

### บทที่ 3

#### ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประมวลกฎหมายอาญาไทย

##### วิวัฒนาการกฎหมายอาญาไทยว่าด้วยการข่มขืนชำเรา

ถึงแม้ว่าไม่สามารถหาหลักฐานทางการมายืนยันการสั่งห้ามการข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายสมัยสุโขทัย ด้วยสาเหตุเพราะกฎหมายไทยเพิ่งจะบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรหลังจากพ่อขุนรามคำแหงมหาราช ประดิษฐ์ตัวอักษรขึ้นมาเป็นครั้งแรกเมื่อปี พ.ศ.1826<sup>1</sup> แต่ก็สามารถยืนยันได้ว่าการข่มขืนกระทำชำเรา เป็นสิ่งต้องห้ามในกฎหมายสมัยนั้น เพราะพุทธศาสนาเป็นศาสนาประจำชาติของไทยมาช้านานแล้ว โดยในพุทธศาสนามีศีลอยู่ข้อหนึ่งว่า “กาเมสุมิจจาจรา เวรมณี สีกขาปทัง สมายิยามิ” อันหมายความว่า พึงงดเว้นจากการล่วงเกินบุตร ภรรยาผู้อื่น ด้วยเหตุนี้สามารถกล่าวได้ว่า กฎหมายไทยตั้งแต่สมัยโบราณจะลงโทษผู้กระทำผิดฐานล่วงละเมิดภรรยาผู้อื่นในทางประเวณี โดยที่ถือการกระทำผิดดังกล่าวเป็นการล่วงละเมิดศีลทางศาสนาและเป็นการทำลายขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมอย่างร้ายแรง

##### การข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายผัวเมียในกฎหมายตราสามดวง<sup>2</sup>(กรุงศรีอยุธยาและกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น)

พระเจ้าอยู่หัว หรือ สมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 ทรงเป็นกษัตริย์พระปรีชาสามารถ ไม่เพียงแต่ในด้านทหาร หรือในด้านการทำสงคราม แต่พระองค์ยังเป็นนักนิติศาสตร์ ในเรื่องกฎหมายนั้นพระองค์ทรงโปรดฯให้มีการรวบรวมและเขียนกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้น

<sup>1</sup> พชรินทร์ เปี่ยมสมบูรณ์, 2523:2

<sup>2</sup> ที่เรียกเช่นนี้ก็เพราะว่ากฎหมายทุกเล่มที่ได้ชำระแล้ว (ตามพระประสงค์พระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก) ได้โปรดฯให้ปิดตราราชสีห์ คชสีห์และบัวแก้ว อันเป็นตราประจำตำแหน่ง สมุหกลาโหม สมุหนายก และโกษาธิบดี และให้ถือว่ากฎหมายที่ประทับตราสามดวงนี้เป็นหลักในการพิจารณาตัดสินความเท่านั้น

เป็นครั้งแรก แต่น่าเสียดายที่ต้นฉบับ กฎหมายกรุงศรีอยุธยาถูกทำลาย เสียหายครั้งเสียกรุงศรีอยุธยาแก่พม่า พ.ศ.2310<sup>3</sup>

อนึ่ง กฎหมายลักษณะผิดเมียเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา การนำเอาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามาลงในกฎหมายลักษณะผิดเมียเพราะผู้ร่างกฎหมายเห็นว่า การล่วงเกินภรรยาผู้อื่น เป็นการละเมิดอำนาจปกครองของรัฐและอำนาจอิสระของสามี

การข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายตราสามดวงมีสองประการคือ

1.การข่มขืนยังมีถึงชำเรา ซึ่งหมายถึงการอนาจารนั่นเองได้บัญญัติในมาตราที่ 1, 2, 75, 76, 77, และ 78 ผู้วิจัยจะไม่ทำการศึกษาในงานวิจัยชิ้นนี้

2.การข่มขืนจนถึงชำเรา ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1, 76, 77 และ78 ดังนี้

มาตรา 1 ชายได้ข่มขืนภรรยาถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณมผิดเมียทวิคูณ ถ้าข่มขืนโดยมิได้ชำเราให้ไหมโดยประณมผิดเมีย

มาตรา 76 ชายใดมีเมียแล้วข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ไหมชายนั้นถึงประณมผิดเมีย ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ไหมถึงชำเรา

มาตรา 77 ชายหาเมียมิได้ ข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ไหมถึงเป็นชั้นมีเมียแล้ว ถ้าข่มขืนถึงชำเราให้ไหมถึงชำเรา

มาตรา 78 ชายใดข่มขืนเด็กไม่รู้เดียงสามิถึงชำเรา ให้ไหมถึงเบียดประณมผิดเมีย ถ้าข่มขืนถึงชำเราโลหิตไหล ให้ไหมถึงเบียดประณมเมียทวิคูณ ถ้าตบตีหญิงทำให้มีบาดเจ็บด้วย ท่านให้ไหมชายนั้นโดยบาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง

จากบทบัญญัติที่ได้นำเสนอมาข้างต้นผู้วิจัยสามารถสรุปได้ดังนี้

<sup>3</sup> การศึกษากฎหมายสมัยกรุงศรีอยุธยาต้องอาศัยหลักฐานที่ปรากฏในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นเป็นสำคัญ เพราะกฎหมายไทยสมัยกรุงศรีอยุธยาถูกทำลายหลังจากที่กรุงศรีอยุธยาเสียแก่พม่า เมื่อปี พ.ศ.2310 เนื่องจากในราชการพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกทรงโปรดให้มีการชำระและรวบรวมกฎหมายขึ้นตามพระราชปราชญ์ของพระองค์ แม้ไม่กล่าวถึงกฎหมายกรุงศรีอยุธยาโดยตรง แต่มีการกล่าวถึงโบราณราชนิติประเพณี และพระไอยการกษัตริย์โบราณทรงบัญญัติไว้เป็นบรรทัดฐานในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นนั้น เมื่อพูดถึงกฎหมายโบราณที่กษัตริย์ทรงบัญญัติไว้นั้นย่อมเป็นที่เข้าใจกันว่าเป็นกฎหมายกรุงศรีอยุธยาทั้งสิ้น (พัชรินทร์ เปี่ยมสมบูรณ์, 2523 : 4)

1. ผู้กระทำผิดที่สามารถลงโทษฐานข่มขืนกระทำชำเรา<sup>4</sup>นั้นจะเป็นเฉพาะผู้ชายเท่านั้น เพราะกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนว่า “ชายใดข่มขืน” “ชายใดมีเมียแล้ว” และ “ชายใดหาเมียมิได้”

2. ความแตกต่างของบทลงโทษจะหนักหรือเบาพิจารณาจากความแตกต่างของผู้เสียหาย ผู้ถูกข่มขืนมีสถานะเป็นเช่นใด ผู้เสียหายจากความผิดฐานนี้สามารถแบ่งออกเป็นสามประเภทด้วยกัน คือ

1. มีสถานะเป็นภรรยาผู้อื่น
2. มีสถานะเป็นลูกหรือหลานสาวผู้อื่น
3. มีสถานะเป็นหญิงหม้าย

3. โทษฐานข่มขืนกระทำชำเราลูกสาว หรือหลานสาวคนอื่น คือครั้งหนึ่งของการข่มขืนกระทำชำเราภรรยาผู้อื่น และโทษฐานกระทำชำเราหญิงหม้าย คือ 4 ใน 5 ส่วนของโทษฐานของการข่มขืนภรรยาผู้อื่น<sup>4</sup>

4. ถ้าผู้เสียหายเป็นเด็กหญิงยังไม่ถึงสาว โทษของการกระทำผิดคือโทษเดียวกันกับโทษฐานข่มขืนภรรยาผู้อื่น และหากข่มขืนโดยใช้กำลังขบถ ทำให้เด็กหญิงได้รับบาดเจ็บจะต้องชดเชยค่าเสียหายทางแพ่งอีกกระทงหนึ่งด้วย

5. การลงโทษให้เบาลงหากว่าชายผู้กระทำผิดยังไม่แต่งงาน

6. โทษฐานข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายลักษณะอาญาคือ โทษทางแพ่งไม่ใช่โทษทางอาญา เพราะโทษของความผิดฐานนี้ คือ ปรับไหม

### ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี รศ. 118

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์... พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงมีพระบรมราชโองการดำรัสเหนือเกล้าให้ประกาศให้ทราบทั่วกันว่า พระราชกำหนดกฎหมายเดิมที่ว่าด้วยการข่มขืนทำชำเราผู้หญิงนั้น ยังบกพร่องอยู่หลายประการเป็นเหตุให้เกิดความสงสัยต่างๆ ในการพิจารณาพิพากษา คดีที่กล่าวหากันว่า ข่มขืนทำชำเรา จึงทรงพระราชดำริเห็นควรให้แก้ไขพระราชกำหนดกฎหมายนั้นเสียใหม่ให้ชัดเจนดีขึ้นกว่าแต่เก่า

<sup>4</sup> กฎหมายตราสามดวง มาตรา 71 (1)

<sup>5</sup> กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ทรงอธิบายว่าเด็กที่ไม่รู้ถึงสาวในเรื่องนี้มีลักษณะวิเวกมาตรา 11 คืออายุต่ำกว่า 7 ขวบลงมา

เหตุฉะนั้นจึงมี พระราชโองการดำรัส เหนือเกล้าให้ตราพระราชกำหนดไว้ต่อไปดังนี้  
 มาตรา 3 ชายใดข่มขืนชำเราหญิง ในเหตุ 4 ประการดังที่จะกล่าวต่อไปข้างล่างนี้ ท่าน  
 ว่าชายผู้นั้น ข่มขืนชำเราหญิง คือ

