



โครงการทุนสนับสนุนการจัดทำตำราและหนังสือ
สถาบันนวัตกรรมการเรียนรู้มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด ความผิดเกี่ยวกับเพศ

Explanation of the Criminal Law: Offences Relating to Sexuality

ผู้ช่วยศาสตราจารย์วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์



โครงการทุนสนับสนุนการจัดทำตำราและหนังสือ
สถาบันนวัตกรรมการเรียนรู้มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ชื่อหนังสือ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด ความผิดเกี่ยวกับเพศ
Explanation of the Criminal Law: Offences Relating to Sexuality

ผู้แต่ง ผู้ช่วยศาสตราจารย์วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์

พิมพ์ครั้งที่ 1 กันยายน 2564 จำนวน 5,000 เล่ม

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของหอสมุดแห่งชาติ

วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์.

คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด ความผิดเกี่ยวกับเพศ = Explanation of the criminal law: offences relating to sexuality.— เชียงราย : มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, 2564.
280 หน้า.

1. อาชญากรรมทางเพศ. I. ชื่อเรื่อง.

345.0253

ISBN 978-616-470-054-3

ผู้จัดพิมพ์ โครงการทุนสนับสนุนการจัดทำตำราและหนังสือ
สถาบันนวัตกรรมการเรียนรู้มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
333 หมู่ 1 ตำบลท่าสุด อำเภอเมืองเชียงราย จังหวัดเชียงราย 57100
โทรศัพท์: 0 5391 7897 ต่อ 8080
อีเมล: mlil@mfu.ac.th
เว็บไซต์: mlil.mfu.ac.th

ผู้จัดจำหน่าย บริษัท ซีเอ็ดดูเคชั่น จำกัด (มหาชน)

ออกแบบปก นางสาวผกากรอง ปิ่นทะนัน

ออกแบบรูปเล่ม นายชัชชากุล กาดาสาย

พิมพ์ที่ สถาบันนวัตกรรมการเรียนรู้มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ราคา 260 บาท

หนังสือเล่มนี้เป็นลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง การผลิตและการลอกเลียนหนังสือเล่มนี้ไม่ว่ารูปแบบใดทั้งสิ้น
ต้องได้รับอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษรจากมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

คำนำ

ผู้เขียนได้รับมอบหมายจากสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ให้เป็นผู้สอนวิชา “กฎหมายอาญาภาคความผิด” ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2557 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน เนื้อหาหลักของวิชานี้ ประกอบไปด้วยฐานความผิดต่าง ๆ ที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 13

“ความผิดเกี่ยวกับเพศ” คือความผิดที่ปรากฏอยู่ในลักษณะ 9 ตั้งแต่มาตรา 276 ถึงมาตรา 287/2 โดยความผิดเกี่ยวกับเพศนี้ประกอบไปด้วยฐานความผิดที่สำคัญคือ ความผิดฐานกระทำความผิด (ผู้อื่นและเด็ก) และความผิดฐานกระทำความผิด (ผู้อื่นและเด็ก) ซึ่งเป็นฐานความผิดที่มักเกิดการกระทำความผิดขึ้นอยู่บ่อยครั้งและเป็นคดีความขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมเป็นจำนวนมาก

หนังสือเล่มนี้ได้ทำการอธิบายความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ทุกมาตรา และเพื่อให้ผู้อ่านได้เห็นถึงพัฒนาการของบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน หนังสือเล่มนี้จึงได้ทำการรวบรวมบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายตราสามดวง (พระไอยการลักษณะฝ่าฝืน) ในพระราชกำหนดลักษณะขึ้นล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ในกฎหมายลักษณอาญา และในประมวลกฎหมายอาญาไว้ในภาคผนวกอีกด้วย

การจัดทำหนังสือเล่มนี้สำเร็จล่วงไปได้ด้วยดี ผู้เขียนขอขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.คนพล จันทน์หอม คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ที่กรุณาให้คำแนะนำแก่ผู้เขียนทั้งในเชิงรูปแบบ และในเชิงเนื้อหา และขอขอบใจนางสาวปิ่นหยก ศาสน์ประดิษฐ์ นักศึกษาชั้นปีที่ 3 สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ที่ช่วยผู้เขียนในการตรวจคำผิด

หากหนังสือเล่มนี้มีข้อผิดพลาดหรือข้อบกพร่องประการใด โปรดเสนอแนะและแจ้งให้ผู้เขียนทราบได้ที่อีเมล wiwat.dam@mfu.ac.th จักขอบพระคุณเป็นอย่างยิ่ง ทั้งนี้ผู้เขียนจะพิจารณาข้อเสนอแนะของผู้อ่านด้วยความรอบคอบและจะดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมในโอกาสต่อไป

ผู้ช่วยศาสตราจารย์วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์

สาขาวิชากฎหมายอาญา สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

มกราคม พ.ศ. 2564

สารบัญ

บทที่ 1 บทนำ.....	9
1. โครงสร้างการดำเนินเรื่อง.....	9
2. รากฐานและพัฒนาการทางความคิดของความผิดเกี่ยวกับเพศ.....	11
3. การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญา ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน.....	15

คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญา

ส่วนที่ 1 ความผิดที่กระทำทางเพศต่อผู้ถูกระทำโดยตรง

บทที่ 2 ความผิดฐานกระทำชำเราผู้อื่น (มาตรา 276).....	19
บทที่ 3 ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก (มาตรา 277).....	59
บทที่ 4 กรณีที่ผู้ถูกระทำชำเราได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย (มาตรา 277 ทวิ และมาตรา 277 ตรี).....	71
บทที่ 5 ความผิดฐานกระทำอนาจารผู้อื่น (มาตรา 278).....	77
บทที่ 6 ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก (มาตรา 279).....	105
บทที่ 7 กรณีที่ผู้ถูกระทำอนาจารได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย (มาตรา 280).....	113
บทที่ 8 การบันทึกภาพหรือเสียง และการเผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งภาพหรือเสียง การกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารที่บันทึกไว้ (มาตรา 280/1).....	119
บทที่ 9 การกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารญาติสืบสายโลหิตหรือผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ของผู้กระทำ (มาตรา 285).....	123
บทที่ 10 การกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารบุคคลซึ่งไม่สามารถปกป้องตนเองได้ (มาตรา 285/2).....	131

บทที่ 11 การห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กผู้ถูกระงับเพื่อให้พ้นจากความผิดฐาน กระทำความผิดหรือความผิดฐานกระทำความอนาจาร (มาตรา 285/1).....	134
--	-----

ส่วนที่ 2 ความผิดที่ไม่ได้กระทำทางเพศต่อผู้ถูกระงับโดยตรง

บทที่ 12 ความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจาร (มาตรา 282 และมาตรา 283).....	143
บทที่ 13 การเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารญาติสืบสายโลหิตหรือผู้อยู่ ภายใต้อำนาจของผู้กระทำ (มาตรา 285).....	161
บทที่ 14 ความผิดฐานพาผู้อื่นไปเพื่อการอนาจาร (มาตรา 284).....	163
บทที่ 15 ความผิดฐานพาผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร (มาตรา 283 ทวิ).....	169
บทที่ 16 การห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กผู้ถูกระงับเพื่อให้พ้นจากความผิดฐาน เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจาร หรือความผิดฐานพาผู้เยาว์ไป เพื่อการอนาจาร (มาตรา 285/1).....	173
บทที่ 17 ความผิดฐานแสวงหาประโยชน์จากผู้ซึ่งค้าประเวณี (มาตรา 286).....	175
บทที่ 18 ความผิดฐานทำให้แพร่หลายซึ่งสิ่งลามก (มาตรา 287).....	183
บทที่ 19 ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก (มาตรา 287/1).....	195
บทที่ 20 ความผิดฐานทำให้แพร่หลายซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก (มาตรา 287/2).....	201

ภาคผนวก

ภาคผนวก 1 บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายตราสามดวง.....	207
ภาคผนวก 2 บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118.....	209
ภาคผนวก 3 บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายลักษณอาญา.....	213
ภาคผนวก 4 บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญาในอดีต.....	217
(ก) จุดเริ่มต้นของบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญา.....	217

(ข) การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1.....	220
(ค) การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 2.....	225
(ฅ) การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 3.....	230
(ง) การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4.....	233
(จ) การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5.....	235
(ฉ) การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 6.....	237
(ช) การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 7.....	238
(ซ) การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 8.....	239
(ฌ) การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 9.....	241
(ญ) การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 10.....	244
ภาคผนวก 5 บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน.....	251
 บรรณานุกรม.....	 261
ดัชนีค้นคำ.....	265
ดัชนีค้นคำพิพากษาศาลฎีกา.....	273

สารบัญมาตรา

มาตรา 276.....	19
มาตรา 277.....	59
มาตรา 277 ทวิ.....	71
มาตรา 277 ตี.....	71
มาตรา 278.....	77
มาตรา 279.....	105
มาตรา 280.....	113
มาตรา 280/1.....	119
มาตรา 281.....	99
มาตรา 282.....	143
มาตรา 283.....	143
มาตรา 283 ทวิ.....	169
มาตรา 284.....	163
มาตรา 285.....	123
มาตรา 285/1.....	134
มาตรา 285/2.....	131
มาตรา 286.....	175
มาตรา 287.....	183
มาตรา 287/1.....	195
มาตรา 287/2.....	201



บทที่ 1

บทนำ

1. โครงสร้างการดำเนินเรื่อง

“ความผิดเกี่ยวกับเพศ” จัดอยู่ในกลุ่มความผิดทางอาญาที่ร้ายแรง¹ ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ ตั้งแต่มาตรา 276 ถึงมาตรา 287/2

หนังสือเล่มนี้ได้ทำการอธิบายความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ทุกมาตรา โดยผู้เขียนได้แบ่งโครงสร้างการดำเนินเรื่องออกเป็น 4 ส่วนหลัก ได้แก่ ส่วนบทนำ ส่วนเนื้อหา ส่วนภาคผนวก และส่วนท้าย

ส่วนบทนำ คือบทที่ 1 โดย**หัวข้อที่ 1** จะกล่าวถึงโครงสร้างการดำเนินเรื่องของหนังสือเล่มนี้ **หัวข้อที่ 2** กล่าวถึงรากฐานและพัฒนาการทางความคิดของความผิดเกี่ยวกับเพศตั้งแต่ในยุคสมัยพระไอยการลักษณะหัวเมียในกฎหมายตราสามดวง พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 กฎหมายลักษณอาญา และประมวลกฎหมายอาญา และ**หัวข้อที่ 3** กล่าวถึงการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน

ส่วนเนื้อหา คือบทที่ 2 ถึงบทที่ 20 ซึ่งในส่วนของส่วนเนื้อหานี้ผู้เขียนได้แบ่งโครงสร้างการอธิบายออกเป็น 2 ส่วนย่อย ได้แก่ ส่วนที่ 1 ความผิดที่กระทำทางเพศต่อผู้ถูกกระทำโดยตรง และส่วนที่ 2 ความผิดที่ไม่ได้กระทำทางเพศต่อผู้ถูกกระทำโดยตรง

ส่วนที่ 1 ความผิดที่กระทำทางเพศต่อผู้ถูกกระทำโดยตรง คือบทที่ 2 ถึงบทที่ 11 ซึ่งแต่ละบทจะกล่าวถึงเนื้อหาดังต่อไปนี้

บทที่ 2 ความผิดฐานกระทำชำเราผู้อื่น (มาตรา 276)

บทที่ 3 ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก (มาตรา 277)

บทที่ 4 กรณีที่ผู้ถูกกระทำชำเราได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย (มาตรา 277 ทวิ และมาตรา 277 ตรี)

บทที่ 5 ความผิดฐานกระทำอนาจารผู้อื่น (มาตรา 278)

¹ A. Ashworth and L. Zedner, *Preventive Justice*, (Oxford: Oxford University Press, 2014), p.

บทที่ 6 ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก (มาตรา 279)

บทที่ 7 กรณีที่ผู้ถูกกระทำอนาจารได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย (มาตรา 280)

บทที่ 8 การบันทึกภาพหรือเสียง และการเผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งภาพหรือเสียง การกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารที่บันทึกไว้ (มาตรา 280/1)

บทที่ 9 การกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารญาติสืบสายโลหิตหรือผู้อยู่ภายใต้อำนาจของผู้กระทำ (มาตรา 285)

บทที่ 10 การกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารบุคคลซึ่งไม่สามารถปกป้องตนเองได้ (มาตรา 285/2)

บทที่ 11 การห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กผู้ถูกกระทำเพื่อให้พ้นจากความผิดฐานกระทำชำเราหรือความผิดฐานกระทำอนาจาร (มาตรา 285/1) และ

ส่วนที่ 2 ความผิดที่ไม่ได้กระทำทางเพศต่อผู้ถูกกระทำโดยตรง คือบทที่ 12 ถึงบทที่ 20 ซึ่งแต่ละบทจะกล่าวถึงเนื้อหาดังต่อไปนี้

บทที่ 12 ความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจาร (มาตรา 282 และมาตรา 283)

บทที่ 13 การเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารญาติสืบสายโลหิตหรือผู้อยู่ภายใต้อำนาจของผู้กระทำ (มาตรา 285)

บทที่ 14 ความผิดฐานพาผู้อื่นไปเพื่อการอนาจาร (มาตรา 284)

บทที่ 15 ความผิดฐานพาผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร (มาตรา 283 ทวิ)

บทที่ 16 การห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กผู้ถูกกระทำเพื่อให้พ้นจากความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจาร หรือความผิดฐานพาผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร (มาตรา 285/1)

บทที่ 17 ความผิดฐานแสวงหาประโยชน์จากผู้ซึ่งค้าประเวณี (มาตรา 286)

บทที่ 18 ความผิดฐานทำให้แพร่หลายซึ่งสิ่งลามก (มาตรา 287)

บทที่ 19 ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก (มาตรา 287/1) และ

บทที่ 20 ความผิดฐานทำให้แพร่หลายซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก (มาตรา 287/2)

ส่วนภาคผนวก เพื่อให้ผู้อ่านได้เห็นถึงพัฒนาการของบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ผู้เขียนจึงได้ทำการรวบรวมบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันไว้ในส่วนภาคผนวกนี้ เริ่มตั้งแต่พระไอยการลักษณะผิดเมียในกฎหมายตราสามดวง พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 กฎหมายลักษณะอาญา และจบท้ายที่ประมวลกฎหมายอาญา

ส่วนท้าย คือส่วนของบรรณานุกรม ดัชนีค้นคำ และดัชนีค้นคำพินิจภาษาศาสตร์

2. รากฐานและพัฒนาการทางความคิดของความผิดเกี่ยวกับเพศ

แนวความคิดของความผิดเกี่ยวกับเพศในแต่ละยุคแต่ละสมัยมีความแตกต่างกันขึ้นอยู่กับบริบททางสังคมในช่วงเวลานั้น ๆ ในส่วนของประเทศไทยหากมองย้อนกลับไปในปี พ.ศ. 2348 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่กฎหมายตราสามดวงมีผลใช้บังคับ² สังคมในช่วงเวลานั้นมองว่าหญิงเป็นเพศที่มีความอ่อนแอทางด้านร่างกายเมื่อเทียบกับชาย และอาจถูกชายข่มขืนกระทำชำเราได้ง่าย ด้วยเหตุนี้ **พระไอยการลักษณะผิดเมีย**³ จึงได้บัญญัติให้ความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นการกระทำโดยมีผู้กระทำเป็นชาย และมีวัตถุแห่งการกระทำเป็นหญิงทั้งสิ้น⁴ นอกจากนี้ ยังมีค่านิยมที่ว่าชายเป็นใหญ่ในสังคม หญิงมี

² พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชทรงโปรดเกล้าฯ ให้นำกฎหมายเก่าในสมัยอยุธยาและธนบุรีมาชำระสะสาง โดยได้ชำระสะสางเสร็จในปี จ.ศ. 1166 (พ.ศ. 2347) ต่อมาในปี จ.ศ. 1167 (พ.ศ. 2348) ทรงให้พนักงานอาลักษณ์จารึกเขียนพระไอยการฉบับต่าง ๆ ไว้บนสมุดข่อยสีขาว จากนั้นทรงให้ปิดดวงตราพระราชสีห์ พระคชสีห์ และบัวแก้ว ไว้บนปกสมุดข่อย (เป็นที่มาของชื่อ “กฎหมายตราสามดวง”) และทรงกำชับว่าต่อไปหากมีการอ้างใช้ตัวบทกฎหมายใด ๆ ในการพิจารณาพิพากษาคดี หากกฎหมายที่อ้างนั้นไม่มีตราทั้งสามดวงนี้ อย่าให้ผู้ใดเชื่อฟังเป็นอันขาด

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู ราชบัณฑิตยสถาน, **กฎหมายตราสามดวง ฉบับราชบัณฑิตยสถาน เล่ม 1**, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อมรินทร์พรินต์ติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2550), หน้า 8-10, 498-499.

³ บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายตราสามดวงปรากฏอยู่ใน**พระไอยการลักษณะผิดเมีย**

⁴ **พระไอยการลักษณะผิดเมีย มาตรา 1** “ชายใดข่มขืนภริยาท่านถึงชำเรา...”

มาตรา 46 “เจ้าเงินก็ดีพี่น้องลูกหลานแห่งเจ้าเงินก็ดี ข่มขืนหญิงทาสถึงชำเรา...”

มาตรา 71 “ชายใดข่มขืนหญิงม่ายถึงชำเรา...”

มาตรา 75 “บุรุษผู้ใดจับข้อมือหยอกบุตรีท่านก็ดี ขึ้นไปถึงที่นอนบุตรีท่านก็ดี แลหลุดลากบุตรีท่านไปจูบกอดทำชั่วแลทำประการใดก็ดี...”

มาตรา 76 “ชายใดมีเมียแล้วข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา...”

มาตรา 77 “ชายหาเมียมิได้ ข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา...”

สถานะเป็นเพียงทรัพย์สินของชายเท่านั้น⁵ ดังนั้น การที่ชายซึ่งเป็นสามีข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นภริยาของตนจึงไม่มีความผิดตามพระโอัยการลักษณผัวเมียแต่อย่างใด

ต่อมาในปี พ.ศ. 2442 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่พระราชกำหนดลักษณข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118⁶ มีผลใช้บังคับแทนที่พระโอัยการลักษณผัวเมียในกฎหมายตราสามดวง สังคมในเวลานั้นมองว่าการที่ชายใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำทวารหนักของหญิง⁷ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่หญิงไม่น้อยไปกว่าการที่ชายใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำอวัยวะเพศของหญิง นอกจากนี้ ยังมองว่าการกระทำชำเราสัตว์ (Bestiality) นั้นเป็นสิ่งที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน (Good Morals) ซึ่งสมควรที่จะกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา⁸ ด้วยเหตุนี้ พระราชกำหนดฉบับนี้จึงได้บัญญัติให้การกระทำความผิดดังกล่าวข้างต้นเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศในส่วนของการกระทำชำเราผิดธรรมดาโลก⁹ เพิ่มเติมจากพระโอัยการลักษณผัวเมียที่ไม่ได้มีการบัญญัติเรื่องนี้ไว้แต่อย่างใด อนึ่ง การที่พระราชกำหนดฉบับนี้ได้บัญญัติให้การกระทำชำเราสัตว์เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นนับได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศโดยที่ไม่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้อง¹⁰

และมาตรา 78 “ชายใดข่มขืนหญิงเด็กไม่รู้เคยขามาถึงชำเรา...”

สำหรับรายละเอียดเพิ่มเติมของแต่ละมาตราโปรดดูในภาคผนวก 1

⁵ รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู คริส เบเคอร์ และผาสุก พงษ์ไพจิตร, ประวัติศาสตร์ไทยร่วมสมัย, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มติชน, 2562), หน้า 23, 63.

⁶ พระราชกำหนดฉบับนี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 16 หน้า 16 วันที่ 9 เมษายน ร.ศ. 118 (พ.ศ. 2442)

⁷ พระราชกำหนดฉบับนี้ใช้คำว่า “เวจมรรค” ซึ่งหมายถึง ทวารหนัก

⁸ พระราชกำหนดฉบับนี้ใช้คำว่า “สัตว์เดรฉาน” ซึ่งหมายถึง สัตว์ทุกชนิด เช่น สุนัข โค กระบือ

⁹ พระราชกำหนดลักษณข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 มาตรา 5 วรรคหนึ่ง “ผู้ใดทำชำเราทางเวจมรรคก็ดี ฤ็ทำชำเราด้วยสัตว์เดรฉานผิดธรรมดาโลกย์ก็ดี...”

สำหรับรายละเอียดเพิ่มเติมของมาตรานี้โปรดดูในภาคผนวก 2

¹⁰ ความผิดเกี่ยวกับเพศสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่มใหญ่ ๆ ได้แก่ กลุ่มที่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้อง เช่น การกระทำชำเราผู้อื่น การกระทำอนาจารผู้อื่น และกลุ่มที่ไม่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้อง เช่น การกระทำชำเราสัตว์ การกระทำอนาจารศพ (แม้ประเทศไทยจะจัดให้การกระทำอนาจารศพอยู่ในหมวดหมู่ของความผิดเกี่ยวกับศพ อันเนื่องมาจากผู้ตรากฎหมายได้พิจารณาองค์ประกอบภายนอกในส่วนของวัตถุแห่งการกระทำคือ “ศพ” เป็นสำคัญ แต่หากพิจารณาองค์ประกอบภายนอกในส่วนของการกระทำคือ “กระทำอนาจาร” เป็นสำคัญแล้ว การกระทำอนาจารศพก็สามารถจัดอยู่ในหมวดหมู่ของความผิดเกี่ยวกับเพศได้เช่นกัน)

กระทั่งในปี พ.ศ. 2451 ได้มีการประกาศใช้**กฎหมายลักษณะอาญา**¹¹ แทนที่พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 โดยสังคมในช่วงเวลานั้นมองว่าสิ่งของลามก (Obscenity) เป็นสิ่งที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งสมควรที่จะกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา และมองว่าการเป็นธุระจัดหาเด็กเพื่อการกระทำชำเราหรือเพื่อการกระทำอนาจารนั้น แม้จะไม่ได้เป็นการกระทำทางเพศต่อเด็กผู้ถูกระทำโดยตรง แต่ก็ป็นต้นทางที่นำเด็กไปสู่การถูกระทำชำเราหรือถูกระทำอนาจารในบั้นปลาย ด้วยเหตุนี้ กฎหมายฉบับนี้จึงได้กำหนดให้มีความผิดฐานนำสิ่งของลามกออกขายหรือแสดงโดยเปิดเผยแก่สาธารณชน¹² และความผิดฐานเป็นธุระจัดหาเด็กเพื่อการกระทำชำเราหรือเพื่อการกระทำอนาจาร¹³ ซึ่งนับได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศที่ไม่ได้มีการกระทำทางเพศต่อผู้ถูกระทำโดยตรง¹⁴ นอกจากนี้ สังคมในช่วงเวลานั้นยังมองว่าการที่ชายใช้วิธีวะเพศของตน

รายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับการแบ่งกลุ่มความผิดเกี่ยวกับเพศโปรดดู คณพล จันทน์หอม, **คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), หน้า 539.

¹¹ กฎหมายฉบับนี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 25 ฉบับพิเศษ หน้า 206 วันที่ 1 มิถุนายน ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451)

¹² **กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 240** “ผู้ใดเอารูปภาพ หรือสมุด หรือสิ่งใดใด อันมีลักษณะเปนของลามกอนาจาร ออกขายหรือทอดตลาดก็ดี หรือเอาของลามกอนาจารที่ว่ามานั้นแสดงโดยเปิดเผยแก่สาธารณชนก็ดี ท่านว่ามีความผิด ต้องระวางโทษานุโทษ...”

สำหรับรายละเอียดเพิ่มเติมของมาตรานี้โปรดดูในภาคผนวก 3

¹³ **กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 241** “ผู้ใด...เปนธุระหาเด็กอายุต่ำกว่าสิบสองขวบให้ผู้อื่นทำชำเรา หรือทำอนาจารก็ดี ท่านว่ามีความผิด ต้องระวางโทษ...”

ต่อมาในปี พ.ศ. 2474 มาตรานี้ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมโดย**พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาชญา พ.ศ. 2474** ให้มีข้อความดังต่อไปนี้แทน

มาตรา 241 วรรคหนึ่ง “ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่น บังอาจเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งหญิงหรือเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบแปดขวบ แม้หญิงหรือเด็กหญิงนั้นยินยอมก็ตาม ท่านว่ามีความผิดต้องระวางโทษ...”

สำหรับรายละเอียดเพิ่มเติมของมาตรานี้โปรดดูในภาคผนวก 3

¹⁴ ในมิติที่ผู้เขียนกำลังกล่าวถึงนี้ ความผิดเกี่ยวกับเพศสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่มใหญ่ ๆ ได้แก่ **กลุ่มความผิดที่กระทำทางเพศต่อผู้ถูกระทำโดยตรง** เช่น การกระทำชำเราผู้อื่น การกระทำอนาจารผู้อื่น และ**กลุ่มความผิดที่ไม่ได้กระทำทางเพศต่อผู้ถูกระทำโดยตรง** เช่น การเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจาร การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก

ล่วงล้ำทวารหนักของชายด้วยกันนั้นโดยสภาพแล้วไม่ต่างอะไรกับการที่ชายใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำทวารหนักของหญิง ดังนั้น กฎหมายฉบับนี้จึงได้บัญญัติให้การกระทำดังกล่าวข้างต้นเป็นความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์¹⁵ (พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ใช้ถ้อยคำว่ากระทำชำเราผิดธรรมดาโลก)

อย่างเข้าสู่ปี พ.ศ. 2500 ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา¹⁶ แทนที่กฎหมายลักษณะอาญา โดยสังคมในเวลานั้นมองว่าการที่ชายดำรงชีพอยู่ด้วยผลจากการหากินของหญิงค้าประเวณีนั้น เป็นกรณีที่ชายแสวงหาประโยชน์ที่ไม่ควรได้โดยชอบจากหญิงค้าประเวณี¹⁷ ซึ่งสมควรที่จะกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา¹⁸ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายฉบับนี้จึงได้กำหนดให้มีความผิดฐานแสวงหาประโยชน์จากหญิงค้าประเวณี¹⁹ อย่างไรก็ดี นิตินโยบาย (Legal Policy) ที่มีต่อความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ของสังคมในเวลานั้นได้เปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ การที่ชายใช้อวัยวะเพศของตน

วิธีการแบ่งกลุ่มความผิดเกี่ยวกับเพศเช่นนี้ ผู้เขียนได้นำมาใช้เป็นโครงสร้างการอธิบายความผิดเกี่ยวกับเพศในหนังสือเล่มนี้

¹⁵ กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 242 “ผู้ใดทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดี หรือทำชำเราสัตว์เดียรฉานก็ดี ท่านว่ามีความผิด ต้องระวางโทษ...”

สำหรับรายละเอียดเพิ่มเติมของมาตรานี้โปรดดูในภาคผนวก 3

¹⁶ ประมวลกฎหมายอาญามีผลใช้บังคับโดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 พระราชบัญญัติฉบับนี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 73 ตอนที่ 95 ฉบับพิเศษ หน้า 1 วันที่ 15 พฤศจิกายน พ.ศ. 2499 โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้บัญญัติให้ประมวลกฎหมายอาญามีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 เป็นต้นไป

¹⁷ ภาษาปากเรียกว่า “แมงดา” ซึ่งหมายถึง ชายที่อาศัยน้ำพักน้ำแรงของหญิงโสเภณีดำรงชีวิต

¹⁸ ในปี พ.ศ. 2500 การค้าประเวณีไม่มีความผิดทางอาญาหากจดทะเบียนการค้าประเวณีถูกต้องตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติป้องกันสัจจรโรค ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) แต่ต่อมาในปี พ.ศ. 2503 การค้าประเวณีเริ่มมีความผิดทางอาญา ทั้งนี้โดยผลของพระราชบัญญัติปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2503

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู ปิยวัฒน์ วิฑูรธารณ์, “ปัญหาในการกำหนดความรับผิดชอบต่อผู้ค้าประเวณี,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2560), หน้า 66-85.

¹⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 วรรคหนึ่ง “ชายใดอายุกว่าสิบหกปี ดำรงชีพอยู่ด้วยผลจากการหากินของหญิงนครโสเภณี ต้องระวางโทษ...”

สำหรับรายละเอียดเพิ่มเติมของมาตรานี้โปรดดูในภาคผนวก 4

ล่งล้ำทวารหนักของหญิงหรือของชายด้วยกันตามกฎหมายลักษณะอาญาเป็นความผิดฐานกระทำชำเรา ผิดธรรมดาตามนุษย์แต่ตามกฎหมายฉบับนี้กลับเป็นเพียงความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น และการกระทำชำเราสัตว์เป็นความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ตามกฎหมายลักษณะอาญาแต่ตามกฎหมายฉบับนี้กลับไม่ปรากฏความผิดฐานนี้ให้เห็นแต่อย่างใด

นับตั้งแต่ประมวลกฎหมายอาญาเริ่มมีผลใช้บังคับจนถึงปัจจุบัน แนวความคิดของความผิดเกี่ยวกับเพศมีพัฒนาการเรื่อยมาตามบริบททางสังคม ที่เห็นได้ชัดเจนคงจะหนีไม่พ้นในปี พ.ศ. 2550 ที่สังคมในช่วงเวลานั้นมองว่าชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันและจะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ ด้วยเหตุนี้ จากเดิมที่ความผิดฐานกระทำชำเราได้เฉพาะกรณีที่ผู้กระทำเป็นชายและผู้ถูกกระทำเป็นหญิงเท่านั้น ได้เปลี่ยนแปลงเป็นผู้กระทำจะเป็นชายหรือเป็นหญิงและผู้ถูกกระทำจะเป็นหญิงหรือเป็นชายก็ได้ นอกจากนี้ จากเดิมการที่ชายซึ่งเป็นสามีข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นภริยาของตน ชายนั้นไม่มีความผิดฐานกระทำชำเรา ได้เปลี่ยนแปลงเป็นไม่ว่าชายหรือหญิงข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสของตน ชายหรือหญิงนั้นมีความผิดฐานกระทำชำเรา ทั้งนี้ โดยผลของพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550²⁰

3. การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน

นับตั้งแต่ประมวลกฎหมายอาญาเริ่มมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500²¹ เป็นต้นมา จนถึงปัจจุบัน ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติต่าง ๆ ในกฎหมายฉบับนี้เรื่อยมาจำนวน 30 ครั้ง ซึ่งหากนับเฉพาะบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศแล้ว พบว่าได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมจำนวน 10 ครั้ง ดังต่อไปนี้

²⁰ พระราชบัญญัติฉบับนี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอนที่ 56 ก หน้า 1 วันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2550

เดิมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน...” แต่ต่อมาพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้บัญญัติให้ยกเลิกความดังกล่าวและให้ใช้ความต่อไปนี้แทน “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น...”

²¹ ประมวลกฎหมายอาญามีผลใช้บังคับโดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499

พระราชบัญญัติฉบับนี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 73 ตอนที่ 95 ฉบับพิเศษ หน้า 1 วันที่ 15 พฤศจิกายน พ.ศ. 2499

ครั้งที่ 1 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ.
2514²²

ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5)
พ.ศ. 2525²³

ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8)
พ.ศ. 2530²⁴

ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 14)
พ.ศ. 2540²⁵

ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19)
พ.ศ. 2550²⁶

ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 20)
พ.ศ. 2550²⁷

ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23)
พ.ศ. 2558²⁸

²² ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 88 ตอนที่ 127 ฉบับพิเศษ หน้า 1 วันที่
21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514

²³ พระราชบัญญัติฉบับนี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 99 ตอนที่ 108 ฉบับพิเศษ หน้า 5 วันที่ 6
สิงหาคม พ.ศ. 2525

²⁴ พระราชบัญญัติฉบับนี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 104 ตอนที่ 173 ฉบับพิเศษ หน้า 4 วันที่ 1
กันยายน พ.ศ. 2530

²⁵ พระราชบัญญัติฉบับนี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 114 ตอนที่ 72 ก หน้า 42 วันที่ 16 พฤศจิกายน
พ.ศ. 2540

²⁶ พระราชบัญญัติฉบับนี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอนที่ 56 ก หน้า 1 วันที่ 19 กันยายน
พ.ศ. 2550

²⁷ พระราชบัญญัติฉบับนี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอนที่ 56 ก หน้า 5 วันที่ 19 กันยายน
พ.ศ. 2550

²⁸ พระราชบัญญัติฉบับนี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนที่ 10 ก หน้า 48 วันที่ 13 กุมภาพันธ์
พ.ศ. 2558

ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24)

พ.ศ. 2558²⁹

ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26)

พ.ศ. 2560³⁰ และ

ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562³¹

สำหรับรายละเอียดของการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศในแต่ละครั้งนั้น โปรดดูในภาคผนวก 4

จากข้อมูลข้างต้น ผู้เขียนมีความประสงค์ที่จะแสดงให้เห็นว่า นับตั้งแต่ประมวลกฎหมายอาญาเริ่มมีผลใช้บังคับจนถึงปัจจุบัน ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศอยู่บ่อยครั้ง ด้วยเหตุนี้ ในการอ่านงานทางวิชาการหรือคำพิพากษา ผู้อ่านจึงควรระมัดระวังว่าผู้เขียนงานทางวิชาการหรือผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีได้เขียนหรือได้พิจารณาคดีโดยใช้บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีผลใช้บังคับอยู่ในช่วงเวลาใด เนื่องจากการใช้บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีผลใช้บังคับในช่วงเวลาที่แตกต่างกันย่อมก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน เช่น เดิมไม่มีความผิดฐานกระทำชำเราชายแต่ปัจจุบันมี เดิมการใช้อวัยวะเพศของชายผู้กระทำล่วงล้ำเข้าไปในทวารหนักของชายผู้ถูกระทำเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารผู้อื่นแต่ปัจจุบันเป็นความผิดฐานกระทำชำเราผู้อื่น เดิมการใช้วัตถุล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงผู้ถูกระทำเป็นความผิดฐานกระทำชำเราผู้อื่นแต่ปัจจุบันเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารผู้อื่นโดยการล่วงล้ำ เป็นต้น

²⁹ พระราชบัญญัติฉบับนี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนที่ 86 ก หน้า 84 วันที่ 8 กันยายน พ.ศ. 2558

³⁰ พระราชบัญญัติฉบับนี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 32 ก หน้า 51 วันที่ 20 มีนาคม พ.ศ. 2560

³¹ พระราชบัญญัติฉบับนี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนที่ 69 ก หน้า 127 วันที่ 27 พฤษภาคม พ.ศ. 2562

คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญา

ส่วนที่ 1 ความผิดที่กระทำทางเพศต่อผู้ถูกกระทำโดยตรง

บทที่ 2

ความผิดฐานกระทำชำเราผู้อื่น (มาตรา 276)



ที่มาของรูปภาพ <https://highlight.kapook.com>

1. บทบัญญัติ

มาตรา 276 “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่脅ด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำความผิดมีอาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่สามแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส และคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือ

จะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประเพณีแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้ คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

2. องค์ประกอบความผิด

2.1 องค์ประกอบภายนอก

- (1) ผู้ใด
- (2) ข่มขืนกระทำชำเรา
 - (2.1) โดยขู่ใช้ภัยด้วยประการใด ๆ
 - (2.2) โดยใช้กำลังประทุษร้าย
 - (2.3) โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือ
 - (2.4) โดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น
- (3) ผู้อื่น

2.2 องค์ประกอบภายใน

เจตนาธรรมดา

3. เหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักขึ้น

3.1 เหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักขึ้นตามวรรคสอง ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำ

- (1) โดยทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำความผิดมีอาวุธปืน หรือ
- (2) โดยทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำความผิดมีวัตถุระเบิด

3.2 เหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักขึ้นตามวรรคสาม ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำ

- (1) โดยมีอาวุธปืน
- (2) โดยมีวัตถุระเบิด
- (3) โดยใช้อาวุธ หรือ
- (4) โดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหนี้ยหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน

4. เจื่อนไขและผลเกี่ยวกับการลงโทษในกรณีที่เป็นกรกระทำควมผิดระหว่างคู่สมรสตาม วรรคสี่

4.1 กรณีคู่สมรสยังประสงคจะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา

4.1.1 เจื่อนไข

- (1) เป็นการกระทำควมผิดตามวรรคหนึ่ง
- (2) เป็นการกระทำควมผิดระหว่างคู่สมรส และ
- (3) คู่สมรสนั้นยังประสงคจะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา

4.1.2 ผล

- (1) ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือ
- (2) ศาลจะกำหนดเจื่อนไขเพื่อควมประพฤติด้านการลงโทษก็ได้

4.2 กรณีคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงคจะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไปและ ประสงคจะหย่า

4.2.1 เจื่อนไข

- (1) เป็นการกระทำควมผิดตามวรรคหนึ่ง
- (2) เป็นการกระทำควมผิดระหว่างคู่สมรส
- (3) ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก
- (4) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงคจะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา

ต่อไปและประสงคจะหย่า และ

- (5) คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ

4.2.2 ผล

ให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้

5. คำอธิบาย

คุณธรรมทางกฎหมาย (Legal Interest)¹ ของมาตรานี้คือ เสรีภาพทางเพศของบุคคล กล่าวคือ เสรีภาพในการที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง²

“ผู้ใด” คือผู้กระทำ จะเป็นชายหรือเป็นหญิงก็ได้ และจะมีอายุเท่าใดก็ได้

“ข่มขืนกระทำชำเรา” คือการกระทำ ประกอบขึ้นจากคำว่า “ข่มขืน” และคำว่า “กระทำชำเรา” โดยคำว่า “ข่มขืน” หมายถึง ผู้ถูกกระทำไม่ยินยอม หากผู้ถูกกระทำยินยอมย่อมไม่ใช้การข่มขืนแต่อย่างใด ส่วนคำว่า “กระทำชำเรา” มีนิยามปรากฏอยู่ในมาตรา 1 (18) หมายถึง “กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” ซึ่งจากนิยามดังกล่าวสามารถจำแนกหลักเกณฑ์ของการกระทำชำเราได้ดังนี้

(1) เป็นการกระทำโดยมีเจตนาพิเศษ เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยคำว่า “ความใคร่” หมายถึง ความอยาก ความต้องการ ความปรารถนา ความใฝ่ การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำจึงหมายถึง การกระทำตามความอยาก ความต้องการ ความปรารถนา หรือความใฝ่ในทางกามของผู้กระทำ หากเป็นการกระทำโดยไม่มีเจตนาพิเศษดังกล่าวแล้วย่อมไม่ใช้การกระทำชำเราแต่อย่างใด เช่น นาย A มีนิสัยชอบเห็นผู้อื่นร่วมเพศกันต่อหน้าของตน วันหนึ่งนาย A ได้จับนาย B และนาง C มา กักขังไว้ที่บ้านของตน จากนั้นนาย A ได้ใช้ปืนจ่อศีรษะของนาย B และบังคับให้นาย B ร่วมเพศกับนาง C ซึ่งนอนสลบอยู่ มิฉะนั้นนาย A จะยิงนาย B ให้ตาย นาย B กลัวตายจึงยอมร่วมเพศกับนาง C ทั้ง ๆ ที่นาย B ไม่ได้มีความใคร่ต่อนาง C เลย เช่นนี้การกระทำของนาย B ไม่ใช้การกระทำชำเรา เนื่องจากกระทำโดยไม่มีเจตนาพิเศษเพื่อสนองความใคร่ของตน แต่เป็นการกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรคหนึ่ง เนื่องจากเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ อย่างไรก็ตาม นาย B ไม่ต้องรับโทษในความผิดฐานกระทำอนาจารผู้อื่น เนื่องจากเป็นการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นเพราะอยู่ในที่บังคับ

¹ คำว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” เป็นคำที่ใช้โดยศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร หมายถึง สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง ซึ่งเป็นส่วนที่แผ่อยู่ภายในบทบัญญัติความผิดฐานต่าง ๆ

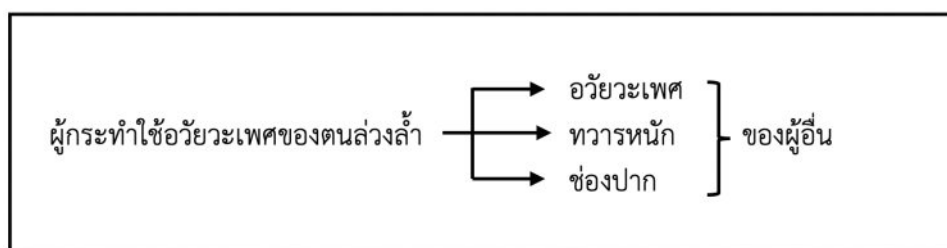
รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), หน้า 149.

และคณิต ฒ นคร, “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา,” วารสารอัยการ 3, 25 (มกราคม 2523): 56-61.

² คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 522.

ตามมาตรา 67 (1) ส่วนการกระทำของนาย A นั้นเป็นการกระทำซ้ำเรา เนื่องจากกระทำโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อสนองความใคร่ของตน ทั้งนี้โดยการที่นาย A ใช้นาย B เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด (Innocent Agent) นั้นเอง³

(2) เป็นการกระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ขอให้ผู้อ่านพิจารณาแผนภาพต่อไปนี้ประกอบ



จากแผนภาพ การกระทำซ้ำเราต้องเป็นการกระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หากเป็นการกระทำโดยการใช้อวัยวะอื่นที่มีใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ เช่น นิ้วมือหรือลิ้นของผู้กระทำ ล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ย่อมไม่ใช่การกระทำซ้ำเราแต่อย่างใด⁴

³ ในความผิดฐานกระทำซ้ำเราผู้อื่น ถือว่านาย A เป็นผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม ส่วนในความผิดฐานกระทำอนาจารผู้อื่นนั้น ถือว่านาย A เป็นผู้ร่วมในการกระทำความผิดในส่วนของผู้ใช้ให้กระทำความผิด ตามมาตรา 84

เมื่อนาย A มีความผิดฐานกระทำซ้ำเราผู้อื่นแล้วก็ไม่มีความผิดฐานกระทำอนาจารผู้อื่นในฐานะที่ตนเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิดอีก เนื่องจากความผิดฐานกระทำซ้ำเราผู้อื่นได้สิ้นความผิดฐานกระทำอนาจารผู้อื่นไปแล้วนั่นเอง ทั้งนี้ตามหลัก “ความผิดที่ใหญ่กว่าสิ้นความผิดที่เล็กกว่า”

รายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับการเป็นผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อมและการเป็นผู้ร่วมในการกระทำความผิด โปรดดู วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2563), หน้า 88.

ส่วนรายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับหลักความผิดที่ใหญ่กว่าสิ้นความผิดที่เล็กกว่าผู้เขียนจะได้กล่าวถึงต่อไปในบทที่ 5

⁴ แต่เป็นการกระทำอนาจารตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 278 ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไปในบทที่ 5

เมื่อเป็นการกระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำแล้ว ผู้กระทำได้ใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำ “อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” ด้วย หากใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำ “อวัยวะอื่นที่มีใช้อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” เช่น ช่องหูหรือช่องจมูกของผู้อื่น ย่อมไม่ใช่การกระทำชำเราแต่อย่างใด⁵

“ล่วงล้ำ” (Penetration) หมายถึง ผ่านทะลุเข้าไป เนื่องจากอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกระทำมีลักษณะเป็นช่อง (Orifice) ที่สามารถใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำเข้าไปได้⁶ ด้วยเหตุนี้ หากเป็นกรณีที่ชายกระทำต่อหญิงย่อมเป็นการกระทำชำเราได้อย่างไม่มีปัญหาอะไร เนื่องจากอวัยวะเพศของชายผู้กระทำสามารถล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของหญิงผู้ถูกระทำได้นั่นเอง แต่หากเป็นกรณีที่ชายกระทำต่อชายด้วยกัน หญิงกระทำต่อชาย หรือหญิงกระทำต่อหญิงด้วยกัน เช่นนี้จะเป็นการกระทำชำเราหรือไม่ ปัญหานี้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557 “ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสอง (เดิม) ให้ความหมายของการกระทำชำเราว่า หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

กรณีที่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตนกระทำชำเรา จะเป็นความผิดสำเร็จได้ต่อเมื่อหากเป็นกรณีชายกระทำต่อหญิง ต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศของชายล่วงล้ำหรือสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของหญิง

หากเป็นกรณีชายกระทำต่อชายด้วยกัน ต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศของชายผู้กระทำล่วงล้ำหรือสอดใส่เข้าไปในทวารหนักหรือช่องปากของชายผู้ถูกระทำ

