

# ปัญหาและอุปสรรคความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราตามกฎหมายใหม่ของตำรวจ

พ.ต.ท.โอภาส กระจุกรัมย์  
อาจารย์ ( สบ ๓ ) ภาควิชากฎหมาย  
ศูนย์ฝึกอบรมตำรวจภูธรภาค ๖

ตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย ( ฉบับชั่วคราว ) พ.ศ. ๒๕๕๙ ให้คุ้มครองศักดิ์ศรี  
ความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาค ที่คนไทยเคยได้รับความคุ้มครองตาม  
ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขแต่  
บทบัญญัติมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ และมาตรา ๒๘๖ ของประมวลกฎหมายอาญา เป็น  
บทบัญญัติ ที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ จึง  
สมควรที่จะแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าว ให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและ  
หญิง บทบัญญัติที่มีการแก้ไขเพิ่มเติม คือ มาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ และมาตรา ๒๘๖ มีการแก้ไข  
เพิ่มเติมพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ( ฉบับที่ ๑๙ ) ประกาศในราชกิจจานุ  
เบกษา เล่ม ๑๒๔ ตอนที่ ๕๖ ก วันที่ ๑๙ กันยายน ๒๕๕๐ มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวัน  
ประกาศในราชกิจจานุเบกษา คือวันที่ ๒๐ กันยายน ๒๕๕๐ เป็นต้นไป

## ผลของการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายใหม่

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดอยู่ในลักษณะ ๙ ความผิดเกี่ยวกับเพศ  
ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๖ และมาตรา ๒๗๗ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมใหม่ เมื่อ ปี พ.ศ.  
๒๕๕๐ เป็นการเปลี่ยนแปลงแนวทางการกระทำความผิดให้มีความหมายกว้างขวางยิ่งขึ้น ผู้ศึกษา  
กฎหมายหรือผู้ประกอบการวิชาชีพด้านกฎหมาย จะต้องศึกษาทำความเข้าใจเพิ่มมากขึ้น โดยเฉพาะ  
อย่างยิ่ง ตามกฎหมายที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว ได้ขยายความหมายของคำว่า  
“ กระทำชำเรา ” ให้มีความหมายกว้างขวางมากกว่าของเดิม

มาตรา ๒๗๖ ( เดิม ) บัญญัติว่า “ ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน  
โดยขู่เชือดด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือ  
โดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่  
แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด  
หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบ  
ห้าปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต ”

ความหมายของคำว่า “ ข่มขืนกระทำชำเรา ” ตามบทบัญญัติของกฎหมายเก่า  
การข่มขืนกระทำชำเรา คือ การนำของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายสอดใส่หรือล่อลวงเข้าไป  
ไปในช่องคลอด หรือช่องสำงวาส หรืออวัยวะสืบพันธุ์ของฝ่ายหญิง โดยหญิงไม่ยินยอม หรือ

ยินยอมโดยสำคัญผิดในตัวผู้กระทำความผิด เป็นความผิดสำเร็จแม้ผ่านเข้าไปเพียงเล็กน้อย ถึงแม้จะไม่ได้ผ่านเข้าไปทั้งหมดก็ตาม ถึงแม้ฝ่ายชายจะสำเร็จความใคร่โดยน้ำอสุจียังไม่เคลื่อน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นความผิดสำเร็จแล้ว

ข้อสังเกต หากปรากฏจากการตรวจพิสูจน์ของแพทย์ เยื่อพรหมจารีของหญิงฉีกขาด ย่อมเป็นหลักฐานแสดงว่าอวัยวะเพศของชายได้ล่วงล้ำ เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงแล้ว (ฎ ๘๔๘/ ๒๕๔๘) ถ้าของลับของฝ่ายชายเพียงแต่อยู่ปากช่องคลอดของหญิงด้านนอก ยังไม่ได้เข้าไป ภายใน วินิจฉัยว่าเป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา (ฎ ๘๗๔ / ๒๕๙๑) หรือกรณี เจตนาให้ของลับล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด แต่เข้าไปไม่ได้ เข้าไปเพียงแค่อวัยวะเพศอสุจิเคลื่อนแล้ว เยื่อพรหมจารีขาดแล้ว ถือว่าเป็นเพียงพยายามข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น (ฎ ๑๗๐๖ / ๒๕๙๘) หรือ เจตนาชำเราผู้เสียหายแต่ไม่บรรลุผลเพราะอวัยวะเพศของผู้เสียหายมี ขนาดเล็ก เนื่องจากเป็นเด็กอายุเพียง ๘ ปี จำเลยไม่สามารถสอดใส่อวัยวะเพศของตนให้ล่วงล้ำเข้าไปได้ จำเลยผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา มิใช่เจตนาเพียงกระทำอนาจาร (ฎ ๔๑๖๖ / ๒๕๔๗)

