



การศึกษาวិเคราะห์

บทบัญญัติกฎหมายตามร่าง พรบ.
แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา
(ฉบับที่ ..) พ.ศ.

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรรณิรมย์ โกมลารชุน
โดย
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



การศึกษาวិเคราะห์

บทบัญญัติกฎหมายตามร่าง พรบ.
แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา
(ฉบับที่ ..) พ.ศ.

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรรณิรมย์ โกมลารชุน
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สารบัญ

บทสรุปสำหรับผู้บริหาร.....	3
Executive Summary	7
บทที่ 1 บทนำ.....	10
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	10
1.3 ขอบเขตการศึกษา	11
1.4 ระเบียบวิธีการศึกษา.....	11
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	12
บทที่ 2 แนวความคิดเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานคุกคามทางเพศ.....	13
2.1 คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดเกี่ยวกับเพศ.....	13
2.1.1 ศีลธรรม	13
2.1.2 สิทธิในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง พื้นที่ส่วนตัวทางเพศ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.....	14
2.1.3 ความสมบูรณ์ทางร่างกายและชีวิต	15
2.1.4 การพัฒนาทางเพศของเด็กที่ไม่อาจถูกรบกวน.....	15
2.1.5 การป้องกันความเสียหายทางจิตใจของเหยื่อที่เป็นเด็ก.....	15
2.1.6 การตัดสินใจทางเพศด้วยตนเองของเด็ก	16
2.2 ประเภทของความผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศ	16
2.2.1 การกระทำทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายโดยปราศจากความยินยอม	16
2.2.2 การกระทำทางเพศที่มีได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายโดยปราศจากความยินยอม	17
2.2.3 การกระทำทางเพศที่ได้รับความยินยอม.....	17
2.2.4 การทำอันตรายต่อการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง	17
บทที่ 3 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานคุกคามทางเพศในต่างประเทศ	18
3.1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	18
3.1.1 วิวัฒนาการของความผิดต่อการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง.....	20
3.1.2 ช่องว่างของกฎหมายก่อนมีการแก้ไขกฎหมายในปี พ.ศ. 2559	22
3.1.3 คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานทำร้ายทางเพศ ขืนใจทางเพศ ข่มขืนกระทำชำเรา.....	25
3.1.4 องค์ประกอบความผิดฐานทำร้ายทางเพศ ขืนใจทางเพศ ข่มขืนกระทำชำเรา.....	26
3.1.5 คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานคุกคามทางเพศ	31
3.1.6 องค์ประกอบความผิดฐานคุกคามทางเพศ.....	32
3.2 อังกฤษและเวลส์.....	33
3.2.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.....	33
3.2.2 ความผิดฐานกระทำอนาจาร	36

3.2.3 ความผิดฐานคุกคามทางเพศ	37
3.3 ราชอาณาจักรสวีเดน	40
3.3.1 ความเป็นมาของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.....	40
3.3.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.....	41
3.3.3 ความผิดฐานคุกคามทางเพศ	43
3.4 สาธารณรัฐอินเดีย.....	45
3.4.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.....	45
3.4.2 ความผิดฐานคุกคามทางเพศ	47
บทที่ 4 บทวิเคราะห์.....	49
4.1 ความหมายของคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา”	49
4.1.1 ขอบเขตของอวัยวะเพศ.....	49
4.1.2 การล้วงล้ำหรือสอดใส่ด้วยอวัยวะอื่นหรือสิ่งของอย่างอื่น	50
4.1.3 การใช้ร่างกายของบุคคลอื่นเป็นเครื่องมือ	51
4.1.4 ขอบเขตของการล้วงล้ำ	52
4.2 การกำหนดให้การคุกคามทางเพศเป็นความผิดอาญา.....	53
4.2.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ.....	53
4.2.2 วิเคราะห์บทบัญญัติในร่างพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ.	55
4.3 ความเหมาะสมของอัตราโทษ.....	56
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	58
บรรณานุกรม	62

บทสรุปสำหรับผู้บริหาร

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือ เสรีภาพในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง หลักการข้อนี้ลงหลักปักฐานในกฎหมายอาญาทั่วโลกอย่างเป็นสากล แต่สิ่งที่ทำให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของแต่ละประเทศแตกต่างกันออกไปคือ ความรู้สึกนึกคิดหรือมุมมองของสังคมต่อเรื่องเสรีภาพในการตัดสินใจทางเพศด้วยตัวเองดังกล่าว ส่วนความผิดฐานคุกคามทางเพศเป็นความผิดที่มีการพูดถึงมากขึ้นเรื่อย ๆ ในระยะหลัง ซึ่งแม้จะมีได้ทำร้ายเสรีภาพในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเองโดยตรง แต่ก็ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญและนำไปสู่การกระทำความผิดทางเพศที่รุนแรงขึ้นได้

สภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 26 ได้พิจารณาเห็นชอบกฎหมายที่เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน กลุ่มต่าง ๆ ให้ทัดเทียมกับหลักการและกติกาสากล ดังเช่นการพิจารณาให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567 หรือที่เรียกกันทั่วไปว่า “กฎหมายสมรสเท่าเทียม” ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 24 กันยายน พ.ศ. 2567 กฎหมายดังกล่าวนับว่าเป็นความก้าวหน้าในการตรากฎหมายที่ยืนยันในสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยเฉพาะบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในการสร้างครอบครัวและมีความสัมพันธ์ระหว่างกันโดยกฎหมายให้การรับรอง ทั้งนี้ บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวเป็นการรับรองสถานะและก่อนนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในทางแพ่ง อย่างไรก็ตาม มีผลกระทบต่อเรื่องและมีความจำเป็นต้องพิจารณาทบทวนบทบัญญัติกฎหมายที่มีผลบังคับใช้อยู่เดิม ดังนั้น สภาผู้แทนราษฎร โดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จึงได้เสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. จำนวน 2 ฉบับ ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณาให้ความเห็นชอบวาระ 1 และมีการตั้งคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่) พ.ศ.

ในการพิจารณาของคณะกรรมการวิสามัญฯ นี้ มีการพิจารณาข้อมูลจากผลการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และกรรมาธิการวิสามัญฯ ได้ประชุมพิจารณา แลกเปลี่ยนความคิดเห็นกันอย่างกว้างขวาง แต่มีประเด็นที่ยังขาดข้อมูลความรู้ทางวิชาการเพื่อประกอบการพิจารณาให้ความเห็นชอบบทบัญญัติตามร่างพระราชบัญญัติฯ ดังนี้

1) การพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นอกจากองค์ประกอบภายในที่ผู้กระทำต้องมีเจตนาในการกระทำแล้ว ยังมีองค์ประกอบภายนอกที่สำคัญว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาหรือไม่ โดยจะมีการพิจารณาศึกษาจากรายละเอียดดังนี้

ก) ขอบเขตของอวัยวะเพศ การสอดใส่หรือล่วงล้ำโดยอวัยวะเพศซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอก ประการสำคัญของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จำกัดอยู่แต่เพียงอวัยวะเพศโดยกำเนิดหรือไม่นั้น กฎหมายของประเทศตะวันตก 3 ประเทศ ได้แก่ เยอรมนี อังกฤษและเวลส์ รวมถึงสวีเดนนั้น มีขอบเขตที่เหมือนกัน กล่าวคือ ในกฎหมายเยอรมัน มีคำอธิบายปรากฏชัดเจนว่า การมีเพศสัมพันธ์เกิดขึ้นเมื่ออวัยวะเพศของชายสอดใส่หรือล่วงล้ำเข้าไปในบริเวณปากช่องคลอดของหญิง โดยไม่ต้องคำนึงว่าอวัยวะเพศที่ใช้ในการมีเพศสัมพันธ์นั้นจะเป็นอวัยวะที่มีมาตั้งแต่เกิด หรือเพิ่งมีเพราะได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ

สำหรับอังกฤษและเวลส์ ได้มีการบัญญัติเอาไว้ชัดเจนในตัวบทกฎหมายเลยที่เดียวว่า อวัยวะเพศตามความหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 ไม่จำกัดอยู่แต่เพียงอวัยวะเพศกำเนิดเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงอวัยวะเทียมซึ่งผ่านกระบวนการผ่าตัดแปลงเพศด้วยเทคโนโลยีทางการแพทย์ด้วย ทั้งนี้ตามมาตรา 79 (3) สำหรับกฎหมายสวีเดนนั้น ก็ปรากฏคำอธิบายชัดเจนว่า ผู้ที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศมาแล้วสามารถเป็นผู้กระทำความผิดและเป็นผู้ถูกกระทำฐานข่มขืนกระทำชำเราได้เช่นเดียวกับบุคคลที่เป็นชายและหญิงโดยกำเนิด อย่างไรก็ตามสำหรับประเทศอินเดีย นั้น มีหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้แตกต่างออกไป การข่มขืนกระทำชำเราโดยผู้กระทำที่เป็นชายแปลงเพศ หรือการข่มขืนกระทำชำเราหญิงแปลงเพศ ไม่เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา เป็นได้แต่เพียงความผิดฐานร่วมประเวณีอย่างผิดธรรมชาติเท่านั้น

ข) การล่วงล้ำหรือสอดใส่ด้วยอวัยวะอื่นหรือสิ่งของอย่างอื่น ในประเทศตะวันตกทั้ง 3 ประเทศ ที่ทำการศึกษามีรายละเอียดที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ในกฎหมายเยอรมัน มีคำอธิบายปรากฏชัดเจนว่าการใช้ริมฝีปากหรือลิ้นก็อาจมีการสอดใส่เกิดขึ้นได้หากว่าริมฝีปากหรือลิ้นนั้นล่วงล้ำเข้าไปในบริเวณปากช่องคลอดแล้ว จึงอาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ การล่วงล้ำด้วยสิ่งของเข้าไปในช่องคลอดหรือรูทวารก็อยู่ในขอบเขตการข่มขืนกระทำชำเรา แต่การล่วงล้ำด้วยสิ่งของเข้าไปในช่องปากไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่มีความเชื่อมโยงกับเรื่องทางเพศ จึงไม่เป็นการกระทำทางเพศและไม่อาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ นอกจากนี้ การล่วงล้ำด้วยสารคัดหลั่ง ของเหลว หรือวัตถุอย่างอื่นที่มีลักษณะนุ่มก็เช่นเดียวกันก็เป็นการล่วงล้ำตามความหมายของกฎหมายเยอรมันได้ ส่วนการใช้นิ้วล่วงล้ำช่องคลอดและรูทวารถือเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา แต่การใช้นิ้วสอดใส่เข้าไปในช่องปากไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่มีความเชื่อมโยงกับเรื่องทางเพศ สำหรับอังกฤษและเวลส์ การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นการล่วงล้ำด้วยอวัยวะเพศชายเท่านั้น โดยกระทำต่อช่องคลอด รูทวาร หรือช่องปาก ส่วนการล่วงล้ำด้วยอวัยวะอื่นหรือด้วยสิ่งของอย่างอื่น ต่อช่องคลอดหรือทวารหนัก จะปรับบทเป็นความผิดฐานทำร้ายด้วยการสอดใส่ ส่วนประเทศสวีเดน แม้การมีเพศสัมพันธ์ที่เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จะหมายถึงการสอดใส่หรือล่วงล้ำช่องคลอดด้วยอวัยวะเพศชายเท่านั้น แต่การสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในรูทวารหรือช่องปาก หรือการสอดใส่ด้วยสิ่งของหรืออวัยวะส่วนอื่นของร่างกาย ก็ถือเป็นการกระทำทางเพศอื่นซึ่งเข้าองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้เช่นกัน และสำหรับประเทศอินเดีย แม้การใช้วัตถุหรืออวัยวะส่วนอื่นล่วงล้ำช่องคลอด ท่อปัสสาวะ ทวารหนัก จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ แต่กฎหมายอินเดียมองว่า ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องเป็นชายเท่านั้น และผู้ถูกกระทำก็ต้องเป็นหญิงเท่านั้น

ค) การใช้ร่างกายของบุคคลอื่นเป็นเครื่องมือ ในประเด็นเกี่ยวกับการบังคับให้ผู้ถูกกระทำล่วงล้ำหรือสอดใส่ตัวผู้กระทำ หรือการบังคับให้บุคคลที่สามล่วงล้ำหรือสอดใส่ผู้ถูกกระทำหรือบังคับให้ผู้ถูกกระทำล่วงล้ำหรือสอดใส่บุคคลที่สามนั้น จากประเทศที่ศึกษาทั้ง 4 ประเทศ จะพบว่า กฎหมายเยอรมันน่าจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับประเด็นนี้ที่ครอบคลุมที่สุด กล่าวคือ กล่าวถึงทั้งการใช้ผู้ถูกกระทำเป็นเครื่องมือกระทำต่อผู้กระทำหรือต่อบุคคลที่สาม และใช้บุคคลที่สามเป็นเครื่องมือกระทำต่อผู้ถูกกระทำ และยังครอบคลุมไปถึงการบังคับให้ผู้ถูกกระทำช่วยตัวเองโดยการสอดใส่ต่อหน้าผู้กระทำด้วย ในประเทศสวีเดน มีบทบัญญัติ

ที่ครอบคลุมในลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือ การข่มขืนกระทำชำเรา รวมถึงกรณีนี้ที่ผู้ถูกระทำถูกบังคับให้ช่วยตัวเองหรือถูกบังคับให้กระทำการทางเพศกับบุคคลที่สามด้วย ส่วนกฎหมายที่ใช้บังคับในอังกฤษและเวลส์ แม้จะมีความผิดฐานก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำการทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอม ที่กำหนดให้การใช้ร่างกายของผู้ถูกระทำเป็นเครื่องมือในการสนองความใคร่ของผู้กระทำเป็นความผิดด้วย แต่ความผิดฐานนี้ก็ไม่ครอบคลุมไปถึงการใช้บุคคลที่สามเป็นเครื่องมือ แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับประเทศอินเดียนั้นกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับอยู่มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายไทยในประเด็นนี้ กล่าวคือ ความผิดฐานกระทำชำเรายังไม่ครอบคลุมถึงการที่ผู้กระทำใช้ผู้ถูกระทำให้ล่วงล้ำหรือสอดใส่หรือใช้บุคคลที่สามให้ล่วงล้ำหรือสอดใส่เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำเองเป็นความผิด หากได้ยอมรับแล้วว่าการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราคือการทำร้ายสิทธิในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง การที่ผู้กระทำใช้ผู้ถูกระทำหรือใช้บุคคลที่สามเป็นเครื่องมือ จึงย่อมจะเป็นการทำร้ายสิทธิดังกล่าว การกระทำนั้นจึงสมควรปรับบทเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วย

ง) ขอบเขตของการล่วงล้ำ สำหรับการล่วงล้ำหรือสอดใส่ด้วยอวัยวะเพศ อวัยวะอื่น หรือสิ่งของอื่นนั้นต้องล่วงล้ำมากน้อยเพียงใดจึงจะถือว่าเป็นการล่วงล้ำอันทำให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จลง ทั้งกฎหมายเยอรมัน กฎหมายอังกฤษและเวลส์ และกฎหมายสวีเดน มีการปรับใช้กฎหมายที่ต้องตรงกัน กล่าวคือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จทันทีที่มีการล่วงล้ำ แม้จะล่วงล้ำเข้าไปเพียงเล็กน้อย หรือหนึ่งองคุลี ก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จแล้ว สำหรับในประเทศอินเดียมีการนิยามเกี่ยวกับขอบเขตการล่วงล้ำนั้นครอบคลุมการกระทำชำเรามากยิ่งขึ้น กล่าวคือ การล่วงล้ำนั้นอาจเกิดจากสิ่งที่ใช้ล่วงล้ำหรือสอดใส่ อาจเป็นใช้สิ่งของหรืออวัยวะอื่นก็ได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศชายแต่เพียงประการเดียว และอวัยวะที่ถูกกระทำต่อก็อาจเป็นทอปปัสสาวะ ทวารหนัก หรือช่องปากของหญิงก็ได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นช่องคลอดของหญิงแต่เพียงประการเดียว

ส่วนในการกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย ในประเด็นขอบเขตของการกระทำชำเรานั้น ยังไม่ได้กล่าวถึงอวัยวะเพศเทียมเอาไว้แต่อย่างใด มีการตีความโดยอ้างคำพิพากษาฎีกาที่ 157/2524 มาสนับสนุน ทั้ง ๆ ที่คำพิพากษาศาลฎีกานี้มิได้วินิจฉัยเรื่องอวัยวะเพศโดยตรง แต่วินิจฉัยเรื่องสิทธิขอเปลี่ยนแปลงเพศ จึงไม่น่าเป็นเหตุผลสนับสนุนที่หนักแน่นได้ ประเด็นปัญหานี้แสดงให้เห็นได้ชัดเจนว่า บทบัญญัติคำว่า “กระทำชำเรา” ตามประมวลกฎหมายอาญาไทยยังขาดตกบกพร่องและไม่ครอบคลุมเมื่อความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง และการถูกล่วงล้ำด้วยอวัยวะเพศชายเทียมหรือการที่อวัยวะเพศหญิงเทียมถูกล่วงล้ำก็ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิดังกล่าวโดยที่มีอาจปฏิเสธได้ กรณีจึงควรแก้ไขเพิ่มเติมนิยามศัพท์โดยกำหนดให้คำว่า “อวัยวะเพศ” หมายถึงอวัยวะเพศเทียมที่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศมาแล้วด้วย โดยอาจเป็นการกำหนดเป็นมาตรา 1 (18) วรรคสอง ได้

2) ประเด็นเรื่องของการคุกคามทางเพศ การศึกษากฎหมายต่างประเทศในบทที่ 3 นั้น ยอมรับว่าการกระทำความผิดอาญาอย่างเกิดจากเจตนาซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในแล้ว ยังต้องพิจารณาองค์ประกอบภายนอกพร้อมด้วย โดยกฎหมายแต่ละประเทศที่ศึกษามานั้นจะมีการกำหนดขอบเขตขององค์ประกอบภายในที่ต่างกัน เนื่องจากประเด็นการคุกคามทางเพศนั้นเป็นเรื่องใหม่ สำหรับกฎหมายต่างประเทศทั้ง 4 ประเทศ

โดยในประเทศเยอรมนี เพิ่งมีการตรากฎหมายว่าด้วยการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 50 เพิ่มความผิดฐานนี้เข้ามาในประมวลกฎหมายอาญาเมื่อ พ.ศ. 2559 (ค.ศ. 2016) นี้เอง โดยมีการกำหนดว่าการคุกคามทางเพศต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย (*körperliche Berührung*) ในลักษณะที่แสดงออกถึงเรื่องทางเพศ และก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญทางเพศ โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้ถูกกระทำสวมใส่เสื้อผ้าอยู่หรือไม่ การสัมผัสเนื้อตัวร่างกายด้วยสิ่งของก็อาจเข้าองค์ประกอบความผิดฐานนี้ได้ ยกเว้นการคุกคามด้วยวาจาที่ยังไม่เข้าองค์ประกอบความผิดนี้ ส่วนในอังกฤษและเวลส์ ก็เพิ่งมีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองจากคุกคามทางเพศในที่สาธารณะ ค.ศ. 2023 (Protection from Sex-based Harassment in Public Act 2023) ขึ้น เพื่อแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยความเป็นระเบียบในที่สาธารณะ ค.ศ. 1986 กำหนดความผิดฐานคุกคาม การทำให้ตกใจ หรือการทำให้เดือดร้อนโดยเจตนา (Intentional harassment, alarm or distress on account of sex) ขึ้นมาใหม่เป็นมาตรา 4B โดยพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้วเมื่อวันที่ 18 กันยายน พ.ศ. 2566 ยังรอเพียงแต่การประกาศใช้เท่านั้น โดยความผิดใหม่นี้มีเจตนารมณ์ในการกำหนดให้การคุกคาม การทำให้ตกใจ หรือการทำให้เดือดร้อนโดยเจตนาในที่สาธารณะเป็นความผิดอาญา หากว่าผู้กระทำมีเหตุจงใจในทางเพศ เช่น การเดินตาม การแสดงความเห็นในลักษณะก้าวร้าวหรือลามก การแสดงท่าทางลามกหรือไม่สุภาพต่อบุคคล การขวางทางมิให้เดิน รวมถึงการขับขี่รถยนต์หรือรถจักรยานยนต์เข้าใกล้บุคคลด้วย เป็นต้น ส่วนประเทศสวีเดน ยังไม่มีความผิดฐานคุกคามทางเพศเป็นความผิดโดยเฉพาะเจาะจง แต่ก็สามารถนำฐานความผิดอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดพื้นที่ส่วนตัวมาปรับใช้ได้ โดยมีข้อเรียกร้องจากนักวิชาการให้มีการกำหนดความผิดฐานคุกคามทางเพศขึ้นมาโดยเฉพาะเจาะจง เพื่อการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ และประเทศอินเดีย ก็เพิ่งกำหนดให้การคุกคามทางเพศเป็นความผิดโดยเฉพาะเจาะจงเมื่อปี พ.ศ. 2556 (ค.ศ. 2013) สืบเนื่องจากเหตุการณ์สะเทือนขวัญในประเทศหรือคดี Nirbhaya ทำให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดเกี่ยวกับเพศฐานใหม่ ๆ เช่น การสะกดรอยตาม (stalking) การจ้องมอง การโจมตีด้วยน้ำกรด และการคุกคามทางเพศ

Executive Summary

The *Rechtsgut* underlying the offense of rape is the freedom of sexual self-determination. This principle has been universally established in criminal law globally. However, societal perceptions and attitudes towards sexual self-determination shape the differences in the legal treatment of rape across countries. On the other hand, sexual harassment, while not directly infringing on the freedom of sexual self-determination, causes distress and discomfort and can escalate into more severe sexual offenses over time.

The 26th House of Representatives approved legislation that ensures the rights and freedoms of various demographic groups in line with international principles and standards. This includes the Equal Marriage Law (Amendment to the Civil and Commercial Code No. 24, 2024), enacted on September 24, 2024. This law represents a significant step in affirming individual rights, particularly for the LGBTQ+ community, enabling them to form families and establish legally recognized relationships. While the law primarily ensures civil status and legal relations between individuals, it also necessitates reviewing and revising existing legal provisions.

Consequently, members of the House of Representatives proposed two drafts to amend the Criminal Code. These drafts have been approved in their first reading, and a special committee has been established to review them. The committee, while consulting public opinions and related agencies, identified gaps in academic knowledge that need further exploration to refine the legal provisions in the proposed bills.

1) The Scope of Rape

The committee reviewed several aspects of rape, focusing on both internal intent and external elements that determine criminality. The key points analyzed include:

a) Definition of Genitalia and Penetration

Western countries like Germany, England and Wales, and Sweden share a similar approach. German law, for example, explicitly recognizes sexual intercourse as occurring when male genitalia penetrates the vaginal opening, irrespective of whether the genitals are natural or surgically constructed. Similarly, the **Sexual Offenses Act 2003** in England and Wales defines genitalia to include surgically constructed genitalia under Section 79(3). In Sweden, post-surgical transgender individuals can also be perpetrators or victims of rape, unlike India,

where the law still regards male-to-female transgender individuals only as participants in unnatural intercourse rather than victims or perpetrators of rape.

b) Penetration with Other Body Parts or Objects

German law includes penetration by lips or tongues into the vaginal area as rape, provided the act constitutes sexual penetration. Similarly, the insertion of objects into the vagina or anus qualifies as rape, while insertion into the mouth does not. English and Welsh laws consider such acts as “assault by penetration” rather than rape. Swedish law views these acts as sexual offenses connected to rape. Indian law allows for rape charges if penetration is carried out with objects or other body parts, provided the victim is female and the perpetrator is male.

c) Using the Victim’s Body as a Tool

German law comprehensively addresses situations where victims are coerced to penetrate themselves, the perpetrator, or third parties. Sweden provides similar coverage, whereas English law criminalizes acts involving others in sexual activities but lacks comprehensive provisions for third-party coercion. Indian law, like Thai law, does not recognize these acts under the category of rape.

d) Degree of Penetration

German, English, and Swedish laws agree that any penetration, even minimal, constitutes rape. Indian law has broadened the scope to include various forms of penetration, such as with objects or body parts, and targets areas beyond the vagina, including the urethra, anus, or mouth. Thailand’s Criminal Code lacks clarity regarding surgically constructed genitalia, leaving gaps in its coverage of sexual self-determination. It is suggested that the term “genitalia” in Thai law be expanded to include surgically constructed genitalia through specific amendments.

2) Sexual Harassment

Sexual harassment, although a relatively new issue in criminal law, requires a balance of intent (internal elements) and external conduct. The study identified differences in how various countries address sexual harassment:

Germany: Sexual harassment was incorporated into its Criminal Code in 2016. It defines harassment as physical contact with sexual connotations that causes discomfort, regardless of

whether the victim is clothed. Harassment involving objects may also constitute an offense, but verbal harassment is excluded.

England and Wales: The **Protection from Sex-based Harassment in Public Act 2023** introduced Section 4B, criminalizing intentional harassment, alarm, or distress based on sex in public spaces. This law encompasses actions such as following someone, making lewd comments, and obstructing movement.

Sweden: Although there is no specific offense for sexual harassment, related offenses, such as privacy invasion, are applied. Scholars advocate for explicit legislation to enhance enforcement.

India: Sexual harassment became a distinct offense in 2013 following the Nirbhaya case, introducing laws against stalking, voyeurism, acid attacks, and sexual harassment.

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ตามครรลองของรัฐเสรีประชาธิปไตยนั้น กฎหมายและนโยบายคือเครื่องมือหลักที่สำคัญซึ่งผู้แทนปวงชนได้รับอำนาจมอบหมายให้เข้าไปทำหน้าที่ในฐานะ “ผู้แทน” ตามแนวคิดหลักการว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน (Popular Sovereignty) โจทย์หรือความท้าทายสำคัญคือ ทำอย่างไรให้กฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับในสังคมตอบสนองต่อประเด็นปัญหาและความต้องการ รวมถึงบริบทความเปลี่ยนแปลงของสังคมที่ผันแปรไปตามยุคสมัย ความหลากหลายของประชาชนกลุ่มต่าง ๆ รวมถึงเทคโนโลยีที่พัฒนาขึ้นอย่างรวดเร็ว

สภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 26 ได้พิจารณาเห็นชอบกฎหมายที่เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนกลุ่มต่าง ๆ ให้ทัดเทียมกับหลักการและกติกาสากล ดังเช่นการพิจารณาให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567 หรือที่เรียกกันทั่วไปว่า “กฎหมายสมรสเท่าเทียม” ซึ่งประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 24 กันยายน พ.ศ. 2567 กฎหมายดังกล่าวนับว่าเป็นความก้าวหน้าในการตรากฎหมายที่ยืนยันในสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยเฉพาะบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในการสร้างครอบครัวและมีความสัมพันธ์ระหว่างกันโดยกฎหมายให้การรับรอง ทั้งนี้ บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวเป็นการรับรองสถานะและก่อนนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในทางแพ่ง อย่างไรก็ตามก็ยังมีผลกระทบต่อเรื่องและมีความจำเป็นต้องพิจารณาทบทวนบทบัญญัติกฎหมายที่มีผลบังคับใช้อยู่เดิม ดังนั้น สภาผู้แทนราษฎร โดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จึงได้เสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. จำนวน 2 ฉบับ ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณาให้ความเห็นชอบวาระ 1 และมีการตั้งคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ.

ในการพิจารณาของคณะกรรมการวิสามัญฯ นี้ มีการพิจารณาข้อมูลจากผลการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และกรรมาธิการวิสามัญฯ ได้ประชุมพิจารณา แลกเปลี่ยนความคิดเห็นกันอย่างกว้างขวาง แต่มีประเด็นที่ยังขาดข้อมูลความรู้ทางวิชาการเพื่อประกอบการพิจารณาให้ความเห็นชอบบทบัญญัติตามร่างพระราชบัญญัติฯ ดังนี้

ประการแรก ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของอวัยวะเพศที่ใช้ในการกระทำความผิด กล่าวคือ การสอดใส่หรือล่วงล้ำโดยอวัยวะเพศซึ่งเป็นองค์ประกอบของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จำกัได้อยู่แต่เพียงอวัยวะเพศโดยกำเนิดหรือไม่

ประการที่สอง ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการล่วงล้ำหรือสอดใส่ด้วยอวัยวะอื่นหรือสิ่งของอย่างอื่นว่าควรปรับบทเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่

ประการที่สาม ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการใช้ร่างกายของผู้อื่นเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด กล่าวคือ การบังคับให้ผู้ถูกกระทำล่วงล้ำหรือสอดใส่ตัวผู้กระทำ หรือการบังคับให้บุคคลที่สามล่วงล้ำหรือสอด

ใส่ผู้ถูกระงับหรือบังคับให้ผู้ถูกระงับล้างล้างหรือสอดใส่บุคคลที่สามนั้น ควรกำหนดให้เป็นการกระทำ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่

ประการที่สี่ ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของการล้างล้าง การล้างล้างหรือสอดใส่ด้วยอวัยวะเพศ อวัยวะอื่น หรือสิ่งของอื่นนั้น ต้องล้างล้างอย่างน้อยเพียงใดจึงจะถือว่าเป็นการล้างล้างอันทำให้ความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จลง

ประการที่ห้า ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับคำนิยามของคำว่า “คุกคามทางเพศ”
และ**ประการสุดท้าย** ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความเหมาะสมของอัตราโทษ

1.2 วัตถุประสงค์ของโครงการ

1. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ประเด็นและบทบัญญัติตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ.

2. เพื่อศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบบทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับความผิดทางเพศกับประเด็น และบทบัญญัติตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ.

3. เพื่อจัดทำบทสรุปวิเคราะห์ และเสนอแนะต่อประเด็นและบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดทางเพศ ตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ.

1.3 ขอบเขตการศึกษา

1. ศึกษาวิเคราะห์เจตนารมณ์ และหลักการของร่างพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ.

2. ศึกษาวิเคราะห์ประเด็นและบทบัญญัติตามร่างพระราชบัญญัติฯ ดังต่อไปนี้

(1) นิยาม ความหมาย คุณธรรมทางกฎหมาย และ องค์ประกอบความผิดฐาน “ข่มขืน” “กระทำชำเรา” “อนาจาร” และ “คุกคามทางเพศ” ประเด็นย่อย ประกอบด้วย 1) ขอบเขตอวัยวะเพศ 2) การใช้ร่างกายของบุคคลอื่นเป็นเครื่องมือ 3) ขอบเขตการล้างล้าง 4) การใช้สิ่งอื่นใดล้างล้างอวัยวะเพศ (ดังเอกสารแนบ)

(2) บทกำหนดโทษฐาน “ข่มขืน” “กระทำชำเรา” “อนาจาร” และ “คุกคามทางเพศ”

กับกฎหมายประเทศต่าง ๆ รวม 4 ประเทศ ได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี อังกฤษและเวลส์ ราชอาณาจักรสวีเดน และสาธารณรัฐอินเดีย

3. บทสรุปวิเคราะห์ และข้อเสนอแนะต่อประเด็นและบทบัญญัติดังกล่าว

1.4 ระเบียบวิธีการศึกษา

งานวิชาการเรื่องนี้ใช้วิธีการศึกษาโดยเอกสาร (documentary research) โดยศึกษาจากหนังสือ ตำรา งานวิจัย วิทยานิพนธ์ บทความต่าง ๆ รวมถึงเอกสารที่จัดทำขึ้นในชั้นของการร่างกฎหมาย ทั้งภาษาไทยและ ภาษาต่างประเทศ โดยเฉพาะภาษาเยอรมัน

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ได้ทราบถึงประเด็นข้อกฎหมายและบทบัญญัติตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ.
2. ได้องค์ความรู้จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบบทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับความผิดทางเพศกับประเด็นและบทบัญญัติตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ.
3. ได้มาซึ่งบทสรุปวิเคราะห์ และเสนอแนะต่อประเด็นและบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดทางเพศตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ.

บทที่ 2

แนวความคิดเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานคุกคามทางเพศ

ในบทนี้ จะได้กล่าวถึงคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดเกี่ยวกับเพศและประเภทของความผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศ ปรากฏรายละเอียดดังนี้

2.1 คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดเกี่ยวกับเพศ

กฎหมายอาญามีหน้าที่คุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย (*Rechtsgut*)¹ การกระทำความผิดอาญาคือการทำร้ายคุณธรรมทางกฎหมายที่ได้รับการคุ้มครองไว้ตามกฎหมาย โดยที่ผู้กระทำนั้นมีความชั่ว² จึงเห็นได้ว่าระหว่างคุณธรรมทางกฎหมายกับการกระทำความผิดอาญานั้นมีความสัมพันธ์กัน กล่าวคือ ผู้กระทำทำร้ายคุณธรรมทางกฎหมายด้วยการกระทำของเขา และเมื่อคุณธรรมทางกฎหมายเป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครอง การกระทำของเขาจึงเป็นความผิดอาญา³

คุณธรรมทางกฎหมาย หมายถึง ประโยชน์หรือคุณค่าที่จำเป็นสำหรับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์⁴

2.1.1 ศิลธรรม

การไม่ล่วงเกินทางเพศมีที่มาจากศีลข้อ 3 จากศีล 5 ซึ่งเป็นธรรมะขั้นพื้นฐานของสังคมชาวบ้าน เป็นข้อปฏิบัติสำหรับฝึกฝนพัฒนาตนเพื่อให้ชีวิตดีงามยิ่งขึ้น⁵

ศีลข้อ 3 กล่าวว่า *กาเมสุ มิฉฉาจารา เวรมณี* หมายถึง ไม่ประพฤติดีในกามทั้งหลาย ความประพฤดิหรือการดำเนินชีวิตควรปราศจากการเบียดเบียนผู้อื่นทางด้านคู่ครอง บุคคลที่รักหวงแหน ไม่ผิดประเพณีทางเพศ ไม่นอกใจคู่ครองของตน⁶ เมื่อศีล 5 เป็นหลักธรรมประจำสังคมมาตั้งแต่ยุคก่อนพุทธกาล การคุ้มครองศีล 5 ในฐานะที่เป็นคุณค่าที่จำเป็นสำหรับการที่มนุษย์จะอยู่ร่วมกันโดยสงบสุข จึงน่าจะเชื่อว่า จะเริ่มมีมาตั้งแต่อดีตกาล จนกระทั่งปรากฏเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศในพระอัยการลักษณะผัวเมีย ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายตราสามดวง⁷

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (*Strafgesetzbuch - StGB*) ลักษณะ 13 ความผิดต่อเสรีภาพในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง (*Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*) ก่อนที่จะมีการปฏิรูป

¹ คณิต ฒ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 7, วิญญูชน 2563) 70; Jescheck, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* (5. Aufl., Duncker & Humblot 1996) 7.

² BVerfG, Urteil vom 21.06.1977 – 1 BvL 14/76 NJW 1977, 1525, 1531.

³ Keßler, Sebastian, *Sexuelle Täuschungen – Strafbarkeit und Strafwürdigkeit nach deutschem Sexualstrafrecht* (Duncker & Humblot 2022) 113.

⁴ คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 1) 70.

⁵ พระพรหมคุณาภรณ์ ป.อ. ปยุตโต, *พุทธธรรม* (พิมพ์ครั้งที่ 15, โรงพิมพ์บริษัทสหธรรมิก 2552) 22.

⁶ เพิ่งอ้าง.

⁷ วิไลพร อุ๋นเจ้าบ้าน และมนตรี สิริโรจนานันท์, “พัฒนาการอธิบายความหมายของศีล 5” (2560) 2 วารสารบัณฑิตศึกษามหาจุฬาลงกรณ์ 1, 5.

ประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 4 ใน พ.ศ. 2516 (ค.ศ. 1973) ก็ใช้ชื่อลักษณะว่า “ความผิดต่อศีลธรรม” (*Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit*) เมื่อได้มีการแก้ไขมาใช้ชื่อในปัจจุบันก็ย่อมแสดงให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงของทัศนคติและความรู้สึกนึกคิดของคนในสังคม กล่าวคือ ทัศนคติใหม่ที่อนุญาตให้บุคคลมีเสรีภาพมากยิ่งขึ้นในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง แต่มีข้อเรียกร้องที่เข้มงวดมากขึ้นเกี่ยวกับข้อตกลงระหว่างบุคคลที่มีเพศสัมพันธ์กัน⁸ อย่างไรก็ตาม การจะสรุปจากการเปลี่ยนแปลงครั้งนี้ว่า กฎหมายเป็นอิสระแยกต่างหากจากข้อปฏิบัติทางศีลธรรมเลยก็คงจะเป็นการด่วนสรุปเกินไป การห้ามการครอบครองสื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่ตามประมวลกฎหมายอาญาไทย มาตรา 287 หรือการห้ามครอบครองตุ๊กตาทายที่มีลักษณะเป็นเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 184i ก็คงมิได้คุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลแต่อย่างใด

2.1.2 สิทธิในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง พื้นที่ส่วนตัวทางเพศ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ชื่อของลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ ในประมวลกฎหมายอาญาไทย ก็แสดงให้เห็นอยู่ในตัวว่า บทบัญญัติในลักษณะนี้คุ้มครองคุณค่าใด *สิทธิในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง* (sexual self-determination) ที่ได้รับการคุ้มครองในที่นี้ไม่ใช่สิทธิในทางบวก (positive rights) คือ สิทธิที่จะจัดการชีวิตของตนในเรื่องทางเพศด้วยความคิดของตนเอง แต่เป็นสิทธิในทางปฏิเสธ (negative rights) หรือสิทธิที่จะป้องกันมิให้บุคคลอื่นเข้าถึงร่างกายของตนเอง⁹

โดยปกติ กฎหมายอาญาก็ให้ความคุ้มครองสิทธิในการตัดสินใจเรื่องทั่วไปด้วยตนเองอยู่แล้ว ดังที่ปรากฏเป็นความผิดอาญาต่อเสรีภาพ เพียงแต่มีระวางโทษไม่สูงนัก แต่เพราะเหตุใด สิทธิในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเองจึงสำคัญว่าสิทธิในการตัดสินใจในเรื่องทั่วไปด้วยตนเอง ฐานคิดที่สำคัญของสิทธิในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง คือ *สิทธิในการเคารพซึ่งความเป็นส่วนตัวทางเพศ* (*Recht auf Achtung der Intimsphäre*) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (*Bundesverfassungsgericht - BVerfG*) เคยวางหลักว่า ปฏิสัมพันธ์ทางเพศเป็นส่วนหนึ่งในพื้นที่ในชีวิตส่วนตัวที่ไม่อาจแตะต้องได้¹⁰ ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Court of Human Rights) ก็รับรองว่า สิทธิในการปกป้องตนเองจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในการเคารพซึ่งความเป็นส่วนตัวตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Convention on Human Rights) ข้อ 8 วรรคแรก และรัฐมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิดังกล่าวโดยอาศัยมาตรการทางกฎหมาย¹¹

⁸ Hörnle, Tatjana, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar* (Zehnter Band, 13. Aufl., de Gruyter 2023) Vor §174, Rn. 13; Valentiner, Dana-Sophia, „The Human Right to Sexual Autonomy” (2021) 5 German Law Journal 703, 704.

⁹ Hörnle, Tatjana (เชิงอรรถ 8) Vor §174, Rn. 34; Hoven, Elisa/ Weigend, Thomas, „Nein heißt Nein“ – und viele Fragen offen“ (2017) 4 JZ 182, 183; Schroeder, Friedrich-Christian, „Die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung nach dem Entwurf eines 4. StrRG“ (1971) 1 ZRP 14.

¹⁰ BverfGE 109, 279, 319; 96, 10, 21; 80, 367, 374.

¹¹ M.C. v Bulgaria App no 39272/98 (ECtHR, 4 December 2003).

ปฏิสัมพันธ์ทางเพศที่ถูกกำหนดโดยบุคคลอื่นอาจนับว่าเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้เลยทีเดียว ใครก็ตามที่หลอกใช้บุคคลอื่นเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศโดยปราศจากความยินยอมของบุคคลดังกล่าวย่อมถือว่าเขากำลังทำร้ายศักดิ์ศรีศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ผู้นั้นอยู่นั่นเอง¹²

2.1.3 ความสมบูรณ์ทางร่างกายและชีวิต

นอกจากสิทธิในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเองแล้ว ความผิดเกี่ยวกับเพศบางฐานคุ้มครองความสมบูรณ์ทางร่างกายด้วย การข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดอาญา ส่วนหนึ่งก็เพราะการล่วงล้ำนับเป็นการทำร้ายร่างกายด้วย ส่วนการคุ้มครองชีวิตก็ปรากฏในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตาย¹³

2.1.4 การพัฒนาทางเพศของเด็กที่ไม่อาจถูกรบกวน

แนวความคิดหลักมักอธิบายว่า ความผิดต่าง ๆ ในความผิดเกี่ยวกับเพศที่เด็กเป็นผู้ถูกกระทำ ย่อมทำหน้าที่คุ้มครองการพัฒนาทางเพศของเด็กที่ไม่อาจถูกรบกวน¹⁴ อย่างไรก็ตาม Prof.Dr.Tatjana Hörnle ผู้อำนวยการสถาบัน Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law อธิบายว่าในการเติบโตเป็นผู้ใหญ่ เหตุการณ์ต่าง ๆ ภายนอกมิได้เป็นอันตรายในตัวของมันเอง เมื่อใดก็ตามที่เรื่องทางเพศเกี่ยวข้องกับการมีปฏิสัมพันธ์กับผู้อื่น เด็กจะต้องพัฒนาทักษะทางสังคมที่จำเป็นขึ้นมา การปกป้องเด็กให้พ้นจากการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายไม่อาจเป็นภารกิจของกฎหมายอาญาได้¹⁵

2.1.5 การป้องกันความเสียหายทางจิตใจของเหยื่อที่เป็นเด็ก

สาเหตุที่กฎหมายอาญามีความชอบธรรมเป็นพิเศษในการคุ้มครองเด็กเพราะการกระทำความผิดทางเพศส่งผลผลกระทบต่อสภาพจิตใจของเด็ก นอกจากปัญหาทางด้านจิตใจระยะสั้นและระยะกลางแล้ว ยังพบความเสี่ยงที่เพิ่มขึ้นของการเกิดความผิดปกติที่อาจวินิจฉัยพบได้ในปีต่อ ๆ ไป เหยื่อของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศก็มักรายงานพฤติกรรมทางเพศและพฤติกรรมเกี่ยวกับความสัมพันธ์ (attachment behavior) ที่เปี่ยมเบนของตน ความเสียหายทางจิตใจที่เกิดขึ้นนี้มักแตกต่างกันไปในเหยื่อแต่ละราย ขึ้นอยู่กับอายุ ลักษณะนิสัย ความเปราะบางที่อาจเกิดจากอาการป่วยทางจิต สภาพแวดล้อมในครอบครัว หรือปฏิกิริยาจากสังคมรอบข้าง ผลการวิจัยชี้ว่า การกระทำความผิดก่อให้เกิดผลลัพธ์ในเชิงลบหลายประการแก่เหยื่อที่เป็นเด็ก แม้กับเหยื่อที่ในเบื้องต้นดูว่าจะสามารถรับมือกับเหตุการณ์การกระทำ

¹² Hörnle, Tatjana (เชิงอรรถ 8) Vor §174, Rn. 36; Hoven, Elisa/ Weigend, Thomas (เชิงอรรถ 9) 183.

¹³ Hörnle, Tatjana (เชิงอรรถ 8) Vor §174, Rn. 40.

¹⁴ Deutscher Bundestag, BT VI/1552, 9.

¹⁵ Hörnle, Tatjana (เชิงอรรถ 8) Vor §174, Rn. 41.

ความผิดได้อย่างไรซึ่งปัญหา ก็ต้องทนทุกข์ทรมานจากผลกระทบของการกระทำในระยะยาว¹⁶ ด้วยเหตุนี้ ความผิดเกี่ยวกับเพศจึงมักถูกกำหนดให้เป็นความผิดที่เป็นการก่ออันตราย (*Gefährungsdelikt*)¹⁷

2.1.6 การตัดสินใจทางเพศด้วยตนเองของเด็ก

ความชอบธรรมของฐานความผิดอาชญาฐานต่าง ๆ มิได้ขึ้นอยู่กับความเสียหายที่เกิดขึ้นหรืออันตรายที่เป็นรูปธรรมที่พิสูจน์ได้ การล่วงละเมิดทางเพศ (sexual abuse) กับเด็กมิได้เป็นความผิดอาญาเพียงเพราะเด็กไม่สามารถรับมือกับการกระทำผิดทางเพศได้ในภายหลัง แต่เพราะการกระทำทางเพศแก่เด็กทำร้ายสิทธิในการเคารพในพื้นที่ส่วนตัวทางเพศและสิทธิในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง¹⁸

การกระทำผิดทางเพศกับเด็กวางอยู่บนหลักการที่ว่าเด็กไม่สามารถให้ความยินยอมในเรื่องปฏิสัมพันธ์ทางเพศได้โดยสมบูรณ์ เพราะเด็กไม่มีความเข้าใจที่จำเป็นในเรื่องทางเพศและกฎเกณฑ์ทางสังคมในการเลือกคู่ และเด็กไม่เข้าใจถึงเสรีภาพในการปฏิเสธกิจกรรมบางประการในการมีปฏิสัมพันธ์กับผู้ใหญ่ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าเด็กจะไม่สามารถใช้สิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเองในเชิงบวก แต่เขายังคงมีสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเองในเชิงลบอยู่ กล่าวคือ เขายังคงมีสิทธิที่จะปกป้องตนเองจากบุคคลที่สามผู้ซึ่งไม่ได้รับอนุญาตให้เข้ามามีความสัมพันธ์กับเขา¹⁹

2.2 ประเภทของความผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศ

การกระทำผิดต่าง ๆ ในความผิดเกี่ยวกับเพศ พอจะแยกประเภทออกได้เป็น 4 ประเภท²⁰ ได้แก่

2.2.1 การกระทำทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายโดยปราศจากความยินยอม

การกระทำผิดเกี่ยวกับเพศประเภทที่สำคัญที่สุด คือ การกระทำที่ทำร้ายการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเองโดยตรง กล่าวคือ การกระทำทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายโดยปราศจากความยินยอมหรือขัดแย้งกับความยินยอมของผู้ถูกระทำ การข่มขืนกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร รวมถึงการคุกคามทางเพศ (sexual harassment) ตกอยู่ในการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศประเภทนี้

¹⁶ Arntzen, Friedrich, “Sexualdelikte – Straftaten ohne Opfer?” (1980) 10 ZRP 287; Hörmle, Tatjana (เชิงอรรถ 8) Vor §174, Rn. 43.

¹⁷ ในความผิดที่เป็นการก่ออันตราย (*Gefährungsdelikt*) กฎหมายประสงค์ที่จะไม่ให้เกิดอันตรายขึ้น จึงได้บัญญัติในลักษณะป้องกันไว้ก่อน เมื่อผู้กระทำทำให้เกิดอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมาย ผู้กระทำย่อมได้รับโทษทางอาญาแตกต่างจากการกระทำที่เป็นการทำอันตราย (*Verletzungsdelikt*) ซึ่งจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อเมื่อมีการทำอันตรายแก่คุณธรรมทางกฎหมาย โปรดดู คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 7, วิญญูชน 2563) 172-173.

¹⁸ Hörmle, Tatjana (เชิงอรรถ 8) Vor §174, Rn. 45.

¹⁹ Hörmle, Tatjana (เชิงอรรถ 8) Vor §174, Rn. 46.

²⁰ Grundlach, Timo, *Sexualkriminalität. Erscheinungsformen, Sanktionierung, Legalbewährung und kriminelle Karrieren* (Universitätsverlag Göttingen 2020) 46-97; Hörmle, Tatjana (เชิงอรรถ 8) Vor §174, Rn. 48-55.

2.2.2 การกระทำทางเพศที่มีได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายโดยปราศจากความยินยอม

การกระทำที่แม้ปราศจากการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายแต่ละเมิดพื้นที่ส่วนบุคคลทางเพศโดยไม่ได้รับอนุญาต ย่อมเป็นการกระทำที่มีลักษณะล่วงเกินสิทธิในการได้รับความเคารพต่อความเป็นส่วนตัว และสิทธิในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง ในการกระทำความผิดประเภทนี้ การใช้ผู้ถูกระทำเป็นเครื่องมือ หรือการทำให้ผู้ถูกระทำรู้สึกอับอายจะอยู่ในระดับต่ำกว่าการกระทำทางเพศที่มีการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย การถ่ายภาพอวัยวะเพศ ก้น หรือหน้าอกของหญิงโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือการทำให้ผู้อื่นเดือดร้อนรำคาญ โดยการแสดงอวัยวะเพศ ถือว่าตกอยู่ในการกระทำทางเพศประเภทนี้

2.2.3 การกระทำทางเพศที่ได้รับความยินยอม

ความผิดเกี่ยวกับเพศที่ผู้ถูกระทำเป็นเด็กคุ้มครองเด็กจากการกระทำทางเพศได้รับความยินยอมในทางความเป็นจริง เช่น ความสัมพันธ์ในทางชู้สาวระหว่างครูกับนักเรียน สำหรับกฎหมายอาญาแล้ว ความยินยอมในทางความเป็นจริงไม่ถือเป็นความยินยอมที่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมายเพราะเด็กยังไม่ยังมีการเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่าง ๆ ที่เพียงพอ ไม่ว่าจะเป็นทางร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรม หรือประสบการณ์ ความยินยอมของเด็กย่อมไม่ได้วางอยู่บนการตัดสินใจด้วยความสามารถที่เพียงพอ

นอกจากนั้น การกระทำทางเพศต่อผู้ใหญ่ที่แม้จะได้รับความยินยอมแล้ว ก็อาจเป็นความผิดอาญาได้ กล่าวคือ ในการกระทำทางเพศต่อบุคคลที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของผู้กระทำหรือมีความอ่อนแอเป็นพิเศษ ข้อสันนิษฐานโดยปกติว่าเขาสามารถให้ความยินยอมได้ ย่อมตกไป

2.2.4 การทำอันตรายต่อการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง

นอกจากนั้น ยังมีบทบัญญัติที่คุ้มครองการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเองโดยอ้อม ซึ่งบัญญัติห้ามการกระทำที่โดยธรรมชาติแล้ว ไม่ใช่การกระทำทางเพศ แต่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อการตัดสินใจทางเพศในอนาคตได้ การแสวงหาประโยชน์จากผู้ให้บริการทางเพศ การช่วยเหลือหรืออำนวยความสะดวกให้บุคคลร่วมประเวณีกัน หรือการผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก ย่อมตกอยู่ในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศประเภทนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก ซึ่งนอกจากจะเป็นการทำร้ายสิทธิในการสร้างลักษณะนิสัย (*Persönlichkeitsrechte*) ของปัจเจกบุคคลที่ปรากฏในสื่อแล้ว ยังมีส่วนทำให้เกิดตลาดซื้อขายสิ่งของผิดกฎหมายซึ่งก็จะทำให้เกิดความต้องการสื่อลามกอนาจารเด็กต่อไปในอนาคตด้วย

บทที่ 3

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานคุกคามทางเพศในต่างประเทศ

ในบทนี้ จะได้พูดถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานคุกคามทางเพศตามกฎหมายต่างประเทศทั้งหมดด้วยกัน 4 ประเทศ ได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี อังกฤษและเวลส์ ราชอาณาจักรสวีเดน และสาธารณรัฐอินเดีย ปรากฏรายละเอียดดังนี้

3.1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือประเทศเยอรมนี (Strafgesetzbuch - StGB) บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในลักษณะ 13 โดยใช้ชื่อลักษณะว่า “ความผิดต่อการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง” (*Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*) เริ่มตั้งแต่มาตรา 174 ถึง 184²¹ มาตราที่เป็นความผิดพื้นฐานหรือความผิดหลักของลักษณะนี้ คือ มาตรา 177 ซึ่งใช้ชื่อว่า “การทำร้ายทางเพศ การขืนใจทางเพศ การข่มขืนกระทำชำเรา (*Sexueller Übergriff; Sexueller Nötigung; Vergewaltigung/ Sexual Assault; Sexual Coercion; Rape*)

Whoever, against a person's discernible will, performs sexual acts on that person or has that person perform sexual acts on them, or causes that person to perform or acquiesce to sexual acts being performed on or by a third person incurs a penalty of imprisonment for a term of between six months and five years.

Whoever performs sexual acts on another person or has that person perform sexual acts, or causes that person to perform or acquiesce to sexual acts being performed on or by a third person incurs the same penalty if

- 1. the offender exploits the fact that the person is not able to form or express a contrary will,*
- 2. the offender exploits the fact that the person is significantly impaired in respect of the ability to form or express a will due to said person's physical or mental condition, unless the offender has obtained the consent of that person,*
- 3. the offender exploits an element of surprise,*
- 4. the offender exploits a situation in which the victim is threatened with serious harm in case of offering resistance or*

²¹ บทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันเป็นภาษาอังกฤษ โปรดดู https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/.

5. the offender has coerced the person to perform or acquiesce to the sexual acts by threatening serious harm.

The attempt is punishable.

The penalty is imprisonment for a term of at least one year if the inability to form or express a will is due to the victim's illness or disability.

The penalty is imprisonment for a term of at least one year if the offender

1. uses force against the victim,
2. threatens the victim with a present danger to life or limb or
3. exploits a situation in which the victim is unprotected and at the mercy of the offender's influence.

In especially serious cases, the penalty is imprisonment for a term of at least two years. An especially serious case typically occurs where

1. the offender has sexual intercourse with the victim or has the victim have sexual intercourse or commits such similar sexual acts on the victim or has the victim commit them on them which are particularly degrading for the victim, especially if they involve penetration of the body (rape), or

2. the offence is committed jointly by more than one person.

The penalty is imprisonment for a term of at least three years if the offender

1. carries a weapon or other dangerous implement,
- 2 otherwise carries an instrument or other means for the purpose of preventing or overcoming the resistance of another person by force or threat of force or
3. places the victim at risk of serious damage to health.

The penalty is imprisonment for a term of at least five years if

1. the offender uses a weapon or other dangerous implement during the commission of the offence or

2. the offender

- a) seriously physically abuses the victim during the offence or

- b) by committing the offence places the victim in danger of death.

In less serious cases under subsections (1) and (2), the penalty is imprisonment for a term of between three months and three years, in less serious cases under subsections (4) and (5) imprisonment for a term of between

six months and 10 years, and in less serious cases under subsections (7) and (8) imprisonment for a term of between one year and 10 years.

จะเห็นได้ว่า มาตรา 177 มีบทบัญญัติทั้งสิ้น 9 วรรค โดยมีวรรคแรกและวรรคสองเป็นความผิดบทหลักหรือบทพื้นฐาน กล่าวคือ วรรคแรกห้ามกระทำการทางเพศต่อบุคคลโดยขัดแย้งกับความประสงค์ของบุคคลนั้น ห้ามให้บุคคลนั้นกระทำการดังกล่าวต่อตนโดยขัดแย้งกับความประสงค์ของเขา ห้ามบังคับให้บุคคลนั้นกระทำหรือยอมทนต่อการกระทำทางเพศกับบุคคลที่สาม มีโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือน ถึง 5 ปี

จะเห็นได้ว่า ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน การชื่นใจทางเพศกับการข่มขืนกระทำชำเราถูกบัญญัติไว้ในมาตราเดียวกัน โดยการชื่นใจทางเพศ หมายถึง การกระทำทางเพศโดยใช้กำลังทำร้ายหรือข่มขู่บังคับโดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำ ส่วนการข่มขืนกระทำชำเราซึ่งบัญญัติอยู่ในวรรคหกของมาตรา 177 ถือเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักประการหนึ่งของมาตรา 177 มีโทษจำคุกอย่างน้อย 2 ปี

3.1.1 วิวัฒนาการของความผิดต่อการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันที่ใช้บังคับเมื่อ พ.ศ. 2414 (ค.ศ. 1871) ได้บัญญัติให้ความประพฤติที่ขัดแย้งกับแนวความคิดทางศีลธรรมเป็นความผิดอาญาและผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษ การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายด้วยกัน การกระทำอนาจารกับสัตว์ การเป็นธุระจัดหาบุคคลเพื่อสนองความใคร่ของบุคคลอื่น และการเผยแพร่สิ่งลามกอนาจาร ก็ถือเป็นความผิดอาญาในยุคนั้นด้วย บทบัญญัติลักษณะ 13 จึงมีชื่อเรียกว่า “ความผิดต่อศีลธรรม” (*Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit*) มาจนกระทั่งมีการปฏิรูปประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 4²²

ต่อมาใน พ.ศ. 2443 (ค.ศ. 1900) ได้มีการเพิ่มเติมความผิดฐานแสวงหาประโยชน์จากผู้ค้าประเวณี (มาตรา 181a) เข้ามาในประมวลกฎหมายอาญา และยังคงมีการขยายขอบเขตของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารด้วย ในช่วงที่พรรณาซีครองอำนาจในเยอรมนี ก็ได้มีการเพิ่มโทษแก่การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายด้วยกันให้รุนแรงยิ่งขึ้น ในปี ค.ศ. 1941 ผู้กระทำความผิดบางฐานในลักษณะอาจได้รับโทษถึงประหารชีวิตหากเป็นกรณีจำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนหรือลงโทษอย่างยุติธรรม²³

ต่อมา ในช่วงทศวรรษที่ 1960 ถึง 1970 กระแสความคิดเสรีนิยมที่ปรากฏในบทความของ Prof.Dr.Ernst-Walter Hanack ในการประชุมอาจารย์ผู้สอนกฎหมายอาญา (Conference of Criminal Law Lecturers/ *Strafrechtslehrtagung*) ใน พ.ศ. 2508 (ค.ศ. 1965) และในรายงานความเห็นของเขาที่นำเสนอในงานประชุมวิชาการของนักกฎหมายเยอรมันประจำปี ครั้งที่ 47 ใน พ.ศ. 2511 (ค.ศ. 1968) (47th Conference of German Jurists/ 47. Deutscher Juristentag 1968) ได้นำมาซึ่งการปฏิรูปความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญา ศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ (Bundesgerichtshof - BGH) และ

²² Hörnle, Tatjana (เชิงอรรถ 8) Vor §174, Rn. 3.

²³ Hörnle, Tatjana (เชิงอรรถ 8) Vor §174, Rn. 4.

ฝ่ายวิชาการก็ตอบรับแนวคิดของการปฏิรูปโดยการปลดล๊อคกฎหมายอาญาออกจากมุมมองทางศีลธรรม และจำกัดภารกิจของกฎหมายอาญาอยู่แต่เพียงการป้องกันการกระทำที่เป็นภัยอันตรายต่อสังคมเท่านั้น²⁴

ใน พ.ศ. 2512 (ค.ศ. 1969) ได้มีการตรากฎหมายว่าด้วยการปฏิรูปกฎหมายอาญาครั้งที่ 1 (The First Law for the Reform of Criminal Law/ *Das Erste Gesetz zur Reform des Strafrechts – 1. StrRG*) เพื่อยกเลิกความผิดอาญาบางฐาน ได้แก่ ความผิดฐานมีชู้ ความผิดฐานร่วมเพศกับบุคคลเพศเดียวกัน ความผิดฐานกระทำอนาจารสัตว์ ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์นอกสมรสโดยการหลอกลวง และแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 184 ความผิดฐานเผยแพร่สื่อลามกอนาจาร²⁵

ในการปฏิรูปประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 4 เมื่อ พ.ศ. 2516 (ค.ศ. 1973) นอกจากจะมีการเปลี่ยนชื่อลักษณะตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ยังมีการแก้ไขถ้อยคำในกฎหมายบางคำให้มีลักษณะเป็นกลางมากขึ้น เช่น แก้ไขคำว่า “*Unzucht*” และ “*Unzüchtige Handlungen*” (การล่วงประเวณี) มาใช้คำว่า “*sexuelle Handlungen*” (การกระทำทางเพศ) นอกจากนั้น ยังได้มีการปรับลดโทษของความผิดบางฐานในลักษณะนี้ ลงจากเดิมที่มีแต่เพียงโทษจำคุก กฎหมายก็เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจลงโทษปรับได้ และลดอัตราโทษขั้นสูงของแต่ละฐานความผิดลงด้วย ความผิดฐานเผยแพร่สื่อลามกอนาจารก็ได้ถูกยกเลิกไปในการแก้ไขครั้งนี้ และถูกแทนที่ด้วยบทบัญญัติที่มีเจตนารมณ์หลักในการป้องกันมิให้เด็กและเยาวชนเข้าถึงสื่อลามกอนาจาร การช่วยเหลือหรืออำนวยความสะดวกให้บุคคลร่วมประเวณีกัน ซึ่งเป็นความผิดอาญามาตลอดเพราะเป็นการสนับสนุนให้ประชาชนกระทำความผิดศีลธรรม ก็ถูกยกเลิกไปเพราะข้อความคิดที่ว่า “กฎหมายอาญามีได้มีภารกิจในการห้ามการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เป็นผู้ใหญ่” เข้ามาแทนที่²⁶

ตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา ก็ดูเหมือนว่าความสงบจะกลับมาสู่ประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 13 จนกระทั่ง พ.ศ. 2535 (ค.ศ. 1992) ก็มีแก้ไขเพิ่มเติมฐานความผิดต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 13 ติด ๆ กันหลาย ๆ ครั้ง ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 26 ถึง 27 ครั้งที่ 29 ถึง 30 ครั้งที่ 33 ครั้งที่ 37 และครั้งที่ 49 รวมถึงการปฏิรูปกฎหมายอาญาครั้งที่ 6 ในปี พ.ศ. 2541 (ค.ศ. 1998) นอกจากนั้น ในปี พ.ศ. 2546 (ค.ศ. 2003) ยังมีกฎหมายว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดต่อการตดสินใจทางเพศด้วยตนเอง และความผิดฐานอื่น ๆ และในปี พ.ศ. 2551 (ค.ศ. 2008) ก็มีการตรากฎหมายเพื่อนำ Framework Decision of the Council of the European Union on combating the sexual exploitation of children and child pornography มาใช้บังคับ Prof.Dr.Friedrich-Christian Schroeder เรียกกระบวนการทั้งหมดนี้ว่า “การปฏิวัติกฎหมายอาญาเกี่ยวกับเพศ” (*Revolution des*

²⁴ Hörnle, Tatjana (เชิงอรรถ 8) Vor §174, Rn. 5.

²⁵ Hörnle, Tatjana (เชิงอรรถ 8) Vor §174, Rn. 6; Schroeder, Friedrich-Christian, „Reform des Sexualstrafrechts. Zum Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht (2017)“ (2018) 7 JZ 345.

²⁶ Hörnle, Tatjana (เชิงอรรถ 8) Vor §174, Rn. 6.

Sexualstrafrechts)²⁷ ซึ่งส่งผลให้ประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 13 ซับซ้อนและสับสนยุ่งเหยิงจนประชาชนทั่วไปที่มีไข่นักกฎหมายไม่อาจเข้าใจได้²⁸

ใน พ.ศ. 2557 (ค.ศ. 2014) อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามความรุนแรงต่อสตรีและความรุนแรงในครอบครัวแห่งสภายุโรป หรืออนุสัญญาอิสตันบูล (Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence – Istanbul Convention) ซึ่งรัฐบาลเยอรมันได้ลงนามรับรองเมื่อ พ.ศ. 2554 (ค.ศ. 2011) มีผลบังคับใช้ ข้อ 36 วรรคแรก เรียกร้องให้ประเทศสมาชิกบัญญัติให้การกระทำทางเพศทุกรูปแบบที่ขัดแย้งกับความประสงค์ของบุคคลเป็นความผิดอาญา จึงได้มีการตรากฎหมายว่าด้วยการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 50 (*50. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuch – 50. StÄG*) ใน พ.ศ. 2559 (ค.ศ. 2016) เพื่อแก้ไขบทบัญญัติในลักษณะ 13 ให้สอดคล้องกับอนุสัญญาดังกล่าว²⁹ การแก้ไขครั้งนี้แม้จะมีใช้การแก้ไขในเชิงโครงสร้าง แต่ก็มีผลทำให้โครงสร้างและระบบของความผิดอาญาในลักษณะ 13 เปลี่ยนแปลงไปอย่างสำคัญ

3.1.2 ช่องว่างของกฎหมายก่อนมีการแก้ไขกฎหมายในปี พ.ศ. 2559

1) กรณีผู้ถูกระงับไม่ยินยอมแต่มีได้ต่อต้านด้วยกำลังทางกายภาพ

ก่อนมีการแก้ไขกฎหมายใน พ.ศ. 2559 (ค.ศ. 2016) มาตรา 177 ลงโทษผู้กระทำความผิดที่ใช้กำลังทำร้าย (วรรคแรก หมายเลข 1) ใช้การข่มขู่บังคับ (วรรคแรก หมายเลข 2) หรือผู้กระทำความผิดที่อาศัยโอกาสจากสถานการณ์ที่ผู้ถูกระงับไม่สามารถปกป้องตนเองได้ (วรรคแรก หมายเลข 3) หรือเรียกว่า “รูปแบบการบังคับ” (coercion model)³⁰ ซึ่งเป็นรูปแบบดั้งเดิมของการกระทำความผิดอาญาฐานขืนใจทางเพศและฐานข่มขืนกระทำชำเรามาตั้งแต่ยุคกลางในยุโรป ด้วยรูปแบบการบังคับนี้ ผู้ถูกระงับจะต้องต่อต้านการมีเพศสัมพันธ์ด้วยกำลังทางกายภาพ วันเวลาผ่านไป หลักการต่อต้านด้วยกำลังทางกายภาพนี้ก็อ่อนกำลังลงเพียงผู้กระทำความผิดขู่ว่าจะใช้กำลังทำร้าย ซึ่งก็จะส่งผลให้ผู้ถูกระงับไม่กล้าต่อต้านด้วยกำลังทางกายภาพ ก็เพียงพอที่จะถือว่ามีกระทำความผิดแล้ว จนกระทั่งในการแก้ไขกฎหมายเมื่อ พ.ศ. 2540 (ค.ศ. 1997) ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติให้การที่ผู้กระทำความผิดอาศัยสถานการณ์ที่ผู้ถูกระงับไม่สามารถปกป้อง

²⁷ Schroeder, Friedrich-Christian, „Die Revolution des Sexualstrafrechts 1992-1998“ (1999) 17 JZ 827.

²⁸ Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen* (71. Aufl. C.H.Beck 2024) vor § 174, Rn. 4; Schroeder, Friedrich-Christian (เชิงอรรถ 27) 345; Hörnle, Tatjana, „Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte“ (2015) 4 ZIS 206.

²⁹ Deutscher Jusistenbund (djb), “Stellungnahme zur grundsätzlichen Notwendigkeit einer Anpassung des Sexualstrafrechts (insbesondere § 177 StGB) v. 9.5.2014” <<https://www.djb.de/presse/stellungnahmen/detail/st14-07>> accessed 31 October 2024; Deutscher Jusistenbund (djb), “Stellungnahme zum Entwurf eines [...] Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches v. 25.7.2014” <<https://www.djb.de/presse/stellungnahmen/detail/st14-14>> accessed 31 October 2024; Hörnle, Tatjana (เชิงอรรถ 28) 206; และโปรดดูความเห็นข้างน้อยที่เห็นว่าไม่จำเป็นต้องแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันแต่อย่างใด Fischer, Thomas (เชิงอรรถ 28) vor § 174 Rn. 4; Schroeder, Friedrich-Christian (เชิงอรรถ 25) 345.

³⁰ Hörnle, Tatjana, „The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment” (2017) 6 German Law Journal 1309, 1312.

ตนเองจากการกระทำของผู้กระทำได้ แล้วบังคับให้ผู้ถูกระทำต้องกระทำการทางเพศหรือยอมทนต่อการกระทำทางเพศ เป็นความผิดอาญาด้วย ทั้งนี้เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีที่เหตุการณ์เกิดในสถานที่ที่ผู้ถูกระทำไม่อาจคาดหวังถึงความช่วยเหลือจากผู้ใดได้ ผู้ถูกระทำอยู่ภายใต้ความควบคุมของผู้กระทำที่มีร่างกายใหญ่โตกว่า และด้วยสภาพที่ไร้หนทางเช่นนั้น จึงทำให้รู้สึกว่าการป้องกันตนเองนั้นไม่มีประโยชน์แต่อย่างใด ผู้ถูกระทำจึงมิได้ใช้กำลังต่อต้าน³¹

อย่างไรก็ตาม ศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ (*Bundesgerichtshof - BGH*) กลับตีความถ้อยคำในวรรคแรก หมายเลข 3 ที่เพิ่มเติมเข้ามาใหม่อย่างเข้มงวด ประการแรก กรณีที่ผู้กระทำมิได้กระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนความประสงค์ของผู้ถูกระทำให้ต้องยอมกระทำการทางเพศเนื่องจากผู้ถูกระทำไม่ได้คาดการณ์ว่าจะเกิดการล่วงละเมิดทางเพศขึ้น ซึ่งตามกฎหมายเยอรมัน ถือว่าไม่มีการข่มขู่บังคับ กรณีจึงขาดองค์ประกอบภายนอก

นอกจากนั้น สถานการณ์ที่ผู้ถูกระทำไม่อาจคาดหวังถึงความช่วยเหลือได้จะต้องสร้างให้เกิดสถานการณ์บีบบังคับในลักษณะเดียวกันกับการใช้กำลังทำร้ายและการข่มขู่บังคับตามวรรคแรก หมายเลข 1 และ 2 แห่งมาตรา 177³² ดังนั้น กรณีที่ผู้ถูกระทำความผิดมิใช่กำลังต่อต้านเพราะกลัวว่าจะถูกปล่อยทิ้งไว้จะมีความผิดทางอาญา หรือกลัวว่าจะถูกแยกออกจากพี่สาวที่อาศัยในบ้านอุปการะเด็กด้วยกัน³³ จึงไม่ใช่สถานการณ์ที่ผู้ถูกระทำไม่สามารถปกป้องตนเองได้

อีกทั้ง สถานการณ์ที่ผู้ถูกระทำไม่สามารถปกป้องตนเองได้นี้จะต้องไม่ใช่กรณีที่ผู้ถูกระทำคิดไปเองว่าตนไม่สามารถปกป้องตนเองได้ แต่ต้องเป็นสถานการณ์ที่ผู้ถูกระทำไม่สามารถปกป้องตนเองได้จริง ๆ โดยอาศัยมุมมองของบุคคลที่สาม³⁴ เช่น ผู้ถูกระทำเข้าใจไปว่าตนไม่อาจหนีออกไปจากสถานีตำรวจได้โดยผู้กระทำไม่ล่วงรู้³⁵ หรือกรณีเด็กอายุ 7 ปีที่มีพี่สาวอายุ 10 ปีอาศัยอยู่ในอพาร์ทเมนต์เดียวกัน ก็ไม่ถือว่าตกอยู่ในสถานการณ์ที่ไม่สามารถปกป้องตนเองได้³⁶

กล่าวโดยสรุปได้ว่า มาตรา 177 คุ้มครองแต่เพียงผู้ถูกระทำที่ถูกบังคับโดยการใช้อำนาจทำร้าย หรือโดยการข่มขู่บังคับ หรือผู้ถูกระทำที่กลัวว่าจะเกิดอันตรายแก่กายจากการกระทำของผู้กระทำและไม่มีโอกาสแม้แต่เพียงน้อยนิดในการที่จะหลบหนีหรือร้องขอความช่วยเหลือ กรณีผู้ถูกระทำที่ถูกโจมตีโดยไม่ทันตั้งตัวหรือที่มิได้ปฏิเสธการกระทำผิดและมีได้แสดงความกล้าหาญอย่างสูงสุดในการหาทางหลบหนี ไม่ถือว่ามีการกระทำความผิดอาญาใด ๆ เกิดขึ้นกับพวกเขา

คำพิพากษาของศาล BGH คดีหนึ่งเมื่อ พ.ศ. 2558 (ค.ศ. 2015) แสดงให้เห็นถึงช่องว่างของกฎหมายในมาตรา 177 ก่อนแก้ไขเพิ่มเติมครั้งสุดท้ายได้อย่างชัดเจน³⁷ จำเลยในคดีนี้เป็นผู้จัดการในสำนักงานจัดงานของรัฐ ผู้ถูกระทำเป็นผู้มารับบริการ เพศหญิง อายุยังน้อย ไม่มีความสัมพันธ์ส่วนตัวใด ๆ กับจำเลย คำ

³¹ Deutscher Bundestag, Drucksache 13/2463, 7; Hörnle, Tatjana (เพิ่งอ้าง) 1312.

³² BGH, 14.02.2005 - 3 StR 230/04; Hörnle, Tatjana (เชิงอรรถ 30) 1312.

³³ BGH 04.04.2007 - 4 StR 345/06; BGH, 04.12. 2008 - 3 StR 494/08.

³⁴ Deutsche Bundestag, Drucksache 18/8210, 11; Hörnle, Tatjana (เชิงอรรถ 30) 1312.

³⁵ LG Essen, 10.09.2012 - 25 KLS 10/12, 12 Js 1491/09.

³⁶ BGH, 17.11.2011 - 3 StR 359/11.

³⁷ BGH, 29.01.2015 - 4 StR 424/14.

