบัญญัติในเรื่อง ความปกครองบุตรของบิดาและมารดา โดยปรากฏความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร ในมาตรา 76 ถึง มาตรา 80 มาตรา 98 และ มาตรา 99

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²⁴ ควงจิตต์ กำประเสริฐ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2527), หน้า 95.

2.1.3 ลักษณะความผิด

2.1.3.1 การเป็นชู้และผิดภริยาของผู้อื่น

การเป็นชู้และผิดภริยาของผู้อื่น ตามพระอัยการลักษณะผิดเมียจะมีลักษณะลงโทษหญิงทำชู้นอกใจสามีและจะมีโทษลักษณะรุนแรง โดยหลวงสุทธีวาทนฤพุดิ เห็นว่า²⁵ ในสมัยโบราณชายชู้และหญิงที่มีชู้เป็นโทษทางอาญา คือ โทษประจาน และโทษที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย โดยมีโทษกำหนดไว้เป็นลำดับชั้นแล้วแต่ว่าหญิงจะทำชู้กี่ครั้ง โทษขั้นต่ำบังคับให้ทัคคอกขบาแดงสองหู ให้นำฉมอมตี่ฆ้องนำหน้าตะเวนประจานสามวัน ถ้าทำชู้ถึงสองครั้ง ให้โกนศรีษะลงตะแลงแกง เอาขี้ขางแห้งประจานแล้วทวนด้วยลวดหนั่ง 20 ที สักรูปชายหญิงไว้ที่แก้ม และมีโทษนุ่งร่างแหกำหนดไว้ในกฎหมายขนแผนกด้วย ถ้านำชายชู้มาร่วมประเวณีในวันเดียวกันสองคนขึ้นไป ท่านว่าเป็นหญิงแพศยา จะไม่ปรับชายชู้ แต่จะลงโทษหญิงแพศยาหนักขึ้นไปอีก²⁶ ดังบทบัญญัติมาตรา 8 ความว่า “หญิงนอกใจผัว ผัวจับหญิงนอนหงายชายนอนคว่ำ ถ้าจะฆ่าชายนั้นเสียให้ฆ่าหญิงนั้นเสียด้วย อย่าให้ฆ่าแต่ผู้เดียว ถ้าฆ่าแต่หญิงไว้ให้ไหม้ผัวตามบันดาศักเปนพิไนยหลวง”²⁷ การที่หญิงทำชู้นอกใจสามีนั้น พระอัยการลักษณะผิดเมียถือเป็นเหตุให้สามีฟ้องหย่าโดยฝ่ายหญิงไม่มีสิทธิจะเรียกเอาสินเดิมสินสมรส เมื่อสามีขับออกจากเรือนต้องไปตัวเปล่า มีแต่ผ้าถุงผืนผ้าห่มติดตัวไป²⁸ ดังบทบัญญัติมาตรา 10 ความว่า “หญิงใดทำชู้นอกใจผัว พิจารณาเป็นสัจให้ปรับไหมชายหญิงโดยพระราชกฤษฎีกา แลโคกระบือช้างม้าเรือเกวียน แลทาสกำมกรชายหญิงสิ่งสรรพทรัพย์ทั้งปวง มีมากน้อยเท่าใดก็ดี ท่านว่าให้แก่ชายผัวเท่าเงินสิน ถ้าชายผัวไม่สมักเลี้ยงหญิงต่อไปให้หญิงนั้นไปแต่ผ้าถุงผืนหนึ่งผ้าห่มผืนหนึ่ง”²⁹

²⁵ หลวงสุทธีวาทนฤพุดิ, คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 7 (พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 120.

²⁶ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายสมัยอยุธยา, (พระนคร: ศิวพร, 2510), หน้า 36.

²⁷ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จ.ศ.1166 เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 6.

²⁸ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายสมัยอยุธยา, (พระนคร: ศิวพร, 2510), หน้า 37.

²⁹ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จ.ศ.1166 เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 7.

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การเป็นชู้และผิดภริยาของผู้อื่น แม้จะมีลักษณะเป็นเหตุหย่า ตามกฎหมายปัจจุบันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ในมาตรา 1516(1) กล่าวถึง การที่ชายอื่นทำชู้ด้วยหญิงเป็นเหตุให้สามีหญิงฟ้องหย่าภริยาและเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนจากทั้ง ชายและหญิงที่เป็นชู้กัน แต่เมื่อพิจารณาลักษณะของโทษการเป็นชู้ตามพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน ซึ่งมีความมากกว่าการให้สินไหมทดแทนตามกฎหมายแพ่ง ประกอบกับการเป็นชู้ในสมัยนั้นจะปรากฏมี การลงโทษหลายลักษณะทั้งโทษปรับไหมและโทษประจาน รวมทั้งโทษที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย ผู้เขียนจึงขอกล่าวถึงการเป็นชู้และการผิดภริยาของผู้อื่นในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนด้วย เพราะใน สมัยนั้นถือว่าการเป็นชู้เป็นการกระทำผิดที่รุนแรงฝ่าฝืนต่อศีลธรรมจารีตประเพณีในสมัยนั้นเป็น อย่างมาก ดังกล่าวแล้ว

พระอัยการลักษณะฝ่าฝืนอนุญาตให้ชายมีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายหลายคน ซึ่ง เป็นลักษณะของสังคมที่เรียกว่า Polygamy และขณะเดียวกันไม่อนุญาตให้หญิงมีสามีมากกว่าหนึ่ง คน ชายที่ได้เสียดับหญิงที่มีสามีแล้วกฎหมายถือว่าเป็นชู้ เมื่อกฎหมายอนุญาตให้ชายมีภริยาได้ หลายคนจึงมีการจัดลำดับชั้นของภริยาเพื่อระเบียบการปกครองภายในครอบครัว และเพื่อกำหนด เบี้ยปรับชายชู้³⁰

ประเภทของภริยาและเบี้ยปรับชายชู้ ในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนบัญญัติการเป็น สามีภริยาตามกฎหมายไว้ 3 ประการ คือ

1. หญิงอันบิดามารดาคุมมือให้เป็นเมียชาย เรียกว่า เมียกลางเมือง ถ้าชายใดทำชู้ด้วยเมีย กลางเมือง ให้ไหมเต็มโดยพระราชกฤษฎีกา
2. หญิงซึ่งชายขอมາเลี้ยงเป็นอนุภริยาหลั่นเมียหลวง เรียกว่า เมียกลางนอก ถ้าชายใดทำชู้ ด้วยเมียกลางนอกให้ไหมโดยพระราชกฤษฎีกาเดิมทำ 5 ส่วนยกเสีย 1 ส่วน เอา 4 ส่วน
3. หญิงมีทุกข์ยากชายช่วยไถ่ได้มา เห็นหมคนหน้าเลี้ยงเป็นเมีย เรียกว่า เมียกลางทาสี ถ้าชาย ใดทำชู้ด้วยเมียกลางทาสีให้ไหมโดยพระราชกฤษฎีกา ทำ 5 ส่วนยกเสีย 2 ส่วน เอา 3 ส่วน³¹

³⁰ ดวงจิตต์ กำประเสริฐ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยราม คำแหง, 2527), หน้า 96.

³¹ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จ.ศ.1166 เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 1.

ส่วนในกฎหมายมรดก จะปรากฏการเป็นเมียอีก 2 ชนิด คือ³²

1. เมียพระราชทาน
2. เมียทูลขอพระราชทาน

ลักษณะการเป็นชู้และผิดภริยาของผู้อื่น

เมื่อชายได้ทำการสมรสกับหญิงตามกฎหมายแล้ว ชายมีอำนาจเด็ดขาดที่จะไม่ให้ผู้ใดมาจับต้องหญิงภริยาตามชอบใจ ถ้าชายใดมาบังอาจกระทำ กฎหมายเรียกว่า "ผิดเมีย" ถือกันว่าเป็นการดูถูกดูหมิ่นและทำให้เสียเกียรติยศของชายผู้เป็นสามี³³ แบ่งออกเป็น 3 ชนิด คือ

1. ผิดภริยาท่านถึงชำเรา หรือเป็นชู้ ในมาตรา 4
2. ผิดภริยาท่านยังไม่ถึงชำเรา ในมาตรา 2 ปรากฏลักษณะ คือ
 - 1) กระทำการเล้าโลม จับมือ ถือนม กอดจูบภริยาของผู้อื่น
 - 2) ไปหาภริยาของผู้อื่นในบ้านเรือน ในเวลาที่สามีไม่อยู่
 - 3) ไปหาในที่ลับสองต่อสอง
 - 4) ไปหาภริยาของผู้อื่นในห้องนอน
 - 5) ลักลอบพุดจา

และถ้าสามีตายแล้วก็ดี ถ้าศพยังอยู่กับเรือนของภริยา ภริยายังไม่มีอำนาจมีสามีใหม่ ถ้าภริยานำชายมานอน ท่านว่ามีชู้ ในมาตรา 30

3. ผิดเมียท่านในชั้นหมาก กล่าวคือ เมื่อชายขู่ขอหญิงและมีชั้นหมากหมั้นกันไว้แล้วยังไม่ถึงกำหนดจะแต่งงานกัน ในระหว่างนั้น ชายอื่นมาทำชู้กับหญิง ท่านว่าผิดเมียในชั้นหมาก ให้เอาราคาชั้นหมากตั้งใหม่ทวีคูณ ยกทุนให้เจ้าของ เหลื่อนั้นเป็นสินไหมกึ่ง พินัยกึ่งในมาตรา 114 กรณีหนึ่ง อีกกรณีหนึ่ง คือ ชายไปขู่ขอลูกสาวท่านต่อบิดามารดาเป็นค่านับ ชายยังมีได้อยู่กันด้วยกับหญิงมีชายอื่นมาทำชู้ และลักพาหญิงไปโดยพ่อแม่ไม่รู้ ให้ปรับไหมชายผู้ลักพาเสมอผิดเมียท่าน

³² เซียง เนติบัณฑิต, เรียบเรียง, กฎหมายผิดเมีย ดำเนินความตามกฎหมายลักษณะผิดเมียและลักษณะอื่น ๆ ในกฎหมายราชบุรี, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์พานิชสุภผล, 2456, หน้า 15.

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 19 - 23.

ในชั้นหมาก ในมาตรา 120 และกรณีสุดท้าย คือ ชายผู้ขอลูกสาวหลานสาวท่านถึงหลบฝัก และหญิงมีผู้ด้วยชายอื่นก็ดี ตามชายอื่นไปก็ดี ท่านว่าให้ชายผู้ขอ ถัดเอาค่าชั้นหมากแต่แรกมาผู้ขอเท่าถึงชั้นหมากหมั้นเอาหนึ่งเป็นสอง ในมาตรา 116

เหตุรับโทษหนักขึ้น กรณีการเป็นคู่ และผิดภริยาของผู้อื่น

1. ถ้าหญิงภริยานั้น เป็นหญิงนางรำ หญิงขอทาน หรือหญิงโสเภณีที่ชายมาเลี้ยงเป็นเมีย ทำคู่ ให้ประจานหญิงกับชายคู่ โดยให้เอา “เลลาว” ปะหน้าทัดดอกชบาแดงที่หูสองหู ร้อยดอกชบาแดงเป็นสายคล้องศรีษะและคอของหญิง และเทียบกับแอกข้างหนึ่ง ส่วนชายคู่เทียบแอกอีกข้างหนึ่งประจานด้วยการ ไถนาสามวัน หากสามีไม่ให้ประจานภริยาตนเอง ให้เทียบแอกข้างหนึ่งนั้นกับสามี และไม่ให้ปรับชายคู่ ในมาตรา 6³⁴ สำหรับ “เลลาว” นั้นหมายถึง เครื่องหมายทำด้วยดอกหักขัดกันเป็นมูม³⁵

2. ถ้าหญิงเอาชายคู่มาร่วมประเวณีในวันเดียวกันสองคนขึ้นไป ท่านว่าเป็นหญิงแพศยา มิให้ปรับไหมชายคู่ แต่ให้เอาปูนเขียนหน้าหญิงเป็นตาราง ร้อยดอกชบาเป็นสายใส่ศรีษะและคอ เอาขึ้นขาหย่างประจาน ส่วนชายคู่ให้จำคานั่งได้ขาหย่างประจานสามวัน และให้ตีโบยชายและหญิงอย่างหนัก ในมาตรา 7³⁶

ศูนย์วิทยพัทยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³⁴ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จ.ศ.1166 เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 5.

