

ความผิดเกี่ยวกับเพศ: กรณีศึกษาปัญหาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา¹

ภัทธิตา รัตนภิญโญทิพย์²

จากการศึกษาความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณีศึกษาปัญหาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงประวัติความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และหลักการทั่วไปเกี่ยวกับหลักการตีความกฎหมายอาญา และหลักการกำหนดอัตราโทษของกฎหมายอาญา และเนื่องจากประมวลกฎหมายอาญา ได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 แก้ไขเพิ่มเติมความผิดเกี่ยวกับเพศ ในการแก้ไขครั้งนี้ได้มีการเปลี่ยนแปลงในหลักการหลายเรื่อง โดยได้มีการยกเลิกบทนิยามของการกระทำชำเราในมาตรา 276 วรรคสอง และมาตรา 277 วรรคสอง และได้มีการบัญญัตินิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” ขึ้นใหม่ไว้ในมาตรา 1(18) การกระทำชำเราจึงหมายความว่า “กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” จะเห็นได้ว่าการกระทำชำเราตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่นี้มีความหมายที่แคบลงกว่ากฎหมายเดิม ตามกฎหมายใหม่จะถือเป็นการกระทำชำเราต่อเมื่อผู้กระทำได้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นเท่านั้น ในขณะที่กฎหมายเดิมการกระทำชำเรายังรวมถึงการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นด้วย จึงเป็นการจำกัดขอบเขตของนิยามการกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่ให้แคบลง การแก้ไขกฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีความชัดเจนและสอดคล้องกับลักษณะของการกระทำชำเราตามธรรมชาติ ส่วนการกระทำชำเราที่ผิดธรรมชาติหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ได้ถูกย้ายไปเป็นเหตุฉกรรจ์ของความผิดฐานอนาจาร หรือที่เรียกว่าความผิดฐานอนาจารโดยการล่วงล้ำ เช่นนี้จะเห็นได้ว่าการแก้กฎหมายในครั้งนี้มีลักษณะไม่สอดคล้องกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ไม่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาค และการห้ามเลือกปฏิบัติ เนื่องจากปัจจุบันที่มีการให้การยอมรับในเรื่องความหลากหลายทางเพศ และรสนิยมทางเพศที่หลากหลาย กฎหมายจึงควรคุ้มครองผู้เสียหายทั้งการกระทำชำเราตามธรรมชาติ และผิดธรรมชาติ แม้กฎหมายที่แก้ไขใหม่นี้จะได้กำหนดอัตราโทษของการกระทำชำเราและการอนาจารโดยการล่วงล้ำไว้เท่ากันทุกประการก็ตาม โดยการแก้กฎหมายในครั้งนี้ก็อาจจะกลายเป็นว่าคนที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราที่ผิดธรรมชาติได้รับการคุ้มครองที่น้อยลง นอกจากนี้ตามมาตรา 1(18) ที่เพิ่มเติมมานี้ยังมีข้อน่าพิจารณาอีกว่าถ้อย

¹บทความนี้เรียบเรียงจากการค้นคว้าอิสระ เรื่อง ความผิดเกี่ยวกับเพศ: กรณีศึกษาปัญหาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ รองศาสตราจารย์ ดร.กัลยา ตันศิริ และคณะกรรมการสอบ คือ รองศาสตราจารย์ประเสริฐ ตันศิริ และรองศาสตราจารย์ ดร.ปภาศรี บัวสวรรค์

²นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (วิทยาเขตบางนา) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

บัญญัติ “ล่วงล้ำ” นั้นจะครอบคลุมถึงกรณีที่มีการบังคับให้ผู้อื่นใช้อวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่นล่วงล้ำ อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้กระทำหรือไม่

จากการศึกษาทำให้ทราบว่ากฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ยังมีความไม่ชัดเจน มีช่องว่างในการตีความกฎหมาย และไม่ครอบคลุมด้วยกันหลายประการ ซึ่งสรุปได้ดังต่อไปนี้

