

บทที่ 3

กฎหมายไทยเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศ กรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก

การร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากนั้นเป็นความผิดปกติของพฤติกรรมหรือมีการเบี่ยงเบนทางเพศ¹ ซึ่งในอดีตนั้นกฎหมายไทยได้มีบทบัญญัติลงโทษการกระทำความผิดอาทิเช่น พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 และประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 แต่ในประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายอาญาที่มีผลบังคับใช้ในปัจจุบันนั้น มิได้มีบทบัญญัติลงโทษการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากไว้โดยเฉพาะดังเช่นในสมัยก่อน ดังนั้น หากมีการกระทำลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้นก็ลงโทษผู้กระทำในความผิดฐานกระทำอนาจารหรือทำร้ายร่างกายเท่านั้น

คำว่า “การร่วมเพศทางทวารหนักและทางปาก” นั้น ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Sodomy” หรือ “Buggery” ซึ่งในแต่ละประเทศอาจให้ความหมายแตกต่างกันไปบ้าง เช่น²

- Sodomy คือ การร่วมเพศระหว่างมนุษย์และสัตว์และเป็นการร่วมเพศทางทวารหนักหรือทางปาก

- Buggery คือ การร่วมเพศ

1) ทางทวารหนักระหว่างผู้ชายกับผู้ชาย หรือระหว่างผู้ชายกับผู้หญิง

2) โดยผู้ชายหรือผู้หญิงซึ่งร่วมเพศกับสัตว์

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาเน้นหนักในเรื่องการร่วมเพศทางทวารหนักและทางปากเท่านั้น ไม่ได้รวมถึงการร่วมเพศระหว่างมนุษย์และสัตว์ นอกจากนี้แล้วยังมีความผิดที่ใกล้เคียงหรือเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางเพศกรณีร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก คือ ความผิดเกี่ยวกับรัก

¹ วิสูตร ฟองศิริไพบูลย์. “แพทย์กับผู้เสียหาย จากการถูกร่วมเพศทางทวารหนัก (ทัศนะทางนิติเวช)” สารศิริราช 47 (กุมภาพันธ์ 2538) : 173.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 174.

ร่วมเพศ (Homo sexuality) ซึ่งโดยพื้นฐานแล้วรักร่วมเพศชายจะต้องมีองค์ประกอบความผิดโดยการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากทั้งสิ้น แต่วัตถุประสงค์ในการบัญญัติกฎหมายหรือลงโทษความผิดทั้ง 2 ฐาน มีความแตกต่างกันคือ ความผิดเกี่ยวกับรักร่วมเพศ กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเพื่อรักษามาตรฐานทางศีลธรรมของสังคมและผู้ที่กระทำความผิดได้ต้องเป็นเพศเดียวกับผู้ถูกกระทำ เช่น ชายกับชาย หรือหญิงกับหญิง³ ส่วนความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากนั้น กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเพื่อคุ้มครองเสรีภาพทางเพศ มุ่งคุ้มครองพฤติกรรมการกระทำความผิดดังกล่าว โดยไม่คำนึงว่าจะต้องเป็นการกระทำทางเพศระหว่างเพศเดียวกันหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำระหว่างชายกับชาย หญิงกับหญิง ก็มีความผิดฐานกระทำความผิดทางเพศกรณีร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก⁴ ดังนั้น การกระทำความผิดทางเพศกรณีร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากจึงต่างจากความผิดเกี่ยวกับรักร่วมเพศ ซึ่งในหัวข้อต่อไปจะพิจารณาถึงหลักเกณฑ์และแนวความคิดในการบัญญัติกฎหมายลงโทษการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากไว้โดยเฉพาะ

1. แนวความคิดทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศ

การกระทำทางเพศที่วิปริตนั้นมีมาตั้งแต่สมัยโบราณ แม้แต่ในคริสตธรรมคัมภีร์ก็มีการกล่าวว่าเป็นความผิดและเป็นบาปที่ร้ายแรงอยู่หลายตอน ครั้นในสมัยจักรวรรดิโรมันได้รับเอาคริสตศาสนามาเป็นศาสนาประจำจักรวรรดิแล้ว ในประมวลกฎหมายจัสติเนียนซึ่งเป็นประมวลกฎหมายที่ยุโรปถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ก็มีการลงโทษผู้กระทำชำเราผิดมนุษย์ และสิ่งนี้เองที่

³Texas Penal Code, Title 5, Section 21.06 Zvernon 1974

a) a person commits an offense if he engages in deviate sexual intercourse with another individual of the same sex

b) an offense under the section is a Class C misdemeanor

⁴Georgia Code. Section 26-2002 (1977) A person commits sodomy when he performs or submits to any sexual act involving the sex organs of one person and the mouth or anus of another.... A person convicted of sodomy shall be punished by imprisonment for not less than one year not more than 20 years.

ฝั่งแน่นอยู่ในความคิดของประเทศตะวันตกที่นับถือศาสนาคริสต์ซึ่งเป็นสำนักทางศีลธรรมและกฎหมายเรื่อยมาในปัจจุบัน

ในปัจจุบัน มีบางประเทศที่ยังคงมีกฎหมายบัญญัติลงโทษการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากไว้โดยเฉพาะ ซึ่งในแต่ละประเทศอาจกำหนดองค์ประกอบความผิดแตกต่างกันไปบ้างตามสภาพสังคมและวัฒนธรรมในแต่ละประเทศ อาทิเช่น

ในประเทศสหรัฐอเมริกา (จนถึงปี ค.ศ.1989) มีรัฐจำนวน 24 รัฐ ที่มีกฎหมายบัญญัติลงโทษการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากไว้โดยเฉพาะ เช่น อัลบามา อลาสก้า แคลิฟอร์เนีย ฟลอริดา จอร์เจีย อิลลินอย อินเดียนา แคนซัส นิวเจอร์ซีย์⁵ ยิ่งไปกว่านั้นตามประวัติศาสตร์ของสหรัฐอเมริกายังพบว่าหลายรัฐในศตวรรษที่ 17 กำหนดโทษการร่วมเพศทางเวจมรรคไว้โดยมีโทษถึงประหารชีวิต⁶

ในประเทศอังกฤษ ได้มีกฎหมายบัญญัติลงโทษการร่วมเพศทางเวจมรรคไว้โดยเฉพาะตาม Sexual Offences Act 1956 หมวดการกระทำผิดธรรมชาติทางเพศกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษรุนแรงถึงขั้นจำคุกตลอดชีวิตเช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยทั่วไป ดังความที่บัญญัติไว้ในมาตรา 12(1) ดังนี้ “มาตรา 12 (1) โทษร้ายแรงสำหรับบุคคลซึ่งร่วมเพศทางเวจมรรคกับบุคคลอื่นหรือกับสัตว์...”⁷ จะเห็นได้ว่ากฎหมายอังกฤษถือเรื่องการกระทำผิดธรรมชาติทางเพศเป็นเรื่องสำคัญ และถือเป็นการผิดสำเร็จเมื่ออวัยวะเพศชายสอดเข้าไปในช่องทวารหนักของฝ่ายตรงข้าม แม้ผู้ถูกกระทำยินยอมก็มีความผิด ในกรณีกระทำความผิดไม่สำเร็จ ก็เป็นความผิดฐานพยายามร่วมเพศทางเวจมรรค ซึ่งมีกำหนดโทษจำคุก 10 ปี นอกจากนี้กฎหมายยังบัญญัติลงโทษความผิดในกรณีที่มีการทำร้ายเพื่อที่จะร่วมเพศทางเวจมรรค ตาม Sexual Offences Act 1956 มาตรา 16 (1) ซึ่งกำหนดว่า “ผู้ใดใช้กำลังทำร้ายโดยมีเจตนาที่จะร่วมเพศทางเวจมรรคเป็นความผิด” ซึ่งกฎหมายลงโทษจำคุก 10 ปี ส่วนการร่วมเพศทางปากนั้นมี

⁵Gerhard O.W.Mueller, *Legal Regulation of Sexual Conduct* (New York Oceana Publications Inc., p. 127-132.

⁶วิสูตร ฟองศิริไพบูลย์, “แพทย์กับผู้เสียหายจากการถูกร่วมเพศทางทวารหนัก (ทัศนคติทางนิติเวช),”: 174.

⁷Section 12(1) “It is felony for a person to commit Buggery with another person or with an animal... และตารางที่ 2 แนบท้าย.Sexual offences Act, 1956 กำหนดบทลงโทษความผิดฐาน “Buggery” ไว้ในข้อ 3 โทษถึงขั้นจำคุกตลอดชีวิต”

ได้มีบทบัญญัติลงโทษไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นการบังคับให้มีการร่วมเพศทางปาก จึงมีความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น⁸

ในประเทศเดนมาร์ค ตาม The Criminal Code of 1866 บัญญัติลงโทษการร่วมเพศทางเวจมรรคไม่ว่าจะกระทำต่อชายหรือหญิงไว้เป็นความผิด ต่อมาในปี 1930 แนวความคิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดธรรมชาติทางเพศได้เปลี่ยนแปลงไป ปัจจุบันกฎหมายลงโทษเฉพาะการรักร่วมเพศ (Homosexual) ในบางกรณีเท่านั้น กฎหมายของประเทศเดนมาร์คมิได้บัญญัติลงโทษการร่วมเพศทางปากไว้แต่อย่างไร⁹

ในประเทศเยอรมัน ตาม The German Code ได้บัญญัติลงโทษการกระทำความผิดธรรมชาติทางเพศไว้ดังนี้

“มาตรา 175 การร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากระหว่างผู้ชาย

1.ผู้ชายซึ่งร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากกับชายอื่น ไม่ว่าจะยินยอมหรือไม่จะต้องรับโทษจำคุก...”

นอกจากนี้แล้วกฎหมายยังมีบทบัญญัติลงโทษรุนแรงขึ้นในกรณีที่ใช้กำลังบังคับ ชูเชื้อน หรือกระทำต่อเด็กชายที่มีอายุไม่เกิน 21 ปี ไว้ด้วย¹⁰

ในประเทศออสเตรเลีย ในรัฐออสเตรเลียใต้ได้มีกฎหมายทำนองเดียวกันนี้คือ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญา ค.ศ.1976 ซึ่งบัญญัติให้ถือว่าการใช้อวัยวะเพศล้วงล้ำเข้าไปในปาก หรือทวารหนักของหญิงเป็นการกระทำชำเราด้วย และมีโทษขั้นสูงถึงจำคุกตลอดชีวิต¹¹

นอกจากนี้แล้ว ปรากฏว่ามีประเทศต่าง ๆ ที่มีบทบัญญัติลงโทษการกระทำดังกล่าวไว้ โดยเฉพาะอีกเช่น สวิตเซอร์แลนด์ เนเธอร์แลนด์¹²

⁸ประสิทธิ์ พัฒนอมร. “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา” (วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524) : 47.

⁹เรื่องเดียวกัน, หน้า 48.

¹⁰The German Penal Code., S.175.

¹¹วิชัย อริยะนันท์ทกะ. “แนวโน้มและข้อคิดบางประการในการปฏิรูปกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศ” บทบัณฑิตย 46 (ธันวาคม 2533) หน้า 85.

¹²วิสูตร ฟองศิริไพบูลย์. “แพทย์กับผู้เสียหายจากการถูกร่วมเพศทางทวารหนัก (ทัศนะทางนิติเวช)” : 174.

ส่วนในประเทศไทยนั้น ไม่มีคำสอนหรือแนวความคิดฝังแน่นว่าการกระทำทางเพศที่วิปริตเป็นความชั่ว หรือเป็นบาปร้ายแรงเหมือนประเทศตะวันตก แม้จะถือว่าเป็นเรื่องผิดธรรมชาติอยู่บ้าง เช่น การรักร่วมเพศ ถือเป็นการต้องห้ามสำหรับผู้ถืออโบสถศีล (ศีลแปด) ที่มีการหวงห้ามถึงขนาดลงโทษกันก็มีแต่เฉพาะห้ามมิให้พวกนางสนมกำนัลในพระราชวังและพระราชธิดามีความสัมพันธ์ทำนองเล่นเพื่อนกันเท่านั้น หากมีการฝ่าฝืนก็มีโทษตามกฎหมายเทียบบาล¹³

อย่างไรก็ตาม ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ประเทศไทยได้มีพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ได้นำแนวความคิดแบบประเทศตะวันตกมากำหนดโทษสำหรับการร่วมเพศทางเวจมรรคไว้โดยเฉพาะ ต่อมาได้มีพระบรมราชโองการให้ใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ซึ่งยังคงแนวความคิดเกี่ยวกับการลงโทษผู้กระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคไว้เช่นเดิม แต่ได้เปลี่ยนคำว่าชำเราผิดธรรมตามนุษย์แทน กฎหมายฉบับนี้ใช้ต่อมาอีก 40 ปี ก็มีการแก้ไขเสียใหม่และยกเลิกความผิดฐานนี้เสีย โดยให้เหตุผลว่าไม่เกิดเป็นคดี และไม่สมควรนำมาบัญญัติโดยชัดแจ้ง ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าเหตุผลดังกล่าวไม่สามารถนำมาใช้ได้ในปัจจุบันนี้เนื่องจากสังคมไทยปัจจุบันพบว่ามีกระทำความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากอยู่เป็นจำนวนมาก ซึ่งถือได้ว่าเป็นปัญหาหนึ่งของสังคมและมีผลกระทบต่อชนบทรรมนิยมประเพณี ศีลธรรม ความสงบสุขของสังคม และมีส่วนเกี่ยวข้องกับคดีอาชญากรรม ดังนั้น ควรมิบทบัญญัติซึ่งลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ เพื่อให้เหมาะสมกับการกระทำความผิดและสอดคล้องกับพฤติกรรมในสังคมปัจจุบัน ซึ่งการที่จะกำหนดให้มีการลงโทษการกระทำความผิดกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากไว้โดยเฉพาะนั้น รัฐมีอำนาจและเหตุผลในการออกกฎหมายลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าวได้โดยใช้ทฤษฎีทางปรัชญาและทางกฎหมาย ซึ่งอาจวิเคราะห์ได้ดังนี้

1.1 ทฤษฎีเสรีนิยม (Liberalism) และทฤษฎีสังคมพิทักษ์ (Paternalism)

