

การศึกษาเปรียบเทียบและพัฒนากฎหมาย
การข่มขืนกระทำชำเรา

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปิ่นณวิช ทัพภวิมล และคณะ

การศึกษาเปรียบเทียบและพัฒนากฎหมายการข่มขืนกระทำชำเรา* A Comparative Study and Legal Development of Rape Law

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปณณวิช ทัพพะวิมล** และคณะ
Assistant Professor Dr.Punnawit Tuppawimol et al.,

บทคัดย่อ

การศึกษาเปรียบเทียบและพัฒนากฎหมายการข่มขืนกระทำชำเรา เป็นศึกษาเชิงคุณภาพ โดยการวิจัยเอกสารที่เกี่ยวกับการพัฒนากฎหมายการข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทย และการเปรียบเทียบกฎหมายการข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทยและต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และเครือรัฐออสเตรเลีย โดยมีการสัมภาษณ์เชิงลึกและการสนทนากลุ่มบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมตามเขตพื้นที่ที่กำหนดไว้

*บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการวิจัย เรื่อง “การศึกษาเปรียบเทียบและพัฒนากฎหมายการข่มขืนกระทำชำเรา” โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากสำนักงานการวิจัยแห่งชาติ ประจำปี พ.ศ. 2565 โดยมี รองศาสตราจารย์ ดร.สุณีย์ กัลยะจิตร เป็นหัวหน้าโครงการวิจัย ผู้ร่วมวิจัยประกอบด้วย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศุภกร ปุญญฤทธิ์, ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปณณวิช ทัพพะวิมล, ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ และ พันตำรวจโทหญิง ณัฐิกา กิรติธรรมกฤต.

This research article is part of the research entitled “A Comparative Study and Legal Development of Rape Law.” This research is funded by National Research Council of Thailand (NRCT), 2022. Associate Professor Dr. Sunee Kanyajit is the project leader. Co-Researchers are Assistant Professor Dr. Suppakorn Poonyarith, Assistant Professor Dr. Punnawit Tuppawimol, Assistant Professor Dr. Wanwipa Muangtham and Police Lieutenant Colonel. Nutthika Keeratithammakrit.

**อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.ม. สาขาบริหารงานยุติธรรม มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.ด. มหาวิทยาลัยศรีปทุม. E-mail: punnawit.tu@gmail.com

Lecturer in Law at School of Law, Sukhothai Thammathirat Open University; LL.B. Ramkhamhaeng University; LL.M. in Justice Administration, Ramkhamhaeng University; LL.D. Sripatum University.

วันที่รับบทความ (received) 2 เมษายน 2567, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 9 พฤษภาคม 2567, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 14 พฤษภาคม 2567.

ผลการศึกษาพบว่า การพัฒนากฎหมายการข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทยมีการกำหนดให้การกระทำที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดและมีโทษทางอาญาไว้ตั้งแต่มีกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และมีการปรับปรุงบทบัญญัติต่าง ๆ เรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน โดยพบว่าปัญหาของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมทางเพศนั้นควรมีความชัดเจนใน 3 ประเด็น ได้แก่ 1) การกำหนดฐานความผิด 2) การกำหนดบทที่ควรทำให้รับโทษหนักขึ้น และ 3) การกำหนดมาตรการดำเนินการกับผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเรา นอกจากนี้ บทบัญญัติของกฎหมายในต่างประเทศควรถูกนำมาพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาในส่วนที่ยังเป็นปัญหาและอุปสรรคต่อการบังคับใช้กฎหมายในประเทศไทย

คำสำคัญ: การพัฒนากฎหมาย, ข่มขืนกระทำชำเรา, โทษทางอาญา

Abstract

A comparative study and legal development of rape law is a qualitative analysis involving documentary research on the legal development of rape law in Thailand and its comparison to rape laws abroad. The rape laws in the United States of America, England, and the Commonwealth of Australia were studied and compared with Thai rape law. In-depth interviews and focus groups were conducted with personnel in the justice process in designated areas.

The results found that the legal development of rape law in Thailand has established that rape is an offense that must be punished under the Penal Code of the Kingdom of Siam R.S. 127 (A.D. 1908). Due to the obsolescence of these laws, revisions have been made. It was found that problems with sex offense laws must be addressed to clarify 1) the determination of the offense, 2) the amendment for heavier punishment, and 3) the definition of measures to deal with sex offenders. Additionally, a comparative study of rape laws in foreign countries should be undertaken to address problems and obstacles as well as to improve the Thai Penal Code.

Keywords: legal development, rape, punishment

1. บทนำ

ปัญหาอาชญากรรมทางเพศเป็นปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นในประเทศไทยมาอย่างยาวนานและแม้ว่าปัจจุบันจะมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาหลายครั้ง แต่ก็ยังไม่สามารถแก้ไขให้อาชญากรรมดังกล่าวลดลงได้ และในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) ได้มีการแก้ไขคำนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” โดยได้ยกเลิกข้อความที่มีการเขียนคำนิยามไว้ในมาตรา 276 และมาตรา 277 มาไว้ในมาตรา 1(18) และกำหนดความหมายว่า “การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” โดยสิ่งที่เปลี่ยนไปจากเดิม คือ การใช้สิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นใดของผู้กระทำล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ กลายเป็นความผิดอนาจารโดยการล่วงล้ำ ซึ่งเป็นบทที่ต้องทำให้รับโทษหนักขึ้นของการอนาจาร

หากพิจารณาในเชิงของข้อกฎหมายและการบังคับใช้ถึงแนวความคิดและองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานอนาจาร ความเป็นมาของประวัติศาสตร์ ของกฎหมายและสังคมวิทยากฎหมายในเรื่องการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศไทย และวิเคราะห์ผลกระทบจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ในส่วนของความผิดเกี่ยวกับเพศ การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) เป็นการล่วงละเมิดทางเพศ เป็นความผิดอาญา ซึ่งการข่มขืน หมายถึง การบังคับกระทำชำเรากับผู้อื่นโดยผู้อื่นไม่สมัครใจ ถ้าผู้อื่นยินยอมสมัครใจให้กระทำชำเราด้วย ก็ไม่เรียกว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา คงเป็นเพียงแต่การกระทำชำเรา หรือการมีเพศสัมพันธ์โดยสมัครใจที่ไม่มีความผิด เว้นแต่หากผู้ถูกกระทำเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี แม้เด็กยินยอม ผู้กระทำก็มีความผิด เพราะเด็กยังไม่อาจตัดสินใจเรื่องทางเพศได้ดี ความยินยอมของเด็กจึงไม่อาจเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้

ในอดีตการกระทำชำเราในความหมายว่า “การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” ลักษณะการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในอดีตกว้างขวางมาก มีได้ตั้งแต่ผู้กระทำโดยใช้อวัยวะเพศสอดใส่อวัยวะเพศผู้เสียหาย ไปจนถึงผู้กระทำใช้วัตถุอื่นใดสอดใส่อวัยวะเพศของผู้เสียหาย เป็นต้น ศาลฎีกาเคยตีความคำว่า “กระทำกับ” ที่ถือว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จ หมายถึง “การล่วงล้ำ” หรือ “การสอดใส่”¹ ดังนั้น การที่ผู้กระทำความผิดใช้อวัยวะเพศสัมผัสกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายโดยยังไม่มี การล่วงล้ำหรือสอดใส่ จึงยังไม่ถือว่าเป็นการ

¹คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555.

