



วิเคราะห์ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา  
(พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550)

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทยนับตั้งแต่อดีตนั้นมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองผู้หญิงซึ่งเป็นเพศที่อ่อนแอจากการถูกผู้ชายซึ่งเป็นเพศที่มีความแข็งแรงกว่าบังคับข่มขืนใจให้ร่วมประเวณีกับตนโดยปราศจากความยินยอม แม้ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในสมัยกฎหมายตราสามดวงจะมีลักษณะเป็นความผิดที่มุ่งคุ้มครองผู้ชายซึ่งเป็นเจ้าของผู้หญิงไม่ว่าจะเป็นบิดาในกรณีผู้หญิงยังไม่แต่งงาน หรือสามีในกรณีที่แต่งงานแล้ว จากการถูกบุคคลอื่นล่วงละเมิดผู้หญิงอันเปรียบเสมือนทรัพย์สินทางเพศของตน โดยผู้หญิงมิใช่ผู้เสียหายที่แท้จริง แต่ก็แสดงให้เห็นว่ากฎหมายต้องการคุ้มครองพฤติกรรมที่ผู้ชายใช้กำลังบังคับข่มขืนใจผู้หญิงให้ร่วมประเวณีกับตนโดยปราศจากความยินยอม ถือเป็น การคุ้มครองผู้หญิงในฐานะที่เป็นผู้ถูกกระทำ ดังนั้น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานับตั้งแต่อดีตจนกระทั่งสมัยของประมวลกฎหมายอาญา (ก่อนปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา) จึงมีองค์ประกอบความผิดที่เหมือนกันก็คือ การกระทำอันจะเป็นความผิดฐานนี้จะต้องเป็นการกระทำของผู้ชายที่กระทำต่อผู้หญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน โดยปราศจากความยินยอม ส่วนลักษณะของการกระทำชำเราก็น่าจะมีความหมายถึงการที่อวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิงไม่ว่าจะมากหรือน้อยเพียงใดและไม่ว่าจะมีการหลั่งน้ำอสุจิหรือไม่ก็ตาม การกระทำในรูปแบบอื่นๆ นอกจากนั้นไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่ผู้กระทำเป็นผู้หญิงกระทำต่อผู้ชาย หรือผู้หญิงกระทำต่อผู้หญิง หรือผู้ชายกระทำต่อผู้ชาย หรือผู้ชายกระทำต่อผู้หญิง ในทางอื่นนอกจากทางอวัยวะเพศหญิง หากการกระทำเหล่านี้เป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศก็ถือเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 หรือมาตรา 279 ซึ่งศาลฎีกาได้ให้ความหมายของการกระทำอนาจารไว้ว่า "การกระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ เพียงแต่กอดจูบลูบลำ แต่ต้องเนื้อตัวร่างกายในทางไม่สมควรก็เป็นความผิดลำเอียงแล้ว" (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534) หรือ "การกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาหมายถึงการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อร่างกายบุคคลอื่นเช่นกอดจูบลูบลำ ร่างกายของหญิงหรือชายเป็นการแสดงความใคร่ในทางเพศซึ่งต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลโดยตรง" (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1627/2539) ดังนั้น ความผิดฐานกระทำอนาจารจึงมีขอบเขตตั้งแต่การกอดจูบลูบลำภายนอกไปจนถึงการกระทำที่มีการสอดใส่หรือล่วงล้ำซึ่งมิใช่เป็นการให้อวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง

ปัจจุบันได้มีการแก้ไขปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 โดยในส่วนของผู้กระทำความผิดอาจเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้ และผู้เสียหายก็อาจเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้ เช่นเดียวกัน และมีการตัดคำว่า "ซึ่งมิใช่ภริยาตน" ออกไป หมายความว่า สามีหรือภริยาที่บังคับข่มขืนใจคู่สมรสของตนให้ร่วมประเวณีอาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสของตนเองได้ นอกจากนี้ยังได้บัญญัติค่านิยมของ "การกระทำชำเรา" ขึ้นมาอีกด้วย การแก้ไขกฎหมายในครั้งนี้ถือเป็นการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดและเจตนารมณ์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในอดีต ซึ่งมีการพัฒนามาจนกระทั่งมีการวางแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาศาลฎีกาไว้อย่างมั่นคงแล้ว จึงสมควรที่จะวิเคราะห์การเปลี่ยนแปลงในครั้งนี้ว่ามีข้อดีข้อเสียอย่างไร และมีความเหมาะสมเพียงใด

#### 4.1 ความเป็นมาและเหตุผลในการแก้ไขปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติถึงความเป็นมาและเหตุผลของการแก้ไขปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ว่า

"โดยที่ มาตรา ๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๔๙ ให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่บทบัญญัติมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ และมาตรา ๒๘๖ แห่งประมวลกฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศสมควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิงและหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศที่เคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้"

เมื่อพิจารณาถึงความจำเป็นและเหตุผลดังกล่าวแล้วจะพบว่า การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในครั้งนี้มีลักษณะมุ่งเน้นในประเด็นเรื่องความเท่าเทียมกันระหว่างเพศหญิงกับเพศชาย ไม่ต้องการให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อ

บุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างกันในเรื่องเพศ โดยในประเด็นนี้ ผศ.ดร.มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์ (อาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์) ได้ให้ความเห็นไว้ว่า

"การที่ผู้เสนอแก้ไขกฎหมายพยายามจะปรับปรุงเนื้อหาของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราใหม่นั้น น่าจะเป็นเพราะมีความประสงค์ที่จะแก้ไขกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเพื่อให้สิทธิชายและหญิงในกรณีที่ถูกข่มขืนเท่าเทียมกัน โดยพิจารณาถึงประเด็นความเท่าเทียมทางเพศเป็นหลัก ซึ่งเห็นว่าแนวคิดเช่นนี้ไม่น่าจะเป็นความเข้าใจที่ถูกต้องทั้งหมด แนวคิดเรื่องนี้ต้องเริ่มจากความเข้าใจต่อหลักความเท่าเทียมทางเพศเสียก่อน นั่นคือสิ่งที่เหมือนกันต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน แต่สิ่งที่แตกต่างกันก็สามารถปฏิบัติให้ต่างกันได้ ภายใต้เหตุผลอันสมควร ตัวอย่างเช่น กรณีหญิงกับชาย ถือเป็นความแตกต่างกัน ดังนั้น ในกรณีที่มิเหตุผลอันควรก็สามารถปฏิบัติให้ต่างกันได้ คำว่า "ความเท่าเทียมทางเพศ" มิได้หมายความว่ากฎหมายจะต้องเขียนให้สิทธิชายและหญิงเท่ากันทุกเรื่องเสมอไป การใช้กฎหมายไม่ควรดูเฉพาะถ้อยคำที่ตราไว้ในกฎหมาย แต่ควรทำความเข้าใจถึงที่มา เจตนารมณ์ และแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายเฉพาะเรื่องนั้นๆด้วย"<sup>1</sup>

นอกจากนี้ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ (รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์) ได้ให้ความเห็นไว้ว่า "ความเป็นธรรมนั้นไม่ใช่การให้เท่าๆ กัน แต่เป็นการให้ในสิ่งที่เขาควรจะได้ แม้ว่าจะไม่เหมือนกับคนอื่นก็ตาม โดยกฎหมายที่ไม่เป็นธรรม หมายถึงกฎหมายที่เลือกปฏิบัติในเมื่อไม่ควรเลือกปฏิบัติ และกฎหมายที่ไม่เลือกปฏิบัติในเมื่อจำต้องเลือกปฏิบัติ"<sup>2</sup>

ความเท่าเทียมกันระหว่างบุคคลนั้นแม้จะเป็นเรื่องที่มีความสำคัญแต่ก็ต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของความจริงที่ว่า การกระทำบางอย่างโดยสภาพของการกระทำก็ไม่ใช่ทุกคนจะกระทำได้ ตัวอย่างเช่น ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 บัญญัติว่า "หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษ..." ความผิดฐานนี้ผู้หญิง

<sup>1</sup> คำให้สัมภาษณ์ของ ผศ.ดร.มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์ ในหนังสือพิมพ์ไทยรัฐ วันที่ 27 มกราคม 2550.

<sup>2</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, "ข่มขืนอย่างไร...ไม่ผิดกฎหมาย," เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ โครงการสัมมนาทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์, ภาควิชากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วันศุกร์ที่ 30 พฤศจิกายน 2550 (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่).

เท่านั้นที่จะเป็นผู้กระทำความผิดได้และต้องเป็นผู้หญิงที่ตั้งครรภ์เองด้วย ผู้ชาย หรือผู้หญิงที่มีได้ตั้งครรภ์ ไม่มีทางที่จะกระทำความผิดฐานนี้ได้แต่หากผู้ชาย หรือผู้หญิงดังกล่าวทำให้หญิงใดแท้งลูกก็มีความผิดฐานอื่นรองรับ คือ ความผิดฐานกระทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ตามมาตรา 302 หรือกรณีที่หญิงไม่ยินยอมก็เป็นความผิดตามมาตรา 303 เป็นต้น

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ก็เช่นเดียวกัน โดยการกระทำชำเราอันเป็นองค์ประกอบหนึ่งของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ได้ให้ความหมายของคำว่า “ชำเรา” ว่าหมายถึงความถึง การร่วมประเวณี<sup>3</sup> และคำว่า “ร่วมประเวณี” หมายถึง การเสพสังวาส<sup>4</sup> หรือเป็นการล่วงเสพสังวาส หรือ ผสมเพศซึ่งกันและกัน ในระหว่างชายกับหญิง ในลักษณะของการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ ซึ่งย่อมหมายถึง การร่วมเพศระหว่างชายกับหญิง ประกอบกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ให้ความหมายของการกระทำชำเราว่าการกระทำชำเราจะต้องปรากฏว่าของลับของชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518) ดังนั้นโดยสภาพของการกระทำชำเราจะต้องเป็นการร่วมประเวณีกันระหว่างชายกับหญิง ส่วนการมีเพศสัมพันธ์กันระหว่างบุคคลเพศเดียวกันไม่ว่าจะเป็นระหว่างชายกับชาย หญิงกับหญิง หรือการกระทำระหว่างบุคคลโดยใช้วัตถุอื่นใดสอดใส่เข้าไปในร่างกายของผู้อื่นนั้น โดยสภาพแล้วไม่น่าจะถือเป็นการกระทำชำเรา เพราะฉะนั้นการบัญญัติให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามีความหมายครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าวจึงเป็นการบัญญัติกฎหมายที่น่าจะขัดกับความเป็นจริง

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวความคิดว่าการกระทำผิดทางเพศในรูปแบบอื่นๆ นอกจากการร่วมประเวณีกันระหว่างชายกับหญิงตามธรรมชาติกำลังเป็นปัญหาสังคมอยู่ในปัจจุบัน เพราะนับวันจะยังมีการกระทำความผิดทางเพศเหล่านี้เกิดมากขึ้นเรื่อยๆ และกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศสมควรที่จะได้รับการแก้ไขปรับปรุงให้ครอบคลุมถึงการกระทำดังกล่าว แม้ว่าก่อนที่จะแก้ไขปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในครั้งนี้ การกระทำเหล่านี้จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารอยู่แล้ว แต่การกระทำอนาจาร หมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศไม่ว่าจะเป็นการกอด จูบ ลูบ คลำ ไปจนถึงการกระทำอย่างอื่นนอกจากการกระทำที่ผู้ชายข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิง ซึ่งการกระทำบางอย่างก็ไม่สมควรจัดอยู่ในความผิดประเภทเดียวกันกับการกอด จูบ ลูบ คลำ เช่น การที่ผู้ชายบังคับข่มขืนใจผู้อื่นไม่ว่าจะเป็นผู้ชายหรือผู้หญิง เพื่อร่วมเพศทางทวารหนัก หรือการใช้ปากกับอวัยวะเพศของผู้อื่น หรือให้ผู้อื่นใช้ปากกับอวัยวะ

<sup>3</sup> พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525, หน้า 268.

<sup>4</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 510.

