

การตีความของคำว่า “กระทำชำเรา อนาจาร และอนาจารโดยการล่วงล้ำ” Interpretation of the word “Sexual assault Indecent act and Sexual Assault by Penetration”

โซเฟีย แหละหมั่น กิตติยา แก้วมณี กมลชนก หลิมปานนท์ กฤตพร บัวเนี่ยว
กิตติมา สตูล และ วิรัตน์ นาทิพเวทย์

Sofeeya Laeman, Kittiya Kaewmanee, Kamolchanok Limpanon,
Krittaporn Buaniao, Kittima Satun and Virat Natipvad

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ วิทยาเขตสงขลา

Faculty of Law, Thaksin University

E-mail: sofeeya105@gmail.com Tel: 080-728-8613

Received 12/10/2566

Revised 25/6/2567

Accepted 26/12/2567

บทคัดย่อ

งานวิจัยนี้มีจุดประสงค์เพื่อศึกษาถึงพัฒนาการของการตีความคำว่า “กระทำชำเรา” “อนาจาร” “อนาจารโดยการล่วงล้ำ” ตามกฎหมายไทย และเพื่อศึกษาถึงมาตรการของกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการตีความคำว่า “กระทำชำเรา” “อนาจาร” “อนาจารโดยการล่วงล้ำ” โดยได้ศึกษาประเทศอังกฤษและประเทศเยอรมนี จากการศึกษาพบว่าประเทศไทยมีการพัฒนาคำว่ากระทำชำเรา และอนาจาร โดยเริ่มศึกษาตั้งแต่ที่มีการใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ที่ได้มีการเปลี่ยนผู้กระทำจาก “ชายใด” มาใช้คำว่า “ผู้ใด” แทน ซึ่งตีความได้ว่าผู้กระทำเป็นได้ทั้งหญิงและชาย และการอนาจารตามกฎหมายฉบับนั้นเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ ต้องดูเจตนาของผู้กระทำผิดด้วย ดังนั้นผู้กระทำและผู้ถูกระทำเป็นได้ทั้งหญิงและชาย การอนาจารโดยล่วงล้ำนั้นยังมิได้มีการบัญญัติไว้ในฉบับนี้

ประเทศไทยใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จนถึงปี พ.ศ. 2499 ได้ยกร่างกฎหมายขึ้นมาใหม่ เรียกว่าประมวลกฎหมายอาญาที่เริ่มใช้ในปี พ.ศ. 2500 และยังคงใช้กันในปัจจุบัน ซึ่งมีการบัญญัติความผิดกระทำชำเราไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ผู้กระทำเป็นได้ทั้งหญิงและชาย เนื่องจากใช้คำว่า “ผู้ใด” และความผิดสำเร็จได้ก็ต่อเมื่ออวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง และความผิดฐานอนาจารที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 278 ความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคลอายุกว่า 15 ปี และ ตามมาตรา 279 ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ดังกล่าวได้มีการบัญญัติให้การกระทำอนาจารเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 และมาตรา 279 ซึ่งผู้กระทำผิดตามมาตราดังกล่าวไม่ได้จำกัดว่าผู้กระทำและผู้ถูกระทำเป็นเพศใด และการกระทำที่ถือว่าอนาจารนั้นต้องไม่เป็นกระทำชำเรา แต่เป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการสัมผัสร่างกายของผู้ถูกระทำโดยตรงหรือผ่านเสื้อผ้า และในส่วนของการอนาจารโดยล่วงล้ำยังไม่ได้ถูกบัญญัติไว้ในการแก้ไขกฎหมายครั้งนี้

การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญฉบับที่ 19 มีการแก้ไขในส่วนของการกระทำชำเรา ซึ่งมีการขยายความหมายออกไปจากการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ ให้คุ้มครองถึงการใส่สิ่งอื่นใดสอดใส่เข้าไปในทวารหนัก หรืออวัยวะเพศอีกด้วยให้ส่วนของการกระทำอนาจารมิได้มีการแก้ไขส่วนใดเพิ่มเติม

การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญฉบับที่ 27 ได้แก้ไขในส่วนของการกระทำชำเรา โดยสิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นที่ไม่ใช่อวัยวะเพศสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำ ซึ่งถูกย้ายไปเป็นเหตุฉกรรจ์ของการอนาจารเป็นความผิดฐานอนาจารโดยล่วงล้ำ และความผิดฐานอนาจารต้องเป็นการกระทำที่มีจุดมุ่งหมายในการระงับความต้องการทางเพศของตน หรือผู้อื่น และต้องกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคล

เมื่อมาเปรียบเทียบกับมาตรการของต่างประเทศพบว่าความผิดฐานการกระทำชำเราในประเทศไทย และประเทศเยอรมนี ผู้กระทำความผิดเป็นได้ทั้งชายและหญิง และจะมีการสอดใส่เข้าไปอวัยวะเพศ ช่องปาก หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำ ในกรณีที่มีการใช้อวัยวะหรือสิ่งอื่น ในประเทศอังกฤษได้มีการจัดเป็นความผิดฐานการกระทำชำเราด้วยเช่นกัน

การอนาจารในกฎหมายประเทศอังกฤษและประเทศเยอรมนี นั้นเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อร่างกายภายนอกต่อบุคคลอื่น และการกระทำที่จะทำให้ผู้ถูกระทำเกิดความอับอาย และจะต้องไม่มีการสอดใส่เกิดขึ้นแต่จะแตกต่างกันในเรื่องของอายุการให้ความยินยอมเท่านั้น

คำสำคัญ: กระทำชำเรา อนาจาร อนาจารโดยล่วงล้ำ เปรียบเทียบกับมาตรการของต่างประเทศ

Abstract

The purpose of this research is to study the development of the interpretation of the words “Sexual assault”, “Indecent act”, “Sexual Assault by Penetration” according to Thai law and to study the measures of foreign laws related to the interpretation of the word “Sexual assault”, “Indecent act”, “Sexual Assault by Penetration” by fighting in England and Germany Studies have shown that Thailand has developed the terms sexual assault and Indecent act. The study began when the criminal law R.S. 127 was adopted. The perpetrator was changed from “which man” to using the word “whom” instead, which can be interpreted to mean that the perpetrator can be both a woman and a man and Indecent act to this law is an inappropriate sexual act. You also have to look at the intentions of the perpetrators. Therefore, the doer and the victim can be both women and men. Sexual Assault by Penetration has not yet been provided for in this edition.

Thailand uses the criminal law R.S. 127 until 1956 a new law has been drafted. It is called the Criminal Code that was introduced in 1957 and is still in use today. The offense of sexual assault is defined in the Criminal Code, Section 277. The perpetrator can be both a woman and a man. This is because the use of the word “whoever” is used and the offense is accomplished only when the penis has penetrated into the female genitalia. and the offense of indecency stipulated under Section 278, the offense of indecent exposure to a person over 15 years of age, and under Section 279, the offense of indecent exposure to a child under 13 years of age. Criminal Code Section 278 and Section 279 The perpetrators under this section do not limit the gender of the perpetrator and the victim and the act that is considered obscene must not be sexual assault. But it is an inappropriate sexual act. Whether it is direct contact with the victim’s body or through clothing and the part about indecent intrusion has not yet been provided for in this amendment of the law.

No.19 Amendment to the Criminal Code contains amendments to the sexual assault section. which has an expanded meaning beyond natural sexual intercourse Covers the use of anything else inserted into the anus. or genitals as well the part of the obscene act has not been amended in any way.

No.27 Amendment to the Criminal Code amended the sexual act section by anything else or an organ other than the penis inserted into sexual organ or the anus of the victim which was moved to be a serious matter of indecency It is an offense of sexual assault by penetration and the offense of indecency must be an act with the aim of suppressing one’s own or others’ sexual desires and

must be committed against the person's body.

When compared with foreign standards, it was found that the offense of sexual assault in England and Germany Offenders can be both men and women. and there will be penetration into the genitals, mouth, or anus of the victim. In the case where organs or other things are used In England it is also classified as an offense of sexual assault.

Indecent act in English and German Laws That is an inappropriate sexual act with the outside body towards another person. and actions that will cause shame to the victim and there must be no penetration, but there will be a difference in the age of consent only.