³⁵ หลวงสุทธีวาทนฤพุฒิ, คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 7 (พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 120.

³⁶ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จ.ศ.1166 เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 7.

ลักษณะโทษการเป็นชู้ จะปรับไหม อธิบายได้ดังนี้³⁷

1) เบี้ยปรับฐานผิดเมียท่านถึงชำเรา ปรับโดยประณมผิดเมีย มีกำหนดตามบรรดาศักดิ์ ในอัตราดังนี้

เจ้าพระยามานาหมื่นเอกอุ	ปรับ 30 ชั่ง
เจ้าพระยามานาหมื่นเอกมอ	ปรับ 25 ชั่ง
เจ้าพระยามานาหมื่นเอกสอ	ปรับ 20 ชั่ง
พระหลวงนา 5000	ปรับ 15 ชั่ง
พระหลวงนา 3000	ปรับ 12 ชั่ง
ขุนนา 1600 – 1200	ปรับ 8 ชั่ง
ขุนหมื่นนา 1000 – 800 – 600	ปรับ 6 ชั่ง
นา 500 ถึง 400	ปรับ 4 ชั่ง
นาต่ำกว่า 400 ถึง 300	ปรับ 3 ชั่ง
นา 200 ถึง 5 ไร่	ปรับ 2 ชั่ง

เบี้ยปรับโดยประณมผิดเมียเป็นสินไหมทั้งหมด ยกเว้น นาดำกว่า 400 ไร่ จึงเป็นสินไหมกิ่งพินัยกิ่ง ถ้าชายชู้กับชายสามี ศักดินาไม่เหมือนกันให้ปรับไหมตามบรรดาศักดิ์ผู้สูงกว่า โดยไหมนี้เป็นไหมสำหรับภริยาหลวง ถ้าเป็นภริยาอื่น จะมีอัตราปรับต่ำลงมา ตามประเภทของภริยา คือ เมียกลางเมือง หมายถึง หญิงอันบิดามารดากุมมือให้เป็นเมียชาย ปรับเต็มตามอัตราประณมผิดเมีย ถ้าเป็นชู้ด้วยเมียกลางนอก หมายถึง เมียน้อยคือชายขอหญิงมาเลี้ยงเป็นอนุภรรยา ปรับ 4 ใน 5 ส่วน ถ้าเป็นชู้ด้วยเมียกลางทาสี หมายถึง เมียที่เป็นทาสคือหญิงใดมีทุกข์ยาก ชายช่วยไถ่มาเห็นหมดหนี้แล้วเลี้ยงเป็นเมีย ปรับ 3 ใน 5 ส่วน ถ้าเป็นชู้ด้วยเมียร้าง ปรับไหมกิ่งประณมผิดเมีย เห็นได้ว่าทุกประเภทเป็นภรรยาที่ถูกต้องตามกฎหมาย แต่ก็มีได้ให้สิทธิเท่าเทียมกัน

³⁷ เชื้อง เนติบัณฑิต, เรียบเรียง, กฎหมายผิดเมีย ดำเนินความตามกฎหมายลักษณะผิดเมียแลลักษณะอื่น ๆ ในกฎหมายราชบุรี, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์พานิชสุภผล, 2456, หน้า 19 - 23.

เหตุที่ปรับโทษเพิ่มขึ้น

ถ้าเป็นชู้ในระหว่างสามีไปราชการ ปรับโทษวิฑูณ ในมาตรา 3

ถ้าเป็นชู้ในระหว่างพระผู้เป็นเจ้าของเจ้าใช้ไปสงคราม ไปสื่อเมือง ปลอมเมือง ปรับโทษ
จตุรฑูณ ในมาตรา 63

ถ้าเป็นชู้กับภริยา และยังทำร้ายสามีนอกจากจะรับโทษทางอาญาทำร้ายร่างกาย
สามีแล้ว ยังปรับโทษวิฑูณ ในมาตรา 16

ถ้านายเงินเป็นชู้ด้วยเมียทาสของผู้อื่น ชายผู้เป็นสามี มีอำนาจ คือ ฟ้องขอให้ไหม
โดยประณมผิดเมีย หรือฟ้องขอให้หลุดค่าตัวก็ได้ ส่วนภริยาทาสนั้นให้คืนแก่สามีไป ถ้าหญิงนั้นไม่
ไปให้นายเงินคิดค่าตัวภริยาทาสให้สามีไป ในมาตรา 42

2) เบี้ยปรับฐานผิดเมียท่านยังไม่ถึงชำเรา ถ้าเป็นการกระทำการเล้าโลม จับมือ ถือนม
กอดจูบภริยาของผู้อื่น ไปหาภริยาของผู้อื่นในบ้านเรือน ในเวลาที่สามีไม่อยู่ ไปหาในที่ลับสอง
ต่อสอง ไปหาภริยาของผู้อื่นในห้องนอน ให้ปรับโทษกึ่งของไหมประณมผิดเมีย ถ้าเป็นการลักลอบ
พุดจาให้ปรับโทษ 1 ใน 4 ส่วนของไหมประณมผิดเมีย

3) เบี้ยปรับฐานผิดเมียท่านในขันหมาก ถ้าเป็นกรณีชายสู่ขอหญิงและมีขันหมาก
หมั้นกันไว้แล้วยังไม่ถึงกำหนดจะแต่งงานกัน ในระหว่างนั้น ชายอื่นมาทำชู้กับหญิง ท่านว่าผิดเมีย
ในขันหมาก ให้เอาราคาขันหมากตั้งโทษวิฑูณ ยกทุนให้เจ้าของ เหลือนั้นเป็นสินไหมกึ่ง พินัยกึ่ง
ในมาตรา 114 ชายไปสู่ขอลูกสาวท่านต่อบิดามารดาเป็นค่านับ ชายยังมีได้อยู่กันด้วยกับหญิงมีชาย
อื่นมาทำชู้ และลักพาหญิงไปโดยพ่อแม่ไม่รู้ ให้ปรับโทษชายผู้ลักพาเสมอผิดเมียท่านในขันหมาก
ในมาตรา 120 และชายสู่ขอลูกสาวหลานสาวท่านถึงหลบฟาก และหญิงมีชู้ด้วยชายอื่นก็ดี ตามชาย
อื่นไปก็ตี ท่านว่าให้ชายผู้สู่ขอ คิดเอาค่าขันหมากแต่แรกมาสู่ขอเท่าถึงขันหมากหมั้นเอาหนึ่งเป็น
สอง ในมาตรา 116

ดังนั้น จึงอาจกล่าวสรุปได้ว่า การเป็นชู้และการผิดภริยาของผู้อื่นในพระอัยการลักษณะผัว
เมีย จะมีลักษณะที่กำหนดขึ้นเพื่อปกป้องเกียรติยศของสามี ที่จะมีอำนาจไม่ให้มีชายใดมาจับต้อง
หญิงผู้เป็นภริยา โดยไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการที่มีหญิงมาเป็นชู้กับชายผู้เป็นสามีหรือการที่ชาย
ผู้เป็นสามียกย่องหญิงอื่นจันท์ภริยาแต่ประการใด เพราะสภาพสังคมในสมัยนั้น ชายจะมีภริยาได้
หลายคน หากชายผู้เป็นสามีไม่มีสัมพันธ์ทางเพศกับหญิง หากหญิงนั้นไม่ใช่ภริยาของชายใด ชายผู้
นั้นก็ไม่มีความคิดและสามารถสมรสกับหญิงนั้นเป็นภริยาที่ถูกต้องตามกฎหมายได้ เพราะกฎหมาย
อนุญาตให้ชายมีภริยาได้หลายคน โดยกฎหมายไม่ได้ถือว่าการกระทำของชายผู้เป็นสามีนั้นเป็นชู้

เหมือนการกระทำของหญิงซึ่งเป็นภริยา แต่กลับรับรองให้ชายมีภริยาได้โดยถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงเสรีภาพของหญิงที่ถูกจำกัดด้วยสภาพสังคม วัฒนธรรม และจารีตประเพณี ส่วนสถานภาพของชายจะมีบทบาทและเป็นใหญ่ในสังคม และมีอำนาจเหนือหญิง

2.1.3.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แบ่งลักษณะการกระทำความผิดออกเป็นสองลักษณะคือ การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง และการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิง

ลักษณะการกระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเราหญิง

ปรากฏในกฎหมายตราสามดวง พระอัยการลักษณะฝ่าฝืนมาตรา 1 มาตรา 38 มาตรา 46 มาตรา 71 มาตรา 76 มาตรา 77 มาตรา 78 มาตรา 79 มาตรา 80 มาตรา 90 และมาตรา 98 ซึ่งลักษณะของการข่มขืนกระทำชำเราจะแสดงอยู่ในตัวเอง ว่าหญิงนั้นไม่ยินยอมให้ทำชำเราแยกองค์ประกอบได้ ดังนี้

1) ชายใด โดยพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนใช้ถ้อยคำต่างกัน ได้แก่ มาตรา 1 ใช้คำว่า "ชายใด" มาตรา 38 "หญิงชายราษฎรอยู่กันเป็นสามีภรรยา สามิสร์ทาสละภริยาแลทรัพย์สินของบุคคลเป็นภิกษุสามเณรแล้ว" มาตรา 46 "เจ้าเงิน กิติ พี่น้องลูกหลานแห่งเจ้าเงินกิติ" มาตรา 71 "ชายใด" มาตรา 76 "ชายผู้มีได้ค้ำับสู่อหญิง" มาตรา 78 "ชายใดมีเมียแล้ว" มาตรา 79 "ชายหาเมียมิได้" มาตรา 80 "ชายใด" มาตรา 90 "ชายมิได้สู่อลูกสาวหลานสาวท่าน" "ชายหลายคน" มาตรา 98 "ชายอื่น"

2) ข่มขืนกระทำชำเรา

3) หญิงที่มีลักษณะคือ ภริยาท่าน หญิงมีสหมักรใจเป็นภริยาชายนั่นต่อไป หญิงทาส หญิงม่าย หญิงโสเภณีที่มีลักษณะ 7 ประการคือ หญิงที่อยู่ด้วยมารดา หญิงที่อยู่ด้วยบิดา หญิงที่อยู่ด้วยบิดามารดา หญิงที่อยู่ด้วยวงศ์สกุลเผ่าพันธุ์ หญิงที่อยู่ด้วยพี่ชายพี่สาว หญิงที่อยู่ด้วยญาติ และหญิงที่อยู่ด้วยบุคคลใดรักษา อธิบายได้ ดังนี้