ข้อ 1 ขืนใจหญิง

ข้อ 2 หญิงไม่ยินยอม

ข้อ 3 หญิงยินยอมด้วยชายขู่เข็ญ จะทำร้ายแก่ร่างกายและชีวิตหญิงๆมีความ  
 กลัวจึงยินยอม

ข้อ 4 หญิงยินยอมก็ดี ถ้าไม่ยินยอมก็ดีแต่หญิงนั้นมีอายุต่ำกว่า 12 ปี ลงมา

มาตรา 4 ชายใดข่มขืนชำเราหญิง ดังเช่นว่าไว้ในมาตรา 3 พิจารณาเป็นสัตย์ ให้ลง  
 โทษจำคุกไว้ตั้งแต่ 10 ปี ลงมา กับให้ทำการหนักมากก็ได้ ถ้ามิให้ทำการหนักด้วยก็ได้ แล้วจะ  
 ปรับเป็นเงินทำขวัญให้แก่หญิงตั้งแต่ 1,000 บาทลงด้วยก็ได้

อนึ่งผู้ใดได้รับโทษฐานข่มขืนชำเรา ครั้งหนึ่งแล้ว ภายหลังยังกลับข่มขืนกระทำผิด  
 ลงอีกเป็นครั้งที่ 2 ที่ 3 ต่อไปจะลงโทษเข็ญตั้งแต่ 60 ที่ลงมา เพิ่มเข้ากับโทษจำคุก และปรับ  
 ด้วยอีกก็ได้<sup>6</sup>

จากพระราชกำหนดดังกล่าวสามารถสรุปได้ดังนี้

1.องค์ประกอบของความผิดตามพระราชกำหนดนี้ ประกอบด้วย

1. ขืนใจหญิง

2. หญิงไม่ยินยอม

3. หญิงยินยอมด้วยชายขู่เข็ญจะทำร้ายแก่ร่างกายและชีวิตหญิง หญิงมีความ  
 กลัวจึงยินยอม

4. หญิงอายุต่ำกว่า 12 ปี

2. ความแตกต่างระหว่าง ขืนใจหญิงและหญิงไม่ยินยอม นั้น กรมหลวงราชบุรีดิเรก  
 ฤทธิธธิบายว่า “ข้อที่ 1 (ขืนใจหญิง) กับข้อที่ 2 (ฝืนไม่ยินยอม) ดูผิวเผินแล้วก็คล้ายกันแต่มี  
 ความประสงค์นั้นคือ ข้อที่ 1 ต้องใช้กำลังที่หนี ถ้า ทำอย่างไรไม่พ้น ข้อ 2 มัดชายปลอมตัว  
 เป็นสาว หญิงไม่รู้สีก ถ้าโดยให้ยาเพื่อเมากินไม่มีสติ”<sup>7</sup>

<sup>6</sup> ราชบุรีดิเรกฤทธิ, 299-302

<sup>7</sup> ราชบุรีดิเรกฤทธิ, 301

3. ผู้ใดพยายามจะกระทำความผิดตามพระราชกำหนดนี้ถือว่าเป็นความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี พร้อมทำงานหนักหรือปรับเป็นเงินไม่เกิน 500 บาท ในกรณีไม่ทำงานหนัก

4. ผู้สนับสนุนกระทำความผิดหรือสมรู้เป็นใจ ตามพระราชกำหนดนี้ว่าเป็นความผิดต้องโทษ จำคุกไม่เกิน 3 ปี พร้อมทำงานหนักหรือปรับเป็นเงินไม่เกิน 300 บาท ในกรณีทำงานหนัก

5. อายุหญิงในการพิจารณาความยินยอมนั้นคือ 12 ปี

6. การปรับโทษให้หนักขึ้นนั้น พระราชกำหนดได้ตั้งเกณฑ์แก่ผู้กระทำผิดซ้ำเป็นครั้งที่ 2 ครั้งที่ 3 และครั้งต่อไปต้องลงโทษ เข้มข้นไม่เกิน 60 ที และปรับอีกโทษหนึ่ง

7. โทษผู้กระทำผิดตามพระราชกำหนดนี้คือ จำคุก เข้มข้น ทำงานหนัก และปรับ และเป็นที่น่าสังเกตว่าโทษปรับนั้นกฎหมายถือว่าเป็นค่าทำขวัญหญิง ด้วยเหตุนี้โทษปรับนั้นน่าจะเป็นค่าศีลใหม่ ทดแทนทางแพ่งมากกว่าทางอาญา

8. กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้นิยามการทำชำเราว่า “ในการทำชำเราแต่เพียงชายจดถึงทวารหนักหญิงเท่านั้น ก็ได้ถือว่าถึงชำเราทีเดียว”<sup>8</sup>

### ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127<sup>9</sup>

<sup>8</sup> ราชบุรีดิเรกฤทธิ์, 304

<sup>9</sup> กฎหมายลักษณะอาญานั้นนับว่าเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย ซึ่งพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวมหาราช ได้ทรงแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายขึ้นในปี พ.ศ.2440 เพื่อให้ระบบกฎหมายไทย เทียบเท่ากับกฎหมายนานาประเทศที่มาค้าขายกับประเทศไทยในขณะนั้นดังประเทศ ฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ อังกฤษ เป็นต้นเพื่อสะดวกแก่ไทยในการเจรจาแก้ไขสนธิสัญญาเพื่อยกเลิกข้อเสียเปรียบทางการศาล และยุติธรรม

คณะกรรมการตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายชุดนี้ ประกอบด้วย

1. พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นบุรีดิเรกฤทธิ์ เป็นประธาน
2. พระเจ้าน้องยาเธอ กรมหลวงพิชิตปรีชากร
3. พระยาประจักษ์จกรจักร (แหม่ม)
4. เจ้าพระยาอภัยราชา (Bolin Jaquemyns)
5. นายริชาร์ด เกอกแปดริต เนติบัณฑิตชาวเบลเยียม (Richard Kirkpatrick)
6. นายโตกิจิ มาซา (Tokichi Masao) เนติบัณฑิตชาวญี่ปุ่น

ความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลทางอาญา ร.ศ. 127 ในกฎหมายในลักษณะอาญา แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

1. ความผิดฐานกระทำอนาจาร
2. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีบัญญัติอยู่ในส่วนที่ 6 หมวดที่ 2 ในมาตรา 243 ,244, 247 และมาตรา 248

มาตรา 243 บัญญัติว่า

“ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกายหรือวาจาขู่เข็ญ กระทำชำเราขึ้นใจหญิง ซึ่งมีไข้ ภรรยาของตนเอง ท่านว่าผู้นั้นข่มขืนทำชำเราต้องระวางโทษ จำคุกตั้งแต่ปีหนึ่งจนถึงสิบปี และให้ปรับตั้งแต่ ห้าสิบบาทขึ้นไป จนถึงห้าร้อยบาทอีกโสດหนึ่ง

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงชำเราขึ้นใจหญิง ซึ่งมีไข้ภรรยาของตนเอง ท่านว่ามันข่มขืนชำเรา มีความผิด ต้องระวางโทษดุจกันกับที่ว่ามานั้น

ถ้าแลในการกระทำผิด เช่นว่าในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเรานั้น มีบาดเจ็บถึงสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่ สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทด้วยอีกโสດหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้ข่มขืนนั้น ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สิบสองปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับ ตั้งแต่หนึ่งร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาทด้วยอีกโสດหนึ่ง”

มาตรา 244 บัญญัติว่า

---

คณะกรรมการได้ร่างกฎหมายจนเสร็จ และในวันที่ 15 เมษายน พ.ศ.2451 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวมหาราชทรงโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศใช้กฎหมายอาญาระบบแรกของไทย ซึ่งมีบทบัญญัติทั้งสิ้น 340 มาตรา (พัชรินทร์ เปี่ยมสมบุญ, 2523 : 12-14)

“ผู้กระทำชำเราแก่หญิงอายุต่ำกว่าสิบสองปี ถึงหญิงนั้นยินยอมก็ตาม หรือมิได้ยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทจนถึงห้าร้อยบาทอีกโสດหนึ่ง

ถ้าแลการกระทำผิด เช่นว่าในมาตรานี้ เด็กหญิงที่ถูกชำเรานั้น มีบาดเจ็บสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำนั้นต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สามปีขึ้นไปจนถึงสิบห้าปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทอีกโสດหนึ่ง

ถ้าแลเด็กหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาทด้วยอีกโสດหนึ่ง”

#### มาตรา 247 บัญญัติว่า

“ความผิดอย่างใดใด ที่ว่ามาในมาตรา 243, 244, 245 และ 246 นั้น ถ้าผู้กระทำเป็นบิดามารดา หรือปู่ตายายก็ดี ครูบาอาจารย์ที่รับเลี้ยง ผู้กระทำร้ายก็ดี เจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ปกครอง รักษาผู้ถูกทำร้ายก็ดี ท่านว่าระวางโทษของมันผู้กระทำผิดมากกว่าที่บัญญัติไว้ใน 4 มาตราที่ว่านั้นหนึ่งในสามส่วน”

#### มาตรา 248 บัญญัติว่า

“การฟ้องเอาโทษผู้กระทำผิดกฎหมายหมวดนั้น ถ้าคดีเป็นข้อหาว่าใช้อำนาจด้วยกำลัง หรือขู่เข็ญทำชำเราขึ้นใจหญิง ดังว่าไว้ในตอนต้น แห่งมาตรา 243 ก็ดี หรือคดีมีข้อหาว่าใช้อุบาย หลอกลวงทำชำเราขึ้นใจหญิง ดังว่าไว้ในตอนสองแห่งมาตรา 243 นั้นก็ดี ท่านว่าให้พิจารณาเหตุที่เกิดเหตุก่อน ถ้าเหตุมิได้ก่อต่อหน้าธารกำนัลให้ท่านให้ถือว่า ต่อผู้ที่ถูกทำร้ายมาร้องทุกข์ จึงให้พนักงานเอาคดีนั้นขึ้นมาตามกระบิลเมือง”