Keywords: Sexual assault, Indecent act, Sexual Assault by Penetration, Compare with foreign standards

1. บทนำ

ประเทศไทยได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งการกระทำที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด ได้แก่ กระทำชำเรา อนาจารโดยการล่วงล้ำ และอนาจาร การกระทำความผิดนอกจากเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศแล้วยังเป็นความผิดเกี่ยวกับ เสรีภาพ ชื่อเสียง ความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกาย และผลของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้นไม่เพียงเป็นการทำร้ายร่างกายผู้ถูกกระทำเท่านั้นแต่ยังเป็นการทำร้ายสภาพจิตใจของทั้งผู้ถูกกระทำชำเราและครอบครัวอีกด้วย (Nithi Metineewong, 2008)

ในอดีตนั้นรูปแบบการกระทำความผิดทางอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศจะอยู่ในรูปแบบเพศชายกระทำต่อเพศหญิงที่มีไม่ภริยาตน และมีวิธีการข่มขืนใจโดยใช้วิธีการล่อลวง หรือการใช้กำลังบังคับแก่หญิง เพื่อที่จะได้กระทำชำเรา ฝ่ายหญิงโดยหญิงมิไดยินยอมด้วยความสมัครใจ ดังนั้นรูปแบบการกระทำชำเราส่วนใหญ่จะเป็นกรณีที่ฝ่ายชายใช้อวัยวะสืบพันธุ์ของชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของหญิง แม้ว่าเพียงเล็กน้อยก็ตาม (Nithi Metineewong, 2008)

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในอดีตนับตั้งแต่พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 จนถึงกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้นยังมิได้แตกต่างไปจากพระอัยการลักษณะผิดเมียเลย กล่าวคือ เป็นการล่วงประเวณีหรือร่วมประเวณีกันระหว่างชายกับหญิงในลักษณะของการร่วมประเวณีกันตามธรรมชาติ โดยหญิงไม่ยินยอม และหญิงนั้นจะต้องไม่ใช่ภริยาของผู้กระทำชำเราจึงจะเป็นความผิดฐานนี้ ดังนั้น โดยลักษณะของการกระทำชำเราผู้ลงมือกระทำชำเราจึงต้องเป็นชายโดยเพศกำเนิดเท่านั้น ต่อมาจึงได้มีการยกย่องประมวลกฎหมายอาญาขึ้น แต่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญานี้ ยังคงจำกัดขอบเขตของความผิดไว้เพียงการกระทำของชายที่กระทำต่อหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนในลักษณะของการร่วมประเวณีกันตามธรรมชาติเท่านั้น หากเป็นการกระทำที่หญิงกระทำต่อชาย ชายกระทำต่อชาย หญิงกระทำต่อหญิง หรือชายกระทำต่อหญิงในลักษณะที่ผิดธรรมชาติ และแม้จะกระทำโดยฝ่ายที่ถูกกระทำมิไดยินยอมก็ไม่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่จะถือเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร ทั้งที่การกระทำเหล่านี้ก่อให้เกิดความเสียหายหรือความน่ารังเกียจได้ไม่น้อยไปกว่าการใช้ข่มขืนกระทำชำเราหญิงเลย

ปัจจุบันสังคมมีความเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก โดยมีพฤติกรรมในการแสวงหาความพึงพอใจทางเพศในหลายลักษณะไม่ว่าจะเป็นกระทำความผิดที่หญิงเป็นฝ่ายกระทำต่อชาย หญิงเป็นฝ่ายกระทำต่อหญิงด้วยกัน ชายเป็นฝ่ายกระทำต่อชายด้วยกัน หรือชายเป็นฝ่ายกระทำต่อหญิง (Nithi Metineewong, 2008) อีกทั้งในปัจจุบันยังมีกลุ่มเพศทางเลือกอีกมากมาย (LGBTQ+) ที่ยังคงแสวงหาความพึงพอใจในทางเพศของตน ซึ่งแต่ละบุคคลในกลุ่มเพศของตนก็จะมีวิธีการที่จะสำเร็จความใคร่ที่แตกต่างกันออกไป ตามลักษณะที่ตนจะกระทำได้อาจเป็นใช้นิ้ว วัตถุ หรืออุปกรณ์ต่าง ๆ โดยกระทำต่ออวัยวะอื่นนอกจากช่องคลอดของหญิง เช่น การกระทำต่อช่องทวารหนักของหญิงหรือชาย โดยเป็นการสอดใส่เข้าไปในช่องทวารหนัก หรือช่องปาก ของหญิงหรือชาย หรือการใช้ปากสัมผัสกับอวัยวะเพศของหญิง เป็นต้น

ในปี 2011 สตีเฟน คิโกมา ถูกข่มขืนระหว่างที่เกิดความขัดแย้งในสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก ประเทศบ้านเกิดของเขา การข่มขืนเกิดขึ้นเมื่อชายหลายคนบุกเข้ามาในบ้านของสตีเฟนในเมืองเบนี ทางตะวันออกเฉียงเหนือ

ของสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก ชายที่บุกเข้าบ้านได้ฆ่าพ่อของเขาและชาย 3 คนข่มขืนเขา และพวกเขาก็บอกว่า “แกเป็นผู้ชาย แกจะบอกคนอื่นว่าถูกข่มขืนได้อย่างไร” คำพูดดังกล่าวมันคืออาวุธที่ทำให้เขาต้องเจ็บและอยู่กับความเจ็บปวดนั้น จนทำให้เขาป่วยทางจิตและต้องได้รับการบำบัด (BBC news, 2560)

เมื่อพิจารณาถึงการบังคับใช้กฎหมายอาญาของประเทศไทยในปัจจุบันมีรูปแบบการกระทำเหล่านี้ล้วนเป็นการกระทำซ้ำเร้าทั้งสิ้น แต่ในประเทศไทยยังไม่ได้มีการคุ้มครองไปถึงกลุ่มเพศทางเลือกและการกระทำดังกล่าว แต่ยังคงคุ้มครองเพียงชายและหญิง กล่าวคือ เป็นการร่วมเพศตามธรรมชาติของชายและหญิง คือ การที่อวัยวะสืบพันธุ์เพศชาย ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น แต่ไม่ได้มีการกล่าวถึงหรือให้ค่านิยมเกี่ยวกับคำว่า “ธรรมชาติ” ว่าเป็นธรรมชาติของการร่วมเพศของกลุ่มเพศทางเลือก (LGBTQ+) ด้วยหรือไม่ ทำให้เมื่อมีการกระทำเกิดขึ้นกับกลุ่มเพศทางเลือกเหล่านี้ ศาลอาจตีความไปในทางการกระทำอนาจาร หรืออนาจารโดยการล่วงล้ำเท่านั้น แม้การกระทำอนาจารจะมีโทษของความผิดเท่ากับโทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราก็ตาม แต่ในส่วนของการตีความและค่านิยมของคำว่ากระทำชำเรา กับอนาจารนั้นก็ยังคงแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง การกระทำที่ใช้วัตถุอื่นใดนั้นยังคงมีลักษณะของการสอดใส่เข้าไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปากนั้นมีเป็นลักษณะของการกระทำชำเราทั้งสิ้น แต่กฎหมายกลับคุ้มครองเพียงความผิดฐานอนาจาร หรืออนาจารโดยการล่วงล้ำเท่านั้น และยังคงเป็นการคุ้มครองเพียงชายและหญิง ไม่ได้มีการคุ้มครองไปถึงธรรมชาติของการร่วมเพศของกลุ่มเพศทางเลือก (LGBTQ+) ต่าง ๆ ปัญหาเหล่านี้จึงทำให้นำไปสู่ปัญหาของความไม่เท่าเทียมของกลุ่มเพศอีกด้วย

เมื่อพิจารณานิยามความหมายคำว่า “กระทำชำเรา” ตามมาตรา 1(8) แห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยยังไม่เหมาะสมกับพฤติกรรมตามธรรมชาติของมนุษย์ซึ่งมีความแตกต่างกันในทางเพศ เพราะการกระทำชำเราซึ่งหมายถึงการใช้อวัยวะของผู้กระทำล่วงล้ำเท่านั้น ยังไม่ครอบคลุมถึงเหยื่อที่ถูกบังคับให้ใช้อวัยวะเพศของตน ล่วงล้ำอวัยวะเพศ หรือทวารหนัก หรือช่องปากของผู้กระทำในลักษณะเดียวกัน ประกอบกับการบัญญัติกฎหมายยังไม่สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงและพัฒนาการอันก้าวไกลของเทคโนโลยีทางการแพทย์ โดยเฉพาะการยอมรับเรื่องการผ่าตัดแปลงเพศ ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่สมควรได้รับการปกป้องคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน แม้จะมีความแตกต่างกันในทางเพศก็ตาม จึงส่งผลให้เกิดปัญหาการตีความคำว่า “กระทำชำเรา” เป็นหลายนัย จึงเห็นว่าควรนิยามความหมายคำว่า “กระทำชำเรา” ให้ครอบคลุมถึงเหยื่อที่มีความแตกต่างกันในทางเพศตามที่กำเนิดมา หรือเพศที่เลือกในภายหลังที่ถูกกระทำในลักษณะเดียวกันให้ได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันและสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดในทุกเพศได้อย่างเท่าเทียมกันด้วย อันเป็นหลักประกันของความชัดเจนแน่นอนในกฎหมายอาญา (Atchariya Chutinan, 2023)

วัตถุประสงค์ของวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึงพัฒนาการของการตีความคำว่า “กระทำชำเรา” “อนาจาร” “อนาจารโดยการล่วงล้ำ” ตามกฎหมายของประเทศไทย
2. เพื่อศึกษาถึงมาตรการของกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการตีความคำว่า “กระทำชำเรา” “อนาจาร” “อนาจารโดยการล่วงล้ำ”