ประเด็นปัญหาที่หนึ่ง ปัญหาขอบเขตนิยาม “กระทำชำเรา” เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติ นิยาม “กระทำชำเรา” ขึ้นใหม่ตามมาตรา 1(18) ความว่า “กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” เช่นนี้ตามกฎหมายใหม่การกระทำที่จะถือเป็นความผิดฐานกระทำชำเราจะต้องเป็นกรณีดังต่อไปนี้เท่านั้น คือ กรณีชายกระทำต่อหญิง ได้แก่ อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของหญิง หรือกรณีชายกระทำต่อชาย ได้แก่ อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในทวารหนัก หรือช่องปากของชายอื่น หรือกรณีหญิงกระทำต่อชาย ได้แก่ หญิงจับอวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง หรือหญิงใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำเข้าไปในช่องปากของชาย และกรณีหญิงกระทำต่อหญิง ซึ่งจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้มีกรณีเดียว คือ หญิงใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำเข้าไปในช่องปากของหญิงอื่น สิ่งที่เปลี่ยนไปจากกฎหมายเดิม คือ การใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่น ซึ่งมีใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้เสียหายเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ได้ถูกย้ายไปเป็นเหตุเพิ่มโทษของการอนาจาร ซึ่งเรียกว่า “การกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ” (Sexual Assault by Penetration) ตามมาตรา 278 วรรคสอง และ 279 วรรคสี่ ดังนั้น การกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 นั้นจึงมีขอบเขตเพียงแค่อัตถลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติเท่านั้น ซึ่งเป็นการได้จำกัดขอบเขตของลักษณะการกระทำชำเราให้แคบลงกว่าเดิม ในขณะที่เดียวกันก็ขยายขอบเขตของการกระทำอนาจารออกไปอย่างกว้างขวาง โดยการกระทำอนาจารนั้นนอกจากจะหมายความว่า เป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่นแล้ว ยังมีความหมายรวมไปถึงการใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมีใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่นอีกด้วย กรณีดังกล่าวจึงเป็นปัญหาให้ต้องพิจารณาว่าอะไรคือจุดแบ่งแยกการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจาร

เมื่อการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายเป็นการประทุษร้ายทางเพศขั้นร้ายแรงที่สุดในความคิดดั้งเดิม หมายความว่าเฉพาะการที่อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง แต่ต่อมาเห็นกันว่าการล่วงล้ำนั้นต้องตีความอย่างกว้างเพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น การที่อวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของอีกฝ่ายหนึ่ง หรือการนำวัตถุหรืออวัยวะอื่นใดซึ่งมีใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของอีกฝ่ายหนึ่งก็เป็นการล่วงล้ำทั้งสิ้น นอกจากนี้ในปัจจุบันบรรณนิยมทางเพศเป็นเรื่องที่เปิดกว้างและเป็นที่ยอมรับในสังคมหมู่่มาก กรณีนำไปสู่ความหลากหลายทางเพศที่ไม่ได้มี

เฉพาะแก่ผู้ขายกับผู้หญิง รสนิยมของการร่วมเพศในสมัยนี้จึงไม่ได้มีเพียงแต่การร่วมประเวณีตามแบบพื้นฐาน ธรรมชาติปกติเท่านั้น ยังมีการร่วมเพศของคนเพศเดียวกันอันอาจใช้วัตถุหรือสิ่งของอื่นใดเป็นเครื่องมือหรือ รสนิยมการร่วมเพศที่หลากหลาย ดังนั้นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงต้องแก้ไขปรับปรุงให้ทันต่อยุคสมัย ของสังคมและสภาพการณ์ในปัจจุบัน ควรต้องมุ่งหมายคุ้มครองผู้ถูกระทำทางเพศทุกเพศทุกวัยในแบบที่ หลากหลายไม่ใช่แค่เพียงการร่วมเพศตามธรรมชาติเท่านั้น การบัญญัติกฎหมายเช่นนี้เป็นการเลือกปฏิบัติไม่ สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน ขัดกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์

