

บทที่ 4

วิเคราะห์การเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำ อนาจารตั้งแต่สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นถึงประมวลกฎหมาย

บทบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร ที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวงในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น จนถึงประมวลกฎหมายอาญามีการเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย ในเรื่องแนวความคิดในการบัญญัติกฎหมายวิธีกำหนดลักษณะความผิด โดยมีการประสมประสานแนวความคิดในกฎหมายตราสามดวงกับหลักกฎหมายของประเทศทางตะวันตก และปรับให้เข้ากับสภาพสังคมและวัฒนธรรมไทย

4.1 มูลเหตุของการบัญญัติกฎหมาย

จากการศึกษาบทบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศเฉพาะการเป็นชู้และผิดภริยาของผู้อื่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานกระทำอนาจาร และความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ จะปรากฏอยู่ในกฎหมายสี่ฉบับ ได้แก่ พระอัยการลักษณะผิดเมียในกฎหมายตราสามดวง พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งผู้เขียนพบว่า แนวความคิดในการบัญญัติกฎหมายทั้งสี่ฉบับดังกล่าว จะมีมูลเหตุที่คล้ายคลึงกัน คือ ความไม่สมบูรณ์หรือบกพร่องของตัวบทกฎหมายเดิมที่ใช้อยู่และกฎหมายเดิมจะล้าสมัย และผู้เขียนพบว่า จากประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ประเทศไทยจะรับวัฒนธรรมทางกฎหมายของต่างประเทศถ่ายทอดเข้ามาประสมประสานกับวัฒนธรรมและกฎหมายเดิมของไทย ดังจะเห็นได้จาก การรับวัฒนธรรมกฎหมายจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของอินเดีย โดยไทยได้รับมาจากผ่านทางมอญในสมัยกรุงศรีอยุธยา และการรับวัฒนธรรมทางกฎหมายของตะวันตกเข้ามาในระบบกฎหมายไทยจนจัดทำประมวลกฎหมายอาญาขึ้นสำเร็จเป็นฉบับแรกในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ ซึ่งในช่วงเวลานั้น นับได้ว่าเป็นจุดเปลี่ยนทางประวัติศาสตร์กฎหมายครั้งใหญ่ครั้งหนึ่งของประเทศไทย ผู้เขียนจึงขอวิเคราะห์การเปลี่ยนแปลงจากกฎหมายไทยเดิม คือ กฎหมายตราสามดวง เป็นประมวลกฎหมายฉบับแรก คือ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งเป็นจุดเปลี่ยนที่สำคัญ

กฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายที่ได้รับการชำระสะสางในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช รัชกาลที่ 1 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ ในปี พ.ศ. 2347¹ สำหรับมูลเหตุในการชำระสะสางกฎหมายตราสามดวง จากการศึกษาพบว่า มาจากมูลคดีที่นายบุญศรีช่างเหล็ก หลวงร้องทุกข์กล่าวโทษ พระยาเกษมตัดสินคดีไม่ยุติธรรม ในคดีที่อ้าแดงป้อมกริยานายบุญศรีเป็นผู้ชู้กับนายราชาอรอดแล้วมาฟ้องหย่านายบุญศรี ตามกฎหมายที่ว่า เป็นหญิงหย่าชายหย่าได้ ซึ่งพระยาเกษมได้ตัดสินให้อ้าแดงป้อมหย่าได้ พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช รัชกาลที่ 1 ทรงพระกรุณาตรัสว่า หญิงนอกใจชายแล้วมาฟ้องหย่าชาย แล้วศาลตัดสินให้หย่ากันนั้น หาเป็นความยุติธรรมไม่ จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้เจ้าพระยาพระคลังนำกฎหมาย ณ ศาลหลวง มาตรวจสอบกับฉบับข้างที่ และฉบับหอหลวง ได้ความว่า “ชายหาผิดมิได้ หญิงขอหย่า ท่านว่าเป็นหญิงหย่าชายหย่าได้” ซึ่งถูกต้องตรงกันทั้งสามฉบับ จึงทรงมีพระบรมราชโองการดำรัสว่า

“ฝ่ายพระพุทธจักรนั้น พระไตรปิฎกนั้นพี่น้องวิปริตก็ได้อาราธนาประชุมพระราชาคณะ ทั้งปวงให้ทำสังคายนา และฝ่ายราชอาณาจักรนี้ภคิรัยผู้ดำรงแผ่นดินนั้นโดยอาศัยซึ่งโบราณราชนิติกฎหมาย จึงพิพากษาตัดสินเนื้อความราษฎรทั้งปวงได้โดยยุติธรรม และพระราชกำหนดพระอัยการนั้นก็พี่น้องวิปริตผิดซ้ำต่างกันไปเป็นอันมาก ด้วยคนอันโลกหลงหาความละเอียดแก่บาปมิได้คัดแปลงแต่งตามชอบใจไว้ พิพากษาพาให้เสียความยุติธรรมสำหรับแผ่นดินไปบ้างก็มี”

ดังนั้น จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าให้ชำระสะสางกฎหมายเสียใหม่ โดยชำระพระราชกำหนด พระอัยการมีในหอหลวง ตั้งแต่พระธรรมนูญให้ถูกต้องตรงกับต้นฉบับในภาษาบาลี และเนื้อความให้ถูกต้องมิให้ผิดเพี้ยน จัดเป็นหมวดหมู่ ประทับตราพระราชสีห์ พระคชสีห์ และตราบัวแก้ว เก็บไว้ที่ห้องเครื่องฉบับหนึ่ง หอหลวงฉบับหนึ่ง และ ณ ศาลหลวงฉบับหนึ่ง และแม้ว่ากฎหมายตราสามดวงจะมีใช้มีลักษณะเป็นประมวลกฎหมายโดยแท้จริง แต่เนื่องจากลักษณะของการรวบรวมชำระสะสางบทกฎหมายที่กระจัดกระจายอยู่ให้มาเป็นหมวดหมู่ย่อมถือได้ว่าเป็นการประมวล จึงมีผู้เรียกกฎหมายตราสามดวงว่า ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 และเมื่อพิจารณาตามกาลสมัยแล้ว กฎหมายในสมัยโบราณรวบรวมเป็นหมวดหมู่ได้ถึง 29 ลักษณะ ได้แก่ พระธรรมนูญหลักอินทภาษ กฎมณเฑียรบาล พระธรรมนูญ พระอัยการพรมศักดิ์ พระอัยการตำแหน่งนาพลเรือน พระอัยการตำแหน่งนาหัวเมือง พระอัยการบานแผนก พระอัยการลักษณะรับฟ้อง พระ

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

อัยการลักษณะพยาน พระอัยการลักษณะพิสูจน์ดำเนินอาญาเพลิง พระอัยการลักษณะตระลาการ พระอัยการลักษณะอุทธรณ์ พระอัยการลักษณะผู้เมียบ พระอัยการลักษณะทนาย พระอัยการลักษณะ ลักพา พระอัยการลักษณะมรดก พระอัยการลักษณะภูหนี้ พระอัยการลักษณะเบ็ดเสร็จ พระอัยการ ลักษณะวิวาทคดีกัน พระอัยการลักษณะโจร พระอัยการลักษณะอาญาหลวง พระอัยการลักษณะ อาญาราชฎูร์ พระอัยการลักษณะขบถศึก กฎพระสงฆ์ กฎ 36 ข้อ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด เก่า และพระราชกำหนดใหม่ ซึ่งในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า เมื่อพิจารณาตามกาลสมัย กฎหมาย ในสมัยโบราณรวบรวมได้มากถึง 29 ลักษณะนับได้ว่าค่อนข้างครอบคลุมและดีมาแล้ว และแสดง ถึงอริยธรรมาของคนไทยในสมัยโบราณได้เป็นอย่างดี แม้ว่าบทบัญญัติจะมีลักษณะปะปนกันทั้ง ทางแพ่งทางอาญา หรือวิธีพิจารณาความก็ตาม

