



การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาความผิดเกี่ยวกับเพศ : กระทำอนาจารกับพยายามข่มขืนกระทำชำเรา

ภัทรวดี ยิ่งน้อย*

บทคัดย่อ

ความผิดเกี่ยวกับเพศ ฐานกระทำอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๘ กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา ๒๗๖ ก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.๒๕๕๐ มีความแตกต่างกันอย่างชัดเจนทั้งในด้านองค์ประกอบและหลักการพิจารณา แต่หลังจากที่ได้มีการแก้ไขกฎหมายมาตรา ๒๗๖ แล้ว ทำให้การกระทำความผิดทั้ง ๒ ฐานนี้ อาจกล่าวได้ว่าเหมือนกันจะแตกต่างกันก็คือถ้อยคำที่ใช้ในการบัญญัติกฎหมายเท่านั้นเอง

บทนำ

การพิจารณาการกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา โดยทั่วไปนักกฎหมายได้มีการศึกษาและนำไปใช้ในมาตรฐานเดียวกันหรือบนพื้นฐานเดียวกันมาตลอด ซึ่งจะเป็นการง่ายต่อการพิจารณาคดีต่าง ๆ ที่มีข้อเท็จจริงแตกต่างกันไป แต่เมื่อมีหลักในการพิจารณาที่เป็นแนวทางเดียวกันย่อมทำให้เกิดความยุติธรรมและเป็นเหตุเป็นผลเดียวกัน บทความนี้จะชี้ให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงแนวทางแก้ไขกฎหมายอาญาที่กำลังจะผิดเพี้ยนจากหลักการเดิม ๆ ไปมาก ซึ่งอาจเป็นปัญหาลำหรับนักกฎหมายในแวดวงต่าง ๆ ต่อไป

บทความนี้ จึงขอชี้ให้เห็นประเด็นปัญหาทางกฎหมายในการพิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญฉบับใหม่ใน ๒ กรณีคือ

๑. การพิจารณาลักษณะการกระทำ
๒. การพิจารณาความผิดสำเร็จกับพยายามกระทำความผิด

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

คำสำคัญ

การกระทำอนาจาร พยายามข่มขืนกระทำชำเรา

ประเด็นปัญหาการกระทำอนาจารกับพยายามข่มขืนกระทำชำเรา

สืบเนื่องจากตั้งแต่วันที่ ๒๐ กันยายน พ.ศ. ๒๕๕๐^{*} ได้มีการแก้ไขและประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาในส่วนเกี่ยวกับความผิดทางเพศใน ๓ มาตรา ได้แก่ มาตรา ๒๗๖, ๒๗๗ และ ๒๗๘ โดยเป็นผลมาจากการเรียกร้องสิทธิสตรี โดยเฉพาะในประเด็นหญิงซึ่งถูกสามีข่มขืน ในกฎหมายเดิมสามีไม่มีความผิด และกรณีของการที่เพศที่ ๓ ถูกล่วงละเมิดทางเพศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา ๒๗๖ ซึ่งในมุมมองของนักกฎหมายในแต่ละสาขาวิชาชีพ ไม่ว่าจะเป็นเจ้าพนักงานตำรวจ ทนายความ อัยการ และศาล ซึ่งเป็นผู้ปฏิบัติงานทางคดีความโดยตรง รวมไปถึงคณาจารย์ผู้สอนกฎหมายจากสถาบันต่าง ๆ ได้มีการวิพากษ์วิจารณ์กันในวงกว้างถึงบทบัญญัติตามกฎหมายใหม่ในแง่มุมต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็น ด้านหลักการบัญญัติถ้อยคำในกฎหมายอาญา ด้านหลักการตีความกฎหมายอาญา ด้านการค้นหาพยานหลักฐาน ด้านการสืบสวนสอบสวนจนถึงการพิจารณาคดี ซึ่งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามบทบัญญัติมาตรา ๒๗๖ เดิม “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน” ได้มีการตีความคำว่า “**ข่มขืนกระทำชำเรา**” คือ กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น และต้องเป็นหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของผู้กระทำด้วย ซึ่งหมายความว่าหากเป็นการข่มขืนกระทำชำเรากับหญิงซึ่งได้ชื่อว่าเป็นภริยาของผู้กระทำเองแล้ว ย่อมไม่เป็นความผิดตามมาตรา ๒๗๖ เพราะถือว่ากระทำขัดกับองค์ประกอบความผิดในส่วนของวัตถุแห่งการกระทำที่ต้องเป็นหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของผู้กระทำเท่านั้น และหมายถึงภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย^๒