ประเด็นปัญหาที่สอง ปัญหาการกำหนดอัตราโทษตามบทบัญญัติมาตรา 276 วรรคแรก และมาตรา 278 วรรคสอง การที่กำหนดโทษของทั้งสองฐานความผิดให้มีความเท่ากันนั้น เห็นว่าไม่ได้มีความแตกต่างกัน ในทางปฏิบัติ แต่ผลต่อตัวผู้เสียหายนั้นเห็นว่าการกระทำชำเราโดยใช้วัตถุอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ชายกระทำต่อหญิงซึ่งอาจ ทำให้เกิดการตั้งครรภ์ การทำแท้ง หรือโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ได้ ดังนั้นเหตุผลในการกำหนดอัตราโทษของ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำให้เท่ากันโดยเห็นว่ามีผลร้ายแรง เท่ากันนั้น จึงยังไม่ถูกต้องและไม่ได้เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ นอกจากนี้หากพิจารณาในแง่ของการยับยั้งผู้กระทำความผิด ยังมีข้อน่าพิจารณาว่าการกำหนดอัตราโทษของความผิดทั้งสองฐานให้เท่ากัน จะช่วยยับยั้งผู้กระทำความผิดไม่ให้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำหรือไม่ ดังนั้น เมื่อต้นทุนของการ กระทำความผิด คือ การกำหนดอัตราโทษความผิดทั้งสองฐานให้เท่ากัน แต่ผู้กระทำมีแนวโน้มที่จะได้รับ ผลประโยชน์ คือ ความพึงพอใจในทางเพศของผู้กระทำความผิดในการกระทำชำเรามากกว่าการกระทำอนาจาร โดย การล่วงล้ำ เมื่อผู้กระทำความผิดได้รับผลประโยชน์มากขึ้นแต่มีต้นทุนเท่าเดิม อัตราโทษของทั้งสองฐานที่ เท่ากันจึงส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและไม่อาจยับยั้งการกระทำชำเราได้ เพราะ ไม่ได้ยับยั้งส่วนเพิ่ม (Marginal Deterrence) นอกจากนี้ยังส่งผลให้ไม่อาจยับยั้งมิให้สร้างความเสียหาย (Damage) ที่มากขึ้นจากการสอดใส่อวัยวะเพศ โดยเป็นการเพิ่มความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายในกรณีการตั้งครรภ์ และการติดโรคทางเพศสัมพันธ์อีกด้วย และไม่ได้เป็นการคุ้มครองผู้เสียหายแต่อย่างใดตามทฤษฎีการลงโทษ

ประเด็นปัญหาที่สาม ปัญหาขอบเขตของคำว่า “ล่วงล้ำ” ตามนิยามมาตรา 1(18) การแก้ไขปรับปรุงคำ นิยามกระทำชำเราในครั้งนี้ ได้มีการเปลี่ยนถ้อยคำว่า กระทำกับ เป็นคำว่า ล่วงล้ำ แทน ถ้อยคำว่า “ล่วงล้ำ” แม้ จะทำให้นิยามคำว่ากระทำชำเรามีความชัดเจนขึ้น อย่างไรก็ดีหากเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดข่มขืนใจผู้ถูกระทำให้ใช้ อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากมากระทำกับผู้กระทำ โดยผู้กระทำนั้นอยู่เฉย ๆ เช่น กรณีที่หญิงบังคับให้ ชายผู้ถูกระทำใช้อวัยวะเพศสอดใส่ในอวัยวะเพศของหญิงผู้กระทำ หรือกรณีที่ชายบังคับให้ชายใช้ปากอม อวัยวะเพศของผู้กระทำ กฎหมายอาญาไทยยังไม่มีบทบัญญัติความผิดให้ครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าว จึงมี ประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าหากเป็นกรณีที่การกระทำชำเราแบบ Passive เช่นนี้จะถือว่าเป็นการกระทำชำเราตาม