จากบทบัญญัติที่กล่าวมาข้างต้นสามารถสรุปได้ดังนี้

1.กฎหมายลักษณะอาญารวางโทษจำคุก และปรับแก่ผู้กระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่ 1 ปีจนถึง 10 ปี และปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทถึงห้าร้อยบาท

2.องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 243 คือ

1.ใช้อำนาจบังคับหรือใช้วาจาขู่เข็ญ

2. การกระทำชำเราจนสำเร็จ กล่าวคือ อวัยวะสืบพันธุ์เพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงเป็นที่เรียบร้อย และไม่สำคัญว่าจะล่วงล้ำเข้าไปมากน้อยเพียงใดหรือจะสำเร็จความใคร่หรือไม่

3. เหตุที่ต้องรับโทษมากขึ้น คือ

1. การข่มขืนกระทำชำเราจนหญิงมีบาดเจ็บสาหัส ตามมาตรา 243 วรรค 3
  2. การข่มขืนกระทำชำเราจนตาย ตามมาตรา 243 วรรค 4
  3. การข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 12 ขวบ ตามมาตรา 244
  4. การข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 12 ขวบ จนได้รับบาดเจ็บและบาดเจ็บสาหัส ตามมาตรา 244 วรรค 2
  5. การข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 12 ขวบจนถึงตาย ตามมาตรา 244 วรรค 2
  6. การข่มขืนกระทำชำเราโดยผู้ที่ได้ระบุในมาตรา 247
4. เกณฑ์อายุในการให้ความยินยอม คือ 12 ปี เช่นเดียวกับพระราชกำหนดข่มขืนล่วงประเวณี และต่อมาได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญาพุทธศักราช 2474 แก่จากเกณฑ์อายุต่ำกว่า 12 ขวบ เป็นเกณฑ์อายุต่ำกว่า 13 ขวบ
5. ตามมาตรา 248 ถ้าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามิได้เกิดต่อหน้า กฎหมายกำหนดเป็นความผิดที่สามารถยอมความได้

### **ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน**

#### **ความหมายการข่มขืนกระทำชำเรา**

นักวิชาการกฎหมายกล่าวว่า การข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายนานาประเทศ ในสมัยโบราณถือว่า เป็นส่วนหนึ่งของการประทุษร้ายทางร่างกายด้วย แต่เรียกการทำร้ายที่ผิดศีลธรรมจรรยา (Indecent Assault) เพราะการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนความยินยอมของผู้อื่นและทำให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บเป็นอันตรายต่อร่างกาย ต่อมาได้ถือว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ (Sexual offence)



นอกจากจะเป็นการทำร้ายร่างกาย และจิตใจของผู้หญิงเสียหายแล้ว ยังทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง เกียรติคุณของผู้เสียหายอีกสถานหนึ่ง<sup>10</sup>

ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้นิยามความหมายของคำว่า ช่มชืดกระทำความชำเรา

คำว่าช่มชืดตามพจนานุกรม หมายถึง การใช้กำลังให้ทำตามใจ ส่วนคำว่าชำเรา นั้น หมายถึง การร่วมประเวณี ด้วยเหตุผลนั้นการช่มชืดกระทำความชำเรานั้น หมายถึง การใช้กำลังบังคับขืนใจหญิงให้ร่วมประเวณี การร่วมประเวณีหมายถึง การเสพสังวาสหรือผสมเพศซึ่งกันและกันระหว่างชายและหญิงในลักษณะร่วมประเวณีตามธรรมชาติโดยที่อวัยวะสืบพันธุ์ของชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง

Nicholas Groth ให้ความหมายว่า การช่มชืดกระทำความชำเราคือ การมีความสัมพันธ์ทางเพศโดยปราศจากความยินยอม โดยผู้ไม่เต็มใจถูกบีบบังคับให้มีเพศสัมพันธ์โดยบุคคลอีกคนหนึ่ง ซึ่งมีสถานภาพทางอำนาจที่เหนือกว่า และเป็นผู้ได้เปรียบซึ่งจะก่อให้เกิดผลเสียติดตามมาทั้งในด้านสังคม เศรษฐกิจและการดำรงชีพของหญิง<sup>11</sup>

สุวัทนา อารีพรรค กล่าววว่า การช่มชืดกระทำความชำเราคือ การพยายามร่วมเพศโดยฝ่ายหญิงไม่ยินยอม อันถือเป็นการทำร้ายทางเพศอย่างหนึ่ง ในทางกฎหมาย การช่มชืดกระทำความชำเรารวมถึงกรณีที่หญิงยินยอมให้มีการร่วมเพศเพราะความกลัว เพราะถูกบังคับ เพราะถูกล่อลวงหรือเพราะปัญญาอ่อน การร่วมเพศในสถานะที่หญิงไม่อาจขัดขืนได้<sup>12</sup>

จากความหมายที่ได้นิยามมาตั้งแต่ต้น ผู้วิจัยขอตั้งข้อสังเกตหลักการสำคัญของ การห้ามทำการช่มชืดกระทำความชำเรานั้นคือ การขืนใจบังคับหญิงให้ร่วมประเวณี หรือมีการร่วมประเวณีโดยที่หญิงไม่ยินยอม ถ้าการร่วมประเวณีเกิดจากความยินยอมจากฝ่ายหญิง ไม่ถือว่เป็นการช่มชืด ถึงแม้ว่าการร่วมประเวณีกับหญิงที่มีใช้

<sup>10</sup> ประสิทธิ์ พัฒนอมร, 2529 : 5

<sup>11</sup> อ้างโดย วิจารณ์ คงเจริญ, 2530 : 31

<sup>12</sup> สุวัทนา อารีพรรค, 2524 : 537

ภรรยาของตนเองด้วยความยินยอมสมัครใจของฝ่ายหญิง เป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมและคุณธรรม ซึ่งเป็นต้นเหตุของปัญหาอื่นๆที่จะตามมาภายหลัง

ประการที่สองการบังคับหญิงอื่นที่มีใช้ภรรยาของตน การบังคับให้ร่วมประเวณีนั้น ต้องร่วมประเวณีตามธรรมชาติเท่านั้น จึงจะถือว่าเป็นความผิด หากการร่วมประเวณีด้วยวิธีการที่ผิดธรรมชาติ โดยใช้วิธีการร่วมประเวณีทางทวารหนักหรือทางปาก การกระทำในลักษณะที่ว่านั้นไม่ได้เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่อาจเป็นความผิดฐานอื่นต่างๆที่การกระทำในลักษณะที่ว่านั้นเป็นการกระทำที่วิปริตผิดมนุษย์และที่สังคมไม่อาจยอมรับได้

### องค์ประกอบของความผิด

เพื่อที่จะทราบว่า การกระทำเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ เราอาจพิจารณาดังต่อไปนี้

1. จะต้องได้มีการกระทำตามความหมายของกฎหมาย
2. ในกรณีที่กฎหมายกำหนดว่า การกระทำจะเป็นความผิดสำเร็จต้องเกิดผลจากการกระทำนั้นๆก็ต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล
3. การกระทำเท่าที่แสดงออกมาภายนอก มีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด
4. ผู้กระทำได้กระทำด้วยเจตนาหรือประมาท<sup>13</sup>

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ได้บัญญัติว่า”ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนโดยขู่เชือดด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท”

จากบทบัญญัติที่ได้กล่าวมาข้างต้น สามารถพิจารณาองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ดังนี้

องค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แบ่งออกเป็น สองประการคือ

1. องค์ประกอบภายนอก อันประกอบด้วย

<sup>13</sup> หุุด แสงอุทัย, 2544 : 47

- 1.1.ตัวการ
  - 1.2.ข่มขืน
  - 1.3.กระทำชำเรา
  - 1.4.หญิงซึ่งมิใช่ภรรยาตน
- 2.องค์ประกอบภายในคือ ความเจตนา

### ตัวการ

มาตรา 83 ให้นิยามตัวการว่า “ในกรณีความผิดได้เกิดขึ้น โดยการกระทำของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ผู้ที่ได้ร่วมกระทำผิดด้วยกันนั้นเป็นตัวการ...” ด้วยเหตุนี้สามารถตีความได้ว่า ตัวการคือบุคคลที่ได้ร่วมกระทำผิดด้วยกัน ตั้งแต่สองคนขึ้นไป แต่ในบางความผิดผู้กระทำอาจทำความผิดได้เพียงคนเดียว ดังความผิดตามมาตรา 276 ฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 276 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใด...” คำว่าผู้ใดอาจหมายถึงหญิงหรือชายก็ได้ ดังนั้น ตัวการในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอาจเป็นหญิงหรือชายก็ได้ การที่หญิงช่วยเหลือชายให้ข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นจนสำเร็จ โดยช่วยจับขาจับแขนหรือกระทำการใดๆ การกระทำเช่นนี้ย่อมมีความผิดฐานเป็นตัวการตามมาตรา 38 ด้วย

ความผิดในเรื่องข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดที่ร่วมกันกระทำได้โดยผู้ร่วมกระทำผิดมิต้องเป็นผู้ลงมือกระทำชำเราด้วยทุกคน เพียงแต่คนใดคนหนึ่งกระทำชำเรา ผู้ที่ร่วมกระทำผิดก็มีความผิดฐานเป็นตัวการ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 แล้ว และประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ก็หาได้บัญญัติให้ลงโทษเฉพาะชายเท่านั้นไม่ ในบทกฎหมายมาตรานี้ บัญญัติแต่เพียงว่า ผู้ใดกระทำผิด ฯลฯ เท่านั้น ฉะนั้นแม้จำเลยที่ 2 จะเป็นหญิง เมื่อฟังได้ว่าสมคบกับจำเลยที่ 1 ร่วมกันกระทำผิด ศาลอาจลงโทษจำเลยฐานเป็นตัวการตามมาตรา 83 ได้<sup>14</sup>