เพศของตน เป็นต้น การกระทำที่มากกว่าการกด จูบ ลูบ คลำ เหล่านี้ควรจะมีความหมายออกมาควบคุมโดยเฉพาะมากกว่าความผิดฐานกระทำอนาจาร แต่ควรจะเป็นการคุ้มครองในรูปของการบัญญัติเป็นความผิดฐานใหม่ให้ครอบคลุมการกระทำในแต่ละกรณีไม่ว่าจะเป็นการกระทำระหว่างชายต่อชาย หญิงต่อหญิง หรือการกระทำระหว่างบุคคลโดยใช้วัตถุอื่นใดสอดใส่เข้าไปในร่างกายของผู้อื่น ดังเช่นความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ หรือของมลรัฐอลาบามาแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา ส่วนความผิดที่ผู้หญิงเป็นฝ่ายบังคับข่มขืนใจหรือล่อลวงด้วยประการใดให้ผู้ชายร่วมประเวณีกับตนนั้น เห็นว่า เมื่อเป็นการกระทำระหว่างชายกับหญิงก็น่าจะถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้เหมือนกรณีที่ฝ่ายชายเป็นฝ่ายกระทำต่อหญิง โดยลักษณะของการกระทำชำเราก็น่าจะสามารถถือตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเดิมได้ว่าการกระทำอย่างไรจึงจะถือเป็นความผิดสำเร็จหรือเป็นเพียงแต่พยายาม แต่ภาระการพิสูจน์ในคดีที่ผู้ชายกล่าวหาว่าผู้หญิงเป็นฝ่ายข่มขืนกระทำชำเราตนก็ควรจะยากกว่าการพิสูจน์ว่าผู้ชายเป็นฝ่ายข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิง

#### 4.2 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามบทบัญญัติที่แก้ไขใหม่

การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในครั้งนี้มีประเด็นหลักในการแก้ไข ก็คือต้องการที่จะคุ้มครองบุคคลทุกเพศจากการกระทำของบุคคลทุกเพศ ดังนั้นจึงต้องมีการแก้ไขในเรื่องลักษณะของการกระทำชำเราด้วย ซึ่งถือเป็นการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดและเจตนารมณ์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และเป็นที่น่าแน่นอนว่าจะต้องมีผลกระทบต่อการใช้กฎหมายในหลายๆ ด้าน ดังต่อไปนี้

##### 4.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับคำนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา”

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่เดิมไม่มีการกำหนดคำนิยามของการกระทำชำเราเอาไว้แต่อาศัยแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาศาลฎีกาในการอธิบายว่าการกระทำเช่นไรจึงจะเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา โดยศาลฎีกาก็ได้วางแนวบรรทัดฐานว่าการข่มขืนกระทำชำเราหมายถึง การที่ชายร่วมประเวณีกับหญิงตามธรรมชาติโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม และความผิดจะสำเร็จก็ต่อเมื่ออวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงโดยมีต้องคำนึงว่าจะล่วงล้ำเข้าไปมากน้อยเพียงใด หรือชายจะสำเร็จความใคร่หรือไม่ หรือเยื่อพรหมจารีย์ของหญิงจะขาดหรือไม่

ก็คือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จแล้ว แต่ตามบทบัญญัติที่แก้ไขใหม่ได้มีการเพิ่มคำนิยามของคำว่า "กระทำชำเรา" ไว้ในมาตรา 276 และมาตรา 277 ว่ามีความหมายถึง

"การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น"

ในประเด็นที่เกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่แก้ไขใหม่ และนิยามของคำว่า "กระทำชำเรา" นี้มีนักวิชาการหลายท่านได้ให้ความเห็นเอาไว้ ตัวอย่างเช่น

ท่านอาจารย์วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ได้ให้ความเห็นไว้ในการสัมมนาทางวิชาการเรื่อง "ข่มขืนอย่างไร...ไม่ผิดกฎหมาย" ว่า "การแก้ไขกฎหมายในครั้งนี้มุ่งที่จะแก้ไขกฎหมายให้เกิดความเท่าเทียมกัน แต่ไม่ได้คำนึงถึงเรื่องธรรมชาติของการกระทำ ดังนั้นกฎหมายที่แก้ไขออกมาจึงเป็นกฎหมายที่ผิดธรรมชาติ"<sup>5</sup>

ท่านศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส ให้ความเห็นไว้ในการสัมมนาทางวิชาการเรื่อง "ข่มขืนอย่างไร...ไม่ผิดกฎหมาย" ว่า "แม้กฎหมายอาญาจะต้องมีความชัดเจนแต่คำบางคำ หรือองค์ประกอบบางอย่างก็ไม่สมควรกำหนดคำนิยามเอาไว้ เช่น คำว่า "กระทำชำเรา" หรือคำว่า "การกระทำอนาจาร" เป็นต้น โดยในทางกฎหมายเรียกคำหรือองค์ประกอบที่ไม่อาจกำหนดคำนิยามได้ว่า องค์ประกอบเปิด"<sup>6</sup>

เมื่อพิจารณาความหมายของการกระทำชำเราตามบทบัญญัติที่แก้ไขใหม่แล้วจะเห็นได้ว่าการกระทำชำเราในปัจจุบันอาจแบ่งออกเป็น 2 กรณีใหญ่ๆ คือ

1. การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น การกระทำในส่วนนี้เป็นการที่กฎหมายขยายความคุ้มครองของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราให้ครอบคลุมถึงทวารหนัก หรือช่องปากด้วย และในส่วนของผู้กระทำก็อาจเป็นการใช้อวัยวะเพศชายหรืออวัยวะเพศหญิงในการกระทำก็ได้ ต่างจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเดิมที่ให้ความคุ้มครองอวัยวะเพศหญิงจากการกระทำโดยใช้อวัยวะเพศชายเท่านั้น โดยการกระทำที่เข้าข่ายเป็นการกระทำชำเราในส่วนนี้ก็

<sup>5</sup> ข้อมูลบางส่วนจากการสัมมนาเรื่อง "ข่มขืนอย่างไร...ไม่ผิดกฎหมาย", วันที่ 30 พฤศจิกายน 2550, จัดขึ้นที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>6</sup> ข้อมูลบางส่วนจากการสัมมนาเรื่อง "ข่มขืนอย่างไร...ไม่ผิดกฎหมาย", วันที่ 30 พฤศจิกายน 2550, จัดขึ้นที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

คือ กรณีนาย ก. เพื่อสนองความใคร่ของตน ใช้อวัยวะเพศของตนสัมผัสและต้องหรือสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นไม่ว่าจะเป็นหญิงหรือชาย หรือกรณีนางสาว ข. เพื่อสนองความใคร่ของตน ใช้อวัยวะเพศของตนสัมผัสและต้องกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิง ตัวอย่างเช่น นาย ก. ใช้อวัยวะเพศของตนสัมผัสกับอวัยวะเพศของนาย ข. การกระทำของนาย ก. ก็ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือนาย ก. ใช้อวัยวะเพศของตนแค่เพียงสัมผัสกับอวัยวะเพศของนางสาว ค. โดยมีได้มีการล่วงล้ำแต่อย่างใด การกระทำของนาย ก. ในกรณีนี้ก็ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือนางสาว ค. ใช้อวัยวะเพศของตนสัมผัสกับอวัยวะเพศของนางสาว ง. การกระทำของนางสาว ค. ก็ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือนางสาว ค. ใช้อวัยวะเพศของตนสัมผัสกับทวารหนักของนาย ก. การกระทำของนางสาว ค. ก็ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เป็นต้น

2. การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น สำหรับการกระทำในส่วนนี้เป็นการที่กฎหมายให้ความคุ้มครองอวัยวะเพศหรือทวารหนักจากการกระทำโดยใช้สิ่งอื่นใดนอกจากอวัยวะเพศ โดยสิ่งอื่นใดนี้หมายความว่าอวัยวะอื่นนอกจากอวัยวะเพศ หรืออาจเป็นวัตถุอื่นใดก็ได้ โดยการกระทำที่เข้าข่ายเป็นการกระทำชำเราในส่วนนี้ ก็คือ กรณีนาย ก. เพื่อสนองความใคร่ของตน ใช้อวัยวะอื่นที่ไม่ใช่อวัยวะเพศหรือวัตถุอื่นใดสัมผัสและต้องหรือสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นไม่ว่าจะเป็นหญิงหรือชาย หรือกรณีนางสาว ข. เพื่อสนองความใคร่ของตน ใช้อวัยวะอื่นที่ไม่ใช่อวัยวะเพศหรือวัตถุอื่นใดสัมผัสและต้องหรือสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิง ตัวอย่างเช่น นาย ก. ใช้ปากกาสัมผัสกับอวัยวะเพศของนาย ข. การกระทำของนาย ก. ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือนาย ก. ใช้ปากกาสัมผัสกับทวารหนักของนางสาว ค. โดยมีได้มีการล่วงล้ำแต่อย่างใด การกระทำของนาย ก. ก็ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือนางสาว ค. ใช้ปากกาสัมผัสกับอวัยวะเพศของ นาย ก. การกระทำของนางสาว ค. ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือนางสาว ค. ใช้นิ้วมือสัมผัสกับทวารหนักของนางสาว ง. การกระทำของนางสาว ค. ก็ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เป็นต้น

มีข้อสังเกตว่า การกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่ในส่วนที่เป็นการกระทำโดยใช้สิ่งอื่นใดนั้นกฎหมายมิได้คุ้มครองถึงการใช้อื่นใดกระทำกับช่องปากของผู้อื่น ดังนั้นหากนาย ก. บังคับให้นางสาว ข. ใช้ปากสัมผัสกับทวารหนักของตน การกระทำก็ไม่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเพราะกฎหมายมิได้ให้ความคุ้มครองถึงการใช้อื่นใดกระทำกับช่องปากของผู้อื่น

เมื่อทราบแล้วว่าการกระทำอย่างไรจึงจะถือเป็นการกระทำซ้ำเราตามกฎหมายใหม่ ปัญหาต่อไปมีว่า การกระทำจะเป็นความผิดสำเร็จเมื่อใด

ในส่วนี้อาจารย์เกียรติขจร วัจนะลวิสต์ อธิบายไว้ว่า<sup>7</sup> ในแง่ของการกระทำซ้ำเราตามบทบัญญัติที่แก้ไขใหม่นี้ การกระทำไม่จำเป็นต้องมีการ "ล่องล้า" (หรือ "สอดใส่") ก็ได้เพราะมาตรา 276 วรรคสองใช้คำว่า "กระทำกับ" ดังนั้นหากชายใช้อวัยวะเพศของตน "ถูไถ" อยู่ที่ปากของคลอดด้านนอก โดยยังไม่ทันได้ล่องล้าเข้าไปก็ถือเป็นการกระทำซ้ำเราอันเป็นความผิดสำเร็จแล้ว เพราะเป็นการ "ใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ... ของผู้อื่น" ซึ่งข้อเท็จจริงเช่นนี้ ตามกฎหมายเดิมถือว่าเป็นเพียงการพยายามกระทำซ้ำเราเท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874/2491) เช่นเดียวกันกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1218/2530 ก็วินิจฉัยไว้ว่า การที่ชายใช้อวัยวะเพศดันไปตรงอวัยวะเพศของหญิงเพียงครั้งเดียว เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำซ้ำเรา นอกจากนั้น ตามกฎหมายใหม่นี้หากชายใช้อวัยวะเพศของตน "ถูไถ" กับ "ทวารหนัก" หรือ "ช่องปาก" ของหญิง หากเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของชายก็เป็นการกระทำซ้ำเราอันเป็นความผิดสำเร็จ เพราะเป็นการใช้อวัยวะเพศของตน "กระทำกับ" ทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำ ทั้งนี้ผู้ถูกระทำอาจจะเป็นชายด้วยกันก็ได้หรือหญิงอาจจะกระทำการดังกล่าวกับหญิงด้วยกันก็ได้ หรือหญิงกระทำกับชายก็ได้ นอกจากการกระทำโดยใช้อวัยวะเพศแล้วผู้กระทำอาจใช้ "สิ่งอื่นใด" (นอกจากอวัยวะเพศของตน) "กระทำกับ" อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นก็อาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราได้ โดย "สิ่งอื่นใด" อาจหมายถึง มือ หรือปาก ของผู้กระทำก็ได้ หรืออาจหมายถึงอวัยวะเพศเทียมก็ได้ ดังนั้นหากชายใช้วัตถุใดๆ "สอดใส่" หรือเพียงแต่ "สัมผัส" อวัยวะเพศของหญิง หรือทวารหนักของหญิงก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราสำเร็จแล้ว

กล่าวโดยสรุป ก็คือ การกระทำซ้ำเราตามกฎหมายใหม่นั้นกฎหมายใช้คำว่า "กระทำกับ" ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องมีการล่องล้าหรือสอดใส่ดังเช่นความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราเดิม การกระทำก็ถือเป็นการผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราสำเร็จแล้ว ดังนั้นแค่เพียงการสัมผัสแตะต้องภายนอกการกระทำก็ถือเป็นการผิดสำเร็จแล้ว

เมื่อพิจารณาความหมายของการกระทำซ้ำเราตามบทบัญญัติที่แก้ไขใหม่จะเห็นได้ว่าเป็นการยกเลิกแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเดิมเกี่ยวกับความหมายของการกระทำซ้ำเรา และนอกจากจะมีผลต่อความหมายของคำว่า "กระทำซ้ำเรา" แล้วยังมีผลต่อความหมายของการกระทำอนาจารอีกด้วย โดยกฎหมายที่แก้ไขใหม่นี้ทำให้การกระทำซึ่งแต่เดิมถือว่าเป็น "การ

<sup>7</sup> เกียรติขจร วัจนะลวิสต์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีระวิชาการพิมพ์, 2550), หน้า 307-308.