แต่ถ้าเป็นกรณีชายเจตนาข่มขืนกระทำชำเราหญิง แต่การกระทำยังห่างไกลต่อ ความผิดสำเร็จ ศาลฎีกาถือว่ายังไม่เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา แต่ผิดฐาน อนาจาร เช่น ชายปลดกระดุมกางเกงขึ้นคร่อมหน้าอกหญิง และหญิงร้อง คนที่ดูต้นทางร้องว่ามีคน มา ชายก็หนีไป ชายผิดอนาจาร (ฎ ๑๗๔๐ / ๒๕๙๗) หรือกรณี ชายซึ่งยังนุ่งกางเกงในอยู่ได้นั่ง คร่อมหญิงตรงบริเวณท้องน้อย กางเกงหญิงถูกรูดลงไปคงเหลือแต่กางเกงใน จึงยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะ กระทำชำเราได้ จึงไม่ผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราแต่ผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น (ฎ ๒๒๖๘ / ๒๕๒๙)

ผู้ลงมือกระทำความผิด ตามกฎหมายกำหนดต้องเป็นชายเท่านั้น แต่ถ้าร่วมกัน กระทำผิดอาจเป็นชายหรือหญิง ก็ได้ ตัวอย่างเช่น ชายลงมือข่มขืนกระทำชำเราหญิง โดยมีหญิง คนหนึ่งช่วยจับแขนจับขาหญิงผู้เสียหายให้ชายลงมือได้สะดวก หญิงผู้ช่วยเหลือเป็นตัวการร่วมกับ ชายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตาม มาตรา ๒๗๖ , มาตรา ๘๓ (ฎ ๒๕๐ / ๒๕๑๐)

ผู้ถูกกระทำตามกฎหมายกำหนดต้องเป็นหญิงเท่านั้น หญิงนั้นยังต้องมีชีวิตอยู่ หาก หญิงถึงแก่ความตายไปแล้ว แต่ชายเข้าใจว่าสลบไปจึงข่มขืนกระทำชำเรา (ข่มขืนกระทำชำเราศพ) ศาลฎีกาตัดสินว่าไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพราะผู้ถูกกระทำไม่มีสภาพบุคคล ตาม ป.พ.พ.มาตรา ๑๕ (ฎ ๗๑๔๔ / ๒๕๔๕) หญิงผู้ถูกกระทำต้องเป็นเพศหญิงที่มีมาแต่กำเนิดถ้าเป็น ชายแล้วแปลงเพศเป็นหญิง ก็ไม่ถือว่าเป็นหญิง ฉะนั้นชายที่ไปข่มขืนกระทำชำเราชายที่แปลงเพศ เป็นหญิงจึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่ผิดฐานอนาจารหญิงนั้นต้อง มิใช่ภริยาของชาย ผู้กระทำ ตามกฎหมายกำหนด สามมิใช่กำลังบังคับข่มขืนกระทำชำเราภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของ ตนเอง สามมิมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เช่น จำเลยกับผู้เสียหายแต่งงานกันตามลัทธิ ศาสนาอิสลาม มีบุตรด้วยกัน ๑ คน ต่อมาจำเลยกับผู้เสียหายแยกกันอยู่แต่มิได้หย่าขาดจากกัน การที่จำเลยพาผู้เสียหายไปกักขังเพื่อกระทำอนาจารและข่มขืนกระทำชำเรา จึงอาจเป็นกรณี

จำเลยกระทำไปโดยเข้าใจว่ามีสิทธิทำได้ อันเสมือนกับทำโดยวิสาสะ ย่อมไม่เข้าลักษณะกระทำโดยมีเจตนาร้าย ไม่เป็นความผิดฐานพาหญิงไปเพื่อการอนาจาร หน่วงเหนี่ยวกักขัง และข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย

ร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง หมายถึง มีการร่วมผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราตั้งแต่สองคนขึ้นไป ( ฎ ๑๒๐๒ / ๒๕๒๙ ) แม้ว่าการกระทำของอีกคนหนึ่งจะเพียงแต่เป็นการพยายามข่มขืนกระทำชำเราเพราะไม่สามารถสอดใส่อวัยวะเพศเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงก็ตาม ทั้งสองคนก็เป็นตัวการร่วมกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงตามมาตรา ๒๗๖ วรรคสอง ( ฎ ๓๐๐๗ / ๒๕๓๒ )

**ข้อสังเกต** ความผิดฐานร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงนั้น ถ้าจะเป็นโทรมหญิงได้นั้น จะต้องมีการผลัดเปลี่ยนหมุนเวียนกันข่มขืนกระทำชำเราหญิงโดยได้มีการสอดใส่อวัยวะเพศเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงจนเป็นความผิดสำเร็จอย่างน้อยสองคนแล้ว ส่วนจำเลยที่เหลือที่นั่งคอยอยู่เพื่อเตรียมที่จะข่มขืนกระทำชำเราต่อไป ถึงแม้จะยังไม่ได้ลงมือข่มขืนกระทำชำเรา ถือว่าทุกคนมีความผิดฐาน ร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง แต่ถ้าชายคนแรกข่มขืนกระทำชำเราหญิงสำเร็จไปแล้ว คนที่สองยังไม่ได้ข่มขืนกระทำชำเราเพียงแต่นั่งคอยหรือยังข่มขืนกระทำชำเราไม่สำเร็จ เพียงแต่กำลังกอดจูบลูบคลำอยู่ ต่อมาเมื่อเหตุมาขัดขวางทำให้ชายคนที่สองลงมือข่มขืนกระทำชำเราไม่สำเร็จและถึงแม้จะมีชายคนที่สามนั่งคอยต่อคิวอยู่ก็ตามทุกคนมีความผิดฐานร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราตาม มาตรา ๒๗๖ วรรคแรก ประกอบมาตรา ๘๓ เท่านั้น ไม่ผิดฐานร่วมกันโทรมหญิง ( ฎ ๑๒๐๒ / ๒๕๒๙ , ฎ ๖๖๖๓ / ๒๕๓๙, ฎ ๒๙๕๗ / ๒๕๔๑, และ ฎ ๖๓๕๕ / ๒๕๔๔ )

**ข้อสังเกต** หากการกระทำของชายคนแรกไม่เป็นความผิดเพราะหญิงยินยอม แม้ชายคนแรกจะเปิดประตูห้องให้ชายคนที่สองเข้ามาข่มขืนกระทำชำเราหญิงคนเดียวก็ตาม ก็ไม่เป็นการกระทำความผิด จึงไม่เป็นการโทรมหญิง ชายคนที่สองผิดมาตรา ๒๗๖ วรรคแรก โดยชายคนแรกเป็นผู้สนับสนุนชายคนที่สอง ตามมาตรา ๘๖ ( ฎ ๒๐๗๓ / ๒๕๓๗ )

ฎ ๑๔๘๙ / ๒๕๔๓ จำเลยทั้งสามกับพวกได้ร่วมกันพาผู้เสียหายไปที่บ้านเกิดเหตุเพื่อกระทำชำเรา จำเลยที่ ๓ กระทำชำเราผู้เสียหาย โดยผู้เสียหายยินยอม จึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่จำเลยที่ ๓ ออกไปจากห้องแล้วปล่อยให้จำเลยที่ ๑ ที่ ๒ และพวกอีก ๒ คน ผลัดเปลี่ยนหมุนเวียนเข้าไปข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายในห้องที่ละคนโดยจำเลยที่ ๓ ไม่ขัดขวางหรือห้ามปราม ถือว่าเป็นการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกแก่จำเลยคนอื่น ๆ ก่อนหรือขณะกระทำความผิดฐานโทรมหญิง จำเลยที่ ๓ จึงมีความผิดเป็นผู้สนับสนุน ตาม มาตรา ๘๖ ที่ไม่เป็นตัวการเพราะข้อเท็จจริงจำเลยที่ ๓ ออกไปจากห้องแล้วปล่อยให้จำเลยคนอื่น ๆ ข่มขืนกระทำชำเรา ไม่ปรากฏว่าจำเลยที่ ๓ ยังอยู่ใกล้ ๆ ห้อง หรือคอยทำหน้าที่แจ้งสัญญาณอันตรายให้แก่จำเลยคนอื่น ๆ

มาตรา ๒๗๗ ( เดิม ) บัญญัติว่า “ ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกิน สิบห้าปี ซึ่งมีใช้ภริยาของตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกหรือวรรคสองได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงและเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต...”