เมื่อเปรียบเทียบกับมูลเหตุของการจัดทำประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรก คือ กฎหมาย ลักษณะอาญา ร.ศ. 127 พบว่า มูลเหตุสำคัญในการจัดทำกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้แก่ ปัญหาความบกพร่องของกฎหมายตราสามดวง อาทิ กฎหมายตราสามดวงไม่มีการแบ่งลักษณะ ความแพ่งและความอาญาให้ชัดเจน การระบุโทษไม่ชัดเจนและไม่เหมาะสม มีบางความผิดที่ลง โทษผู้กระทำความผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญา มีการบัญญัติประเภทความผิดไม่เป็นสากล บทบัญญัติของกฎหมายไม่สามารถใช้ครอบคลุมให้ทั่วถึงกับความผิดใหม่ ๆ และการบังคับใช้ กฎหมายไม่สามารถใช้ได้ทั่วประเทศเนื่องด้วยเงื่อนไขปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตจาก ประเทศมหาอำนาจตะวันตก จึงทำให้ประเทศไทยต้องรับอิทธิพลจากแนวความคิดของระบบ กฎหมายตะวันตกเข้ามาใช้ในการบัญญัติกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยไม่ได้รับแนวความคิดของกฎหมายตะวันตกเข้ามาทั้งหมดแต่ได้ประสมประสานให้เข้ากับกฎหมายไทยเดิมและสภาพ สังคมและวัฒนธรรมของประเทศไทยด้วย ดังปรากฏในพระราชดำรัสของพระบาทสมเด็จพระ จุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ในการเปิดรัฐมนตรีสภา ความว่า

“ ... ราชกิจที่คิดจะทำกฎหมายนั้น ตริตรองดูเหตุการณ์ทั้งหลายที่มีเฉพาะสำหรับกับบ้าน เมืองเขาอยู่เป็นสำคัญเป็นนิตย์ การที่เราคิดจัดการแก้ไขธรรมเนียมให้ดีขึ้นต้องเป็นเป็นการมั่นคง แลประกอบด้วยสติสัมปชัญญะ เราไม่ควรที่จะเปลี่ยนแปลงภาวะจัดการแก้ไขธรรมเนียมที่มีอยู่ทุก วันนี้ให้ใหม่ไปหมดเสียทีเดียว แลไม่ควรที่จะหลับตาเอาอย่างตามธรรมเนียมที่มีในที่อื่น หากว่า ต้องค่อย ๆ ทำให้ดีขึ้นโดยลำดับในการที่เป็นสิ่งที่จะต้องจัดการให้ดีขึ้น แลเลิกถอนแต่สิ่งที่เป็นแน่ แท้ว่าไม่ดี ฤาเป็นของใช้ไม่ได้แล้วเท่านั้น ทุกเมืองอื่น ๆ แลในเมืองนี้เป็นสำคัญทั้งสิ้นย่อมมีธรรมเนียมหลายอย่างเป็นที่ต้องนับถือกัน ไม่ใช่เพราะว่าเป็นธรรมเนียมเก่าแก่มาแต่โบราณ เสมอกับ อายุของประเทศนี้อย่างเดียว หากพบว่าเป็นธรรมเนียมที่สนิทแน่นแฟ้นแก่น้ำใจ แลความเชื่อมั่น

ของอาณาประชาราษฎร์ และเพราะว่าจะเลิกถอนธรรมเนียมเช่นนี้เสีย ก็จะไม่เป็นแต่เพียงเป็นภัยที่เกิดขึ้นแก่บ้านเมืองที่ตั้งอยู่อย่างเดียว หากจะกระทำให้อณาประชาราษฎร์ไม่เป็นผาสุกด้วย”²

นายฮอร์ช ปาดูซ์ ประธานในการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ก็มีความคิดเช่นเดียวกันนี้ ดังที่จะเห็นได้จากการที่นายฮอร์ช ปาดูซ์ ได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ของการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ว่า³

1) เพื่อหาหลักเกณฑ์สำคัญในกฎหมายอาญาของไทยตามที่เคยถือปฏิบัติกันมา และหาทางยกเลิกสิ่งที่เห็นจากประสบการณ์แล้วว่าไม่เหมาะสม

2) เพื่อนำเอาแนวความคิดอย่างตะวันตกที่เข้ากันได้กับสภาพสังคมของประเทศไทย ซึ่งอยู่ในระหว่างการเปลี่ยนแปลงพัฒนาอย่างเต็มที่ บัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายในลักษณะสมัยใหม่ ง่าย และชัดเจนตามแบบอย่างการนิติบัญญัติในยุโรปและอเมริกา ตามคำกล่าวที่ว่า

“... ผู้ร่างจึงมุ่งมั่นที่จะเสริมสร้างและพัฒนากฎหมายที่มีอยู่แล้วมากกว่าที่จะนำกฎหมายจากยุโรปเข้ามาแทนที่ ผู้ร่างจึงได้พยายามที่จะประสานความต้องการที่มีลักษณะพิเศษของสังคมแตกต่างไปจากสังคมยุโรปให้เข้ากับแนวความคิดที่มีแนวโน้มจะกลายเป็นหลักทั่วไปในกฎหมายโลกสมัยใหม่ กล่าวโดยสรุปก็คือ เป็นความพยายามที่จะพัฒนากฎหมายอาญาของประเทศที่มีต้นกำเนิดจากเชื้อสายมองโกลและมีอารยธรรมอารยัน โดยใช้วิธีการทางนิติศาสตร์ของตะวันตก”

ดังนั้น จึงอาจกล่าวสรุปได้ว่า ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ประเทศไทยมักจะถ่ายทอดอิทธิพลจากกฎหมายต่างประเทศเข้ามาประสมประสานและปรับเข้ากับกฎหมายไทยเดิมที่มีอยู่แล้ว ดังจะเห็นได้จาก การรับวัฒนธรรมกฎหมายมอญเข้ามาสู่ไทยในสมัยกรุงศรีอยุธยาในรูปของกัมภีร์พระธรรมศาสตร์ หรือกัมภีร์พระธรรมสัตถัม และต่อมาในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ก็ได้รับอิทธิพลการบัญญัติกฎหมายจากตะวันตกเข้ามาประสมประสานกับหลักกฎหมายไทย โดยปรับให้เข้ากับ

² พระราชดำรัสในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวตั้งแต่ พ.ศ. 2417 ถึง พ.ศ. 2453, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2458), หน้า 98 – 99.

³ ฮอร์ช ปาดูซ์, “บันทึกของนายฮอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127,” แปลและเรียบเรียงโดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, หน้า 16 – 17.