ผู้กระทำความผิด พระอัยการลักษณะผิวเมียบ ใช้ถ้อยคำต่างกัน เช่น ใน มาตรา 1 มาตรา 71 มาตรา 80 ใช้คำว่า “ชายใด” ซึ่ง “ชาย” หมายถึง คนที่มีลึงค์เป็นอวัยวะสืบพันธุ์³⁸ แสดงว่า ชายทั้งหมดไม่ว่าจะมีภริยา หรือเป็นโสด จะเป็นผู้กระทำความผิดได้ และหากกระทำความผิดจะต้องปรับใหม่ประณมผิดเมีย เพราะการ “ผิดลูกผิดเมีย” เป็นการผิดศีลของพระพุทธศาสนาข้อสาม และในสมัยนี้มองว่าการไปข่มขืนกระทำชำเราภริยาของผู้อื่น หรือบุตรหญิงหลานหญิงของผู้อื่น เป็นการผิดศีลจึงสะท้อนออกมาในรูปการลงโทษ โดยให้ปรับใหม่ “ผิดเมีย” ในมาตรา 38 ผู้ที่กระทำความผิดคือ ชายที่เคยอยู่กินเป็นสามีภริยากับหญิง ต่อมาชายออกบวชเป็นภิกษุหรือสามเณรแล้ว เมื่อสึกออกมา หญิงมิได้สมัครใจเป็นภริยาชายต่อไป ชายนั้นมาข่มขืนหญิงนั้นให้ปรับใหม่ชายนั้นเสมือนกระทำกับหญิงหม้ายคือประณมผิดเมียเช่นกัน ซึ่งเห็นได้ว่าเมื่อชายออกบวชแล้วถือว่าขาดจากการเป็นสามีภริยากัน ชายนั้นจึงไม่อาจมีสิทธิมีความสัมพันธ์ทางเพศกับหญิงนั้นได้อีก เมื่อมากระทำการข่มขืนกระทำชำเราจึงมีโทษ แต่หญิงนั้นกฎหมายในสมัยนั้นเปรียบเทียบกับหญิงหม้ายซึ่งคือหญิงซึ่งขาดจากการสมรสแล้วนั่นเอง นับได้ว่า กฎหมายให้ความสำคัญกับความไม่สมัครใจหรือความยินยอมของหญิงในการมีเพศสัมพันธ์กรณีขาดจากการสมรสแล้วมากพอสมควร ซึ่งหากขาดจากการสมรสแล้วหญิงไม่ได้เป็นภริยาแล้วชายก็ไม่มีสิทธิมาข่มขืนหญิงนั้น ในมาตรา 46 ใช้คำว่า เจ้าเงินก็ดี พี่น้องลูกหลานแห่งเจ้าเงินก็ดี ซึ่งเมื่อพิจารณาพระอัยการลักษณะทาส³⁹ สมัยกรุงศรีอยุธยา มีทาส ซึ่งทาสมีลักษณะ 7 ประการ คือ ทาสสินไถ่ ลูกทาสเกิดใน เรือนเบี้ย ทาสที่เป็นมรดกได้มาแต่ข้างบิดามารดา ทาสที่ได้รับเป็นกำนัล ทาสช่วยมาจากภัยพิบัติและพระราชอาชญา ทาสช่วยไว้ในคราวทุกภิกขภัย และทาสเชลย⁴⁰ ซึ่งแรงงานทาสนับว่าเป็นแรงงานสำคัญในยุคนั้น ก็เพราะพลเมืองส่วนใหญ่ของประเทศเป็นข้าราชการ หรือเป็นคนของหลวง เวลาส่วนใหญ่จึงหมดสิ้นไปกับการรับใช้รัฐ ไม่มีเวลาทำงานของตนเอง ดังนั้นจึง จำเป็นต้องใช้แรงงานทาสแทน ทาสจะเป็นผู้ทำงานทุกอย่างในครัวเรือน รวมทั้งทำสวน ทำไร่และทำนาให้แก่ขุนนางผู้เป็นมูลนาย

³⁸ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: อักษรเจริญทัศน์, 2539), หน้า 266.

³⁹ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จ.ศ.1166 เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 71.

⁴⁰ โยเน โอะ อิชิอิ, “พระธรรมศาสตร์ไทย,” แปลโดย นิธิ เอียวศรีวงศ์ ใน สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ, กฎหมายตราสามดวงกับสังคมไทย (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2535), หน้า 25.

ด้วย⁴¹ และ “คำตัว” ทาสนั้นกำหนดจากเพศและอายุตามที่ ปรากฏในกฎหมายพมศักดิ์ สัญญาซื้อขายทาสทั้งหมดต้องทำเป็นหนังสือ และทาสมีสิทธิตามกฎหมายที่จะไต่ตัวเอง⁴² ดังนี้ การที่พระอัยการลักษณะฝ่าฝืนกำหนด ผู้กระทำความผิดเป็น “นายเงิน” หรือ “เจ้าเงิน” หรือ “พี่น้องลูกหลานแห่งเจ้าเงินนายเงิน” เป็นการสอดคล้องกับสภาพสังคมในสมัยซึ่งมีทาส คือผู้ซื้อทาสหรือพี่น้องลูกหลานของผู้ที่ซื้อทาส หรือเป็นเจ้าของทาสนั่นเอง เห็นได้ว่า ผู้กระทำความผิด คือ ชายที่เป็นเจ้าของทาสหรือพี่น้องลูกหลานของชายเจ้าของทาส มาตรา 76 มาตรา 90 ชายผู้มีได้ค้ำับผู้ขอหญิง หมายถึง ชายที่ไม่ได้ทำการชู้ขอหมั้นหมายหญิงนั้นต่อพ่อแม่ผู้ปกครองของหญิงนั้น แล้วมากระทำการข่มขืนหญิงนั้น ได้รับโทษและปรับใหม่ตามพระราชกฤษฎีกาเดิม นอกจากนี้ในมาตรา 90 กล่าวถึงชายหลายคนกระทำการข่มขืนโทรมหญิงซึ่งต้องรับโทษหนักด้วยการตีด้วยลวดหนักถึงคนละ 60 ที แสดงว่า ผู้กระทำความผิดก็คือ “ชาย” นั่นเอง โดยกล่าวลักษณะเฉพาะว่าชายผู้นั้นไม่ได้ชู้ขอหญิง แต่มากระทำการข่มขืนหญิงนั้น และชายหลายคนก็เป็นตัวการร่วมกันกระทำความผิดได้ มาตรา 98 ชายอื่น หมายถึง ชายคนหนึ่งได้ทำการชู้ขอหญิงแล้วแต่ยังมีได้หมั้นหมาย ชายอื่นอีกผู้หนึ่งมาลุดหญิงนั้นไปกระทำการข่มขืน ลงโทษชายนั้นด้วยลวดหนักและปรับใหม่ชายนั้นฐานผิดเมียท่านในชั้นหมาก เห็นได้ว่า ผู้กระทำความผิดก็คือ “ชาย” และกฎหมายมองว่า เป็นการผิดคู่หมั้นของ ผู้อื่น ซึ่งเห็นได้จากการปรับใหม่ “ผิดเมียท่านในชั้นหมาก” มาตรา 78 ชายใดมีเมียแล้ว และมาตรา 79 ชายใดหาเมียมิได้ ซึ่งกฎหมายกำหนดไว้หมายถึง “ชาย” นั่นเองที่จะเป็นผู้กระทำความผิด แต่สาเหตุที่กำหนดแยกมาตราไว้เนื่องมาจาก หากเป็นชายมีเมียแล้วให้ปรับใหม่ประณมผิดเมีย แต่หากเป็นชายใดหาเมียมิได้ หรือไม่มีเมียนั้น จะปรับใหม่เพียงกึ่งหนึ่งของชายมีเมียแล้ว เพราะชายที่ยังไม่มีภริยาอาจจะทำการสมรสกับหญิงที่ถูกข่มขืนได้จึงให้ปรับใหม่เพียงกึ่งเดียว

การข่มขืนกระทำชำเราหญิงในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนก็มีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายอาญาปัจจุบัน ซึ่งคำว่า “ข่มขืน” เป็นการใช้กำลังบังคับโดยวิธีใดวิธีหนึ่ง ส่วนคำว่า “ชำเรา” หมายถึง การร่วมประเวณี กับหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนเองโดยหญิงมิยินยอม ซึ่งหญิงต้องไม่ยิน

⁴¹ วิชามหาคุณ, ประวัติศาสตร์กฎหมายและภาษากฎหมายไทย, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), หน้า 18.

⁴² โยเนโอะ อิชิต, “พระธรรมนูญไทย,” แปลโดย นิธิ เอียวศรีวงศ์ ใน สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ, กฎหมายตราสามดวงกับสังคมไทย (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2535), หน้า 25.

ยอมจึงจะเป็นความผิดฐานนี้ หากหญิงยินยอมให้ชำเรากฎหมายจะเรียกเป็นอย่างอื่น เช่น ทำชู้ ทำชู้เหนือผ้า ลอบลักสมรภักทำชู้ เป็นต้น จึงสรุปได้ว่า องค์ประกอบภายนอกของการกระทำความผิดจะเหมือนกัน คือ ช่มชู้กระทำความผิดชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดยหญิงไม่ยินยอม และในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนมีเรื่องของการพยายามช่มชู้กระทำความผิดชำเราโดยกฎหมายใช้คำว่า “ช่มชู้ยังมีถึงชำเรา” จะปรับโทษถึงถึงชำเรา

ผู้ถูกกระทำความผิดในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนจะปรากฏด้วยคำที่ระบุถึงผู้ถูกกระทำความผิดโดยใช้ถ้อยคำแตกต่างกัน ดังนี้ มาตรา 1 ภริยาท่าน มาตรา 38 หญิงมีสมภักเป็นภริยา มาตรา 46 หญิงทาส มาตรา 71 หญิงม่าย มาตรา 76 หญิงอันมีลักษณะ 7 ประการอันชายมิได้คำนับสู่ขอ คือ มาตรรุกขิตา คือ หญิงอันอยู่ด้วยมารดา ปีตุรกขิตา คือ หญิงอันอยู่ด้วยบิดา มาตรา ปีตุรกขิตา คือ หญิงอันอยู่ด้วยบิดามานดา โคตรกขิตา คือ หญิงอันอยู่ด้วยวงศ์สกุลเผ่าพันธุ์⁴³ ภาตรรุกขิตา คือ หญิงอันอยู่ด้วยพี่ชายพี่สาว ญาติรกขิตา คือ หญิงอันอยู่ด้วยญาติ สารกขิกา คือ หญิงอันอยู่ด้วยท่านผู้ใดผู้หนึ่ง มาตรา 78 ลูกสาวหลานสาวท่าน มาตรา 79 ลูกสาวหลานสาวท่าน มาตรา 80 หญิงเด็กไม่เคียงสา มาตรา 90 ลูกสาวหลานสาวท่าน มาตรา 98 หญิงยินยอมให้ชายได้มีขันหมากหมั้นนั้นจะทำการยังมีได้ทำการ ผู้ถูกกระทำความผิดฐานช่มชู้กระทำความผิดชำเราจึง ได้แก่ หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของผู้กระทำความผิด โดยหญิงผู้ถูกกระทำความผิดนั้นเป็นภริยาของผู้อื่น หญิงทาส หญิงม่าย หญิงอยู่กับบุคคล 7 ประการ ลูกสาวหลานสาวผู้อื่น และหญิงว่าที่คู่หมั้นของชายอื่น ซึ่งเหตุผลที่พระอัยการลักษณะฝ่าฝืนกำหนดลักษณะหญิงไว้เช่นนี้เพราะได้รับอิทธิพลของพุทธศาสนาและสภาพสังคมในสมัยนั้นเป็นสำคัญ ซึ่งในพระพุทธศาสนากำหนดหญิงว่ามีลักษณะที่ต้องอยู่ภายใต้การปกครองของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เช่น หญิงมีมารดาปกครอง หญิงมีบิดาปกครอง หญิงมีพี่น้องชายปกครอง หญิงมีพี่น้องหญิงปกครอง หญิงมีญาติปกครอง หญิงมีวงศ์สกุลเผ่าพันธุ์ปกครอง หญิงมีธรรมะปกครอง หญิงมีคู่หมั้นปกครอง และหญิงมีกฎหมายปกครอง เป็นต้น⁴⁴ ดังนี้ แม้ผู้ถูกกระทำความผิดฐานช่มชู้กระทำความผิดชำเราจะเป็นหญิงก็ตาม แต่แท้จริงแล้วสิ่งที่กฎหมายให้ความคุ้มครองหรือคุ้มครองทางกฎหมายจะได้แก่อำนาจอิสระของผู้ปกครองหญิงคือบิดามารดาหญิงในกรณีหญิงโสด หรือสามีในกรณีหญิงสมรสแล้ว คุ้มครองทางกฎหมายจึงยังมีได้มุ่งหมายคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศของหญิงอย่างแท้จริง แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายก็ยังให้ความคุ้มครองแก่หญิง

⁴³ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: อักษรเจริญทัศน์, 2539), หน้า 200.

⁴⁴ บรรยงค์ เกศเทศ, สถานภาพสตรีไทย, (กรุงเทพมหานคร: โอเดียนสโตร์, 2532), หน้า 84.

มากพอสมควรคงจะเห็นได้จากหญิงทาส แม้ว่าหญิงจะถูกขายเป็นทาสได้ก็ตามแต่กฎหมายก็ยังคุ้มครองห้ามไม่ให้บังคับขืนใจหญิงนั้น

เหตุรับโทษหนักขึ้น ในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง

ปรากฏในมาตรา 90 คือ การกระทำที่มีลักษณะฉุดหญิงโสดซึ่งเป็นลูกสาวหลานสาวท่าน หรือหญิงภริยาของผู้อื่นไป ให้ไหมโดยพระราชกฤษฎีกาเดิม หรือปรากฏว่าข่มขืนหญิงมีบาดเจ็บ ให้ไหมโดยบาดเจ็บ หรือถ้าปรากฏลักษณะของชายหลายคนโทรมหญิง ให้ลงโทษด้วยลวดหนักคนละ 60 ที และให้ไหมตามบันดาศักดิ์ ซึ่งจะเห็นได้ว่า หากปรากฏเป็นการโทรมหญิงให้ลงโทษด้วยลวดหนัก ซึ่งโทษนี้จะไม่ได้พบในการกระทำชำเราหญิงที่มีลักษณะธรรมดาทั่วไป ส่วนเหตุเพิ่มโทษกรณีเป็นบุคคลที่ผู้ถูกกระทำความผิดให้ความไว้วางใจนั้นพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนมิได้กล่าวไว้ แต่มีบทบัญญัติในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน มาตรา 36 “พ่อแม่ลูกพี่น้องยายหลาน ตาหลาน ลูกน้ำหลานทำชู้กันไซ้ ให้ทำพลอยผู้นั้นเสียในทะเล...”⁴⁵ แสดงให้เห็นว่า หากบุคคลในครอบครัวมีสัมพันธภาพเพศกันเองจะมีโทษหนักถึงกับให้ทำพลอยผู้นั้นในทะเล แต่สำหรับการข่มขืนกระทำชำเราไม่มีการกล่าวถึงการรับโทษหนักขึ้นกรณีเป็นบุคคลในครอบครัวแต่ประการใด

ลักษณะของโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง

ในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนจะมีโทษลักษณะปรับไหม โดยโทษจะสูงกว่าการเป็นชู้หรือผิดภริยาของผู้อื่น คือ ข่มขืนถึงชำเราปรับไหมโดยประณมผิดเมียทวิคูณ ในมาตรา 2 ถ้าข่มขืนไม่ถึงชำเรา ปรับไหมประณมผิดเมียคูณเดียว ในมาตรา 88 เป็นหลัก และประกอบกับลักษณะของชายที่กระทำความผิด โดยหากเป็นชายมีเมียแล้วให้ปรับไหมประณมผิดเมีย แต่หากเป็นชายโสดหาเมียมิได้ หรือไม่มีเมียนั้น จะปรับไหมเพียงกึ่งหนึ่งของชายมีเมียแล้ว และลักษณะของหญิงที่ถูกกระทำความผิด หากเป็นภริยาของชายอื่นจะได้รับปรับไหมในอัตราเดียวกัน แต่หากเป็นหญิงม่าย อัตราปรับไหมคือ แบ่งไหมประณมเมียออกเป็น 5 ส่วน ยกเสีย 1 ส่วน เอา 4 ส่วน ตั้งเป็นสินไหมกึ่ง

⁴⁵ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จศ. 1166 เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 17.

พินัยกิจ พินัย หมายความว่า ตกแก่คลังหลวง⁴⁶ ส่วนหญิงทาสให้แบ่งค่าตัวทาสเสียครึ่งหนึ่ง และทาสมีสิทธิไถ่ตัวด้วยค่าตัวครึ่งหนึ่งนั้น ถ้าเป็นหญิงซึ่งมีว่าที่คู่หมั้นแต่ยังมิได้ทำการหมั้นแต่ถูกขายอื่นข่มขืนกระทำชำเราให้ใหม่ฐานผิดเมียท่านในชั้นหมาก จะเห็นว่าสินไหมของหญิงแต่ละลักษณะจะแตกต่างกัน สินไหมของหญิงถูกประเมินจากการที่มีใครปกปิดคุ้มครองดูแล หญิงที่มีสามีปกคุ้มครองดูแลจะมีได้รับใหม่มากกว่าหญิงม่าย ส่วนหญิงทาสก็มีค่าเท่ากับค่าตัวทาสที่ทำสัญญากันโดยหักออกเสียครึ่งหนึ่ง แต่ถ้าหากปรากฏการกระทำที่มีลักษณะผิดหญิง โสดซึ่งเป็นลูกสาวหลานสาวท่าน หรือหญิงภริยาของผู้อื่นไป ให้ใหม่โดยพระราชกฤษฎีกาเดิม หรือปรากฏว่าข่มขืนหญิงมีบาดเจ็บ ให้ใหม่โดยบาดเจ็บ หรือถ้าปรากฏลักษณะของชายหลายคนโทรมหญิง ให้ลงโทษด้วยลวดหนักคนละ 60 ที และให้ใหม่ตามบันดาศักดิ์ ซึ่งจะเห็นได้ว่า โทษจะมีลักษณะปรับใหม่ลดหลั่นกันไป ยกเว้นการโทรมหญิงจึงจะลงโทษด้วยลวดหนัก

ดังนั้น จึงอาจกล่าวสรุปได้ว่า การข่มขืนกระทำชำเราในพระอัยการลักษณะผิดเมียก็มีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายอาญาปัจจุบัน ซึ่งคำว่า “ข่มขืน” เป็นการใช้กำลังบังคับโดยวิธีใดวิธีหนึ่ง ส่วนคำว่า “ชำเรา” หมายถึง การร่วมประเวณี กับหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนเอง โดยหญิงยินยอม ซึ่งหญิงต้องไม่ยินยอมจึงจะเป็นความผิดฐานนี้ หากหญิงยินยอมให้ชำเรากฎหมายจะเรียกเป็นอย่างอื่น เช่น ทำชู้ ทำชู้เหนือผิว ลอบลักสมรภักทำชู้ เป็นต้น จึงสรุปได้ว่า องค์ประกอบภายนอกของการกระทำผิดจะเหมือนกัน คือ ข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยหญิงไม่ยินยอม และในพระอัยการลักษณะผิดเมียมีเรื่องของการพยายามข่มขืนกระทำชำเราโดยกฎหมายใช้คำว่า “ข่มขืนยังมีถึงชำเรา” จะปรับใหม่ถึงถึงชำเรา แต่ลักษณะของบทบัญญัติเป็นการบัญญัติกฎหมายโดยคำนึงถึงสภาพสังคมและวัฒนธรรมในสมัยนั้นและแยกไม่ออกกับหลักธรรมในพระพุทธศาสนา ซึ่งในสมัยก่อนชายมีภรรยาได้หลายคน และหญิงอยู่ในความปกครองของชาย การกระทำผิดจึงมีลักษณะเป็นการละเมิดอำนาจปกครองของบิดามารดาหญิงในกรณีเป็นหญิงโสด หรือละเมิดอำนาจปกครองหรือหมั้นเกียรติของสามีในกรณีที่หญิงนั้นสมรสแล้ว โดยยังมิได้คุ้มครองเสรีภาพทางเพศของหญิงอย่างแท้จริง

⁴⁶ โยเน โอะ อิชิอิ, “พระธรรมนูญไทย,” แปลโดย นิธิ เอียวศรีวงศ์ ใน สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ, กฎหมายตราสามดวงกับสังคมไทย (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2535), หน้า 25.

ลักษณะการกระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิง

ปรากฏในพระอัยการลักษณะพัวเมียมาตรา 80⁴⁷ แยกองค์ประกอบได้ ดังนี้

- 1) ชายใด
- 2) ข่มขืนกระทำชำเรา
- 3) หญิงเด็กไม่เคียงสา อธิบายได้ดังนี้

สำหรับหญิงเด็กไม่เคียงสานั้น พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ทรงอธิบายว่า เด็กไม่รู้เคียงสาในเรื่องนี้ มีลักษณะในพระอัยการลักษณะวิวาท มาตรา 11 คือ อายุต่ำกว่า 7 ขวบลงมา⁴⁸ ซึ่งในความเห็นนี้จะสอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน มาตรา 73 ที่บัญญัติว่า เด็กอายุยังไม่เกินเจ็ดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ ซึ่งเป็นกรณีเด็กกระทำผิด แต่กรณีนี้เด็กเป็นผู้เสียหายจึงนำไปพิจารณาประกอบกับประเพณีวัฒนธรรมไทยโบราณในสมัยนั้นจะมีประเพณี โกงจุกโดยเด็กไทยนิยมไว้จุกทั้งหญิงและชายคนชั้นสูงและคนธรรมดา การไว้จุกแสดงความเป็นเด็ก คือ ยังอยู่ในปฐมวัย เมื่อเด็กอายุ 11 – 13 ขวบ ถือกันว่าจะต้องมีพิธีตัดจุกหรือโกนจุก เมื่อโกนจุกแล้วผู้ชายก็อาจบวชเณร ผู้หญิงก็เริ่มเรียนเรื่องเข้าเรือน การโกนจุกเป็นเครื่องหมายแสดงว่าเด็กผ่านจากวัยเด็กมาสู่วัยหนุ่มสาว⁴⁹ ในความเห็นของผู้เขียนจึงมองว่า เด็กไม่เคียงสาตามความหมายในเรื่องของการมีเพศสัมพันธ์ หมายถึง เด็กที่ยังไม่ผ่านพิธีโกนจุก ซึ่งจะโกนจุกระหว่างอายุ 11 – 13 ขวบ ดังนั้น เด็กไม่เคียงสาจึงน่าจะมีอายุต่ำกว่า 13 ปี และยังไม่ได้โกนจุกตามประเพณีโบราณ

ในเรื่องของความยินยอมพระอัยการลักษณะพัวเมียมิได้กล่าวถึง ความยินยอมของหญิงเด็กไร้เคียงสา ว่าถ้าหญิงเด็กให้ความยินยอมให้ทำชำเราจะผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่ เพราะข่มขืนย่อมแสดงว่าไม่ยินยอมจึงจะผิด สำหรับประเด็นนี้ควรไปพิจารณาบริบทในกฎหมาย

⁴⁷ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จศ. 1166 เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 42.