กระทำชำเราสำเร็จ อาจเป็นเพียงการพยายามข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารซึ่งโทษเบากว่า² ซึ่งความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายเดิม จะมีความสอดคล้องกับความหมายของข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายของหลายประเทศ และสอดคล้องหลักการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (General Principle of respect for human dignity)

นอกจากนี้ หากพิจารณาเรื่องความเสียหาย (Harm) การที่ผู้เสียหายถูกบังคับสอดใส่อวัยวะเพศหรือทวารหนัก ไม่ว่าด้วยสิ่งใดก็ตาม น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายที่เท่ากัน ไม่ถามองจากผู้เสียหายหรือมองจากสังคม แม้ว่าความผิดฐานอนาจารโดยการล่วงล้ำตามมาตรา 278 วรรคสอง จะกำหนดโทษเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ซึ่งน่าจะเป็นสิ่งที่สะท้อนความรุนแรงของทั้งสองความผิดให้เห็นว่าเท่ากันได้ แต่การถูกประณามจากสังคมยังคงต่างกันระหว่างข้อหา “ข่มขืนกระทำชำเรา” กับข้อหา “อนาจาร” เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6336/2557 วินิจฉัยว่า “การกระทำของจำเลย (ผู้ใหญ่) ที่ใช้ปากอมอวัยวะเพศของผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุ 12 ปี จากนั้นจำเลยจับอวัยวะเพศของผู้เสียหายใส่เข้าไปในทวารหนักของจำเลย ถือได้ว่าเป็นการใช้สิ่งอื่นใด กระทำกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสอง การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานกระทำชำเรา” พฤติกรรมดังกล่าวหากเป็นกฎหมายใหม่จะถูกลงโทษเพียงข้อหา “อนาจารเด็กโดยการล่วงล้ำ” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคสี่ ซึ่งข้อหาเบากว่าคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ทั้ง ๆ ที่การกระทำดังกล่าวเป็นภัยร้ายแรงต่อเด็ก

เมื่อศึกษาการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำชำเราเด็กแล้ว จะเห็นได้ว่าการกระทำที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเรานั้นเกิดขึ้นโดยใช้ทฤษฎีสามเหลี่ยมอาชญากรรม มาเป็นแนวทางในการศึกษา โดยทฤษฎีดังกล่าวมีหลักการว่าการเกิดอาชญากรรมได้จะต้องมีองค์ประกอบ 3 ประการ คือเหยื่อ (ผู้ถูกกระทำ) คนร้าย (ผู้กระทำ) และโอกาสที่เหมาะสม หากองค์ประกอบทั้ง 3 ประการไม่มีความเหมาะสมกันในด้านศักยภาพและเวลาแล้ว การกระทำความผิดหรืออาชญากรรมก็จะไม่เกิดขึ้นและไม่นำมาสู่การพิจารณาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำชำเราเด็กในส่วนของกฎหมายต่อไปซึ่งเมื่อเป็นไปตามทฤษฎีสามเหลี่ยมอาชญากรรมแล้วก็จะพบว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นทำให้จะต้องมีการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมในลำดับต่อมา

ภายหลังจากการกระทำความผิด มีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม คือ ทฤษฎีควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) และทฤษฎีกระบวนการยุติธรรม (Due Process) มาใช้ประกอบการศึกษา โดยทฤษฎีควบคุมอาชญากรรมจะเป็นการที่เจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจในการออกกฎหมายอาญาเพื่อปราบปรามอาชญากรรม ทั้งนี้ เพื่อเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยศีลธรรมอันดี

²ปกป้อง ศรีสนิท, การแก้ประมวลกฎหมายอาญา เรื่องเพศ : ความหมายใหม่และโทษของการข่มขืนกระทำชำเรา [Online]. Available URL: <https://www.the101.world/rape-in-thai-law/>, 2564 (พฤษภาคม, 5).

ของประชาชน ส่วนทฤษฎีกระบวนการยุติธรรมจะเป็นการคานการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐในการปราบปรามอาชญากรรม ซึ่งต้องกระทำไปโดยต้องมุ่งเน้นถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นหลัก โดยทั้งสองทฤษฎีนี้มีส่วนในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมในกระบวนการยุติธรรม โดยแต่ละหน่วยงานจะมุ่งเน้นไปในการยึดหลักนิติธรรม กล่าวคือ มุ่งเน้นในการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 278 เป็นต้น³

การกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจากอดีตถึงปัจจุบันที่เปลี่ยนไป เนื่องมาจากพฤติกรรมในการแสวงหาความพึงพอใจเหล่านั้นมีหลายรูปแบบมากขึ้นจนเป็นปัญหาสังคม อันส่งผลให้เกิดแนวความคิดในการบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราให้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ทั้งนี้ ความหมายของ “การกระทำชำเรา” ที่เปลี่ยนแปลงไปล้วนเป็นประเด็นสำคัญที่ควรจะนำมาศึกษาเปรียบเทียบและพัฒนากฎหมายการข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยกับต่างประเทศ เพื่อแสวงหาแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขให้มีความเหมาะสม และนำมาบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

2. วัตถุประสงค์การวิจัย

- 1) เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี ความเป็นมา และสาเหตุของการข่มขืนกระทำชำเรา
- 2) เพื่อศึกษาการพัฒนากฎหมายการข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทย
- 3) เพื่อศึกษาการเปรียบเทียบกฎหมายการข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทยและต่างประเทศ
- 4) เพื่อหาแนวทางของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการข่มขืนกระทำชำเราที่มีประสิทธิภาพ

3. ขอบเขตการวิจัย

การวิจัยนี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ โดยศึกษาจากเอกสารซึ่งเป็นข้อมูลทุติยภูมิที่ปรากฏในเอกสาร ตำรา หนังสือ บทความ และงานวิจัยที่เกี่ยวข้องทั้งในประเทศและต่างประเทศ คือ สหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และเครือรัฐออสเตรเลีย ประกอบกับการสัมภาษณ์เชิงลึกและการสนทนากลุ่มที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทย และการเปรียบเทียบกฎหมายการข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทยและต่างประเทศ

³อารีรัตน์ เลหาพล, *มาตรฐานในกระบวนการยุติธรรมไทย* [Online]. Available URL: http://elibrary.constitutionalcourt.or.th/document/documents/documents/IS4R_590450.pdf, 2564 (มิถุนายน, 1).

4. ผลการวิจัย

จากการวิเคราะห์ สังเคราะห์กฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเรา การสัมผัสเชิงลึก การสนทนากลุ่ม ตามขอบเขตของกลุ่มเป้าหมายที่กำหนดไว้ นั้น มีประเด็นดังนี้

4.1 การวิเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราและจุดแข็ง จุดอ่อน โอกาส และอุปสรรค ของกฎหมายการข่มขืนกระทำชำเรา

4.1.1 วิเคราะห์การพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเรา

โดยในอดีตได้มีการกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราหรือการกระทำชำเราเด็ก เป็นความผิดอาญาและมีโทษไว้ตั้งแต่มีกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ต่อมาในปี พ.ศ. 2482 ได้มีแนวคิดในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้เป็นระบบทำให้ต่อมามีการประกาศพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในลักษณะ 9⁴ และได้มีการพัฒนาการแก้ไขเพิ่มเติมในกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศจำนวน 7 ครั้ง⁵ จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนเนื้อหาของเนื้อหาและองค์ประกอบความผิดและบทลงโทษ รวมถึง บทบัญญัติอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เกิดการป้องกันอาชญากรรมทางเพศที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งมีสาระสำคัญในเรื่องต่าง ๆ คือ ในส่วนขององค์ประกอบความผิด จะมีการแก้ไข อายุของเด็ก เพศสภาพ คำนียาม ส่วนของอัตราโทษ จะมีการแก้ไขถ้อยคำของผู้ถูกระทำและการเพิ่มอัตราโทษสำหรับการข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำชำเราเด็ก แต่ว่าแม้จะมีการแก้ไของค์ประกอบความผิดและอัตราโทษให้มากขึ้น ก็ไม่อาจจะทำให้ผู้กระทำความผิดลดน้อยลงได้ จึงทำให้มีการแก้ไขบทบัญญัติในมาตราอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องตามมา เช่น แก้ไขเพิ่มเติมบทลงโทษที่ต้องทำให้รับโทษหนักขึ้น ในมาตรา 285 ที่กำหนดให้ผู้กระทำความผิดที่มีลักษณะมีอำนาจเหนือหรือเกี่ยวข้องกับผู้ถูกระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามของโทษที่กำหนดไว้ในมาตรานั้น และมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 285/2 ที่เพิ่มโทษที่ลงกับผู้กระทำความผิดที่ได้กระทำกับผู้ที่ไม่สามารถปกป้องตนเองได้อีกด้วย