สภาพสังคมของไทย มิใช่ การลอกเลียนหรือรับเอากฎหมายจากต่างประเทศเข้ามาโดยสิ้นเชิง และ จะพบมูลเหตุของการชำระสะสางกฎหมาย หรือการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่จะเป็นเพราะความ บกพร่องไม่สมบูรณ์ของกฎหมายเดิมเป็นหลัก และยังพบว่าในการยกร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ยังมีเงื่อนไขเรื่องทางเมืองจากประเทศมหาอำนาจตะวันตกซึ่งประเทศไทยจะหลีกเลี่ยงไม่ได้ประกอบด้วย

4.2 การเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติความคิด

วิธีการบัญญัติความคิด และลักษณะความคิด รวมทั้งโทษ ของความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศ ในเรื่องการเป็นชู้และการผิดภริยาของผู้อื่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานกระทำ อนาจาร และความผิดฐานชำเราผิดธรรมคานมนุษย์ ในกฎหมายตราสามดวงมีการเปลี่ยนแปลงเข้าสู่ ระบบสากลเมื่อประเทศไทยถือใช้ประมวลกฎหมายฉบับแรก

4.2.1 การเปลี่ยนแปลงวิธีบัญญัติความคิด

วิธีการบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และประมวล กฎหมายอาญา ได้ใช้วิธีการที่แตกต่างไปจากที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน ในกฎหมายตรา สามดวงอย่างเห็นได้ชัดเจน

วิธีการบัญญัติความผิดในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน ในกฎหมายตราสามดวง เป็นการ บัญญัติที่มีลักษณะเฉพาะกรณี ไม่มีลักษณะเป็นบทบัญญัติอันจะใช้บังคับได้เป็นการทั่วไป⁴ เป็น การหาเหตุผลจากข้อเท็จจริงย่อไปหาหลักทั่วไปในรูปบทสรุปที่เป็นข้อเท็จจริงหรือเฉพาะกรณี (conclude individual)⁵ เช่น มาตรา 2 ผู้ใดเข้าโลมจับมือต้อนมกอดจูบเมียท่านก็ดี ฝ่าท่านไม่อยู่ไป หาเมียท่านถึงในเรือนแลในสถานที่ลับ ไม่มีผู้ใดอยู่ด้วยเปนค้ำบก็ตี ไปหาเมียท่านถึงที่นอนอยู่แต่ สองต่อสองก็ตี ท่านให้ไหมชายนั้นถึงเบียดประณมผิดเมีย ถ้าผู้ใดกล่าวคำแพละโลมเมียท่านก็ดี

⁴ ยอร์ช ปาดูซ์, “บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการการร่าง กฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127,” แปลและเรียบเรียงโดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, หน้า 16 – 17.

⁵ วิชา มหาคุณ, การใช้เหตุผลในทางกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณ การ, 2534), หน้า 42.

ลักลอบพุดจาดด้วยเมียท่านก็ดี พิจารณาเป็นสัจใช้ให้โหมชายนั่นถึงเบียดชกมือถือนมกอดจูบนั้น หรือ ในมาตรา 38 หญิงชายราษฎรอยู่กินเป็นคู่เมียกัน สามีศรัทธาสละภริยาแลทรัพย์สินสิ่งออกบวชเป็น ภิกษุสามเณร แล้วแลสึกออกมาจะคืนอยู่กินด้วยหญิงอีกใช้ ถ้าหญิงมีสมักรเป็นภริยาชายนั่นต่อไปก็ ตามใจหญิง เหตุว่าบวชแล้วขาดจากคู่เมียกัน ถ้าชายถูกลากข่มขืนหญิงนั้น ท่านให้โหมชายคุดทำแก่ หญิงหม้ายนั้น หรือ มาตรา 78 ชายใดมีเมียแล้วข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงฆ่าเรา เป็นต้น

การบัญญัติกฎหมายในลักษณะเช่นนี้เป็นการบัญญัติกฎหมายที่มีรายละเอียดมาก ซึ่งอาจจะ มีข้อเสียในแง่ที่ว่าทำให้บทบัญญัติกำหนดความผิดมีเป็นจำนวนมาก ยากแก่การค้นหาเพื่อจะนำมา บังคับใช้ อีกทั้งไม่อาจใช้บังคับได้อย่างครอบคลุมกับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นในภายหน้า แต่ เมื่อพิจารณาในอีกแง่หนึ่งการบัญญัติกฎหมายในลักษณะเช่นนี้มีลักษณะที่กำหนดรายละเอียดชัดเจน และมีความละเอียดอ่อนมาก การวินิจฉัยบทกฎหมายจึงกระทำได้ง่าย

ส่วนกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และประมวลกฎหมายอาญา จะใช้วิธีการบัญญัติ กฎหมายโดยวางหลักบทบัญญัติของกฎหมายในลักษณะทั่วไป (abstract general) แล้วนำหลัก กฎหมายที่บัญญัติไว้ไปปรับใช้กับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจริง⁶ มีการจัดแบ่งความผิดออกเป็นหมวดหมู่ เช่น ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 243 วรรคแรก ความว่า ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วย กำลังกายหรือด้วยวาจาขู่เชิญกระทำชำเราขึ้นใจหญิง ซึ่งมีใช้ภริยาของตนเอง หรือในประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคแรก ความว่า ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดย ขู่เชิญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือ โดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น เป็นต้น

4.2.2 วิธีกำหนดลักษณะความผิด

4.2.2.1 การเป็นคู่และผิดภริยาของผู้อื่น

จากการศึกษา ลักษณะการเป็นคู่และผิดภริยาของผู้อื่น จะปรากฏในพระอัยการ ลักษณะคู่เมีย ในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสามีและ

⁶ วิชา มหาคณ, การใช้เหตุผลในทางกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณ การ, 2534), หน้า 42.

ภริยา โดยมีแนวความคิดว่า เมื่อชายได้ทำการสมรสกับหญิงตามกฎหมายแล้ว ชายมีอำนาจเด็ดขาดที่จะไม่ให้ผู้ใดมาจับต้องหญิงภริยาตามชอบใจ ถ้าชายใดมาบังอาจกระทำ กฎหมายเรียกว่า “ผิดเมีย” ถือกันว่าเป็นการดูถูกดูหมิ่นการทำให้เสียเกียรติยศของชายผู้เป็นสามี⁷ แบ่งออกเป็น 3 ชนิด คือ ผิดภริยาท่านถึงชำเรา หรือเป็นชู้ ผิดภริยาท่านยังไม่ถึงชำเรา คือ กระทำการเข้าโลม จับมือ ถือนม กอดจูบภริยาของผู้อื่น ไปหาภริยาของผู้อื่นในบ้านเรือน ในเวลาที่สามีไม่อยู่ ไปหาในที่ลับสองต่อสอง ไปหาภริยาของผู้อื่นในห้องนอน ลักลอบพุดจา และถ้าสามีตายแล้วก็ดี ถ้าศพยังอยู่กับเรือนของภริยา ภริยายังไม่มีอำนาจมีสามีใหม่ ถ้าภริยานำชายมานอน ท่านว่ามีชู้ และ ผิดเมียท่านในชั้นหมาก กล่าวคือ เมื่อชายสู่ขอหญิงและมีชั้นหมากหมั้นกันไว้แล้วยังไม่ถึงกำหนดจะแต่งงานกันในระหว่างนั้น ชายอื่นมาทำชู้กับหญิง ท่านว่าผิดเมียท่านในชั้นหมาก

หลวงสุทธีวาทนฤพุฒิ ให้ความเห็นว่า ลักษณะความผิดฐานเป็นชู้และผิดภริยาของผู้อื่นในสมัยนั้น ทั้งชายชู้และหญิงที่มีชู้จะได้รับโทษทางอาญา และการกระทำความผิดนี้มีหลักการเดิมเป็นโทษทางอาญา เนื่องมาจาก ในสมัยโบราณ หญิงเป็นแม่บ้านแท้จริง และทางด้านศีลธรรมจรรยาจะถือเคร่งครัด เรื่องคบชู้จึงถือเป็นกรณีร้ายแรง ต่อมาหลักการและเหตุผลของกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป เรื่องเป็นชู้จะไม่เป็นความผิดทางอาญา⁸ แต่ในสมัยปัจจุบันความผิดฐานเป็นชู้และผิดภริยาของผู้อื่นได้ถ่ายทอดไปอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยถือเป็นเหตุฟ้องหย่า หากภริยามีชู้สามีสิทธิฟ้องหย่าได้