⁴⁸ พระเจ้าลูกยาเธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์, ว่าด้วยกฎหมาย, พิมพ์ในงานศพนายแสวง เตชะยานนท์ (พระนคร: โรงพิมพ์บรรหาร, 2507) หน้า 112 อ้างถึงใน ประสิทธิ์ พัฒนอมร, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ม.ป.ป.), หน้า 17.

⁴⁹ ชีวิตไทย ชีวิตในปฐมวัย. ใน www.rspg.org/knowledge/misc8-2.htm: 1.

มาตราอื่น ได้แก่ มาตรา 76 ซึ่งกฎหมายกล่าวถึง หญิง โสคติที่มีลักษณะ 7 ประการ และชายมิได้คำนับ
 ผู้ขอ ถ้าหญิงนั้นไปหาชายถึงเคหสถานบ้านเรือน ยอมให้ชายทำชู้ด้วย จะกล่าวโทษชายมิได้ ซึ่ง
 กฎหมายรับรองเรื่องความยินยอมของ “หญิง” ไว้ และหญิงในความหมายนี้ ก็คือหญิงซึ่งสามารถมี
 เพ้าเรือนได้ หรือพ้นจากวัยเด็กนั่นเอง แต่กฎหมายมิได้เขียนเรื่องความยินยอมของ “หญิงเด็ก” ไว้
 ด้วย ในกรณีนี้จึงควรจะตีความว่า กฎหมายไม่รับรองให้เด็กไม่เพียงสาวที่จะให้ความยินยอมในเรื่อง
 ทำชำเราได้ ดังนั้น เด็กไม่เพียงสาวแม้จะยินยอมให้ชายทำชำเรา ชายนั้นก็ยังคงผิดฐานข่มขืนกระทำ
 ชำเราหญิงเด็กตามมาตรา 80 อยู่นั่นเอง เพราะหญิงเด็กไม่เพียงสาวกฎหมายไม่ให้อำนาจที่จะยินยอม
 ให้ทำชำเราได้ และลักษณะของการกระทำผิดข่มขืนกระทำชำเราหญิงเด็กไม่เพียงสาวก็ความผิด
 ฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราได้ โดยกฎหมายใช้คำว่า “ข่มขืนยังมีถึงชำเรา จะปรับไหมถึงถึง
 ชำเรา”

เหตุรับโทษหนักขึ้นในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงเด็ก

ถ้าปรากฏว่ามีลักษณะข่มขืนถึงชำเราโลหิตไหล ให้ใหม่เท่าเบี่ยประณมผิดเมีย
 ทวิคูณ ถ้าชายตีหญิงเด็กทำให้บาดเจ็บ ให้ใหม่โดยบาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง

ลักษณะของโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงเด็ก

ปรับใหม่เท่าเบี่ยประณมผิดเมียคือ เท่าใหม่ชายไปข่มขืนหญิงกริยาของผู้อื่น ถ้าข่ม
 ขืนยังมีถึงชำเราให้ใหม่ถึงถึงชำเรา

ดังนั้น จึงอาจกล่าวสรุปได้ว่า การข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงในพระอัยการลักษณะผิดเมีย
 ก็มีลักษณะเช่นเดียวกับ การกระทำชำเราในกฎหมายปัจจุบัน โดยพระอัยการลักษณะผิดเมียไม่
 อนุญาตให้หญิงเด็กให้ความยินยอมได้ แต่บทบัญญัติของกฎหมายถูกกำหนดอยู่ในอำนาจปกครอง
 ของบิดามารดา การข่มขืนกระทำชำเราหญิงเด็กจึงถือเป็นการละเมิดอำนาจปกครองของบิดามารดา
 หญิงเด็กนั่นเอง ยังมีได้ให้ความคุ้มครองแก่ตัวหญิงเด็กโดยแท้จริง

2.1.3.3 ความผิดฐานกระทำอนาจาร

ลักษณะการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร

ปรากฏในกฎหมายตราสามดวงในพระอัยการลักษณะผิดเมีย มาตรา 2 มาตรา 41 มาตรา 46 มาตรา 76 และมาตรา 77

คำว่า “อนาจาร” ตามความหมายในปัจจุบัน เป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ ได้แก่ การกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ โดยกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายโดยตรง เช่น กอด ปล้ำ สัมผัสจับต้องอวัยวะเพศอย่างหนึ่งอย่างใด⁵⁰ แต่คำว่า “อนาจาร” ไม่ปรากฏในพระอัยการลักษณะผิดเมีย แต่ปรากฏคำว่า “ทราจาร” และ “จับมือถือนมกอดจูบ” “เล้าโลม” “หยอก” “พุดจาเพละโลม” “ไปหาถึงในเรือน” เป็นต้น แยกองค์ประกอบได้ ดังนี้

1. นายทาส พี่น้องนายทาส พระภิกษุสามเณร ชายที่ไม่ได้สู้อหญิง หรือชาย
2. กระทำการจับมือ ถือนม กอดจูบ กระทำทราจาร ถักลอบทำชู้ ขึ้นไปหาบุตรหญิงถึงในเรือน
3. ต่อหญิงซึ่ง ได้แก่ มาตรา 41 หญิงหาฟัวมิได้ มาตรา 46 หญิงทาส มาตรา 76 หญิงชายมิได้ค้ำับสู้อมีลักษณะ 7 ประการ คือ มาตุรกชิตา หญิงอยู่ด้วยมารดา ปิตุรกชิตา หญิงอยู่ด้วยบิดา มาตาศูทรกชิตา หญิงอยู่ด้วยบิดามารดา โคตรกชิตา หญิงอยู่ด้วยวงศ์สกุลเผ่าพันธุ์รักษา ภาตุรกชิตา หญิงอยู่ด้วยพี่ชายพี่สาว ญาติรกชิตา หญิงอันอยู่ด้วยญาติ และ สารชา หญิงอันอยู่ด้วยท่านผู้ใดผู้หนึ่งรักษา มาตรา 75 บุตรท่าน บุตรีท่าน อธิบายได้ดังนี้

นายทาสหรือพี่น้องของนายทาส ไปจับมือถือนม กอดจูบ แก่หญิงทาส ชายที่ไม่ได้สู้อหญิง โสดถักลอบไปกระทำการไม่สมควรในทางเพศโดยกฎหมายใช้คำว่า “ทราจาร” “ถักลอบทำชู้” ต่อหญิงซึ่งอยู่กับผู้ปกครอง คือ หญิงที่อยู่กับมารดา บิดา บิดามารดา วงศ์สกุลเผ่าพันธุ์ พี่ชายพี่สาว ญาติ หรือผู้ใดผู้หนึ่ง คือ เป็นการล่วงละเมิดอำนาจปกครองของผู้ปกครองหญิงโสดนั้น เป็นการไม่สมควรในทางเพศ นำอับอาย ขายหน้าในทางเพศ แม้หญิงยินยอมหรือเต็มใจให้ชายกระทำก็

⁵⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 15 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547), หน้า 365.

ตาม ขกเว้นกรณีเดียวที่ชายไม่มีความผิดก็หญิงไปหาชายถึงบ้านเรือน ชายจับมือ หยอก ขึ้นไปถึงที่นอนบุตรหญิง หรือกอดจูบบุตรหญิง หรือทำพฤติกรรมใด ๆ ก็ตามแก่บุตรหญิงของผู้อื่น ต้องรับโทษโดยโทษานุโทษ เป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของหญิง การที่ชายขึ้นไปหาบุตรหญิงถึงในห้องนอนก็เป็นการไม่สมควรและเป็นความผิดเช่นกัน โดยมุ่งหมายลงโทษเพื่อไม่ให้ผู้นั้นล่วงละเมิดทางเพศแก่บุตรหญิงอันเป็นการกระทบต่ออำนาจปกครองของผู้ปกครอง

เหตุรับโทษหนักขึ้นในความผิดฐานกระทำอนาจาร

การที่พระภิกษุสามเณรทำทราจารกับหญิงถึงชำเรา ให้ชื่อว่า ปาราชิก ให้สึกออก และลงโทษ โขบายระหว่าง 25 ถึง 50 ที และส่งตัวลงตะพุ่นหญ้าช้างหลวง

ลักษณะโทษในความผิดฐานกระทำอนาจาร

โทษมีลักษณะเป็นโทษปรับไหม โดยถ้าเป็นการกระทำต่อหญิงทาสให้แบ่งค่าตัวหญิงเป็น 4 ส่วน ลด 1 ส่วนให้แก่ทาส อีก 3 ส่วนให้แก่ชายทาสนั้น แต่หากผู้ กระทำความคิดเป็นภิกษุสามเณรต้องรับโทษ โขบาย 25 – 50 ที และส่งตัวไปลงตะพุ่นหญ้าช้างหลวงด้วย⁵¹

ดังนั้น จึงอาจกล่าวสรุปได้ว่า การกระทำอนาจารในยุคนี้นุ่งหมายคุ้มครองพฤติกรรมไม่สมควรทางเพศนำอับอายทั้งปวงที่ไม่ให้เกิดต่อเกียรติยศอำนาจปกครองของผู้ปกครองของหญิง โดยรวมไปถึงการลักลอบพุดจา หรืออยู่กันสองต่อสอง หรือการขึ้นไปหาบุตรหญิงของผู้อื่นก็เป็นการไม่สมควรแล้ว และมีความหมายกว้างไปกว่าอนาจารตามกฎหมายปัจจุบัน

2.1.3.4 การเล่นเพื่อน

“การเล่นเพื่อน” หมายถึง ผู้หญิงประพฤติตนเป็นรักร่วมเพศ ไทยเราจะเรียกว่าเล่นเพื่อน ซึ่งในพระอัยการลักษณะผัวเมียไม่ปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับ “การเล่นเพื่อน” แต่ปรากฏ “การเล่นเพื่อน” ในกฎหมายตราสามดวง กฎมณเฑียรบาล มาตรา 124 วรรคสอง ซึ่งตราขึ้นในสมัยรัชกาลของพระบาทสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถ มีความว่า “อนึ่ง สนมกำนัล คบผู้หญิงหนึ่งกันทำคูดชชายเป็นคู่เมียกัน ให้ลงโทษด้วยลวดหนั่ง 50 ที ศักคอประจานรอบพระราชวัง ทีหนึ่งให้เอาเป็น

⁵¹ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายสมัยอยุธยา, (พระนคร: ศิวพร, 2510), หน้า 36.