การทบทวนวรรณกรรม

การตีความคำว่ากระทำชำเรา อนาจาร อนาจารโดยล่วงล้ำ ตามกฎหมายไทย

1. การตีความกฎหมายอาญาของประเทศไทยในความผิดเกี่ยวกับเพศ

การตีความกฎหมาย หมายถึง การทำความเข้าใจความหมายในทางกฎหมายของตัวบทกฎหมาย หรือเป็นการค้นหาคำความหมายของกฎหมายที่มีถ้อยคำไม่ชัดเจน กำกวม หรืออาจแปลได้หลายทาง เพื่อให้ทราบว่าถ้อยคำในกฎหมายนั้นมีความหมายอย่างไร ซึ่งการที่ต้องมีการตีความกฎหมาย เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถรู้ถึงเหตุการณ์ล่วงหน้าที่เกิดขึ้นได้ทุกกรณี จึงไม่สามารถบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมทุกกรณีได้ นอกจากนั้นฝ่ายนิติบัญญัติอาจมีความผิดพลาด

ในเรื่องการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับได้ โดยแบ่งเป็นหลักการตีความเป็น 5 หัวข้อดังนี้ คือ 1. การตีความตามตัวอักษร การตีความตามตัวอักษรนั้น ถ้อยคำทั่วไปในตัวบทกฎหมายจะต้องถือว่าผู้บัญญัติกฎหมายได้ตั้งใจจะให้ถ้อยคำนั้น ๆ มีความหมายตามสามัญชนเข้าใจกันอยู่ ในกรณีนี้ที่ผู้บัญญัติกฎหมายเห็นว่าถ้อยคำของกฎหมายไม่ควรจะเข้าใจอย่างภาษาสามัญธรรมดาหรือที่เรียกว่าภาษาเทคนิค ผู้บัญญัติกฎหมายก็จะได้กำหนดบทวิเคราะห์ศัพท์หรือบทนิยามไว้ 2. การตีความตามเจตนารมณ์ หากการตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษรแล้ว จะทำให้เกิดผลประหลาดก็ต้องตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นอย่างเคร่งครัดเช่นกัน 3. กรณีเป็นที่สงสัยอาจตีความได้เป็นหลายนัย ศาล จะตีความตามนัยที่เป็นประโยชน์หรือผลดีแก่จำเลยได้หรือไม่เพียงใด 4. การเทียบกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งสำหรับการใช้บังคับกฎหมาย อาณานั้นการตีความบทบัญญัติกฎหมายจะนำหลักการเทียบกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้บังคับเป็นผลร้ายไม่ได้ 5. การตีความโดยขยายความการ “ขยายความ” กับ “การเทียบกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” นั้นเป็นการยากที่จะแบ่งแยกออกจากกันได้โดยเด็ดขาด ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงมีความเห็นในเรื่องการตีความโดยขยายความว่าจะกระทำได้หรือไม่เพียงใดนั้น

2. พัฒนาการตีความคำว่ากระทำชำเรา อนาจาร อนาจารโดยล่วงล้ำ ตามกฎหมายไทย

การตีความคำว่ากระทำชำเรา อนาจาร อนาจารโดยล่วงล้ำ ตามกฎหมายไทย แบ่งตามพัฒนาการของกฎหมาย ได้ดังนี้ 1. กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มีการประกาศใช้กฎหมาย เมื่อวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2451 2. ประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้กันในปัจจุบัน ซึ่งมีการยกร่างประมวลกฎหมายอาญาขึ้นใหม่ละเริ่มใช้ในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500

2.1 การตีความคำว่ากระทำชำเรา อนาจาร และอนาจารโดยการล่วงล้ำตามกฎหมายลักษณะอาญา

ร.ศ. 127

การตีความคำว่า “กระทำชำเรา”

โดยการกระทำชำเราเรามีการพัฒนามาอย่างต่อเนื่องตั้งแต่มีการเริ่มมีการจัดตั้งกฎหมาย รัชกาลที่ 5 จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้มีการปฏิรูประบบบริหารราชการแผ่นดิน โปรดเกล้าฯ ให้มีการปรับปรุงจากกฎหมายเก่า ให้มีความเหมาะสมและทันสมัยมากขึ้น โดยรับร่างกฎหมายอาญาที่คณะกรรมการชุดก่อนทำไว้ไปตรวจชำระ และได้มีการประกาศใช้กฎหมาย เมื่อวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2451 และเรียกประมวลกฎหมายฉบับนี้ว่า กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมจากพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนร่วมประเวณี ร.ศ. 118 ในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศ จึงส่งผลให้ความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศได้เปลี่ยนไปอีกด้วย ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มีดังนี้ มาตรา 242 ความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ คือ การกระทำชำเราความผิดในฐานนี้ จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำชำเราระหว่างการร่วมประเวณีระหว่างชายกับชาย โดยมีการกระทำชำเราทางทวารหนัก หรือ ระหว่างหญิงกับหญิง หรือระหว่างชายหรือหญิงกับสัตว์เดรัจฉาน หรือระหว่างชายกับหญิงที่มีการกระทำชำเราโดยไม่ได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ใช้ช่องทางอื่น ตามมาตรา 243 มีการใช้คำว่า “ผู้ใด” แทนการใช้คำว่า “ชายใด” ที่บัญญัติอยู่ในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนร่วมประเวณี ร.ศ. 118 เมื่อมีการพิจารณาแล้วความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและให้ความคุ้มครองตามมาตราที่คือการที่ชายร่วมประเวณีกับหญิง โดยการที่หญิงไม่ได้ให้ความยินยอม จึงเป็นการขืนใจหญิง และมีการกระทำโดยใช้กำลังกาย ใช้วาจาในการข่มขู่ หรือใช้อุปายาลอกลวง โดยมีวิธีการคือ ที่อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงไม่ว่ามากน้อยเพียงใดก็ตามและไม่จำเป็นต้องมีการเคลื่อนที่ของน้ำอสุจิ ถ้ายังไม่มีการล่วงล้ำเข้าไปก็ยังไม่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และต้องเป็นหญิงที่มีอายุของฝ่ายกระทำชำเรา ถ้าหญิงเป็นภรรยาของผู้กระทำแม้ไม่ยินยอมไม่ถือเป็นความผิดฐานนี้มาตรา 244 เป็นกรณีการกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ซึ่งเป็นกรณีที่แม้ว่าฝ่ายหญิงจะให้ความยินยอมแล้วก็ตาม แต่อีกฝ่ายก็มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอยู่

การตีความคำว่า “อนาจาร”

ความผิดฐานกระทำอนาจารได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ความผิดที่กระทำอนาจาร ผู้กระทำความผิดสามารถเป็นได้ทั้งชายและหญิง ขณะเดียวกันผู้ถูกระทำก็อาจจะเป็นได้ทั้งชายและหญิงเช่นเดียวกัน

การกระทำอนาจารที่เป็นความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้น หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ ซึ่งการกระทำที่สมควรหรือไม่สมควรนั้นจะต้องพิจารณาจากกาลเทศะ และสิ่งแวดล้อมประกอบด้วยกัน และต้องพิจารณาจากเจตนาของผู้กระทำความผิดด้วย เช่น การที่แพทย์จับหน้าอกของคนไข้ หากเป็นความจำเป็นในการตรวจร่างกายเพื่อรักษาโรค ในขณะที่แพทย์ทำการตรวจร่างกายของคนไข้นั้น แพทย์จะมีอารมณ์ทางเพศที่ไม่เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร แต่ถ้าหากการที่แพทย์ใช้การตรวจคนไข้เพื่อบังหน้าในการที่แพทย์จะได้สัมผัสร่างกายของคนไข้ การกระทำของแพทย์ดังกล่าวก็จะถือเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร ความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2475 ซึ่งได้มีการแก้ไขอายุของผู้เสียหายที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย จากเดิมที่เป็นการกระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กตาม มาตรา 245 จะต้องเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสองขวบได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้การกระทำอนาจารเด็กอายุต่ำกว่าสิบสามขวบ เป็นความผิดตามมาตราดังกล่าวและความผิดฐานกระทำอนาจาร มาตรา 246 จากเดิมที่กำหนดอายุของผู้เสียหายไว้ว่าจะต้องเป็นบุคคลอายุกว่าสิบสองขวบก็ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอายุของผู้เสียหายจะต้องเป็นบุคคลอายุต่ำกว่าสิบสามปี และต้องเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เพื่อระงับความต้องการในทางเพศของผู้กระทำผิด และต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายหรือผ่านเสื้อผ้าของผู้ถูกกระทำ

การตีความคำว่า “อนาจารโดยการล่วงล้ำ”

ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ยังไม่มีการจำกัดคำว่าอนาจารโดยล่วงล้ำขึ้นมา แต่ในกฎหมายฉบับนี้ จะยังมีการกระทำชำเราผิดมนุษยธรรมตา ซึ่งเป็นการกระทำชำเราระหว่างชายกับชาย ชายกับหญิง หรือหญิงกับหญิง หรือชายหญิงกับสัตว์ในรัฐฉาน ซึ่งยังถูกจัดให้เป็นการกระทำชำเรา

2.2 การตีความคำว่ากระทำชำเรา อนาจาร และอนาจารโดยการล่วงล้ำ ตามกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 1)

การตีความคำว่า “กระทำชำเรา”

ประเทศไทยมีการใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เรื่อยมาจนถึง พ.ศ. 2499 ได้มีการยกประมวลกฎหมายอาญาขึ้นใหม่จนกระทั่งเป็นประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้กันในปัจจุบัน และได้มีการบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราหญิงตามมาตรา 276 และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 277 ซึ่งตัวผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้น ไม่ได้มีการกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวไว้เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” ดังนั้นทำให้ความผิดนี้สามารถเป็นบุคคลใด ๆ ก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นหญิงหรือชาย หรือชายที่เป็นสามีของหญิงที่ถูกกระทำ ก็เป็นผู้ลงมือกระทำความผิดได้เช่นกัน และในกรณีที่สามีของหญิงเป็นผู้ลงมือกระทำนั้น ไม่เป็นความผิดฐานนี้ ในกรณีที่หญิงเป็นผู้กระทำต่อหญิงด้วยกัน หญิงนั้นเป็นผู้ลงมือกระทำ การกระทำของหญิงนั้นจะไม่ถือว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากได้มีการคำพิพากษาศาลฎีกาว่า จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จได้ก็ต่อเมื่ออวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง จึงเห็นได้ว่าการกระทำผิดฐานนี้จะสามารถเป็นชายได้เท่านั้น แต่อาจเป็นรวมกระทำความผิดได้

การตีความคำว่า “อนาจาร”

ความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ขึ้น กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จึงถูกยกเลิกไป ความผิดฐานกระทำอนาจารจึงต้องบังคับใช้ตามที่ยกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 โดยได้แบ่งการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารได้เป็น 2 ประเภท คือ คือ ความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคลอายุกว่าสิบห้าปีมาตรา 278 และความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี มาตรา 279 โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้ มาตรา 278 ความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคลอายุกว่า 13 ปี ตามมาตรานี้ผู้กระทำจะมีความผิดถ้าได้กระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกิน 13 ปี ซึ่งไม่จำกัดว่าเป็นหญิงหรือชาย และผู้ถูกกระทำเป็นเพศหรือวัยใดก็ได้ การบังคับให้บุคคลอื่นจับอวัยวะของตน หรือหากผู้ใดมีการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อร่างกายของบุคคลอื่น ไม่ว่าจะเป็นหญิงหรือชายที่เป็นการแสดงความใคร่ทางเพศ และการอนาจารต้องไม่มีการสอดใส่เกิดขึ้น แต่จะเป็นการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำโดยตรง มาตรา 279 ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุยังไม่เกิน 13 ปี มีองค์ประกอบเช่นเดียวกับมาตรา 278 ต่างกันตรงที่ผู้ถูกกระทำต้องเป็นเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี แม้เด็กจะ

ยินยอมหรือไม่ก็ตาม ไม่อาจอ้างมาเป็นสาระสำคัญที่จะพ้นผิดได้ ซึ่งการกระทำอนาจารแก่เด็กนั้นไม่จำเป็นต้องกระทำต่อหน้าเด็กเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงการกระทำด้วยร่างกายของเด็กเอง หรือกระทำที่ร่างกายของเด็กด้วย

การตีความคำว่า “อนาจารโดยการล่วงล้ำ”

เมื่อมีการเปลี่ยนมาใช้ประมวลกฎหมายอาญาการกระทำผิดมนุษยธรรมดาจึงได้มีการยกเลิก และไม่ได้กล่าวถึงการกระทำชำเราผิดมนุษยธรรมดาในประมวลกฎหมายอาญาอีก

2.3 การตีความคำว่ากระทำชำเรา อนาจาร และอนาจารโดยการล่วงล้ำ ตามประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19)

การตีความคำว่า “กระทำชำเรา”

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในครั้งนี้ส่งผลให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้มีการขยายความหมายออกไปจากกฎหมายเดิม เพื่อให้เข้าและสอดคล้องกับสถานการณ์ในสังคมปัจจุบันมากขึ้น ซึ่งตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามีใช้ความผิดที่มุ่งคุ้มครองเฉพาะกรณีการร่วมประเวณีตามธรรมชาติอีกต่อไป กล่าวคือ ได้เพิ่มการคุ้มครองไปถึงอวัยวะอื่นที่ไม่ใช่อวัยวะเพศอีกด้วย คือ ทวารหนัก หรือช่องปาก ดังนั้นหากชายนำอวัยวะเพศของตนล่วงล้ำเข้าไปในทวารหนัก หรือช่องปากของหญิงก็ถือเป็นการกระทำชำเราแล้ว ซึ่งแต่เดิมไม่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่ถือเป็นเพียงการกระทำอนาจารเท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518) นอกจากนี้ตามกฎหมายใหม่หากเป็นกรณีที่ชายใช้อวัยวะเพศของตน ฎีกากับทวารหนักหรือช่องปากของหญิง และหากเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของชายผู้กระทำก็ถือเป็นการกระทำชำเราสำเร็จแล้ว ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอาจใช้ “สิ่งอื่นใด” นอกจากอวัยวะเพศของตน เช่น มือ ปาก อวัยวะเพศเทียม หรือวัตถุอื่นใด กระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่นก็ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเช่นเดียวกัน แต่ในกรณีกระทำกับช่องปากของผู้ถูกระทำไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพราะนิยามของคำว่ากระทำชำเราที่แก้ไขใหม่ระบุถึงการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำเท่านั้น เช่น หากมีการใช้อวัยวะเพศเทียม นิ้วมือ หรือขูดสอดใส่ หรือกระทำกับช่องปากของผู้ถูกระทำแม้จะเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำก็ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำ

การตีความคำว่า “อนาจาร”

ในประมวลกฎหมายอาญาฉบับที่ 19 ไม่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนของความผิดฐานการกระทำอนาจารไว้

การตีความคำว่า “อนาจารโดยการล่วงล้ำ”

เมื่อสังคมมีการพัฒนาขึ้นการร่วมประเวณีจึงมีหลายรูปแบบมากขึ้นไม่ว่าจะเป็นการใช้นิ้ว ใช้ลิ้นหรือใช้สิ่งอื่นแทนอวัยวะเพศ ซึ่งการกระทำดังกล่าวยังถูกจัดอยู่ในการกระทำชำเรา ดังนั้นคำว่าอนาจารโดยล่วงล้ำจึงยังไม่ได้ถูกบัญญัติไว้ในบทแก้ไขกฎหมายฉบับนี้

2.4 การตีความคำว่ากระทำชำเรา อนาจาร และอนาจารโดยการล่วงล้ำ ตามประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27)

การตีความคำว่า “กระทำชำเรา”

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดความหมายของการกระทำชำเราใหม่ ดังนี้ กระทำชำเรา หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น สิ่งที่เปลี่ยนไปจากกฎหมายเดิมคือ การใช้สิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นใดของผู้กระทำ สอดใส่อวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้เสียหายเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ได้ถูกย้ายไปเป็นเหตุเพิ่มโทษของการอนาจาร ดังนั้น การที่ผู้กระทำใช้นิ้วสอดใส่อวัยวะเพศของผู้เสียหายจากเดิมผู้กระทำเคยมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่ปัจจุบันผู้กระทำจะมีความผิดฐานอนาจารโดยการล่วงล้ำ ซึ่งเป็นอนาจารที่มีเหตุเพิ่มโทษ

การตีความคำว่า “อนาจาร”

ความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา (เมื่อมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง) มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อให้มีความเหมาะสมกับความผิดที่เกิดขึ้น ความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นต้องเป็นการกระทำโดยมีจุดมุ่งหมายในการก่อหรือระงับความต้องการทางเพศของตนเองหรือของผู้อื่น และยังต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของผู้อื่น หรือให้ผู้อื่นกระทำต่อเนื้อตัวของผู้กระทำความผิดเอง หรือแม้จะเป็นการกระทำผ่านเสื้อผ้าก็เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร จากการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุด ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญามาตรา 27 พ.ศ. 2562 มีการแก้ไขเพิ่มเติมเหตุการณ์ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่น ซึ่งมีอวัยวะเพศล่อล่ออวัยวะเพศ หรือทวารหนักของบุคคลนั้น หรือหากผู้กระทำได้กระทำความผิดโดยใช้อวัยวะอื่นหรือวัตถุกระเบิดหรือโดยใช้อาวุธหรือ โดยร่วมกระทำความผิดด้วยการอันมีลักษณะเป็นการทรงหญิงหรือกระทำความผิดกับชาย ก็ต้องระวางโทษหนักขึ้นสำหรับการกระทำความผิดนั้นด้วย