กฎหมายที่แก้ไขใหม่หรือไม่ โดยผู้ศึกษาเห็นว่าหากไม่มีการตีความให้หมายความรวมถึงกรณีนี้ด้วย การกระทำในลักษณะนี้คงเป็นเพียงความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพตามมาตรา 309 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น แต่หากตีความให้หมายความรวมถึงกรณีนี้ด้วยก็อาจเป็นการตีความขัดหลักกฎหมายอาญาได้

จากการค้นคว้าเกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณีศึกษาปัญหาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา พบว่ามีข้อเสนอแนะ คือ

1. ปัญหาขอบเขตนิยาม “กระทำชำเรา”

เพื่อให้นิยามของการกระทำชำเรามีความชัดเจนยิ่งขึ้น และครอบคลุมการกระทำชำเราทั้งธรรมชาติ และผิดธรรมชาติ เพื่อให้สอดคล้องกับความหลากหลายทางเพศ และรสนิยมทางเพศที่หลากหลาย อันจะไม่เป็นการละเมิดหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และการเลือกปฏิบัติ ควรแก้ไขนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” ตามมาตรา 1(18) ใหม่ ดังนี้ “กระทำชำเรา หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือโดยการใช้สิ่งอื่นใดล่วงล้ำอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น รวมถึงการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการข่มขืนใจผู้อื่นให้ใช้อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้กระทำ”

2. ปัญหาการกำหนดอัตราโทษตามบทบัญญัติมาตรา 276 วรรคแรก และมาตรา 278 วรรคสอง

เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนของจุดแบ่งแยกการกระทำความผิดระหว่างความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานการกระทำอนาจาร และเพื่อให้เป็นการคุ้มครองผู้เสียหายเห็นว่าควรยกเลิกบทบัญญัติเหตุการณ์ของความผิดฐานอนาจารตามมาตรา 278 วรรคสอง และเหตุการณ์ของความผิดฐานอนาจารเด็กตามมาตรา 279 วรรคสี่ และเสนอให้มีการตั้งฐานความผิดขึ้นมาใหม่ให้เหมาะสมกับการกระทำ คือ “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้สิ่งอื่นใดแทนอวัยวะเพศ” และควรปรับอัตราโทษของความผิดทั้งสองฐานดังกล่าวใหม่เพื่อเป็นการลงโทษที่เหมาะสม โดยบัญญัติขึ้นมาใหม่ในมาตรา 276 วรรคสอง ดังนี้

มาตรา 276 “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยบุ้ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้นั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้นั้นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำโดยใช้สิ่งอื่นใดแทนอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษ...

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหนัງหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษ...

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง เป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส และคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษ...

3. ปัญหาขอบเขตของคำว่า “ล่วงล้ำ” ตามนิยามมาตรา 1(18)

เพื่อให้การข่มขืนกระทำชำเราครอบคลุมกรณีที่ผู้กระทำความผิดข่มขืนใจผู้ถูกกระทำให้ใช้อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากมากระทำกับผู้กระทำ ควรแก้ไขนิยามของคำว่า “กระทำชำเรา” ตามมาตรา 1(18) ใหม่ ดังนี้ “กระทำชำเรา หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือโดยการใช้อวัยวะอื่นใดล่วงล้ำอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น รวมถึงการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการข่มขืนใจผู้อื่นให้ใช้อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้กระทำ”

เอกสารอ้างอิง

เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. (กรุงเทพมหานคร: พลศยาม พรินต์, 2551).

คณพล จันทรหอม. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2536).

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 18. (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560).

ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ. การตีความกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 3. (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2539).

ปกป้อง ศรีสนิท. กฎหมายอาญำขั้นสูง. พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561).