ทฤษฎีเสรีนิยม (Liberalism) มีแนวคิดที่สำคัญคือ วัตถุประสงค์เพียงประการเดียวที่ยอมให้รัฐหรือสังคมปฏิบัติต่อสมาชิกในทางบังคับหรือควบคุม ไม่ว่าจะเป็นการใช้มาตรการการลงโทษทางอาญา หรือมาตรการบังคับทางจิตใจโดยมติมหาชน คือ การป้องกันสังคม หรือบุคคลอื่นในสังคมให้พ้นจากภัยอันตราย การใช้อำนาจบังคับเพื่อประโยชน์แก่บุคคลนั่นเอง ไม่ว่าจะ เป็นในทางร่างกายหรือทางศีลธรรมยอมไม่เป็นสาเหตุที่เพียงพอ บุคคลไม่อาจจะถูกบังคับโดย

¹³กิตติศักดิ์ ปรกติ. "ตำนานรักร่วมเพศ" วารสารนิติศาสตร์ 13 (ฉบับที่ 2, 2526) : 86-

ชอบธรรมให้กระทำหรือละเว้นกระทำการใดเพียงเพราะว่าการกระทำหรือละเว้นการกระทำดังกล่าวจะเป็นการดีสำหรับบุคคลนั้น หรือเพราะว่าจะทำให้บุคคลนั้นมีความสุขมากขึ้น หรือแม้แต่ว่า ในความเห็นของบุคคลอื่น การกระทำเช่นนั้นจะเป็นการฉลาดและถูกต้อง สังคมอาจจูงใจโดยใช้เหตุผล ชักชวน หรือเชื้อเชิญให้บุคคลนั้นปฏิบัติตาม แต่สังคมจะบังคับบุคคลนั้นมิได้ ในส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องส่วนตัวของบุคคล ในส่วนที่เกี่ยวกับร่างกายและความคิดเห็น บุคคลนั้นย่อมมีอำนาจสูงสุด¹⁴

ส่วนทฤษฎีสังคมพิทักษ์ (Paternalism) นั้น เกิดขึ้นเมื่อความคิดในเรื่องเสรีนิยมค่อย ๆ เสื่อมคลายไป โดยมีกฎหมายประเภทสังคมนิยมเข้ามาแทนที่ทั้งในกฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่ง จุดอ่อนของลัทธิเสรีนิยมอยู่ที่ความเสื่อมคลายในความคิดที่ว่าบุคคลรู้จักและรักษาผลประโยชน์ของตนเองได้ดีที่สุดในสังคมปัจจุบัน หรือเลือกกระทำการใดโดยมิได้หรือมีอำนาจถึงผลที่แท้จริงอันอาจเกิดขึ้น การตัดสินใจของบุคคลอาจเกิดจากความปรารถนาเพียงชั่วครู่ หรืออาจเกิดจากแรงผลักดันภายในซึ่งพ่ายแพ้ต่อสิ่งเข้ายวณภายนอก ดังนั้น สังคมหรือรัฐจึงยื่นมือเข้ามาปกป้องสมาชิกของรัฐหรือสังคม จึงอาจออกกฎหมายมาปกป้องหรือพิทักษ์บุคคลซึ่งเป็นสมาชิกในสังคมได้ แม้กฎหมายดังกล่าวจะมีส่วนกระทบถึงเสรีภาพส่วนบุคคลก็ตาม¹⁵

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในส่วนที่เกี่ยวกับกรณีบทบัญญัติกฎหมายลงโทษการกระทำ ความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากนั้น รัฐหรือสังคมมีอำนาจบัญญัติกฎหมายลงโทษ บังคับ หรือ ควบคุมสมาชิกในสังคมได้ โดยอาศัยพื้นฐานสำคัญของทฤษฎีเสรีนิยมและสังคมนิยม กล่าวคือเพื่อปกป้องสมาชิกในสังคมให้พ้นจากภัยอันตราย การกำหนดบทลงโทษการกระทำดังกล่าวไว้โดยเฉพาะจะมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษซึ่งเหมาะสมกับการกระทำผิดมากยิ่งขึ้น และจะทำให้เกิดความเกรงกลัว ไม่กล้าที่จะกระทำผิดอีก ซึ่งทำให้สมาชิกในสังคมปลอดภัยจากการกระทำดังกล่าว ไม่ว่าจะประเทศใดจะบัญญัติการกระทำ ความผิดดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ หรืออยู่ในความผิดฐานข่มขืนหรืออนาจารก็ตาม ก็มีจุดประสงค์อย่างเดียวกันคือเพื่อปกป้องสมาชิกในสังคมให้พ้นจากภัยอันตราย นอกจากทฤษฎีที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ก็ยังมีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการมีบทบัญญัติลงโทษการกระทำ ความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากอีกคือทฤษฎีการลงโทษ

¹⁴วิชัย อริยะนันท์ทกะ. "รัฐ สังคม เสรีนิยม และกฎหมาย," บทบัญญัติ 47 (มีนาคม 2534) : 112.

¹⁵เรื่องเดียวกัน, หน้า 112.

1.2 ทฤษฎีการลงโทษ

ในปัจจุบันอาจสรุปได้ว่ามีทฤษฎีสำคัญเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษอยู่ 4 ทฤษฎีใหญ่ ๆ ซึ่งถึงแม้ว่า 4 ทฤษฎีจะไม่สามารถแยกออกจากกันได้อย่างเด็ดขาด แต่ก็มีความโน้มที่จะเน้นให้เห็นเด่นชัดถึงวิธีการที่แตกต่างในการบรรลุเป้าหมายที่จะลดอาชญากรรม ทฤษฎีสำคัญเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษทั้ง 4 ทฤษฎี ได้แก่

1.2.1 ทฤษฎีแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory)

การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนเป็นแนวความคิดที่พัฒนามาจากหลักปรัชญาที่ว่า บุคคลต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตน ดังนั้น เมื่อบุคคลได้กระทำผิดต่อบุคคลอื่น บุคคลนั้นย่อมต้องได้รับผลตอบแทนแก้แค้นให้สาสม และรุนแรงเท่ากับอาชญากรรมที่ได้ก่อขึ้นตามหลักตาต่อตา ฟันต่อฟัน ชีวิตต่อชีวิต โดยมีความมุ่งหมายเพื่อขจัดความหวาดกลัวภัยแห่งอาชญากรรม และเป็นการใช้อำนาจของรัฐลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อป้องกันมิให้ผู้เสียหายแก้แค้นตอบแทนต่ออาชญากรเป็นส่วนตัว¹⁶

การลงโทษที่ชอบธรรมตามหลักทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นนี้ จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ประการ คือ ประการแรก จะต้องกระทำเพื่อแก้ไขความเสียหายที่ผู้กระทำก่อให้เกิดขึ้นหรือทดแทนความรู้สึกของผู้เสียหายที่สูญเสียไป เนื่องจากการกระทำความผิด ยิ่งไปกว่านั้นจะต้องเป็นการทำให้ผู้เสียหายรู้สึกพอใจและคิดว่าเป็นการกระทำที่ยุติธรรมแล้ว ประการที่สอง การลงโทษจะต้องกระทำเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม ทฤษฎีนี้มีหลักว่าการจะให้กฎหมายมีผลคุ้มครองประโยชน์สุขส่วนรวม คนทุกคนต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย การที่ผู้กระทำความผิดฝ่าฝืนกฎหมายอาญาแต่ละครั้งเท่ากับว่าผู้กระทำความผิดเอาเปรียบบุคคลอื่นที่เชื่อฟังกฎหมาย ดังนั้น การลงโทษผู้กระทำความผิดจึงเป็นการที่ทำให้ผู้กระทำความผิดและบุคคลที่ละเมิดกฎหมายจะต้องถูกดำเนินคดีและผู้ที่ได้เปรียบจากการฝ่าฝืนกฎหมายจะต้องถูกลงโทษ ด้วยเหตุนี้ การลงโทษแก้ผู้กระทำความผิดจึงควรมีความรุนแรงเทียบเท่ากับความได้เปรียบที่ผู้กระทำได้รับจากการฝ่าฝืนกฎหมายนั้น ประการที่สาม การลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับความผิด ทฤษฎีนี้เห็นว่า จำนวนโทษที่

¹⁶สุโขทัยธรรมมาธิราช, กฎหมายอาญาสำหรับรัฐศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : บริษัทวิคตอรีเพาเวอร์พอยท์, 2528), หน้า 224.

ผู้กระทำผิดควรจะได้รับจะต้องเท่ากับกับความเสียหายที่เขาได้กระทำลงจากการกระทำผิดนั้น¹⁷

ปัญหาว่าจะถือหลักใดมาพิจารณาว่าโทษจำนวนเท่าใดจึงจะได้สัดส่วนกับความผิดที่ผู้กระทำได้ก่อให้เกิดขึ้น ในประเด็นนี้ Immanuel Kant เห็นว่า โทษที่ผู้กระทำได้รับจะต้องได้สัดส่วนพอดีทั้งสภาพและความหนักเบาของความผิดของเขา สภาพและความหนักเบาของความผิดนี้พิจารณาได้จากความร้ายแรงทางศีลธรรมของความผิดแต่ละฐานและพิจารณาจากความน่าตำหนิจากพฤติการณ์ของการทำความผิดในแต่ละเรื่อง นอกจากนี้ ยังรวมถึงความร้ายแรงที่ผู้กระทำก่อให้เกิดขึ้นอันเกิดจากการกระทำโดยเจตนา ประมาท และในบางกรณีจะต้องพิจารณาถึงความร้ายแรงที่เกิดขึ้นต่อสังคม ซึ่งผู้กระทำได้ก่อขึ้นจากการกระทำผิดด้วย ดังนั้น หลักการพิจารณาในเรื่องสัดส่วนของโทษจะต้องพิจารณาถึงสภาพและความหนักเบาของความผิดซึ่งประกอบด้วยความร้ายแรงของความเสียหายในทางการกระทำและผลต่อสังคมอันเกิดจากการทำความผิดนั้น¹⁸

1.2.2 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่หรือยับยั้ง (Deterrent Theory)

วัตถุประสงค์ที่น่าจะเห็นได้ชัดคือเป็นการข่มขู่หรือยับยั้งบุคคลมิให้ทำความผิดอาญาขึ้นอีกในอนาคต ซึ่งหมายความว่า การลงโทษมีผลเป็นการข่มขู่ผู้กระทำ ความผิดให้กลัว ไม่กล้าจะกระทำผิดฐานเดียวกันนี้อีก และการลงโทษบุคคลผู้กระทำผิดเพื่อให้เป็นตัวอย่างแก่คนทั่วไป หรือคนที่มีความคิดจะกระทำผิดได้เห็นว่า เมื่อผู้ใดกระทำผิดจะต้องถูกลงโทษเยี่ยงบุคคลผู้กระทำผิดนี้ และจะก่อผลทำให้ประชาชนทุกคนมีความเกรงกลัวโทษ ไม่กล้ากระทำผิด¹⁹ การจะทำให้ประชาชนกลัว ไม่กล้ากระทำผิดอาญานั้น จะต้องบังคับโทษโดยมีลักษณะ 4 ประการ ดังนี้²⁰

1. การลงโทษจะต้องแน่นอน (Certainty) หมายความว่า จะต้องลงโทษแก่บุคคลทุกคนที่ฝ่าฝืนกฎหมาย ดังนั้นบุคคลใดที่ทำความผิดจะต้องถูกฟ้องและลงโทษตามกฎหมาย

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 224.

¹⁸ อุททิศ แสนโกศิก, กฎหมายอาญา ภาค 1 (กรุงเทพฯ : ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กองวิชาการ กรมอัยการ, 2522), หน้า 20.

¹⁹ อรรถ สุวรรณบุปผา, หลักอาญาวิทยา (กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2518), หน้า 12.

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

2. การลงโทษจะต้องมีความรุนแรง (Severity) หมายความว่า ความร้ายแรงของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดจะต้องร้ายแรงพอที่จะยับยั้งความต้องการในการทำผิด

3. การลงโทษต้องกระทำโดยฉับไว (Celerity) หมายความว่า กระบวนการพิจารณาและลงโทษนั้นจะต้องกระทำไปโดยรวดเร็ว มิใช่รอไว้เป็นเวลานานจนคนทั่วไปลืมว่าบุคคลนี้ได้กระทำผิดอย่างไร

4. การลงโทษจะต้องกระทำโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน (Publicity) หมายความว่า การลงโทษจะต้องกระทำให้สาธารณชนได้เห็นหรือรับทราบ เพื่อผลของการข่มขู่บุคคลทั่วไป

1.2.3 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันสังคมหรือตัดโอกาสการกระทำผิด (Incapacitative Theory)

การลงโทษเพื่อตัดโอกาสมิให้ผู้นั้นกระทำผิดอีก พิจารณาว่าการลงโทษทำให้บุคคลนั้นหมดความสามารถที่จะกระทำผิด สังคมจึงปลอดภัยจากการกระทำผิดซึ่งเกิดจากบุคคลผู้ต้องโทษนั้น

วิธีการลงโทษตามแนวความคิดนี้จะต้องเป็นวิธีที่ทำให้ผู้นั้นหมดโอกาสกระทำผิดตลอดไป เช่น การประหารชีวิต การเนรเทศ หรือจำคุกมีกำหนดเวลาจนกว่าจะแน่ใจว่าผู้นั้นไม่เป็นอันตรายแก่สังคมอีก เป็นต้น การประหารชีวิตถือได้ว่าเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพมากที่สุด เพราะผู้ต้องโทษไม่มีโอกาสกระทำผิดได้อีกต่อไป ส่วนการเนรเทศจะมีผลต่อเมื่อจัดให้ผู้นั้นอยู่ในเขตพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งแต่เพียงคนเดียว โดยตัดขาดจากสังคม จึงจะก่อให้เกิดผลตามความมุ่งหมาย สำหรับการจำคุกโดยมีกำหนดเวลานั้น แม้จะเป็นการควบคุมผู้กระทำผิดไว้ระยะเวลาหนึ่งก็ตาม แต่ในหลายประเทศก็ได้ให้อำนาจศาลในการขยายกำหนดโทษผู้กระทำผิดออกไปได้อีกถ้าศาลพอใจ โดยพิจารณาจากความประพฤติในอดีตและที่น่าจะเป็นผู้กระทำผิดอีก เพื่อเป็นการป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรม²¹

1.2.4 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำผิด (Rehabilitative Theory)

การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำผิดมุ่งหมายต่อตัวผู้กระทำผิดโดยตรง มิได้ต้องการให้มีผลถึงบุคคลอื่น โดยมีเป้าหมายที่จะใช้การลงโทษเป็นวิธีการเปลี่ยนหรือแก้ไขหรือเยียวยารักษาจิตใจของผู้กระทำให้ลดความรู้สึกต่อต้านกฎหมาย และกลับมามีความเห็น

²¹ สุโขทัยธรรมมาธิราช, กฎหมายอาญาสำหรับรัฐศาสตร์, หน้า 225.