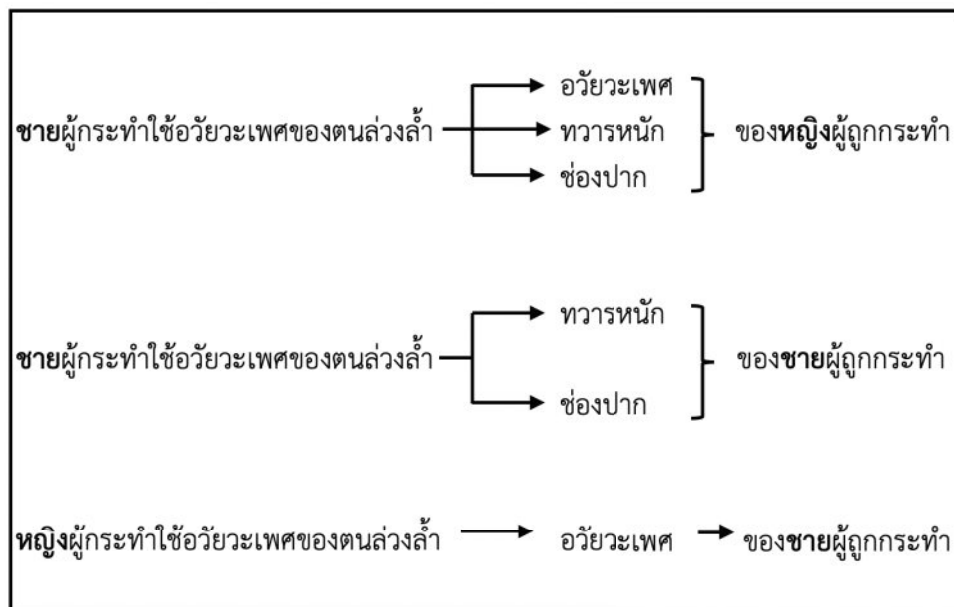
หากเป็นกรณีหญิงกระทำต่อชาย ต้องเป็นกรณีให้อวัยวะเพศชายผู้ถูกระทำล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงผู้กระทำ

ส่วนกรณีที่ผู้กระทำใช้สิ่งอื่นใดกระทำชำเรา จะเป็นความผิดสำเร็จได้ต่อเมื่อ...”

⁵ โปรดดูเชิงอรรถก่อนหน้านี้

⁶ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), หน้า 547.

ขอให้ผู้อ่านพิจารณาแผนภาพต่อไปนี้ประกอบ



วิเคราะห์ (ก) จากแผนภาพ ศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557 ได้อธิบายความหมายของคำว่ากระทำให้ชำเรา โดยแบ่งการอธิบายออกเป็น 3 กรณี ได้แก่ 1) ชายกระทำให้หญิง 2) ชายกระทำให้ชายด้วยกัน และ 3) หญิงกระทำให้ชาย ซึ่งไม่มีกรณีที่หญิงกระทำให้หญิงด้วยกัน

(ข) ศาลฎีกาในคดีนี้ใช้หลักเกณฑ์การ “ล่วงล้ำ” ในการอธิบายความหมายของคำว่ากระทำให้ชำเรา กล่าวคือ ศาลฎีกาในคดีนี้มองว่าอวัยวะเพศของหญิงผู้กระทำมีลักษณะเป็นช่องจึงไม่สามารถใช้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของหญิงผู้ถูกระทำให้ซึ่งมีลักษณะเป็นช่องเช่นเดียวกันได้ ด้วยเหตุนี้ การกระทำให้ชำเราจึงไม่มีในกรณีที่หญิงกระทำให้หญิงด้วยกัน

(ค) จากมุมมองของศาลฎีกาในคดีนี้ที่ว่า อวัยวะเพศของหญิงผู้กระทำมีลักษณะเป็นช่องด้วยเหตุนี้ หากเป็นกรณีที่หญิงกระทำให้ชาย อวัยวะเพศของหญิงผู้กระทำจึงไม่สามารถใช้ล่วงล้ำเข้าไปในทวารหนักหรือช่องปากของชายผู้ถูกระทำให้ซึ่งมีลักษณะเป็นช่องเช่นเดียวกันได้

(ง) ส่วนในกรณีที่ชายกระทำให้ชายด้วยกันนั้น ศาลฎีกาในคดีนี้มองว่าอวัยวะเพศของชายผู้กระทำไม่ได้มีลักษณะเป็นช่อง หากแต่มีลักษณะยื่นออกมาจากร่างกาย จึงไม่สามารถใช้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของชายผู้ถูกระทำให้ซึ่งมีลักษณะยื่นออกมาจากร่างกายเช่นเดียวกันได้

(จ) การที่ศาลฎีกาในคดีนี้วินิจฉัยไว้เช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นปัญหาที่น่าคิดตามมา 4 ประเด็นดังต่อไปนี้ ประเด็นที่หนึ่ง คำว่าอวัยวะเพศมีความหมายกว้างแคบเพียงใด ประเด็นที่สอง หญิงผู้กระทำได้หรือไม้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของหญิงผู้ถูกระทำได้หรือไม่ ประเด็นที่สาม หญิงผู้กระทำได้หรือไม้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของชายผู้ถูกระทำได้หรือไม่ และประเด็นที่สี่ ชายผู้กระทำได้หรือไม้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของชายผู้ถูกระทำได้หรือไม่

(ฉ) ประเด็นที่หนึ่ง คำว่าอวัยวะเพศมีความหมายกว้างแคบเพียงใด เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติความหมายของคำว่า “อวัยวะเพศ” ไว้ จึงต้องพิจารณาจากพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วพบว่า เป็นการนำคำ 2 คำคือคำว่า “อวัยวะ” และคำว่า “เพศ” มารวมเข้ากัน โดยคำว่าอวัยวะ หมายถึง ส่วนของร่างกาย ส่วนคำว่าเพศ หมายถึง รูปที่แสดงให้เห็นว่าชายหรือหญิง เมื่อนำมารวมเข้ากันแล้วคำว่าอวัยวะเพศจึงหมายถึง ส่วนของร่างกายที่แสดงให้เห็นว่าเป็นชายหรือเป็นหญิง⁷

เมื่อถือตามความหมายข้างต้นแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า นอกจากองคชาตแล้ว “ลูกอัณฑะ” ก็ถือเป็นอวัยวะเพศของชาย และนอกจากช่องคลอดแล้ว “แคมใหญ่ แคมเล็ก และคลิตอริส” ก็ถือเป็นอวัยวะเพศของหญิง ทั้งนี้เนื่องจากลูกอัณฑะก็ดี แคมใหญ่ก็ดี แคมเล็กก็ดี และคลิตอริสก็ดี ล้วนเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายที่แสดงให้เห็นว่าเป็นชายหรือเป็นหญิงทั้งสิ้น กล่าวโดยเฉพาะคือ ลูกอัณฑะย่อมแสดงให้เห็นว่าเป็นชาย ในขณะที่แคมใหญ่ แคมเล็ก และคลิตอริสนั้นย่อมแสดงให้เห็นว่าเป็นหญิง⁸ ขอให้ผู้อ่านพิจารณาแผนภาพต่อไปนี้ประกอบ⁹

⁷ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 [ออนไลน์], 22 มิถุนายน 2563. แหล่งที่มา <http://www.royin.go.th/dictionary/>

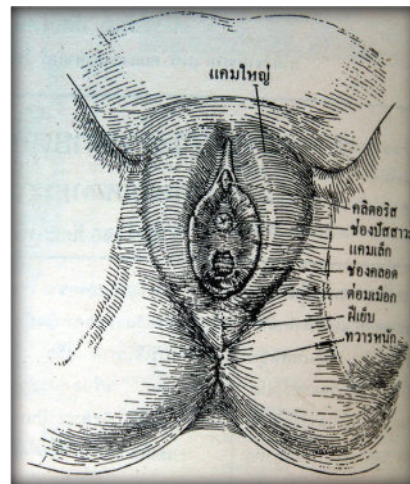
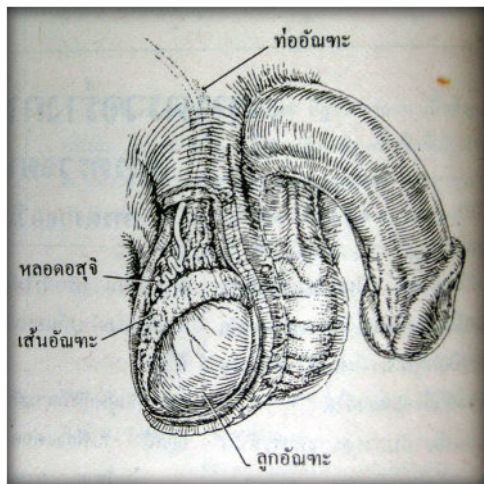
วิวรรธน์ ดำรงค์กุลนันท์, ขอบเขตของการกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศ, มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง (เชียงใหม่: มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, 2561), หน้า 110-112.