ดังนั้น จากการศึกษาผู้เขียน เห็นว่า การเป็นชู้และผิดภริยาของผู้อื่น ในสมัยกฎหมายตราสามดวงถือเป็นความผิดอาญาเพราะมีโทษที่ได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้กระทำความผิด และมีโทษประจานให้ได้รับความอับอาย และถือเป็นการกระทำความผิดที่รุนแรง เพราะสภาพสังคมในสมัยนั้น ผู้หญิงต้องเป็นแม่บ้าน และมีแนวความคิดที่ว่าหญิงที่เป็นภริยาต้องให้ความเคารพชายผู้เป็นสามี แม้ชายจะตีหญิงภริยาก็อ้อมได้ และหญิงภริยายังต้องกราบไหว้ชายผู้เป็นสามีด้วยข้าวตอกดอกไม้ ประกอบกับแนวความคิดที่ชายอ้อมเป็นใหญ่ในสังคม ชายมีภริยาได้หลายคน รวมทั้งภริยาที่ได้รับพระราชทาน หรือภริยาที่พ่อแม่หญิงยกให้ โดยหญิงไม่มีอิสระในการที่จะเลือก

⁷ เข็ญ เนติบัณฑิต, เรียบเรียง, กฎหมายฝั้วเมีย ดำเนินความตามกฎหมายลักษณะฝั้วเมียแลลักษณะอื่น ๆ ในกฎหมายราชบุรี, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์พานิชสุกผล, 2456, หน้า 19 - 23.

⁸ หลวงสุทธีวาทนฤพุฒิ, คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 7 (พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 122.

คู่ครองของตนเองได้มากนัก และชายผู้เป็นสามีย่อมมีสิทธิหวงกันหญิงภริยาไม่ให้มาจับต้องหญิงภริยา หากชายใดมาล่วงเกินหญิงภริยาจะเป็นการหมิ่นเกียรติชายผู้เป็นสามี จึงได้กำหนดไว้เป็นความผิดอาญา และความผิดฐานนี้ มีไว้เพื่อคุ้มครองเกียรติยศของชายผู้เป็นสามีเท่านั้น แต่จะไม่ปรากฏความผิดฐานชายผู้เป็นสามีไปกระทำการยกย่องหญิงอื่นเป็นภริยาแต่ประการใด เพราะชายในสมัยก่อนมีภริยาได้หลายคน ซึ่งเมื่อกาลสมัย และสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน ทั้งหญิงและชายย่อมมีอิสระในการที่จะตกลงใช้ชีวิตครอบครัวฉันท์สามีภริยาได้อย่างอิสระ โดยแสดงเจตนาสมัครด้วยตนเอง ตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และสภาพสังคมที่หญิงมีความสามารถและประกอบอาชีพได้ทัดเทียมชายได้มากขึ้นและโดยธรรมชาติการเป็นผู้เป็นเรื่อของความยินยอม มิได้ฝ่าฝืนความยินยอมของหญิงนั้น จึงทำให้การเป็นผู้และผิดภริยาของผู้อื่นไม่เป็นความผิดอาญาอีกต่อไป แต่เป็นเพียงเหตุให้ชายผู้เป็นสามีขอหย่าหญิงภริยาที่มีคู่ได้ การที่หลักการของกฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไป สะท้อนให้ถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่เข้าสู่ความเป็นสากลมากขึ้น หญิงมีสิทธิกำหนดเจตจำนงทางเพศของตนเองได้มากขึ้น จากอดีตบทบัญญัตินี้มีไว้เพื่อคุ้มครองเกียรติของสามีเท่านั้นและหญิงต้องรับโทษหนักเมื่อประพฤติดนมีคู่ แต่เมื่อพฤติกรรมดังกล่าวมิได้ฝ่าฝืนความยินยอมของบุคคลใดย่อมไม่เป็นการกระทำความผิดทางอาญาได้ และการกระทำความผิดทางอาญาต้องอยู่ในระดับที่ฝ่าฝืนต่อคุณธรรม ที่กฎหมายต้องการคุ้มครองและคุณธรรมที่กฎหมายคุ้มครองนั้นบุคคลใดจะมาละเมิดมิได้โดยเด็ดขาด เช่น ชีวิต ร่างกาย ชื่อเสียง เสรีภาพ ทรัพย์สิน เป็นต้น แต่เรื่องการเป็นคู่ นั้น แม้จะฝ่าฝืนศีลธรรมอันดีงาม เพราะสามีภริยา ย่อมต้องซื่อสัตย์ต่อกันและเป็นมีหน้าที่ต้องพึงปฏิบัติต่อกัน แต่หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติหน้าที่ และฝ่าฝืนความซื่อสัตย์นั้น ย่อมแสดงถึงความบกพร่องของการเป็นสามีหรือภริยาในระดับที่ร้ายแรง สมควรเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่งขอหย่าได้ ดังนั้น การที่กำหนดเป็นเหตุหย่าตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการเหมาะสมแล้ว เพราะมนุษย์ย่อมมีสิทธิกำหนดเจตจำนงของตนเองได้ ครอบครองที่ไม่ฝ่าฝืนความยินยอมของบุคคลใด

4.2.2.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความผิดข่มขืนกระทำชำเราตั้งแต่กฎหมายตราสามดวง พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จนถึงประมวลกฎหมายอาญา จะมีลักษณะการกระทำความผิดที่คล้ายคลึงกัน โดยต้องเป็นการข่มขืนกระทำชำเราต่อหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยหญิงไม่ยินยอม ไม่ว่าโดยวิธีใดก็ตาม และมีแนวความคิดที่แบ่งลักษณะการกระทำความผิดเป็นการข่มขืนกระทำชำเราหญิง และการกระทำชำเราเด็กหญิง โดยมีแนวความคิดเดียวกันว่า ความยินยอมของหญิงทำให้ไม่เป็นความผิด และเด็กหญิงไม่สามารถให้ความยินยอมให้ทำชำเราได้ ซึ่งเหตุที่เป็นเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าเพราะการข่มขืนกระทำชำเราหญิงหรือเด็กหญิงเป็นกฎหมายธรรมชาติ

ซึ่งไม่ว่าจะอยู่ในตะวันตก ตะวันออก หรืออยู่ในช่วงเวลาสมัยใด ก็จะมีข้อสังเกตว่า การกระทำดังนี้เป็นความคิดเสมอ เพียงแต่อาจจะมีรายละเอียดของลักษณะการกระทำความคิดที่เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย หรือสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น ในเรื่องของอายุเด็กหญิงที่ให้ความยินยอมได้ เริ่มต้นในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 และกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มีอายุต่ำกว่าสิบสองปีบริบูรณ์ และได้เพิ่มเป็นสิบสามปีบริบูรณ์ ซึ่งอายุสิบสามปีบริบูรณ์ได้ตกทอดมาสู่ประมวลกฎหมายอาญา และได้แก้ไขเพิ่มเติมเป็นอายุสิบห้าปีบริบูรณ์ตามลำดับ หรือในยุคสมัยต่อมา ได้มีการเพิ่มลักษณะการกระทำความคิดโดยมีหรือใช้อาวุธ หรือโดยการโทรมหญิงหรือเด็กหญิง มีข้อสังเกตคือ การโทรมหญิงหรือเด็กหญิง ก็ได้ ปรากฏมาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงแล้ว แต่ไม่ ปรากฏในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 และกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แต่เพิ่งมาปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา และในยุคประมวลกฎหมายอาญา มีแนวความคิดเพิ่มอัตราโทษเพื่อควบคุมอาชญากรรมด้วยบ้านเมืองเปลี่ยนแปลงไปมากขึ้น และได้คุ้มครองเด็กหญิงเพิ่มขึ้นจากเดิมอายุไม่เกินสิบสามปี เป็นไม่เกินสิบห้าปี เนื่องจากสภาพสังคมที่เด็กหญิงถูกล่วงละเมิดทางเพศมากยิ่งขึ้นกว่าแต่ก่อนจึงทำให้กฎหมายต้องให้ความคุ้มครองปกป้องรักษา

ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายตราสามดวง และพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 คือ “ชาย” เท่านั้น “หญิง” ไม่อาจเป็นตัวการร่วมในความคิดฐานนี้ได้เลย และ “ชายหลายคน” ร่วมเป็นตัวการในการกระทำความผิดลักษณะ โทรมหญิงในกฎหมายตราสามดวง แต่ไม่ปรากฏในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 แต่ในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 “หญิง” หรือ “ชาย” ก็อาจเป็นผู้ร่วมกระทำความคิดโดยเป็นผู้สนับสนุนความคิดของผู้อื่นได้ แต่เมื่อประเทศไทยได้ถือใช้กฎหมายลักษณะ ร.ศ. 127 ตามหลักของกฎหมายตะวันตก ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้เปลี่ยนแปลงเป็น “ชาย” หรือ “หญิง” ก็เป็นผู้ร่วมกระทำความคิดด้วยกันได้ และเมื่อใช้ประมวลกฎหมายอาญา ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราก็กังเป็นแนวความคิดเดิมเหมือนกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

ผู้ถูกกระทำความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราตั้งแต่กฎหมายตราสามดวง จนถึงประมวลกฎหมายอาญา จะถือตามแนวความคิดเดียวกันตลอดคือ หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของผู้กระทำความผิด โดยหญิงนั้นต้องไม่ยินยอม และเด็กหญิงซึ่งเด็กหญิงจะยินยอมหรือไม่ก็ตามเนื่องจากกฎหมายต้องปกป้องรักษาเด็กซึ่งอ่อนวุฒิภาวะ ซึ่งเป็นที่สังเกตว่าในสมัยโบราณของไทยเราซึ่งยังไม่รับวัฒนธรรมตะวันตกในเรื่องทฤษฎีกฎหมายหรือปรัชญากฎหมาย แต่ไทยก็มีหลักสังคมต้องปกป้องรักษาและความยินยอมของเด็กวัยเยาว์ไม่ถือว่าเป็นความยินยอมตามกฎหมาย ส่วนอายุของ

เด็กหญิงนั้นในกฎหมายตราสามดวงไม่ได้มีกำหนดไว้ แต่เมื่อถือตามประเพณีไทยที่เด็กย่างเข้าสู่ผู้ใหญ่ต้องผ่านพิธีโกนผมจุกระหว่างอายุ 11 – 13 ปี ซึ่งนับเป็นอายุที่ใกล้เคียงกับพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ที่กำหนดอายุไว้ว่าต่ำกว่า 12 ปี และกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ก็กำหนดอายุ 12 ปีเช่นกัน ต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2474 จึงเพิ่มอายุเด็กหญิงเป็น 13 ปี และเมื่อใช้ประมวลกฎหมายอาญาในช่วงแรก ก็กำหนดอายุเด็กหญิงไว้เพียง 13 ปี และได้แก้ไขเพิ่มเติมอายุเด็กหญิงเป็นไม่เกินสิบห้าปีอีกช่วงหนึ่งในปี พ.ศ. 2530 ด้วยช่วงนั้นมีการแสวงหาประโยชน์จากเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบห้าปีแต่ก็ได้ดำเนินถึงประเพณีวัฒนธรรมของชาวไทยอิสลามในสี่จังหวัดชายแดนภาคใต้จึงกำหนดคำว่าเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบห้าปีที่ไม่ใช่ภริยาคนไว้เพื่อให้สอดคล้องกับธรรมเนียมประเพณีของชาวไทยอิสลามที่อาจสมรสกันได้ตั้งแต่เมื่อร่างกายมีความพร้อมตั้งแต่ช่วงอายุ 12 – 16 ปี

อย่างไรก็ตาม แม้ลักษณะของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะมีลักษณะที่คล้ายคลึงกันตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน แต่ผู้เขียนก็เห็นว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายตราสามดวงจะมีเจตนากรรมที่คุ้มครองอำนาจปกครองผู้ปกครองหญิงในกรณีเป็นหญิง โสดก็คือบิดามารดา หรือในกรณีหญิงมีสามีแล้วก็คือชายผู้เป็นสามี ยังมีได้ให้ความคุ้มครองที่สิทธิเสรีภาพทางเพศของหญิงอย่างแท้จริง เมื่อสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป หลักการของกฎหมายจึงเปลี่ยนแปลงตามสากลเป็นให้ความคุ้มครองเจตจำนงการกำหนดเสรีภาพทางเพศของหญิง โดยไม่ได้มุ่งหมายคุ้มครองอำนาจปกครองหญิงเหมือนสมัยก่อน แต่มีสิ่งหนึ่งที่เหมือนกันตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ก็คือ แนวความคิดที่ว่า การข่มขืนกระทำชำเราต้องกระทำต่อหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนเองเท่านั้น แสดงว่า เสรีภาพทางเพศของหญิงก็ยังอยู่ภายใต้เสรีภาพทางเพศของชายผู้เป็นสามี ตราบเท่าที่ชายยังเป็นสามีอยู่ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาจะไม่เกิดขึ้นไม่ได้เลย ซึ่งแนวความคิดนี้ เป็นแนวความคิดที่เกิดขึ้นในประวัติศาสตร์ของการบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตลอดตั้งแต่กฎหมายตราสามดวงจนถึงประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งในปัจจุบันนี้ สภาพสังคมก็เปลี่ยนแปลงไป ชายหรือหญิงอาจไม่สมัครใจที่จะเป็นสามีภริยากันในทางพฤตินัย แต่ยังคงเป็นสามีภริยากันทางนิตินัย หรือชายผู้เป็นสามีกับหญิงผู้เป็นภริยาอาจแยกกันอยู่ หรือโดยอยู่ในสภาพที่อาจจะมีเหตุขอย้ายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ยังไม่ได้หย่าตามกฎหมาย หรือชายอาจมีโรคติดต่อร้ายแรง และหญิงภริยาไม่สมัครใจที่จะมีเพศสัมพันธ์กับชายผู้เป็นสามี หากปรากฏว่าชายผู้เป็นสามีข่มขืนหญิงภริยาจะไม่มีทางเป็นการกระทำความผิดทางอาญาได้เลย

4.2.2.3 ความผิดฐานกระทำอนาจาร

ความผิดฐานกระทำอนาจาร ปรากฏเป็นความผิดมาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวง โดยในสมัยกฎหมายตราสามดวงจะมองลักษณะการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศไว้มากมายและเฉพาะมากกว่าในกฎหมายปัจจุบัน ซึ่งเป็นเพราะสภาพสังคมและวัฒนธรรมในสมัยนั้น เช่น การที่ชายลักลอบพุดคุยกับบุตรหญิงของผู้อื่น หรือการที่ชายลักลอบไปพบบุตรหญิงของผู้อื่นถึงในห้องนอน เป็นต้น ก็เป็นการกระทำที่ไม่สมควรและมีโทษปรับไหมแล้ว หรือการที่ชายไปกระทำการไม่สมควรทางเพศต่อหญิงโสเภณีที่มีผู้ปกครองโดยที่ชายไม่ได้ขออนุญาตนั้น แม้หญิงนั้นเต็มใจยินยอมให้ชายกระทำก็ตาม ก็จะเป็นความผิด ไม่ว่าหญิงนั้นจะมีอายุมากเท่าใด เพราะกฎหมายในสมัยนั้นยังไม่ได้มองเรื่องเสรีภาพในทางเพศของหญิง แต่มุ่งหมายคุ้มครองเกียรติยศและอำนาจของผู้ปกครองหญิง ลักษณะการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศกรณีนี้ เป็นการคุ้มครองศีลธรรมอันดีของสังคม ซึ่งยังไม่ได้คุ้มครองหญิงแต่ประการใด ส่วนกรรมของการกระทำจะเป็นหญิงเท่านั้น ไม่ว่าจะหญิงโสเภณี หญิงมีสามีแล้ว หรือหญิงทาส ไม่ได้ให้ความคุ้มครองแก่ชายด้วย