กระทำอนาจาร" กลายมาเป็น "การกระทำชำเรา" มากมายหลายกรณี ดังนั้นตามกฎหมายใหม่ การกระทำอนาจารโดยที่ไม่เป็นการกระทำชำเราจึงถูกจำกัดแคบลงเหลือเพียงเฉพาะกรณี ดังต่อไปนี้<sup>8</sup>

ก. ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตน "กระทำกับ" อวัยวะอื่นๆ นอกจากอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกระทำ อันเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ

ข. ผู้กระทำใช้สิ่งอื่นใด (นอกจากอวัยวะเพศ) เช่น มือ ปาก เท้า หรือวัตถุอื่นใด "กระทำกับ" อวัยวะอื่นๆ นอกจากอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำ อันเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ

จากลักษณะของการกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่จะเห็นได้ว่าการกระทำชำเรา อันจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีขอบเขตของความผิดที่กว้างมากโดยมิได้คุ้มครองแค่ เฉพาะอวัยวะเพศหญิงอีกต่อไปแล้วแต่ยังคุ้มครองถึงอวัยวะเพศชาย ทวารหนัก และช่องปากอีกด้วย และในส่วนของผู้กระทำก็อาจกระทำโดยใช้อวัยวะเพศชาย อวัยวะเพศหญิง หรือสิ่งอื่นใดก็ได้ นอกจากนี้แม้เพียงแค่การสัมผัสแต่ต้องภายนอกโดยไม่มีการล่วงล้ำหรือสอดใส่ก็ถือเป็น ความผิดสำเร็จแล้ว ซึ่งการกระทำที่เข้าข่ายเป็นการกระทำชำเราบางกรณีก็น่าจะมีความรุนแรง ถึงขนาดเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นอกจากนี้ยังส่งผลกระทบต่อการข่มขืนกระทำชำเราอันมี ลักษณะเป็นการโทรมอีกด้วย โดยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิงตามกฎหมายเดิม ศาลฎีกาได้วางแนวบรรทัดฐานเอาไว้ว่าคำว่า "โทรมหญิง" หมายความว่า การกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะร่วมผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา ตั้งแต่สองคนขึ้นไป ตามคำพิพากษาศาลฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1202/2529 (ประชุมใหญ่) จำเลยที่ 1 ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายเพียงคนเดียว จำเลยที่ 2 ยังไม่ได้ข่มขืนกระทำชำเราด้วย เพียงแต่กอดจูบ และกอดผู้เสียหายให้จำเลยที่ 1 ข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น จำเลยทั้งสองเป็นตัวการร่วมกระทำผิดตามมาตรา 276 วรรคแรก แต่ไม่เข้าลักษณะเป็นการโทรมหญิงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง เพราะจะเข้าลักษณะเป็นการโทรมหญิงได้ ต้องมีการร่วมผลัดเปลี่ยนข่มขืนกระทำชำเราตั้งแต่สองคนขึ้นไป

<sup>8</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 309.

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่ยังคงมีหลักการในการพิจารณาว่าการกระทำใดจึงจะเป็นการโทรมเหมือนหลักกฎหมายเดิม กล่าวคือ จะต้องมีการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา แต่สิ่งที่เปลี่ยนแปลงไปน่าจะเป็นในเรื่องของวิธีการในการโทรม โดยตามกฎหมายใหม่ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม ให้รวมถึงการกระทำอันมีลักษณะเป็นการโทรมชายด้วย เมื่อพิจารณาประกอบกับความหมายของการกระทำชำเราตามบทบัญญัติที่แก้ไขใหม่ อาจมีผลกระทบต่อความรุนแรงของลักษณะการกระทำอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือโทรมชาย โดยการกระทำอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือโทรมชายในปัจจุบันอาจเป็นกรณีที่ชาย 2 คนกระทำการเพื่อสนองความใคร่ของตนผลัดเปลี่ยนกันใช้อวัยวะเพศของตนสัมผัสกับอวัยวะเพศของชายอีกคนหนึ่งโดยปราศจากความยินยอม หรือการที่หญิง 2 คนกระทำการเพื่อสนองความใคร่ของตน ผลัดเปลี่ยนกันใช้อวัยวะเพศของตนสัมผัสกับอวัยวะเพศของหญิงอีกคนหนึ่งโดยปราศจากความยินยอม หรืออาจเป็นกรณีที่บุคคล 2 คนกระทำการเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ผลัดเปลี่ยนกันใช้สิ่งอื่นใด เช่น ปากก้า สัมผัสกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นโดยปราศจากความยินยอม การกระทำเหล่านี้มีลักษณะของการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมจึงถือเป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือโทรมชายทั้งสิ้น และผู้ร่วมกระทำผิดก็จะต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการข่มขืนกระทำชำเราธรรมดา ซึ่งตามเจตนารมณ์ของการลงโทษการข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมนั้นก็เนื่องมาจากการข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมมีลักษณะของการกระทำที่รุนแรงและก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ถูกกระทำมากกว่าการข่มขืนกระทำชำเราธรรมดา แต่จากลักษณะของการข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมตามกฎหมายใหม่ในบางกรณีน่าจะไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ดังกล่าวเพราะมิได้มีความรุนแรงหรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ถูกกระทำมากกว่าการข่มขืนกระทำชำเราธรรมดา

ปัญหาของการกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่อีกกรณีหนึ่งก็คือความหมายของคำว่า "กระทำชำเรา" มีการกำหนดองค์ประกอบหนึ่งที่สำคัญก็คือ การกระทำจะต้องเป็นการกระทำเพื่อ "สนองความใคร่ของผู้กระทำ" โดยมีการกำหนดไว้ในคำนิยามของการกระทำชำเราว่า การกระทำต่างๆ ที่กฎหมายบัญญัติจะต้องเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ การกระทำจึงจะเป็นความผิด ในประเด็นนี้ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ (รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์) ให้ความเห็นไว้ว่า "คำว่า "เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ"

ที่เพิ่มเข้าไปใหม่ แสดงว่าหากเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้เสียหายเอง ผู้กระทำยอม  
 "ไม่มีความผิด"<sup>9</sup>

เมื่อกฎหมายบัญญัติเช่นนี้ แสดงว่า หากเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของ  
 ตัวผู้เสียหายเอง การกระทำยอมไม่มีความผิด เนื่องจากผู้กระทำมิได้กระทำเพื่อสนองความใคร่  
 ของตน ตัวอย่างเช่น เด็กหญิง ก. อายุ 14 ปี มีความอยากรู้อยากลองมีเพศสัมพันธ์ จึงได้ขอร้อง  
 นาย ข. อายุ 20 ปี ให้ร่วมประเวณีกับตน ทั้งๆ ที่นาย ข. มิได้อยากร่วมประเวณีกับเด็กหญิง ก.  
 เลยแม้แต่น้อย กรณีนี้นาย ข. ย่อมไม่มีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง ก. เพราะนาย ข. มิได้  
 กระทำเพื่อสนองความใคร่ของตน แต่กระทำเพื่อสนองความใคร่ของเด็กหญิง ก. เมื่อเป็นเช่นนี้ทำ  
 ให้ไม่สามารถนำกฎหมายมาใช้เพื่อคุ้มครองเด็กได้ หรือนำมาใช้ได้ลำบากขึ้น

#### 4.2.2 ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

สำหรับผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น ใน  
 อดีตความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดที่คุ้มครองผู้หญิงจากการทำร้ายหรือบังคับ  
 ข่มขืนใจโดยผู้ชายเพื่อร่วมประเวณีกับผู้หญิง โดยในช่วงแรกนอกจากจะเป็นความผิดที่คุ้มครอง  
 ผู้หญิงแล้วยังเป็นการปกป้องเกียรติยศศักดิ์ศรีของผู้ชายที่เป็นผู้ปกครองหญิงไม่ว่าจะเป็นบิดาใน  
 กรณีที่หญิงยังไม่สมรสหรือสามีในกรณีที่หญิงสมรสแล้วจากการถูกผู้ชายอื่นล่วงละเมิดตัวผู้หญิง  
 อันถือเป็นเสมือนทรัพย์สินทางเพศของชายผู้เป็นผู้ปกครองด้วย ต่อมาเมื่อแนวความคิดในเรื่อง  
 ความเสมอภาคกันของชายหญิงมีความชัดเจนมากขึ้นส่งผลให้เจตนารมณ์ของความผิดฐาน  
 ข่มขืนกระทำชำเราที่เป็นการปกป้องเกียรติยศศักดิ์ศรีของผู้ชายเปลี่ยนไปเป็นการคุ้มครองผู้หญิง  
 ในฐานะที่เป็นผู้เสียหายที่แท้จริง จะเห็นได้ว่าผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในอดีต  
 จะต้องเป็นผู้ชายและผู้ถูกกระทำหรือผู้เสียหายก็จะต้องเป็นผู้หญิง แต่ในปัจจุบันพฤติกรรมในการ  
 แสวงหาความพึงพอใจทางเพศโดยการบังคับข่มขืนใจเปลี่ยนแปลงไปโดยไม่จำกัดอยู่แค่เพียง  
 กรณีผู้ชายเป็นฝ่ายกระทำต่อผู้หญิงอีกต่อไป แต่ผู้หญิงก็อาจเป็นฝ่ายกระทำต่อผู้ชายก็ได้หรืออาจ  
 เป็นการกระทำของบุคคลเพศเดียวกันก็ได้ไม่ว่าจะเป็นการกระทำของผู้ชายกระทำต่อผู้ชาย หรือ  
 ผู้หญิงกระทำต่อผู้หญิง พฤติกรรมเหล่านี้แพร่หลายมากขึ้นจนก่อให้เกิดปัญหาสังคม ดังนั้นใน  
 หลายๆ ประเทศจึงมีการแก้ไขกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศให้ครอบคลุมถึงการกระทำเหล่านี้

<sup>9</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, "หญิงข่มขืนชาย กฎหมายสะท้อนอารมณ์," วารสารกฎหมาย  
 ใหม่ ปีที่ 5 (ฉบับที่ 86, สิงหาคม 2550): หน้า 58-61.

โดยประเทศไทยก็ได้ทำการแก้ไขความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเพื่อขยายขอบเขตของความผิดให้ครอบคลุมถึงการกระทำต่างๆ เหล่านี้ด้วย

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาที่แก้ไขใหม่เป็นความผิดที่กฎหมายมิได้กำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิดไว้โดยจะเห็นได้จากที่กฎหมายใช้คำว่า "ผู้ใด" ดังนั้นบุคคลใดๆ ไม่ว่าจะเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็เป็นผู้ลงมือกระทำความผิดฐานนี้ได้เพราะต่างก็เป็น "ผู้ใด" ด้วยกันทั้งสิ้น และเมื่อพิจารณาประกอบกับความหมายของ "การกระทำชำเรา" ที่มีการกำหนดขึ้นใหม่ว่าเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักของผู้อื่น จากความหมายของการกระทำชำเราเช่นนี้แสดงว่าการกระทำชำเราในปัจจุบันไม่จำเป็นจะต้องเป็นการกระทำโดยผู้ชายอีกต่อไป ต่างกับการกระทำชำเราตามกฎหมายเดิมที่มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาวางหลักว่าผู้ลงมือกระทำความผิดโดยตรงจะต้องเป็นผู้ชายเท่านั้นโดยผู้หญิงอาจมีความผิดฐานนี้ได้ในฐานะตัวการร่วมแต่ไม่สามารถเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดโดยลำพังได้ ดังนั้นตามกฎหมายใหม่ ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงอาจเป็นได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิงโดยผู้หญิงก็อาจเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดโดยลำพังได้เช่นเดียวกับผู้ชาย

ในขณะเดียวกันในส่วนของผู้เสียหายหรือผู้ถูกกระทำในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ก็อาจเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้เพราะกฎหมายใช้คำว่า "ผู้อื่น" และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่ก็ให้ความคุ้มครองทั้งอวัยวะเพศ ทวารหนัก และช่องปาก โดยอาจเป็นการกระทำต่อบุคคลคนละเพศกันหรือเป็นการกระทำต่อบุคคลเพศเดียวกันไม่ว่าจะเป็นการกระทำของผู้ชายกระทำต่อผู้ชายหรือผู้หญิงกระทำต่อผู้หญิงหากการกระทำเข้าลักษณะของการกระทำชำเราก็คือเป็นความผิดทั้งสิ้น

นอกจากนี้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ยังได้ตัดคำว่า "ซึ่งมิใช่ภริยาตน" ออกไป ส่งผลให้กรณีที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรส สามีหรือภริยาที่เป็นผู้กระทำก็อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาหรือสามีตนเองได้โดยในมาตรา 276 วรรคสี่ที่แก้ไขใหม่ได้วางหลักเกณฑ์ในกรณีที่เป็นการกระทำความผิดในระหว่างคู่สมรสว่าหากคู่สมรสนั้นยังประสงค์ที่จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาก็คให้อำนาจศาลที่จะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดเพียงใดก็ได้ หรือไม่ลงโทษเลยและกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมประพฤติด้วยก็ได้และในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกและคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบและให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้ต่อไป

กล่าวโดยสรุป ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่แก้ไขใหม่อาจเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้ โดยทั้งผู้ชายและผู้หญิงสามารถเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดฐานนี้ได้โดยลำพัง และในขณะเดียวกันผู้เสียหายจากการกระทำความผิดก็อาจเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้โดยอาจเป็นการกระทำต่อบุคคลคนละเพศกันหรือเป็นการกระทำต่อบุคคลเพศเดียวกันก็ได้ ซึ่งถือเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ขัดต่อสภาพความเป็นจริงตามธรรมชาติของการกระทำชำเราที่เข้าใจกัน โดยทั่วไปว่าเป็นการร่วมประเวณีกันตามธรรมชาติระหว่างชายกับหญิง และเป็นการยกเลิกแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวกับผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยสิ้นเชิง

#### 4.2.3 ปัญหาการคุ้มครองเด็กในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277

ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ที่แก้ไขใหม่ มีข้อสังเกตอยู่บางประการ ดังต่อไปนี้

**ประการแรก** กรณีการข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กนั้นเป็นผู้สมรสกับผู้กระทำ ผลจะเป็นอย่างไร

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ที่แก้ไขใหม่มีข้อความว่า "ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีใช้ภริยาหรือสามีตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม..."

จากมาตรา 277 ข้างต้น จะเห็นว่าไม่มีการตัดข้อความว่า "ซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีตน" ออกไปซึ่งต่างจากความผิดตามมาตรา 276 ที่มีการตัดข้อความลักษณะนี้ออกไปแล้ว สาเหตุที่มาตรา 277 มิได้ตัดข้อความนี้ออกไปก็เนื่องมาจาก ความผิดตามมาตรา 277 นี้เป็นการเอาผิดกับผู้ร่วมประเวณีกับเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีโดยไม่คำนึงว่าเด็กจะยินยอมให้ร่วมประเวณีหรือไม่ก็ตาม กล่าวคือ ความยินยอมของเด็กไม่เป็นสาระสำคัญในการวินิจฉัยความผิดมาตรานี้ เพราะเด็กที่อยู่ในช่วงอายุที่กำหนดนี้ กฎหมายถือว่ายังไม่มีความวิญญูธรรมหรือไม่มีประสบการณ์ในเรื่องเพศเพียงพอที่จะให้ความยินยอมที่สมเหตุสมผลในเรื่องนี้ได้ และอาจถูกผู้มีประสบการณ์ในเรื่องเพศมากกว่าทำการล่อลวงให้เด็กให้ความยินยอมได้ ดังนั้นกฎหมายจึงกำหนดเป็นมาตรการพิเศษขึ้นเพื่อต้องการจะคุ้มครองเด็กจากการกระทำชำเราที่อ่อนวัยอันควร ดังนั้น หากผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ก็ถือเป็นความผิดตามมาตรา 277 ทันทีโดยไม่ต้องพิจารณาว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ เพราะกฎหมายใช้คำว่า "โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม" แต่ในกรณีที่เด็กอายุไม่เกิน 15 และศาลอนุญาตให้ทำการสมรสได้ หากคู่สมรสของเด็กได้กระทำชำเราเด็กโดยเด็กยินยอม ก็ไม่ถือ

เป็นความผิดเนื่องจากมาตรา 277 ใช้คำว่า "เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีไชภริยาหรือสามีตน" ซึ่งก็เป็นเรื่องที่ถูกต้องแล้วที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้เพราะแม้เด็กผู้ถูกกระทำซ้ำเราจะมีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด แต่ศาลได้อนุญาตให้เด็กทำการสมรสแล้วเท่ากับศาลได้พิจารณาแล้วว่าเด็กมีวุฒิภาวะเพียงพอแล้วที่จะทำการสมรส และเมื่อเป็นคู่สมรสกัน การร่วมประเวณีกันก็เป็นเรื่องปรกติธรรมดาของการเป็นคู่สมรสกัน หากจะไปเอาผิดกับคู่สมรสที่ร่วมประเวณีกับเด็กโดยเด็กนั้นยินยอมก็คงจะเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้อง

ปัญหามีอยู่ว่า หากคู่สมรสของเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีที่ศาลอนุญาตให้ทำการสมรสได้แล้วไปกระทำการร่วมประเวณีกับเด็กโดยที่เด็กไม่ยินยอม ผลจะเป็นอย่างไร

กรณีนี้เมื่อมาตรา 277 บัญญัติคุ้มครองเด็กเอาไว้ว่า ไม่ว่าจะเด็กจะยินยอมให้กระทำซ้ำเราหรือไม่ก็ตาม การกระทำก็ถือเป็นความผิดตามมาตรา 277 ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ถูกกระทำเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี และไม่ว่าการกระทำซ้ำเราเด็กจะเกิดจากความยินยอมหรือเป็นการบังคับข่มขืนใจก็ตาม กฎหมายที่จะนำมาปรับกับข้อเท็จจริงที่ผู้ถูกกระทำเป็นเด็กก็ต้องเป็นกฎหมายมาตรา 277 ดังตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา ดังต่อไปนี้

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6484/2545** การที่จำเลยที่ 1 กระทำซ้ำเราผู้เสียหายขณะผู้เสียหายอายุยังไม่เกิน 15 ปี โดยผู้เสียหายยินยอม ย่อมเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคแรก

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4180/2548** โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยตาม ป.อ. มาตรา 277 สองกรรม ความผิดกรรมแรกโจทก์บรรยายฟ้องว่า จำเลยขู่บังคับผู้เสียหายมิให้ขัดขืน แล้วได้ใช้กำลังประทุษร้ายโดยการใช้อำนาจข่มขู่บริเวณหน้าห้องของผู้เสียหายหลายครั้ง จนผู้เสียหายอยู่ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ แล้วจำเลยได้ข่มขืนกระทำซ้ำเราผู้เสียหายจนสำเร็จความใคร่ ส่วนความผิดกรรมที่สองโจทก์บรรยายฟ้องว่า จำเลยขู่เชิญว่าจะใช้มีดพร้าที่จำเลยมีติดตัวเป็นอาวุธฟันทำร้ายผู้เสียหายให้ถึงแก่ความตายหากผู้เสียหายไม่ยินยอมให้จำเลยกระทำซ้ำเรา แล้วจำเลยได้ขู่เชิญบังคับให้ผู้เสียหายนอนลงกับพื้นและกระทำซ้ำเราผู้เสียหายจนสำเร็จความใคร่ ความผิดกรรมแรกจำเลยเพียงใช้กำลังประทุษร้ายให้ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ แตกต่างจากความผิดกรรมที่สองที่จำเลยขู่เชิญผู้เสียหายด้วยว่าจะใช้อาวุธมีดพร้าฟันทำร้าย ซึ่งทำให้ผู้เสียหายเกรงกลัวจนต้องยินยอมให้จำเลยกระทำซ้ำเราและอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ โดยจำเลยไม่ต้องใช้กำลังประทุษร้ายอีกแต่อย่างใด ความผิดกรรมแรกจึงไม่ใช่การกระทำโดยใช้อาวุธ จึงเป็นความผิดตาม ป.อ. มาตรา 277 วรรคสอง

เพราะฉะนั้น กรณีตามปัญหา ผู้ถูกกระทำเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีและศาลได้อนุญาตให้ทำการสมรสได้ หากคู่สมรสของเด็กกระทำซ้ำเราเด็กโดยเด็กยินยอม การกระทำก็ไม่มี

ความผิดทั้งตามหลักความจริงและตามหลักกฎหมายตามที่กล่าวไปแล้วข้างต้น แต่หากคู่สมรสของเด็กกระทำชำเราเด็กโดยที่เด็กไม่ยินยอม ตามหลักความจริงแล้วการกระทำเช่นนี้ควรจะเป็นความผิด แต่เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายแล้วจะพบว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีใช้ภริยาหรือสามีตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม..." ดังนั้นกรณีตามปัญหา คู่สมรสของเด็กแม้ว่าจะกระทำชำเราเด็กโดยที่เด็กไม่ยินยอมก็จะเป็นความผิดฐานนี้เพราะเด็กเป็นภริยาหรือสามีของผู้กระทำ แต่อาจมีความผิดฐานอื่น เช่น ความผิดต่อเสรีภาพ ซึ่งเป็นเรื่องที่ขัดกับเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเด็กเพราะมาตรา 277 (เดิม) เด็กจะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษมากกว่าผู้ใหญ่เพราะเด็กมีวุฒิภาวะไม่มากเท่าผู้ใหญ่ แต่เมื่อมีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในครั้งนี้ ส่งผลให้เด็กกลับได้รับการคุ้มครองในระดับที่น้อยกว่าผู้ใหญ่ เนื่องจากบุคคลที่มีอายุมากกว่า 15 ปี หากถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยคู่สมรสของตนเอง ผู้กระทำก็มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 แต่ในกรณีที่เด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปีถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยคู่สมรสของตนเอง ผู้กระทำกลับไม่มีความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก เพราะมาตรา 277 กำหนดว่าการกระทำจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อเด็กผู้ถูกระทำจะต้องไม่ใช่ภริยาหรือสามีของผู้กระทำ ในเรื่องนี้ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ (รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์) ได้ให้ความเห็นไว้ว่า

"ตามกฎหมายใหม่ การข่มขืนกระทำชำเราภริยาที่อายุเกิน 15 ปีแล้ว เป็นความผิด สามีอาจติดคุก แต่หากข่มขืนกระทำชำเราภริยาเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี ไม่มีความผิด เพราะมาตรา 277 ที่มีการแก้ไขใหม่ยังคงมีข้อความว่า "ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีใช้ภริยาหรือสามีตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม..."<sup>10</sup>

สำหรับกรณีตามปัญหาดังกล่าวที่ว่า หากคู่สมรสของเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีที่ศาลอนุญาตให้ทำการสมรสได้ ทำการร่วมประเวณีกับเด็กโดยที่เด็กไม่ยินยอม ผลจะเป็นอย่างไรนั้น ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ว่า<sup>11</sup>

"หากเด็กผู้ถูกระทำเป็นคู่สมรสของผู้กระทำและเด็กผู้ถูกระทำไม่ยินยอม เช่น ชาย "กระทำชำเรา" เด็กหญิงอายุไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งเป็นคู่สมรสของชาย (โดยศาลอนุญาตให้ทำการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448) โดยเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม การกระทำของชายไม่เป็นความผิดตามมาตรา 277 อย่างไรก็ตาม การกระทำดังกล่าวก็ครอบคลุมองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 276 ดังนั้นชายก็ผิดมาตรา 276 ได้ แม้ว่าจะไม่ผิดมาตรา 277 ก็ตาม ข้อสำคัญ คือ เด็กหญิงซึ่งเป็นคู่สมรสนั้นจะต้องไม่ยินยอม หากยินยอมให้ชายกระทำ

<sup>10</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 58-61.

<sup>11</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 311-312.

แล้ว ชายก็ไม่ผิดมาตรา 276 (เพราะจะผิดมาตรา 276 ผู้ถูกระทำจะต้องไม่ยินยอม) และชายก็ไม่ผิดมาตรา 277 เพราะเด็กหญิงเป็น "คู่สมรส" ของชาย แม้ว่ากรณีตามมาตรา 277 จะไม่คำนึงถึงความยินยอมของเด็กผู้ถูกระทำก็ตาม เพราะการกระทำจะผิดมาตรา 277 ผู้ถูกระทำจะต้องมิใช่คู่สมรสของผู้กระทำ"

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าผลจะเป็นไปอย่างที่ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ว่าไว้ แต่ก็เกิดปัญหาอีกว่าหากเด็กอายุไม่เกิน 13 ปีได้รับอนุญาตให้ทำการสมรส แล้วถูกคู่สมรสของตน ช่มชู้กระทำชำเรา ตามความเห็นของ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ผู้กระทำก็มีความผิดตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง ซึ่งมีอัตราโทษที่กฎหมายกำหนด คือ จำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท แต่หากกรณีเป็นการกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกิน 13 ปี ซึ่งมีไซโครियाหรือสามีของตน ไม่ว่าจะเด็กจะยินยอมหรือไม่ ตามมาตรา 277 วรรคสาม กฎหมายกำหนดอัตราโทษไว้ คือ จำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต แสดงว่าการช่มชู้กระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกิน 13 ปีซึ่งเป็นคู่สมรสของตน มีอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดน้อยกว่ากรณีการกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกิน 13 ปีซึ่งมิใช่คู่สมรสของตน ไม่ว่าจะเด็กจะยินยอมหรือไม่เสียอีก เช่นนี้ก็จะเกิดความไม่เท่าเทียมกันในเรื่องอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดระหว่างการช่มชู้กระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกิน 13 ปีซึ่งเป็นคู่สมรสของผู้กระทำ กับ กรณีการกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกิน 13 ปีซึ่งมิใช่คู่สมรสของผู้กระทำ ไม่ว่าจะเด็กจะยินยอมหรือไม่ ซึ่งน่าจะไม่ต้อง

สำหรับปัญหานี้ผู้เขียนเห็นว่า หากเราบัญญัติให้การกระทำความผิดฐานช่มชู้กระทำชำเราตามมาตรา 276 ซึ่งผู้ถูกระทำเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ถือเป็นเหตุเพิ่มโทษตามมาตรา 276 ส่วนความผิดตามมาตรา 277 ก็เป็นกรณีของการกระทำชำเราเด็กโดยที่เด็กยินยอม โดยเฉพาะก็จะสามารถแก้ไขปัญหานี้ได้ นอกจากนี้ยังเป็นการทำให้มีความแตกต่างของมาตรการในการคุ้มครองเด็กกับการคุ้มครองผู้ใหญ่อีกด้วย กล่าวคือ ปัจจุบันการช่มชู้กระทำชำเราเด็กอายุกว่า 13 ปีแต่ยังไม่เกิน 15 ปีตามมาตรา 277 วรรคหนึ่ง กับการช่มชู้กระทำชำเราบุคคลอายุกว่า 15 ปี ตามมาตรา 276 มีอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดเท่ากัน แสดงว่าจะช่มชู้บุคคลอายุกว่า 15 ปี หรือช่มชู้เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ก็มีอัตราโทษตามกฎหมายเท่ากัน ซึ่งไม่ถูกต้องเพราะเด็กควรจะมีมาตรการในการคุ้มครองที่พิเศษแตกต่างจากมาตรการในการคุ้มครองผู้ใหญ่

**ประการที่สอง** กรณีที่เด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี ร่วมประเวณีกับเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี โดยทั้งคู่ยินยอมพร้อมใจกัน ผลจะเป็นอย่างไร



ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 (เดิม) กำหนดว่า "ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม..."

ปัจจุบันได้มีการแก้ไขมาตรา 277 ใหม่โดยเปลี่ยนเป็นกำหนดว่า "ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม..."

เมื่อพิจารณากฎหมายเดิมและที่แก้ไขใหม่จะพบว่ากรณีที่เด็กชายอายุยังไม่เกิน 15 ปี กระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กทั้งสองคนยินยอมพร้อมใจกันด้วยความรักใคร่ หากเป็นมาตรา 277 (เดิม) ประกอบกับความหมายของการกระทำชำเราตามแนวฎีกาเดิม ผู้กระทำความผิด คือ เด็กผู้ชาย เพราะกฎหมายบัญญัติให้ความคุ้มครองเด็กหญิงไม่ว่าจะเกิดจากความยินยอมหรือไม่ก็ตาม เด็กหญิงไม่อาจกระทำชำเราเด็กชายได้ แต่หากกรณีนี้เกิดขึ้นในปัจจุบันที่มีการแก้ไขกฎหมายมาตรา 277 ใหม่ ประกอบกับความหมายของการกระทำชำเราที่มีการบัญญัติเพิ่มเติมขึ้นมา ส่งผลให้มีโทษเฉพาะเด็กชายเท่านั้นที่เป็นผู้กระทำความผิดแต่เด็กหญิงก็ถือเป็นผู้กระทำความผิดไปด้วย เนื่องจากกฎหมายใหม่มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี ไม่ว่าจะเป็นเพศหญิงหรือเพศชายจากการกระทำของบุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นเด็กชาย เด็กหญิง ผู้ชาย หรือผู้หญิง ปัญหาคือ การที่เด็กทั้งคู่ยินยอมพร้อมใจกันร่วมประเวณีกันด้วยความรักใคร่ชอบพอกัน มิได้เกิดจากการบังคับขู่เข็ญใดๆ ทั้งสิ้น จะเป็นการเหมาะสมหรือไม่ที่เด็กทั้งคู่จะต้องถูกดำเนินคดีอาญา

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อการคุ้มครองเด็กจากการกระทำชำเรา เพราะเด็กในช่วงอายุที่กฎหมายกำหนดคือ ไม่เกิน 15 ปี ไม่ว่าจะเป็นเด็กหญิงหรือเด็กชาย กฎหมายถือว่ายังไม่มีความวุฒิภาวะหรือประสบการณ์ในเรื่องเพศมากพอที่จะให้ความยินยอมที่สมเหตุสมผลในการกระทำชำเราได้ ซึ่งอาจถูกผู้ที่มีประสบการณ์ในเรื่องนี้มากกว่า หลอกลวงให้เด็กให้ความยินยอมในการกระทำชำเรา กฎหมายจึงบัญญัติว่าไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ การกระทำก็ถือเป็นความผิด ดังนั้น กฎหมายมาตรานี้จึงน่าจะมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเด็กซึ่งมีประสบการณ์ในเรื่องเพศน้อยจากการกระทำชำเราโดยผู้ที่มีประสบการณ์ในเรื่องเพศมากกว่า

การแก้ไขกฎหมายมาตรา 277 ให้ขยายความคุ้มครองไปถึงเด็กไม่ว่าจะเป็นเพศหญิงหรือเพศชาย เห็นว่าน่าจะเป็นเรื่องที่ถูกต้องแล้ว เพราะเด็กในวัยนี้ไม่ว่าจะเป็นเพศหญิงหรือเพศชาย ส่วนใหญ่ก็มีประสบการณ์ในเรื่องเพศน้อยแทบทั้งสิ้น ส่วนฝ่ายผู้กระทำความผิดฐานนี้ไม่มีการจำกัดเพศและอายุ ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นครณีผู้ใหญ่กระทำกับเด็ก หรือเด็กกระทำกับเด็กด้วยกัน ก็ถือเป็นความผิด โดยในกรณีของผู้ใหญ่กระทำกับเด็กก็น่าจะสอดคล้องกับเจตนารมณ์อยู่แล้ว

แต่ในกรณีที่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี กระทำซ้ำเรากับเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี โดยความยินยอมพร้อมใจกันนั้น เด็กทั้งคู่ถือว่ามีวุฒิภาวะหรือประสบการณ์ในเรื่องเพศไม่เพียงพอกันทั้งคู่ แต่กลับต้องถูกดำเนินคดีในความผิดฐานนี้ทั้งสองคนซึ่งน่าจะเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องเท่าใดนัก

อย่างไรก็ตาม หากบัญญัติกฎหมายให้การกระทำเช่นนี้ไม่เป็นความผิดก็จะเป็นการเปิดโอกาสเด็กมีเพศสัมพันธ์กันโดยไม่มีควบคุม ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาสังคมในระยะยาวได้ เพราะเด็กเหล่านี้ยังไม่มีประสบการณ์ในเรื่องเพศมากพอ ไม่รู้จักการป้องกัน ไม่รู้จักการคุมกำเนิด อาจเกิดปัญหาโรคติดต่อ หรือหากเกิดการตั้งครรภ์ก็อาจเกิดปัญหาการทำแท้ง หรือหากเด็กเกิดมาในขณะที่พ่อแม่ยังเป็นเด็กอยู่ก็ยังไม่มีความพร้อมที่จะเลี้ยงดู ในบางรายก็นำเด็กทารกไปทิ้งตามที่เห็นเป็นข่าวอยู่บ่อยครั้ง หรือในบางรายก็ให้การเลี้ยงดูแต่ด้วยความไม่พร้อมก็ทำให้เด็กมีคุณภาพชีวิตที่ไม่ดี ก่อให้เกิดปัญหาสังคมต่อไปในภายภาคหน้า ดังนั้น การแก้ไขกฎหมายมาตรา 277 ในครั้งนี้ แม้ว่าจะไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์เท่าที่ควร แต่ก็ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายมากนัก อีกทั้งยังเป็นประโยชน์ต่อสังคมในแง่ที่ว่าเด็กก็จะรักนวลสงวนตัวมากขึ้น เพราะไม่ว่าตนเองจะเป็นฝ่ายไหนก็ถือเป็นการกระทำความผิดทั้งสิ้น อันถือเป็นการป้องกันการมีเพศสัมพันธ์ก่อนวัยอันควรได้ในทางหนึ่ง หรือหากเกิดการกระทำความผิดขึ้นและเด็กทั้งคู่ถูกดำเนินคดี ถ้าเด็กมีอายุไม่เกินสิบปี ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 ก็ยกเว้นให้เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ หรือถ้าเด็กมีอายุกว่าสิบปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 74 ก็ยกเว้นว่าเด็กนั้นไม่ต้องรับโทษแต่ศาลมีอำนาจที่จะนำวิธีการที่กฎหมายบัญญัติมาใช้กับเด็กได้ เช่น การว่ากล่าวตักเตือนแล้วปล่อยตัวไป หรืออาจมีการเรียกผู้ปกครองมาตักเตือนด้วยก็ได้ หรือถ้าเด็กมีอายุกว่าสิบห้าปีแต่ต่ำกว่าสิบแปดปี ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 75 ก็กำหนดให้ศาลพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นที่ปวงเกี่ยวกับเด็กนั้น เพื่อประกอบการวินิจฉัยว่าสมควรพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดหรือไม่ หากเห็นว่าไม่ควรลงโทษ ศาลก็สามารถนำวิธีการตามมาตรา 74 มาใช้ได้ หรือหากเห็นสมควรให้ลงโทษก็ให้ลดมาตราส่วนโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ลงกึ่งหนึ่ง ดังนั้น จะเห็นได้ว่าแม้เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี กระทำซ้ำเรากับเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี โดยความยินยอมพร้อมใจกันจะถือว่าทั้งคู่ได้กระทำความผิดตามมาตรา 277 (แก้ไขใหม่) แต่ก็ยังมีกระบวนการที่จะทำหน้าที่กลั่นกรองอีกชั้นหนึ่งว่าเด็กที่กระทำความผิดแต่ละคนสมควรที่จะต้องรับโทษหรือไม่

**ประการที่สาม** มาตรา 277 วรรคท้ายที่บัญญัติว่า “ความผิดที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำ

ความผิดไม่ต้องรับโทษ หรือศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำผิดนั้นไป" การบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ถือเป็นการเปิดช่องให้สมรสกันเพื่อไม่ต้องรับโทษหรือไม่

ความจริงแล้วการบัญญัติเหตุยกเว้นโทษในกรณีเช่นนี้ก็มิบัญญัติไว้อยู่แล้วใน มาตรา 277 (เดิม) แต่จะมีความแตกต่างกับกฎหมายที่แก้ไขใหม่ตรงที่ตามกฎหมายเดิมไม่มีการกำหนดอายุของผู้กระทำผิดเอาไว้ ดังนั้นเมื่อเด็กอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี ยินยอมให้กระทำชำเรา ไม่ว่าจะชายที่กระทำชำเราตนจะมีอายุเท่าไรก็สามารถขอศาลให้อนุญาตให้เด็กทำการสมรสได้ และหากศาลอนุญาตก็ไม่ต้องรับโทษ แต่ปัจจุบันมีการแก้ไขโดยกำหนดอายุของผู้กระทำผิดเอาไว้ว่าผู้กระทำจะต้องมีอายุไม่เกินสิบแปดปี จึงจะขอให้ศาลอนุญาตให้เด็กทำการสมรสได้ หากศาลอนุญาตก็ไม่ต้องรับโทษ หากผู้กระทำมีอายุเกินกว่า 18 ปี ก็ไม่อยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะได้รับยกเว้นโทษ แม้ศาลจะอนุญาตให้เด็กทำการสมรสได้ ก็ไม่เป็นเหตุให้ผู้กระทำที่มีอายุเกินกว่า 18 ปีไม่ต้องรับโทษแต่อย่างใด

ในประเด็นนี้ นายณัฐวุฒิ บัวประทุม จากองค์กรพิทักษ์สิทธิเด็กได้ให้ความเห็นว่า "มาตรา 277 วรรคท้ายเป็นสิ่งชั่วร้ายทางประวัติศาสตร์กฎหมายไทยซึ่งเข้าใจว่าเป็นกฎหมายที่เขียนกันมานานแล้ว คือการที่บอกว่ากรณีเด็กหญิงอายุกว่า 13 ปีแต่ไม่เกิน 15 ปี ถูกกระทำชำเรา และเด็กนั้นยินยอม ต่อมาภายหลังศาลอนุญาตให้ทำการสมรสกันถือว่าคดีนั้นจบ ไม่ว่าจะอยู่ชั้นไหนในกระบวนการยุติธรรมก็ตาม"<sup>12</sup>

นอกจากนี้ ท่านอาจารย์ สรรพสิทธิ์ คุ้มประพันธ์ (ผู้อำนวยการมูลนิธิศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็ก และกรรมการคุ้มครองเด็กแห่งชาติ) ยังให้ความเห็นไว้ว่า "การแต่งงานหรือไม่ มันเป็นเรื่องความสัมพันธ์ของบุคคล ไม่ได้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา ไม่ควรเอาอนาคตของเด็กมาปะปน เพราะจะสับสนและที่สาคัญศาลวินิจฉัยตามที่มีผู้เสนอข้อเท็จจริง แต่ถ้าได้ข้อเท็จจริงที่ผิดหรือบิดเบือน ย่อมส่งผลเสียกับเด็กแน่นอน"<sup>13</sup>

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การสมรสเพื่อทำให้ไม่ต้องรับโทษตามมาตรา 277 วรรคท้าย ไม่น่าจะเป็นทางแก้ปัญหาที่ดีสำหรับความผิดฐานนี้ ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

<sup>12</sup> ข้อมูลบางส่วนจากการสัมภาษณ์เรื่อง "กฎหมายเข้มขึ้น: ถึงเวลาแห่งการเปลี่ยนแปลง," จัดโดยเครือข่ายยุติธรรมทางเพศ, วันที่ 2 เมษายน 2550, จัดที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>13</sup> คำให้สัมภาษณ์ของอาจารย์ สรรพสิทธิ์ คุ้มประพันธ์ ในหนังสือพิมพ์คมชัดลึก วันที่ 29 มิถุนายน 2550.

1. การที่กฎหมายบัญญัติหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการขออนุญาตศาลให้ทำการสมรสเพื่อเป็นเหตุที่ไม่ต้องรับโทษไว้ว่าจะต้องเป็นการกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง คือ การกระทำชำเราเด็กอายุกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กต้องยินยอมในการกระทำชำเรานั้น เห็นว่า การกระทำชำเราที่เกิดจากความยินยอมของเด็ก มิได้เป็นการรับประกันว่าทั้งผู้กระทำความผิดและตัวเด็กเองจะมีความรักใคร่ชอบพอกันถึงขนาดจะสามารถใช้ชีวิตคู่ร่วมกันได้ เพราะอาจเกิดจากการยินยอมพร้อมใจกันชั่วคราวก็ได้ ดังนั้น อาจเกิดกรณีที่ฝ่ายผู้กระทำความผิดไม่ต้องการรับโทษ จึงเจรจากับเด็กและครอบครัวของเด็กโดยสัญญาว่าจะรับผิดชอบและเลี้ยงดูเด็ก เมื่อเด็กและครอบครัวเด็กยอมให้เด็กสมรสด้วย และเมื่อศาลอนุญาตให้ทำการสมรส ผู้กระทำความผิดก็จะได้รับยกเว้นโทษหรือพ้นโทษไป ต่อมาหากผู้กระทำความผิดมิได้เลี้ยงดูตามที่สัญญากันไว้ จนกระทั่งในที่สุดต้องหย่าร้างกันไป ก็เท่ากับว่า สูดหายใจแล้วผู้กระทำความผิดก็ไม่ต้องรับโทษสำหรับความผิดที่ตนกระทำและไม่ต้องเลี้ยงดูเด็กผู้ถูกกระทำอีกด้วย ซึ่งถือเป็นการเปิดช่องให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษในความผิดที่ตนกระทำ

2. กรณีที่เด็กอายุกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี กระทำชำเรากับเด็กอายุกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี ซึ่งตามกฎหมายใหม่การกระทำในลักษณะนี้ถือเป็นความผิดทั้งสองคน เมื่อมีทางเลือกที่ทั้งสองฝ่ายจะไม่ต้องรับโทษใดๆ หากทำการสมรสกัน ก็จะทำให้ทั้งสองฝ่ายตกลงกันยินยอมสมรสลงข้างเพราะทั้งสองฝ่ายก็ไม่อยากได้รับโทษด้วยกันทั้งคู่ อันถือเป็นการเปิดช่องให้ใช้การสมรสมาเป็นเหตุทำให้ได้รับการยกเว้นโทษ

3. การที่กฎหมายบัญญัติเป็นเงื่อนไขว่าการกระทำความผิดที่จะได้รับยกเว้นโทษตามมาตรา 277 วรรคท้าย จะต้องเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกิน 18 ปี กระทำต่อเด็กอายุกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี เท่ากับว่ากลุ่มบุคคลที่ศาลมีอำนาจอนุญาตให้ทำการสมรสกันและเป็นเหตุยกเว้นโทษ ก็คือ บุคคลที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี สำหรับฝ่ายผู้กระทำความผิด และอายุกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี สำหรับเด็กผู้ถูกกระทำ ซึ่งในความเป็นจริงแล้วในช่วงอายุดังกล่าวนี้ทั้งสองฝ่ายก็ยังอยู่ในวัยที่กำลังศึกษาเล่าเรียนอยู่ ยังไม่มีอาชีพ ยังไม่มีรายได้มาจุนเจือครอบครัว แม้ว่าฐานะทางครอบครัวของทั้งสองฝ่ายจะร่ำรวย แต่บุคคลในวัยนี้น่าจะยังไม่มีความพร้อมในการที่ต้องแบกรับภาระของการมีครอบครัว เพราะยังอยู่ในช่วงวัยรุ่นทั้งคู่ ยังต้องพบเจออะไรอีกมากมาย และสุดท้ายก็อาจจะต้องจบลงด้วยการหย่าร้างกัน หรือสำหรับในบางรายที่ฐานะทางครอบครัวมิได้ร่ำรวยก็อาจจะต้องเลิกเรียนหนังสือเพื่อออกมาทำงานหาเลี้ยงครอบครัว ทำให้โอกาสในการได้รับการศึกษาของเด็กก็จะลดน้อยลงไป หรือในบางรายหากเกิดการตั้งครรภ์ เด็กที่เกิดมาก็อาจมีคุณภาพชีวิตที่ไม่ดีเท่าที่ควร

จากเหตุผลดังกล่าว การที่กฎหมายบัญญัติให้ผู้กระทำความผิดอาจได้รับการยกเว้นโทษสำหรับความผิดที่ตนได้กระทำ โดยมีเงื่อนไขว่าถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกิน 18 ปี และกระทำต่อเด็กที่มีอายุกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี และเด็กยินยอม หากภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกันผู้กระทำผิดก็ไม่ต้องรับโทษ หรือหากรับโทษอยู่ก็ให้ศาลปล่อยผู้กระทำผิดนั้นไป การบัญญัติกฎหมายเช่นนี้มีได้ก่อให้เกิดประโยชน์ในทางกลับกันอาจเป็นการสร้างปัญหาให้แก่สังคมอีกด้วย จึงไม่สมควรที่จะมีการบัญญัติเหตุยกเว้นโทษเช่นนี้ไว้ โดยในกรณีการกระทำชำเราเด็กตามมาตรานี้เกิดจากความยินยอมของเด็ก และเกิดจากความรักรโง่ซอบพอกันจริงๆ ก็อาจแสดงให้เห็นถึงความบริสุทธิ์ใจและความตั้งใจที่จะมีครอบครัว ซึ่งศาลก็สามารถใช้ดุลพินิจในการลงโทษได้ โดยอาจถึงขั้นได้รับการรอกการลงโทษซึ่งศาลก็สามารถกำหนดเงื่อนไขในการคุมความประพฤติผู้กระทำความผิดได้ด้วย

#### 4.2.4 ปัญหาการตรวจพิสูจน์พยานหลักฐาน

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นอาชญากรรมที่มักจะเกิดในสถานที่มืดซิดลับตาคน ไม่มีประจักษ์พยานรู้เห็น มีเพียงผู้เสียหายเท่านั้นที่เป็นประจักษ์พยานซึ่งไม่อาจรับรองได้ว่าจะพยานที่ดีที่สุด เพราะผู้เสียหายอาจมีสภาพจิตใจไม่ปกติหลังจากผ่านเหตุการณ์ข่มขืนมาทำให้ไม่อยู่ในสภาพที่พร้อมจะเล่าเหตุการณ์ได้ หรือในบางกรณีผู้กระทำความผิดอาจใช้กำลังบังคับข่มขืนใจถึงขนาดฆ่าปิดปาก ทำให้ไม่มีประจักษ์พยานยืนยันเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น หรือในบางกรณีผู้เสียหายอาจจะต้องการกลั่นแกล้งอีกฝ่ายจึงสร้างเรื่องราวตนถูกข่มขืน ดังเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา มีชาวที่ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์มากที่สุดในเรื่องความน่าเชื่อถือของพยานบุคคล โดยเรื่องเกิดขึ้นในคืนวันที่ 9 กรกฎาคม ค.ศ. 1977 ที่นครชิคาโก มลรัฐอิลลินอยส์ นางสาวแคทเธอริน คราวเวลล์ เวบบ์ ซึ่งขณะนั้นเธอมีอายุ 16 ปี ได้ให้การต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจว่าเธอถูกทำร้ายด้วยฆวดเบียร์แตกและถูกข่มขืนโดย นายแกรี ดอทสัน อายุ 21 ปี ในที่สุดนายดอทสันก็ถูกศาลพิพากษาจำคุก 25-50 ปี ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ต่อมาอีกแปดปีในเดือนมีนาคม ค.ศ. 1985 นางสาวเวบบ์ ได้แจ้งต่อเจ้าหน้าที่ของมลรัฐอิลลินอยส์ว่าข้อกล่าวหาในเรื่องข่มขืนกระทำชำเราเมื่อแปดปีที่แล้วเธอเป็นคนสร้างเรื่องขึ้นมาเอง ความจริงแล้วนายดอทสันมิได้ข่มขืนกระทำชำเราตนแต่ประการใด เธอสร้างเรื่องดังกล่าวขึ้นมาเพราะในขณะนั้นเธอดังกรรภกับเพื่อนชายคนหนึ่งและเกิดความกลัว จากการที่เธอได้ออกมาเปิดเผยความจริงทำให้ประชาชนประมาณ 70,000 คน ในมลรัฐอิลลินอยส์ได้เข้าชื่อร่วมกันร้องขอต่อผู้ว่าการมลรัฐอิลลินอยส์ให้ทำการปล่อยตัวนายดอทสัน ซึ่งขณะนั้นมีอายุประมาณ 28 ปี ผู้ว่าการเจมส์ ทอมป์สัน จึงได้นำเรื่องนี้ขึ้นมาพิจารณา

ใหม่ในฐานะฝ่ายบริหาร และประกาศให้อภัยโทษแก่นายดอทสัน โดยมีความเห็นว่าตนยังเชื่อว่า นายดอทสันได้กระทำความผิดจริง และศาลได้พิพากษาไปโดยถูกต้องแล้ว แต่สาเหตุที่ตน ประกาศให้อภัยโทษก็เนื่องมาจากเห็นว่านายดอทสันได้รับโทษมาพอสมควรกับความผิดแล้ว และหากไม่ให้อภัยโทษแก่จำเลยในคดีนี้จะทำให้เหตุการณ์ในครั้งนี้เป็นเสมือน "หมอกที่มบบังระบบการบริหารความยุติธรรมของมลรัฐอินเดียนาต่อไป"<sup>14</sup>

จากเรื่องที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าในบางครั้งกระบวนการพิจารณาคดีก็อาจตรวจสอบไปถึงจิตใจของพยานบุคคลได้ ดังนั้นการพิสูจน์ทราบข้อเท็จจริงในคดีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงต้องอาศัยพยานวัตถุเป็นหลักฐานสำคัญ ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วพฤติการณ์ของคดีข่มขืนกระทำชำเรามักจะมีพยานวัตถุหลงเหลืออยู่มาก เพราะพฤติการณ์ของคดีมักจะมีการใช้กำลัง บังคับข่มขืนใจกันอย่างรุนแรงเพื่อที่จะกระทำชำเรา จึงมักปรากฏร่องรอยของพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับการข่มขืนโดยสามารถพบได้ในที่เกิดเหตุ ที่ตัวผู้ข่มขืน หรือที่ตัวผู้เสียหายเอง ตัวอย่างเช่น ร่องรอยการต่อสู้ขัดขืน รอยเขียวช้ำจากการทำร้ายร่างกาย รอยขีดข่วนจากเล็บมือหรือจากหนามในพวงหญ้าที่เกิดเหตุ เศษเนื้อที่ติดกับเล็บของผู้เสียหาย คราบโลหิตที่เสื้อผ้าหรือเนื้อตัวร่างกาย เส้นผมที่ตกติดอยู่ที่มือของผู้เสียหาย ไฟเบอร์ หรือชิ้นส่วนของเสื้อผ้า เครื่องแต่งกาย สภาพของผู้เสียหายที่ได้รับยาหรือสิ่งมีนเมา เป็นต้น ส่วนร่องรอยที่เป็นพยานหลักฐานในการยืนยันถึงการกระทำชำเรา ตัวอย่างเช่น บาดแผลฉีกขาดของอวัยวะสืบพันธุ์ คราบเลือด คราบอสุจิ เส้นขนอวัยวะเพศ ซึ่งล้วนแล้วแต่สามารถบ่งชี้ได้ว่าคดีนี้เป็นคดีข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่ โดยพยานวัตถุเหล่านี้บางประเภทไม่สามารถนำมาเป็นประโยชน์ในการพิจารณาคดีได้ทันทีแต่ต้องใช้ผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญตรวจสอบพิสูจน์วัตถุพยานเหล่านี้ด้วยกรรมวิธีทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งวัตถุพยานที่ต้องทำการตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์เหล่านี้เรียกว่า "พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์" วัตถุพยานเหล่านี้ล้วนมีความสำคัญอย่างยิ่งในอันที่จะสืบสวนคดีพิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์ของจำเลย

การตรวจพิสูจน์พยานหลักฐานโดยผู้เชี่ยวชาญหรือผู้ชำนาญการพิเศษ และการวิเคราะห์ทางนิติเวชวิทยาได้รับการรับรองจากวงการทั่วไป รวมทั้งวงการกระบวนการยุติธรรม เพราะผลการตรวจพิสูจน์เป็นผลที่ถูกต้องแท้จริงและศาลอาจพิพากษาลงโทษจำเลยได้โดยที่ไม่ จำต้องมีพยานบุคคลเป็นประจักษ์พยานเลย<sup>15</sup> เนื่องจากพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์เป็นวัตถุ

<sup>14</sup> นุชนางค์ ศิริธัสสกุล, "บทบาทของพยานผู้เชี่ยวชาญในคดีข่มขืนกระทำชำเรา," (วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 26-27.

<sup>15</sup> แววยอดพุง, กฎหมายลักษณะพยาน, (ธนบุรี: สำนักงานนิติปริทรรศน์ โรงพิมพ์สุทธิสารการพิมพ์, 2509), หน้า 103.