ดีเห็นชอบด้วยกับการปฏิบัติตามกฎหมาย ตลอดจนมีความสามารถยับยั้งตนเองมิให้คิดหรือกระทำการอันเป็นความผิดอีกต่อไป

วิธีการลงโทษที่ทำให้เกิดผลดีเป็นการแก้ไขหรือฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำผิด อาจกระทำได้หลายวิธีขึ้นอยู่กับลักษณะและพื้นฐานทางจิตใจของผู้กระทำผิด การลงโทษตามความมุ่งหมายนี้จึงมีลักษณะเป็นการแก้ไขผู้กระทำผิดเป็นรายบุคคล และมุ่งเน้นที่การบำบัดรักษาแทนการลงโทษเพื่อให้ได้รับการเจ็บปวดทรมาน เกิดแนวทางแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้²²

1. แยกประเภทนักโทษ เพื่อการแก้ไขให้เหมาะสมกับลักษณะโทษแต่ละราย
2. พยายามหลีกเลี่ยงการลงโทษจำคุกในระยะเวลาอันสั้นและใช้วิธีการอื่นแทน เช่น กักขัง รอกการลงโทษ หรือปรับ
3. ใช้วิธีการปลดปล่อยผู้ต้องโทษซึ่งได้รับการแก้ไขแล้วก่อนครบกำหนดเวลาในคำพิพากษา เช่น การพัก การลงโทษ

4. กำหนดวิธีการแก้ไขปรับปรุงผู้ต้องโทษขณะอยู่ในเรือนจำ เช่น ฝึกหัดอาชีพ อบรมทางการศึกษาและศีลธรรม หรือให้การรักษาพยาบาล เพื่อแก้ไขจิตใจผู้กระทำผิด

จากวัตถุประสงค์การลงโทษที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า ในปัจจุบันประเทศไทยมิได้มีบทบัญญัติลงโทษผู้กระทำผิดความผิดกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากไว้โดยเฉพาะ หากมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ก็ลงโทษได้เพียงการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารหรือทำร้ายร่างกายเท่านั้น ดังนั้น หากมีบทบัญญัติลงโทษการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากไว้โดยเฉพาะ ก็จะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของวัตถุประสงค์การลงโทษที่กล่าวมาแล้วข้างต้นดังนี้คือ ประการแรกเพื่อการแก้แค้นทดแทน กล่าวคือ เมื่อบุคคลใดกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อบุคคลอื่นโดยบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากแล้ว บุคคลนั้นก็ควรที่จะได้รับผลการตอบแทนจากการกระทำความผิดนั้นให้สาสม โดยการลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับความผิดที่ได้กระทำลงไป ประการที่สองเพื่อเป็นการข่มขู่หรือยับยั้งผู้กระทำผิด กล่าวคือ เมื่อมีบทบัญญัติลงโทษการกระทำดังกล่าวไว้เป็นความผิดโดยเฉพาะแล้ว การลงโทษก็จะมี ความรุนแรงมากขึ้นกว่าเดิม เพียงพอที่จะให้ผู้กระทำความผิดดังกล่าวเกิดความเกรงกลัวที่จะถูกลงโทษ จึงไม่กล้าที่จะกระทำความผิดอีก

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 15.

อย่างไรก็ตาม การข่มขู่หรือยับยั้งมิได้ขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของโทษที่กำหนดไว้ในแต่ละฐานความผิดอย่างเดียว แต่ขึ้นอยู่กับความแน่นอนและรวดเร็วในการลงโทษต่อผู้กระทำความผิดทุกคนด้วย ประการที่สาม เพื่อป้องกันสังคมหรือตัดโอกาสการกระทำความผิดอีก กล่าวคือในระหว่างที่ผู้กระทำความผิดได้รับการลงโทษโดยการจำคุกอยู่นั้น ผู้กระทำความผิดก็จะถูกตัดความสามารถในการกระทำความผิดอีก แต่การตัดโอกาสนี้จะเป็นการตัดโอกาสเพียงชั่วคราวหรือตลอดชีวิตเพื่อป้องกันสังคมนั้น แต่ก็อาจจะต้องพิจารณาจากความรุนแรง ลักษณะของการกระทำ ความประพฤติในอดีตของผู้กระทำความผิดอีก ส่วนวัตถุประสงค์ประการสุดท้ายเพื่อแก้ไขฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำความผิดกล่าวคือ มีเป้าหมายที่จะใช้การลงโทษให้ผู้กระทำความผิดตัดสินใจเลือกการปฏิบัติตามกฎหมาย ตลอดจนมีความสามารถที่ยับยั้งตนเองมิให้คิดหรือกระทำการร่วมเพศทางเวจรรคและทางปาก อันเป็นความผิดอีกต่อไป แต่ทั้งนี้แล้ววิธีการแก้ไขตามวัตถุประสงค์จะต้องแตกต่างกันออกไปตามความเหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน

2. กฎหมายตราสามดวง

2.1 ประวัติความเป็นมาของกฎหมายตราสามดวง

ในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก ได้โปรดให้ชำระกฎหมายเสียใหม่ เนื่องจากกฎหมายที่มีมาแต่เดิมนั้นมีความคลาดเคลื่อนมาก จึงเป็นที่มาของกฎหมายตราสามดวง ซึ่งมีราชสีห์ 1 คชสีห์ 1 และบัวแก้ว 1 โดยแบ่งออกเป็นหลายลักษณะด้วยกัน แต่ในที่นี้จะพิจารณาถึง “พระไอยการลักษณะผิดเมีย” ซึ่งในพระไอยการลักษณะผิดเมียจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดทางเพศ ซึ่งผู้ร่างกฎหมายคงจะเห็นว่าการล่วงเกินบุตรหญิงของผู้อื่นเป็นการละเมิดอำนาจปกครองหรืออำนาจอิสระของบิดามารดา และการล่วงเกินภรรยาของผู้อื่นเป็นการละเมิดอำนาจปกครองหรืออำนาจอิสระของสามี จึงได้จัดเอาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราลงไว้ในกฎหมายลักษณะผิดเมีย ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา²³ ส่วนการกระทำความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจรรคและทางปากนั้นไม่มีบทบัญญัติลงโทษไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นการลงโทษจึงต้องพิจารณาตามความผิดทางเพศในบททั่วไป ได้แก่ ความผิด

²³ ประสิทธิ์ พัฒนอมร, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท บัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), หน้า 14.

ฐานกระทำอนาจารและความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งในพระไอยการลักษณะผัวเมียบัญญัติไว้หลายมาตราด้วยกัน

2.2 บทบัญญัติของกฎหมาย

พระไอยการลักษณะผัวเมียถือว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิด โดยใช้คำว่า “ข่มขืนภรรยาท่านถึงชำเรา” หรือ “ข่มขืนลูกสาวหลานสาวถึงชำเรา” ส่วนในกรณีที่เป็นการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายปัจจุบัน ในพระไอยการลักษณะผัวเมียไม่ได้ใช้คำว่า “อนาจาร” ทั้งที่มีคำว่า “ทราจาร”

2.2.1 การข่มขืนจนถึงชำเรา กฎหมายแยกประเภทผู้เสียหายออกเป็น 2 ประเภท คือ หญิงซึ่งเป็นภรรยาผู้อื่น กับบุตรหญิงหรือหลานหญิงของผู้อื่น²⁴

มาตรา 1 ชายใดข่มขืนภรรยาท่านถึงชำเราให้ไหมโดยประณมผิดเมียทวิคุณ ถ้าข่มขืนมิได้ถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณมผิดเมีย

มาตรา 40 พระครูภิกษุสามเณร ผิดเมียท่านถึงชำเราซึ่งว่าปาราชิกให้สึกออกเสียแล้วให้ไหมโดยพระราชาฤๅษฎีกา

มาตรา 41 ถ้าพระครูภิกษุสามเณรผู้อยู่ในศีลทำทราจารผิดทางวินัย ทำร้ายด้วยหญิงหาผู้มีได้ถึงชำเราเป็นสังข์ไซ้ร์ ชื่อว่าปาราชิกให้สึกออกลงโทษ

มาตรา 46 เจ้าเงินก็ดี พี่น้องลูกหลานแห่งเจ้าเงินก็ดี ข่มขืนหญิงทาสถึงชำเรา หญิงร้องแรกมีสักชีพญาณไซ้ร์ ท่านให้แบ่งตัวหญิงนั้นเสียกึ่งหนึ่ง ๆ ให้มันส่งให้แก่เจ้าเงิน ถ้าจับมือถือนางกอดจูบข่มขืนไม่ถึงชำเรา พิจารณาเป็นสังข์ ให้แบ่งชำตัวเปน 4 ส่วน ลดส่วน 1 ให้แก่เจ้าเงิน 3 ส่วน ถ้ามันยอมด้วยไซ้ร์ อย่าให้แบ่งทุนเขานั้นเสียเลย ถ้ามันมิสมักอยู่ด้วยแลมันจะหย่าไซ้ร์ มันยังหาเกิดบุตรด้วยเจ้าเงินแลพี่น้อง ลูก หลาน แห่งเจ้าเงินไม่ จึงให้มันส่งชำตัวจงถ้วน

มาตรา 71 ชายใดข่มขืนหญิงมายถึงชำเรา ให้เอาเบี้ยในประณมผิด เมียทำ 5 ส่วน ยกเสีย 1 เอา 4 ส่วน ตัวใหม่เป็นสินไหมกึ่งพิโนกึ่ง ถ้าข่มขืนมิถึงชำเรา ให้ไหมถึงชำเรา

76 อันว่าหญิงใดชายใดมิได้ค้ำับสูขอ แลชายกระทำทราจาร ให้มีโทษนั้นมี 7 ประการ มาตุรก ขิดา ประการหนึ่ง คือ หญิงอันอยู่ด้วยมานดา, หากรักษา

²⁴มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 พิมพ์ตามฉบับหลวงตรา 3 ดวง (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2529) : 1-51.

ปีตุรก ขिता ประการหนึ่ง คือ หญิงอันอยู่ด้วยบิดา, หากรักษา
 มาตาปีตุรก ขिता ประการหนึ่ง คือ หญิงอันอยู่ด้วยบิดา, มานดา, หาก
 รักษา

โคตรรก ขिता ประการหนึ่ง คือ หญิงอันอยู่ด้วยโคต, หากรักษา
 ภาตุรก ขिता ประการหนึ่ง คือ หญิงอันอยู่ด้วยพี่ชาย, พี่สาว, หากรักษา
 ญาติรก ขिता ประการหนึ่ง คือ หญิงอันอยู่ด้วยญาติ, หากรักษา
 สารก ขา ประการหนึ่ง คือ หญิงอันอยู่ด้วยท่านผู้ใดผู้หนึ่ง ท่านหากรักษา
 ป้องกันไว้

หญิง 7 ประการนี้ ถ้าชายผู้ใดมิได้คำนับสู่ขอ แลอุกอาจไปกระทำทูลาจารย์
 กิติ และชายไปลักลอบทำชู้ แลข่มขืนชักพาหญิงไปกิติ ท่านว่าชายนั้นมีโทษ ถ้าหญิงนั้นไปหาชาย
 ถึงเคหะสถานบ้านเรือนชาย ยอมให้ทำชู้ด้วยไซ้ แลจะกล่าวโทษแก่ชายนั้นมิได้เลย

มาตรา 76 ชายใดมีเมียแล้วข่มขืนลูกสาว หลานสาวท่านถึงข้าเรา ให้ไหม
 ชายนั้นถึงประณมผิดเมีย ถ้าข่มขืนมิถึงข้าเรา ให้ไหมถึงถึงข้าเรา

มาตรา 77 ชายใดหาเมียมิได้ข่มขืนลูกสาว หลานสาวท่านถึงข้าเรา ให้
 ไหมชายนั้นถึง เบี้ยชายมีเมียแล้ว ถ้าข่มขืนมิถึงข้าเรา ให้ไหมถึงถึงข้าเรา

มาตรา 78 ชายใดข่มขืนหญิงเดกไม่รู้เดียงซามีถึงข้าเรา ให้ไหมเจ้าเบี้ย
 ประณมเมียผิดเมียทวิคุณ ถ้าตบตีหญิงทำให้มีบาดเจ็บด้วย ท่านให้ไหมชายนั้นโดยบาดเจ็บอีกโสด
 หนึ่ง

มาตรา 88 ชายใดมิได้สู่ขอลูกสาว หลานสาวท่าน และบังอาจว่าตนเรี่ยว
 แรงผู้เดียวกิติ พาพวกเพื่อนไปด้วยกิติ เข้ากุมเกาะ เบาะ ฉะ แลง ลูกสาว หลานสาว แลเมียท่านไป
 ด้วยแรงตน หญิงนั้นร้องแรก ชัดขวาง มีคนรู้เห็นได้ยิน ข่มขืนหญิงนั้นถึงข้าเรากิติ หญิงนั้นมาหา
 ความเปนสัจไซ้ ให้ไหมโดยพระราชกฤษฎีกาเดิม ถ้าข่มขืนมีบาดเจ็บ ให้ไหมโดยบาดเจ็บอีกโสด
 หนึ่ง พวกซึ่งไปด้วยนั้นให้ไหมถึง ถ้าชายหลายคนข่มขืนโทรมเอาหญิงนั้นไซ้ ให้ลงโทษแก่ชายนั้น
 ด้วยลวดหนึ่งคณ 60 ที ให้ไหมตามบันดาศักดิ์ทวิคุณ เพราะมันบังอาจหยาบช้ำต่อแผ่นดินเมือง
 ท่าน

มาตรา 105 ชายให้สู่ขอลูกสาว หลานสาวท่าน บิดา มานดาหญิง ยัง
 ยอมให้ชายได้ ให้มีขันหมากหมั้นนั้นดจะทำการยังมีได้ทำการ ชายอื่นบังอาจว่าตนเรี่ยวแรงเกาะกุม
 เบาะ ฉะ แลง หญิงนั้นด้วยแรงตน ข่มขืนหญิงนั้นถึงข้าเรากิติ มิได้ถึงข้าเรากิติ พิจารณาเปนสัจไซ้
 ท่านว่าลวงพระราชอาชญาความเมืองท่าน ให้ส่งหญิงนั้นให้แก่บิดา มานดาแล้ว ให้ทวนชายต้น