การตีความคำว่า “อนาจารโดยการล่อล่อ”

ในปัจจุบันการร่วมประเวณีโดยใช้นิ้ว ลิ้น หรือสิ่งอื่นที่ไม่ใช่อวัยวะเพศล่อล่อเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายนั้นถูกจัดให้มาอยู่ในการอนาจารโดยล่อล่อ เป็นเหตุเพิ่มโทษของการอนาจาร โดยการอนาจารจะต้องไม่มีเจตนาสนองความใคร่ของผู้กระทำ มีเพียงแต่เจตนาสอด จูบ ลูบคลำ ภายนอกเท่านั้น ซึ่งการอนาจารโดยล่อล่อมีเจตนาสอดใส่เป็นการที่ผู้ถูกระทำ ถูกกระทำโดยวัตถุหรืออวัยวะอื่น และมีการใช้อวัยวะอื่นหรือวัตถุกระเบิด หรือการใช้อาวุธ ซึ่งการกระทำความผิดกล่าวเปรียบเสมือนการกระทำชำเราและมีโทษเท่ากับความผิดฐานกระทำชำเรา ตามกฎหมายใหม่ การอนาจารโดยล่อล่อเป็นการขยายขอบเขตของคำว่ากระทำอนาจาร ดังนั้นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นที่มีอวัยวะเพศล่อล่ออวัยวะเพศ หรือทวารหนัก หรือการใช้ปากอมอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำ การจับอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำให้ใส่เข้าไปในทวารหนักของผู้กระทำเอง การใช้นิ้วมือ หรืออวัยวะเพศปลอมล่อล่อเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้ถูกระทำ จะไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอีกต่อไป หากแต่มีความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่อล่อเท่านั้น และในปัจจุบันการกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ได้ถูกย้ายไปเป็นเหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานกระทำอนาจารแทน และต้องได้รับโทษหนักกว่าอนาจารทั่วไปตาม มาตรา 278 วรรคสอง มาตรา 279 วรรคสี่ และวรรคห้าแห่งประมวลกฎหมายอาญา

2. วิธีดำเนินการวิจัย

2.1 กระบวนการวิธีการวิจัย

การวิจัยครั้งนี้ใช้กระบวนการวิธีการวิจัยเชิงเอกสารเป็นเครื่องมือสำคัญ โดยผู้วิจัยคัดเลือกเอกสารระดับทุติยภูมิคือวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการวิจัย ประกอบด้วย หนังสือ บทความวิจัยและวิชาการที่ได้รับการตีพิมพ์เผยแพร่ เอกสารเผยแพร่ของภาครัฐที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายลักษณะ อาญา ร.ศ. 127 ประมวลกฎหมายอาญา

2.2 การวิเคราะห์ข้อมูล

ผู้วิจัยวิเคราะห์ข้อมูลจากเอกสาร ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกเอกสารที่เกี่ยวข้อง ประกอบด้วย 1) มีความถูกต้อง คือเป็นเอกสารที่มาจากแหล่งเชื่อถือได้ มีความถูกต้อง สมบูรณ์ สอดคล้องกับบริบทของ สถานการณ์ที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาที่ตีพิมพ์ 2) มีความน่าเชื่อถือ คือ เป็นเอกสารที่ปราศจากข้อผิดพลาดและการเบี่ยงเบนข้อมูล 3) มีความเป็นตัวแทน คือ เป็นเอกสารที่สามารถแสดงรายละเอียดแทนเอกสารประเภทเดียวกันได้ รายละเอียดสามารถเป็นตัวแทนกลุ่มประชากรตัวอย่างได้ และ 4) มีความหมายชัดเจน คือ เป็นเอกสารที่สามารถเข้าใจได้ง่าย ชัดเจน สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ และนัยสำคัญของการวิจัย

2.3 ขอบเขตของเอกสารระดับทุติยภูมิ

ขอบเขตเนื้อหาของข้อมูลที่ใช้ในการวิเคราะห์เชิงเอกสารครั้งนี้ ประกอบด้วย 1) สถิติความผิดเกี่ยวกับเพศ ในประเทศอังกฤษและเวลส์และที่เกิดขึ้นในประเทศไทย 2) รูปแบบของการกระทำที่ได้จากสถิติการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ในกรณีกระทำชำเราและกระทำอนาจาร 3) สิทธิทางเพศ สิทธิในชีวิตและร่างกาย คือ ไม่ว่าจะเป็นเพศชาย เพศหญิงหรือกลุ่ม LGBTI ซึ่งเป็นสิ่งที่มนุษย์ทุกคนควรได้รับ โดยผลการคัดเลือกพบว่ามั่ววรรณกรรมที่เกี่ยวข้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์การคัดเลือกเอกสารและวัตถุประสงค์งานวิจัย แบ่งเป็น วรรณกรรมภาษาไทย วรรณกรรมภาษาอังกฤษ ซึ่งผู้วิจัยได้นำวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ มาสังเคราะห์แนวคิดและศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายไทยและมาตรการทางกฎหมายต่างประเทศโดยนำมาเปรียบเทียบกับประเทศอังกฤษและเวลส์

2.4 สมมติฐานของการวิจัย

การตีความคำว่า “กระทำชำเรา” “อนาจาร” “อนาจารโดยการล่วงล้ำ” ไม่เหมาะสมกับการแก้ปัญหาคำถามการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในประเทศไทย

2.5 ขอบเขตของการวิจัย

มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาผลกระทบอันเกิดจากความไม่ชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญาเกี่ยวกับจุดแบ่งแยกการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจาร เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานอนาจารโดยการล่วงล้ำให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทของสังคมปัจจุบันและสอดคล้องกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา

3. ผลการศึกษา

1. ผลจากการศึกษาเรื่องพัฒนาการของการตีความคำว่า “กระทำชำเรา” “อนาจาร” “อนาจารโดยการล่วงล้ำ” ตามกฎหมายของประเทศไทย สรุปได้ดังนี้

จากการศึกษาถึงพัฒนาการของการตีความคำว่า “กระทำชำเรา” โดยเริ่มตั้งแต่พระราชกำหนดลักษณะล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ให้นิยามไว้ว่า “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะสำเร็จได้ก็ต่อเมื่ออวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงและผู้กระทำความผิดต้องเป็นชายเท่านั้นและผู้ถูกกระทำต้องเป็นหญิงเท่านั้น (Nithi Metineewong, 2008) ในส่วนนี้ทำให้ผู้วิจัยเห็นถึงการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งถือเป็นการกระทำที่ขัดหลักความเสมอภาค (Banjerd Singkaneti, 2019) อีกทั้งในกรณีที่ชายใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำทวารหนักของหญิงหรือกระทำชำเราสัตว์นั้น สังคมในยุคนั้นมองว่าเป็นสิ่งที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน พระราชกำหนดฉบับนี้จึงให้การกระทำนั้นเป็นการกระทำชำเราผิดธรรมดาโลก (Wiwat Damrongkunnann, 2021) และเห็นได้วยังไม่มีการพูดถึงการกระทำอนาจาร ในภายหลังพระราชกำหนดฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกไปโดยกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 243 ได้เปลี่ยนจากคำว่า “ชายใด” เป็น “ผู้ใด” อธิบายได้ว่า ผู้กระทำความผิดเดิมนั้นต้องจากชายเท่านั้นเมื่อเปลี่ยนจึงเป็นชายหรือหญิงก็ได้ (George Padux, 2022) กฎหมายฉบับนี้ยังกล่าวถึงกรณีที่ชายใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำทวารหนักของชายด้วยกันนั้น ไม่ต่างกับการที่ชายใช้อวัยวะเพศตนล่วงล้ำทวารหนักของหญิง จึงให้การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำชำเราผิดธรรมดาตามมนุษย์ (Sumanat Tangcharoenkitkul, 2009) ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ยังเป็นจุดเริ่มต้นของความผิดเกี่ยวกับเพศที่ไม่ได้มีการกระทำทางเพศต่อผู้ถูกกระทำโดยตรง หรือที่เรียกว่า การกระทำอนาจาร โดยเหตุเกิดจากสิ่งของลามกที่นำมาขายหรือแสดงโดยเปิดเผยแก่สาธารณชน (Wiwat Damrongkunnann, 2021) ผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายฉบับนี้สามารถเป็นได้ทั้งชายและหญิง ขณะเดียวกันผู้ถูกกระทำก็อาจจะเป็นได้ทั้งชายและหญิงเช่นเดียวกัน การกระทำอนาจารตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ต้องเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เพื่อระงับความต้องการในทางเพศของผู้กระทำความผิดและการกระทำอนาจารนั้นต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลและแม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะเป็นการกระทำผ่านเสื้อผ้าก็สามารถเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารได้ (Wiwan Petchrat, 2018)