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กฎหมายห้ามกระทำอนาจารแก่บุคคล ไม่ว่าหญิงหรือชายแม้ยินยอมก็ตามหากมีอายุต่ำกว่า 12 ปี แสดงว่าหากอายุเกินกว่า 12 ปี ให้ความยินยอมให้กระทำอนาจารได้ ซึ่งกฎหมายมองเสรีภาพในทางเพศของบุคคลที่อายุ 12 ปี สามารถกำหนดสิทธิทางเพศของตนได้แล้ว และห้ามกระทำอนาจารแก่บุคคลไม่จำกัดเพศหากฝ่าฝืนต่อความยินยอมของบุคคลนั้น ต่อมาในปี พ.ศ. 2474 อายุของเด็กได้แก้ไขเป็น 13 ปี แต่ในยุคนี้ไม่มีเหตุรับโทษหนักขึ้นกรณีผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตายหรือบาดเจ็บสาหัส แนวความคิดนี้ได้ถ่ายทอดมาสู่ประมวลกฎหมายอาญา ยกเว้นเหตุรับโทษหนักขึ้นที่ได้มาเพิ่มเติมในยุคนี้ โดยในประมวลกฎหมายอาญายุคแรก กฎหมายห้ามการกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกิน 13 ปีหากไม่ยินยอม และหากอายุต่ำกว่า 13 ปีแม้ยินยอมก็เป็นความผิด และในประมวลกฎหมายอาญากำหนดเหตุรับโทษหนักขึ้นหากทำให้ผู้ถูกกระทำบาดเจ็บสาหัสหรือถึงแก่ความตาย ซึ่งแสดงให้เห็นเสรีภาพทางเพศของบุคคลอายุเกิน 13 ปีแล้ว แต่เนื่องจากภาวะทางสังคม อารมณ์ สติปัญญา และร่างกายของเด็กอายุ 13 ปียังไม่สมบูรณ์ที่จะมีความคิดตัดสินใจปกครองดูแลตนเองได้ ดังนั้น ในปี พ.ศ. 2530 กฎหมายจึงแก้ไขเป็นห้ามกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุไม่เกิน 15 ปีแม้บุคคลนั้นยินยอมก็ตาม เพื่อให้ความคุ้มครองแก่บุคคลอายุระหว่าง 13 - 15 ปี ไม่ให้ถูกแสวงหาประโยชน์ในทางเพศเห็นได้ว่า แม้จะยอมรับเรื่องของเสรีภาพทางเพศมากขึ้นกว่าในกฎหมายตราสามดวงแต่หากจะทำให้บุคคลนั้นเสียหายแล้ว สังคมก็ต้องออกมาปกป้องรักษาเพื่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีงามของสังคมโดยรวม

ลักษณะการกระทำความผิดฐานนี้เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นอย่างหนึ่งว่า ในสมัยโบราณหญิงไม่มีเสรีภาพในทางเพศเลยแม้เต็มใจหรือยินยอมต่อชายที่รักกันก็ยังคงเป็นความผิดและเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศเสมอไม่ว่าหญิงจะมีอายุเท่าใดก็ตามและในอดีตกล่าวถึงแต่หญิงเท่านั้นแต่ปัจจุบันหากบุคคลอายุเกิน 15 ปี ย่อมมีสิทธิกำหนดความสัมพันธ์ ทางเพศของตนได้บ้าง และหากไม่ยินยอมแล้วกฎหมายก็คุ้มครองโดยไม่จำกัดเพศ และเนื่องจากปรากฏพฤติกรรมทางอาชญากรรมที่ทวีความรุนแรงขึ้นทำให้กฎหมายต้องคุ้มครองหากผู้ถูกกระทำบาดเจ็บสาหัสหรือถึงแก่ความตายผู้กระทำความผิดต้องรับโทษเพิ่มขึ้นด้วย

ผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารในกฎหมายตราสามดวง จนถึงพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ผู้กระทำความผิดได้แก่ “ชาย” เท่านั้น โดยอธิบายลักษณะของชายไว้หลายลักษณะและหมายรวมถึงพระภิกษุสามเณรในพุทธศาสนาด้วย ซึ่งเหตุที่บัญญัติไว้เช่นนั้น เป็นเพราะแนวความคิดในสมัยนั้นหลักธรรมทางศาสนากับกฎหมายมักจะเป็นเรื่องเดียวกันและพระวินัยปิฎกก็กำหนดห้ามมิให้พระภิกษุและสามเณรกระทำการเสพเมถุนด้วยซึ่งเป็นเหตุให้ปาราชิก และ “หญิง” ไม่อาจเป็นผู้ร่วมกระทำความผิด หรือกระทำความผิดโดยตรงได้เลย เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และประมวลกฎหมายอาญา ทั้ง “ชาย” และ “หญิง” ก็อาจเป็นตัวการร่วมกันในการกระทำความผิดฐานนี้ได้ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายตราสามดวง และพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118

ผู้ถูกกระทำความผิดอาญาฐานกระทำอนาจารในกฎหมายตราสามดวงจนถึงพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ผู้ถูกกระทำความผิดกฎหมายคุ้มครองเฉพาะหญิง และเด็กหญิงเท่านั้น เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ผู้ถูกกระทำความผิดกฎหมายคุ้มครองไม่จำกัดเพศคุ้มครองทั้งชายและหญิง เด็กชายและเด็กหญิง โดยอายุของบุคคลที่ให้ความยินยอมให้กระทำอนาจารได้กำหนดไว้ที่สิบสามปี จนกระทั่งประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาก็ยังมีแนวความคิดเหมือนกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แต่เมื่อแก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 ได้ขยายอายุของเด็กที่ให้ความยินยอมให้กระทำอนาจารได้ขึ้นเป็นอายุสิบห้าปี เพื่อป้องกันมิให้มีการแสวงหาประโยชน์ในทางไม่สมควรทางเพศต่อเด็กอายุระหว่าง สิบสามปีถึงสิบห้าปี

4.2.2.4 ความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์

ความผิดฐานกระทำความผิดชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ แม้เคยปรากฏเป็นข้อห้ามในกฎหมายตราสามดวงมาก่อน แต่ก็มีได้บัญญัติเป็นความผิดอาญาอย่างชัดเจน จะมีโทษก็เฉพาะหญิงชาววังที่