4.1.2 วิเคราะห์จุดแข็ง จุดอ่อน โอกาส และอุปสรรคของกฎหมายข่มขืนกระทำชำเรา

จุดแข็ง คือ ประเทศไทยได้มีการออกกฎหมายเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดทางเพศ และมีหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมเป็นผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายในการดำเนินคดี

⁴คนพล จันทน์หอม, “วิเคราะห์กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127: ศึกษากระบวนการร่างกฎหมายและประเด็นความรับผิดชอบในทางอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 181-182.

⁵ครั้งที่ 1 ในปี พ.ศ. 2514 ครั้งที่ 2 ในปี พ.ศ. 2525 ครั้งที่ 3 ในปี พ.ศ. 2530 ครั้งที่ 4 ในปี พ.ศ. 2550 ครั้งที่ 5 ในปี พ.ศ. 2558 ครั้งที่ 6 ในปี พ.ศ. 2560 และครั้งที่ 7 ในปี พ.ศ. 2562.

กับผู้กระทำความผิด และยังได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอีกหลายครั้งให้มีความทันสมัยต่อสถานการณ์ในปัจจุบัน

จุดอ่อน คือ การที่ประเทศไทยได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาหลายครั้ง แต่ก็ยังมีการกระทำความผิดทางเพศจำนวนมากอยู่ ซึ่งเกิดจากการเปลี่ยนแปลงของสังคม คติบางอย่างเกิดขึ้นก็ไม่ได้มีผู้มาแจ้งความ ซึ่งอาจจะเกิดจากปัญหาหลายประการ คือ ผู้ถูกระทำไม่มีความรู้ว่าจะต้องมาแจ้งความ หรือผู้ถูกระทำเป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำ ซึ่งผู้ถูกระทำต้องพึ่งพาอาศัยผู้กระทำอยู่ การนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษอาจจะทำให้เกิดปัญหาอย่างอื่นตามมา

โอกาส คือ การที่ศึกษาจากปัญหาการกระทำความผิดทางเพศที่มีอยู่เดิมและปัญหาที่จะมีขึ้นในอนาคต และมาตรการทางกฎหมายที่มีการบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน จะนำมาสู่การพัฒนาและแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดในครอบครัว โรงเรียน ชุมชนและสังคม พร้อมจัดทำมาตรการเสริมรวมทั้งสร้างความเข้าใจ

อุปสรรค คือ ผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดทางเพศ นอกจากจะได้รับความเสียหายต่อร่างกายแล้ว การกระทำดังกล่าวยังกระทบต่อจิตใจอีกด้วย ยิ่งผู้ถูกระทำเป็นเด็กที่มีวุฒิภาวะน้อยก็ควรจะได้รับ ความคุ้มครองจากรัฐเป็นพิเศษ ในส่วนของกฎหมายป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดทางเพศแม้จะมีการกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดและเหตุที่จะต้องรับโทษหนักขึ้นแก่ผู้ข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำชำเราเด็ก แต่ถ้าหากไม่เข้าเหตุที่ต้องรับโทษหนักขึ้น ผู้กระทำก็เพียงรับโทษจำคุกมีกำหนดระยะเวลา และอาจจะมีการลดหย่อนผ่อนโทษได้ ทำให้มีอัตราโทษจำคุกที่ไม่สูง ผู้กระทำความผิดไม่เข็ดหลาบ เมื่อพ้นโทษแล้วก็ออกมากระทำความผิดซ้ำ ๆ ส่วนกรณีอัตราโทษที่รุนแรง เช่น ประหารชีวิตก็ต้องเข้าเหตุที่ต้องทำให้รับโทษหนักขึ้นเช่นกัน

4.2 วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา

จากการที่ได้ค้นคว้าเอกสารและทำการสัมภาษณ์เชิงลึกพบว่า ประเทศไทยได้มีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราหลายครั้ง แต่ก็ยังพบปัญหาเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราอยู่ในหลายประเด็นดังนี้

4.2.1 ประเด็นเรื่องการกำหนดคำนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” กับ “อนาจาร”

คำว่า “กระทำชำเรา” เดิมมิได้มีการกำหนดคำนิยามไว้โดยชัดแจ้ง ศาลฎีกาวินิจฉัยวางหลักคดีว่า การกระทำใดจะเป็นการกระทำชำเราหรือไม่นั้น พิจารณาว่าอวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงแล้วหรือไม่ ต่อมาได้มีการเพิ่มเติมคำนิยามในฐานความผิดว่า “การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” จึงทำให้ความหมายของคำว่า กระทำชำเรา ตามที่ศาลฎีกาเคยวางหลักไว้ไม่สามารถนำมาใช้ได้อีก

ต่อมาได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 มาตรา 3 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา 1(18) ว่า “กระทำชำเรา” หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ไวชัดเจนว่าต้องมีการล่วงล้ำ จึงทำให้องค์ประกอบความผิดของการกระทำชำเรามีความชัดเจนมีบทบัญญัติของกฎหมายว่าต้องมีการล่วงล้ำเข้าไปจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ แต่ถ้าหากพิจารณาโดยนัยของความหมายคำว่า ล่วงล้ำ อาจจะยังไม่ครอบคลุมไปถึงกรณีที่หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำระหว่างเพศหญิงกับเพศหญิง และยังเป็นกรณีที่เพศหญิงใช้อวัยวะเพศชายเทียมเป็นเครื่องมือประกอบการกระทำการล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของหญิงอื่นด้วย⁶

แต่จากการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ส่งผลให้การใช้วัตถุอื่นใดกระทำการกับอวัยวะเพศของผู้อื่น ไม่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราอีกต่อไป แต่จะถือเป็นเพียงการอนาจาร หรือกรณีชายรักชายและการล่วงละเมิดทางเพศในเด็กด้วยการใช้ปากกับทวารหนัก และการใช้ปากกับอวัยวะเพศของเด็กซึ่งเด็กได้รับความเสียหาย จะเห็นได้ว่า เป็นการละเลยในการคุ้มครองทางกฎหมายและละเลยสิทธิมนุษยชนของกลุ่มหลากหลายทางเพศ ทั้งที่องค์ประกอบในส่วนจิตใจ คือ เจตนาของผู้กระทำในทุกกรณีมีลักษณะเหมือนกันไม่ว่าจะเป็นเพศชาย หรือเพศหญิง อีกทั้งหากพิจารณาในมุมมองของผู้ถูกกระทำแล้วจะเห็นได้ว่า การถูกกระทำในทุกกรณีส่งผลในลักษณะเดียวกันไม่ว่าผู้ถูกกระทำจะเป็นเพศใด โดยเมื่อพิจารณาถึงสิทธิในร่างกายของแต่ละบุคคล นับว่าเป็นสิ่งที่แต่ละบุคคลให้ความรักและหวงแหนเป็นที่สุด เพราะสิทธิในร่างกายของบุคคลบางอย่างหากมีการสูญเสียไปแล้ว ย่อมไม่สามารถหาสิ่งอื่นมาทดแทนได้ ประกอบกับทุกคนล้วนมีจิตใจมีอารมณ์และความรู้สึกนึกคิด หากถูกละเมิดสิทธิในร่างกายแล้วย่อมสร้างความจำที่เจ็บปวดและฝังแน่นในจิตใจยากที่จะแก้ไขฟื้นฟูให้กลับคืนดังเดิมได้