ชาวสดีง ที่หนึ่งให้แก่พระเจ้าลูกเธอหลานเธอ" และเป็นที่น่าสังเกตว่า ไม่มีบทบัญญัติห้ามมิให้ชาย มีความสัมพันธ์ทางเพศกันแต่อย่างใด และน่าจะถือว่าเป็นการละเมิดศีลข้อพรหมจรรย์ "การเล่นเพื่อน" ในหมู่สาวสนมกำนันอาจเป็นความประพฤติที่จัดว่าแพร่หลายจนถึงขนาดเอามาเล่าต่อกันไปต่าง ๆ นานา ในสมัยนั้นแม้จะผิดกฎหมายแต่ก็คงไม่มีการฟ้องร้องหรือเอาโทษกันอย่างจริงจังมากนัก⁵²

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การที่หญิงสาววังประพฤติตนเป็นรักร่วมเพศโดยไม่ฝ่าฝืนความยินยอม กฎมณเฑียรบาลก็มีบทบัญญัติห้ามไว้ และมีโทษหนักกว่าโทษข่มขืนกระทำชำเราโดยโบายด้วยลวดหนัง และศักคอประจานรอบพระราชวัง แต่มีผู้ให้ความเห็นไว้ว่า ไม่มีการฟ้องร้องเอาโทษกันอย่างจริงจังมากนัก

2.1.3.5 การเสพเมณูธรรมทางมุกขมรรค และเวจมรรค

การเสพเมณูธรรมทางมุกขมรรคและเวจมรรค หมายถึง การร่วมประเวณีทางทวารหนัก และการมีเพศสัมพันธ์ทางปาก⁵³ ซึ่งในพระอัยการลักษณะศั้วเมียไม่ได้มีบทบัญญัติห้ามหรือกล่าวถึงแต่ประการใด แต่ปรากฏบทบัญญัติในกฎหมายตราสามดวง พระราชกำหนดใหม่ ให้ชนทุกชั้นตั้งอยู่ในกุศลธรรม 10 ประการ บท 39 จ.ศ. 1144 คราขึ้นในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช รัชกาลที่ 1 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ ทรงมีพระบรมราชโองการให้กำหนดกฎหมายว่าด้วยการให้ราษฎรรักษาศีล คือ ศีลห้าในฐานะเป็นนิจศีล กับศีลแปดในฐานะเป็นอุโบสถศีล และตามกฎหมายฉบับนี้ถือว่าการเสพเมณูธรรมโดยทางมุกขมรรค และทางเวจมรรคในกิริยาตนเอง เป็นการละเมิดศีลข้อห้าที่ว่าด้วยกาเมสุมิจฉาฯ ส่วนการเสพเมณูธรรมทางเวจมรรคกับผู้อื่น ผู้ใดที่ไม่ต้องห้ามตามศีลข้อห้า ก็เป็นการละเมิดข้อพรหมจรรย์ฯ อันเป็นอุโบสถศีล⁵⁴

ดังนั้น จึงอาจกล่าวสรุปได้ว่า ในสมัยกรุงศรีอยุธยาจะมีกฎหมายมณเฑียรบาลห้ามหญิงสาววังมิให้มีเพศสัมพันธ์กันเอง เรียกว่า "การเล่นเพื่อน" แต่ก็มีได้บังคับต่อประชาชนทั่วไป และเมื่อมาสมัย

⁵² กิตติศักดิ์ ปรกติ, "ตำนานรักร่วมเพศ," วารสารนิติศาสตร์ 2(2526) : 90 - 93.

⁵³ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: อักษรเจริญทัศน์, 2539), หน้า 651, 773.

⁵⁴ กิตติศักดิ์ ปรกติ, "ตำนานรักร่วมเพศ," วารสารนิติศาสตร์ 2(2526) : 89.

กรุงรัตนโกสินทร์จะมีลักษณะห้ามประชาชนมิให้เสพเมถุนธรรมทางเวจมรรคและมุขมรรคใน กิริยาตนเองเพราะเห็นว่าจะเป็นการละเมิดศีล แต่ก็ไม่ได้มีบทลงโทษแต่ประการใดเช่นกัน

2.2 พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118

ประเทศไทยถือใช้กฎหมายตราสามดวงมาตลอด จนกระทั่งในสมัยพระบาทสมเด็จพระ จอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ สภาพสังคมและบ้านเมืองมีการเปลี่ยนแปลง ไป โดยประเทศไทยมีการติดต่อกับต่างประเทศมากยิ่งขึ้นทำให้กฎหมายที่มีอยู่ไม่เพียงพอที่จะ นำมาแก้ไขปัญหาดังต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น ทำให้ประเทศไทยต้องมีการประกาศใช้กฎหมายเป็นเรื่อง เพื่อ แก้ไขปัญหาเฉพาะหน้าไปก่อนรวมถึงการประกาศใช้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ส่งผลให้บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในพระอัยการลักษณะผิดเมียลูกเล็ก ทุกมาตรา

2.2.1 แนวความคิดในการบัญญัติกฎหมาย

ก่อนที่ประเทศไทยจะได้เริ่มลงมือจัดทำประมวลกฎหมายไทยใหม่นั้น พระบาทสมเด็จพระ จอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ได้ทรงสถาปนากระทรวงยุติธรรมขึ้นเมื่อวันที่ 25 มีนาคม 2434 ในขณะที่เดียวกันกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้ทรงรับมอบหมายให้เป็นประธานในการชำระ สะสางพระราชกำหนดกฎหมายไทยทั้งหมด และในยุคนั้นก็มีการตรากฎหมายขึ้นบังคับเป็นจำนวน มากรวมทั้งพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118⁵⁵

ระบบกฎหมายไทยในยุคนี้มีการนำหลักกฎหมายอังกฤษเข้ามาใช้เป็นเรื่อง ๆ ไป เพราะเป็น วิธีที่สะดวกในสมัยนั้น โดยท่านอาจารย์ปรีดี เภยมทรัพย์ ให้ข้อสังเกต เกี่ยวกับการรับกฎหมาย อังกฤษมาใช้เป็นเรื่อง ๆ ว่ามีลักษณะเป็น piece meal โดยศาลจะนำหลักกฎหมายอังกฤษเข้ามาตัดสินคดีเป็น เรื่อง ๆ โดยไม่กระทบต่อพระธรรมศาสตร์เดิม โดยศาลจะอ้างว่า “มีหลักกฎหมายว่า ...” ซึ่งเป็นที่เข้าใจว่า “มีหลักกฎหมายของอังกฤษว่า...” ก็เพราะประเทศไทยเป็นเอกราชมิใช่อาณา

⁵⁵ ธานีรินทร์ กรชัยวิเชียร, การปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลในรัชกาลพระบาทสมเด็จพระ จอมเกล้าเจ้าอยู่หัว, (พระนคร: โรงพิมพ์สำนักทำเนียบนายกรัฐมนตรี, 2511), หน้า 12-13.

นิคมของอังกฤษ⁵⁶ การนำหลักกฎหมายอังกฤษมาใช้เริ่มในกฎหมายวิธีสบัญญัติก่อน กล่าวคือ ในปี พ.ศ. 2437 หรือ ร.ศ. 115 ได้ประกาศยกเลิกการพิจารณาคดีแบบจารีตนครบาล โดยประกาศพระราชบัญญัติพิจารณาความมิโทษทางอาญาขึ้นใช้แทน⁵⁷ และนอกจากจะประกาศใช้กฎหมายวิธีสบัญญัติแล้วยังมีการประกาศใช้กฎหมายอาญาเป็นเรื่อง ๆ รวมทั้ง พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ด้วย⁵⁸

พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ประกาศใช้เมื่อวันที่ 9 เมษายน พ.ศ. 2442 หรือ ร.ศ. 118 ในรัชกาลพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ในช่วงของการเปลี่ยนแปลงประเทศซึ่งการประกาศใช้พระราชกำหนดนี้ มาจากเหตุผลที่กฎหมายเดิมเกี่ยวกับการข่มขืนล่วงประเวณียังมีข้อบกพร่องหลายประการสมควรแก้ไขตามความในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ความว่า⁵⁹

“ ... จึงมีพระบรมราชโองการดำรัสเหนือเกล้าฯ ให้ประกาศให้ทราบทั่วกันว่า พระราชกำหนดกฎหมายเดิมที่ว่าด้วยการข่มขืนทำชำเราผู้หญิงนั้นยังบกพร่องอยู่หลายประการ เป็นเหตุให้เกิดความสงสัยต่าง ๆ ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่กล่าวหากันว่า ข่มขืนทำชำเรา จึงทรงพระราชดำริเห็นสมควรให้แก้ไขพระราชกำหนดนั้นเสียใหม่ให้ชัดเจนดีขึ้นกว่าเดิม...”

สำหรับกระบวนการร่างพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 นั้น รัฐมนตรีสภาได้ใช้โอกาสที่ได้ประกาศยกเลิกกฎหมายเดิมต่อท้ายพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง จ.ศ. 1156 มาตรา 17 ว่าด้วยการกระทำโทษ ผู้ล่วงพระราชอาญาข่มขืนกระทำชำเราเด็กยังไม่มีความยินยอม ซึ่งกฎหมายมาตรานี้สมควรจะยังมีอยู่ แต่ได้ยกเลิกมาตรานี้ไปด้วยความพลั้งเผลอ ซึ่งที่ประชุมรัฐมนตรีสภา เห็นว่าพระราชบัญญัติมาตรานี้ควรต้องแก้ไขอยู่แล้ว แต่สมควรไปประกาศยกเลิก

⁵⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 49.

⁵⁷ ธานินทร์ ภัยวิเชียร, การปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลในรัชกาลพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว, (พระนคร: โรงพิมพ์สำนักทำเนียบนายกรัฐมนตรี, 2511), หน้า 20.

⁵⁸ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 198.

⁵⁹ “พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118,” ราชกิจจานุเบกษา (9 เมษายน ร.ศ. 118): 10.