เหตุด้วยลวดหนัง 50 ที่ ถ้ามีพวกไปด้วย ให้ทวนคล 50 ที่ จงทุกคนให้ใหม่ชายต้นเหตโดยผิดเมีย
ท่านในชั้นหมากนั้นจึงควร

2.2.2 ความผิดฐานกระทำทราจาร ซึ่งเทียบได้กับความผิดฐานกระทำ
อนาจารในปัจจุบัน กฎหมายบัญญัติไว้ดังต่อไปนี้²⁵

มาตรา 2 ผู้ใดเข้าโลมจับมือถือนมกอดจูบเมียท่านก็ดี ผัวท่านไม่อยู่ไปหา
เมียท่านถึงในเรือนแลในสถานที่ลับ ไม่มีผู้ใดอยู่ด้วยเปนค่านับก็ดี ไปหาเมียท่านถึงที่นอนใน
ห้องอยู่แต่สองต่อสองก็ดี ท่านให้ใหม่ชายนั้นกึ่งเบี้ย ประถมผิดเมีย ถ้าผู้ใดกล่าวคำแทะโลมเมีย
ท่านก็ดี ลักลอบพูดจาด้วยเมียท่านก็ดี พิจารณาเปนลัจไซร์ให้ใหม่ชายนั้นกึ่งเบี้ย ชักมือถือนมกอด
จูบนั้น

มาตรา 75 บุรุษผู้ใดจับข้อมือหยอกบุตรของท่านก็ดี ขึ้นไปถึงที่นอนบุตร
ท่านก็ดี แลอุดลากบุตรท่านไปกอดจูบทำชู้ แลทำประการใดก็ดี ท่านว่าชายนั้นผิดให้ลงโทษโดย
โทษานุโทษ

76 อันว่าหญิงอันว่าชายมิได้ค่านับชู้ขอ แลอุกอาจไปกระทำทราจาร ให้มี
โทษนั้นมี 7 ประการ ... หญิง 7 ประการนี้ ถ้าชายผู้ใดมิได้ค่านับชู้ขอแลอุกอาจไปกระทำทราจารก็
ดี

จากบทบัญญัติที่กล่าวมาข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่าในพระไอยการลัก
ษณผัวเมียแบ่งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารออกเป็น²⁶

1. ความผิดฐานกระทำอนาจารมี 5 ประการ เช่น ชายยุตมือถือนมหยอก
เมียท่าน สามีท่านมิอยู่ขึ้นไปหาเมียท่านในเรือน ไปหาเมียท่านในที่ลับ ชายลักลอบพูดจากับ
ภรรยาผู้อื่นหรือการไปหาภรรยาผู้อื่นในที่ลับ หรือไปหาภรรยาผู้อื่นถึงในที่นอน ก็อาจได้ชื่อว่า
กระทำอนาจารแล้ว ซึ่งถ้าเทียบเคียงกับในประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันแล้ว ยังไม่ถือว่าเป็น
ความผิดแต่อย่างใด ที่เป็นเช่นนี้คงเป็นเพราะกฎหมายถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการหมิ่นเกียรติ
ชายผู้เป็นสามี และสามีอาจถูกครหานินทาได้ จะเห็นได้ว่ากฎหมายมีวัตถุประสงค์คุ้มครองชายผู้
เป็นสามี หรือบิดา มารดาของผู้เสียหายมากกว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองการกระทำต่อหญิงโดย

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1 - 47.

²⁶ ประลิตธิ พัฒนอมรม “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา”, (วิทยานิพนธ์ปริญญามหา
บัณฑิต), หน้า 15-17.

ตรง ดังจะเห็นได้จากข้อความว่า “สามีท่านมิอยู่ขึ้นไปหาเมียท่านถึงในเรือน” ยิ่งกว่านั้น ในการลงโทษ กฎหมายก็เรียกว่า “ประณตผิตเมีย” แทนที่จะเรียกว่าเป็นการกระทำผิดต่อหญิงนั่นเอง

2. ชายข่มขืนภรรยาผู้อื่นถึงชำเรา และยังไม่ถึงชำเรา
3. ชายข่มขืนหญิงซึ่งเป็นทาส หรือกระทำอนาจารก็เป็นความผิด
4. ชายข่มขืนหญิงมายถึงชำเรา และยังไม่ถึงชำเรา
5. ชายมีเมียแล้วและข่มขืนลูกสาว หลานสาวผู้อื่นถึงชำเรา และมีถึง

ชำเรา

6. ชายหาเมียมิได้ข่มขืนลูกสาว หลานสาวผู้อื่นถึงชำเรา และมีถึงชำเรา
7. ชายข่มขืนเด็กหญิงมิรู้เพียงสามีถึงชำเรา และถึงชำเรา

ในข้อ 2 - 7 พิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าพระไอยการลักษณะผัวเมียใช้คำว่า “ข่มขืน” ย่อมแสดงอยู่ในตัวว่าเป็นการใช้กำลังบังคับโดยวิธีหนึ่งวิธีใด ส่วนคำว่า “ชำเรา” หมายถึงการร่วมประเวณี มีปัญหาว่า “ความยินยอม” ของหญิงเป็นสาระสำคัญหรือไม่ ซึ่งพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าความยินยอมย่อมเป็นสาระสำคัญเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน เพราะถ้าหญิงโดยยินยอมเสียแล้ว การกระทำนั้นก็มิใช่การข่มขืน กฎหมายจะเรียกเป็นอย่างอื่น เช่น มาตรา 4 ชายใดทำชู้ด้วยเมียท่านไซ้... มาตรา 5 หญิงอันแรงรากทำชู้เนื้อผัว ... มันยังทำชู้ผู้ชายเนื้อผัวมันอีกเล่าไซ้... มาตรา 10 หญิงใดทำชู้นอกใจผัว... มาตรา 30 ผัวตายหงายไว้ทั้งโลง ศพยังอยู่กับเรือน หญิงเมียนั้นน้ำตาตกแลคล้อยใจกำหนดชกเอาชายมานอน... มาตรา 42 เจ้าสมจรด้วยเมียชำ คนตนเองไซ้... มาตรา 43 ชายช่วยไถ่หญิงมาเป็นทาส... เจ้าเงินเอาหญิงทาสนั้นเป็นเมีย... มาตรา 81 ชายลอบลักสมรักทำชู้ด้วยลูกสาวท่าน มาตรา 115 ...ชายหญิงสามะเลกัน... ท่านว่าหญิงนั้นมีสิทธิเป็นเมียชาย... ส่วนการข่มขืนหญิงอื่นมิถึงชั้นชำเราเทียบเคียงได้กับความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ในประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบันเป็นความผิดโทษน้อยในขณะที่การข่มขืนจนถึงชำเรา และการชำเราบุคคลบางประเภทเป็นเหตุจรรยาผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นตามลำดับ นอกจากนี้แล้ว จะเห็นได้ว่าการแยกฐานความผิดมากมายหลายประเภท โดยแยกประเภทในลักษณะของบุคคล เช่น ข่มขืนหญิงทาสหรือข่มขืนหญิงมาย ซึ่งหญิงทาสนั้นในสมัยปัจจุบันไม่มี รวมทั้งหญิงมายในกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันก็ถือว่าเป็นหญิงเหมือนกัน ซึ่งในสมัยที่มีการใช้กฎหมายตราสามดวงนั้น อาจจะเป็นในลักษณะของสังคมที่แคบ ๆ ซึ่งมีการอยู่รวมกันเป็นตำบล เป็นหมู่บ้าน เป็นชุมชนเล็ก ๆ การที่บุคคลกระทำความผิดนั้น อาจจะรู้ถึงกันโดยง่าย อีกทั้งแต่ละบุคคลมีฐานะอย่างไร ก็เป็นที่รู้จักกันทั่วไปในละแวกนั้น และการลงโทษผู้กระทำความผิดก็มีตะลาการหรือเจ้าเมืองเป็นผู้ตัดสิน ฉะนั้นสังคมในสมัยนั้นจึงเป็นลักษณะการตัดสินความที่

ง่าย ๆ ไม่มีความยุ่งยากซับซ้อนเหมือนกับในสมัยปัจจุบัน ส่วนการสืบพยานนั้นไม่มีวิธีแสวงหาความจริงโดยใช้วิธีพิจารณาที่อาศัยเพลิง อาศัยน้ำ หรืออาศัยการต่อสู้ด้วยอาวุธ แต่ในบางสมัยก็มีการใช้วิธีการของระบบไต่สวนเข้ามาใช้บ้าง เช่น ในวิธีพิจารณาความแบบจารีตนครบาล มีการเขียนถามคำให้การโจทก์ ทบปากคู่ความ ทวนคนกลาง จำชื่อ ผู้ขัดหมาย เป็นต้น ต่อมา ในร.ศ.113 รัชกาลที่ 5 ได้ทรงประกาศยกเลิกกฎหมายพยาน พ.ศ.1894 เพราะทรงเห็นว่ากฎหมายเก๋าล้าสมัยไม่สมกับความเจริญก้าวหน้าของบ้านเมือง²⁷

8. ความผิดฐานพรากผู้เยาว์และทำให้เสื่อมเสียเสรีภาพ และข่มขืน
กระทำชำเราหญิงและกระทำอนาจารโดยใช้กำลัง

9. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารหญิงซึ่งชายมาสู่
ขอแล้ว พ่อแม่หญิงยินยอมแต่ยังมีได้ทำการแต่งงานหรือทำพิธีสมรสกัน

จากที่กล่าวแยกเป็นข้อ ๆ มาแล้วข้างต้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายตรา 3 ดวง มีการแบ่งความผิดและมีวิธีการพิจารณาตัดสินความที่เรียบง่าย และมีการบัญญัติออกมาให้เหมาะสมกับสภาพสังคมในขณะนั้น

ผู้เขียนพิจารณาตามพระไอยการลักษณะผิดเมียแล้ว จะเห็นได้ว่าในเรื่องการกำหนดความผิดทางเพศนั้นได้แบ่งออกเป็น 2 กรณีคือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารดังนั้นก็มีการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากแล้ว ก็อาจพิจารณาได้ 2 กรณี ดังนี้ คือ

1. ผู้กระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากไม่มีความผิดจากการกระทำดังกล่าวเลย พิจารณาตามความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น คำว่า "ชำเรา" หมายถึงการร่วมประเวณี ซึ่งในสมัยนั้นน่าจะตีความหมายเช่นเดียวกับในปัจจุบันคือต้องเป็นการร่วมเพศโดยอวัยวะเพศชายสอดเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ดังนั้นผู้กระทำการดังกล่าวจึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ส่วนความผิดฐานกระทำอนาจารนั้น เนื่องจากกฎหมายกำหนดลักษณะการกระทำอนาจารตามมาตรา 2 ไร่ 5 ประการเท่านั้นคือ ชายยุดมือถือนมหยอกเมียท่าน สามีท่าน มีอยู่ขึ้นไปหาเมียท่านในเรือน ไปหาเมียท่านในที่ลับ ชายลักลอบพูดจากับภรรยาผู้อื่นหรือการไปหาภรรยาผู้อื่นในที่ลับหรือไปหาภรรยาผู้อื่นถึงในที่นอนเท่านั้นจึงจะมีความผิด ดังนั้นเมื่อมีการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากเกิดขึ้น ผู้กระทำ

²⁷ เข็มชัย ชูติวงศ์, กฎหมายลักษณะพยาน, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2529),

การดังกล่าวจึงไม่มีความผิดฐานกระทำอนาจารเนื่องจากไม่เข้าลักษณะหนึ่งลักษณะใดของการกระทำอนาจารตามที่กฎหมายกำหนดไว้

2. ผู้กระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก มีความผิดฐานกระทำการอนาจารพิจารณาตามมาตรา 2 แห่งพระไอยการลักษณะผิดเมียจะกำหนดลักษณะการกระทำอนาจารไว้เพียง 5 ประการเท่านั้น ดังที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น แต่ก็น่าจะตีความหมายให้อยู่ในประเภทยึดมือถือนมได้ เนื่องจากในอดีตแม้การกระทำเพียงแค่เข้าไปหาภรรยาผู้อื่นในบ้านหรือในที่ลับ หรือลักลอบพูดจากับภรรยาผู้อื่นหรือไปหาภรรยาผู้อื่นในที่ลับ ก็ยังมีความผิดฐานกระทำอนาจารแล้ว ดังนั้นลักษณะการกระทำกรณีบังคับให้ร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากซึ่งมีลักษณะการกระทำที่รุนแรงยิ่งกว่าผู้กระทำการลักษณะดังกล่าวก็น่าจะมีความผิดด้วย

จากข้อพิจารณา 2 กรณีดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นด้วยกับความเห็นที่ 2 ตามเหตุผลที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น

นอกจากมีพระไอยการลักษณะผิดเมียตามกฎหมายตราสามดวงแล้ว ทางฝ่ายพุทธศาสนานั้น ในพระวินัยปิฎก มีการบัญญัติว่าการเสพเมถุนทางทวารนั้นเป็นเหตุแห่งอาบัติปาราชิกแก่ภิกษุผู้กระทำ และพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกฯ ทรงมีพระบรมราชโองการกำหนดกฎหมายว่าด้วยการให้ราษฎรรักษาศีลคือศีลห้าในฐานะเป็นนิจศีล กับศีลแปดในฐานะเป็นอุโบสถศีล กล่าวคือถือว่าการเสพเมถุนธรรมในทางมุกขมรรคและเวจมรรคในกิริยาตนเองเป็นการละเมิดศีลห้าข้อที่ว่าด้วยกาเมสุมิจฉาฯ ส่วนการเสพเมถุนธรรมทางเวจมรรคกับผู้หนึ่งผู้ใดที่ไม่ต้องห้ามตามศีลข้อกาเมฯ แต่เป็นการละเมิดศีลข้อพรหมจริยาฯอันเป็นอุโบสถศีล ซึ่งมีข้อน่าสังเกตว่าการกระทำดังกล่าวหากมิได้กระทำในวันอุโบสถ ผู้กระทำจะต้องรับผิดหรือไม่ อย่างไรก็ตามไม่มีการกำหนดโทษการละเมิดศีลไว้เป็นการเฉพาะ มีแต่เพียงระบุไว้เป็นการทั่วไปว่า “ถ้าแลผู้ใดมิได้กระทำตามพระราชกำหนดนี้ จะเอาผู้นั้นเป็นโทษตามโทษานุโทษ”²⁸

สำหรับผู้เป็นหญิง ถ้าหากประพฤติเป็นคนรักร่วมเพศ ไทยเรามีศัพท์เฉพาะสำหรับเรียกกิริยาเช่นนั้นว่า “เล่นเพื่อน” การเล่นเพื่อนของหญิงนั้นถือว่าเป็นการละเมิดศีลข้อพรหมจริยาฯ เช่นเดียวกับชาย และสำหรับหญิงชาววังการกระทำดังกล่าวยังเป็นความผิดตามกฎหมายมณเฑียรบาลอีกด้วย กฎมณเฑียรบาลดังกล่าวตราขึ้นในสมัยกรุงศรีอยุธยาตอนต้นในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถมีข้อความว่า “อนึ่งสนมกำนัล คบผู้หญิงหนึ่งกันทำดูชชายเป็นชู้เมียกัน ให้ลงโทษด้วยลวดหนัก 50 ที ศักคอบประจานรอบพระราชวัง ที่หนึ่งให้เอาเปนชว

²⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ตำนานรักร่วมเพศ,” วารสารนิติศาสตร์ 2 (2526), : 89 - 90.