การโทรมเด็กหญิง มีความหมายอย่างเดียวกับ โทรมหญิง นั่นเองไม่ว่าจะเป็นพฤติการณ์หรือสาเหตุ หรือข้อเท็จจริงในการกระทำความผิด ที่เกิดขึ้นใช้หลักการพิจารณาเดียวกัน

ข้อที่น่าสนใจ หากผู้กระทำความผิดเข้าใจว่า เด็กหญิงที่กระทำชำเราอายุเกิน ๑๕ ปี ทั้ง ๆ ที่ความจริงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี และศาลเชื่อว่าชายเข้าใจผิดเช่นนั้นจริง ๆ เช่น เด็กหญิงนั้นรูปร่างใหญ่ และทำงานอยู่ในสถานที่ซึ่งรับเด็กอายุสิบแปดปีเข้าทำงานเท่านั้น ต้องถือว่า ชายไม่มีความผิด เพราะขาดเจตนา เนื่องจากไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอก คือไม่รู้ว่ หญิงอายุไม่เกิน ๑๕ ปี ตามมาตรา ๕๙ วรรคสาม ( ฎ ๖๔๐๕ / ๒๕๓๙ , ฎ ๔๖๖๕ / ๒๕๔๗ ตัดสินว่าชายไม่ผิดเพราะขาดเจตนา แต่ ฎ ๕๑๗๖ / ๒๕๓๘ และ ฎ ๔๖๙๘ / ๒๕๔๐ ตัดสินว่าชายไม่ผิดเพราะสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ตาม มาตรา ๖๒

### ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ( ใหม่ )

มาตรา ๒๗๖ ( ใหม่ ) บัญญัติว่า “ ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงคจะอยู่กินด้วยกันฉันท์สามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้

เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยฉันทสามิภริยาต่อไป และประสงค์จะอย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องอย่าให้ ”

**มาตรา ๒๗๗ (ใหม่)** บัญญัติว่า “ ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีโชภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโหมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต...”

## ข้อเปรียบเทียบกฎหมายเดิม กับ กฎหมายใหม่

### ข้อควรพิจารณาจากการเปรียบเทียบกันมีดังนี้

๑. ความหมายความผิดตามบทบัญญัติเดิม กระทำชำเราหมายถึง การที่ฝ่ายชายนำอวัยวะเพศของตนสอดใส่จนล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่เป็นหญิงฝ่ายชายจะสำเร็จความใคร่หรือไม่ หรือน้ำอสุจิเคลื่อนหรือไม่ไม่สำคัญก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว แต่ถ้าสอดใส่หรือล่วงล้ำเข้าไปไม่ได้ก็เป็นความผิดฐานพยายาม แต่การกระทำชำเราตามกฎหมายที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมใหม่ได้บัญญัติความหมายของการกระทำชำเรา นั้นหมายถึง กระทำเพื่อสนองการความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น คือเพิ่มเจตนาพิเศษเข้ามา คือกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำเท่านั้น

๒. ตามกฎหมายเดิมชายข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของตนเอง ชายไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่กฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่ไม่มีบทบัญญัตินี้ไว้ เพราะฉะนั้นถ้าชายข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนเองมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่ แต่ถ้าคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกัน ตามกฎหมายใหม่ ตามมาตรา ๒๗๖ วรรคสี่ให้อำนาจศาลลงโทษน้อยลงเพียงใดก็ได้ หรือจะไม่ลงโทษก็ได้โดยกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติ

๓. ผู้กระทำความผิดตามกฎหมายเดิมต้องเป็นชายเท่านั้นเว้นแต่จะเป็นหญิงได้ต้องเป็นกรณีเป็นตัวการร่วมกับชายในการกระทำความผิด แต่บทบัญญัติแก้ไขใหม่ให้ชายหรือหญิงเป็นผู้กระทำความผิดด้วยตนเองได้ เช่น หญิงมีความผิดฐานกระทำชำเราชายด้วยตนเองได้ สรุปก็คือ ชายหรือหญิงสามารถเป็นผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราอีกฝ่ายหนึ่งได้ด้วยตัวเอง