พยานที่มีอยู่อย่างไรก็มีและเป็นอยู่อย่างนั้น ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงตัวเองได้ ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4437/2531 ในคดีนี้มีการพบเส้นผมประมาณ 20-30 เส้นและขนจากอวัยวะเพศ 1 เส้นตกอยู่ในกองเลือดที่เกิดเหตุ จึงมีการนำเส้นผมและเส้นขนดังกล่าวไปตรวจและเปรียบเทียบกับเส้นผมและขนอวัยวะเพศของจำเลยและของพนักงานที่สถานีทดลองข้าวใกล้ที่เกิดเหตุ ปรากฏว่าเส้นผมบางเส้นและขนเป็นของจำเลยโดยมีแพทย์ผู้ตรวจพิสูจน์มาเบิกความรับรองว่าวิธีการตรวจพิสูจน์ดังกล่าวสามารถยืนยันได้เกือบร้อยเปอร์เซ็นต์ อีกทั้งยังพบร่องรอยของบาดแผลขีดข่วนที่ร่างกายของจำเลยอีกหลายแห่งอันเกิดจากการดิ้นรนต่อสู้ของผู้ตาย ดังนี้พยานหลักฐานโจทก์มีน้ำหนักพอพึงพอใจจะจำเลยฐานข่มขืนกระทำชำเราได้

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นจะต้องใช้พยานวัตถุประกอบกับพยานผู้เชี่ยวชาญเป็นส่วนสำคัญ โดยในปัจจุบันได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราให้รวมถึงการกระทำความผิดในหลายรูปแบบมากขึ้นไม่ว่าจะเป็นการกระทำระหว่างชายกับชาย หญิงกับหญิง หรือหญิงกระทำต่อชาย และลักษณะของการกระทำชำเราก็คงเป็นการใช้อวัยวะเพศกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือปากของผู้อื่น หรือเป็นการใช้สิ่งอื่นใด เช่น อวัยวะส่วนอื่นของร่างกายนอกจากอวัยวะเพศ หรือวัตถุอื่นๆ กระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าการแก้ไขกฎหมายในครั้งนี้จะต้องส่งผลกระทบต่อการศึกษาพยานหลักฐานในคดีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยรองศาสตราจารย์ นพ.ธำรง จิรจรียาเวช แพทย์แผนกนิติเวช โรงพยาบาลรามธิบดี อธิบายถึงความยากลำบากในการพิสูจน์ในกรณีนี้ที่ผู้ชายถูกข่มขืนว่า<sup>16</sup> “การตรวจพิสูจน์ว่าผู้ชายถูกข่มขืนนั้นเป็นเรื่องยากกว่ากรณีหญิงถูกข่มขืนมาก เนื่องจากช่องคลอดของผู้หญิงสามารถเก็บกักอสุจิของฝ่ายชายที่ทำการข่มขืนกระทำชำเราเธอ ในขณะที่อวัยวะสืบพันธุ์ของผู้ชายที่ถูกผู้หญิงข่มขืนโดยวิธีปลุกเร้าอวัยวะเพศของเขานั้นอาจเหลือคราบหลังร่วมเพศอยู่เพียงเล็กน้อยหรืออาจหายไปในช่วงบัสสาวะหรือทำความสะอาดอวัยวะเพศ นอกจากนั้นยังมีอีกวิธีหนึ่งที่ต้องทำร่วมกันคือการล้างเพื่อเก็บขนของฝ่ายหญิงที่ติดอยู่บริเวณหัวหน่าวของฝ่ายชายเพื่อนำตรวจพิสูจน์ แต่หากเป็นการร่วมเพศทางทวารหนักการตรวจพิสูจน์จะทำได้ง่ายกว่า โดยสามารถเก็บคราบอสุจิที่ค้างอยู่ภายในได้ รวมถึงพิจารณาถึงความบอบช้ำหรือฉีกขาดบริเวณภายนอกและภายในทวารหนักแต่ความบอบช้ำนั้นก็ยังไม่สามารถยืนยันได้ว่าเป็นการข่มขืนหรือไม่ เพราะในกรณีที่มีเพศสัมพันธ์อย่างรุนแรงก็อาจเกิดการบอบช้ำหรือฉีกขาดได้

<sup>16</sup> คำให้สัมภาษณ์ของ นายแพทย์ ธำรง จิรจรียาเวช ในหนังสือพิมพ์ผู้จัดการรายวัน วันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2550.

กรณีที่ยากที่สุดคือการบังคับให้สำเร็จความใคร่ด้วยปาก เพราะผู้ที่ถูกข่มขืนจะต้องไม่ทำความสะอาดปากก่อนที่จะมาให้แพทย์ตรวจ ซึ่งเป็นไปได้ยากและถึงจะตรวจพบเชื้ออสุจิในช่องปากก็ไม่อาจยืนยันว่าเป็นการบังคับขืนใจได้เช่นกัน

เนื่องจากในประเทศไทยยังไม่เคยมีกฎหมายเอาผิดคนที่ข่มขืนผู้ชายมาก่อน จึงยังไม่รู้ว่าการพิจารณาคดีจะออกมาเป็นอย่างไร แต่ประเทศในแถบตะวันตกนั้นเมื่อพิจารณาจากสถิติแล้วพบว่าคดีประเภทนี้ประมาณ 70 เปอร์เซ็นต์มักหลุดในชั้นศาล"

ในปัจจุบัน พฤติกรรมการกระทำความผิดทางเพศในรูปแบบอื่นนอกจากรูปแบบที่ผู้ชายบังคับข่มขืนใจผู้หญิงเพื่อที่จะร่วมประเวณีด้วย มีความแพร่หลายมากขึ้นจนถือเป็นปัญหาสังคม ไม่ว่าจะเป็นการกระทำของผู้หญิงที่กระทำต่อผู้ชาย ผู้หญิงกระทำต่อผู้หญิง หรือผู้ชายกระทำต่อผู้ชาย และลักษณะของการกระทำก็ไม่จำกัดแค่เพียงการใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง แต่อาจเป็นการใช้อวัยวะเพศของกระทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือปากของผู้อื่นหรืออาจเป็นการใช้อวัยวะอื่นนอกจากอวัยวะเพศหรือวัตถุอื่นใด กระทำต่ออวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ซึ่งในช่วงก่อนที่จะมีการแก้ไขปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในครั้งนี้ การกระทำเหล่านี้ถือเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารอันมีความหมายถึงการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ ตั้งแต่การกอด จูบ ลูบ คลำไปจนถึงการกระทำที่ไม่ใช่การข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรา (ตามกฎหมายเก่า) แต่การกระทำต่างๆ เหล่านี้มีสภาพและลักษณะที่รุนแรงมากกว่าการกอด จูบ ลูบ คลำที่เป็นเพียงแค่การสัมผัสภายนอก และในบางกรณีก็ก่อให้เกิดความเสียหายมิได้น้อยไปกว่าการข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งไม่สมควรจัดให้อยู่ในหมวดหมู่เดียวกันกับการกระทำอนาจาร นอกจากนี้อัตราโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดฐานกระทำอนาจารก็ยังไม่เหมาะสมกับการกระทำความผิดจำพวกนี้ จึงได้มีการแก้ไขปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราให้ครอบคลุมถึงการกระทำเหล่านี้ ดังนั้น การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายในครั้งนี้อาจไม่ใช่เป็นการกำหนดลักษณะของการกระทำขึ้นมาใหม่แต่เป็นการเปลี่ยนฐานความผิดที่นำมาปรับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอยู่แล้วในสังคมและเป็นการกระทำที่สร้างปัญหาให้กับสังคมเป็นอย่างมากซึ่งแต่เดิมถือเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารกลายมาเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จริงอยู่ที่ในบางกรณีอาจจะต้องประสบกับความยากลำบากในการตรวจหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์ของจำเลย เช่น กรณีการบังคับให้สำเร็จความใคร่ด้วยปาก เป็นต้น แต่เมื่อการกระทำเหล่านี้เป็นการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นจริงในสังคมและกำลังเป็นปัญหาสังคมอยู่ในปัจจุบันแล้ว หน่วยงานที่มีหน้าที่ในการตรวจหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงก็ต้องร่วมมือกันหาแนวทางที่มีประสิทธิภาพในการตรวจพิสูจน์พยานหลักฐานต่อไป เพราะฉะนั้นในประเด็นนี้ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ปัญหานี้เป็นปัญหาที่น่าจะนำไปสู่การคิดหาแนวทางในการตรวจพิสูจน์พยานหลักฐานมากกว่าที่จะเป็นปัญหาที่น่าไปสู่การถกเถียงว่าการ



แก้ไขกฎหมายในครั้งนี้อาจเหมาะสมหรือไม่ เพราะหากเราจะบอกว่าการแก้ไขกฎหมายในครั้งนี้อาจไม่เหมาะสมเนื่องจากมีปัญหาความยากลำบากในการตรวจพิสูจน์พยานหลักฐาน ก็เท่ากับเรากำลังปฏิเสธความถูกต้องด้วยเหตุผลเพียงว่ามีความยากลำบากในการพิสูจน์หาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น

#### 4.3 การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรส

การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสเป็นประเด็นที่มีการถกเถียงกันอย่างมากในช่วงที่ผ่านมา เนื่องจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (เดิม) ตามมาตรา 276 บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน...” หมายความว่าสามีสามารถข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนเองได้โดยไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งมีหลายฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ และถือเป็นประเด็นสำคัญประเด็นหนึ่งที่มีการเรียกร้องให้มีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพื่อให้ความคุ้มครองหญิงผู้เป็นภริยาโดยทางมูลนิธิผู้หญิงเห็นว่าแม้จะมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายให้สิทธิแก่หญิงเท่าเทียมกับชายแล้ว แต่ยังคงมีความเชื่อที่ว่าหญิงเป็นสมบัติของสามีอยู่ จนกระทั่งในที่สุดก็ได้มีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในหลายๆ ประเด็นรวมทั้งประเด็นเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสด้วย โดยมีการตัดถ้อยคำว่า “ซึ่งมิใช่ภริยาของตน” ออกไปกลายเป็น “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น...” เมื่อมีการตัดถ้อยคำดังกล่าวออกไปประกอบกับการกำหนดนิยามความหมายใหม่ของการกระทำชำเราส่งผลให้ปัจจุบันสามีอาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนได้ ในทำนองเดียวกันภริยาก็อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสามีตนเองได้ เช่นเดียวกัน เมื่อมีการแก้ไขเช่นนี้แล้วก็เกิดความแตกแยกทางความคิดออกเป็นสองทาง คือ ทางที่เห็นด้วย กับ ทางที่ไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขในครั้งนี้ ตัวอย่างเช่น ท่านอาจารย์วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า

“การบัญญัติกฎหมายในลักษณะเช่นนี้เป็นการสะท้อนให้เห็นถึงสภาพสังคมว่าสังคมเรายอมรับการที่สามีสามารถข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนเองได้ และยังคงมีความเชื่อว่าภริยาถือเป็นทรัพย์สินสมบัติของสามีและสามีจะทำอะไรกับภริยาของตนก็ได้ ซึ่งถือเป็นความไม่เสมอภาค และแสดงถึงการไม่ให้เกียรติผู้หญิง ดังนั้นการตัดคำว่า “ซึ่งมิใช่ภริยาของตน” ออกไปแล้ว จะ

เป็นการเพิ่มเกียรติภูมิให้กับผู้หญิงในบ้านเมืองเรามากขึ้นและเป็นการให้เกียรติกับผู้หญิงมากขึ้น"<sup>17</sup>

นายสุชาย จอกแก้ว (ผู้พิพากษาศาลแพ่ง) ได้ให้ความเห็นไว้ว่า "การบัญญัติกฎหมายเอาผิดคู่สมรสที่อยู่กินด้วยกันจะเป็นการสร้างความบาดหมางใจกันเปล่าๆ ดังนั้นก็ไม่ต้องไปเอาผิดฐานช่มชืดกันกระทำซ้ำเรากับคู่สมรสที่อยู่กินด้วยกัน หากทั้งคู่ไม่ยอมมีเพศสัมพันธ์กันและอยู่ร่วมกันไม่ได้แล้วก็ชอบที่จะแยกทางกันได้ และหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมไปจดทะเบียนหย่าก็บัญญัติกฎหมายออกมาบังคับให้ไปจดทะเบียนหย่า หากไม่ยอมหย่าอีกก็อาจถือว่ายอมหย่ากันโดยปริยาย ซึ่งน่าจะมีการบัญญัติกฎหมายเป็นการเฉพาะสำหรับกรณีนี้และควรเป็นเรื่องทางแพ่งมากกว่าที่จะเป็นเรื่องทางอาญา"<sup>18</sup>

ผู้เขียนมีความเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายให้การช่มชืดกันกระทำซ้ำเราระหว่างคู่สมรสถือเป็นความผิดน่าจะเป็นการสมควรแล้ว เพราะการที่สามีช่มชืดกันภริยาหรือภริยาช่มชืดสามีเป็นสภาพความรุนแรงในครอบครัวที่ไม่อาจยอมรับได้ และจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสังคม มีผู้หญิงจำนวนไม่น้อยที่ต้องทนทุกข์ทรมานและไม่สามารถหนีพ้นจากการช่มชืดทางเพศของสามี โดยนายแพทย์รณชัย คงสกนธ์ จิตแพทย์จากโรงพยาบาลรามารัตน์ได้ให้ข้อมูลทางด้านวงการแพทย์ว่า ปัญหาการช่มชืดกันกระทำซ้ำเราบุคคลที่เป็นภริยาเป็นปัญหาที่สังคมไม่ค่อยรับทราบ แต่จากการทำงานให้คำปรึกษาด้านจิตเวช พบว่าการกระทำดังกล่าวเป็นปัญหาความรุนแรงในครอบครัวประการหนึ่งที่ต้องได้รับการแก้ไข โดยยกตัวอย่างคนไข้รายหนึ่ง มีอาการเบื่อโลก ซึมเศร้า เมื่อซักถามประวัติปรากฏว่ามีสาเหตุมาจากปัญหาครอบครัวที่ต้องรองรับอารมณ์ทางเพศของสามี โดยที่หญิงไม่ต้องการมีเพศสัมพันธ์ด้วย ซึ่งตามหลักจิตวิทยา การร่วมกันทางเพศเป็นการร่วมกันปลดปล่อยและมีความสุขร่วมกัน แต่กรณีนี้สามีดื่มเหล้ามีพฤติกรรมรุนแรงทำร้ายภริยาและบังคับให้มีเพศสัมพันธ์ในขณะที่หญิงไม่มีความพร้อมด้านจิตใจแต่ด้วยความจำเป็นภริยาจึงต้องยินยอมและเมื่อผู้เป็นภริยาต้องทนกับสภาวะเช่นนี้เป็นเวลานานย่อมก่อให้เกิดภาวะทางจิตใจและเป็นโรคซึมเศร้าตามมา<sup>19</sup>

<sup>17</sup> ข้อมูลบางส่วนจากการสัมภาษณ์เรื่อง "ช่มชืดอย่างไร...ไม่ผิดกฎหมาย", วันที่ 30 พฤศจิกายน 2550, จัดขึ้นที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>18</sup> สุชาย จอกแก้ว, "ระวัง...เรื่องเพศ (ตอน 2) ช่มชืดอย่างไร ไม่ต้องติดคุก", *จุดนิติ* ปีที่ 4 ฉบับที่ 6 (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2550), หน้า 60.

<sup>19</sup> คำให้สัมภาษณ์ของ นายแพทย์รณชัย คงสกนธ์ ในหนังสือพิมพ์ไทยรัฐ วันพฤหัสบดีที่ 7 มีนาคม 2545, หน้า 24.

นอกจากนี้ความรุนแรงลักษณะนี้ยังมีผลต่อเยาวชนอีกด้วย จากงานวิจัยพบว่า อาชญากรทางเพศกลุ่มหนึ่งเป็นผู้ที่ในวัยเด็กอยู่ในสภาพแวดล้อมหรือมีประสบการณ์ที่เห็นการถูกล่วงเกินทางเพศ โดยเฉพาะในครอบครัวระหว่างพ่อและแม่ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องมีกฎหมายคุ้มครองการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรส โดยการร่วมประเวณีควรจะต้องเกิดจากความยินยอมพร้อมใจด้วยกันทั้งสองฝ่าย หากการร่วมประเวณีเกิดจากการที่ฝ่ายหนึ่งบังคับข่มขืนใจอีกฝ่ายหนึ่ง ก็ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แม้ว่าการร่วมประเวณีจะเกิดขึ้นระหว่างคู่สามีภรรยา ซึ่งถือเป็นเรื่องธรรมดาที่สามีภรรยาจะมีการร่วมประเวณีกัน แต่ก็ควรจะต้องเป็นการร่วมประเวณีที่เกิดจากความยินยอม หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมและถูกบังคับข่มขืนใจก็ควรที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเช่นเดียวกัน การแก้ไขกฎหมายให้ถือว่าการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสเป็นความผิดได้นี้ถือเป็นการทำให้กฎหมายในเรื่องนี้เกิดความเสมอภาค ไม่มีลักษณะของการกตัญญูทางเพศ และเป็นการกำจัดแนวความคิดที่ว่าภรรยาเปรียบเสมือนทรัพย์สินของสามีออกไปจากสังคมไทย ดังเช่นกฎหมายของนานาประเทศที่ส่วนใหญ่ก็บัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสถือเป็นความผิด ซึ่งอาจมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่แตกต่างกันออกไป

สำหรับปัญหาที่ว่าการบัญญัติกฎหมายเช่นนี้จะเป็นการทำลายสถาบันครอบครัวอันเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคม เนื่องจากการร่วมประเวณีกันและการทะเลาะกันระหว่างคู่สมรสถือเป็นเรื่องธรรมดาที่เกิดขึ้นได้ และการแจ้งความดำเนินคดีอาจเกิดจากอารมณ์ชั่ววูบของแต่ละฝ่าย ทำให้เกิดความบาดหมางใจกันในครอบครัวนั้น เห็นว่า ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาเป็นความสัมพันธ์ที่ค่อนข้างลึกซึ้ง หากเป็นเพียงแค่การมีปากเสียงกันธรรมดาก็คงจะไม่มี การแจ้งความดำเนินคดีกัน แต่หากเป็นเรื่องร้ายแรงและเกิดการแจ้งความดำเนินคดีขึ้นจริง กระบวนการนับตั้งแต่ชั้นตำรวจจนถึงศาลมีคำพิพากษาเป็นกระบวนการที่ใช้ระยะเวลาพอสมควร โดยในช่วงระยะเวลาดังกล่าวหากจะมีการปรับความเข้าใจกันและกลับมาคืนดีกันก็สามารถยอมความหรือถอนคำร้องทุกข์ได้ตลอดเวลา เพราะความผิดตามมาตรา 276 วรรคหนึ่งเป็นความผิดต่อส่วนตัวหรือหากกรณีเป็นเรื่องที่ร้ายแรงถึงขั้นไม่อาจปรับความเข้าใจกันได้หรือร้ายแรงถึงขั้นเป็นคดีความผิดอาญาแผ่นดิน ผู้กระทำความผิดก็ควรจะได้รับโทษสำหรับการกระทำของตน แม้จะเป็นการกระทำต่อคู่สมรสของตนเองก็ตาม และในส่วนของศาลจะพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดหนักเบาเพียงใดนั้น ย่อมเป็นดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาจากความรุนแรงของการกระทำ และความสัมพันธ์ในฐานะเป็นสามีภรรยา

#### 4.4 ความรู้สึกของประชาชนที่มีต่อความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

โดยปกติแล้วเมื่อเกิดเหตุการณ์การข่มขืนกระทำชำเราขึ้น ทุกคนก็จะนึกถึงสารผู้หญิงหรือเด็กผู้หญิงที่ถูกกระทำ เพราะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราถือว่าเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่รุนแรงที่สุดที่ชายกระทำต่อหญิง เป็นการให้ความรุนแรงประทุษร้ายต่อร่างกายและเสรีภาพในการควบคุมเนื้อตัวของหญิงผู้ถูกข่มขืน การข่มขืนมีลักษณะเป็นการทำลายความเป็นคนและค่าแห่งความเป็นมนุษย์ ทำให้หญิงผู้เสียหายเสื่อมเสียต่อชื่อเสียงเกียรติคุณ ความเสียหายที่ได้รับนอกจากจะมีผลกระทบถึงสิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย สุขภาพอนามัยของหญิงแล้ว ยังมีผลเสียหายต่อจิตใจและอารมณ์ของหญิงผู้เสียหายอย่างรุนแรงด้วย เป็นเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดภาวะวิกฤติในช่วงชีวิตของผู้ตกเป็นเหยื่อของการข่มขืนกระทำชำเรา ไม่ว่าจะเป็นความเจ็บปวด ความหวาดกลัว หรือความตาย วิกฤติการณ์จากการถูกข่มขืนกระทำชำเราจะสร้างภาวะความวุ่นวายทางอารมณ์และทางจิตใจ โดยจากผลการศึกษาในประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่า การข่มขืนทำให้หญิงตกอยู่ในภาวะวิกฤติ ระยะเวลาที่มีผลกระทบร้ายแรงได้แก่ระยะ 6 สัปดาห์ ถึง 3 เดือน ผู้เสียหายมักมีอาการทางจิต รู้สึกสับสนหวาดกลัว กลัวถูกข่มขืนกระทำชำเราอีก กลัวการอยู่คนเดียว กลัวผู้ชายทุกคน นอนไม่หลับ อาการเหล่านี้เรียกว่า "อาการที่ได้รับบาดเจ็บจากการถูกข่มขืนกระทำชำเรา" (rape trauma syndrome)<sup>20</sup> นอกจากนี้ยังเป็นอาชญากรรมที่มีผลกระทบต่อสังคมไม่ว่าจะเป็นการทำให้สังคมมีสภาพเสื่อมโทรมลง หรือในกรณีที่เกิดการตั้งครมร์อันเนื่องมาจากการข่มขืนกระทำชำเราก็คงเกิดปัญหาการทำแท้ง หรือหากเด็กเกิดออกมาในสภาพที่ผู้เป็นแม่ไม่มีความพร้อมที่จะเลี้ยงดูเด็กทำให้เด็กที่เกิดมามีความเป็นอยู่ที่ไม่ดี สุขภาพไม่แข็งแรง หรืออาจกลายเป็นเด็กมีปัญหาและอาจก่อให้เกิดปัญหาสังคมอื่นๆ ตามมาอีกด้วย

ปัจจุบัน เมื่อมีการแก้ไขความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราให้รวมถึงกรณีต่างๆ อีกหลายกรณี ส่งผลให้การข่มขืนกระทำชำเราอาจถูกลดความสำคัญลงอย่างมาก เนื่องจากการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่นั้นมีความเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่มีลักษณะของการที่ชายใช้กำลังบังคับข่มขืนใจหญิงเพื่อให้ร่วมประเวณีกับตน โดยมีการลวงล้าหรือล่อล่ให้อวัยวะเพศของชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงซึ่งถือเป็นอวัยวะที่ผู้หญิงหวงแหนเป็นที่สุด แต่ปัจจุบันการข่มขืนกระทำชำเรามีความหมายครอบคลุมถึงการกระทำในหลายรูปแบบมากขึ้นไม่จำกัดอยู่แค่การที่ชายข่มขืนกระทำชำเราหญิงโดยทางอวัยวะเพศหญิงอีกต่อไปแล้ว แต่ยังรวมถึงกรณีต่างๆ เช่น การใช้วัตถุอื่นใดซึ่งอาจเป็น ข้อน ส้อม ตะเกียบ ปากกา ฯลฯ แค่นี้เพียงสัมผัสโดยไม่

<sup>20</sup> จิรนิติ หะวานนท์, "การแก้แค้นอาชญากรรมทางเพศ," *วารสารนิติศาสตร์* 13 (2526), หน้า 30.

จำเป็นต้องมีการล้วงล้ำต่ออวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นโดยปราศจากความยินยอม และเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ หรืออาจเป็นการใช้นิ้วมือไปแตะหรือสัมผัสอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นโดยไม่จำเป็นต้องมีการล้วงล้ำหรือสอดใส่แต่อย่างใด การกระทำในลักษณะเหล่านี้ก็ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายปัจจุบันแล้ว ดังนั้นในปัจจุบันหากได้ยินว่ามีเหตุการณ์การข่มขืนกระทำชำเราเกิดขึ้นก็อาจจะคิดว่าไม่มีความรุนแรงใดๆ โดยอาจเป็นแค่เพียงการใช้วัตถุ สิ่งของ ไปแตะหรือสัมผัสกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นก็ได้ ซึ่งในประเด็นนี้ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ (รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์) ให้ความเห็นไว้ว่า

“กฎหมายที่แก้ไขใหม่นี้จะทำให้คำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ถูกลดความสำคัญลงอย่างมาก โดยแต่ก่อนเวลามีข่าวข่มขืนกระทำชำเราเกิดขึ้น ทุกคนจะนึกสงสารหญิงและเด็กที่ถูกกระทำ แต่หากกฎหมายนี้มีผลใช้บังคับ ความรู้สึกของคนก็จะเปลี่ยนไป เนื่องจากการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่ผู้คนอาจคิดว่าเป็นแค่เพียง “การเอานิ้วจิ้มกันกัน” เท่านั้นเอง”<sup>21</sup>

ปัญหาความรู้สึกที่มีต่อความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานี้หากมองโดยผิวเผินแล้วอาจคิดว่าเป็นปัญหาที่ไม่ค่อยมีความสำคัญ แต่ความจริงแล้วถือเป็นปัญหาที่สำคัญ เพราะการที่เราไม่มุ่มมองต่อสิ่งใด หรือการกระทำใดว่าเป็นเรื่องเล็กน้อย หรือเป็นเรื่องธรรมดา มุ่มมองนั้นจะส่งผลต่อความคิดและการกระทำ ซึ่งในระยะยาวแล้วเราอาจคิดว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นเรื่องธรรมดา และอาจเกิดการข่มขืนกระทำชำเรากันอย่างแพร่หลายจนยากที่จะควบคุมก็ไม่ได้

<sup>21</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “หญิงข่มขืนชาย กฎหมายละเทือนอารมณณ์,” วารสารกฎหมายใหม่ ปีที่ 5 ฉบับที่ 86 (สิงหาคม 2550), หน้า 58-61.