นอกจากนั้น ยังบัญญัติว่าต้องเป็นกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยใช้ อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น โดยไม่ได้หมายความรวมถึง การใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมีใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ จึงเป็นการให้ความสำคัญกับการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำเป็นหลักซึ่งสอดคล้องกับธรรมชาติของการกระทำชำเรา ประเด็นนี้จะเห็นว่า ยังไม่มีความชัดเจนหรือครอบคลุมในเรื่องของอวัยวะเพศว่าจะหมายถึงเฉพาะอวัยวะเพศตามการเกิดเท่านั้น จะรวมอวัยวะเพศที่เกิดจากการผ่าตัดแปลงเพศด้วยหรือไม่ ดังนั้น เห็นว่าจึงควรกำหนดนิยามของคำว่าอวัยวะเพศไว้ด้วย โดยน่าจะกำหนดให้หมายถึงอวัยวะเพศโดยกำเนิดและอวัยวะเพศที่เกิดจากการผ่าตัดแปลงเพศ เนื่องจากปัจจุบันบุคคลที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศมีจำนวนมาก และอวัยวะ

⁶ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและภาคโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 201-202.

ที่เกิดจากการแปลงเพศมีความใกล้เคียงกับอวัยวะเพศโดยกำเนิด เนื่องจากวิวัฒนาการทางการแพทย์ที่ทันสมัยและมีประสิทธิภาพ และจากการศึกษากฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียก็ได้มีกฎหมายคุ้มครองการข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำต่ออวัยวะเพศที่มีการผ่าตัดแปลงเพศแล้วด้วย

ส่วนคำว่า “อนาจาร” ตามประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้ให้กำหนดคำนิยามไว้โดยชัดแจ้ง แต่จากการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาหลายฉบับ ดังนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7168/2562 คำว่า “อนาจาร” มีความหมายว่า การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ ซึ่งรวมถึงการแตะต้องเนื้อตัวร่างกายในทางไม่สมควร คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 759/2562 สำหรับการกระทำอนาจาร หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ เช่น กอดจูบ ลูบคลำ แตะต้องเนื้อตัวร่างกายในทางไม่สมควร คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547 คำว่า “อนาจาร” มีความหมายว่าเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวบุคคลที่ไม่สมควรทางเพศ ซึ่งมีได้หมายความเฉพาะการประเวณีหรือความใคร่เท่านั้น แต่รวมถึงการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย แต่อย่างไรก็ตาม มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12938/2558 วินิจฉัยว่า การที่จำเลยแอบติดตั้งกล้องบันทึกภาพไว้ที่ใต้โต๊ะทำงานของโจทก์ร่วม และบันทึกภาพสรีระร่างกายของโจทก์ร่วม ตั้งแต่ช่วงลิ้นปี่จนถึงอวัยวะช่วงขามองเห็นกระโปรงที่โจทก์ร่วมสวมใส่ ขาที่อ่อนล่ำและขาที่อ่อนบนของโจทก์ร่วม โดยที่กล้องบันทึกภาพมีแสงไฟสำหรับเพิ่มความสว่างเพื่อให้มองเห็นภาพบริเวณใต้กระโปรงของโจทก์ร่วมให้ชัดเจนยิ่งขึ้น การกระทำของจำเลยสื่อแสดงให้เห็นถึงความใคร่และกามารมณ์ โดยที่โจทก์ร่วมมิได้รู้เห็นหรือยินยอม อันเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อโจทก์ร่วม โดยโจทก์ร่วมตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ แม้จำเลยจะมีได้สัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของโจทก์ร่วมโดยตรง แต่การที่จำเลยใช้กล้องบันทึกภาพได้กระโปรงโจทก์ร่วมในระยะใกล้ชิด โดยโจทก์ร่วมไม่รู้ตัวย่อมรับฟังได้ว่า จำเลยได้กระทำโดยประสงค์ต่อผลอันไม่สมควรในทางเพศต่อโจทก์ร่วม

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า แม้จำเลยไม่ได้สัมผัสร่างกายผู้เสียหายแต่อย่างใด แต่ก็เป็นการกระทำอนาจารเช่นกัน จึงแสดงให้เห็นถึงการปรับใช้กฎหมายโดยคำนึงถึงสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปและความสงบสุขของสังคมเป็นสำคัญ

การที่ประมวลกฎหมายอาญาไม่กำหนดนิยามของคำว่าอนาจารไว้โดยชัดแจ้งนั้นทำให้เกิดปัญหาในการตีความ เนื่องจากในปัจจุบันผู้กระทำความผิดกระทำความผิดในหลากหลายรูปแบบไม่ว่าจะในการทำต่อเนื้อตัวร่างกาย หรือไม่สัมผัสเนื้อตัวร่างกายเลย เช่น แอบบันทึกภาพร่างกายผู้เสียหาย แก้วผ้าให้ผู้เสียหายดู ผู้ชายช่วยตัวเองให้ผู้เสียหายดู เป็นต้น ซึ่งผู้เสียหายอาจได้รับความอับอายหรือความรู้สึกกระทบกระเทือนฝังในจิตใจได้รับความเสียหายซึ่งอาจยากที่จะเยียวยา จากการไม่กำหนดนิยามให้ชัดเจนว่า กระทำอนาจารรวมถึงการกระทำไม่สมควรในทางเพศที่ไม่ทำต่อเนื้อตัวร่างกาย

4.2.2 ประเด็นองค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวกับหลักความยินยอม

การกระทำชำเราเด็กนั้นหมายถึง การกระทำชำเราเด็กที่อายุไม่เกิน 15 ปี ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ซึ่งการกระทำดังกล่าวย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 277 แต่

ผู้กระทำความผิดจะมีการอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงขององค์ประกอบความผิดในเรื่องอายุของเด็ก มาเป็นเหตุให้ศาลยกฟ้อง ทำให้มีการบัญญัติมาตรา 285/1 ที่กำหนดว่า การกระทำชำเราเด็กตาม มาตรา 277 หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจาก ความผิดนั้น ซึ่งนำไปใช้กับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 277 วรรคสอง แต่ไม่ได้นำไปใช้เป็นข้อห้าม สำหรับผู้กระทำความผิดที่กระทำชำเราเด็กที่อายุกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 277 วรรคหนึ่ง ทำให้เห็นว่า การกำหนดมาตรา 285/1 ไม่มีความสอดคล้องกับมาตรา 277 ที่มีองค์ประกอบที่ยกเว้น หลักความยินยอม เพื่อมุ่งหมายในการคุ้มครองเด็กและป้องกันและปราบปรามผู้กระทำชำเราเด็ก ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม การที่มาตรา 285/1 กำหนดเช่นนี้ย่อมเป็นช่องโหว่ของกฎหมาย ที่ผู้กระทำความผิดสามารถอ้างการสำคัญผิดเกี่ยวกับอายุของเด็ก กรณีที่เด็กอายุกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี เพื่อเป็นเหตุให้ศาลยกฟ้องได้เนื่องจากขาดองค์ประกอบความผิดได้

จากที่กล่าวมาทำให้เห็นว่า มาตรา 285/1 ไม่ได้กำหนดการห้ามอ้างความไม่รู้ อายุของเด็กที่อายุกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 277 วรรคหนึ่ง ซึ่งไม่สอดคล้องกับ องค์ประกอบความผิดของกฎหมายที่มุ่งหมายจะลงโทษผู้กระทำชำเราเด็ก ไม่ว่าเด็กนั้นจะให้ความ ยินยอมหรือไม่ก็ตาม