๔. ผู้ถูกกระทำหรือผู้เสียหายตามกฎหมายเดิมจะต้องเป็นเพศหญิงเท่านั้น และหญิงต้องเป็นเพศหญิงที่แท้จริงด้วยไม่รวมถึงชายที่แปลงเพศเป็นหญิง แต่กฎหมายใหม่ผู้ถูกกระทำหรือผู้เสียหายอาจเป็นเพศหญิงหรือเพศชายก็ได้

๕. อวัยวะเพศของผู้กระทำตามกฎหมายเดิมต้องเป็นอวัยวะเพศชายเท่านั้น แต่กฎหมายใหม่จะเป็นอวัยวะเพศ รวมทั้งสิ่งอื่นใด อาจหมายถึง ไข่ มือ หรือ ปาก หรืออวัยวะเพศเทียม กระทำต่ออวัยวะเพศของหญิง หรือทางทวารหนักของหญิงก็เป็นการกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่แล้ว นอกจากนี้ ผู้กระทำอาจใช้มือหรือ ปากของตนกระทำกับ อวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นเพศเดียวกันก็ได้

๖. ตามกฎหมายใหม่ทำให้การกระทำแต่เดิมเรื่อว่าเป็นการกระทำอนาจาร กลายมาเป็นการกระทำชำเรา หลายกรณีดังจะเห็นว่ากรกระทำต่าง ๆ ตามกฎหมายเดิมไม่ถือว่าเป็นการกระทำชำเราแต่เป็นเพียงกระทำอนาจาร เท่านั้นแต่ตามกฎหมายใหม่การกระทำอนาจารกลายเป็นการกระทำชำเราเกือบทั้งหมด ทำให้คำพิพากษาศาลฎีกาที่วางแนวว่าเป็นเพียงการกระทำเพียงอนาจารเท่านั้น แต่ตามกฎหมายใหม่การกระทำอนาจารนั้นถือว่าเป็นการกระทำชำเราทั้งสิ้น เช่น ชายนอนทับหญิงแล้วใช้อวัยวะเพศของชายทิ่มตำอวัยวะเพศของหญิง กับใช้นิ้วใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงและชายสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง ชายไม่มีเจตนาใช้อวัยวะเพศสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงซึ่งเป็นเด็กอายุ ๔ ปีเศษ ซึ่งมีขนาดเล็ก จึงฟังไม่ได้ว่า ชายพยายามกระทำชำเราหญิง การกระทำเป็นเพียงกระทำอนาจารตามมาตรา ๒๗๙ วรรคแรก แต่ถ้าตามข้อเท็จจริงตามกฎหมายใหม่ชายย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้วและเป็นความผิดสำเร็จด้วย ( ฎ ๑๐๔๘ / ๒๕๑๘ )

๗. ความผิดสำเร็จ และความผิดฐานพยายาม ตามกฎหมายเดิม หากอวัยวะเพศชายเพียงแต่ ฎไถ อยู่ที่ปากช่องคลอดของหญิงด้านนอก ยังไม่ทันได้ล่วงล้ำเข้าไปก็เป็นเพียงพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ( ฎ ๘๗๔ / ๒๕๙๑ ) แต่ตามกฎหมายใหม่การกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จแล้ว

**ข้อสังเกต** จะเป็นความผิดตามมาตรา ๒๗๖ ผู้ถูกกระทำจะต้องไม่ยินยอม หากยินยอมโดยสมัครใจ การกระทำนั้นก็ไม่ถือว่าเป็นข่มขืน แม้จะเป็นการกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่ก็ตาม ( ยกเว้น ผู้ถูกกระทำอายุไม่เกิน ๑๕ ปี จะยินยอมหรือไม่ก็เป็นความผิด )

### กรณีกระทำชำเราเด็ก

ตามมาตรา ๒๗๗ กระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ตามกฎหมายใหม่ยังคงวางแนวเดิมคือแม่เด็กจะยินยอม การกระทำนั้นก็เป็นความผิด

กฎหมายเดิมกับกฎหมายใหม่ในส่วนของเด็กอายุไม่เกิน ๑๕ ปี ตามมาตรา ๒๗๗ มีข้อเปรียบเทียบความแตกต่างที่จะต้องนำไปพิจารณา ดังนี้