สติง ที่หนึ่งให้แก่พระเจ้าลูกเธอหลานเธอ” เป็นที่น่าสังเกตว่าไม่มีบทบัญญัติห้ามมิให้ชายมีความสัมพันธ์ทางเพศกันแต่อย่างใด²⁹

การเล่นเพื่อนในหมู่สาวสนมกำนัลในสมัยรัตนโกสินทร์อาจเป็นความประพฤติที่จัดว่าแพร่หลายจนถึงขนาดเอามาเล่าลือกันไปต่าง ๆ นานา ในสมัยนั้นว่าเป็นของแปลกหรือวิถิตาร แต่ไม่ใช่เรื่องร้ายแรงอะไรมากนัก และแม้จะผิดกฎหมายแต่ก็คงไม่มีการฟ้องร้องหรือเอาโทษกันอย่างจริงจังมากนัก³⁰

3. พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118

3.1 ประวัติความเป็นมาของพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายลักษณะฉ้อโกงใช้บังคับอยู่จนถึง พ.ศ.2443 จึงได้มีการตราพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณีรัตนโกสินทร์ศก 118 ยกเลิกบทกฎหมายเก่าโดยมีคำปรารภว่า³¹

“...พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์...พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว...จึงมีพระบรมราชโองการดำรัสเหนือเกล้าฯ ประกาศให้ทราบทั่วกันว่าพระราชกำหนดกฎหมายเดิมที่ว่าด้วยการกระทำผิดทางเพศนั้น ยังบกพร่องอยู่หลายประการ เป็นเหตุให้เกิดความสงสัยต่าง ๆ ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่กล่าวหากัน จึงทรงพระราชดำริเห็นสมควรให้แก้ไขพระราชกำหนดกฎหมายนั้นเสียใหม่ให้ชัดเจนดีกว่าแต่ก่อน...”

3.2 บทบัญญัติของกฎหมาย

มาตรา 3 ชายใดกระทำชำเราด้วยหญิงในเหตุ 4 ประการ ดังที่จะกล่าวต่อไปข้างล่างนี้ ท่านว่าชายผู้นั้นข่มขืนทำชำเราหญิงคือ

ข้อ 1 ขืนใจหญิง

ข้อ 2 หญิงมียินยอม

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 90.

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 90 - 93.

³¹ ประสิทธิ์ พัฒนอมร, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท บัณฑิต), หน้า 18.

ข้อ 3 หญิงยินยอมด้วยชายชู้เชื้อจะทำร้ายแก่ร่างกายแลชีวิตหญิง หญิงมีความกลัวจึงยินยอม

ข้อ 4 หญิงยินยอมก็ดี ถ้าไม่ยินยอมก็ดี แต่หญิงนั้นยังมีอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา

มาตรา 5 ผู้ใดชำเราทางเวจมรรคก็ดี ถ้าทำชำเราด้วยสัตว์เดรฉานผิดธรรมดาโลกย์ก็ดี พิจารณาเป็นสัตย์ ให้ลงโทษจำคุก...

มาตรา 6 ผู้ใดพยายามหรือจะข่มขืนทำชำเราก็ดี...แลเพื่อจะทำชำเราสัตว์เดรฉานก็ดี ซึ่งเป็นการผิดต่อมาตรา 3 มาตรา 4 แลมาตรา 5 แห่งพระราชกำหนดนี้ พิจารณาเป็นสัตย์ ให้ลงโทษจำคุก...

มาตรา 7 ผู้ใดสมรู้เป็นใจด้วย ถ้าช่วยอุดหนุนต้นเหตุในการข่มขืนกระทำชำเราก็ดี ... ถ้าทำชำเราด้วยสัตว์เดรฉานก็ดี พิจารณาเป็นสัตย์ให้ลงโทษจำคุก...

จากบทบัญญัติทางกฎหมายดังกล่าว จะเห็นได้ว่าในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 นั้น กฎหมายเริ่มมีความกระชับขึ้น ยังคงมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราอยู่แต่ไม่แยกประเภทของการข่มขืนเช่นเดียวกับกฎหมายตราสามดวง นอกจากนี้แล้วมีการเพิ่มบทบัญญัติลงโทษสำหรับการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคไว้ด้วย ตามมาตรา 5 แต่ไม่มีการกำหนดบทลงโทษสำหรับการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารไว้ ดังนั้นเมื่อมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรค ก็สามารถลงโทษได้ตามมาตรา 5 ซึ่งบัญญัติไว้โดยเฉพาะ นอกจากนี้มาตรา 6 ยังบัญญัติลงโทษผู้ที่พยายามจะชำเราทางเวจมรรค และมาตรา 7 บัญญัติลงโทษผู้สมรู้เป็นใจหรือช่วยอุดหนุน ซึ่งหมายถึงตัวการผู้สนับสนุนในการทำชำเราทางเวจมรรคด้วย แต่มีข้อสังเกตคือไม่มีบทบัญญัติลงโทษเกี่ยวกับการบังคับให้มีการร่วมเพศทางปากไว้แต่อย่างไร ดังนั้น ในสมัยนั้นหากมีการบังคับให้มีการร่วมเพศทางปาก ก็ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำผิดได้เลย แม้แต่ความผิดฐานกระทำอนาจาร

4. ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127

4.1 ประวัติความเป็นมาของประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127

ใน พ.ศ.2451 ได้มีพระบรมราชโองการให้ใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ซึ่งได้ยกร่างขึ้นโดยอาศัยหลักกฎหมายต่างประเทศ ในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศ กฎหมายลักษณะ

อาญาได้แบ่งออกเป็น 2 ประเภท โดยบัญญัติรวมอยู่ในส่วนที่ 6 ว่าด้วยความผิดที่จะกระทำ
อนาจาร หมวดที่ 2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดประเภทที่ 1 กระทำอนาจาร ความ
ผิดประเภทที่ 2 คือ การข่มขืนกระทำชำเรา³²

ส่วนความผิดฐานกระทำชำเราทางเวจมรรคในพระราชกำหนดการข่มขืน
ล่วงประเวณี ร.ศ.118 นั้น ได้เปลี่ยนมาใช้คำว่าชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ซึ่งมีความหมายกว้างกว่า
แทน และให้เหตุผลทางตำรากฎหมายว่าที่กฎหมายบัญญัติลักษณะดังกล่าวให้เป็นความผิด
เพราะถือว่าการทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์เป็นการถ่วงความเจริญของบ้านเมืองในทางอ้อม นอก
จากเป็นการลามกแล้วยังทำให้เสียพืชพันธุ์ไปโดยไร้ประโยชน์³³ เพราะถ้ากระทำตามมนุษย์ทั้ง
หลายแล้ว จะได้ผู้คนพลเมืองเพิ่มมากขึ้นอีก เมื่อผู้คนพลเมืองทวีมากขึ้นก็จะทำความเจริญของ
บ้านเมืองให้มากขึ้นตามส่วน เพราะฉะนั้นจึงมีการบัญญัติลงโทษไว้ และเมื่อก่อนออกกฎหมาย
ลักษณะอาญานี้ก็ได้มีบทห้ามไว้แล้วในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ซึ่งมี
โทษมากกว่ากฎหมายลักษณะอาญาฉบับนี้

4.2 บทบัญญัติของกฎหมาย

4.2.1 การกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์

มาตรา 242 “ผู้ใดทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดี หรือทำ
ชำเราด้วยสัตว์เดรัจฉานก็ดี ท่านว่ามีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึง
สามปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทอีกโสดหนึ่งด้วย”³⁴

มาตรานี้เป็นบทลงโทษแก่ผู้ที่กระทำชำเราโดยอุตริผิดกับธรรมดาตามนุษย์ทั้ง
หลาย เช่น ชายต่อชาย ตามธรรมดาย่อมกระทำชำเรากันไม่ได้ ถ้าผู้ใดขืนกระทำก็เรียกว่าผิด
ธรรมดาตามนุษย์ หรือกระทำชำเราแก่หญิงในทางอื่นนอกจากทางสังวาส เช่น กระทำในทางเวจมรรค
หรือทางปาก ก็เรียกว่าผิดธรรมดาตามนุษย์เหมือนกัน ส่วนการกระทำชำเราด้วยสัตว์เดรัจฉานก็เป็น

³²เรื่องเดียวกัน, หน้า 20.

³³อินทพรปรีชา, (เขียน เลขะวณิช), คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2
พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : โสภณพิพรรฒธนากร, 2470), หน้า 1109.

³⁴เสถียร วิชัยลักษณะ, กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 (กรุงเทพฯ:นิติเวช,
2498):110-111.

การผิดวิสัยธรรมดาของมนุษย์ เป็นการอุบาทว์เลวทราม เพราะถ่อมตนล้องเสพย์กับสัตว์ เป็นการกระทำที่น่าอัปอายขายยิ่งนัก

ผู้ที่กระทำซ้ำเรากันโดยผิดธรรมดาตามมนุษย์นั้น มีความผิดตามมาตรฐานนี้ด้วยกันทั้งผู้กระทำและผู้ที่ยินยอมให้กระทำ เพราะการเช่นนี้ ต้องร่วมกันจึงจะกระทำได้ จึงนับว่าเป็นการกระทำด้วยกัน³⁵ แม้จะกระทำระหว่างผิวเผินก็เป็นความผิด ถ้ายินยอมด้วยกันทั้งสองฝ่าย³⁶ เว้นแต่ฝ่ายใดถูกบังคับกดขี่ จำยอมให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำเช่นนี้เป็นข้อแก้ตัวได้³⁷

4.2.2 ข่มขืนทำซ้ำเรา

มาตรา 243 “ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญการกระทำซ้ำเราขึ้นใจหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนเอง ท่านว่าผู้นั้นข่มขืนทำซ้ำเราต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ปีหนึ่งขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำซ้ำเราขึ้นใจหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนเอง ท่านว่ามันข่มขืนทำซ้ำเรามีความผิด ต้องระวางโทษดุจกันกับที่ว่ามานั้น

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนซ้ำเรานั้นมีบาดเจ็บถึงสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นตาย ท่านว่ามันผู้ข่มขืนนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง”³⁸

คำว่า “ข่มขืนทำซ้ำเรา” คือ การร่วมประเวณีกับหญิงโดยขึ้นใจเขา โดยชายซึ่งมิใช่สามี การร่วมประเวณีเช่นนี้อาจกระทำได้โดยใช้กำลังกาย หรือขู่เข็ญว่าจะกระทำร้าย หรือว่าทำร้าย หรือใช้อุบายหลอกลวงอย่างใด ๆ เช่น ทำซ้ำเราหญิงในขณะที่หลับ ปลอมตัวเป็นสามีโดยอาศัยความมืด ออกอุบายว่าจะรักษาโรคในที่ลับเพื่อให้หลงเชื่อ เป็นต้น³⁹

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 110ข.

³⁶ เสริม วินิจฉัยกุล, กฎหมายอาญาภาคปลาย, คำสอนชั้นปริญญาตรี พ.ศ.2482, หน้า 242.

³⁷ อินทพรวิธา, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2, หน้า 1100.

³⁸ เสถียร วิชัยลักษณะ, กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127, หน้า 111.

³⁹ เสริม วินิจฉัยกุล, กฎหมายอาญาภาคปลาย, หน้า 243 - 244.

ที่เป็นการข่มขืนทำชำเรา นั้น จะต้องมีการร่วมประเวณีกันอย่างแท้จริง กล่าวคือของลับชายได้เข้าไปในของลับหญิง แม้เพียงเล็กน้อยก็ตาม ถ้ายังมีได้ล่งล้ำเข้าไปยังหาเป็นความผิดฐานข่มขืนทำชำเราไม่ แต่อาจเป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนทำชำเราหรือกระทำอนาจาร นอกจากนี้แล้วต้องเป็นการทำชำเราหญิงตามลักษณะของการร่วมประเวณีอย่างธรรมดา⁴⁰

กฎหมายใช้คำว่า "ผู้ใด" ซึ่งหมายความว่าชายหรือหญิงก็ได้ แต่หญิงจะมีความผิดฐานข่มขืนทำชำเราไม่ได้ การข่มขืนทำชำเราอาจมีได้แต่เฉพาะชายเท่านั้น และการที่สามีได้ร่วมประเวณีกับภรรยา แม้จะเป็นการขืนใจหรือใช้กำลังทำร้ายก็หามีความผิดไม่ จะมีความผิดก็แต่ฐานทำร้ายร่างกายเท่านั้น⁴¹

เหตุที่ทำให้รับโทษหนักขึ้นคือ ถ้าปรากฏพฤติการณ์บางอย่าง เช่น มีบาดเจ็บสาหัส หญิงนั้นตาย ถ้าผู้กระทำเป็นผู้ปกครองหรือผู้พิทักษ์รักษา มีอำนาจเหนือบุคคลเหล่านั้น เช่น บิดามารดา ปู่ย่าตายาย เจ้าพนักงานดูแลเรือนจำ หรือเป็นผู้อบรมสั่งสอน เช่น ครู อาจารย์ ตามมาตรา 247

4.2.3 การกระทำชำเราด้วยเด็กหญิง

มาตรา 244 "ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 12 ขวบ ถึงหญิงนั้นยินยอมก็ตาม หรือมิได้ยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 2 ปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลในการกระทำผิด เช่นว่ามาในมาตรานี้ เด็กหญิงที่ถูกชำเรา นั้นมีบาดเจ็บอย่างสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีขึ้นไปจนถึงสิบห้าปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลเด็กหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไป จนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง (พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ.2474 มาตรา 9 ให้แก่อายุในมาตรานี้เป็นสิบสามขวบ)⁴²

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 244.