4.2.3 ประเด็นปัญหาการกำหนดบทลงโทษที่ต้องทำให้รับโทษหนักขึ้น กรณีที่ผู้เสียหาย อยู่ในความปกครองของพ่อเลี้ยง หรือการคุ้มครองของผู้กระทำผิด กรณีครูกับนักเรียน

จากตัวอย่างที่เกิดขึ้นกรณีที่เด็กถูกพ่อเลี้ยงกระทำชำเราในห้องน้ำ ในขณะที่แม่ไม่อยู่ ซึ่งพ่อเลี้ยงไม่ใช่บุคลากรโดยตรงที่ศาลต้องระวางโทษหนักขึ้นตาม มาตรา 285 ได้ โดยฐานะบุพการี หากจะลงโทษหนักขึ้นต้องปรากฏว่าเด็กเป็นผู้ที่อยู่ในความปกครองของพ่อเลี้ยง หรืออยู่ภายใต้อำนาจ ด้วยประการใด พ่อเลี้ยงถึงจะต้องระวางโทษหนักขึ้นตาม มาตรา 285 ได้ แต่หากผู้กระทำผิดต่อผู้ว่า เด็กไม่ได้อยู่ในอำนาจปกครอง และแม่ของเด็กก็เบิกความช่วยเหลือว่าพ่อเลี้ยงไม่ได้ปกครองดูแล กรณีนี้ จะไม่สามารถเป็นเหตุที่จะขอให้ศาลลงโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285 ได้เลย ทั้ง ๆ ที่พ่อเลี้ยงนั้นดูแล ปกครองและอาศัยโอกาสนั้นกระทำความผิด ซึ่งพ่อเลี้ยงเป็นผู้ที่มีโอกาสกระทำความผิดมากกว่า คนทั่ว ๆ ไป

ส่วนกรณีที่ผู้เสียหายอยู่ในการคุ้มครองของผู้กระทำผิด กรณีครู-นักเรียน ทั้งนี้ ศาลฎีกาวางหลักไว้ว่า “การกระทำต่อศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ต้องระวางโทษหนักขึ้น 1 ใน 3 ตามมาตรา 285 นั้น ครูบาอาจารย์ที่มีหน้าที่ดูแล ปกป้องคุ้มครองรักษาตัวศิษย์ ต้องกระทำต่อศิษย์ ระหว่างที่มีหน้าที่” จึงจะเข้าตามหลักเกณฑ์ จึงเกิดช่องว่างหากผู้กระทำผิดไม่เคยสอนผู้เสียหาย ไม่ได้เป็นครูประจำชั้น หรือช่วงที่เกิดเหตุไม่ใช่ช่วงในเวลาเรียน

จะเห็นได้ว่า หากมีผู้กระทำความผิดทั้ง 2 กรณี กล่าวคือ พ่อเลี้ยงที่ไม่ได้ปกครอง ดูแลเด็ก กับครูที่ไม่ได้เคยสอน ไม่ได้เป็นครูประจำชั้น ก็จะไม่เข้าเหตุที่ทำให้รับโทษหนักขึ้นทั้งนี้

ฐานะของบุคคลดังกล่าวมีลักษณะเช่นเดียวกับผู้ปกครองดูแล หรือครู แต่เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่จะต้องตีความโดยเคร่งครัด ทำให้กรณีดังกล่าวเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นอันเกิดจากช่องว่างของกฎหมาย

4.3 การเปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทยและต่างประเทศ

จากการศึกษาวิจัยเอกสารที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายข่มขืนกระทำชำเราของต่างประเทศ ทำให้คณะผู้วิจัยได้ทราบกฎหมายเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราของสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ เครือรัฐออสเตรเลีย ซึ่งสามารถเปรียบเทียบกฎหมาย โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.3.1 คำนิยามของคำว่า การข่มขืนกระทำชำเรา และการอนาจาร

สำหรับประเทศไทยได้มีการกำหนดคำนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ไว้ในมาตรา 1(18) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ส่วนสหรัฐอเมริกา การข่มขืนกระทำชำเรา หมายถึง การมีเพศสัมพันธ์ทางอวัยวะเพศหรือทางทวารหนัก ต่อมาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ถูกขยายความให้รวมถึงการสัมผัสระหว่างปากและทวารหนัก ปากและอวัยวะเพศชาย ปากและอวัยวะเพศหญิง หรือระหว่างอวัยวะเพศชายและหญิง หรืออวัยวะเพศชายและทวารหนัก หรือระหว่างทวารหนักหรืออวัยวะเพศหญิงกับสิ่งประดิษฐ์เทียมอื่น ๆ ตามประมวลกฎหมายอาญาด้านแบบ ค.ศ. 1962 (Model Penal Code 1962) มาตรา 213.0 และประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา (United States Code : U.S.C.) มาตรา 2246(2)⁷ ส่วนประเทศอังกฤษ คำว่า ข่มขืนกระทำชำเรา หมายถึง การที่ผู้กระทำล่วงล้ำไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือปากของบุคคลอื่นด้วยองคชาติอันเป็นการกระทำโดยเจตนา โดยที่ผู้ถูกกระทำไม่ยินยอม ส่วนเครือรัฐออสเตรเลีย เดิมใช้คำว่า การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) แต่ต่อมาเปลี่ยนมาใช้คำว่า การประทุษร้ายทางเพศ (Sexual assault) มาใช้แทน เนื่องจากต้องการเน้นให้เห็นถึงการกระทำความผิดทางเพศที่เป็นการกระทำที่มีความรุนแรง ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะพิจารณาถึงการล่วงล้ำ โดยไม่ได้ระบุว่าการล่วงล้ำจะเป็นอวัยวะ หรือวัตถุอื่นใด ก็จะเข้าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จะพิจารณาจากการกระทำที่มีการล่วงล้ำ โดยไม่มีการระบุเพศของผู้ถูกกระทำชำเรา

ส่วนคำว่า อนาจารนั้น ประเทศไทยไม่ได้การกำหนดคำว่า “อนาจาร” ไว้ในกฎหมาย แต่มีการกำหนดความหมายไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกา ส่วนสหรัฐอเมริกา การกระทำที่จะเป็นความผิด

⁷พรณนิภา ปราบปราม, “มาตรการบังคับทางอาญาที่เหมาะสม ศึกษากรณีการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2563), หน้า 44.

ฐานอนาจาร หมายถึง บุคคลใดสัมผัสทางเพศต่อผู้อื่นซึ่งมิใช่คู่สมรส หรือกระทำการอื่นใดที่จะนำไปสู่การสัมผัสทางเพศ ส่วนการสัมผัสทางเพศ คือ การสัมผัสทุก ๆ รูปแบบทางเพศ หรือการใกล้ชิดส่วนหนึ่งส่วนใดของบุคคลอื่น เพื่อจุดประสงค์ในการกระตุ้นหรือทำให้เกิดความพึงพอใจทางเพศ ประเทศอังกฤษได้ให้ความหมายของการประทุษร้ายทางเพศโดยการสัมผัส (Sexual Assault) โดยการสัมผัสมีความหมายอย่างกว้างโดยตีความให้หมายถึง การสัมผัสโดยบุคคลอื่นโดยใช้ส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายหรือสิ่งอื่นใดในการสัมผัส ทั้งนี้ แม้เป็นการสัมผัส โดยผ่านเสื้อผ้า แต่หากเป็นไปเพื่อประโยชน์ทางเพศก็เป็นความผิดฐานอนาจารแล้ว ส่วนเครือรัฐออสเตรเลีย คำว่า “อนาจาร” ไม่มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายกลาง

จากความหมายของการกระทำชำเราของสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษกับประเทศไทย จะเห็นได้ว่า ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราของสหรัฐอเมริกามีขอบเขตกว้างกว่าการให้ความหมายคำนิยามคำว่าข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทย กล่าวคือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของสหรัฐอเมริกาได้ถูกขยายความให้รวมถึงการสัมผัสระหว่างปากและทวารหนัก ปากและอวัยวะเพศชาย ปากและอวัยวะเพศหญิง หรือระหว่างอวัยวะเพศชายและหญิง หรืออวัยวะเพศชายและทวารหนัก หรือระหว่างทวารหนักหรืออวัยวะเพศหญิงกับสิ่งประดิษฐ์เทียมอื่น ๆ ด้วย อีกทั้งยังมีการให้ความหมายของการกระทำชำเราเบี่ยงเบนไว้ว่าหมายถึง การกระทำชำเราทางปากหรือทางทวารหนักระหว่างชายหรือหญิง ซึ่งมีใช้สามีหรือภริยา และหมายถึงการร่วมเพศกับสัตว์ด้วย ในขณะที่ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยจะจำกัดเฉพาะการร่วมประเวณีตามธรรมชาติจึงเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่หากเป็นกรณีการร่วมประเวณีผิดปกติธรรมชาติ กล่าวคือ การกระทำที่ใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นใด เช่น นิ้วมือ หรืออวัยวะเทียม หรือใช้ลิ้นเลียอวัยวะเพศหญิง (Cunnilingus) หรือที่มีใช้อวัยวะเพศล่ออวัยวะเพศหรือทวารหนัก เป็นความผิดเพียงฐานกระทำอนาจารโดยการล่อล่อเท่านั้น ไม่ใช่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ส่วนประเทศอังกฤษมีการกำหนดความหมายคล้ายคลึงกับประเทศไทย

4.3.2 ฐานความผิดและบทบัญญัติที่ต้องทำให้รับโทษหนักขึ้น

การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและบทบัญญัติที่ต้องรับโทษที่หนักขึ้นนั้น ประเทศไทยได้มีการกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศไว้หลายฐาน ได้แก่ 1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา 2) ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก 3) ความผิดฐานอนาจาร 4) ความผิดฐานอนาจารเด็ก 5) ความผิดฐานกระทำการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการล่วงละเมิดทางเพศ 6) การกระทำความผิดเป็นการกระทำแก่บุพการี ผู้สืบสันดาน พี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ญาติสืบสายโลหิต ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล หรือผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด ส่วนสหรัฐอเมริกาได้กำหนดความผิดอาญาไว้ ได้แก่ 1) การกระทำโดยมิชอบทางเพศโดยมีเหตุฉกรรจ์ 2) การล่วงละเมิดทางเพศ 3) การล่วงละเมิดต่อผู้เยาว์หรือบุคคลที่อยู่ในความปกครอง 4) การล่วงละเมิด

ทางเพศโดยการข่มเหง ส่วนประเทศอังกฤษได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับการกระทำทางเพศ ได้แก่ 1) การข่มขืนกระทำชำเรา 2) การขืนใจโดยการล่อลวงไปในช่องคลอดของหญิงหรือทวารหนักของบุคคลอื่น โดยไม่ได้ใช้อวัยวะเพศ แต่ใช้ส่วนอื่นใดของร่างกายหรือสิ่งของแทนอวัยวะเพศ 3) การประทุษร้ายทางเพศ โดยการสัมผัส 4) การก่อให้บุคคลอื่นเข้าไปมีส่วนในกิจกรรมทางเพศ โดยปราศจากความยินยอม ทั้งนี้ ความผิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กโดยอาศัยเกณฑ์อายุของเด็กมาใช้ในการแบ่ง คือ (1) ความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี (2) ความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี (3) ความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี⁸ และเครือรัฐออสเตรเลีย มีการกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับเพศ ได้แก่ การกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กและผู้เยาว์ 1) การกระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก โดยผู้กระทำความผิดเป็นสมาชิกในครอบครัว 2) การกระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก โดยผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่มีสถานะน่าไว้วางใจหรือผู้มีอำนาจปกครอง

จากการกำหนดฐานความผิดและบทที่ต้องทำให้รับโทษหนักขึ้น จะเห็นได้ว่า มีการกำหนดแตกต่างกันไปตามบริบทของแต่ละประเทศ เช่น ในเรื่องขององค์ประกอบความผิดในเรื่องของอายุผู้ถูกกระทำว่าเป็นอายุเท่าใด สำหรับในเรื่องบทที่ต้องทำให้รับโทษหนักขึ้นนั้น ก็มีการกำหนดไว้เช่นเดียวกันกับประเทศไทย เช่น ในเครือรัฐออสเตรเลีย หากการข่มขืนกระทำชำเราเด็กหรือผู้เยาว์เป็นการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กโดยผู้กระทำความผิดเป็นสมาชิกในครอบครัว การกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กโดยผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่มีสถานะน่าไว้วางใจหรือผู้มีอำนาจปกครอง ก็จะมีโทษที่ได้รับหนักขึ้น แต่เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยแล้วจะเห็นว่า บทบัญญัติที่ต้องทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้น จะใช้คำว่า “เป็นการกระทำความผิด.....” ซึ่งหมายถึง บุคคลใดที่กฎหมายให้ความคุ้มครองแต่ของเครือรัฐออสเตรเลีย จะใช้ถ้อยคำว่า “กระทำต่อเด็กโดยผู้กระทำความผิดเป็น.....” ซึ่งหมายถึง บุคคลใดที่จะมีการระบุไว้หากกระทำต่อเด็กก็จะต้องรับโทษหนักขึ้น ซึ่งเห็นได้ว่า กฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียในส่วนของบทบัญญัติที่จะต้องทำให้รับโทษหนักขึ้นนี้ให้ความคุ้มครองกว้างกว่ากฎหมายของประเทศไทย

นอกจากนี้ คณะผู้วิจัยยังพบว่า จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายในแต่ละประเทศ ทำให้เห็นข้อดีในประเด็นต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

ประการแรก การไม่จำกัดเพศของอวัยวะที่ถูกล่อลวงของสหรัฐอเมริกา และการที่กฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียเองก็ไม่ได้จำกัดเพศของอวัยวะที่ถูกล่อลวง อีกทั้งยังให้การคุ้มครองอวัยวะเพศที่ถูกล่อลวงอันเป็นอวัยวะเพศที่ได้รับการผ่าตัดดัดแปลงกรรม ทำให้กฎหมายของสหรัฐอเมริกา

⁸The Crown Prosecution Service, Legal Guidance, Sexual offence, **Rape and Sexual Offences - Chapter 7: Key Legislation and Offences** [Online], available URL: <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/rape-and-sexual-offences-chapter-7-key-legislation-and-offences>, 2021 (November, 2).