กฎหมายที่ประกาศยกเลิกไปแล้ว จึงควรร่างขึ้นเป็นพระราชบัญญัติใหม่เพื่อให้แก้ไขกฎหมายเดิมให้สอดคล้องกับกาลสมัย ตามที่ปรากฏในเอกสารการประชุมรัฐมนตรีสภา ที่ 56/1340 วันที่ 26 ธันวาคม ร.ศ. 117 ความว่า⁶⁰

“ ... ด้วยวันนี้ได้ประชุมรัฐมนตรีสภาตามระเบียบ พระยาเทเวศรวงษ์วิวัฒน์ กล่าวขึ้นว่าได้เห็นในหนังสือพิมพ์ราชกิจจานุเบกษาซึ่งประกาศยกเลิกกฎหมายเดิมต่อท้ายพระราชบัญญัติพิจารณาความแพ่ง ปีจุลศักราช 1156 มาตรา 17 ว่าด้วยกระทำโทษผู้ล่วงพระราชอาญาข่มขืนกระทำชำเราแต่ก็ยังไม่มียุติอันสมควร เห็นว่าความในมาตรานี้ยังคงจะใช้อยู่ แต่จะได้มีในกฎหมายที่ใดแทนอยู่แล้ว ขุนหลวงพระยาไกรสิทธิ์ว่ายังไม่ในทีใด ถ้าเลิกก็นับว่ายังว่างอยู่ พระยาศรีสุนทรสภาเลขานุการชี้แจงว่า ในเวลาที่ประชุมตรวจพระราชบัญญัติกฎหมายเดิม ได้มีรัฐมนตรีกล่าววาทเห็นควรยกมาตรานี้ แต่ที่ประชุมเห็นว่า ควรให้คงใช้ไปตามเดิมก่อนซึ่งจะมีระเบียบต่อไป ครั้นเมื่อคัดขึ้นกราบบังคมทูลพระกรุณาขอพระราชทานพระบรมราชานุญาตออกประกาศยกเลิกนั้น สภาเลขานุการพลั้งเผลอไปจึงได้คัดเกินไปเป็นอันตกลงได้ความในที่ประชุมว่าพระราชบัญญัติมาตรานี้ยังคงให้ใช้อยู่ตามกฎหมายเดิม ที่ประชุมจึงเห็นพร้อมกันว่า พระราชบัญญัติมาตรานี้ก็ได้ปรากฏอยู่แล้วว่าควรต้องแก้ไขเรียงความใหม่ให้เป็นถ้อยคำอันสมควรพอกับสมัยเวลา เมื่อครั้งนี้ควรจะร่างขึ้นเป็นพระราชบัญญัติออกใหม่เฉพาะข้อนี้ เพื่อมิให้ต้องขัดกับการพิจารณาพิพากษาคดีความ ไม่ควรจะออกประกาศแก้ไขในส่วนที่ยกไปแล้วนั้น ...”

เมื่อประกาศใช้พระราชกำหนดนี้เมื่อวันที่ 9 เมษายน ร.ศ. 118 มีผลทำให้ยกเลิกบทบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศที่ปรากฏในกฎหมายลักษณะฝ่าฝืนมาตราที่เกี่ยวกับข่มขืนทุกมาตรา ได้แก่ มาตรา 1 มาตรา 38 มาตรา 46 มาตรา 71 มาตรา 76 มาตรา 78 มาตรา 79 มาตรา 80 มาตรา 90 และมาตรา 98⁶¹

ดังนั้น จึงอาจกล่าวสรุปได้ การประกาศใช้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 เป็นการประกาศใช้เพื่อแก้ไขปัญหาลเฉพาะหน้าไปก่อนในลักษณะของกฎหมายเป็นเรื่อง ๆ ด้วยอิทธิพลของกฎหมายอังกฤษที่มีต่อไทยในระยะแรก

⁶⁰ เอกสารหอจดหมายเหตุแห่งชาติ, เอกสารหมายเลข ม.ร. 5 ย / 2 เรื่อง พระราชบัญญัติข่มขืนกระทำชำเรา ร.ศ. 118, หน้า 29.

⁶¹ พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์, กฎหมายเล่ม 1 สำหรับผู้พิพากษาแลทนายว่าความ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (ม.ป.ท.: โรงพิมพ์กองหลวงไทย, ร.ศ. 126), หน้า 295 - 340.

2.2.2 การจัดประเภทความผิด

พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 นั้นกฎหมายเริ่มมีความกระชับขึ้นมีการการจัดเป็นหมวดหมู่มากขึ้น โดยกล่าวถึงเหตุผลความจำเป็นในการตรากฎหมาย และยกเลิกกฎหมายเดิม จะมีบทบัญญัติลงโทษการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานชำเรา ผิดธรรมดามนุษย์ การพยายามกระทำความผิด และการสนับสนุนการกระทำความผิด

2.2.3 ลักษณะความผิด

2.2.3.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ลักษณะการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ปรากฏในมาตรา 4 กำหนดว่า ชายใดทำชำเราด้วยหญิงในเหตุ 4 ประการ ดังที่จะกล่าวต่อไป ท่านว่าชายผู้นั้นข่มขืนทำชำเราหญิง

- 1) ขืนใจหญิง
- 2) หญิงมิยินยอม
- 3) หญิงยินยอมด้วยชายขู่เข็ญจะทำร้ายแก่ร่างกายและชีวิตหญิง ๆ มีความกลัวจึงยินยอม
- 4) หญิงยินยอมก็ดี งามิยินยอมก็ดี แต่หญิงนั้นมีอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา⁶²

พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ทรงอธิบาย คำว่า “ขืนใจ” ใน (1) กับ “หญิงมิยินยอม” ใน (2) มีความแตกต่างกัน คือ ขืนใจ หมายถึง “ต้องใช้กำลัง ที่หนีๆ ทำอย่างไรไม่พ้น” ส่วนกรณีหญิงมิยินยอม หมายถึง “แม้ชายมิได้ใช้กำลังขืนใจแต่หญิงไม่อาจขัดขืนได้ เช่น มีด ๆ ชายปลอมตัวเป็นผี หญิงไม่รู้สีก ฤาโดนยาเบื่อเมากินไม่มีสติ”⁶³

⁶² “พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118,” ราชกิจจานุเบกษา (9 เมษายน ร.ศ.118): 11 – 12.

⁶³ พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์, พระราชบัญญัติในปัดยุบ้น เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กองทัพอไทย, ร.ศ. 120), หน้า 301.

ลักษณะการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงประกอบด้วยการกระทำชำเราโดยขืนใจหญิง กระทำชำเรา โดยหญิงยินยอม กระทำชำเราโดยหญิงยินยอมแต่ชายขู่ขู่จะทำร้ายแก่ร่างกายและชีวิตหญิง ๆ กลัวจึงยอม หญิงยินยอมหรือไม่แต่หญิงอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา ซึ่งเข้าลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งก็ผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทั้งสิ้น

เมื่อพิจารณาพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ในมาตรา 4 มีองค์ประกอบความผิดที่คล้ายคลึงกับข่มขืนกระทำชำเราในปัจจุบัน แต่ต่างกันตรงที่ในกฎหมายปัจจุบันจะบัญญัติคำว่า “หญิงนั้นต้องมีภริยาของตน” แต่ในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 มิได้บัญญัติถ้อยคำนี้ แต่บัญญัติว่า “หญิง” เท่านั้น ดังนั้น มีข้อนำพิจารณาว่า หากข่มขืนภริยาของตนเองจะผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่ หากเข้าองค์ประกอบใน (1) ขืนใจหญิง (2) หญิงยินยอม หรือ (3) หญิงยินยอมด้วยชายขู่ขู่จะทำร้ายเพราะหญิงกลัว ซึ่งหากตีความตรงตามตัวอักษรแล้ว ชายข่มขืนภริยาของตนโดยภริยาไม่ยินยอม ก็จะมี ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนเองได้ แต่เมื่อพิจารณาแนวความคิดที่มีต่อหญิง สภาพสังคม วัฒนธรรม จารีตประเพณี ในยุคนี้แล้ว ชายในสมัยก่อนจะมีภริยาได้หลายคนโดยไม่ถือว่าผิดศีลข้อสาม “กามสุมิฉาจาราเวรมณี สีขาปทั้งสมาทยามิ” แต่หากล่วงละเมิดภริยาผู้อื่นจึงจะผิดศีลข้อสาม⁶⁴ ประกอบความเชื่อที่ว่าเมื่อหญิงแต่งงานแล้วให้อยู่ในความปกครองของสามี⁶⁵ และธรรมะในพระพุทธศาสนาประการหนึ่ง คือ “โอวาท” ซึ่งเป็นคำสอนภริยาให้ฟังสนองความดีของผู้เป็นสามีและให้ยกย่องเทิดทูนสามีว่าเป็นเหมือนสิ่งเซ็ดหน้าซูดตาให้แก่ภรรยา⁶⁶ หรือการที่ชายสามารถซื้อหญิงมาเป็นภริยาที่เรียกว่า “เมียกลางทาสี” หรือเมียที่เป็นทาส⁶⁷ และประเพณีเรื่องผัวชายเมีย ซึ่งปรากฏตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา จนกระทั่งยกเลิกเมื่อสมัยพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ เมื่อปี พ.ศ. 2410 ทรงมี พระบรมราชโองการให้ยกเลิก พระราชบัญญัติเรื่องผัวชายเมีย บิดามารดาชาย

⁶⁴ ธรรมเกียรติ ก็นอริ, “ข้อสังเกตในการศึกษากฎหมายตราสามดวงและกรณีศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างพระพุทธศาสนากับกฎหมายตราสามดวง” ใน กฎหมายตราสามดวงกับสังคมไทย, สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2535), หน้า 185.

⁶⁵ ประสิทธิ์ พัฒนอมร, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ม.ป.ป.), หน้า 14.

⁶⁶ บรรยงค์ เกศเทศ, สถานภาพสตรีไทย, (กรุงเทพมหานคร: โอเดียนสโตร์, 2532), หน้า 85.

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 34.

บุตร⁶⁸ ซึ่งแสดงให้เห็นแนวความคิดในยุคนี้ ชายผู้เป็นสามีมีสิทธิเด็ดขาดจะทำอะไรกับภริยาของตัวเองได้ ดังนี้ แม้จะตีความตามตัวอักษรโดยตรงอาจผิดข้ามขึ้นภริยาของตนได้ แต่หากตีความเช่นนี้จะเป็นการขัดต่อแนวความคิดในยุคนั้นเป็นอย่างมาก ดังนั้น หากข้ามขึ้นภริยาของตนโดยไม่ยินยอม ก็คงไม่ผิดกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่ง “หญิง” ก็ยังคงหมายถึง “หญิงที่มีใช้ภริยาของตนเอง” นั่นเอง แม้ตัวบทบัญญัติจะมีได้เขียนไว้ก็ตาม

ลักษณะโทษในความผิดฐานข้ามขึ้นกระทำชำเรา

ในพระราชกำหนดลักษณะข้ามขึ้นล่วงประเวณี ร.ศ. 118 จะพบว่าการข้ามขึ้นกระทำชำเราในมาตรา 4 ให้ระวางโทษจำคุกซึ่งในกฎหมายเดิมไม่มีโทษจำคุก สำหรับการพยายามข้ามขึ้นกระทำชำเราแล้วก็รับโทษตามมาตรา 6 จำคุกตั้งแต่ห้าปีลงมา และให้ทำงานหนักหรือปรับตั้งแต่ 500 บาทลงมาด้วยก็ได้ และหากมีการกระทำผิดซ้ำให้ลงโทษเขียนเพิ่มเติมไปจากโทษจำคุกและโทษปรับ แต่มีได้กล่าวถึงเหตุเพิ่มโทษกรณีโทรมหญิง หญิงบาดเจ็บ เหมือนในพระอัยการลักษณะฝ่าเมีย

ดังนั้น จึงอาจกล่าวสรุปได้ว่า เมื่อประกาศใช้พระราชกำหนดลักษณะข้ามขึ้นล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ทำให้บทบัญญัติความผิดฐานข้ามขึ้นกระทำชำเราหญิงเกิดการเปลี่ยนแปลงโดยแยกออกมาจากกฎหมายความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา และการปกครองบุตรของบิดามารดา ในพระอัยการลักษณะฝ่าเมีย และเป็นโทษทางอาญาเฉพาะ ไม่ได้มีลักษณะเป็นการละเมิดอำนาจปกครองเหมือนในพระอัยการลักษณะฝ่าเมียอีกต่อไป มีลักษณะเป็นบทบัญญัติทั่วไปสามารถนำไปปรับใช้ได้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้อย่างครอบคลุม และได้เปลี่ยนโทษจากปรับไหมเป็นโทษจำคุก ปรับ และเขียน และหญิงแต่ละชนิดก็จะได้รับความคุ้มครองแบบเดียวกัน โดยมีมุ่งหมายลงโทษที่พฤติกรรมการทำความผิด มิใช่ละเมิดอำนาจปกครองหญิงอีกต่อไป

2.2.3.2 ความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์

การกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ไม่เคยปรากฏเป็นความผิดในพระอัยการลักษณะฝ่าเมียมาก่อน ดังกล่าวแล้ว แต่จะปรากฏห้ามหญิงชาววังประพฤตินั้นเป็นรักร่วมเพศ และ

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 194.