⁴¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 244.

⁴² เสถียร วิชัยลักษณะ, กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127, หน้า 111.

การกระทำซ้ำเราตามมาตรานี้เช่นเดียวกันกับที่อธิบายไว้ในมาตรา 243 จึงไม่กล่าวซ้ำอีก การกระทำซ้ำเราเป็นการร่วมประเวณีกันอย่างธรรมดา ไม่รวมไปถึงการกระทำซ้ำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ เพราะมีบทลงโทษไว้ในมาตรา 242 อยู่แล้ว นอกจากนี้จำเลยจะต้องได้กระทำไปโดยเจตนา จำเลยจะต้องรู้ว่าเด็กหญิงนั้นอายุต่ำกว่า 13 ขวบ แม้ว่าเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ยินยอมก็เป็นความผิด เพราะเด็กอายุขนาดนี้ยังไม่เต็งสา ไม่สามารถจะพิทักษ์รักษาตนและไม่รู้การผิดชอบ กฎหมายจึงต้องคุ้มครองป้องกันเพื่อระวังมิให้เกิดความเสียหายแก่เด็ก⁴³

เหตุที่ทำให้รับโทษหนักขึ้นเช่นเดียวกันกับการข่มขืนกระทำซ้ำเราตามมาตรา 243 ซึ่งได้กล่าวรายละเอียดไปแล้วในหัวข้อ 4.2.2

4.2.4 กระทำอนาจารเด็ก

มาตรา 245 “ผู้ใดบังอาจกระทำการอนาจารแก่เด็กอายุต่ำกว่าสิบสองขวบ ท่านว่ามีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปี และให้ปรับตั้งแต่สิบห้าบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าและมันใช้อำนาจบังคับด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เชือดกระทำ ความผิดเช่นว่ามานั้น ท่านว่ามันผู้กระทำความผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงห้าปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”⁴⁴

(พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ.2474 มาตรา 4 ให้แก้ไขอายุในมาตรานี้เป็นสิบสามขวบ)

การกระทำอนาจารตามกฎหมายนั้น กฎหมายหาได้อธิบายไว้ไม่ ต่างกับการข่มขืนกระทำซ้ำเรา ซึ่งกฎหมายได้อธิบายไว้โดยชัดเจน แต่ได้มีนักนิติศาสตร์อธิบายว่าเป็นการอันขัดต่อศีลธรรมซึ่งโดยตั้งใจและโดยตรงต่อบุคคลหนึ่ง การอันขัดต่อศีลธรรมนี้เป็นการเกี่ยวกับทางเพศ อันมิใช่เป็นการข่มขืนทำซ้ำเราหรือพยายามข่มขืนทำซ้ำเรานอกจากนี้ ตัวของผู้เสียหายจะต้องเกี่ยวข้องด้วย มิฉะนั้นจะเป็นแต่เพียงทำอนาจารต่อหน้าธารกำนัลเท่านั้น⁴⁵

ในเรื่องการกระทำซ้ำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามขวบ ได้กล่าวไว้ชัดเจนในมาตรา 244 ว่า เด็กหญิงนั้นยินยอมหรือไม่ยินยอมก็ตาม แต่ในการกระทำอนาจารแก่เด็กหญิง

⁴³อินทพรปรีชา, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2, หน้า 1119.

⁴⁴เสถียร วิชัยลักษณะ, กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127, หน้า 111.

⁴⁵เสริม วินิจฉัยกุล, กฎหมายอาญาภาคปลาย, หน้า 246.

ตามมาตรา 245 นี้ กฎหมายมิได้บัญญัติถึงความยินยอมของเด็กหญิงดังเช่นในมาตรา 244 ก็ตาม แต่เป็นที่เข้าใจว่าถึงเด็กหญิงจะยินยอมให้กระทำอนาจารหรือไม่ยินยอมก็ตาม ก็เป็นความผิดเช่นเดียวกัน⁴⁶

บุคคลที่ถูกกระทำอนาจารไม่จำกัดว่าเป็นบุคคลเพศใด

เหตุที่ทำให้รับโทษหนักขึ้นเช่นเดียวกับการข่มขืนทำชำเราตามมาตรา 243

ซึ่งได้กล่าวรายละเอียดไปแล้วในหัวข้อ 4.2.2

4.2.5 การกระทำอนาจารผู้ใหญ่

มาตรา 246 "ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบสองขวบขึ้นไป

โดยมันใช้อำนาจด้วยกำลังหรือด้วยวาจาขู่เข็ญ หรือมันใช้อุบายหลอกลวงด้วยประการใดก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง"⁴⁷

การกระทำอนาจารนั้นมีลักษณะทำนองเดียวกับที่อธิบายมาแล้วตามมาตรา 245 ในหัวข้อ 4.2.4 จึงไม่กล่าวซ้ำอีก แต่ต้องพิจารณาลักษณะการกระทำเป็นกรณีไป เช่น การกอดจูบเด็กเล็กไม่เป็นอนาจาร แต่ถ้ากอดจูบหญิงสาวเป็นอนาจาร เพราะเป็นการกระทำที่ได้รับความอับอาย

เหตุที่ทำให้รับโทษหนักขึ้นเช่นเดียวกับการข่มขืนทำชำเราตามมาตรา 243

ซึ่งได้กล่าวรายละเอียดไปแล้วในหัวข้อ 4.2.2

จากบทบัญญัติที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่าตามประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 นั้น ยังคงบัญญัติกฎหมายในแนวทางเดียวกับพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.1118 โดยมีบทลงโทษ สำหรับกรณีการกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ไว้ด้วย แต่มีความหมายกว้างกว่าการห้ามกระทำชำเราทางเวจมรรคตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.1118 เพราะการกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์จะรวมถึงกรณีการกระทำชำเราทางเวจมรรคและปากด้วย ดังนั้นหากมีการบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากแล้ว ผู้กระทำจะมีความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ซึ่งมีบทบัญญัติไว้โดยเฉพาะมิใช่ลงโทษการกระทำลักษณะดังกล่าวในความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งแสดงให้เห็นว่าสังคมในสมัยนั้นนำ

⁴⁶อินทรีวิชา, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2, หน้า 1123.

⁴⁷เสถียร วิชัยลักษณะ, กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127, หน้า 111.

จะเห็นว่าการร่วมเพศทางเวจรรคและทางปากมีความรุนแรงต่อผู้ถูกระทำแตกต่างไปจากความผิดฐานกระทำอนาจารซึ่งบัญญัติไว้โดยมีเจตนารมณ์สำหรับการกระทำความผิดอันมีลักษณะเป็นการทั่วไปสำหรับการอันขัดต่อศีลธรรมในทางเพศ

5. ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499

5.1 ประวัติความเป็นมาของประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499

ในปี พ.ศ.2499 ได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ตามประมวลกฎหมายฉบับนี้ไม่นำความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์มาบัญญัติไว้ ดังนั้น กรณีที่มีการกระทำความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจรรคและทางปาก จึงมีความผิดฐานกระทำอนาจารและทำร้ายร่างกายเท่านั้น ซึ่งฐานความผิดดังกล่าวมีลักษณะทำนองเดียวกับกฎหมายลักษณะอาญาเดิม

พิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการลงโทษการกระทำความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจรรคและทางปาก จะเห็นได้ว่าไม่มีบทลงโทษไว้โดยเฉพาะ คงลงโทษได้เพียงเป็นความผิดฐานอนาจารเท่านั้น โดยมีกรให้เหตุผลทางตำรากฎหมายว่าที่ไม่ได้บัญญัติไว้เพราะมักไม่เกิดเป็นคดีขึ้นประการหนึ่ง และไม่สมควรนำมาบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง เพราะเรื่องเช่นนี้ย่อมเป็นที่น่าอับอายแก่ประเทศชาติ คล้ายกับว่าประเทศไทยมีการกระทำความผิดเช่นนี้มา จึงต้องบัญญัติห้ามไว้⁴⁸

เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 นั้น หลังจากที่ได้มีการประกาศใช้ในปี พ.ศ.2499 จนกระทั่งถึงปัจจุบันได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอีกหลายครั้ง ในส่วนของลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศก็เช่นกัน มีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารในเรื่องอัตราโทษและอายุของเด็กในการให้ความยินยอม ดังนั้นในหัวข้อต่อไปจึงขอกล่าวเฉพาะบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารเท่านั้น ส่วนรายละเอียด องค์ประกอบความผิดต่าง ๆ ซึ่งคล้ายคลึงกันจะขอกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2530

5.2 บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499

⁴⁸หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาคปลาย 2470, หน้า 219.

5.2.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง

มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน โดยขู่脅ด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท

5.2.2 ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง

มาตรา 277 ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบสองปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นสี่พันบาท

5.2.3 ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 278 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบสามปี โดยขู่脅ด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

5.2.4 ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

มาตรา 279 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

5.3 บทบัญญัติของประมวลกฎหมาย พ.ศ.2499 (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2514)

มาตรา 276, 277, 278 และ 279 นี้ ความเดิมถูกยกเลิกโดยข้อ 7 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน 2514

5.3.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่脅ด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือ วัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี

5.3.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิง

มาตรา 277 ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบสองปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นสี่พันบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงและเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี

5.3.3 ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 278 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบสามปีโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

5.3.4 ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

มาตรา 279 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าในการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

5.4 บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม

พ.ศ.2525)

มาตรา 276, 277, 278 และ 279 นี้ ความเดิมถูกยกเลิกโดยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2525

5.4.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมีไข้ภริยาของตน โดยขู่เชือดด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

5.4.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิง

มาตรา 277 ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงและเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

5.4.3 ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 278 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบสามปีโดยขู่เชือดด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

5.4.4 ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

มาตรา 279 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าในการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เชือดด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

5.5 บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2530)

มาตรา 277, 278 และ 279 นี้ ความเดิมถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2530 (ลงวันที่ 1 กันยายน 2530)

5.5.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง

มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้คือ เสรีภาพในทางเพศที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง⁴⁹

องค์ประกอบภายนอกตามวรรคแรก

1. ข่มขืนกระทำชำเรา
2. หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน
3. โดย
 - ก. ขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ
 - ข. ใช้กำลังประทุษร้าย
 - ค. หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้
 - ง. ทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

ผู้กระทำกฎหมายใช้คำว่าผู้ใด คำว่า "ผู้ใด" หมายถึงหญิงหรือชายก็ได้ ดังนั้น หญิงซึ่งช่วยชายให้ข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นจนสำเร็จ เช่น ช่วยจับแขน จับขา เช่นนี้ ย่อมมีความผิดฐานเป็นตัวการตามมาตรา 83 ด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 250/2510) หญิงจะมีความผิดฐานเป็นตัวการในการข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งในกฎหมายอังกฤษนี้ถือว่าเป็นเฉพาะตัวการในการกระทำความผิดทางอ้อม⁵⁰

⁴⁹คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ.2536), หน้า 190.

⁵⁰สมพงษ์ พรชัยกุล "ความแตกต่างความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานอนาจาร" รายงานปริญาโทมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 13

การกระทำคือ การข่มขืนกระทำชำเรา

ผู้ถูกกระทำคือ หญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของผู้กระทำ

1. ข่มขืนกระทำชำเรา

คำว่า “ข่มขืน” หมายความว่า การที่ชายได้ร่วมประเวณีกับหญิงหรือกระทำชำเราหญิงโดยขืนใจ ซึ่งหญิงนั้นมิได้ยินยอมหรือสมัครใจจะร่วมประเวณีด้วย⁵¹ การสมัครใจกับการยินยอมนั้นต่างกัน เพราะการที่หญิงยินยอมให้ร่วมประเวณีอาจยินยอมโดยไม่สมัครใจก็ได้ เช่น ชู้แท้หญิงมีความกลัวว่าจะเป็นอันตรายถึงชีวิต ถ้าหญิงสมัครใจผู้กระทำก็จะเป็นการผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพราะการกระทำผิดตามมาตรานี้ ผู้ที่ได้รับความเสียหายโดยตรงก็คือ ตัวหญิง หญิงสามารถกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศได้ด้วยตนเอง กล่าวคือ จะยินยอมใครก็ได้เมื่อหญิงสมัครใจ ความเสียหายก็จะไม่เกิด จึงไม่เป็นความผิดตามมาตราดังกล่าว ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือ ความยินยอมของหญิงนั้น ต้องให้ในขณะที่มีการกระทำชำเรานั่นเอง ถ้าหากหญิงไม่ยินยอมในขณะที่ชายกระทำชำเราแล้ว การที่หญิงยินยอมให้ชายร่วมประเวณีด้วยในโอกาสหลังยอมไม่ลบล้างหรือกระทบกระเทือนถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งเกิดขึ้นแล้วในขณะที่มีการกระทำชำเราโดยหญิงไม่ยินยอม⁵²

คำว่า “กระทำชำเรา” หมายความว่า การร่วมประเวณีตามธรรมชาติ⁵³ กล่าวคือ เมื่ออวัยวะสืบพันธุ์ชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงแล้ว ไม่ว่าจะเข้าไปมากน้อยเพียงใด แม้เชื้อพรหมจารีจะยังไม่ฉีกขาด และชายยังไม่สำเร็จความใคร่ ก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จแล้ว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1646/2532) การกระทำอื่นหรือทางเวจรรค ไม่ถือว่าเป็นการกระทำชำเราตามมาตรา 276 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518) แต่อาจมีความผิดฐานอื่นได้

2. หญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน หมายถึงหญิงอื่นซึ่งมิใช่เป็นภรรยาของผู้กระทำการข่มขืน ถ้ากระทำชำเราภรรยาของตนเอง แม้หญิงจะไม่ยินยอม สามีก็ไม่มีผิดตาม

⁵¹สุปิ่น พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ), หน้า 35.