<sup>14</sup>ฎีกาที่ 250/2510 (ประชุมใหญ่) และคำพิพากษาฎีกาที่ 59/2524 ก็วินิจฉัยทำนองเดียวกัน

แต่ถ้าเป็นการกระทำโดยตรงแล้ว ผู้กระทำต้องหมายถึง ชายเท่านั้น เพราะตามถ้อยคำของบทบัญญัติ มาตรา 276 นั้น ผู้ถูกระทำชำเราจะต้องเป็นผู้หญิงเท่านั้น เพราะผู้หญิงไม่อาจข่มขืนกระทำชำเราหญิงด้วยกันได้ และโดยนัยเดียวกันหากหญิงไปข่มขืนกระทำชาย หญิงนั้นก็ไม่มี ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่อย่างใด แต่อาจมีความผิดตามลักษณะอื่นเช่นฐานกระทำอนาจาร<sup>15</sup>

### ข่มขืน

ตามพจนานุกรมคำว่า ข่มขืน หมายถึงการบังคับ<sup>16</sup> ซึ่งโดยนัยแล้วจะหมายถึงการทำชำเราโดยหญิงไม่สมัครใจยินยอม

ถึงแม้ว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 มิได้บัญญัติใช้คำว่ายินยอมก็ตาม เพราะหากพิจารณาจากตัวบทกฎหมายแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาจากบทที่ว่า “..โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือโดยหญิงทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” ก็ย่อมเห็นได้ชัดว่าหญิงผู้ถูกระทำไม่สมัครใจยินยอม

ความยินยอมเป็นหลักสำคัญ ที่จะทำให้การกระทำ อันเป็นความผิดตามกฎหมายกลายเป็นการกระทำ ที่ไม่ผิดกฎหมาย และการกระทำ อันผิดกฎหมายแล้วที่ต้องรับโทษกลายเป็นการกระทำ อันไม่ต้องรับโทษ สำหรับความยินยอมในกรณีแรกกฎหมายเรียกว่าเป็นความยินยอม (consent) ซึ่งทำให้ความผิดขาดองค์ประกอบ ผู้กระทำจึงไม่มีความผิด ดังกรณีกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยได้รับความยินยอมจากหญิงให้กระทำเช่นนั้น ไม่เป็นความผิดฐานกระทำชำเรา ส่วนความยินยอมประเภทที่สองนั้นเป็นความยินยอมภายหลังจากการกระทำความผิดเสร็จสมบูรณ์แล้ว ซึ่งกฎหมายเรียกว่าเป็นการยอมความ (compoundable act) ซึ่งทำให้ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ และทำให้คดีอาญาระงับไปตามที่กฎหมายกำหนด<sup>17</sup>

การยินยอมกับการสมัครใจนั้นมีความแตกต่างกัน เพราะในบางกรณีหญิงอาจยินยอมให้กระทำชำเราโดยที่หญิงไม่สมัครใจก็ได้ เช่นหญิงยอมเพราะความกลัวจะถูกทำร้ายเป็นต้น การยินยอมในลักษณะเช่นนี้ถือว่าการข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 เช่นเดียวกัน

<sup>15</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278

<sup>16</sup> บัญญัติยสถาน, 2531 : 127

<sup>17</sup> ประสทธิ พัฒนอมร, 2529 : 56

แต่ถ้าหญิงสมัครใจให้ร่วมประเวณี แม้จะยินยอมเพราะถูกหลอกลวงก็ตาม ลักษณะเช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นการข่มขืน ดังนั้นผู้กระทำจึงไม่มีความผิดเพราะเหตุกระทำชำเรา ถึงแม้ว่าชายจะใช้ยาปลุกกำหนัดให้กิน หรือชายเล้าโลมหญิงจนหญิงยินยอม การยินยอมในลักษณะที่ว่าเป็นเรียกว่าเป็นการสมัครใจไม่ใช่ข่มขืน<sup>18</sup> แต่การข่มขืนในขณะที่หญิงไม่รู้สึกร่วมไม่เรียกว่าสมัครใจ<sup>19</sup>

ด้วยเหตุนี้การที่จะรู้ว่าหญิงสมัครใจหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป

อนึ่งคำว่า “ข่มขืน” นั้นเดิมพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 มาตรา 3 ใช้คำว่า “ขืนใจหญิง โดยหญิงมิยินยอม หรือยินยอมด้วยชายจะชู้เชิญจะทำร้ายแก่ร่างกายและชีวิต หญิงมีความกลัวจึงยินยอม” และตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 243 ก็ใช้คำว่า “ขืนใจหญิง โดยใช้อำนาจ ด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาชู้เชิญ” เมื่อได้พิจารณาถึงคำว่าข่มขืนกับขืนใจ ก็เห็นว่ามีความหมายเหมือนกัน คือ กระทำโดยหญิงไม่สมัครใจยินยอม

การข่มขืนซึ่งหมายถึงการบังคับ โดยใช้กำลังขืนใจหญิงกระทำชำเราโดยหญิงไม่สมัครใจยินยอม ซึ่งอาจเป็นโดยวิธีอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้

1. โดยชู้เชิญด้วยประการใดๆ
2. โดยใช้กำลังประทุษร้าย
3. โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้
4. โดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

### 1. การข่มขืนโดยชู้เชิญด้วยประการใดๆ

คำว่า "ชู้เชิญ" หมายความว่ากระทำให้กลัวว่าจะได้รับอันตรายอันจะเกิดขึ้นในอนาคต ไม่ว่าจะด้วยประการใดๆ ซึ่งอาจเป็นการชู้ที่กระทำต่อหญิงเอง หรือต่อผู้อื่นที่มีความเกี่ยวข้อง กับหญิงนั้น หรือต่อทรัพย์สินไม่ว่าจะด้วยวิธีการใดๆ กฎหมายมิได้จำกัดวิธีการกระทำ อาจจะทำการชู้เชิญด้วยวาจา ด้วยอาวุธ หรือด้วยกริยาท่าทางประกอบกับแวดล้อมรอบตัวว่าถ้าไม่ยินยอมให้ร่วมประเวณีจะเกิดอันตรายแก่ตนหรือบุคคลอื่น

การชู้เชิญดังที่ได้กล่าวมานั้นมีปัญหาว่า แค่นั้นเพียงใดจึงจะถึงขนาดเป็นการชู้เชิญอันจะเป็นการข่มขืน ฉะนั้นระดับความรุนแรงของการชู้เชิญว่าจะเกิดอันตรายแก่หญิง จึงมี

<sup>18</sup> ฎีกาที่ 828/2486

<sup>19</sup> ฎีกาที่ 234/2466

ความสำคัญที่จะพิจารณาว่าเพียงพอหรือไม่ที่จะถือว่าเป็นการขู่เข็ญอันจะต้องกลัวจนยอมให้ข่มขืนกระทำชำเรา เช่นขู่เข็ญว่าถ้าไม่ยินยอมจำเลยจะ

1. บอกตำรวจว่าหญิงเคยลักทรัพย์
2. บอกบิดาหญิงถึงความประพฤติแต่อดีต
3. ไล่ออกจากงาน
4. จะไม่ขึ้นเงินเดือนให้
5. จะไม่พาไปชมภาพยนตร์

จากตัวอย่างทั้งห้าที่ได้กล่าวมาจะเห็นได้ว่าระดับความรุนแรงของการขู่เข็ญมีความแตกต่างกันไป เป็นปัญหาว่าเราจะแยกระดับความรุนแรงที่จะเป็นการขู่เข็ญตรงไหน ในทางทฤษฎีนั้น การขู่เข็ญที่มีผลนั้นจะต้องเป็นการบังคับหญิงผู้เสียหายให้หมดอิสระในการเลือกโอกาสของตนเอง ถ้าหญิงนั้นยังมีโอกาสที่จะเลือกโดยไม่เกิดอันตรายแก่ตน ก็ยอมไม่ถึงการขู่เข็ญ เช่นขู่ว่าถ้าไม่ยอมให้ร่วมประเวณีจะไล่ออกจากงาน จากกรณีที่ว่านี้จะเห็นว่าหญิงมีโอกาสที่จะหางานใหม่ถ้าถูกไล่ออกจากงานโดยไม่จำเป็นต้องยอมให้ร่วมประเวณีก็ได้ โดยตนไม่ได้รับอันตราย จึงไม่ถึงขั้นขู่เข็ญ<sup>20</sup>

อนึ่งการขู่เข็ญไม่จำเป็นต้องว่าเป็นไปในลักษณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะแม้จะชอบด้วยกฎหมายแต่ถ้าเป็นเหตุที่ทำให้หญิงยินยอมก็ถือว่าเป็นการขู่เข็ญตามความหมายนี้แล้ว อาทิเช่น หญิงลักทรัพย์ของชาย ชายได้ขู่ว่าถ้าไม่ยินยอมให้กระทำชำเราจะส่งตัวให้ตำรวจ การขู่ในลักษณะเช่นนี้ชายผู้กระทำชำเราย่อมมีความผิดเช่นกัน

## 2. การขู่เข็ญโดยใช้กำลังประทุษร้าย

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1 (6) ให้นิยามคำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” ว่า “ใช้กำลังประทุษร้ายหมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคลไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพ ต่อร่างกายหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใดๆซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยให้ยาทำให้มึนเมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน”