การห้ามประชาชนมิให้เสพเมถุนธรรมทางมุกขมรรคและเวจมรรคในกิริยาตนเอง แต่มาปรากฏเป็น
ความผิดอาญาอย่างชัดเจนในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118

ลักษณะการกระทำความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์

ปรากฏในมาตรา 5 มีองค์ประกอบการกระทำความผิด ดังนี้ คือ

1. ผู้ใด
2. ชำเราทางเวจมรรค และกระทำชำเรากับสัตว์ อธิบายได้ดังนี้

“ชำเรา” เป็นคำกริยา หมายถึง ร่วมประเวณี หรือกระทำการร่วมเพศ⁶⁹ “เวจมรรค”
เป็นคำนาม หมายถึง ทวารหนัก⁷⁰ ดังนั้น ลักษณะการกระทำชำเราทางเวจมรรค จึงมีลักษณะการ
ร่วมประเวณีทางทวารหนัก โดยไม่จำกัดว่าจะเกิดระหว่างชายกับชายหรือหญิงกับหญิง หรือชายกับ
หญิง เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” และมีบทลงโทษผู้พยายามเพื่อจะทำชำเราทางเวจมรรค และ
ในมาตรา 6 และผู้สมรู้เป็นใจ หรือผู้สนับสนุนการทำชำเราทางเวจมรรค ในมาตรา 7 ส่วนการ
ชำเรากับสัตว์ จะลักษณะร่วมประเวณีกับสัตว์ และมีบทลงโทษผู้พยายามเพื่อจะทำชำเราสัตว์
เดรจาน ในมาตรา 6 และผู้สมรู้เป็นใจ หรือผู้ทำชำเราสัตว์เดรจาน ในมาตรา 7

ลักษณะโทษในความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์

ผู้ใดทำชำเราทางเวจมรรค ให้ลงโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีลงมา และจะให้ทำงานหนัก
ด้วยก็ได้ หรือไม่ต้องทำงานหนักด้วยก็ได้ และยังกำหนดลงโทษผู้พยายามทำชำเราทางเวจมรรคให้
ลงโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีลงมา และจะให้ทำงานหนักหรือจะปรับเป็นเงินจำนวน 500 บาทด้วยก็ได้
และกฎหมายกำหนดให้ลงโทษผู้ให้ความช่วยเหลือสนับสนุนการทำชำเราทางเวจมรรค โดยลงโทษ
จำคุกตั้งแต่สามปีลงมา และให้ทำงานหนักหรือไม่ก็ได้ และปรับตั้งแต่ 300 บาทลงมาด้วยก็ได้
ส่วนลักษณะโทษทำชำเราด้วยสัตว์เดรจาน ให้ลงโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีลงมา และจะให้ทำงานหนัก
ด้วยก็ได้ หรือไม่ต้องทำงานหนักด้วยก็ได้ และยังกำหนดลงโทษผู้พยายามจะทำชำเราด้วยสัตว์ให้
ลงโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีลงมา และจะให้ทำงานหนักหรือจะปรับเป็นเงินจำนวน 500 บาทด้วยก็ได้

⁶⁹ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525, พิมพ์ครั้งที่ 9
(กรุงเทพมหานคร: อักษรเจริญทัศน์, 2539) หน้า 268.

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 773.

และกฎหมายกำหนดให้ลงโทษผู้ให้ความช่วยเหลือสนับสนุนการทำชำเรากับสัตว์ด้วยโดยลงโทษจำคุกตั้งแต่สามปีลงมา และให้ทำงานหนักหรือไม่ก็ได้ และปรับตั้งแต่ 300 บาทลงมาด้วยก็ได้

2.3 เปรียบเทียบลักษณะความผิดในกฎหมายตราสามดวงกับพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118

เมื่อเปรียบเทียบลักษณะความผิดในกฎหมายตราสามดวงกับพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงและเด็กหญิงจะพบว่ามีความคล้ายคลึงกัน โดยลักษณะความผิดในกฎหมายตราสามดวงจะมีลักษณะ คือ

1. ชายที่มีลักษณะต่าง ๆ
2. ข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นภริยาของผู้อื่น หญิงที่มีลักษณะต่าง ๆ และหญิงเด็ก

ส่วนลักษณะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงและเด็กหญิงในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 จะมีลักษณะ คือ

1. ชายโคชำเราหญิง
2. โดยขืนใจหญิง หญิงมิยินยอม หญิงยินยอมด้วยชายขู่เชือดจะทำร้ายร่างกายและชีวิตหญิง
3. หญิงยินยอมหรือไม่ยินยอมก็ดี แต่หญิงมีอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา

อย่างไรก็ตามในส่วนวิธีการบัญญัติความผิดจะมีความแตกต่างกัน โดยในกฎหมายตราสามดวงจะมีลักษณะบรรยายเป็นเฉพาะกรณีและบทบัญญัติปะปนอยู่กับกฎหมายแพ่ง ส่วนพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 จะมีลักษณะทั่วไปนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและบทบัญญัติมีความกระชับมากขึ้น

สำหรับความผิดฐานกระทำอนาจารนั้น ในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ไม่ได้บัญญัติไว้ ดังนี้ ในความผิดฐานกระทำอนาจารยังคงถือใช้ตามที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะฝ่าเมียบ มีลักษณะความผิด คือ

1. ชายที่มีลักษณะต่าง ๆ
2. กระทำการเล้าโลม จับมือถือนม กอดจูบ ไปหาบุคคลในที่ลับสองต่อสอง ไปหาในห้องนอน หรือลักลอบพุดจา
3. แก่หญิงที่เป็นภริยาของผู้อื่น หรือหญิงที่มีลักษณะต่าง ๆ

ส่วนความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาในพระรชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วง
ประเวณี ร.ศ. 118 จะปรากฏเป็นความผิดอาญาชัดเจน มีลักษณะความผิดดังนี้ คือ

1. ผู้ใดชำเราทางเวจมรรค
2. ผู้ใดชำเรากับสัตว์

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายตราสามดวงจะพบว่ามีความแตกต่างกันคือ ในกฎหมายตรา
สามดวงจะมีบทบัญญัติห้ามหญิงชาววังมิให้เป็นรักร่วมเพศ หรือ “เล่นเพื่อน” และปรากฏห้ามมิให้
เสพเมถุนธรรมทางมุกขมรรคและเวจมรรคในกิริยาตนเองเพราะต้องการให้ประชาชนอยู่ในกุศล
ธรรม แต่ไม่มีบทลงโทษแต่ประการใด

จากการศึกษาจึงอาจกล่าวสรุปได้ว่า ความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศในความผิดฐานข่มขืน
กระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจาร ที่ปรากฏในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น ได้แก่
พระอัยการลักษณะห้ามเมียในกฎหมายตราสามดวง และพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี
ร.ศ. 118 พบว่า พระอัยการลักษณะห้ามเมียเป็นกฎหมายลักษณะหนึ่งในกฎหมายตราสามดวงที่ได้รับ
อิทธิพลจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์และร่างขึ้นมาตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาแล้ว เนื้อหาสาระของ
ความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจาร ยัง
คงปะปนกับกฎหมายแพ่งในเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา และอำนาจปกครองบุตรของ
บิดามารดา และมุ่งหมายคุ้มครองเกียรติยศของสามีหรือผู้ปกครองหญิงเป็นสำคัญยังมีได้มุ่งหมาย
คุ้มครองเสรีภาพทางเพศของหญิงโดยแท้จริง โดยปรากฏลักษณะของการกระทำความผิด คือ การ
เป็นชู้ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานกระทำอนาจาร การเล่นเพื่อน และการเสพ
เมถุนธรรมในทางมุกขมรรคและเวจมรรค ส่วนโทษยังคงเป็นลักษณะของการปรับไหมในลักษณะ
ของละเมิดมิใช่โทษทางอาญาโดยแท้จริง แต่เมื่อสภาพสังคมวัฒนธรรมเริ่มเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่
มีอยู่ไม่เหมาะสมกับกาลเวลา และประเทศไทยต้องเผชิญกับปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ทำให้
ประเทศไทยต้องเริ่มรับอิทธิพลของตะวันตกในการบัญญัติกฎหมายโดยบัญญัติพระราชกำหนด
ลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ขึ้นถือใช้แทนความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในพระอัยการ
ลักษณะห้ามเมีย ส่งผลให้การบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศมีการเปลี่ยนแปลงแยกออกมาจาก
พระอัยการลักษณะห้ามเมีย และแยกการกระทำความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศออกมาจากกฎหมายความ
สัมพันธ์ทางครอบครัว หรืออำนาจปกครองบุตรของบิดามารดา มีการเปลี่ยนโทษปรับไหมเป็นโทษ
จำคุกซึ่งเป็นโทษทางอาญาอย่างชัดเจน ลักษณะการกระทำความผิด คือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำ
ชำเรา และปรากฏความผิดฐานใหม่คือ ความผิดฐานชำเราผิดธรรมดาในพระรชกำหนด
ฐานนี้ ในสังคมไทยสมัยนั้นก็ถือเป็นข้อห้ามเพราะเห็นว่าเป็นการละเมิดต่อศีลอยู่แล้ว แต่นำมา
บัญญัติให้ชัดเจนขึ้น ส่วนการเป็นชู้ยังคงจัดอยู่ในความสัมพันธ์ทางครอบครัวตามพระอัยการ

ลักษณะผิวเมียไม่ได้เปลี่ยนแปลง และเห็นความเปลี่ยนแปลงของบทบัญญัติใหม่ที่มีลักษณะทั่วไป เพื่อเปิดโอกาสให้มีการปรับใช้ตัวบทให้เข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น และมีลักษณะให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศแก่ตัวหญิงมากกว่าที่จะคุ้มครองเกียรติยศของสามีหรือผู้ปกครอง และการกระทำ ความผิดมีลักษณะเป็นอาชญากรรมของบ้านเมืองขึ้นต้องรับโทษทางอาญา พระราชกำหนดลักษณะ ข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ใช้บังคับจนกระทั่งถึง ร.ศ. 127 จึงถูกยกเลิกไปโดยกฎหมายลักษณะ อาญา ร.ศ. 127 ในขณะที่พระอัยการลักษณะผิวเมียในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสามี ภริยา และอำนาจปกครองบุตรของบิดามารดา ยังคงถือใช้บังคับต่อไป แต่ส่งผลให้ความผิดอาญา เกี่ยวกับเพศตามกฎหมายได้เปลี่ยนไปใช้บังคับตามที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งจะได้อธิบายรายละเอียดในบทต่อไป



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย