

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เป็นความผิดอาญาที่มีมาตั้งแต่สมัยโบราณจนถึงปัจจุบัน ปัญหาความผิดเกี่ยวกับเพศนับวันยิ่งทวีความรุนแรง และมีความซับซ้อนเพิ่มมากขึ้น อีกทั้งในต่างประเทศก็ประสบปัญหาดังกล่าว และก็มีกรณีบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้แก้ปัญหาในประเทศของตนเองแตกต่างกันไป รวมถึงในปัจจุบันมีเทคโนโลยีที่ทันสมัย มีนวัตกรรมใหม่ ๆ ซึ่งพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว กฎหมายจึงต้องมีการแก้ไขให้ทันยุคสมัยอยู่เสมอ ซึ่งความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นความผิดเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ ชีวิต ร่างกาย ซึ่งส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของผู้ถูกระงับและครอบครัวของผู้ถูกระงับเป็นอย่างมาก

ปัจจุบันในสังคมไทยมักจะปรากฏข่าวเรื่องการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศแทบทุกวัน ซึ่งสร้างความเดือดร้อนให้กับประชาชนเป็นอย่างมาก ทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในสังคม อยู่ด้วยความหวาดระแวง เพราะบุคคลที่ตกเป็นเหยื่อในความผิดเกี่ยวกับเพศ เป็นได้ทุกเพศทุกวัย อีกทั้งบุคคลที่ตกเป็นเหยื่อในความผิดเกี่ยวกับเพศก็เป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้กระทำอาทิเช่น บุตร มารดา หรือญาติพี่น้อง นอกจากนี้ยังรวมไปถึงการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศต่อลูกจ้าง หรือผู้ได้บังคับบัญชาหรือผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่¹ ดังจะเห็นว่าสังคมมีความเสื่อมโทรมมากขึ้นทุกวัน ไม่ใช่จะมีเพียงเพศชายเท่านั้นที่กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ แต่ปัจจุบันเพศหญิงก็เป็นผู้กระทำในความผิดเกี่ยวกับเพศได้เช่นกัน โดยผู้เสียหายสามารถไปร้องทุกข์กล่าวโทษต่อพนักงานสอบสวนได้เพื่อเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม ทำให้ผู้ที่กระทำความผิดจะถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย แต่ยังมีผู้เสียหายที่ไม่กล้าจะไปร้องทุกข์กล่าวโทษต่อพนักงานสอบสวน เพราะส่วนใหญ่จะอับอาย กลัวเสียชื่อเสียง เสียเกียรติ กลัวถูกการนินทา จึงทำให้ผู้กระทำผิดเหิมเกริม เพราะเมื่อได้กระทำผิดแต่กลับไม่ถูกลงโทษตามกฎหมาย ซึ่งทำให้บุคคลอื่น ๆ ไม่เคารพกฎหมาย และกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ทำให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อควบคุมการกระทำความผิด

¹ ไทยรัฐออนไลน์. (2563). *ล่วงละเมิดทางเพศ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.thairath.co.th/tags/ล่วงละเมิดทางเพศ>. [2563, 13 พฤษภาคม].

เกี่ยวกับเพศตลอดมา อีกทั้งพฤติกรรมของมนุษย์มีความซับซ้อน และสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว จึงต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศในปีพุทธศักราช 2562

เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสอง ตามกฎหมายเดิมเทียบกับมาตรา 1 (18) ซึ่งเป็นกฎหมายใหม่ จะเห็นได้ว่า จากเดิมเป็นการกระทำโดยใช้วัยวะเพศของผู้กระทำ “กระทำกับ” อวัยวะเพศ ทวารหนัก ช่องปากของผู้อื่นเปลี่ยนเป็นการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ “ล่วงล้ำ” อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น และไม่มีคำว่า การใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ซึ่งสอดคล้องศาลฎีกาเคยวางหลักไว้ว่าอวัยวะเพศของจำเลยได้เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายประมาณ 1 องคุลีถึงจะถือว่าได้กระทำสำเร็จแล้ว² และเช่นเดียวกันกับกรณีอวัยวะเพศของจำเลยจรดอยู่บริเวณปากช่องคลอดของผู้เสียหายแต่ไม่ได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด จำเลยนั้นก็ยังคงมีความผิดเพียงพยายามข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น ซึ่งจะเห็นว่าฝ่ายผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยตรงได้จะเป็นชายเท่านั้น ส่วนผู้ถูกกระทำนั้นจะต้องเป็นผู้หญิงเท่านั้น เพราะความสำคัญนั้นอยู่ที่อวัยวะเพศผู้ชายล่วงล้ำไปในช่องคลอดของผู้หญิงแล้วหรือไม่

นอกจากนี้ พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ก็ได้มีการกำหนดความหมายของคำว่า “ชำเรา”, “ข่มขืนกระทำชำเรา” และ “อนาจาร” ไว้ ไม่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญาแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2562 ที่ได้มีการกำหนดคำนิยามของ “กระทำชำเรา” ไว้เป็นการเฉพาะ แต่ไม่ได้มีการกำหนดคำนิยามของคำว่า “อนาจาร” ไว้เฉพาะดังเช่น “กระทำชำเรา” ทั้งนี้คำว่า “กระทำชำเรา” กำหนดความหมายเฉพาะไว้ในมาตรา 1 (18) ซึ่งเหตุผลในการแก้ไขครั้งนี้เป็นการคำนึงถึงความเหมาะสมและให้สอดคล้องกับลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติ กล่าวคือ แต่เดิมตามประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 มาตรา 276 วรรคสอง³ นั้น ฎีกาพิพากษาวินิจฉัยเป็นจำนวนมากสำหรับคำว่า “กระทำกับ” เป็นคำที่มีความหมายในเชิงกว้างสามารถตีความได้อย่างไม่สิ้นสุด ประกอบกับแนวคำพิพากษาในช่วงหลังให้ความสำคัญกับการกระทำชำเราตามธรรมชาติโดยชายกระทำต่อหญิง จึงเป็นเหตุให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2562

ปัจจุบันได้มีการเพิ่มประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278 วรรคสอง ที่มีลักษณะของการกระทำความผิดอย่างเดียวกับการกระทำชำเรา แต่ต่างกันเพียงวัตถุที่ใช้กระทำความผิดซึ่งกฎหมายบัญญัติบทลงโทษไว้เท่ากัน แต่พฤติกรรมการกระทำผิดดังกล่าวกลับถูกจัดให้มาอยู่ใน

² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 85/2504. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <https://deka.in.th/> [2563,13 พฤษภาคม].

³ ประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2550. มาตรา 276 วรรคสอง.

ส่วนของความผิดฐานกระทำความชำเรา ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาตามเจตนารมณ์ของคำว่า “กระทำความชำเรา” และ “อนาจาร” เป็นความผิดที่มีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน แต่ประมวลกฎหมายอาญาเห็นว่า พฤติกรรมดังกล่าวสร้างความเสียหายเท่ากัน โดยได้กำหนดบทลงโทษไว้เท่ากัน แต่ต่างกันที่ ฐานความผิด ปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นเพศชายหรือเพศหญิง ต่างมีความต้องการในทางเพศ (Sexual Satisfaction) ไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่ผู้หญิงกระทำต่อผู้ชาย ผู้หญิงกระทำต่อผู้หญิง ด้วยกัน ผู้ชายกระทำต่อผู้ชายด้วยกัน และผู้ชายกระทำต่อผู้หญิงก็ตาม อีกทั้งการเอาอวัยวะเพศชาย ล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง (Vagina) หรือเป็นการเอาอวัยวะเพศชายกระทำกับทวารหนัก ของหญิงหรือกระทำการเอาอวัยวะเพศสอดใส่เข้าไปในช่องปากของหญิง หรือการที่ฝ่ายชายใช้ปาก หรือลิ้นสัมผัสกับอวัยวะเพศหญิง (Cunnilingus) นั้น ก็ถือได้ว่าเป็นการสนองความใคร่ทางเพศ ของผู้กระทำแล้ว

กรณีผู้หญิงข่มขืนกระทำชำเรากับผู้ชาย ในปัจจุบันพบได้น้อยกับปัญหาดังกล่าว แต่เชื่อว่า ปัญหานั้นจะไม่มีในสังคมไทย ถึงแม้ผู้หญิงจะเป็นเพศที่อ่อนแอกว่าก็ตาม แต่ผู้ชายอาจจะถูกล่อลวง ให้มีเพศสัมพันธ์ด้วยได้ หรือกรณีที่เป็นเด็กผู้ชายที่ถูกผู้หญิงที่มีความเชี่ยวชาญเรื่องเพศล่อลวง หรืออาจจะใช้ยาเพื่อกระตุ้นอารมณ์ทางเพศ หรือบังคับขืนใจ ล่อลวงด้วยวิธีอื่น ๆ⁴ แม้แต่การที่ผู้หญิง กระทำกับผู้ชายที่เป็นเกย์โดยใช้กลล่อลวงต่าง ๆ เพื่อให้ผู้ชายที่เป็นเกย์มาเป็นแฟนหรือมาแต่งงานด้วย สุดท้ายผู้ชายเป็นเกย์ก็โดนข่มขืนกระทำชำเราและต้องยินยอมแต่งงานกับผู้หญิงเกิดความอับอาย และต้องเลี้ยงผู้หญิงคนนั้นไปตลอดชีวิต ซึ่งจะเห็นว่าผู้หญิงสามารถข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำ อนาจารผู้ชายได้เช่นกัน และเกิดความเสียหายมากพอสมควร

แม้กระทั่งกรณีที่ผู้หญิงอยากเป็นผู้ชายและไปทำศัลยกรรมโดยเอาก้อนเนื้อมาดกแต่ง ให้มีลักษณะคล้ายอวัยวะเพศชายและเย็บติดกับอวัยวะเพศหญิง ซึ่งการกระทำนั้นก็ทำให้สามารถ ร่วมเพศได้อย่างเช่นผู้ชายเพียงแต่ไม่มีลูกอัมตะที่สร้างน้ำอสุจิเท่านั้น ซึ่งผู้หญิงประเภทนี้ อาจจะกอดจูบลูบล้อ หรืออาจจะใช้วัตถุอื่นใด ไม่ว่าจะเป็นสิ่งของหรืออวัยวะอื่นของร่างกาย หรือแม้แต่การนำอวัยวะชายที่ทำเทียมขึ้นมาไปล้วงละเมิดทางเพศ โดยนำเอาไปล้วงล้ำอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้หญิงอื่น ซึ่งการกระทำดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดความเสียหาย ความอับอาย ความเจ็บปวดไม่น้อยไปกว่าการที่ถูกผู้ชายข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้อวัยวะเพศจริง

ดังนั้นในปัจจุบันการกระทำชำเราจะเป็นได้เฉพาะกรณีการที่อวัยวะเพศผู้กระทำล้วงล้ำ อวัยวะเพศ ทวารหนัก ช่องปากของผู้ถูกระทำเท่านั้น แต่หากเป็นการที่ใช้วัตถุสิ่งของหรืออวัยวะอื่นใด ล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก ช่องปากของผู้กระทำก็ไม่เป็นความผิดฐานกระทำความชำเรา

⁴ MGR ONLINE . (2558). 10 หญิงผู้ต้องหาคดีสุดปัง ข่มขืนกระทำชำเราผู้ชาย ตอน 2. *Dr.DEN Sexociety*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://mgronline.com/celebonline/detail/9580000075095>. [2563, 6 มิถุนายน].

อีกต่อไป เป็นเพียงการกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรคสองเท่านั้น⁵ และเป็นกรกระทำโดยบังคับขู่เข็ญ ใช้กำลังให้ผู้อื่นยอมให้ เพื่อความพึงพอใจทางเพศของตนเอง แม้จะก่อให้เกิดความเสียหาย ความเจ็บปวด ความรู้สึกรังเกียจ ขยะแขยง ก็จะเป็นเพียงความผิดฐานอนาจารเท่านั้น อีกทั้งกฎหมายยังคงกำหนดบทลงโทษให้มีความร้ายแรงเท่ากับบทลงโทษในความผิดฐานกระทำชำเรา กล่าวคือ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นถึงสี่แสนบาท แต่การบัญญัติกฎหมายดังกล่าวก็ไม่สามารถแก้ปัญหาในการลดอาชญากรได้ หากแต่จะเป็นการเพิ่มปัญหาในสังคมมากขึ้นดังจะกล่าวต่อไป

อย่างไรก็ตาม การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ไม่ได้มีเฉพาะการข่มขืนกระทำชำเรา หรือการกระทำอนาจาร แต่ยังคงมีความผิดฐานคุกคามทางเพศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 วรรคสอง⁶ เป็นความผิดหลุโทษ ซึ่งมีบทลงโทษเพียงเล็กน้อย หรือแม้กระทั่งการล่วงเกินหรือคุกคามทางเพศ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯ มาตรา 16⁷ ที่ถือว่าไม่ใช่การกระทำความผิดร้ายแรงแต่ก็เป็นการกระทำความผิดทางเพศด้วยเช่นกัน มีบทลงโทษเป็นโทษปรับเท่านั้น นอกจากนี้ ยังมี กฎ ก.พ. ว่าด้วยการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดหรือการคุกคามทางเพศ พ.ศ. 2553⁸ ที่ได้กำหนดลักษณะของการกระทำความผิดไว้อย่างละเอียด ดังจะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในลักษณะใด ๆ ที่ก่อให้เกิดความไม่ชอบธรรมทางเพศก็ถือว่าเป็นความผิดแล้ว แต่จะรับโทษหนักหรือเบาขึ้นขึ้นอยู่กับพฤติกรรมการกระทำความผิดนั้น ๆ

ด้วยเหตุนี้ จะเห็นได้ว่า การกระทำความผิดทางเพศสามารถกระทำได้หลายรูปแบบ และในแต่ละรูปแบบนี้อาจมีลักษณะการกระทำผิดคาบเกี่ยวกันอาทิเช่น การกระทำอนาจารกับการล่วงเกินทางเพศนั้น มีลักษณะการกระทำทางเพศที่ใกล้เคียงกันมาก เห็นได้จากที่ศาลฎีกาวินิจฉัยกรณีการติดตั้ง กล้องบันทึกภาพไว้ที่ใต้โต๊ะทำงานของหญิงสาวเป็นการกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 และเป็นกรรังแกข่มเหงผู้อื่น⁹ แต่นอกจากนี้ยังถือได้ว่าเป็นการทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย หรือเดือดร้อนรำคาญในที่สาธารณะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 ด้วย ในเรื่องนี้มีข้อสังเกตว่า คดีนี้น่าจะเป็นการกระทำความผิดและฟ้องกันในขณะที่มาตรา 397 ยังไม่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2558 โดยตามประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22 พ.ศ.2558) ซึ่งเป็นกฎหมายเดิมยังไม่มีกรบัญญัติ

⁵ ประมวลกฎหมายอาญาแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2562. มาตรา 278 วรรคสอง.

⁶ ประมวลกฎหมายอาญาแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2562. มาตรา 397 วรรคสอง.

⁷ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541. มาตรา 16.

⁸ กฎ ก.พ. ว่าด้วยการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดหรือการคุกคามทางเพศ พ.ศ. 2553. ข้อ 2.

⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <https://deka.in.th/> [2563,13 พฤษภาคม].

ความผิดฐานคุกคามทางเพศไว้ในมาตรา 397 วรรคสองแต่เมื่อพิจารณาการกระทำดังกล่าว ตามกฎหมายใหม่ น่าจะมีความใกล้เคียงกับการคุกคามทางเพศ ตามมาตรา 397 วรรคสอง มากกว่า การกระทำอนาจารตามมาตรา 278 - 279 ตามที่กล่าวไปแล้วว่า จะเห็นได้ว่าเป็นการกระทำความผิด เกี่ยวกับเพศที่มีความใกล้เคียงกันมาก ทำให้เกิดความคลุมเครือในการใช้กฎหมาย และอาจเป็นเหตุ ให้การกระทำความผิดเล็ก ๆ จะต้องรับโทษหนักขึ้น หรือทำให้การกระทำความผิดที่ร้ายแรงได้รับ โทษเพียงเล็กน้อย เพราะไม่มีการกำหนดขอบเขตการกระทำความผิดดังกล่าวไว้เฉพาะ ดังเช่นคำว่า กระทำชำเรา ด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงนำมาสู่ประเด็นปัญหาดังต่อไปนี้

1) โดยหลักกฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนจึงจะสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ ถูกต้องและเหมาะสมตามฐานความผิด โดยสำหรับความผิดเกี่ยวกับเพศได้มีการกำหนดความหมาย ของคำนิยามคำว่ากระทำชำเรามาตั้งแต่แรกก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ในปี พ.ศ.2562 ซึ่งถูกกำหนดไว้ในมาตรา 276 วรรคสอง แต่ความหมายของคำนิยามดังกล่าวยังคงมี ปัญหาในส่วนของคำว่า “กระทำกับ” เพราะเป็นคำที่สามารถตีความได้กว้างเกินจึงเป็นปัญหา ในการใช้กฎหมาย ล่าสุดในปี พ.ศ.2562 ได้มีการแก้ไขความหมายของคำนิยามดังกล่าวให้ สอดคล้องกับการมีเพศสัมพันธ์ตามธรรมชาติ กล่าวคือ กระทำชำเรา ให้หมายความถึง กระทำเพื่อ สนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปากของผู้อื่น ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 (18) สารสำคัญของบทแก้ไขคำนิยาม คำว่ากระทำชำเรา ในครั้งนี้ คือ จากเดิมใช้คำว่า “กระทำกับ” เปลี่ยนเป็น “ล่วงล้ำ” และตัดคำว่าใช้วัตถุอื่นใดนอกจาก อวัยวะเพศผู้กระทำออก เพื่อให้คงไว้ซึ่งการมีเพศสัมพันธ์ตามธรรมชาติ โดยการใช้อวัยวะเพศ เท่านั้น ทำให้การบัญญัติความหมายดังกล่าวเพศหญิงจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ได้หรือไม่ หรือมีเพียงเพศชายเท่านั้นที่จะสามารถมีความผิดดังกล่าวได้ และเหมาะสมกับสภาพสังคม ในปัจจุบันหรือไม่ ปัจจุบันปรากฏปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศโดยผู้กระทำเป็นเพศหญิง นอกจากนั้น ตามกฎหมายใหม่การใช้สิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นใด ที่ไม่ใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของบุคคลอื่นจะ ไม่เป็นกระทำชำเราอีกต่อไป เป็นเพียงความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามมาตรา 278 วรรคสอง เมื่อพฤติกรรมของมนุษย์ที่มีความซับซ้อนเกินกว่าที่จะมีเพศสัมพันธ์ ตามธรรมชาติ การแก้ไขกฎหมายครั้งนี้ส่งผลกระทบต่อ การอนาจารเพราะจากเดิมไม่ได้กำหนด นิยามไว้ ก็ต้องมีคำนิยามไปโดยปริยายเพราะพฤติการณ์การล่วงล้ำใดที่ไม่ใช้อวัยวะเพศ ก็ย่อมเป็นการอนาจารตามมาตรา 278 วรรคสองทั้งสิ้น ซึ่งพฤติการณ์ทั้งสองกรณีมีความคาบเกี่ยวกัน แต่ต่างกันเพียงวัตถุที่ใช้กระทำความผิดเพียงเท่านั้น อีกทั้งการกระทำอนาจารยังคงเป็นปัญหา เนื่องจากยังไม่มีมีการกำหนดความหมายหรือขอบเขตการกระทำความผิดไว้เฉพาะดังเช่นการกระทำชำเรา ดังนั้นการกระทำโดยใช้สิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นใดที่ไม่ใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนัก

ของบุคคลอื่น สมควรแล้วหรือไม่ที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรคสอง นอกจากการกระทำชำเราและการกระทำอนาจารที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ ถูกบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศแล้วนั้น ยังคงมีความผิดเกี่ยวกับเพศแต่กลับถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ซึ่งเป็นภาคความผิดลหุโทษ โดยอยู่ใน มาตรา 397 วรรคสอง และวรรคสาม ในส่วนของการคุกคามทางเพศ โดยไม่ได้มีการกำหนดความหมายหรือขอบเขตการกระทำผิดไว้เฉพาะดังเช่นการกระทำชำเราด้วยเช่นกัน โดยกฎ ก.พ. ว่าด้วยการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ. 2553 ได้มีการอธิบายพฤติการณ์การกระทำผิดโดยบ้างที่จะถือว่าเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศโดยกำหนดไว้โดยละเอียด เมื่อไม่มีการกำหนดความหมายหรือขอบเขตการกระทำผิดไว้เฉพาะ จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาการตีความกฎหมายได้ ดังจะเห็นได้ว่าไม่ว่าจะเป็นการกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศนั้น ล้วนแต่เป็นความผิดที่สามารถกระทำต่อผู้ได้บังคับบัญชาได้เช่นกัน แต่จะรับโทษอย่างไรนั้นต้องพิจารณาเพิ่มเติมว่าผู้กระทำและผู้ถูกกระทำเป็นบุคลากรของหน่วยงานภาครัฐหรือภาคเอกชน เพราะหากเกี่ยวข้องกับหน่วยงานภาครัฐ นอกจากจะมีประมวลกฎหมายอาญาที่เข้ามาเกี่ยวข้อง ก็ยังจะมีพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน ประกอบกฎ กพ. ในเรื่องของการกำหนดโทษทางอาญา และโทษทางวินัย และเช่นเดียวกันหากเป็นหน่วยงานภาคเอกชนนอกจากจะมีประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ก็จะมีพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานเข้ามาเกี่ยวข้องเช่นกัน ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญาถือว่าเป็นกฎหมายหลักที่ใช้บังคับผู้กระทำความผิดทางอาญา เมื่อไม่มีการกำหนดคำนิยามของคำว่าอนาจารและคุกคามทางเพศไว้เฉพาะ ย่อมส่งผลไปถึงการตีความพฤติกรรมการกระทำ ความผิดคลาดเคลื่อนจากเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ และท้ายที่สุดนำไปสู่การกำหนดบทลงโทษที่จะต้องเป็นไปตามฐานความผิดที่ผู้กระทำได้กระทำ ดังจะกล่าวในประเด็นต่อไป

2) การกระทำชำเราตามมาตรา 276 และการกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรคสอง เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่ได้มีบทลงโทษเท่ากัน กล่าวคือ การกระทำชำเราตามมาตรา 276 ใช้อวัยวะเพศในการกระทำความผิด แต่การกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรคสอง ใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นใดที่ไม่ใช่อวัยวะเพศในการกระทำความผิด ซึ่งอาจจะหมายความถึงนิ้ว หรือลิ้นของผู้กระทำก็ได้ เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า พฤติกรรมการกระทำทั้งสองลักษณะดังกล่าวเป็นการกระทำในลักษณะเดียวกันแต่แตกต่างกันเพียงวัตถุที่ใช้กระทำเท่านั้น แต่วัตถุที่ใช้กระทำนั้นเป็นปัจจัยที่สำคัญในความผิดเกี่ยวกับเพศเพราะหลังจากที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในปี พ.ศ.2562 สาระสำคัญของความผิดฐานกระทำชำเรา ก็คืออวัยวะเพศ และยังให้ความสำคัญกับพฤติการณ์การกระทำความผิดซึ่งก็คือ “การล่วงล้ำ” การที่ประมวลกฎหมายอาญาออกกฎหมาย

มาในลักษณะนี้ เป็นผลมาจากการสนับสนุนให้นิยามของการกระทำชำเราเป็นการมีเพศสัมพันธ์ตามธรรมชาติ กล่าวคือ อวัยวะเพศชายมีการสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ จึงได้มีการบัญญัติค่านิยมของคำว่า “กระทำชำเรา” ไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 1 (18) แต่ด้วยความที่ผู้ออกกฎหมายรู้อยู่แล้วว่านิยามดังกล่าวไม่ได้ครอบคลุมไปถึงพฤติกรรมของมนุษย์ที่มีความซับซ้อน เพราะไม่ว่าจะใช้อวัยวะเพศหรือวัตถุอื่นใดก็สามารถสนองความใคร่ของผู้กระทำได้เช่นกัน จึงได้ออกกฎหมายให้การกระทำชำเราตามมาตรา 276 และการกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรคสอง ให้มีบทลงโทษเท่ากัน แต่หากกำหนดบทลงโทษไม่เหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดจากพฤติกรรมการกระทำความผิดอาจนำไปสู่ปัญหาต่าง ๆ ได้ ดังนั้น สำหรับบทลงโทษของการกระทำความผิดดังกล่าวควรจะกำหนดโทษให้เท่ากันหรือไม่

ดังนั้น การที่บทลงโทษของความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 276 เท่ากับความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรคสอง จึงส่งผลให้การกระทำชำเรา หรือการกระทำอนาจารต่อผู้ได้อ่านาจดด้วยประการอื่นใด ตามมาตรา 285 ซึ่งอาจหมายความรวมถึงผู้ได้บังคับบัญชาด้วยต้องรับโทษหนักขึ้นอีกหนึ่งในสาม สุดท้ายบทลงโทษก็ยังคงเท่ากันอีกด้วย และดังที่กล่าวไปแล้วในประเด็นแรกว่า การคุกคามทางเพศ ตามมาตรา 397 วรรคสอง มีพฤติกรรมการกระทำความผิดคาบเกี่ยวกับการกระทำอนาจารแต่ในส่วนของบทลงโทษนั้น แต่ถือว่ามีบทลงโทษน้อยกว่าการกระทำอนาจารมาก และถึงอย่างไรเมื่อเป็นการคุกคามทางเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาก็เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศเช่นกัน แต่กฎหมายก็ยังคงบัญญัติบทลงโทษไว้้น้อยมากเช่นกัน อีกทั้งจะส่งผลกระทบต่อผู้ที่ได้กระทำต่อผู้ได้บังคับบัญชา ซึ่งการกำหนดบทลงโทษนั้นจึงถือเป็นเรื่องสำคัญนำไปสู่บทลงโทษของประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศบัญญัติไว้เหมาะสมแล้วหรือไม่

3) การที่ได้มีการแก้ไขมาตรา 285¹⁰ ใหม่ โดยเพิ่มคำว่า “ผู้ได้อ่านาจดด้วยประการอื่นใด” ส่งผลให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาไม่สามารถยอมความได้ในประเด็นนี้ ผู้ศึกษาจะวิเคราะห์ในมุมที่เป็นผลกระทบของการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในเรื่องดังกล่าวว่ามีผลกระทบอย่างไรบ้าง และการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวทำให้ช่วยแก้ไขปัญหาคความผิดเกี่ยวกับเพศได้จริงหรือไม่ และจะเหมาะสมหรือไม่เมื่อเทียบกับผลกระทบที่จะตามมาหลังจากบัญญัติกฎหมายนั้น ซึ่งการบัญญัติกฎหมายไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานกระทำชำเรา ความผิดฐานกระทำอนาจาร และความผิดฐานคุกคามทางเพศ ที่กระทำต่อผู้ได้บังคับบัญชาเป็นความผิดที่ไม่สามารถยอมความกันได้ อาจเป็นเพราะแท้จริงแล้วอาจเพื่อต้องการที่จะลดอาชญากรรมหรือให้อาชญากรเกรงกลัวไม่กล้ากระทำผิด แต่ในทางกลับกันอาจทำให้คดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมาก ทำให้การพิจารณาดำเนินคดีของศาลอาจทำให้มีประสิทธิภาพที่ลดลง มีระยะเวลาในกระบวนการพิจารณาคดี

¹⁰ ประมวลกฎหมายอาญาแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2562. มาตรา 285.

ที่นานขึ้น และส่งผลให้เกิดความยุติธรรมที่ล่าช้า รวมทั้งสูญเสียงบประมาณของประเทศอย่างมหาศาล และการบัญญัติกฎหมายอย่างไรถึงจะเป็นสิ่งที่เหมาะสมและเกิดประโยชน์สูงสุดกับสังคม

ด้วยเหตุนี้การที่ประมวลกฎหมายอาญาที่แก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2562 เรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศ การกำหนดความหมายคำนิยามควรที่จะกำหนดไว้อย่างไรถึงจะเหมาะสม และควรที่จะต้องกำหนดคำนิยามเกี่ยวกับเพศอย่างอื่นไว้เฉพาะเพิ่มเติมหรือไม่ อีกทั้งบทลงโทษเหมาะสมแล้วหรือยังกับพฤติกรรมหรือความเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิด รวมถึงการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาควรเป็นความผิดที่ไม่สามารถยอมความกันได้ดีแล้วจริงหรือจึงเป็นโอกาสที่ข้าพเจ้าได้ศึกษาอิสระเรื่องของประมวลกฎหมายอาญา และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมายอาญานำมาปรับใช้ให้มีประสิทธิภาพมากที่สุด

การศึกษอิสระฉบับนี้จะศึกษาถึงการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2562 ว่าจะต้องบัญญัติกฎหมายอย่างไรให้เหมาะสมตามเจตนารมณ์ของกฎหมายและสภาพสังคมในปัจจุบัน

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์ แนวคิด แนวทางปฏิบัติ ทฤษฎีต่าง ๆ เกี่ยวกับปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา

1.2.2 เพื่อศึกษากฎหมายอาญาความผิดเกี่ยวเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาทั้งกฎหมายไทย กฎหมายต่างประเทศ ความหมาย คำนิยามต่าง ๆ ที่ควรมีการแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติม

1.2.3 เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา

1.2.4 เพื่อให้ได้แนวทางแก้ไขปัญหา หรือลดปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศยังไม่ได้กำหนดนิยาม การกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศรวมถึงการกำหนดนิยามการกระทำชำเราที่ไม่ครอบคลุม โดยเฉพาะกรณีกระทำต่อผู้ได้บังคับบัญชาที่กำหนดโทษไม่เหมาะสม และมีผลกระทบต่อการยอมความ

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษาอิสระนี้มีขอบเขตการศึกษาเกี่ยวกับแนวคิดและทฤษฎีเรื่องการกำหนดโทษ ได้แก่ ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการยับยั้งหรือป้องกัน ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการคุ้มครองสังคม ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข รวมถึงหลักความได้สัดส่วน อีกทั้งทฤษฎีอรรถปริวรรตศาสตร์กับการตีความกฎหมาย และทฤษฎีทั่วไปในการตีความกฎหมาย ได้แก่ ทฤษฎีภาษาส่องโลก ทฤษฎีเกมส์ภาษา ทฤษฎีอำเภอจิต ทฤษฎีอำเภอการณ ซึ่งรวมถึงหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายในกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือในกฎหมายจารีตประเพณี แนวคิดผู้ตีความกฎหมายต่าง ๆ เช่น ประชาชนทั่วไป นักนิติศาสตร์ เจ้าหน้าที่งาน ศาล อีกทั้งแนวคิดการจัดประเภทความผิดอาญาแผ่นดินกับความผิดอันยอมความได้ ความหมายของความผิดอาญาแผ่นดินกับความผิดอันยอมความได้ แนวความคิดการแบ่งประเภทความผิดเกี่ยวกับเพศ ความเป็นมาของการศึกษาวิชาประวัติศาสตร์กฎหมายไทย หลักนิติเศรษฐศาสตร์ นอกจากนี้ยังศึกษาถึงประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน กฎ ก.พ. ว่าด้วยการกระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ อีกทั้งกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ กฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

การวิจัยนี้เป็นการวิจัยเอกสาร โดยค้นคว้าจากตำรา บทความ เอกสารการวิจัย วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ เอกสารวิชาการต่าง ๆ ทั้งคำอธิบายกฎหมาย กฎระเบียบที่เกี่ยวข้อง รายงานการศึกษา เอกสารประชุมสัมมนาเชิงวิชาการ คำพิพากษาของศาลต่าง ๆ ตลอดจนข้อมูลที่ได้จากการค้นคว้าทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ปรากฏอยู่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตและเว็บไซต์ ทั้งจากอดีตและปัจจุบัน หนังสือตัวบทกฎหมายของประเทศไทย และกฎหมายต่างประเทศ ในความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาเปรียบเทียบกับโทษว่าเหมาะสมได้หลักสัดส่วนหรือไม่ เพื่อหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาลักษณะความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาอย่างเหมาะสมต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ แนวคิด แนวทางปฏิบัติ ทฤษฎีต่าง ๆ เกี่ยวกับปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา

1.6.2 ทำให้ทราบถึงกฎหมายอาญาในความคิดเกี่ยวเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา ทั้งกฎหมายไทย กฎหมายต่างประเทศ ความหมาย คำนิยามต่าง ๆ ที่ควรมีการแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติม

1.6.3 ทำให้ทราบถึงแนวทางแก้ไขปัญหา ปัญหาความคิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา

1.6.4 ทำให้ทราบถึงแนวทางแก้ไขปัญหา หรือลดปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา

1.7 นิยามศัพท์

1.7.1 ผู้บังคับบัญชา หมายถึง ข้าราชการหรือพนักงานรัฐวิสาหกิจที่มีอำนาจปกครองดูแลผู้ได้บังคับบัญชาโดยชอบด้วยกฎหมาย และหมายรวมถึง นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงาน

1.7.2 ผู้ได้บังคับบัญชา หมายถึง ผู้ที่ตำแหน่งต่ำกว่าและมีผู้บังคับบัญชาควบคุมการปฏิบัติงาน และหมายรวมถึงลูกจ้างซึ่งเป็นผู้ตกลงทำงานให้นายจ้างโดยได้รับค่าจ้าง