<sup>20</sup> ประสทิธิ์ พัฒนอมร, 2529 : 26

เป็นที่น่าสังเกตว่าประมวลกฎหมายอาญาได้นิยามใช้กำลังประทุษร้าย เฉพาะการกระทำทางกายภาพต่อร่างกายและจิตใจเท่านั้น ส่วนการกระทำต่อเสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินไม่อยู่ในความหมายของการใช้กำลังประทุษร้าย แต่อาจอยู่ในความหมายของการขู่เข็ญ ดังที่ผู้วิจัยได้นำเสนอมาแล้วก่อนหน้านี้

### 3. การข่มขืนโดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

การที่หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ซึ่งบางครั้งอาจเป็นภาวะที่หญิงมีอยู่แล้วก่อนจะถูกข่มขืน เช่นหญิงมีร่างกายอ่อนเพลียอยู่แล้ว หรืออาจเป็นเพราะผู้กระทำเป็นฝ่ายทำให้เกิดภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เช่นวางยาสลบหญิง หรือหลอกหญิงให้สำคัญผิดว่าการทำชำเราเป็นการปฏิบัติทางการแพทย์สามารถรักษาโรคภัยได้ แต่ผู้กระทำเองได้กระทำให้หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ก็เป็นการกระทำโดยใช้กำลังประทุษร้ายตามมาตรา 1 (6)

การลุดหญิงเข้าไปในป่าใหญ่ซึ่งไม่มีทางที่จะหนีรอดหรือได้รับความช่วยเหลือจากคนอื่นได้ หญิงจึงต้องจำยอมให้กระทำชำเรา สถานการณ์เช่นนี้ถือว่าหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ดังนั้น คำว่า “อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” จึงมีความหมายกว้าง เพราะไม่จำกัดว่า ภาวะนั้นจะเกิดจากผู้ใดเป็นคนก่อ ดังนั้นการที่จะพิจารณาว่าหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้นั้นต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป

การที่หญิงถูกใส่ยาปลุกกำหนดจนยินยอมให้ชำเราไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ทำให้หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้<sup>21</sup> แต่ถ้ายาทำให้สลบหรือมีนเมาจนช่วยตัวเองไม่ได้ เช่นยากล่อมประสาทหรือมอมเหล้าจนเมามายไม่ได้สติ การกระทำในลักษณะนี้ ถือว่าเป็นการกระทำที่ทำให้หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้<sup>22</sup>

<sup>21</sup> ฎีกาที่ 828/2486

<sup>22</sup> ฎีกาที่ 234/2466

#### 4. การข่มขืนโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

การทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น หมายถึง ทำให้หญิงสำคัญผิดในตัวบุคคล เช่นทำให้หญิงคิดว่าชายเป็นสามีตน หรือทำให้คิดว่าเป็นคู่รัก จึงยอมให้กระทำชำเรา ซึ่งเป็นการสำคัญผิดในตัวบุคคลเป็นคนละคน

ความสำคัญผิดเช่นนี้ต้องเป็นความสำคัญผิดชนิดที่ ถ้ารู้ความจริงก็คงไม่ยินยอมให้กระทำชำเราแน่นอน เช่นถ้ารู้ว่าชายที่ร่วมประเวณีด้วยนั้นเป็นชายอื่นมิใช่สามีของตนก็คงไม่ยอมให้ชำเรา แต่ถ้าหญิงสำคัญผิดในข้อเท็จจริง เช่นการที่หญิงยอมให้ชำเราเพราะชายหลอกว่าจะแต่งงานด้วย เช่นนี้ไม่ทำให้ชายมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพราะหญิงสำคัญผิดในข้อเท็จจริงซึ่งถูกหลอกลวงมิได้สำคัญผิดในตัวบุคคล

อนึ่งความสำคัญผิดในตัวบุคคลของหญิงจะต้องมีส่วนเกี่ยวข้องกับความสมัครใจยินยอมของหญิง กล่าวคือถ้าหญิงรู้ความจริงก็คงไม่สมัครใจยินยอม เพราะคำว่าบุคคลอื่นหมายถึงบุคคลที่เกี่ยวข้องกับหญิงถึงขนาดที่คาดได้ว่าจะสามารถร่วมประเวณีกับหญิงได้โดยหญิงสมัครใจยินยอม เช่นเป็นสามี คู่รัก คู่หมั้น เป็นต้น

#### กระทำชำเรา

กระทำชำเราตามพจนานุกรมมีสองความหมาย คือ ร่วมประเวณี และลี้ก<sup>23</sup> และพจนานุกรมได้ให้ความหมายของคำว่า “ร่วมประเวณี” ว่า หมายถึง เสพสังวาส หรือเสพเมถุน ด้วยเหตุนี้กระทำชำเราจึงหมายถึง การร่วมประเวณีตามธรรมชาติ กล่าวคือ ของลับของชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของหญิง<sup>24</sup> ไม่ว่าจะล่วงล้ำเข้าไปเล็กน้อยเพียงใดก็ตาม ถ้ายังไม่ล่วงล้ำเข้าไปก็เป็นเพียงขั้นพยายาม หรือเพียงอนาจารเท่านั้น ดังนั้นคำว่า ข่มขืนกระทำชำเรา จึงหมายถึง การที่ชายร่วมประเวณีกับหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยหญิงไม่สมัครใจยินยอม

<sup>23</sup> บัญญัติยสถาน, 2531 : 268

<sup>24</sup> ฎีกาที่ 874/2491



เกณฑ์ที่จะถือว่าได้กระทำชำเราเสร็จสมบูรณ์หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากการล่วงล้ำของอวัยวะสืบพันธุ์ของชายว่าได้เข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงหรือไม่ การสำเร็จความใคร่หรือไม่นั้น ไม่สำคัญ เชื่อพรหมจารีจะขาดหรือไม่นั้นก็ไม่ใช่ข้อพิจารณาเช่นเดียวกัน ทั้งนี้เพราะการกระทำชำเรามุ่งพิจารณาเฉพาะการล่วงล้ำทางประเวณีหรือไม่เท่านั้น

ตามคำพิพากษาของศาลฎีกา เคยวินิจฉัยว่า ของลับของจำเลยได้เข้าไปในของลับของผู้เสียหายราว 1 องคุลี ถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราเสร็จแล้ว<sup>25</sup>

ถ้าอวัยวะสืบพันธุ์ของจำเลยเพียงแต่จรดอยู่ที่ปากช่องคลอดของผู้เสียหาย มิได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด จำเลยมีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น<sup>26</sup> ฉะนั้นในการพิสูจน์ว่าได้กระทำชำเราเสร็จสมบูรณ์หรือไม่นั้นต้องนำสืบว่าอวัยวะสืบพันธุ์ของชายได้ผ่านเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงหรือไม่เท่านั้น

เมื่อกระทำชำเราหมายถึง การร่วมประเวณีตามธรรมชาติ ดังนั้นการร่วมประเวณีที่ผิดธรรมชาติ จึงไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 นี้ เช่นการทำเพื่อสำเร็จความใคร่ทางเวจมรรค หรือทางทวารหนัก หรือทางปาก หรืออื่นๆยอมไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่อาจมีความผิดในฐานอื่น เช่นการกระทำอนาจารเป็นต้น<sup>27</sup>

เกี่ยวกับการกระทำชำเราที่มีปัญหาประการหนึ่ง คือปัญหาเกี่ยวกับอายุของผู้กระทำผิด ทั้งนี้เนื่องจากการกระทำชำเราคือการร่วมเพศตามธรรมชาติ (sexual intercourse) ดังนั้นอาจมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับอายุของผู้กระทำผิด ว่า อายุมากพอหรือยังที่สามารถกระทำชำเราได้ ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่า เด็กชายอายุ 14 ปี กระทำชำเราเด็กหญิงอายุ 5 ปี จนสำเร็จความใคร่ เป็นความผิดเพียงอนาจาร<sup>28</sup> อย่างไรก็ตามเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี อาจเป็นตัวการ ผู้สนับสนุน ให้ผู้อื่นกระทำชำเราได้

ส่วนอายุของผู้ถูกกระทำชำเรานั้น ไม่เป็นประเด็นที่จะพิจารณาในด้านความรับผิดชอบของผู้กระทำผิด เพราะแม้ผู้ถูกกระทำจะเป็นเด็กเล็กเพียงใด ผู้กระทำยอมมีความผิด แต่ในความเป็นจริงแล้ว มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า เด็กเล็กนั้นอวัยวะเพศ

<sup>25</sup> ฎีกาที่ 1133/2509

<sup>26</sup> ฎีกาที่ 85/2504

<sup>27</sup> ฎีกาที่ 1048/2518

<sup>28</sup> ฎีกาที่ 345/2485

มีขนาดเล็กช่องคลอดย่อมมีขนาดเล็กเช่นกัน ไม่น่าที่ชายผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราจะสามารถล้วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดได้ ดังนั้นผู้กระทำความผิดอาจมีความผิดเพียงฐานกระทำอนาจารหรือพยายามกระทำชำเราเท่านั้น

### หญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน

การข่มขืนกระทำชำเราหญิงจะเป็นความผิดต่อเมื่อหญิงนั้น มิใช่ภริยาของผู้กระทำ คำว่า "ภริยา" หมายถึง ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>29</sup> ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457<sup>30</sup> ดังนั้นหากสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน แม้จะมีคนอื่นช่วยเหลือให้กระสำเร็จ ทั้งสามีและผู้อื่นไม่มีความผิดตามมาตรา 276 นี้ เพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 บัญญัติให้สามีภริยา จำต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ซึ่งย่อมหมายถึง การอยู่ร่วมเพศด้วย แต่ในกรณีที่สามีช่วยให้คนอื่นกระทำชำเราภริยาตน สามีย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่เป็นความผิดตามมาตรา 83