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าบรรทัดฐานการตีความคำว่า “กระทำชำเรา” ในมาตรานี้มีความชัดเจนและเข้าใจตรงกันมาตลอด แต่ตามกฎหมายใหม่ได้บัญญัติว่า

^{*} พรบ.แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ๒๐) พ.ศ.๒๕๕๐ ฉบับแก้ไขมาตรา ๒๗๖ ๒๗๗ และ ๒๗๘

^๒ หยุด แสงอุทัย ผู้เขียน : ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ บรรณาธิการ. **กฎหมายอาญา ภาค ๒-๓**. กรุงเทพฯ : หน้า ๑๖๗

“ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”^๓

ซึ่งองค์ประกอบสำคัญของกฎหมายใหม่ทำให้เกิดความแตกต่างกับกฎหมายเดิมอย่างมาก คือ

๑. **วัตถุประสงค์ของการกระทำ** ใช้คำว่า “ผู้อื่น” ซึ่งจะเป็นหญิง เป็นชาย หรือเพศที่สามที่ได้มีการแปลงเพศแล้วก็ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำว่า “ผู้อื่น” ไม่ได้จำกัดขอบเขตเหมือนกับกฎหมายเดิม การกระทำกับหญิงซึ่งเป็นภริยาของผู้กระทำจึงเป็นความผิดตามกฎหมายใหม่ด้วย

๒. **การกระทำชำเรา** มีการให้คำจำกัดความไว้ในวรรคสอง หมายความว่า “การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” จากความหมายของการกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่ ผู้เขียนมีข้อสังเกตดังนี้

กรณีที่ ๑ ลักษณะของการกระทำ แบ่งแยกได้เป็น ๒ แบบ คือ

ลักษณะของการกระทำแบบแรก คือ การกระทำเกิดจากการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศของอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งถ้าการตีความอาจเป็นการใช้อวัยวะเพศของหญิงทำกับชาย หรือชายทำกับหญิง หรือชายกับชาย หรือหญิงกับหญิงก็น่าจะได้ เพียงแต่ขอให้เป็นการสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยไม่จำเป็นต้องเป็นการสอดใส่อวัยวะเพศชายต่ออวัยวะเพศหญิง หรือสอดใส่อวัยวะเพศชายกับทวารหนักของชายหรือหญิง หรือสอดใส่อวัยวะเพศชายต่อช่องปากของชายหรือหญิง การกระทำอาจเกิดการใช้อวัยวะเพศญี่ถ่ออันเป็นการสนองความใคร่ก็ย่อมจะเป็นการกระทำชำเราได้เช่นกัน

^๓ ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับ พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๒๗๖

ลักษณะการกระทำแบบที่สอง คือ การใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น สำหรับกรณีนี้ “การใช้สิ่งอื่นใด” อาจจะเป็นการใช้ปากหรือมือกระทำกับอวัยวะเพศของอีกฝ่ายหนึ่ง หรืออุปกรณ์ หรือวัตถุใด ๆ กระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของอีกฝ่ายหนึ่งก็ได้ ซึ่งขอเพียงแค่ว่าเป็นการสนองความใคร่ของผู้กระทำ^๔

ลักษณะของการกระทำทั้งสองแบบดังกล่าวข้างต้น ในทางพิจารณาตามกฎหมายเดิม ถือว่าเป็นการกระทำอนาจารตามมาตรา ๒๗๘ ซึ่งหมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ ซึ่งระดับความรุนแรงของการกระทำยังไม่ถึงขั้นกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ดังเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๖๒๗/๒๕๓๙ การกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา หมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อร่างกายบุคคลอื่น เช่น กอดจูบ ลูบคลำร่างกายของหญิงหรือชายเป็นการแสดงความใคร่ทางเพศ ซึ่งต้องเป็นการกระทำต่อเนื่องตัวของบุคคลโดยตรง ซึ่งการกระทำดังกล่าวย่อมถือว่าเป็นความประพฤติน่าอัปอายนอกกรอบแบบอยู่แล้ว จะกระทำในที่สาธารณะหรือสาธารณสถานก็หาไม่ผลแตกต่างกันไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๔๘/๒๕๑๘ การกระทำชำเราตามกฎหมายจะต้องปรากฏว่า ของลับของชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องสรีงวาส หรืออวัยวะสืบพันธุ์หญิง การที่จำเลยขืนใจผู้เสียหาย โดยใช้ของลับของจำเลยใส่เข้าไปในทางทวารหนักของผู้เสียหาย จึงไม่เป็นการกระทำชำเรา คงมีความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๖๙๓-๒๖๙๕/๒๕๑๖ การที่จำเลยบังคับจับมือเด็กหญิงจับของลับของจำเลยและจับมือให้รูตไปมาจนน่าสุจิจของจำเลยไหล เห็นได้ว่าตัวของเด็กหญิงได้เกี่ยวข้องในการกระทำอนาจารนั้นด้วย จึงถือได้ว่าจำเลยได้กระทำอนาจารแก่เด็กหญิงนั้น

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้นปัจจุบันผู้กระทำอาจผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่ได้ ดังนั้นการกระทำอนาจารตามมาตรา ๒๗๘ มีโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งมีโทษต่ำกว่าข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา ๒๗๖ ในการฟ้องร้องดำเนินคดีคงไม่มีโจทก์ฟ้องฐานอนาจารตามมาตรา ๒๗๘ อย่างแน่นอน

^๔ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, หลักกฎหมายอาญาภาคความคิด, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๕๑

กรณีที่ ๒ การกระทำที่ถือเป็นความผิดสำเร็จตามกฎหมายเดิม กับความผิดชั้นพยายามช่มชื่น
กระทำซ้ำเรา ให้พิจารณาจากคำพิพากษากฎีกาต่อไปนี้

คำพิพากษากฎีกาที่ ๖๓๔๕/๒๕๓๗ วินิจฉัยว่า อวัยวะเพศของจำเลยเข้าไปในอวัยวะเพศของ
ผู้เสียหายประมาณ ๑ นิ้ว ถือว่ากระทำซ้ำเราสำเร็จแล้ว มิใช่เพียงชั้นพยายามกระทำซ้ำเราหรือกระทำ
อนาจารเท่านั้น

คำพิพากษากฎีกาที่ ๑๖๔๖/๒๕๑๖ เมื่ออวัยวะเพศของจำเลยได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของ
หญิงผู้เสียหายแล้ว แม้จำเลยจะไม่สำเร็จความใคร่ก็เป็นความผิดฐานช่มชื่นกระทำซ้ำเรา

คำพิพากษากฎีกาที่ ๘๗๔/๒๕๓๑ ของลับของชายถูกลักที่ปากช่องคลอดด้านนอกยังไม่เข้าไป
ภายในช่องคลอดเป็นพยายามช่มชื่นกระทำซ้ำเรา

คำพิพากษากฎีกาที่ ๒๐๐๙/๒๕๒๙ จำเลยช่มชื่นกระทำซ้ำเราเด็กหญิง อายุ ๑๑ ขวบ แต่
ของลับของจำเลยเข้าไปในช่องคลอดของหญิงไม่ได้ จำเลยสำเร็จความใคร่เสียก่อน เป็นพยายามช่มชื่น
กระทำซ้ำเรา

คำพิพากษากฎีกาที่ ๑๒๑๘/๒๕๓๐ จำเลยชวนผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กหญิงอายุ ๔ ปี เศษไปดู
การตุนที่บ้านจำเลย แล้วพาไปนอนกระดาน ถอดกางเกงผู้เสียหายและจำเลยออกแล้วจำเลยใช้**อวัยวะ
เพศดันไปตรงอวัยวะเพศของผู้เสียหาย เพียงครั้งเดียว** อวัยวะเพศของผู้เสียหายไม่มีบาดแผล จำเลย
ไม่ได้กระทำซ้ำต่อไปเพื่อให้สำเร็จความใคร่ทั้ง ๆ ที่จำเลยมี**โอกาสที่จะกระทำได้** นับได้ว่าเป็นการ
ยับยั้งเสียเองไม่กระทำให้ตลอด จำเลยผิดฐานพยายามช่มชื่นกระทำซ้ำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน ๑๓ ปี
ตาม ม. ๒๗๗ วรรคสอง ประกอบ ม. ๘๒

แนวคำพิพากษากฎีกาที่ผ่านมาศาลพยายามให้เห็นหลักของความใกล้ชิดกับผล โดยพิจารณาชั้น
ตอนการกระทำความผิดที่เริ่มต้นจากการลงมือกระทำความผิดจนกระทั่งไปถึงความผิดสำเร็จ ซึ่งมักจะ
พิจารณาจากกรณีที่มีความใกล้ชิดกับผลมากที่สุด ดังเช่นคำพิพากษากฎีกาที่ได้มีการสอนกันมาว่า
ความผิดฐานช่มชื่นกระทำซ้ำเราเป็นความผิดสำเร็จเมื่ออวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง
แม้เพียงหนึ่งองคุลี หรือประมาณ ๑ นิ้ว จึงทำให้มีความพยายามในการพิจารณาให้มีการกระทำที่เป็น
ความผิดชั้นพยายามช่มชื่นกระทำซ้ำเราต่อมาว่าหากอยู่ในลักษณะที่จะล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของ
หญิงได้แล้ว แต่ยังไม่ล่วงล้ำหรือล่วงล้ำไม่ถนัดนัก ก็เป็นการที่ผู้กระทำลงมือกระทำความผิดแล้วแต่ไม่
บรรลุผล ผู้กระทำก็รับผิดแค่พยายามช่มชื่นกระทำซ้ำเรา ซึ่งก็ใช้เป็นแนวทางการเรียนการสอน และ
เป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาคดีตลอดมา

ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความคิดเห็นว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ได้ปรับแก้ไขใหม่ หากศาลจะพยายามจะตัดสินให้มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จะพิจารณาโดยเอาความใกล้ชิดกับผลอย่างไร ด้วยเหตุผลที่ว่า ผลของการกระทำที่ผู้กระทำประสงค์ให้เกิดผลนั้น พิจารณาจากการสนองความใคร่ของผู้กระทำเป็นสำคัญกว่าลักษณะของการกระทำ คำว่า **“เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ”** คือ ผู้กระทำมีความสุขทางใจหรือต้องสุขทั้งกายและใจ ความสุขของแต่ละคนมากน้อยแค่ไหนไม่มีตัวชี้วัดโดยวิสัยและพฤติการณ์ ที่สามารถนำมาเทียบเคียงได้ จึงเป็นการยากแก่การอธิบายตามหลักการพิจารณา ตั้งแต่การลงมือกระทำความผิดไปจนถึงความผิดสำเร็จ ซึ่งการลงมือกระทำอันเป็นการสนองความใคร่ของผู้กระทำย่อมเป็นความผิดสำเร็จไปพร้อมกันแล้ว ดังนั้นการกระทำอนาจารและพยายามข่มขืนกระทำชำเราคงไม่มีอีกต่อไป ความผิดเกี่ยวกับเพศบัญญัติไว้มาตราเดียวก็คงพอ และหลังจากนี้คดีข่มขืนกระทำชำเราจะมีการฟ้องร้องเป็นคดีให้ศาลต้องทำงานหนักและมากกว่าเดิมหลายเท่า ทั้งการตีความ การรับฟังพยาน รวมไปถึงการพิสูจน์พยานหลักฐาน และในฐานะผู้สอนกฎหมายก็คงลำบากในการอ้างหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญาในหลาย ๆ ด้าน ซึ่งถือว่าผิดหลักเกณฑ์ทั้งการบัญญัติกฎหมายที่ทำให้เกิดความชัดเจนไม่คลุมเครือ การตีความที่ไม่ตรงกันในถ้อยคำของบทบัญญัติ คงต้องรอร่องความรู้อื่น ๆ จากศาลกันต่อไป หรือภาวนาให้กฎหมายใหม่นี้ได้แก้ไขให้เข้าหลักเข้าเกณฑ์เสียที และหากมีวัตถุประสงค์จะคุ้มครองชายให้เท่าเทียมกับหญิงสำหรับกรณีเรื่องเพศด้วยแล้ว ต่อไปคงต้องตามไปแก้ไขกฎหมายละเมิดให้ชายเรียกค่าเสียหาย กรณีที่ชายถูกกระทำผิดอาญาเป็นทุณย์กรรมด้วย จึงจะสมเหตุสมผล และสมดุลทางสังคม

บรรณานุกรม

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, มติชน ฉบับวันพฤหัสบดีที่ ๒๖ กรกฎาคม ๒๕๕๐

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, หลักกฎหมายอาญาภาคความผิด. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๔๑

พรบ.แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ๒๐) พ.ศ.๒๕๕๐ ฉบับแก้ไขมาตรา ๒๗๖

๒๗๗ และ ๒๗๘

หยุด แสงอุทัย ผู้เขียน : ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ บรรณาธิการ. กฎหมายอาญา ภาค ๒-๓. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๒