กระทำชำเราหญิงด้วยกันเท่านั้น และมีการห้ามเรื่องการชำเราผิดธรรมชาติมนุษย์ในวันอุโบสถศีล ผู้เขียนเห็นว่า เป็นเพราะแนวความคิดในพระพุทธศาสนาที่มีเบญจศีลและเบญจธรรมและต้องการให้ประชาชนรักษาศีลโดยเฉพาะในวันอุโบสถ และเพื่อไม่ให้หญิงชาววังประพฤติดนเป็นรักร่วมเพศแต่ปรากฏว่าการกระทำชำเราผิดธรรมชาติมนุษย์มาปรากฏเป็นความผิดชัดเจนครั้งแรกในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 และได้ถ่ายทอดมาปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยกำหนดลักษณะของการกระทำความผิดไว้เหมือนกัน แต่โทษได้ลดหย่อนลงและตรงกับหลักความ รับผิดชอบ Sodomy ของตะวันตก⁹ ซึ่งกฎหมายลักษณะนี้เป็นของใหม่สำหรับสังคมไทย จึงมีนักกฎหมายอธิบายถึงมูลแห่งการบัญญัติความผิดฐานนี้ว่าเป็นการล่วงความเจริญของบ้านเมืองหรือทำให้เสียเชื้อพืชพันธุ์ไปโดยไร้ประโยชน์¹⁰

ท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ มองว่า แนวความคิดนี้น่าจะเป็นแนวความคิดของทหารยิวโบราณที่มีความจำเป็นต้องออกศึกอยู่ตลอดเวลาจึงไม่ได้อยู่กับครอบครัวจำเป็นต้องห้ามมิให้ชายมีความสัมพันธ์กันเอง ส่วนในทางตะวันออกไม่มีการออกศึกตลอดเวลาเหมือนยิวข้อห้ามจึงไม่ปรากฏชัด แต่ชาวตะวันออกจะมีภริยามากจึงต้องห้ามมิให้ภริยาของตน “เล่นเพื่อน” อันเป็นการเสมือนการนอกใจสามี¹¹

ต่อมาในประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะการกระทำความผิดนี้ก็ถูกยกเลิกไปเพราะในขั้นตอนการพิจารณาร่างกฎหมายเห็นว่า เป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคล การฟ้องร้องทำให้เกิดความอับอายแก่ผู้ถูกฟ้องร้องมาก และมีกรณีเกิดขึ้นน้อยมาก¹² นอกจากนี้ ยังมีความเห็นของอนุกรรมการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายบางท่านที่น่าสนใจ เช่น หม่อมเจ้าสกลวรรณกร วรวรรณ ที่เห็นว่า การชำเราของเพศเดียวกันหรือ homo – sexual ไม่ใช่ผิดธรรมชาติมนุษย์แต่เป็นธรรมชาติมนุษย์บางพวก¹³

⁹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ตำนานรักร่วมเพศ,” วารสารนิติศาสตร์ 2(2526) : 93.

¹⁰ อามาศย์โท พระอินทปรีชา (เขียน เลขะวุฒิข), คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2470), หน้า 1110.

¹¹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ตำนานรักร่วมเพศ,” วารสารนิติศาสตร์ 2(2526) : 95.

¹² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 47, 150/2542,” 4 พฤศจิกายน 2482.

¹³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 47, 150/2542,” 4 พฤศจิกายน 2482.

ดังนั้น จึงอาจกล่าวสรุปได้ว่า ลักษณะการกระทำชำเราผิดธรรมชาติในคดีบทบัญญัติของกฎหมายมักจะบัญญัติให้สอดคล้องกับสภาพวัฒนธรรม และสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมตอนนั้น เช่น การ “เล่นเพื่อน” ในสมัยก่อนเพื่อป้องกันมิให้หญิงสาววังมีสัมพันธ์กัน แต่เมื่อได้รับอิทธิพลจากตะวันตกก็ได้ปรับแนวความคิดเกี่ยวกับการเล่นเพื่อน และข้อห้ามเพราะความเชื่อที่ขัดต่อหลักเบญจศีลเบญจธรรมนำมาบัญญัติเป็นข้อห้ามตามกฎหมาย แต่เมื่อไม่เหมาะสมกับสังคมไทย และกาลเวลา ประกอบกับในสมัยปัจจุบันบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนเองได้ หากไม่ฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดีงามหรือความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองก็ไม่พึงกำหนดเป็นข้อห้ามและมีความผิดทางอาญา ซึ่งปัจจุบันการชำเราระหว่างมนุษย์ ด้วยกันหากไม่ทำให้สังคมเดือนร้อนและผู้นั้นมีวุฒิภาวะอันควรแล้วก็ควรปล่อยให้มิอิสระไม่ควรห้ามไว้ ส่วนการกระทำชำเรากับสัตว์คงไม่เกิดขึ้นบ่อย และในการบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศก็เพื่อมุ่งหมายคุ้มครองบุคคล สังคม และป้องปรามอาชญากรรมเป็นสำคัญ ก็มีความจำเป็นต้องยกเลิกแนวความคิดห้ามการกระทำชำเราผิดธรรมชาติไป

4.2.3 โทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร

ในกฎหมายตราสามดวง พระอัยการลักษณะฝ่าฝืน จะปรากฏลักษณะของโทษของการเป็นชู้และผิดภริยาของผู้อื่นในหลายลักษณะคือ ปรับไหมชายผู้เป็นชู้ ส่วนหญิงภริยาที่เป็นชู้ให้เอาเงลวปะหน้า ทัดดอกชบาแดงสองหู ร้อยดอกชบาเป็นมาลัยใส่ศีรษะและคอ ให้นายจระมองดีซ่องนำหน้าประจานสามวัน หากทำชู้ครั้งที่สองให้โกนศีรษะหญิงเอาขึ้นขาหย่างประจานรอบตลาดแล้วให้ทวนด้วยลวดหนัก 20 ที ถ้าทำชู้ครั้งที่สาม ให้สักรูปชายหญิงไว้ที่แก้ม ส่วนโทษของการข่มขืนกระทำชำเราหญิงนั้น จะมีโทษปรับไหม และหากเป็นการโทรมหญิงให้ทวนด้วยลวดหนัก ส่วนโทษของการกระทำอนาจารก็มีลักษณะปรับไหมเช่นเดียวกัน ซึ่งจะเห็นได้ว่า ลักษณะของการกระทำความผิดอาญาทางเพศในสมัยโบราณจะปะปนอยู่กับลักษณะทางแพ่งลักษณะละเมิดเพราะจะมีลักษณะละเมิดอำนาจปกครองหญิงดังกล่าวแล้ว ยกเว้นโทษของการเป็นชู้จะมีโทษค่อนข้างรุนแรงและเป็นโทษที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย

เมื่อได้รับอิทธิพลของกฎหมายตะวันตกในการบัญญัติกฎหมาย ลักษณะของโทษปรับไหมในลักษณะละเมิดและโทษที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายจะยกเลิกไป เห็นได้จากโทษในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 จะมีโทษจำคุกซึ่งจะมีลักษณะเป็นโทษทางอาญาอย่างชัดเจน และแยกการกระทำความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศออกมาจากกฎหมายลักษณะละเมิด แต่จะยังคงมีโทษการทำงานหนัก และโทษเขียนประกอบด้วย ซึ่งจะยังเห็นโทษการทำงานหนักและโทษเขียนเป็นโทษที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวงมาก่อน ก็จะคงถ่ายทอดมาไว้ในพระราชกำหนด

ลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 แต่เมื่อใช้ประมวลกฎหมาย โดยเมื่อบังคับใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ลักษณะของโทษจะเปลี่ยนเป็นระวางโทษจำคุก และอัตราโทษจะเปลี่ยนแปลงไปตามปัญหาอาชญากรรมบ้านเมืองตามลำดับ

4.3 ผลที่เกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจาร

แม้บทบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศที่ปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ในบางลักษณะความผิด เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจาร จะมีลักษณะความผิดที่คล้ายคลึงกับบทบัญญัติที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวง แต่ก็เนื่องจากหลักปรัชญาทางกฎหมายตามสำนักกฎหมายธรรมชาติที่การกระทำอันฝ่าฝืนความยินยอมของบุคคลย่อมเป็นความผิดในตัวเองและเป็นหลักสากล แต่การกร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ขึ้นถือใช้แทนกฎหมายไทยเดิมได้ส่งผลให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในหลายประการ ดังนี้คือ