มีปัญหาที่น่าพิจารณาเกี่ยวกับคำว่า "ภริยา" ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 จะหมายความเฉพาะ ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น หรือจะรวมถึงภริยาตามความเป็นจริงด้วย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457 บัญญัติไว้ว่า "การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้ เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น" ด้วยเหตุนี้การที่บุคคลจะมีฐานะเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ต้องมีการสมรสตามกฎหมาย ซึ่งหมายถึงการสมรสจะเสร็จสมบูรณ์นั้นก็ต่อเมื่อ ได้ทำการจดทะเบียนสมรสเสร็จสมบูรณ์แล้วเท่านั้น

ฉะนั้นชายหญิงที่ยังมิได้มีการจดทะเบียนสมรสแม้ได้จัดการแต่งงานใหญ่โตเพียงใด ก็ย่อมไม่เป็นสามีภริยาตามกฎหมาย

การที่หญิงมิได้เป็นภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้กระทำนั้น จะทำให้ผู้กระทำพ้นผิดได้ ต่อเมื่อเป็นกรณีสำคัญผิดในข้อเท็จจริง เช่นสำคัญผิดว่า หญิงเป็นภริยาของตน เพราะหญิงได้เข้ามานอนในมุ้งภริยาของตน

จากข้อมูลที่ได้กล่าวมาข้างต้นผู้วิจัยมีข้อที่น่าสังเกตและสมควรแก่การเป็นอุทาหรณ์ ดังนี้

<sup>29</sup> หยุต แสงอุทัย 2523 : 273 , ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 4,5 , ฎีกาที่ 1056/2503

<sup>30</sup> มาตรา 1457 บัญญัติว่า "การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้ เฉพาะเมื่อ ได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น"

1. กรณีที่ชายหญิงจัดการแต่งงานถูกต้อง (ตามหลักศาสนา) และได้ยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสต่อเจ้าหน้าที่ทะเบียนเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ขาดแต่เจ้าหน้าที่ยังมีได้ออกใบสำคัญสมรสให้ ชายขอร่วมประเวณีกับหญิง หญิงขจัดขึ้นชายจึงใช้กำลังบังคับร่วมประเวณี ชายมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำตามมาตรา 276

2. กรณีที่ชายหญิงได้จดทะเบียนสมรสโดยถูกต้องตามกฎหมาย แต่ทั้งคู่มิได้มีเจตนาจะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา แต่ได้จดทะเบียนสมรสด้วยเหตุผลอื่น เช่นเพื่อให้ได้สัญชาติไทย เป็นต้น ในกรณีเช่นที่ว่านี้ ถ้าชายทำการบังคับหญิงให้ร่วมประเวณี ชายมิได้มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำตามมาตรา 276

จากกรณีทั้งสองที่ได้กล่าวมาข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่า ในกรณีที่จะพิจารณาว่า ชายหญิงเป็นสามีภริยาหรือไม่ นั้น น่าจะพิจารณาจากสภาพความเป็นจริงด้วย เพราะอย่างกรณีที่ 1 ตามสภาพความเป็นจริงแล้ว ชายยอมเป็นสามีได้ ซึ่งผิดจากกรณีที่ 2 ที่ชายมิได้มีเจตนาที่จะสามีแต่อย่างใด

### องค์ประกอบภายใน เจตนา

มาตรา 59 บัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา”<sup>31</sup>

จากบทบัญญัติข้างต้นนักวิชาการต่างก็เห็นว่า องค์ประกอบที่สำคัญอีกประการหนึ่ง นอกเหนือไปจากองค์ประกอบภายนอกที่จะทำให้ผู้กระทำผิดมีความผิดทางอาญา ต้องประกอบด้วยองค์ประกอบภายใน นั่นก็คือ ความเจตนา<sup>32</sup> ทั้งนี้เพราะถ้าบุคคลไม่มีเจตนาที่จะกระทำความผิดแล้วจะทำให้เขารับผิดชอบในทางอาญาก็ไม่มีความยุติธรรม<sup>33</sup>

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ก็เหมือนกับความผิดฐานอื่นๆที่ผู้กระทำผิดจะต้องมีเจตนาในการกระทำที่จะทำให้เขามีความผิดทางอาญา แต่มีข้อแตกต่างจากความผิดฐานอื่นๆ ในบางประการคือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยไม่เจตนา หรือโดยประมาท<sup>34</sup>

<sup>31</sup> ประมวลกฎหมายอาญา

<sup>32</sup> แสง นุญเฉลิมวิภาส, 2539 : 31

<sup>33</sup> หยุด แสงอุทัย, 2544 : 60

<sup>34</sup> การกระทำโดยประมาทได้แก่ การกระทำความผิดมิใช่โดยเจตนาแต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 4)

ส่วนความหมายของคำว่าเจตนา<sup>35</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 2 และวรรค 3 ได้อธิบายความหมายของคำว่าเจตนาโดยบัญญัติว่า “กระทำโดยเจตนาได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ และในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดจะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้”

ในการที่จะพิจารณาความหมายของคำว่าเจตนา<sup>35</sup> ต้องพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 59 วรรค 2 และวรรค 3 ประกอบกัน เพราะถ้าฟังความในมาตรา 59 วรรค 2 ไม่สามารถให้ความหมายของคำว่าเจตนาได้ทั้งหมด<sup>35</sup>

เมื่อพิจารณาความหมายของคำว่า เจตนา จากบทบัญญัติดังกล่าว<sup>35</sup> นั้น ประจักษ์ว่า การกระทำที่เรียกว่าโดยเจตนา<sup>35</sup> นั้นคือ การกระทำที่ผู้กระทำ กระทำโดยรู้สำนึก รู้สึกรับผิดชอบ รู้ถึงองค์ประกอบของความผิด และในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลที่จะเกิดขึ้น หรือประสงค์ต่อผลที่อาจจะเกิดขึ้นที่กฎหมายเรียกว่า ย่อมเล็งเห็นผล

การรู้สำนึกในการกระทำนั้นหมายถึง การกระทำที่ผู้กระทำ

1. ได้มีการคิดว่าจะกระทำ
2. ได้มีการตกลงใจว่าจะกระทำตามที่คิดนั้น และ
3. ได้มีการกระทำที่ตกลงใจ

เมื่อครบองค์ประกอบสามประการข้างต้นถือได้ว่าผู้กระทำได้กระทำโดยรู้สำนึก

การรู้องค์ประกอบของการกระทำหาจำเป็นต้องรู้ถึงรายละเอียดหรือที่เรียกว่ารู้แจ้ง (actual knowledge) ไม่ และในขณะเดียวกันไม่เพียงพอในการรู้องค์ประกอบถ้าเป็นการเพียงรู้แค่ว่าจะเป็นไปได้หรือขึ้นควรรู้ (potential knowledge) แต่การรู้องค์ประกอบนั้นเป็นการรู้ที่อยู่ระหว่างรู้แจ้งและขึ้นควรรู้<sup>36</sup>

การประสงค์ต่อผล หมายถึงผู้กระทำประสงค์ต่อผลของการกระทำนั้นๆตามที่ผู้กระทำมุ่งหมายให้เกิดขึ้น และการกระทำที่มุ่งหมายต่อผลที่จะเกิดขึ้นอาจเป็นความมุ่งหมายโดยตรงหรือเจาะจง และอาจเป็นการมุ่งหมายโดยอ้อมก็ได้ ซึ่งตามแนวคำพิพากษาของไทย มักจะวินิจฉัยข้อเท็จจริงดังกล่าวว่าเป็นเจตนา<sup>35</sup> ย่อมเล็งเห็นผล

<sup>35</sup> แสวง บุญเฉลิมวิภาส, 2539 : 52

<sup>36</sup> คู แสวง เฉลิมวิภาส, 2524 : 19

เจตนาข่มเหงเห็นผล หมายถึง ผลที่คาดเห็นว่าจะเกิดขึ้นและเลื่องของผลที่จะเกิดขึ้น ไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นทีเดียว เพียงแต่อาจเป็นไปได้ก็เพียงพอแล้ว ซึ่งต้องพิจารณาจากแง่ของผู้กระทำเอง มิใช่พิจารณาจากแง่ของสามัญชนทั่วไป ที่เรียกว่า วิญญูชน

โดยปกติแล้วศาลมักจะพิจารณาความประสงค์ของผู้กระทำจากกรรมและพฤติกรรม ภายนอกเพราะคนเรามีอาจคาดเดาความประสงค์ของคนอื่นได้นอกจากผลที่ปรากฏขึ้น ซึ่งสอดคล้องกับหลักอาญาที่ว่า "กรรมข่มเหงเป็นเครื่องชี้เจตนา"

จากข้อมูลที่ได้นำเสนอมาข้างต้นผู้วิจัยสามารถกล่าวได้ว่า กรณีการข่มขืนกระทำชำเรานั้น ผู้ทำการข่มขืนกระทำชำเรานั้นมีเจตนาอย่างแน่แน่ว่าจะทำการข่มขืนหญิง ซึ่งไม่ เป็นปัญหาที่จะพิจารณาในแง่องค์ประกอบข้อนี้ เพราะดังที่เสนอมาแล้วว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยมิเจตนา แต่ผู้กระทำอาจจะอ้างว่าการที่เขาทำการข่มขืน นั้นเป็นการสำคัญผิดในข้อเท็จจริง หากผู้กระทำเข้าใจว่า หญิงผู้ถูกข่มขืนนั้นเป็นภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเข้าใจว่าหญิงสมัครใจยินยอมให้ชำเรา ซึ่งทั้งสองกรณีที่ว่านี้ เป็นการมิได้รู้ถึงข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ที่จะทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิด

อนึ่ง ตามถ้อยคำในมาตรา 59 นี้ คำว่า เจตนาไม่ได้ระบุต้องเป็นเจตนาชั่วร้าย (mean rea) ดังนั้นเจนาตามตรา 59 นี้เป็นเพียงแก่เจตนาที่จะกระทำผิด (criminal intention) เท่านั้น

## บทลงโทษ

### จุดประสงค์ของการลงโทษ

นักวิชาการได้สรุปจุดประสงค์ของการลงโทษไว้ดังนี้<sup>37</sup>,

#### 1. เพื่อทดแทนให้สาสมกับความผิด (retribution)

ความประสงค์นี้มีแนวคิดมาจากการที่เชื่อว่าบุคคลทั่วไปมีเจตจำนงอิสระ (free will) ในการตัดสินใจกระทำการใดๆ ดังนั้นจึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้นๆของตน เมื่อทำผิดแล้วก็ต้องรับโทษให้สาสมแก่ความผิด

#### 2. เพื่อป้องกันความผิด (deterrence)

โทษอาญามีขึ้นเพื่อป้องกันหรือห้ามปรามมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น โดยหวังว่าโทษจะมีผลต่อบุคคลทั่วไป มิให้เอาเยี่ยงอย่าง อันเป็นการมองผลเพื่อป้องกันทั่วไป และมี

<sup>37</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2540 : 347-350, ประเทือง ธนิยผล และสุวิทย์ นิ่มน้อย, 2533 : 170-171

ผลต่อผู้กระทำความผิดให้หวาดกลัว ไม่กล้ากระทำความผิดอีกและกลับตนเป็นคนดี อันเป็นการป้องกันเฉพาะ

ตามความคิดนี้อาจต้องลงโทษอย่างรุนแรงเพื่อให้คนทั่วไปเกรงกลัว ซึ่งอาจเป็นการไม่ยุติธรรมแก่ผู้รับโทษ การนำเอาความคิดนี้มาใช้ จะต้องคำนึงถึงปัจจัยหลายอย่างประกอบด้วยกัน อาทิเช่น ความแตกต่างในลักษณะของความผิด โอกาสที่จะก่อให้เกิดการกระทำความผิด การบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคทั่วหน้า เป็นต้น

### 3. เพื่อตัดนิสัยผู้กระทำความผิด (reformation)

การลงโทษทางอาญาแก่บุคคลนั้นเป็นไปได้ว่า วันหนึ่งผู้รับโทษจะต้องผ่านและพ้นโทษ จึงเป็นการดีที่จะใช้การลงโทษดังกล่าว แก้ไขปรับปรุงตัวผู้กระทำความผิดไปด้วยในตัว เพราะการกระทำความผิดของบุคคล อาจเกิดจากสาเหตุหลายประการ เช่น อุปนิสัยใจคอของผู้กระทำประกอบกับพฤติกรรมภายนอกแวดล้อม การศึกษาอบรม โอกาสในการกระทำความผิด เป็นต้น ดังนั้นการปรับปรุงแก้ไขบุคคลให้กลับตนเป็นคนดีได้ เมื่อพ้นโทษแล้ว จึงเป็นการดีที่สุด ผู้กระทำความผิดแต่ละคน มีปัญหาไม่เหมือนกัน จึงควรหาวิธีที่เหมาะสมสำหรับเขา

### 4. เพื่อตัดผู้กระทำผิดออกจากสังคม (incapacitation)

เป็นวิธีป้องกันสังคมจากผู้กระทำความผิด โดยแยกผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคม อาจเป็นการชั่วคราว เช่น จำคุก กักขัง หรือเป็นการถาวรได้แก่โทษประหารชีวิต เพื่อให้ไม่มีโอกาสกลับมากระทำความผิดอีก

### 5. เพื่อสร้างจิตสำนึก

การลงโทษเป็นการยับยั้งผู้กระทำความผิดนี้ อาจเป็นการสร้างจิตสำนึกในบุคคลทั่วไปให้ปฏิบัติตามกฎหมาย โดยมีการลงโทษเป็นการเตือนจิตสำนึกของบุคคลทั่วไป เพื่อมิให้มีการละเมิดกฎหมาย เพราะโทษจะเป็นตัวชี้ให้เห็นว่า การกระทำอย่างใดถูกและอย่างไรผิดเป็นส่วนหนึ่งของการป้องกันนั่นเอง

## โทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 276 “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เชือดด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับแปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท”

จากบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นว่า โทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราคือ จำคุก<sup>38</sup> ตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท<sup>39</sup>

## เหตุที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้น

มาตรา 276 วรรคสอง “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

มาตรา 277 วรรคสอง “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำแก่เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

มาตรา 277 วรรคสาม “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกหรือวรรคสองได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงและเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต”

มาตรา 277 ทวิ “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคแรก หรือมาตรา 277 วรรคแรกหรือวรรคสอง เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำ

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

<sup>38</sup> โทษจำคุกหมายถึงการรับตัวบุคคลที่ได้ระบุไว้ในกฎหมายอาญาหรือเอกสารอันเป็นคำสั่งของเจ้าพนักงาน ผู้มีอำนาจ ให้เจ้าพนักงานเรือนจำหรือทัณฑสถานรับตัวไว้คุมขัง ตามนัยที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 (ประเทือง ธนิยผล และ สุวิทย์ นิ่มน้อย, 2533 : 406

<sup>39</sup> ในการพิจารณาลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดนั้นผู้วิจัยเห็นว่า ต้องพิจารณาจากความรุนแรงของความชั่วของการกระทำ และสถานภาพของผู้กระทำผิดควบคู่กันไป เพื่อที่จะหยุดยั้งผู้กระทำความผิดไม่ให้กลับทำความผิดซ้ำอีกเป็นครั้งที่สอง และเพื่อป้องกันผู้อื่นมิให้กระทำด้วยเช่นกัน

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำได้ระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต"

มาตรา 277 ตรี "ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคสอง หรือมาตรา 277 วรรคสาม เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำ

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำได้ระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำได้ระวางโทษประหารชีวิต"

มาตรา 285 "ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตรี...<sup>40</sup> เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรืออยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำได้ระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในส่วน"

จากบทบัญญัติที่ยกมาข้างต้น ผู้วิจัยสามารถทำการสรุปสาเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องรับโทษหนักขึ้นได้ดังนี้

1. กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด
2. การกระทำที่มีลักษณะเป็นการโทรมหญิง
3. กระทำแก่เด็กหญิงที่ยังไม่เกินสิบสามปี
4. การกระทำที่มีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิง โดยที่เด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือใช้อาวุธ
5. การกระทำที่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย
6. สถานภาพของผู้ถูกระทำ

### 1. กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด

เป็นที่น่าสังเกตว่า ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติว่า "มีหรือใช้" อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ซึ่งข้อเท็จจริงในข้อนี้คือ ผู้กระทำรู้ถึงข้อเท็จจริงอันนี้ว่าสิ่งนั้นคืออาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด

การที่ผู้กระทำความผิดรู้ถึงข้อเท็จจริงอันนี้เป็นเพียงพอที่ผู้กระทำความผิดมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคสอง โดยที่ผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องเอาอาวุธดังกล่าวมาใช้แต่อย่างใด ซึ่งเป็นสาเหตุให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น

<sup>40</sup> เว้นไว้เพราะเป็นมาตราที่ไม่เกี่ยวข้องกับงานวิจัย



อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ประมวลกฎหมายอาญามีได้ให้คำนิยามว่ามีความหมายอย่างไร ในเมื่อเป็นเช่นนี้ผู้วิจัยเห็นว่า อาวุธปืนและวัตถุระเบิดตามมาตรานี้จะมีความหมายธรรมดาตามพจนานุกรม มิได้มีความหมายพิเศษอย่างอื่น ทั้งนี้เพราะตามหลักการใช้กฎหมายโดยทั่วไปแล้วถ้อยคำในบทกฎหมายอาญามีได้นิยามไว้ย่อมหมายความว่าประสงค์ที่จะให้มีความหมายตามปกติธรรมดาเท่านั้น

อนึ่งการที่ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหลายคน และคนใดคนหนึ่งในจำนวนนั้นมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ในกรณีเช่นที่ว่ามีผู้กระทำความผิดที่ไม่มีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดก็ต้องรับผิดตามมาตรา 276 วรรคสองด้วยเช่นกัน เพราะเป็นการร่วมกระทำความผิดตามมาตรา 83<sup>41</sup>

## 2. การกระทำที่มีลักษณะเป็นการโทรมหญิง

การกระทำที่มีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหมายถึง การกระทำที่ผู้กระทำมีมากกว่า 1 คนขึ้นไปหรือร่วมกันกระทำตั้งแต่สองคนขึ้นไป กล่าวคือกระทำผิดในลักษณะรวมกันทุกคนที่ร่วมกระทำผิดต่างร่วมกันกระทำชำเราหญิงคนเดียวกัน โดยผลัดหมุนเวียนกันกระทำ