๑. ตามกฎหมายเดิมกำหนดไว้ให้ผู้ถูกระทำหรือผู้เสียหายต้องเป็นเด็กหญิงอายุไม่เกิน ๑๕ ปีเท่านั้นจะเป็นเด็กชายไม่ได้แต่ตามกฎหมายใหม่กำหนดให้ผู้ถูกระทำหรือผู้เสียหายเป็นเด็กหญิงหรือเด็กชายก็ได้

๒. ตามกฎหมายใหม่ ถ้าเด็กชายอายุไม่เกิน ๑๕ ปี ร่วมประเวณีกับเด็กหญิงอายุไม่เกิน ๑๕ ปีด้วยความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย ใครเป็นผู้เสียหาย หรือใครเป็นฝ่ายถูกฝ่ายผิด หรือว่ามีความผิดทั้งคู่ แต่ตามกฎหมายใหม่น่าจะถือว่ามีความผิดทั้งคู่ ศาลจะดำเนินการอย่างไร

๓. ตามกฎหมายเดิมและกฎหมายใหม่ การกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมมยังคงเหมือนกันคือ ร่วมผลัดเปลี่ยนกันกระทำชำเราตั้งแต่ ๒ คนขึ้นไป ( ฎ ๑๒๐๒ / ๒๕๒๙ ) ถ้าเป็นกรณีตามกฎหมายเดิม ชายคนแรกข่มขืนกระทำชำเราหญิงสำเร็จแล้ว ชายคนที่สองไม่สามารถสอดใส่อวัยวะเพศเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงได้หลังจากพยายามสอดใส่แล้ว ชายคนที่สองมีความผิดถึงขั้นพยายามแล้ว ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าชายทั้งสองคนร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมมหญิงแล้ว ( ฎ ๓๐๐๗ / ๒๕๓๒ ) แต่ตามกฎหมายใหม่ข้อเท็จจริงดังกล่าวถือว่าการกระทำชำเราไม่จำเป็นต้องเป็นการสอดใส่ ก็เป็นการกระทำชำเราสำเร็จแล้วไม่ใช่พยายาม

๔. การผลัดเปลี่ยนกันกระทำชำเรา ตามกฎหมายใหม่ มีความหมายแตกต่างจากกฎหมายเดิมอย่างมากมาย เช่น ชายคนแรกข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้อวัยวะเพศสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศเด็กหญิงอายุไม่เกิน ๑๕ ปี แต่ชายคนที่สองกระทำชำเราโดยการใช้ สิ่งอื่นใด เช่น ปากหรือนิ้วมือ หรืออวัยวะเพศเทียมกระทำต่ออวัยวะเพศ หรือทวารหนักของเด็กหญิงเช่นนี้ต้องถือว่าเป็นการโหมมเด็กหญิงอายุไม่เกิน ๑๕ ปีแล้วแต่ตามกฎหมายเดิม กรณีเช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นการโหมมเด็กหญิง

๕. การโหมมหญิงตามกฎหมายเดิมต้องเป็นกรณีผู้กระทำต้องเป็นชายอย่างน้อย ๒ คนขึ้นไปร่วมผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราหญิงคนเดียวกัน แต่ตามกฎหมายใหม่ อาจเป็นกรณีชายโหมมหญิง ชายโหมมชาย หญิงโหมมชาย หญิงโหมมหญิง หรือ ชายหนึ่งหญิงหนึ่งร่วมกันโหมมชายหรือหญิง ก็ได้ โหมมเด็กชาย หรือหรือโหมมเด็กหญิงก็ใช้เป็นแนวทางเดียวกัน

๖. กรณีชายบังคับข่มขู่ให้เด็กหญิงอายุไม่เกิน ๑๕ ปีสำเร็จความใคร่ให้แก่ตนโดยการใช้ปากกับอวัยวะเพศของตนถ้าตามกฎหมายเดิมจะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้นแต่ตามกฎหมายใหม่ถือว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้วและถึงแม้เด็กหญิงจะยินยอม ด้วยความสมัครใจ ไม่มีการบังคับขู่เข็ญก็เป็นความผิดฐานกระทำชำเราแล้ว