1) ทำให้บทบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศ ฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเรา และฐานความผิดกระทำอนาจารมีลักษณะเป็นสากลทันสมัย จัดเป็นหมวดหมู่เป็นระเบียบง่ายต่อการค้นหาเพื่อนำมาใช้บังคับ กล่าวคือ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มีการแบ่งออกเป็น 2 หมวด ภาคหนึ่งว่าด้วยข้อบังคับต่าง ๆ และภาคสองว่าด้วยลักษณะของความผิด นอกจากนี้ในแต่ละภาคยังมีการแบ่งออกเป็นหมวด ๆ อีก โดยภาคหนึ่งแบ่งข้อบังคับต่าง ๆ ออกเป็น 10 หมวด และภาคสองแบ่งลักษณะความผิดออกเป็น 10 ลักษณะ และความผิดเกี่ยวกับเพศมีการแบ่งออกเป็นฐานความผิด ซึ่งจะแบ่งเป็นฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเราหญิง ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง เป็นต้น ซึ่งเมื่อประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ก็จะมีลักษณะเป็นหมวดหมู่เป็นระเบียบเช่นเดียวกับกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เพียงแต่แตกต่างกันตรงที่ประมวลกฎหมายอาญามีการแบ่งออกเป็น 3 ภาค คือ ภาคหนึ่งภาคบทบัญญัติทั่วไป ภาคสองความผิด และภาคสามลหุโทษ

2) เจตนารมณ์ของตัวบทกฎหมายความผิดอาญาทางเพศมีการเปลี่ยนแปลงไปจากกฎหมายตราสามดวงที่จะมีลักษณะคุ้มครองอำนาจปกครองหญิง เมื่อใช้ประมวลกฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นคุ้มครองเสรีภาพในการกำหนดเจตจำนงทางเพศของหญิงและคำนึงถึงสิทธิความเท่าเทียมกันของหญิงและชายมากขึ้น โดยสอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนี้

2.1 ความผิดฐานเป็นชู้และผิดภริยาของผู้อื่น จากเดิมในกฎหมายตราสามดวงที่มีลักษณะคุ้มครองเกียรติยศของชายผู้เป็นสามี หลักการของกฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไปโดยไม่เป็น

ความผิดทางอาญา และกำหนดเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่งขอหย่าได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในขณะที่เดียวกันหากชายผู้เป็นสามียกย่องหญิงอื่นฉันทภริยา อีกฝ่ายหนึ่งก็ขอหย่าได้เช่นกัน

2.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงและกระทำชำเราหญิงเด็กจากเดิมกฎหมายตราสามดวงจะถือเป็นการละเมิดอำนาจปกครองหญิงในกรณีหญิงโสดคือ อำนาจปกครองของบิดามารดา ในกรณีหญิงที่มีสามีแล้ว คือ อำนาจปกครองของสามี เมื่อใช้ประมวลกฎหมายสิ่งที่คุ้มครองคือ เจตจำนงในการกำหนดเสรีภาพทางเพศของหญิง

3) การร่างกฎหมายลักษณะอาญาทำให้ประเทศไทยสามารถใช้เป็นข้ออ้างในการยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตได้ และแสดงให้เห็นถึงความทัดเทียมกับอารยประเทศในเรื่องของระบบกฎหมาย

4) การร่างกฎหมายลักษณะอาญาสามารถแก้ไขข้อบกพร่องของกฎหมายตราสามดวงซึ่งมีความไม่ชัดเจนในเรื่องการแบ่งกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาและการกำหนดโทษในทางแพ่งและทางอาญาปะปนกัน

5) การร่างกฎหมายลักษณะอาญาทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในนิติวิธีในระบบกฎหมายไทยจากเดิมกฎหมายบัญญัติในลักษณะเฉพาะเป็นกรณี แต่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จะมีลักษณะเป็นการทั่วไป ในการตีความกฎหมายจึงต้องมีการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับหลักกฎหมาย

6) ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในเรื่องการจำแนกประเภทความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศจากเดิมที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวง ดังนี้

6.1 ความผิดฐานเป็นชู้และผิดภริยาของผู้อื่นเป็นการกระทำความผิดอาญาตามที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวง เมื่อร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ความผิดฐานนี้ได้สูญหายไปไม่มีความผิดอาญา และเคลื่อนกลืนไปเป็นเหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องครอบครัวเมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์

6.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาของผู้อื่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงเด็ก และหญิงซึ่งมีบุคคล 7 ประเภทคุ้มครองรักษา ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงทาส รวมถึงรายละเอียดที่กล่าวถึงชายที่กระทำผิดเป็นชายที่มีเมียแล้ว ชายที่ไม่ม่มีเมีย เป็นต้น ที่ปรากฏ

ในกฎหมายตราสามดวง เมื่อร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 คงเหลือเพียงความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราหญิงอื่นซึ่งมิใช่ภริยาของตน และความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง และได้ถ่ายทอดเข้าสู่ประมวลกฎหมายอาญา

6.3 ความผิดกระทำการอนาจารในกฎหมายตราสามดวงกำหนดรายละเอียดความไม่สมควรไว้หลายประการแม้กระทั่งการลักลอบพุดจากกันในที่ลับ เมื่อถือใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เหลือเพียงกระทำการอนาจาร โดยเน้นไปที่เรื่องความไม่สมควรในทางเพศเท่านั้น และได้ถ่ายทอดเข้าสู่ประมวลกฎหมายอาญา

6.4 ความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ได้ปรากฏเป็นความผิดอาญา ชัดเจน ก่อนการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และเมื่อร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ก็ได้ถ่ายทอดความผิดฐานนี้เข้าสู่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แต่มีอัตราโทษต่ำกว่ากฎหมายเดิม และเมื่อใช้ประมวลกฎหมายอาญาคความผิดฐานนี้ก็สูญหายไป

7) การเปลี่ยนแปลงในด้านผู้กระทำความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศ จากเดิมที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวง และพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ผู้กระทำความผิดจะได้แก่ “ชาย” เท่านั้น แต่เมื่อใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ผู้กระทำความผิดจะเปลี่ยนแปลงไปได้แก่ “ชาย” หรือ “หญิง” ก็ย่อมเป็นผู้กระทำความผิดได้ และได้ถ่ายทอดเข้าสู่ประมวลกฎหมายอาญา

8) การเปลี่ยนแปลงในด้านผู้ถูกกระทำความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศจากเดิมที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวงความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งในกฎหมายตราสามดวงจะได้แก่ “หญิง” หรือ “เด็กหญิง” เท่านั้น เมื่อถือใช้ประมวลกฎหมาย ผู้ถูกกระทำความผิดจะได้แก่บุคคลไม่จำกัดเพศ

9) การเปลี่ยนแปลงลักษณะของโทษเมื่อประกาศใช้ประมวลกฎหมายโทษจะมีลักษณะเข้าสู่สากล และแบ่งแยกอย่างชัดเจนว่าเป็นการกระทำความผิดทางอาญาไม่ใช่ปะปนอยู่กับกฎหมายแพ่งโดยโทษที่มีลักษณะประจาน หรือกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย เช่น การสักแก้ว การโบยด้วยลวดหนังที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวงจะสูญหายไป และเปลี่ยนโทษปรับไหมทางแพ่งลักษณะละเมิดเป็นโทษจำคุกทางอาญา