ข้อแตกต่างระหว่างการร่วมกระทำตามมาตรา 83 กับการกระทำอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงนั้น มีข้อแตกต่างว่า การร่วมกระทำตามมาตรา 83 นั้น เป็นการช่วยกระทำความผิดโดยที่ไม่ได้ร่วมกระทำชำเราแต่อย่างใด กล่าวคือผู้กระทำชำเรานั้นมีเพียงคนเดียวเท่านั้น ถึงแม้ผู้ร่วมคนอื่นจะช่วยกันจับแขนขาเพื่อความสะดวกในการกระทำชำเรา ในขณะที่การกระทำอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงนั้น ต้องร่วมกันกระทำ ผลัดกันชำเรา ฉะนั้น ถ้าเป็นกรณีผู้กระทำผิดมีสองคนร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราหญิงจนสำเร็จทั้งสองคน ถือได้ว่าเป็นการโทรมหญิงเสมอ และเช่นกันถ้าหากกรณีที่ผู้กระทำผิดคนที่สองกระทำชำเรายังไม่สำเร็จสมบูรณ์ซึ่งเป็นเพียงแค่ขยับพยายาม ก็ถือได้แล้วว่าเป็นการโทรมหญิง<sup>42</sup> แต่ถ้าหากว่าผู้กระทำผิดคนที่สองมีส่วนเพียงแค่ช่วยให้ความช่วยเหลือ ให้ความสะดวกในการกระทำผิด ก็ไม่มีความผิดฐานเป็นการโทรมหญิงตามมาตรา 276 วรรคสองแต่เป็นความผิดตามมาตรา 276 วรรคแรกประกอบกับมาตรา 83 เท่านั้น

ด้วยเหตุนี้การที่จะพิจารณาว่า ผู้ร่วมกระทำความผิดจะมีความผิดตามมาตรา 83 หรือตามมาตรา 276 วรรคสองนั้น ต้องพิจารณาจากความเจตนาที่จะร่วมกระทำความผิด ดังที่ศาล

<sup>41</sup> ฎีกาที่ 227/2529, 1202/2529

<sup>42</sup> ฎีกาที่ 3007/2532

ฎีกาเคยวินิจฉัยกรณีที่ชายสองคนจุดหญิงมายังพวกที่รออยู่ แล้วผลักดันข่มขืนกระทำชำเราได้สองคน ตำรวจก็เข้ามาจับ จำเลยได้ถอดเสื้อกางเกงนอกออกกำลังนั่งคอยกระทำเป็นคนต่อไป ศาลตัดสินว่าจำเลยมีความผิดตามมาตรา 276 วรรคสองด้วย<sup>43</sup> ดังที่ผู้วิจัยได้ยกตัวอย่างมาแล้วข้างต้น

### 3. การกระทำแก่เด็กที่มีอายุยังไม่เกินสิบสามปี

การกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี มีความผิดเสมอถึงแม้ว่าจะกระทำโดยได้รับความยินยอมจากเด็ก ทั้งนี้เพราะมาตรา 277 ได้กำหนดเกณฑ์อายุเด็กหญิงที่สามารถยินยอมให้กระทำชำเรานั้นคือ อายุสิบห้าปีถึงแม้ว่าจะเกินเพียงไม่กี่วันก็ตาม

มาตรา 277 วรรคสองได้กำหนดโทษหนักขึ้นในกรณีที่กระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี

การที่กฎหมายกำหนดอายุเด็กหญิงไว้ที่อายุสิบสามปีนั้น ผู้มีความเห็นว่าเพราะเด็กหญิงอายุเท่านี้ไม่โตพอที่จะรู้เรื่องการประเวณี ยังไม่สมควรแก่การกระทำชำเรา และอีกทั้งยังไม่รับผิดชอบพอที่จะมีครอบครัว ทั้งนี้เพราะมาตรา 277 วรรคท้ายได้กำหนดอายุเด็กหญิงไว้ที่เกินสิบสามปีที่ศาลสามารถอนุญาตให้สมรสกับผู้ทำการข่มขืนกระทำชำเรา

### 4. การกระทำที่มีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิง โดยที่เด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยใช้อาวุธ

ข้อเท็จจริงในข้อนี้เหมือนกับข้อเท็จจริงในข้อแรก ผู้วิจัยขอไม่นำเสนอซ้ำเป็นครั้งที่สอง แต่สาเหตุที่ผู้วิจัยแยกข้อนี้ออกต่างหากจากข้อที่หนึ่งนั้น เพราะในมาตรา 277 วรรคสามนี้มีข้อแตกต่างจากมาตรา 276 วรรคสองในเรื่องการกำหนดบทลงโทษ กล่าวคือมาตรา 277 วรรคสามได้กำหนดโทษสูงมากคือจำคุกตลอดชีวิตสถานเดียว ในขณะที่มาตรา 276 วรรคสองนั้นได้กำหนดโทษจำคุกไว้ตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต ซึ่งกฎหมายให้อำนาจการตัดสินลงโทษนั้นขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล

### 5. การกระทำที่เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย

<sup>43</sup> ฎีกาที่ 1403/2521

เหตุที่ทำให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้นตามข้อนี้ นั่น พิจารณาจากผลของการกระทำ ถ้าหากว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นสาเหตุให้หญิงผู้ถูกระทำได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้น

มาตรา 297 ได้อธิบายความหมายของคำว่าอันตรายสาหัสนั้นคือ

1. ตาบอด หูหนวก ลิ่นขาดหรือเสียนานประสาท
2. เสียวัววะสืบพันธุ์ หรือความสามารถสืบพันธุ์
3. เสียวเนขา มือ เท้า นิ้วหรืออวัยวะอื่นใด
4. หน้าเสียวโงมอย่างติดตัว
5. แผลงู
6. จิตพิการอย่างติดตัว
7. ทูพพลภาพหรือป่วยเจ็บเรื้อรังซึ่งอาจถึงตลอดชีวิต
8. ทูพพลภาพหรือป่วยเจ็บด้วยอาการทุกขเวทนาเกินกว่ายี่สิบวันหรือจนประกอบกรณิกิจตามปกติไม่ได้เกินกว่ายี่สิบวัน

อนึ่งการที่ผู้ถูกระทำจนได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายนั้น ต้องเป็นผลโดยตรงอันเนื่องมาจากการถูกข่มขืนกระทำชำเรา กล่าวคือเป็นผลตามธรรมชาติย่อมเกิดขึ้นได้โดยที่ผู้กระทำมิเจตนาที่จะข่มขืนกระทำชำเราเพียงอย่างเดียว แต่ด้วยเพราะการข่มขืนนั้นทำให้หญิงตายหรือรับอันตรายสาหัส แต่ถ้าผู้กระทำมิเจตนาสองเจตนา คือต้องการที่จะข่มขืนกระทำชำเราและต้องการที่ฆ่าหญิงเพื่อปิดปาก กรณีเช่นนี้ผู้กระทำผิดย่อมมีความผิดตามมาตรา 289 อีกฐานหนึ่งด้วย แต่มิได้เป็นความผิดตามมาตรา 277 ทวิ

## 6. สถานภาพของผู้ถูกระทำ

การเพิ่มโทษให้หนักขึ้นในข้อนี้พิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏโดยที่ผู้กระทำรู้ข้อเท็จจริงว่าหญิงผู้ถูกข่มขืนนั้นเป็นผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ถ้าผู้กระทำผิดสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันนี้ ก็ไม่เป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น

ผู้สืบสันดาน ได้แก่ บุตร หลาน หลาน ลื้อ และผู้สืบสันดานต่อๆลงไปซึ่งเป็นผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง

ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล หมายถึงดูแลปกป้องอยู่เป็นปกติธุระ มิใช่ชั่วคราว ด้วยเหตุนี้ครูที่เข้าสอนตามตารางสอน ครูที่สอนพิเศษ และครูตามโรงเรียนกวดวิชาไม่ถือว่าเป็นครู

และศิษย์ในความดูแลตามมาตรา 285 นี้<sup>44</sup> แต่ครูใหญ่ผู้ที่มีความรับผิดชอบควบคุมดูแลเด็กทั้งโรงเรียนนั้นเป็นครูกับศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลตามมาตรา 285 นี้

ผู้ที่อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาลนั้น หมายถึงผู้ที่มีภาระหน้าที่ดังกล่าวตามที่กฎหมายกำหนด มิใช่ตามความเป็นจริง เพราะผู้ปกครองตามความเป็นจริงอาจมิใช่ผู้ปกครองตามกฎหมายกำหนดก็ได้

### เหตุที่ทำให้ผู้กระทำผิด

มาตรา 277 วรรคท้ายบัญญัติว่า “ความผิดที่บัญญัติไว้ในวรรคแรก ถ้าเป็นการกระทำที่ชายกระทำกับเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำผิดนั้นไป”

ตามมาตรา 277 วรรคท้ายนี้เป็นกรณีของผู้กระทำเป็นเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี แต่อายุกว่าสิบสามปีซึ่งกระทำด้วยความยินยอมสมัครใจ และได้รับอนุญาตจากศาลให้สมรสกันได้ ในกรณีเช่นนี้ผู้กระทำผิดไม่รับโทษแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ในการที่จะทำให้ผู้กระทำผิดพ้นผิดนั้นมีเงื่อนไขสำคัญดังนี้

1. ความสมัครใจยินยอมของเด็กหญิง
2. เด็กหญิงอายุระหว่างสิบสามปีถึงสิบห้าปี และ
3. ได้รับอนุญาตจากศาลให้สามารถสมรสกันได้

### การยอมความ

---

<sup>44</sup> ฎีกาที่ 1627/2500

มาตรา 281 บัญญัติว่า “การกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคแรก...<sup>45</sup> ถ้ามิได้เกิด ต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย หรือมิได้ เป็นการกระทำแก่บุคคลดังระบุไว้ในมาตรา 285 เป็นความผิดอันยอมความได้”

จากบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นเป็นความผิดที่ ยอมความกันได้ แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นมีเงื่อนไขสำคัญดังนี้

- 1.หญิงผู้ถูกระทำอายุเกินกว่าสิบห้าปี
- 2.การกระทำมิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล
- 3.การกระทำนั้น ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำได้รับอันตรายสาหัสหรือเสียชีวิต และ
- 4.มิได้เป็นการกระทำต่อบุคคลที่ระบุในมาตรา 285

---

<sup>45</sup> เว้นไว้เพราะเป็นมาตราที่ไม่เกี่ยวข้องกับงานวิจัย