หลังจากนั้นได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาแทนที่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาก่อนมีการแก้ไข การกระทำชำเรามีความหมายว่า “การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” (Pokpong Srisanit, 2019) โดยพฤติกรรมการกระทำชำเราได้มีการเปลี่ยนแปลงไป จากเดิมที่ความผิดฐานกระทำชำเราเฉพาะกรณีที่ผู้กระทำเป็นชายและผู้ถูกกระทำเป็นหญิงเท่านั้น ได้เปลี่ยนแปลงเป็นผู้กระทำจะเป็นชายหรือเป็นหญิงและผู้ถูกกระทำจะเป็นหญิงหรือเป็นชายก็ได้ (Wiwat Damrongkunnann, 2021) กล่าวคือไม่ว่าจะเป็นกรณีผู้ชายกระทำต่อผู้ชาย ผู้หญิงกระทำต่อผู้หญิง ผู้หญิงกระทำต่อผู้ชาย ไม่ว่าจะกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือผู้ชายกระทำต่อผู้หญิงในทางอื่นนอกจากทางอวัยวะเพศหญิง (Pokpong Srisanit, 2019) ทำให้ผู้วิจัยเห็นถึงการเปลี่ยนแปลงไปในทางไม่มีการจำกัดเพศของผู้กระทำ ความผิดหรือผู้ถูกกระทำ ความผิด ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน และจะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายอาญาก่อนมีการแก้ไข มองว่าการที่ชายใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำทวารหนักของหญิงหรือชายด้วยกัน เป็นเพียงความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น (Wiwat Damrongkunnann, 2021)

ประมวลกฎหมายอาญาก่อนมีการแก้ไข “กระทำอนาจาร หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อร่างกายของบุคคลอื่น เช่น กอดจูบ ลูบคลำร่างกายของหญิงหรือชายที่เป็นการแสดงความใคร่ทางเพศ และต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลโดยตรง” แม้จะเป็นการกระทำผ่านบนเสื้อผ้า หรือกระทำโดยใช้เนื้อตัวของเขากระทำต่อผู้กระทำ ความผิดเองก็เป็นการกระทำอนาจารต่อผู้อื่นได้ และต้องเป็นการกระทำในทางที่เป็นการละเมิด หรือฝ่าฝืนความรู้สึก อับอายในทางเพศโดยทั่วไปอย่างร้ายแรง (Sumanat Tangcharoenkitkul, 2009) กฎหมายฉบับนี้ทำให้เห็นถึงการคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศของผู้ถูกกระทำมิให้ถูกล่วงละเมิดหากไม่ได้รับความยินยอม

อย่างไรก็ดีเมื่อสภาพสังคมมีการพัฒนาไปตามความเปลี่ยนแปลงของสังคมในขณะนั้น ๆ ในปัจจุบันการกระทำชำเราและการกระทำอนาจารย่อมมีการเปลี่ยนแปลงตาม จึงทำให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อให้เหมาะสมในการป้องกันและปราบปรามการทำความผิดที่เกิดขึ้นเช่นกัน ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 27 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบันได้กำหนดความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา หมายถึง กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” (Pokpong Srisanit, 2019) จากกฎหมายเดิมสิ่งที่เปลี่ยนไปคือ การใช้สิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นใดของผู้กระทำ สอดใส่อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหายเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำนั้นได้ถูกตัดออกจากรายการของการกระทำชำเรา เพียงแต่ถูกนำไปเป็นเหตุเพิ่มโทษของการกระทำอนาจาร ทั้งนี้การกระทำชำเราหญิงสำเร็จบริบูรณ์เมื่อของลับของชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องลับของหญิง ไม่ว่าจะเล็กน้อยเท่าใด การที่ผู้กระทำจะสำเร็จความใคร่หรือไม่จึงไม่เป็นข้อสำคัญ แต่ถ้าผ่านเข้าไปไม่ได้ แม้สุจริตเลื่อน เยื่อพรหมจารีขาด กรณีก็เป็นกรณียาการทำความผิด (Kanit Na Nakhon, 2002) ส่วนการกระทำอนาจารแม้ว่าประมวลกฎหมายอาญามีได้นิยามความหมายการกระทำอนาจารเอาไว้ แต่นักนิติศาสตร์และศาลส่วนใหญ่มีความเห็นตรงกันว่า เป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ เป็นการทำให้ร่างกายอย่างหนึ่งด้วยการสัมผัสร่างกายในทางเพศโดยปราศจากความสมัครใจ การกระทำอนาจารต้องไม่ถึงขั้นที่เรียกว่าการ “สอดใส่” อวัยวะเพศเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือปากของผู้อื่น หรือสิ่งอื่นเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น เพราะถ้าถึงขั้นสอดใส่เข้าไปแล้วย่อมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลฎีกา 12983/2558 ได้ขยายขอบเขตของการกระทำอนาจาร แต่เดิมออกไปให้หมายความถึงการไม่สัมผัสเนื้อตัวร่างกายผู้เสียหายโดยตรง ในคดีนี้ศาลวินิจฉัยว่า การแอบติดตั้งกล้องบันทึกภาพไว้ใต้โต๊ะทำงานของผู้อื่นเพื่อบันทึกภาพสรีระร่างกายของผู้นั้น เป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศแม้จะไม่สัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายโดยตรงก็เป็นความผิดฐานกระทำการอนาจาร ตามมาตรา 278 (Kanapol Chanthom, 2018) การกระทำอนาจารนั้นได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรวมทั้งสิ้น 5 ครั้ง ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาฉบับที่ 27 ฉบับแก้ไขล่าสุดมีการแก้ไขเพิ่มเติมเหตุการณ์ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการกระทำนั้นจะ

เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่น ซึ่งมีอวัยวะเพศล่อล่ออวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น หรือหากผู้กระทำได้กระทำลงโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือใช้อาวุธหรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยการอันมีลักษณะเป็นการหญิงหรือกระทำความผิดกับชาย ก็ต้องระวางโทษหนักขึ้นสำหรับการกระทำความผิดนั้นด้วย (Wiwan Petchrat, 2018) ซึ่งในปัจจุบันการกระทำความผิด นอกจากจะมีความหมายตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ยังให้การกระทำความผิดมีความหมายรวมถึง “การกระทำ โดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่น ซึ่งมีอวัยวะเพศล่อล่ออวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น” หรือที่เรียกว่า “การกระทำความผิดโดยการล่อล่อ” ความผิดฐานอนาจารโดยการล่อล่อนั้นเป็นอนาจารที่มีเหตุเพิ่มโทษ ผู้กระทำต้องได้รับโทษหนักกว่าอนาจารทั่วไปตาม มาตรา 278 วรรคสอง มาตรา 279 วรรคสี่ วรรคห้า การแก้ไขกฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีความชัดเจนและสอดคล้องกับลักษณะของการกระทำตามธรรมชาติ (Panrada Sutthithongtae, 2022)

ดังนั้นเมื่อพิจารณาแล้วสรุปได้เห็นว่า การกระทำชำเราที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมในปัจจุบันนั้น ได้จำกัดขอบเขตให้เหลือเพียงแต่ลักษณะที่เป็นการกระทำชำเราตามธรรมชาติเท่านั้น กล่าวคือ การล่อล่อล่อทางเพศโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะของผู้กระทำล่อล่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นเท่านั้นจึงจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ส่วนการกระทำความผิดนั้นมีการขยายขอบเขตออกไปอย่างกว้างขวาง โดยการกระทำความผิดนั้นนอกจากจะหมายความว่า เป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่นแล้ว ยังมีความหมายรวมถึงการใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมีอวัยวะเพศล่อล่ออวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นด้วย ดังนั้น หากเป็นการใช้ปากอมอวัยวะเพศของผู้เสียหาย หรือการจับอวัยวะเพศของผู้เสียหายใส่เข้าไปในทวารหนักของผู้เสียหาย หรือการใช้นิ้วมือหรืออวัยวะเพศปลอมล่อล่อเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหาย จะไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หากแต่มีความผิดฐานกระทำความผิดโดยการล่อล่อเท่านั้น

2. ผลจากการศึกษาถึงมาตรการของกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการตีความคำว่า “กระทำชำเรา” “อนาจาร” “อนาจารโดยการล่อล่อ” สรุปได้ดังนี้