**ข้อสังเกต** ถ้าหญิงขู่บังคับให้เด็กชายอายุไม่เกิน ๑๕ ปีร่วมประเวณีกับตนดังนี้ตามกฎหมายใหม่หญิงน่าจะมีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน ๑๕ ปี และถ้าเด็กชายนั้นยินยอมด้วยความสมัครใจหญิงน่าจะมีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน ๑๕ ปี ตาม มาตรา ๒๗๗ ใหม่เช่นกัน

**บทสรุป**

เหตุผลที่ทำให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยการประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาฉบับนี้ก็เพื่อความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาค ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. ๒๕๔๙ มาตรา ๓ ตามประมวลกฎหมายอาญาของเดิมเป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ การใช้บทบัญญัติใหม่นี้เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง จึงจำเป็นต้องตราบทบัญญัตินี้ การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ขยายความหมายของคำว่า “ **กระทำชำเรา** ” ให้มีความหมายกว้างขวางขึ้น ก่อนแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายใหม่ กฎหมายคุ้มครองหญิงหรือเด็กหญิงเท่านั้นที่จะดำเนินคดีกับชายที่มალ่วงละเมิดทางเพศของตนแต่หลังจากที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายใหม่ หญิงหรือเด็กหญิงจะดำเนินคดีกับฝ่ายชายไม่ได้แล้ว อาจถูกฝ่ายชายฟ้องฝ่ายหญิงติดคุกได้ เพราะแม้ฝ่ายชายจะยินยอมร่วมเพศกับเด็กหญิง ฝ่ายหญิงก็มีความผิดฐานกระทำชำเราฝ่ายชายได้ อาจกล่าวได้ว่าเสียตัวไม่พอยังติดคุกอีกด้วยต่อไปก็ไม่มีเด็กหญิงผู้ใดไปแจ้งความดำเนินคดีกับฝ่ายชาย เพราะกฎหมายใหม่เปิดโอกาสให้เด็กหญิงเป็นผู้กระทำความผิดได้ด้วยตนเอง เช่น กรณีเด็กชายอายุไม่เกิน ๑๕ ปี สมัครใจร่วมประเวณีกับเด็กหญิงอายุไม่เกิน ๑๕ ปี ใครเป็นผู้เสียหาย ใครเป็นฝ่ายถูก ใครเป็นฝ่ายผิด หรือผิดด้วยกันทั้งคู่ แล้วใครจะกล้าไปแจ้งความดำเนินคดี พนักงานสอบสวนจะดำเนินคดีอย่างไร ถ้าผิดทั้งสองคน ผู้ปกครองของเด็กทั้งสองจะไปแจ้งความดำเนินคดีกับอีกฝ่ายหนึ่งหรือไม่ หรือจะเงียบให้เรื่องสงบไป กรณีนี้ฝ่ายเด็กชายหรือเด็กหญิงจะเสียชื่อเสียงมากกว่ากัน กฎหมายใหม่ไม่คุ้มครองเพศหญิงเสียแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่ามันอาจเป็นดาบสองคมก็ได้ คนออกกฎหมายคิดว่าน่าจะเป็นการคุ้มครองหญิง ที่ไหนได้กับไปคุ้มครองชายให้กดขี่ทางเพศหญิงมากกว่าเดิมเข้าไปอีก

กฎหมายใหม่นี้มุ่งให้ความคุ้มครองบุคคลทุกเพศ ชาย ช่มชู้ หญิง , หญิง ช่มชู้ ชาย , พวกชอบไม้ป่าเดียวกัน เขาก็คุ้มครอง เช่น ชาย ช่มชู้ ชาย , หญิง ช่มชู้ หญิง คุ้มครองสามี หรือ ภรรยา ไม่ให้ถูกล่วงละเมิดทางเพศจากคู่สมรส เช่น สามี ช่มชู้ ภรรยา ,ภรรยา ช่มชู้ สามี การกระทำชำเราไม่จำเป็นต้องทำต่อ อวัยวะเพศ อย่างเดียวแม้จะทำกับ ทวารหนัก หรือ ช่องปาก ก็มีความผิด ที่สำคัญ ใช้ สิ่งอื่น ไต กระทำกับ อวัยวะเพศ หรือ ทวารหนัก ก็โดนด้วย คำว่าสิ่งอื่นใดก็กว้างมาก ใช้ปากก็เป็นความผิดช่มชู้ ( ออร์ลเซ็กซ์ ) สิ่งเทียมอวัยวะเพศ ( เซ็กซ์ทอยส์ ) ทั้งหลาย นิ้วมือ นิ้วเท้า ( ระวังใช้นิ้วจิ้มทวารหนักใครเข้า มีสิทธิติดคุกได้ ) เครื่องเขียนต่างๆ ดอกไม้ รูป เทียน ขวดยาตม ยาหอม ยาหม่อง ฯลฯ<sup>๑</sup>