⁵²ธานินทร์ กรัยวิเชียร, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา,” วารสารนิติศาสตร์ (มีนาคม 2514) : 47.

⁵³กฤตยชญ์ ศิริเขต, กฎหมายอาญา 2 ภาคความผิด, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมา - ธิราช, บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : หนึ่งเจ็ดการพิมพ์, 2525), หน้า 384.

มาตรฐานนี้ แม้จะมีคนอื่นร่วมจับมือจับขาด้วย ผู้อื่นก็ไม่มี ความผิด เพราะการกระทำนั้นไม่ผิดฐาน กระทำซ้ำเราเสียแล้ว แต่อาจเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายหรือต่อเสรีภาพได้ ส่วนคำว่า “ภรรยา” หมายถึงภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย คือได้จดทะเบียนถูกต้องตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ หรือหมายความรวมถึงถึงหญิงที่ได้เสียอยู่กับชายชั้นที่สามมีภรรยาภายหลังที่ ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 แล้ว⁵⁴

3. โดย

ก. ชูเชิญด้วยประการใด ๆ การชูเชิญนี้จะกระทำในทางวาจาหรือทางร่างกายก็ได้ และไม่จำกัดเพียงจะทำร้ายร่างกายหญิงเท่านั้น อาจเป็นการชูเชิญว่าจะเปิดเผยความลับของหญิงก็ได้ ซึ่งเป็นการกระทำแก่หญิงนั้นโดยตรง หรือจะกระทำต่อบุคคลอื่นซึ่งเกี่ยวข้องกับหญิงนั้นก็ได้ นอกจากนั้น จะกระทำต่อทรัพย์สินก็ได้⁵⁵

ข. โดยใช้กำลังประทุษร้าย การใช้กำลังประทุษร้ายเป็นไปตามคำนิยามใน มาตรา 1(6) ซึ่งบัญญัติว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพ หรือด้วยวิธีอื่นใดและให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยให้ยา ทำให้มีเมามา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน”

ค. หญิงอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้ ซึ่งเป็นการที่หญิงจำยอมประการหนึ่ง อันมิใช่โดยใจสมัคร โดยหญิงอยู่ในภาวะแห่งร่างกายหรือจิตใจที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เป็นการที่หญิงปราศจากเจตน์จำนงโดยสิ้นเชิง หรือไม่สามารถแสดงเจตน์จำนงออกมาได้ และหมายความรวมถึงถึงกรณีที่หญิงวิกลจริตหรือปัญญาอ่อนด้วย ถ้าหญิงนั้นไม่รู้ความหมายของการร่วมประเวณี⁵⁶

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁵⁴ สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มิตรสยาม, 2534), หน้า 5-6.

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

⁵⁶ สมพงษ์ ขจรชัยกุล, “ความแตกต่างความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเรากับความผิดฐานอนาจาร,” รายงานปริญาโทมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 15.

ง. ทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น เป็นการล้าคัญผิดในตัวบุคคล เป็นคนละคนต่างคนกัน ไม่ใช่คุณสมบัติของบุคคลผู้นั้นเอง⁵⁷

องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้คือ เจตนา ผู้กระทำตามมาตรานี้จะต้องมีเจตนาตามมาตรา 59 คือจะต้องมีเจตนาที่จะข่มขืนกระทำชำเราหญิง ถ้ามีเจตนากระทำชำเรา แม้ไม่สามารถกระทำได้สำเร็จก็เป็นความผิดในฐานพยายาม ถ้าเจตนาเพียงแต่กระทำภายนอก ไม่ประสงค์ให้ของลับล่วงล้ำเข้าภายในช่องสังวาสของหญิง ไม่เป็นความผิดฐานพยายาม⁵⁸

การรับโทษ

ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคแรก เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 277 ทวิ อันตรายสาหัสและความตายจะเกิดจากการกระทำหรือไม่พิจารณาตามหลักมาตรา 63 และแม้ผลนั้นจะเกิดขึ้นในชั้นพยายามกระทำความผิด ผู้กระทำต้องได้รับโทษตามมาตรา

ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคแรกหรือตามมาตรา 277 ทวิ เป็นการกระทำต่อผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือ ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม ตามมาตรา 285⁵⁹

“ผู้สืบสันดาน” คือ ผู้สืบสายโลหิตโดยตรงลงมา และเฉพาะผู้สืบสันดานที่ชอบด้วยกฎหมาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 928/2502) บิดาเลี้ยงข่มขืนกระทำชำเราบุตรเลี้ยง ผิดมาตรา 277 ไม่เป็นกรณีตามมาตรา 285

“ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล” หมายถึง อยู่ในความดูแลของผู้กระทำ คือไม่ใช่แต่เพียงเป็นครูมีหน้าที่สอนเฉย ๆ แต่ต้องมีหน้าที่ดูแลด้วย⁶⁰

“ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ” เช่น นักโทษ หรือ ผู้ที่ถูกควบคุมที่สถานีตำรวจ

⁵⁷ จิตติ ดิงศภักดิ์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1 (กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2531), หน้า 1967.

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1968.

⁵⁹ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 192.

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 192.

“ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความดูแล” ต้องชอบด้วย

กฎหมาย⁶¹

5.5.2 ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปี แต่ไม่เกินสิบ

ห้าปี

มาตรา 277 วรรคแรก ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมี
โชภรรยาของตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี
และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

องค์ประกอบภายนอก

1. กระทำชำเรา
2. เด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี
3. ซึ่งมีโชภรรยาของตน

ผู้กระทำความผิดฐานนี้กฎหมายไม่จำกัดว่าเป็นใคร

การกระทำคือ กระทำชำเรา

ผู้ถูกกระทำคือ เด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่

ภรรยาของผู้กระทำ

การคุ้มครองเด็กอายุระหว่างสิบสามปีถึงสิบห้าปีเป็นพิเศษนี้เป็นแนว
ความคิดใหม่ โดยเห็นว่าไม่ควรให้ผู้กระทำความผิดอ้างความยินยอมของเด็กอายุระหว่างนี้ขึ้นเป็น
เหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษ เพราะเด็กอายุระหว่างนี้ส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโต และ
พัฒนาการทางด้านต่าง ๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรมและประสบการณ์ไม่
เพียงพอ ฉะนั้น ความยินยอมของเด็กอายุระหว่างนี้จึงไม่เป็นข้อสำคัญ กล่าวคือแม้เด็กจะยินยอม
ก็ผิด⁶²

องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้คือ เจตนา กล่าวคือผู้กระทำจะต้องรู้
ว่าเด็กหญิงนั้นอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี มีโชภรรยาของตนและผู้กระทำต้องการ
กระทำชำเราเด็กหญิงนั้น

การรับโทษ

⁶¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 192.

⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 194.

หลักเกณฑ์เป็นไปเช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง ซึ่งได้อธิบายรายละเอียดไปแล้วในหัวข้อ 5.5.1

เหตุยกโทษเว้นเฉพาะตัว

มาตรา 277 วรรคสี่ ถ้าเป็นการกระทำที่ชายกระทำแก่เด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนี้อยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำผิดไป

5.5.3 ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบสามปี

มาตรา 277 วรรคสอง ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

องค์ประกอบภายนอก

1. กระทำชำเรา
2. เด็กหญิงอายุไม่เกินสามปี

ผู้กระทำของความผิดฐานนี้กฎหมายไม่จำกัดว่าเป็นใคร

การกระทำคือ กระทำชำเรา

ผู้ถูกระทำคือ เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี

เด็กหญิงที่มีอายุยังไม่เกินสิบสามปีนี้ กฎหมายถือว่ายังไม่เจริญวัยในทางเพศเพียงพอ ฉะนั้นความยินยอมของเด็กหญิงจึงไม่เป็นข้อสำคัญ คือแม้จะยินยอมก็ผิด

องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้คือเจตนา กล่าวคือผู้กระทำจะต้องรู้ว่าเด็กหญิงนั้นอายุยังไม่เกินสิบสามปี และผู้กระทำต้องการกระทำชำเราเด็กหญิงนั้น

การรับโทษ

หลักเกณฑ์เป็นไปเช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งได้อธิบายรายละเอียดไปแล้วในหัวข้อ 5.5.1

5.5.4 ความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคลอายุกว่าสิบห้าปี

มาตรา 278 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่า 15 ปี โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำ

ให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้คือ เสรีภาพในทางเพศหรือสิทธิที่กำหนดเรื่องทางเพศด้วยตนเอง

องค์ประกอบภายนอก

1. กระทำอนาจาร
2. แก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี
3. โดย
 - ก. ชูเชื้ญด้วยประการใด ๆ
 - ข. ใช้กำลังประทุษร้าย
 - ค. บุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้
 - ง. ทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

ผู้กระทำของความผิดฐานนี้จะเป็นใครก็ได้ไม่จำกัดเพศ การกระทำคือ การกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยฝ่าฝืนความสมัครใจ

ผู้ถูกกระทำ กฎหมายไม่จำกัดว่าเป็นใคร

1. การกระทำอนาจารคือ การกระทำที่ในทางภาวะวิสัยเป็นการละเมิดหรือฝ่าฝืนความรู้สึกอับอายในทางเพศโดยทั่วไปอย่างร้ายแรง และเป็นการกระทำที่ในทางอัตวิสัยได้ถูกกระทำลงด้วยความต้องการทางเพศหรือความใคร่ เป็นต้นว่ามีจุดมุ่งหมายหรือความประสงค์เพื่อก่อหรือระงับความต้องการทางเพศ หรืออารมณ์ทางเพศของตนหรือผู้อื่น เช่น การกอด จูบ ลูบคลำ และการกระทำที่เป็นการอนาจารนั้น ต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคล แม้จะเป็นการกระทำผ่านบนเสื้อผ้าก็ตาม⁶³ กล่าวคือเป็นการกระทำที่นอกกริต เป็นการผิดประเพณี⁶⁴ เป็นเรื่องทำให้ขายหน้า⁶⁵ การกล่าวทางวาจาหรือรูปภาพมิได้จับต้องร่างกายผู้อื่นเช่นนี้ไม่เป็นการอนาจาร⁶⁶

⁶³ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

⁶⁴ รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา, ครั้งที่ 277/56/2485 วันศุกร์ที่ 13 กุมภาพันธ์ 2485, หน้า 4 - 7.

⁶⁵ รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา, ครั้งที่ 277/55/2485 วันพฤหัสบดีที่ 12 กุมภาพันธ์ 2485 หน้า 12.

หรืออย่างกรณีชายหนุ่มหญิงสาวกอดจูบก้นต่อน้ำธรรก้านัล ถ้าทั้งสองฝ่ายสมัครใจก็ไม่เป็นการกระทำอนาจาร เพราะไม่มีการล่วงเกิน แต่จะเป็นความผิดตามมาตรา 388 หรือไม่เป็นอีกปัญหาหนึ่ง ความสมัครใจหรือไม่สมัครใจของผู้ถูกกระทำจึงเป็นข้อสำคัญประการหนึ่งที่จะทำให้การกระทำนั้นเป็นอนาจารหรือไม่ เพราะการกระทำผิดตามมาตรานี้ ผู้ที่ได้รับความเสียหายโดยตรงก็คือตัวผู้ถูกกระทำเอง ฉะนั้นถ้าผู้ถูกกระทำยินยอมสมัครใจให้กระทำก็ย่อมไม่เสียหายและเป็นการล่วงเกิน ไม่ควรเอาผิดแก่ผู้กระทำ การยินยอมสมัครใจจึงต้องประกอบด้วยผู้กระทำรู้ตัวว่าจะถูกกระทำอนาจาร และยังยินยอมสมัครใจให้กระทำ⁶⁷ แต่ในกรณีที่ชายหญิงหรือสามีภรรยาทำอนาจารต่อหน้าประชาชนหรือธรรก้านัล แม้ชายหนุ่มหรือสามีจะไม่มี ความผิดฐานอนาจารต่อหญิงสาวหรือภรรยาก็ตาม แต่ก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่เป็นอนาจารต่อประชาชน ถือได้ว่าเป็นความผิดฐานอนาจารเช่นกัน เพราะถือได้ว่าเป็นการกระทำผิดประเพณีของไทย หรืออย่างในกรณีที่หญิงยินยอมให้ชายเปลื้องผ้ากลางถนน หรือกลางที่สาธารณะ แม้หญิงยินยอมก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำอนาจารเช่นกัน เพราะถือได้ว่าเป็นการกระทำต่อหน้าสาธารณะชน ต่อหน้าประชาชนหรือต่อหน้าธรรก้านัล อันถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ผิดประเพณีเช่นกัน⁶⁸

2. แก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี หมายความว่าทั้งชายและหญิงเป็นผู้ถูกกระทำได้ เพราะกฎหมายไม่ได้จำกัดไว้เฉพาะหญิงเท่านั้น ดังนั้นการกระทำอนาจารตามมาตรานี้จะเป็นชายกระทำต่อหญิง หญิงกระทำต่อชาย ชายกระทำต่อชาย หรือหญิงกระทำต่อหญิงก็ได้⁶⁹ และอายุอย่างน้อยต้องเกิน 15 ปี ถ้าไม่เกิน 15 ปี ก็จะเป็นความผิดตามมาตรา 279

3. โดย

- 3.1 ชูเช็ดด้วยประการใด ๆ
- 3.2 ใช้กำลังประทุษร้าย
- 3.3 บุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้
- 3.4 ทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

⁶⁶ สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา, หน้า 32.

⁶⁷ จิน ดารา, "อนาจาร" บทบัญญัติ, (25 พฤษภาคม 2511) : 308.

⁶⁸ สมพงษ์ ขจรชัยกุล, "ความแตกต่างของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานอนาจาร" รายงานปริญาโทมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 18.

⁶⁹ สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา, หน้า 32 - 34.