จากการศึกษาถึงมาตรการในเรื่องของความผิดเกี่ยวกับเพศในการกระทำชำเรา อนาจาร และอนาจารโดยการล่อล่อของประเทศไทย ในอดีตตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 1956 ได้อธิบายลักษณะการกระทำความผิด คือ เป็นการที่ชายได้ร่วมประเวณีกับหญิงโดยฝ่าฝืนความยินยอมของหญิงและหญิงนั้นมิใช่คู่สมรสของชาย ซึ่งผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นชายเท่านั้น ส่วนผู้ถูกระทำความผิดจะต้องเป็นหญิงเท่านั้นและหญิงนั้นจะต้องไม่ใช่ภริยาของผู้กระทำความผิด ต่อมาพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 1994 (The Criminal Justice and Public Order 1994) ยังคงกฎหมายเดิม คือ ผู้กระทำความผิดต้องเป็นชายเท่านั้น ผู้หญิงไม่อาจเป็นผู้กระทำความผิดโดยตรงได้ และกฎหมายฉบับนี้ยังขยายความคุ้มครองไปถึงการล่อล่อทางทวารหนักด้วย ส่งผลให้ผู้เสียหายจากการกระทำความผิดอาจเป็นผู้ชายก็ได้ (Nithi Metineewong, 2008) ในปัจจุบันประเทศไทยได้แก้ไขกฎหมายใหม่กลายเป็นพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 โดยมีการเปลี่ยนแปลงจากเดิมพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดทางเพศ ค.ศ. 1956 (Sexual Offences Act of 1956) บัญญัติว่า การข่มขืนคือกรณีที่ผู้ชายข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิงหรือผู้ชาย พระราชบัญญัติปี ค.ศ. 2003 (Sexual Offence Act of 2003) ได้ใช้ถ้อยคำว่าผู้ใด (A) กับผู้อื่น (B) แทนการใช้คำว่าผู้ชายและผู้หญิง (Sirada Panthaphanphaiboon, 2020) การกระทำชำเราตามกฎหมายฉบับนี้มีขอบเขตเฉพาะเป็นการกระทำชำเราตามธรรมชาติเท่านั้น (Panrada Sutthithongtae, 2022) กล่าวคือ การกระทำที่ถือเป็นความผิดฐานนี้ต้องมีลักษณะของการล่อล่อโดยอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือปากของผู้ถูกระทำความผิด โดยอวัยวะเพศชายรวมถึงอวัยวะเพศชายเทียมที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศจากหญิงเป็นชายด้วย ทั้งนี้การกระทำชำเราต้องเป็นการกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำความผิด (Nithi Metineewong, 2008) และสิ่งที่กฎหมายของประเทศไทยให้ความสำคัญจากการล่อล่อโดยอวัยวะเพศชายคือ อวัยวะเพศหญิง ทวารหนักหรือปาก ในส่วนของอวัยวะเพศหญิงให้มีความรวมถึงอวัยวะเพศหญิงเทียมที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงแล้วด้วย

อย่างไรก็ดี หากการกระทำเป็นการล่วงล้ำโดยใช้วัตถุหรือส่วนอื่น ๆ ของร่างกายนอกจากอวัยวะเพศชาย ไม่ถือเป็นความผิดข่มขืนกระทำชำเรา แต่อาจเป็นความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ (Panrada Sutthithongtae, 2022) หรือเรียกว่า การอนาจารโดยการล่วงล้ำ ซึ่งเป็นการล่วงล้ำช่องคลอดหรือทวารหนักของผู้อื่น โดยส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายผู้กระทำหรือด้วยสิ่งของอย่างอื่นโดยผู้อื่นไม่ยินยอม (Sirada Panthaphanphaiboon, 2020) โดยผู้กระทำและผู้ถูกกระทำอาจเป็นได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิง (Nithi Metineeewong, 2008)

ความผิดฐานอนาจารตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 เป็นการกระทำที่ผู้กระทำมีเจตนาทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกาย รวมถึงการสัมผัสกับส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือกับสิ่งอื่นใด หรือผ่านวัตถุใด ๆ รวมถึงการสัมผัสก่อนที่จะมีการสอดใส่เท่านั้น (Panrada Sutthithongtae, 2020) หากผู้กระทำมีความตั้งใจสัมผัสบุคคลอื่นเพื่อสนองความต้องการในทางเพศโดยผู้อื่นไม่ยินยอม โดยการสัมผัสนั้นจะต้องเป็นการสัมผัสด้วยความใคร่ในทางเพศ ย่อมถือได้ว่าผู้กระทำมีความผิดฐานกระทำอนาจาร (Sirada Panthaphanphaiboon, 2020) แต่หากผู้กระทำยินยอมให้กระทำ การกระทำของผู้กระทำก็ไม่เป็นความผิด ทั้งนี้ผู้กระทำความผิดอาจจะเป็นได้ทั้งชายและหญิง เนื่องจากไม่ได้มีการจำกัดเพศของผู้กระทำความผิดไว้ในกฎหมาย (Wiwan Petchrat, 2018)

จากการศึกษาการกระทำชำเราและการอนาจารของประเทศเยอรมันนั้น ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนีมีการแก้ไขครั้งล่าสุดเมื่อปี ค.ศ. 1997 โดยกฎหมายฉบับนี้มีความเป็นกลางในส่วนหนึ่งของเพศของเหยื่อที่ถูกกระทำ ซึ่งการแก้ไขดังกล่าวทำให้ผู้ชายได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับผู้หญิง และมีการขยายขอบเขตของการกระทำชำเราให้กว้างขึ้น โดยให้ถือว่าการกระทำในทางเพศที่คล้ายคลึงกันที่เกี่ยวข้องกับการรุกรานเข้าไปในร่างกายให้มีฐานะเดียวกับการข่มขืนกระทำชำเรา เช่น การร่วมเพศทางปากและทางทวารหนัก รวมทั้งการนำวัตถุใด ๆ เช่น เทียนหรือส่วนอื่น ๆ ของร่างกายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนัก (Natthawan Duangkantai, 2015) การจะเป็นกระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเราต้องเป็นผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ผู้ใดซึ่งไม่จำกัด ว่าบุคคลอื่นจะมีเพศใด โดยการใช้อำนาจประทุษร้ายหรือเป็นเพียงการขู่เข็ญจะทำอันตรายแก่ชีวิตร่างกายรวมถึงบังคับให้กระทำทางเพศต่อบุคคลอื่นโดยผู้เสียหายไม่ยินยอม ก็ย่อมเป็นความผิดทั้งสิ้น นอกจากนี้บุคคลแปลงเพศก็ได้รับความคุ้มครองในทางเพศเช่นกับบุคคลทั่วไป (Watcharin Sangseekaew, 2022) ในขณะเดียวกันผู้กระทำจำต้องรู้ว่าเหยื่อนั้นไม่ได้ให้ความยินยอมในการกระทำความผิดดังกล่าว และผู้กระทำต้องรู้ด้วยว่าได้กระทำชำเรากับหญิงที่มีใช้ภรรยาของตน ดังกล่าวการจะเป็นการกระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเราได้กล่าวถึงการมีเพศสัมพันธ์ย่อมมีการล่วงล้ำโดยใช้คำว่า “Sexual Intercourse” กฎหมายเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้คำว่า “Sexual Intercourse” หรือ Sexual Penetration” ซึ่งก็ย่อมมีความหมายรวมถึงการสอดใส่อยู่ในตัวอยู่แล้วซึ่งต้องเป็นผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

สำหรับความผิดฐานกระทำอนาจารของประเทศเยอรมนีนั้น การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารได้ต้องเป็นพฤติกรรมล่วงเกินในทุกรูปแบบทั้งทางกาย การใช้คำพูด การบังคับขู่เข็ญ การสัมผัสที่แสดงออกทางเพศ และการใช้กำลังเพื่อบังคับให้บุคคลอื่นมีเพศสัมพันธ์กับตนโดยที่บุคคลนั้นไม่เต็มใจและบุคคลที่จะเป็นผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารได้นั้น สามารถเป็นได้ทั้งเพศชายและเพศหญิง ส่วนผู้ถูกกระทำสามารถเป็นใครก็ได้ โดยกฎหมายได้มีการบัญญัติให้ความคุ้มครองครอบคลุมถึงการคุกคามทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอมที่เกิดขึ้นระหว่างชายและชาย ระหว่างหญิงและหญิง ระหว่างเด็กและเด็กด้วยกันเองด้วย กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองครอบคลุมเพียงแค่ว่าระหว่างผู้ใหญ่เพศชายและผู้ใหญ่เพศหญิงเท่านั้น (Wiwan Petchrat, 2018)

4. สรุป

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้น มีการพัฒนาการทางแนวความคิดอยู่หลายครั้งกว่าที่จะมาเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราดังเช่นในปัจจุบัน โดยในอดีตนั้นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรายังคงไว้ซึ่งองค์ประกอบหลักดังเช่นในกฎหมายลักษณะอาญา กล่าวคือ เป็นการร่วมประเวณีกันในระหว่างชายกับหญิงในลักษณะของการร่วมประเวณีกันตามธรรมชาติ โดยที่หญิงไม่ยินยอมและหญิงนั้นจะต้องไม่ใช่ภรรยาของผู้กระทำความผิด โดยการกระทำจะเป็น