และเครือรัฐออสเตรเลียส่งผลดีในแง่การคุ้มครองผู้เสียหายได้ครอบคลุมทุกเพศสภาพและเหมาะสมกับวิวัฒนาการบริบทของโลกที่เปลี่ยนแปลงไป

ประการที่สอง การที่กฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียได้กำหนดบุคคลที่เป็นผู้กระทำความผิดต่อเด็กโดยผู้มีส่วนเกี่ยวข้องหรือผู้มีอำนาจปกครองอาจเป็นผู้ปกครอง อาจารย์ ผู้นำทางศาสนา แพทย์ นายจ้าง โค้ชสอนกีฬา ซึ่งการกำหนดบุคคลมีข้อดีคือ ครอบคลุมการกระทำผิดมากกว่ากฎหมายของประเทศไทย

ประการที่สาม การที่กฎหมายของประเทศอังกฤษได้กำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารกับเด็กเกี่ยวกับเรื่องเพศ (Sexual Communications with a child) ความผิดตามมาตรานี้สำเร็จได้เมื่อมีการติดต่อกับเด็กไม่ว่าโดยการออนไลน์ เช่น อีเมล การส่งข้อความ หรือการใช้คำพูดสนทนากับเด็กก็ตาม หากว่าส่วนใดส่วนหนึ่งของข้อความหรือการสนทนาที่เกี่ยวกับกิจกรรมทางเพศหรือมีการกระทำใดที่แสดงออกถึงการการสนองความพึงพอใจทางเพศของผู้พูดก็จะเป็นความผิดตามมาตรานี้ อีกทั้งความผิดตามมาตรานี้ยังได้ขยายอำนาจในการดำเนินคดีหากมีการกระทำผิดที่เกิดขึ้นภายนอกกรรฐอีกด้วย โดยมีลงโทษตามมาตรานี้คือ จำคุกสูงสุดไม่เกิน 2 ปี ซึ่งถือว่าเป็นข้อดีในการคุ้มครองเด็กกรณีถูกล่อลวงทางเพศที่ปัจจุบันมักพบบ่อยทางออนไลน์ โดยตามกฎหมายกำหนดให้การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดด้วยแม้ว่าเป็นการกระทำความผิดนอกประเทศอังกฤษ

5. บทสรุป

จากสภาพสังคมและการพัฒนาทางเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้มีผู้กระทำความผิดทางเพศเพิ่มมากขึ้น แม้ว่าจะมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดหลายครั้ง จนกระทั่งการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุด ในปี พ.ศ. 2562 มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 27 โดยมีการแก้ไขในเรื่อง คำนียามคำว่า กระทำชำเราเสียใหม่ และแยกเป็นการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และการร่วมประเวณีผิดปกติธรรมชาติ กล่าวคือ การกระทำที่ใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นใดที่มีใช่อวัยวะเพศล่อล่ออวัยวะเพศหรือทวารหนัก เป็นความผิดฐานอนาจารโดยการล่อล่อ การกระทำความผิดที่บันทึกภาพหรือเสียง การกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจาร การกำหนดกระทำความผิดที่เป็นความผิดอันยอมความได้

แต่ในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาที่กล่าวมา พบว่า ในปัจจุบันองค์ประกอบความผิดที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญายังมีไม่ครอบคลุมลักษณะการกระทำที่เป็นอาชญากรรมที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศ และจากการแก้ไขเพิ่มเติมคำนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” ทำให้จากเดิม การกระทำความผิดการข่มขืนกระทำชำเราหรือการกระทำชำเราเด็กจะเป็นความผิดตามมาตรา 276 หรือมาตรา 277 แต่การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา

ฉบับที่ 27 ทำให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายที่แตกต่างไปจากเดิม ส่งผลให้บทบัญญัติที่มีอยู่เดิมใน มาตรา 276 และมาตรา 277 ไม่ได้นำไปใช้บังคับกับการกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำตามมาตรา 278 และมาตรา 279 ด้วย ทำให้เกิดปัญหาตามมาหลายประการ โดยแยกออกเป็นประเด็น เช่น การกำหนดคำนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” กับ “อนาจาร” การกำหนดบทลงโทษที่ต้องทำให้รับโทษหนักขึ้น กรณีที่ผู้เสียหายอยู่ในความปกครองของพ่อเลี้ยง หรือการคุ้มครองของผู้กระทำผิด กรณีครูกับนักเรียน

จากการกำหนดความผิดที่เกี่ยวกับการกระทำผิดทางเพศของประเทศไทยพบว่า มีหลายประเทศที่มีการกำหนดเหมือนและแตกต่างไปจากของประเทศไทย ซึ่งเป็นไปตามบริบทของประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา มีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการกระทำผิดทางเพศไว้ในประมวลกฎหมายอาญาดั้งเดิม ค.ศ. 1962 ไว้สำหรับให้แต่ละมลรัฐนำไปปรับใช้ตามความเหมาะสม และมีประมวลกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกาที่กำหนดไว้ใช้สำหรับรัฐบาลกลาง ส่วนประเทศอังกฤษ มีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 ส่วนเครือรัฐออสเตรเลีย ในแต่ละมลรัฐมีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับกระทำผิดทางเพศไว้ในประมวลกฎหมายอาญา หรือพระราชบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา จากการกระทำความผิดที่กำหนดไว้ในทั้งสามประเทศพบว่ากฎหมายของแต่ละประเทศ การกำหนดสาระสำคัญของการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศแบ่งออกเป็นฐานความผิด โดยแบ่งเป็น การกำหนดคำนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” จะมีการกำหนดคล้ายกับการกำหนดคำนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” ของประเทศไทยที่แก้ไขใหม่ ส่วนการกระทำที่มีลักษณะการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำชำเรา จะเป็นการแบ่งออกเป็นกระทำต่อเด็กและผู้ใหญ่ และมีบทกำหนดโทษที่ต้องให้รับโทษหนักขึ้น เช่นเดียวกัน แต่มีการกำหนดอายุของเด็ก และกำหนดบทที่ต้องโทษรับโทษหนักขึ้น แตกต่างกันไป ตามบริบทของแต่ละประเทศ

6. ข้อเสนอแนะ

จากการที่ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับกระทำความผิดทางเพศมาหลายครั้ง พบว่ายังไม่สามารถป้องกันการกระทำที่มีลักษณะจะเป็นการกระทำความผิดทางเพศได้ และไม่สามารถปราบปรามอาชญากรรมที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศให้ลดลงได้ จึงเสนอแนะให้มีการแก้ไขกฎหมายและจัดทำแนวปฏิบัติสำหรับผู้กระทำที่จะกระทำความผิดให้ทราบถึงกฎหมายและบทลงโทษที่จะต้องได้รับ ดังนี้

6.1 เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (19) ของมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

เพิ่มเติมคำนิยามของคำว่า “อนาจาร” ให้ชัดเจน และครอบคลุมลักษณะการกระทำความผิด ที่เป็นการไม่สมควรในทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่อร่างกายหรือจิตใจ

มาตรา 1(19) กระทำอนาจาร หมายถึง การกระทำด้วยประการใด ๆ ที่ไม่สมควรในทางเพศ หรือโดยเจตนาจะล่วงเกินทางเพศ

6.2 เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (20) ของมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

เพิ่มเติมคำนิยามของคำว่า “อวัยวะเพศ” ให้ชัดเจนและครอบคลุมลักษณะการกระทำ ความผิดที่มีหลากหลายรูปแบบอันเนื่องมาจากการพัฒนาทางการแพทย์

มาตรา 1(20) “อวัยวะเพศ หมายถึง อวัยวะเพศโดยกำเนิดหรืออวัยวะเพศที่เกิดจากการผ่าตัดแปลงเพศด้วย”

6.3 แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 285/1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

เห็นควรปรับปรุงอายุของเด็กที่เป็นผู้ถูกกระทำความผิด ให้ไม่สามารถอ้างความไม่รู้อายุ ของเด็กได้ถึงเด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี ด้วย

มาตรา 285/1 “การกระทำความผิดตามมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรคสาม และมาตรา 283 ทวิ วรรคสอง หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น”