องค์ประกอบข้อนี้มีความหมายเช่นเดียวกับในเรื่องความผิดฐานข่มขืน
กระทำชำเรา ซึ่งได้อธิบายรายละเอียดไปแล้วในหัวข้อที่ 5.5.1 จึงไม่อธิบายซ้ำอีกในที่นี้

องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้คือเจตนา ตามมาตรา 59 โดยเฉพาะ
อย่างยิ่งต้องรู้ว่าเป็นบุคคลอายุกว่าสิบห้าปี และไม่ต้องมีเจตนาพิเศษประการใด ถ้าการกระทำนั้น
พิจารณาจากที่ปรากฏภายนอกเป็นการอนาจารแล้ว แม้ผู้กระทำจะมีได้กระทำเพื่อความใคร่หรือ
กามารมณ์ ก็เป็นความผิดตามมาตรานี้ได้ แต่ถ้าการกระทำตามที่ปรากฏภายนอกแสดงให้เห็นว่าผู้
กระทำมิได้มีความมุ่งหมายในทางความใคร่หรือกามารมณ์ก็ไม่เป็นการกระทำอนาจาร ดังนั้นการ
กระทำด้วยความมุ่งหมายอย่างไรที่อาศัยข้อความผิดของผู้กระทำนี้มิใช่อาศัยเจตนาพิเศษของผู้
กระทำ แต่อาศัยพฤติการณ์ที่ปรากฏภายนอกของการกระทำเช่นนั้นเป็นเกณฑ์ เพราะแม้ผู้กระทำ
จะมีเจตนาพิเศษเพื่อความใคร่ แต่การกระทำที่ปรากฏไม่เป็นเช่นนั้นก็ไม่เป็นการกระทำอนาจาร
เช่น แพทย์ตรวจร่างกายของหญิงตามธรรมดา แม้แพทย์อาจมีความรู้สึกทางเพศ แต่ไม่มีใครคิด
เห็นเช่นนั้น ก็ไม่เป็นการกระทำอนาจาร⁷⁰

การรับโทษ

ความผิดฐานนี้ ถ้าเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำอันตรายสาหัสหรือเป็นเหตุให้ผู้ถูก
กระทำถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักขึ้นตามมาตรา 280

ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 278 หรือ 280 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบ
สันดาน ศิษย์ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ใน
ความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่ง
ในสามตามมาตรา 285

5.5.5 ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี

มาตรา 279 วรรคแรก ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดย
เด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือ
ทั้งจำทั้งปรับ

ความผิดฐานนี้ประสงค์จะคุ้มครองความเจริญของเด็กมิให้ถูกรบกวน โดย
การสัมผัสทางเพศก่อนวัยอันควร⁷¹

⁷⁰จิตติ ติงศภิทย์, กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1, หน้า 1952.

⁷¹คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 198.

องค์ประกอบภายนอก

1. กระทำอนาจาร
2. แก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี
3. เด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

ผู้กระทำความผิดฐานนี้ กฎหมายไม่จำกัดบุคคลและเพศ

การกระทำคือ การกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี การกระทำอนาจารแก่เด็กหมายความว่าถึงไม่เพียงแต่การกระทำอนาจารต่อหน้าเด็ก แต่หมายความว่าถึงการกระทำด้วยร่างกายเด็ก หรือกระทำที่ร่างกายเด็ก ทั้งนี้ไม่สำคัญว่าการริเริ่มจะเกิดจากใคร การกระทำอนาจารต่อหน้าเด็ก เช่น การร่วมเพศให้เด็กดู การกระทำอนาจารด้วยร่างกายของเด็ก เช่น ปล่อยให้เด็กสัมผัสอวัยวะเพศของผู้กระทำ การกระทำอนาจารที่ร่างกายของเด็ก เช่น การกอดจูบลูบคลำเด็ก⁷²

ผู้ถูกกระทำคือ เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี กฎหมายไม่จำกัดเพศ

องค์ประกอบภายนอกนี้มีความหมายเช่นเดียวกับการกระทำอนาจารตามมาตรา 278 ซึ่งได้อธิบายรายละเอียดไปแล้วในหัวข้อ 5.5.4 จึงไม่อธิบายซ้ำอีก

5.5.6 ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีโดยเด็กไม่

ยินยอม

มาตรา 279 วรรคสองถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ความผิดฐานนี้ กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองความเจริญของเด็กมิให้ถูกรบกวน โดยการสัมผัสทางเพศก่อนวัยอันควร⁷³

องค์ประกอบภายนอก

1. กระทำอนาจาร
2. แก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี
3. โดย

⁷² เรื่องเดียวกัน, หน้า 199.

⁷³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 200.

3.1 ชูเช็ญด้วยประการใด ๆ

3.2 ใช้กำลังประทุษร้าย

3.3 เด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

3.4 ทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

คำอธิบายองค์ประกอบภายนอกนี้ เทียบเคียงได้กับคำอธิบายซึ่งได้กล่าวไว้แล้วในความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีในหัวข้อ 5.5.5 ซึ่งจะไม่อธิบายซ้ำอีก

องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้คือ เจตนา กล่าวคือผู้กระทำต้องรู้ว่าเด็กนั้นอายุยังไม่เกินสิบห้าปี และผู้กระทำต้องการกระทำอนาจารโดยฝ่าฝืนความสมัครใจของเด็กนั้น

การรับโทษ

หลักเกณฑ์เป็นไปเช่นเดียวกับความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคลอายุกว่าสิบห้าปี ซึ่งได้อธิบายรายละเอียดไปแล้วในหัวข้อ 5.5.4

5.5.7 ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

มาตรา 295 ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กาย หรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดต่อร่างกายคือความปลอดภัยของร่างกาย

องค์ประกอบภายนอก

1. ทำร้าย

2. ผู้อื่น

3. จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ผู้กระทำความผิดฐานนี้กฎหมายไม่จำกัดว่าเป็นใคร

การกระทำคือ ทำร้าย

ผู้ถูกกระทำความผิดฐานนี้กฎหมายไม่จำกัดว่าเป็นใคร

1. ทำร้าย คำว่าทำร้ายนี้มีความหมายตามธรรมดาคือหมายถึงการใช้กำลังชก ต่อย ตะ หรือใช้วัตถุ เครื่องมือตี หรือแทงทำร้ายร่างกาย เป็นต้น นอกจากนี้ ยังรวมถึงการใช้กำลังประทุษร้ายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1 (6) บางกรณีอีกด้วย แต่การทำร้ายร่างกาย

ที่ใช้ในมาตรานี้ไม่จำเป็นต้องกระทำโดยการใช้อำนาจทำร้ายด้วยตนเองเสมอไปดังเช่นในมาตรา 391 อาจจะใช้วิธีอื่นก็ได้ เช่น ยุให้สูญชกัต์

2. ผู้อื่น หมายถึงไม่ใช่ตัวผู้กระทำเอง และหมายถึงผู้ที่มีชีวิต ไม่ใช่คนที่ตายไปแล้ว

3. จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ หมายความว่าการที่ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กาย หรือจิตใจนั้นต้องเนื่องจากการกระทำของผู้กระทำโดยตรง ซึ่งต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลตามหลักในมาตรา 63



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ตารางเปรียบเทียบบทบัญญัติกฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499

กฎหมาย มาตรา	ความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเรา	ความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราเด็กหญิง	ความผิดฐาน กระทำอนาจาร	ความผิดฐาน กระทำอนาจารเด็ก
1. ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499	มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืน กระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วย ประการใด ๆ โดยใช้กำลัง ประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ใน ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิด ว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้อง ระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปี ถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สอง พันบาทถึงสองหมื่นบาท	มาตรา 277 ผู้ใดกระทำ ชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกิน สิบสามปี โดยเด็กหญิงนั้นจะ ยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้อง ระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปี ถึงสิบสองปี และปรับตั้งแต่สี่ พันบาทถึงสองหมื่นสี่พันบาท	มาตรา 278 ผู้ใดกระทำ อนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบ สามปี โดยขู่เข็ญด้วยประการ ใด ๆ โดยใช้กำลัง ประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืน ได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้น เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน สามปี หรือปรับไม่เกินหกพัน บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ	มาตรา 279 ผู้ใดกระทำ อนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกิน สิบสามปี โดยเด็กนั้นจะ ยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้อง ระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ
2. ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 (ฉบับแก้ไขเพิ่ม เติม พ.ศ.2514)	มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืน กระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วย	มาตรา 277 ผู้ใดกระทำ ชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกิน สิบสามปี โดยเด็กหญิงนั้นจะ	มาตรา 278 ผู้ใดกระทำ อนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบ สามปี โดยขู่เข็ญด้วยประการ	มาตรา 279 ผู้ใดกระทำ อนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกิน สิบสามปี โดยเด็กนั้นจะ

กฎหมาย มาตรา	ความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเรา	ความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราเด็กหญิง	ความผิดฐาน กระทำอนาจาร	ความผิดฐาน กระทำอนาจารเด็ก
	<p>ประการใด ๆ โดยใช้กำลัง ประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ใน ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิด ว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้อง ระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปี ถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สอง พันบาทถึงสองหมื่นบาท</p> <p>ถ้าการกระทำความผิด ตามวรรคแรกได้กระทำโดยมี หรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุ ระเบิด หรือโดยร่วมกระทำ ความผิดด้วยกันอันมี ลักษณะเป็นการโหมหนิง ต้องระวางโทษจำคุกตลอด ชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบปีถึง</p>	<p>ยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้อง ระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปี ถึงสิบสองปี และปรับตั้งแต่สี่ พันบาทถึงสองหมื่นสี่พันบาท</p> <p>ถ้าการกระทำความผิด ตามวรรคแรกได้กระทำโดย ร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโหม เด็กหญิง และเด็กหญิงนั้นไม่ ยินยอม หรือได้กระทำโดยมี หรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุ ระเบิด ต้องระวางโทษจำคุก ตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่ สิบห้าปีถึงยี่สิบปี</p>	<p>ใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่ สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำ ให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตน เป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับ ไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ</p>	<p>ยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้อง ระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ</p> <p>ถ้าในการกระทำความ ผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้ กระทำโดยขู่เข็ญด้วย ประการใด ๆ โดยใช้กำลัง ประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ใน ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจ ผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้อง ระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ</p>

กฎหมาย มาตรา	ความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเรา	ความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราเด็กหญิง	ความผิดฐาน กระทำอนาจาร	ความผิดฐาน กระทำอนาจารเด็ก
<p>3. ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2525)</p>	<p>ยี่สิบปี</p> <p>มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท</p> <p>ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุ</p>	<p>มาตรา 277 ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต</p> <p>ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิง และเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมี</p>	<p>มาตรา 278 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบสามปี โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ</p>	<p>มาตรา 279 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ</p> <p>ถ้าในการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจ</p>

กฎหมาย มาตรา	ความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเรา	ความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราเด็กหญิง	ความผิดฐาน กระทำอนาจาร	ความผิดฐาน กระทำอนาจารเด็ก
4. ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 (ฉบับแก้ไขเพิ่ม เติม พ.ศ.2530)	<p>ระเบิด หรือโดยร่วมกระทำ ความผิดด้วยกันอันมี ลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับ ตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่น บาท หรือจำคุกตลอดชีวิต</p> <p>มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืน กระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วย ประการใด ๆ โดยใช้กำลัง ประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ใน ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิด ว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้อง</p>	<p>หรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุ ระเบิด ต้องระวางโทษจำคุก ตลอดชีวิต</p> <p>มาตรา 277 ผู้ใดกระทำ ชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกิน สิบห้าปี ซึ่งมีโทษภรรยาของ ตน โดยเด็กหญิงนั้นจะ ยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้อง ระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึง ยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปด พันบาทถึงสี่หมื่นบาท</p>	<p>มาตรา 278 ผู้ใดกระทำ อนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบ ห้าปี โดยขู่เข็ญด้วยประการ ใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่ สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำ ให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตน เป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษ</p>	<p>ผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้อง ระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้า ปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่น บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ</p> <p>มาตรา 279 ผู้ใดกระทำ อนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกิน สิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะ ยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้อง ระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ</p> <p>ถ้าในการกระทำความ</p>

กฎหมาย มาตรา	ความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเรา	ความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราเด็กหญิง	ความผิดฐาน กระทำอนาจาร	ความผิดฐาน กระทำอนาจารเด็ก
	<p>ระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท</p>	<p>ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต</p>	<p>จำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ</p>	<p>ผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ</p>

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

จากบทบัญญัติของกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายลักษณะอาญาฉบับปัจจุบันมิได้มีบทบัญญัติลงโทษการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและกรณีกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ไว้โดยเฉพาะ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าการกระทำเกี่ยวกับเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก อาจถือได้ว่าเป็นความรุนแรงเทียบเท่าได้กับการข่มขืนกระทำชำเรา มีข้อแตกต่างอยู่ที่โอกาสการตั้งครมภ์และเพศของผู้ถูกกระทำเท่านั้น และเนื่องจากมีคำพิพากษาฎีกาที่ 1048/2518 วินิจฉัยว่า การกระทำชำเราของลับชายต้องล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงเท่านั้น มิใช่ช่องทวารหนัก ดังนั้น เมื่อมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากแล้ว จึงลงโทษได้แค่เพียงความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278, 279 และทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 เท่านั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วการกระทำอนาจารเป็นการกระทำโดยไม่สมควรในทางเพศ อาจเป็นเพียงการจับหน้าอก จับมือ จับก้น หรือกอดจูบ เท่านั้น จึงเป็นประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากนั้นสมควรหรือไม่ที่จะปรับลงโทษในบทกฎหมายฐานกระทำอนาจาร เพราะลักษณะการกระทำแตกต่างกันมาก นอกจากนี้แล้ว กฎหมายอาญาในสมัยก่อนของไทยก็มีการบัญญัติกฎหมายลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ แต่ต่อมาได้ยกเลิกเสีย โดยให้เหตุผลว่ามักไม่เกิดคดี และเป็นที่น่าอับอายแก่ประเทศชาติ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าเหตุผลดังกล่าวไม่สามารถนำมาใช้ได้ในปัจจุบัน เนื่องจากในขณะนี้ได้มีพฤติกรรมการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากเพิ่มขึ้นอยู่เสมอ ตามที่ปรากฏเป็นข่าวในปัจจุบัน และในต่างประเทศบางประเทศก็ได้มีการบัญญัติลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าวไว้โดยเฉพาะด้วย เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา และอินเดีย ดังนั้น จึงเป็นประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่าในกรณีประเทศไทยควรที่จะมีการบัญญัติลงโทษการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากไว้โดยเฉพาะเพื่อให้เหมาะสมกับการกระทำความผิด และสอดคล้องกับพฤติกรรมในสังคมปัจจุบัน ซึ่งในบทต่อไปจะเป็นการพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายในต่างประเทศเพื่อนำมาวิเคราะห์และเปรียบเทียบการบัญญัติกฎหมายลักษณะดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