ความผิดสำเร็จต่อเมื่ออวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงไม่ว่าจะมากน้อยเพียงใดก็ตาม ดังนั้นโดยลักษณะของการกระทำที่เราผู้ลงมือกระทำจึงต้องเป็นผู้ชายโดยกำเนิดเท่านั้น แต่ผู้หญิงอาจมีความผิดฐานนี้ได้ในฐานะตัวการร่วมแต่ไม่สามารถเป็นผู้ลงมือกระทำผิดโดยตรงได้ ส่วนผู้ถูกกระทำชำเราจะต้องเป็นผู้หญิงด้วยกำเนิดเท่านั้น และต้องมีไขกระดูกของผู้กระทำผิดด้วย และจะเป็นความผิดฐานนี้ได้หญิงจะต้องไม่ยินยอม แต่ในกรณีที่ผู้ถูกกระทำเป็นเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ความยินยอมจะไม่ถือเป็นสาระสำคัญของความผิด แม้เด็กหญิงจะยินยอมให้กระทำชำเรา ผู้กระทำก็ยังคงมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิง และหากเป็นการกระทำต่อเด็กหญิงอายุไม่เกิน 13 ปี ก็ถือเป็นเหตุเพิ่มโทษอีกด้วย

การมีเพศสัมพันธ์กันในรูปแบบอื่น ๆ นอกจากการกระทำที่อยู่ในขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ไม่ว่าจะเป็นการกระทำระหว่างชายกับชาย หญิงกับหญิง หญิงเป็นฝ่ายกระทำต่อชาย หรือชายกระทำกับหญิงในทางอื่นที่ไม่ใช่อวัยวะเพศหญิง ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราที่ผิดธรรมดาของมนุษย์ไว้ดังเช่นในกฎหมายลักษณะอาญา ดังนั้นการมีเพศสัมพันธ์ในรูปแบบอื่นเหล่านี้ จึงไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่อาจเป็นความผิดฐานอื่นได้ เช่น ความผิดฐานกระทำอนาจาร ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย หรือความผิดต่อเสรีภาพ

การแก้ไขปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญา ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุด เมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 การกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่นั้นกฎหมายใช้คำว่า “กระทำกับ” ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องมีการล่วงล้ำหรือสอดใส่ดังเช่นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเดิม การกระทำก็ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จแล้ว ดังนั้นแค่เพียงการสัมผัสและต้องภายนอกการกระทำก็ถือเป็นความผิดสำเร็จแล้ว

เมื่อพิจารณาความหมายของการกระทำชำเราตามบทบัญญัติที่แก้ไขใหม่ จะเห็นได้ว่าเป็นการยกเลิกแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเดิมเกี่ยวกับความหมายของการกระทำชำเรา และนอกจากจะมีผลต่อความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” แล้วยังมีผลต่อความหมายของ การกระทำอนาจาร อีกด้วยโดยกฎหมายที่แก้ไขใหม่นี้ทำให้การกระทำซึ่งแต่เดิมเป็นการกระทำอนาจารกลายมาเป็นการกระทำชำเรา มากมายในหลายกรณี ดังนั้นตามกฎหมายใหม่การกระทำอนาจารโดยที่ไม่เป็นการกระทำชำเราจึงถูกจำกัดแคบลงเหลือเพียงเฉพาะกรณีดังต่อไปนี้

1. ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตน กระทำกับ อวัยวะอื่น ๆ นอกจากอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก ของผู้ถูกกระทำ อันเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ
2. ผู้กระทำใช้สิ่งอื่นใด (นอกจากอวัยวะเพศ) เช่น มือ ปาก เท้า หรือวัตถุอื่นใด กระทำกับอวัยวะอื่น ๆ นอกจากอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกกระทำอันเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ

จากลักษณะของการกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่ จะเห็นได้ว่าการกระทำชำเราอันจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามีขอบเขตของความผิดที่กว้างมากโดยไม่ได้คุ้มครองแค่เฉพาะอวัยวะเพศหญิงอีกต่อไป แต่ยังคุ้มครองถึงอวัยวะเพศชายทวารหนัก และช่องปากอีกด้วย และในส่วนของผู้กระทำก็อาจกระทำโดยใช้อวัยวะเพศชาย อวัยวะเพศหญิง หรือสิ่งอื่นใดก็ได้ นอกจากนี้แม้เพียงแค่สัมผัสและต้องภายนอกโดยไม่มีการล่วงล้ำหรือสอดใส่ก็ถือเป็นความผิดสำเร็จแล้ว นอกจากนี้ยังส่งผลต่อการข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมอีกด้วย โดยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงตามกฎหมายเดิม ศาลฎีกาได้วางแนวบรรทัดฐานเอาไว้ว่า คำว่า “โทรมหญิง” หมายความว่ากระทำความผิดด้วยการอันมีลักษณะร่วมผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราตั้งแต่สองคนขึ้นไป

5. ข้อเสนอแนะ

1. แก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(18) นิยามคำว่ากระทำชำเรา จาก “กระทำชำเรา” หมายความว่ากระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น แก้ไขเป็น “กระทำชำเรา” หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้วัตถุสิ่งอื่นใด หรืออวัยวะอื่นซึ่งล่วงล้ำ

เข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักของผู้อื่น เพื่อให้ครอบคลุมถึงความเท่าเทียมกันของทุกเพศรวมถึงกลุ่ม LGBTQ+ ด้วย

2. ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีนิยามคำว่า “อนาจาร” จึงเห็นควรกำหนดนิยามคำว่าอนาจารให้ชัดเจน อนาจารหมายความว่า การกระทำให้ไม่สมควรในทางเพศ หรือกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ โดยผู้กระทำการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ แต่ไม่หมายความรวมถึงการใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นนอกจากอวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกระทำ

3. คำว่าอนาจารโดยการล่วงล้ำที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 279 วรรคสี่ ควรจำกัดขอบเขตเฉพาะเท่าที่ถือเป็นอนาจารโดยการล่วงล้ำ ดังนั้นความหมายของ อนาจารโดยการล่วงล้ำ หมายถึง การใช้อวัยวะเพศสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำแต่ไม่ได้มีการล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำ และให้หมายความรวมถึงการใช้วัตถุอื่นใดหรืออวัยวะอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในช่องปากของผู้ถูกระทำด้วย

6. เอกสารอ้างอิง

- Atchariya Chutinan. (2023). **Problems of interpreting the word “rape” according to the Criminal Code of Thailand** (No. 78). Year published 20 September 2022. Retrieved 9 September 2023.
- Banjerd Singkaneti. (2019). **Fundamentals of Human Rights, Freedoms, and Dignity** (6th ed.). Bangkok: Winyuchon.
- BBC News Thai. **A man who was gang-raped opens up: ‘I hid it...it’s a sin**. Year published 5 August 2017. Retrieved 20 September 2023. From <https://www.bbc.com/thai/international-40815823>
- George Padux. (2022). **The Criminal Code of the Kingdom of Siam, B.E. 127**. Bangkok: Winyuchon.
- KanapolChanthom. (2018). **Explanation of the Criminal Law, Part 3, Section 1 to Section 9**. Bangkok: Winyuchon.
- Kanit Na Nakhon. (2002). **Criminal Law Section** (8th ed.). Bangkok: Winyuchon.
- Natthawan Duangkangtai. (2015). **Rape crime: a study of the extent of consent by the victim**. Dhurakij Pundit University. Retrieved on September 25, 2023. Retrieved from the website: <https://libdoc.dpu.ac.th/thesis/155795.pdf>
- Nithi Metineewong. (2008). **The concept of perpetrators and victims in rape crimes**. Chulalongkorn University.
- Panrada Sutthithongtae. (2022). **A comparative study of the characteristics of rape under Section 276 and the characteristics of indecent acts by intrusion under Section 278, paragraph two, according to the Criminal Code Amendment Act (No. 27) B.E. 2562**. Retrieved September 8, 2023.
- Pokpong Srisanit. (2019). **Amendment of the Criminal Code on Sex: New meaning and new punishment for rape**. Retrieved September 8, 2023. From <https://www.the101.world/rape-in-thai-law/>
- Watcharin Sangseekaew. (2022). **Rape: Past, Present, Future**. Retrieved September 25, 2023.
- Wiwat Damrongkunnan. (2021). **Explanation of the Criminal Law: Offences Relating to Sexuality**. Chiang Rai: Mae Fah Luang University.
- Wiwat Petchrat. (2018). **The meaning of indecent acts according to the Criminal Code**. Retrieved September 8, 2023.

Wichian.law. **Offence of indecency**. Year published 2 March 2018. Retrieved 10 September 2023.
From <https://wichianlaw.blogspot.com/2018/03/blog-post.html>

Sanit Sumawong. **Assistant Judge of the Supreme Court and group. Supreme Court Decision No. 85/ 1961. Published 1 January 1970**. Retrieved 9 September 2023. From <https://deka.in.th/view-79204.html>

Sirada Panthaphanphaiboon. (2020). **The scope of the term “in front of the public” in the Criminal Code. Chulalongkorn University**. Retrieved September 25, 2023.

Sumanat Tangcharoenkitkul. (2009). **Sexual Offences: A Comparative Study of Rape and Indecent Acts**. Thammasat University. Retrieved September 6, 2023.