### **ความผิดฐานโทรมหญิง และโทรมเด็กหญิง ยังอยู่**

บทวิจารณ์จากนักกฎหมายอาญากฎหมายช่มชู้มีนัยกฎหมายอาญาอย่างอาจารย์

<sup>๑</sup> นำร่อง, “กฎหมายช่มชู้กระทำชำเราฉบับใหม่ พิศดาร พันลึก...แค่นี้ก็ช่มชู้ชนะ”, (online)



ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ แห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ได้วิจารณ์ไว้ (มติชนรายวัน, ๒๖ กรกฎาคม ๒๕๕๐) ที่น่าสนใจ ดังนี้

ข่มขืนภริยาเด็กอายุต่ำกว่า ๑๕ ปี ไม่มีความผิดตามกฎหมาย ข่มขืนภริยาที่อายุเกิน ๑๕ ปีแล้ว เป็นความผิด สามีอาจติดคุก แต่หากข่มขืนภริยาเด็กอายุต่ำกว่า ๑๕ ปี ไม่มีความผิด เพราะมาตรา ๒๗๗ ที่แก้ไขใหม่ยังคงมีข้อความว่า "ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีภริยาหรือสามีตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม..." แสดงว่าหากข่มขืนเด็กที่เป็นภริยาตนแล้ว ผู้กระทำไม่มีความผิด ตกกลางข่มขืนเมียอายุกว่า ๑๘ ติดคุก ข่มขืนเมียเด็กต่ำกว่า ๑๕ ปี ไม่มีความผิด ขอขอบคุณท่านผู้หญิงและคุณผู้หญิงที่สนับสนุนให้มีเมียเด็กอายุต่ำกว่า ๑๕ ปี เพื่อข่มขืนกระทำชำเราแล้วจะไม่เป็นความผิด เด็กขอร้องให้ช่วยทำ ไม่มีความผิด คำว่า "เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ" ที่เพิ่มเข้าไปใหม่ แสดงว่าหากเป็นการทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้เสียหายเอง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด

ดังนั้น หากจำเลยต่อสู้ว่าเด็ก "ขอร้อง" ให้ช่วยทำให้ ผู้กระทั่วย่อมไม่มีความผิดตามความหมายนี้ เพราะไม่ได้ทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำเอง แต่ทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้เสียหาย มาตรา ๒๗๗ ก็จะใช้คุ้มครองเด็กไม่ได้ หรือใช้ได้ลำบากขึ้น ก็เป็นอีกกฎหมายหนึ่งที่ควรรู้เอาไว้ แต่เดิมอาจเป็นได้แค่ความผิดฐาน อนาจาร แต่บัดนี้ได้เปลี่ยนเป็นความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเราเสียแล้วและมีโทษหนักด้วย และจะมีปัญหาในการบังคับใช้จริงหรือไม่ ต้องติดตามดู

### หนังสืออ้างอิง

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค ๑ ครั้งที่ ๗. กรุงเทพฯ ฯ :

สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๔

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค ๒ . กรุงเทพฯ ฯ :

สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , ๒๕๕๑

คณิต ฌ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด ครั้งที่ ๘. กรุงเทพฯ ฯ : สำนักพิมพ์

วิญญูชน จำกัด. ๒๕๔๕

จิตติ ติงศภัทย์. กฎหมายอาญา ภาค ๒ ตอน ๑. กรุงเทพฯ ฯ : สำนักพิมพ์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ. วัยรุ่นชาย”สำสอน “ ตามสบายกฎหมายสนับสนุน.

กรุงเทพฯ ฯ : หนังสือพิมพ์มติชนรายวัน ฉบับวันที่ ๘

๒๕๕๐ . สำนักพิมพ์มติชน. ๒๕๕๐

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค ๒ - ๓ . กรุงเทพฯ ฯ  
:สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.