6.4 แก้ไขเพิ่มเติมข้อความต่อไปนี้ในมาตรา 285(8)(9) และ (10) แห่งประมวลกฎหมายอาญา

เห็นควรปรับปรุงบุคคลที่กระทำความผิดที่จะต้องได้รับโทษหนักขึ้น เนื่องจากสภาพครอบครัว หรือสภาพสังคมที่เป็นเปลี่ยนแปลงไป จากครอบครัวที่มีบิดามารดา และบุตร กลายมาเป็นชายหรือ หญิงที่อยู่กินฉันสามีภรรยา แต่ไม่ได้มีการจดทะเบียนสมรส หรือในกรณีที่ชายหรือหญิงอยู่กินฉันสามี ภรรยาแต่มีบุตรอยู่ก่อนแล้วมาอยู่ด้วยกัน หรืออยู่กินในรูปแบบอื่น ๆ เช่น ชายอยู่กินกับชาย หรือหญิง อยู่กินกับหญิง และเนื่องจากผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจในการลงมือกระทำความผิด ไม่ว่าจะเป็นโดยอาศัยความเป็นคนใกล้ชิด คนรู้จัก หรือโดยอาศัยอำนาจของผู้กระทำที่มีต่อผู้ถูกกระทำ เป็นเครื่องมือในการลงมือกระทำความผิด ซึ่งผู้เสียหายที่อยู่ในภาวะเช่นนั้นย่อมขาดความระมัดระวัง อีกทั้งยังเป็นการซ้ำเติมผู้เสียหายที่ตกเป็นเหยื่อโดยไม่รู้ตัว ดังนั้น จึงควรกำหนดให้คุ้มครองรวมถึง ผู้ที่อยู่ในครอบครัว ผู้ที่อยู่กินฉันสามีภรรยา และผู้ให้ความไว้วางใจอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ใกล้ชิดด้วย

มาตรา 285 ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตรี มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่บุคคล ดังต่อไปนี้

- (1) บุพการี
- (2) ผู้สืบสันดาน
- (3) พี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา

- (4) ญาติสืบสายโลหิต
 - (5) ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล
 - (6) ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ
 - (7) ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล
 - (8) ผู้ที่อยู่ในครอบครัว
 - (9) ผู้ที่อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา
 - (10) ผู้ให้ความไว้วางใจอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ใกล้ชิด
 - (11) ผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด
- ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม

6.5 แก้ไขเพิ่มเติมความต่อไปนี้ในมาตรา 278 วรรคห้า แห่งประมวลกฎหมายอาญา

เนื่องจากการแก้ไขคำนิยามคำว่า “กระทำความผิด” ตามมาตรา 1(18) ใหม่ ในปี พ.ศ. 2562 ทำให้การกระทำความผิดในความผิดมาตรา 276 และมาตรา 277 นั้น มุ่งเฉพาะความผิดที่กระทำโดยอวัยวะเพศเท่านั้น ไม่รวมถึงการใช้อวัยวะอื่นใดที่มีใช้อวัยวะเพศกับวัตถุอื่นใด ทำให้ในความผิดที่มีการใช้อวัยวะอื่นใดที่มีใช้อวัยวะเพศกับวัตถุอื่นใด ถือเป็นการกระทำความผิดโดยการอนาจารโดยการล่วงล้ำแทนซึ่งบทบัญญัติดังกล่าว ไม่ได้มีการบัญญัติในเรื่องการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสไว้ จึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมโดยนำข้อความดังกล่าวมาบัญญัติเป็นวรรคห้า

มาตรา 278 วรรคห้า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสอง เป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส และคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกและคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่าให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

6.6 แก้ไขเพิ่มเติมข้อความต่อไปนี้ในมาตรา 279 วรรคเจ็ดและวรรคแปด แห่งประมวลกฎหมายอาญา

เนื่องจากการแก้ไขคำนิยามคำว่า “กระทำความผิด” ตามมาตรา 1(18) ใหม่ ในปี พ.ศ. 2562 ทำให้การกระทำความผิดเด็กในความผิดมาตรา 277 นั้น มุ่งเฉพาะความผิดที่กระทำโดยอวัยวะเพศเท่านั้น ไม่รวมถึงการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมีใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำ ทำให้ในความผิดที่มีการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมีใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำ ถือเป็นการกระทำความผิดโดยการอนาจารโดยการล่วงล้ำแทนซึ่งบทบัญญัติดังกล่าว ไม่ได้มีการบัญญัติในเรื่องการคุ้มครองผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กไว้ดังเช่นมาตรา 277 เดิม จึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมโดยนำข้อความดังกล่าวมาบัญญัติเป็นวรรคเจ็ดและแปด

มาตรา 279 วรรคเจ็ดและวรรคแปด “ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคสี่ ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวจะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแทนการลงโทษก็ได้ ในการพิจารณาของศาล ให้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิดและเด็กผู้ถูกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกระทำ หรือเหตุอื่นอันควรเพื่อประโยชน์ของเด็กผู้ถูกระทำด้วย

ในกรณีที่ได้มีการดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กแล้ว ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ แต่ถ้าการคุ้มครองสวัสดิภาพดังกล่าวไม่สำเร็จ ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ในการพิจารณาของศาล ให้คำนึงถึงเหตุตามวรรคเจ็ดด้วย”

บรรณานุกรม

- หอสมุดรัฐสภา. รายงานของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาศึกษาแนวทางป้องกันและแก้ไขปัญหาการข่มขืนกระทำชำเราและการล่วงละเมิดทางเพศ สภาผู้แทนราษฎร เรื่อง แนวทางป้องกันและแก้ไขปัญหาการข่มขืนกระทำชำเราและการล่วงละเมิดทางเพศ [Online]. Available URL: <https://library.parliament.go.th/th/house-representatives-documents>, 2564 (พฤษภาคม, 1).
- คณพล จันทน์หอม. “วิเคราะห์กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 : ศึกษากระบวนการร่างกฎหมายและประเด็นความรับผิดชอบในทางอาญา.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.
- ฐิติพร เหล่าอิสริยกุล. “ความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2561.
- ณัฐวรรณ ดวงกังไต้. “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษาขอบเขตของการให้ความยินยอมโดยผู้เสียหาย.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2558.
- ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและภาคลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 16 กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.
- ปรีนดา เวทพิสัย. “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ศึกษาองค์ประกอบความผิดกรณีผู้ถูกกระทำ.” สารนิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- พรธนิภา ปราบปราม. “มาตรการบังคับทางอาญาที่เหมาะสม ศึกษากรณีการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศ.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2563.
- วีระวัฒน์ ปวรอาจารย์. ร่วมคำบรรยาย ภาคหนึ่ง สมัยที่ 74 ปีการศึกษา 2564 เล่ม 16. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมกฎหมายเนติบัณฑิตยสภา, 2564.
- สุชมา อรุณจิต และวุฒิพล มั่นเหมาะ. ปัญหาการเกิดอาชญากรรมทางเพศและแนวทางป้องกันอาชญากรรมทางเพศตามทฤษฎีสามเหลี่ยมอาชญากรรม [Online]. Available URL: <https://so02.tci-thaijo.org/index.php/forensic/article/download/185415/130386/>, 2564 (สิงหาคม, 19).

- อร จันทนอรพินท์. “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดเหตุฉกรรจ์ ในการกระทำความผิดทางเพศ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ศึกษากรณีเป็นการกระทำแก่สมาชิกในครอบครัว.”
วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2562.
- Aeizona State Legislature. **Title 13 - Criminal Code** [Online]. Available URL: <https://www.azleg.gov/arsDetail/?title=13>, 2021 (November, 9).
- California Legislative Information. **California Penal Code** [Online]. Available URL: <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codesTOCSelected.xhtml?tocCode=PEN>, 2021 (November, 9).
- Illinois Gerneral Assembly. **Criminal Offense (720 ILCS 5/) Criminal Code of 2012** [Online]. Available URL: <https://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ChapterID=53&ActID=1876>, 2021 (November, 9).
- New York State Senate. **New York Penal Code** [Online]. Available URL: <https://www.nysenate.gov/legislation/laws/PEN/P3THA130>, 2021 (November, 9).