และวิวรรธน์ ดำรงค์กุลนันท์, “ขอบเขตของการกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศ,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 48, 1 (มีนาคม 2562): 130-131.

⁸ เรื่องเดียวกัน (งานวิจัย), หน้า 112.

และเรื่องเดียวกัน (บทความวิจัย), หน้า 131.

⁹ หมอชาวบ้าน, การตรวจร่างกายตอนที่ 47 การตรวจตามระบบ การตรวจอวัยวะเพศ [ออนไลน์], 22 มิถุนายน 2563. แหล่งที่มา <https://www.doctor.or.th/article/detail/6634>



มีปัญหาที่น่าคิดต่อไปว่า “คนที่อวัยวะเพศ”¹⁰ และ “หน้าอก” ถือเป็นอวัยวะเพศหรือไม่ ในส่วนของคนที่อวัยวะเพศผู้เขียนมีความเห็นว่า ไม่ถือเป็นอวัยวะเพศ เนื่องจากไม่ใช่ส่วนของร่างกายที่ แสดงให้รู้ว่าเป็นชายหรือเป็นหญิง กล่าวคือ ไม่ว่าจะเป็ชายหรือเป็นหญิงต่างก็มีคนที่อวัยวะเพศ เหมือนกัน และในส่วนของหน้าอกนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้จะเป็นส่วนของร่างกายที่แสดงให้รู้ว่าเป็น ชายหรือเป็นหญิง กล่าวคือ โดยปกติแล้วหน้าอกของชายย่อมไม่ยื่นออกมาจากร่างกายทำให้เรารู้ว่า เขาคือชาย ในขณะที่หน้าอกของหญิงย่อมยื่นออกมาจากร่างกายทำให้เรารู้ว่าเขาคือหญิง แต่คำว่า อวัยวะเพศนั้นนอกจากเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายที่แสดงให้รู้ว่าเป็นชายหรือเป็นหญิงแล้ว ในกรณีชายยังต้อง เป็นส่วนของร่างกายที่อยู่ใกล้ชิดกับองคชาต และในกรณีหญิงยังต้องเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายที่อยู่ใกล้ชิดกับ ช่องคลอดด้วย ดังนั้น หน้าอกซึ่งอยู่ห่างจากองคชาตและช่องคลอดจึงไม่ถือเป็นอวัยวะเพศแต่อย่างใด¹¹

กล่าวโดยสรุป คำว่าอวัยวะเพศ ในส่วนของชายนอกจากองคชาตแล้วยังรวมถึงลูกอัณฑะด้วย และในส่วนของหญิงนั้นนอกจากช่องคลอดแล้วยังรวมถึงแคมใหญ่ แคมเล็ก และคลิตอริสด้วย

และหมอชาวบ้าน, การตรวจร่างกายตอนที่ 48 การตรวจตามระบบ การตรวจอวัยวะเพศ [ออนไลน์], 22 มิถุนายน 2563. แหล่งที่มา <https://www.doctor.or.th/article/detail/6654>

¹⁰ เรียกได้อีกอย่างหนึ่งว่า “หมอย”

¹¹ วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, ขอบเขตของการกระทำชำเรา การกระทำความผิด และการคุกคามทางเพศ, (งานวิจัย), หน้า 112-113.

และวิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, “ขอบเขตของการกระทำชำเรา การกระทำความผิด และการคุกคามทางเพศ,” (บทความวิจัย), หน้า 131.

(ข) ประเด็นที่สอง **หญิงผู้กระทำได้ใช้อวัยวะเพศของตนล่องล้าเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของหญิงผู้ถูกระทำได้หรือไม่** ดังที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์มาแล้วในข้อ (ฉ) ว่า อวัยวะเพศของหญิงนอกจากช่องคลอดแล้วยังรวมถึงแคมใหญ่ แคมเล็ก และคลิตอริสด้วย ซึ่งแม้ช่องคลอดจะมีลักษณะเป็นช่อง แต่แคมใหญ่ แคมเล็ก และคลิตอริสนั้นมีลักษณะยื่นออกมาจากร่างกาย ดังนั้น จึงสามารถใช้ล่องล้าเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของหญิงผู้ถูกระทำได้ซึ่งมีลักษณะเป็นช่องได้ เช่น นาง A ใช้อวัยวะเพศของตนถูไถและดันไปที่อวัยวะเพศของนาง B แม้ว่าช่องคลอดของนาง A จะไม่สามารถล่องล้าเข้าไปในช่องคลอดของนาง B ได้เนื่องจากช่องคลอดของทั้งสองคนนั้นต่างมีลักษณะเป็นช่องเข้าไปในร่างกายของตนเองทั้งคู่ แต่ในขณะที่นาง A ใช้อวัยวะเพศของตนถูไถและดันไปที่อวัยวะเพศของนาง B นั้น แคมใหญ่ แคมเล็ก และคลิตอริสของนาง A ย่อมสามารถล่องล้าเข้าไปในช่องคลอดของนาง B ได้¹²

ผู้อ่านอาจมีข้อสงสัยต่อไปว่า จากตัวอย่างข้างต้น นาง A จะสามารถใช้อวัยวะเพศของตนล่องล้าเข้าไปในทวารหนักของนาง B ได้อย่างไร เนื่องจากปากทวารหนักมีหูรูดกั้นอยู่ ผู้เขียนขอตอบว่า หากหูรูดที่ปากทวารหนักของนาง B เปิด เช่น นาง B ชอบสำเร้จความใคร่ด้วยการใช้มะเขือยาวล่องล้าเข้าไปในทวารหนักของตนอยู่เป็นประจำ ส่งผลให้หูรูดที่ปากทวารหนักของนาง B เปิด เช่นนี้แล้วนาง A ย่อมสามารถใช้อวัยวะเพศของตนในส่วนที่เป็นแคมใหญ่ แคมเล็ก และคลิตอริส ล่องล้าเข้าไปในทวารหนักของนาง B ได้

(ข) ประเด็นที่สาม **หญิงผู้กระทำได้ใช้อวัยวะเพศของตนล่องล้าเข้าไปในทวารหนัก หรือช่องปากของชายผู้ถูกระทำได้หรือไม่** ดังที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์มาแล้วในข้อ (ข) ว่าหญิงผู้กระทำได้ใช้อวัยวะเพศของตนในส่วนที่เป็นแคมใหญ่ แคมเล็ก และคลิตอริส ล่องล้าเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของหญิงผู้ถูกระทำได้ ดังนั้น หญิงผู้กระทำจึงสามารถใช้อวัยวะเพศของตนในส่วนที่เป็นแคมใหญ่ แคมเล็ก และคลิตอริส ล่องล้าเข้าไปในทวารหนักหรือช่องปากของชายผู้ถูกระทำได้เช่นกัน

(ฅ) ประเด็นที่สี่ **ชายผู้กระทำได้ใช้อวัยวะเพศของตนล่องล้าเข้าไปในอวัยวะเพศของชายผู้ถูกระทำได้หรือไม่** โดยปกติแล้วชายผู้กระทำไม่สามารถใช้อวัยวะเพศของตนล่องล้าเข้าไปในอวัยวะเพศของชายผู้ถูกระทำได้ เนื่องจากอวัยวะเพศของชายผู้กระทำและชายผู้ถูกระทำต่างมี

¹² เรื่องเดียวกัน (งานวิจัย), หน้า 113-114.

และเรื่องเดียวกัน (บทความวิจัย), หน้า 131-132.