พิพากษาอธิบายถึงผู้ถูกระทำว่า มีลักษณะอ่อนไหวมากและไม่ค่อยมีความมั่นใจในตนเอง ระหว่างการพูดคุยกันในห้องทำงานของจำเลย จำเลยได้ชมผู้ถูกระทำและจับผู้ถูกระทำจนเธอตกใจ และขอให้เธอทำออร์รัลเซ็กซ์ให้เขา ซึ่งเธอปฏิเสธ ต่อมา จำเลยถอดกางเกงและเอาอวัยวะเพศของตนใส่เข้าไปในช่องปากของผู้ถูกระทำในขณะที่เธอนั่งอยู่บนเก้าอี้ หลังจากนั้น จำเลยก็ช่วยตัวเองในขณะที่ยืนอยู่ข้าง ๆ เธอ การกระทำของจำเลยส่วนที่เป็นการช่วยตัวเองถูกลงโทษฐานแสดงอวด ศาล BGH ยืนยันว่า แม้ว่าผู้ถูกระทำจะได้ปฏิเสธแล้ว แต่ลำพังการสอดใส่ไม่อาจถือว่าเป็นการกระทำความผิดอาญาได้เพราะกรณีไม่มีการใช้กำลังทำร้าย การข่มขู่บังคับ หรือผู้ถูกระทำไม่ได้ตกอยู่ในสถานการณ์ที่ไม่อาจปกป้องตนเองได้ เธอสามารถร้องขอความช่วยเหลือจากเจ้าหน้าที่คนอื่นในสำนักงานได้³⁸

ช่องว่างทางกฎหมายทั้งหมดนี้นำมาซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา โดยการรับเอารูปแบบ no means no มาใช้

2) กรณีการกระทำทางเพศยังไม่รุนแรงถึงขนาด

ในการแก้ไขกฎหมายอาญาครั้งที่ 50 เมื่อ พ.ศ. 2559 (ค.ศ. 2016) นอกจากจะได้มีการแก้ไขมาตรา 177 ซึ่งเป็นความผิดหลักในลักษณะ 13 แล้ว ยังได้มีการเพิ่มเติมฐานความผิดใหม่เข้ามาอีก 2 ฐาน ได้แก่ มาตรา 184i ความผิดฐานคุกคามทางเพศ (sexual harassment/ *Sexuelle Belästigung*) และมาตรา 184j ความผิดฐานเข้าร่วมกลุ่มที่กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ (Group offences/ *Straftaten aus Gruppen*) ซึ่งทำให้การทำร้ายทางเพศที่มีลักษณะรุนแรงน้อยเป็นความผิดอาญา ส่วนสาเหตุที่ทำให้มีการกำหนดให้การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดอาญา ก็เนื่องมาจากเหตุการณ์คินส์ส่งท้ายปีเก่า พ.ศ. 2558 (ค.ศ. 2015) ที่เมืองโคโลญจน์³⁹ ซึ่งผู้หญิง 600 กว่าคน ตกเป็นเหยื่อจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ทั้งถูกคุกคาม ถูกกลั่นแกล้ง ถูกโจมตี และแม้กระทั่งถูกข่มขืน โดยชายกลุ่มหนึ่งซึ่งดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จนมีอาการเมา ผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดมีประมาณ 300 คน มีทั้งชาวเยอรมันและชาวต่างชาติจากประเทศแอลจีเรีย โมร็อกโก อิรัก ตุนิเซีย และซีเรีย ซึ่งทำให้เหตุการณ์นี้ถูกเชื่อมโยงกับนโยบายการรับผู้ลี้ภัยของรัฐบาลของนางอังเกลา แมร์เคิล ในขณะนั้น อัยการเมืองโคโลญจน์ดำเนินการสอบสวนผู้ต้องสงสัยทั้งสิ้น 290 คน แต่มีเพียง 52 คนเท่านั้นที่อัยการสั่งฟ้องเป็นคดีอาญาทั้งสิ้น 43 คดี ใน 43 คดีดังกล่าว 6 คดี ศาลสั่งจำคุก คดีเพราะไม่ปรากฏมูลสำเนาของจำเลย อีก 32 คดี ศาลมีคำพิพากษาลงโทษจำเลยฐานลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ และรับของโจร โทษสูงสุดที่จำเลยที่ได้รับโทษ คือ โทษจำคุก 1 ปี 11 เดือน อีก 5 คดี ศาลยกฟ้องด้วยเงื่อนไขอื่น⁴⁰

³⁸ Hömle, Tatjana (เชิงอรรถ 30) 1312.

³⁹ Hoven, Elisa/ Weigend, Thomas (เชิงอรรถ 9) 182.

⁴⁰ Jörn Kießler, "Übergriffe in der Silvesternacht in Köln" (WDR) <<https://www1.wdr.de/nachrichten/silvester-koeln-gewalt-uebersicht-100.html>> accessed 3 November 2024; Jörg Diehl, "Hunderte Opfer, fast keine Täter" <<https://www.spiegel.de/panorama/justiz/koelner-silvesternacht-ernuechternde-bilanz-der-justiz-a-1257182.html>> accessed 3 November 2024.

สาเหตุที่ผู้กระทำความผิดในเหตุการณ์ครั้งนั้นไม่ถูกดำเนินคดีหรือไม่ถูกลงโทษอย่างเหมาะสม ก็เพราะความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 177 ในขณะนั้น ลงโทษผู้กระทำความผิดที่กระทำทางเพศด้วยการใช้กำลังหรือข่มขู่บังคับเท่านั้น ดังนั้น การจับหน้าอกหรือจับก้นที่มีลักษณะรวดเร็วโดยผู้ถูกกระทำไม่ทันได้ตั้งตัวแต่ไม่มีการใช้กำลังทำร้าย จึงไม่เป็นความผิดอาญาฐานใดในลักษณะ 13 ความผิดต่อการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง และไม่มีความผิดฐานข่มขืนใจ (*Nötigung*) ตามมาตรา 240 ด้วยเพราะไม่มีการข่มขู่บังคับ แม้การกระทำดังกล่าวก็ยังปรับเป็นความผิดฐานดูหมิ่น (*Beleidigung*) ได้ แต่ความผิดฐานดูหมิ่นก็ไม่อาจคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่ถูกทำร้ายในสถานการณ์เช่นนี้ได้อย่างสมบูรณ์ กล่าวคือ ความผิดฐานดูหมิ่นคุ้มครองเกียรติ มิใช่สิทธิในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง จากมุมมองของผู้ถูกกระทำความผิด การปฏิบัติต่อการทำร้ายสิทธิในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเองว่าเป็นเพียงการดูหมิ่น ไม่อาจสะท้อนถึงความผิดกฎหมายของการกระทำความผิดนั้นได้เลย ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันก็คุ้มครองสิทธิในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเองด้วยความผิดที่มีลักษณะเฉพาะเท่านั้น การคุ้มครองอย่างกว้างในลักษณะเดียวกันกับความผิดพื้นฐานอื่น เช่น ความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งคุ้มครองเกียรติ ความผิดฐานข่มขืนใจซึ่งคุ้มครองเสรีภาพและความผิดฐานยกยอกซึ่งคุ้มครองกรรมสิทธิ์ ยังขาดตกบกพร่องอยู่⁴¹

อย่างไรก็ตาม จากมุมมองของกระทรวงยุติธรรมแห่งสหพันธ์ (*Bundesjustizministerium*) ช่องว่างของกฎหมายนี้เกิดจากความตั้งใจและยอมรับได้ ทั้งนี้เพราะการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในช่วง 5 ทศวรรษที่ผ่านมา เป็นการแก้ไขกฎหมายตามแนวทางยกเลิกการกระทำความผิดอาญา (*decriminalization*) ที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตส่วนตัวทางเพศของประชาชนในรัฐ เช่น การยกเลิกความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน เฉพาะแต่เพียงการกระทำที่ร้ายแรงและก่อให้เกิดภัยอันตรายโดยชัดแจ้งเท่านั้นที่ถูกกำหนดให้เป็นความผิดอาญา ดังนั้น การละเมิดสิทธิทางเพศเพียงเล็กน้อย รวมถึงการคุกคามทางเพศด้วย แม้จะเข้าลักษณะการกระทำทางเพศ แต่ไม่รุนแรงถึงขนาดที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 184h หมายเลข 1 จึงไม่เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายที่ใช้บังคับก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2559 (ค.ศ. 2016) แต่อย่างใด⁴²

3.1.3 คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานทำร้ายทางเพศ ขืนใจทางเพศ ข่มขืนกระทำชำเรา

ความผิดฐานทำร้ายทางเพศ การขืนใจทางเพศ การข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 177 คุ้มครองสิทธิในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเองในฐานะที่เป็นสิทธิในทางลบ กล่าวคือ เป็นเสรีภาพของปัจเจกบุคคลที่จะไม่ต้องยอมทนต่อการกระทำทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายหรือไม่ต้องกระทำการทางเพศโดยปราศจากความยินยอมของตน เบื้องหลังของสิทธิในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง ก็ปรากฏสิทธิในการเคารพซึ่งความเป็นส่วนตัวทางเพศและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นฐานคิดที่สำคัญ นอกจากนี้ มาตรา 177 ยังคุ้มครองความสมบูรณ์ของร่างกายและชีวิตด้วย ดังจะเห็นได้ชัดเจนจากความในวรรค 7 และวรรค 8⁴³

⁴¹ Schaefer, Peer/ Wolf, Jens „Strafbarkeitslücke sexuelle Belästigung – regelungsbedürftig oder politisch gewollt?“ (2001) 1 ZRP 27.

⁴² Deutscher Bundestag, Drucksache 18/9097, 29; Hömle, Tatjana (เชิงอรรถ 8) §184i, Rn. 1; Schaefer, Peer/ Wolf, Jens (เชิงอรรถ 41) 27-28;

⁴³ Deutscher Bundestag (เชิงอรรถ 31) 6.

การมีเพศสัมพันธ์อาจถูกปฏิเสธได้อย่างอิสระตามดุลพินิจของผู้เข้าร่วมในเพศสัมพันธ์นั้น ๆ ความยินยอมของผู้เข้าร่วมในเพศสัมพันธ์ยอมทำให้การมีเพศสัมพันธ์นั้นไม่ผิดกฎหมาย ความยินยอมดังกล่าวจะสมบูรณ์ได้ก็ต่อเมื่อผู้ที่เข้าร่วมในเพศสัมพันธ์เข้าใจถึงลักษณะสำคัญของเพศสัมพันธ์ ความสำคัญผิดหรือการถูกหลอกลวงที่ทำให้บุคคลไม่สามารถรับรู้ถึงการกระทำทางเพศที่กำลังจะเกิดขึ้นหรือลักษณะของการกระทำทางเพศนั้น หรือหากมีการเปลี่ยนแปลงผู้ที่เข้าร่วมในเพศสัมพันธ์อย่างไม่คาดคิด การตัดสินใจนั้นย่อมจะไม่เป็นอิสระ⁴⁴

นอกจากนั้น มาตรา 177 ยังคุ้มครองสิทธิในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเองในฐานะที่เป็นสิทธิในทางบวกด้วย ดังที่ปรากฏในวรรคสอง หมายเลข 2 บุคคลที่มีข้อจำกัดในการแสดงความต้องการของตนเองอันเนื่องมาจากสภาพทางกายหรือทางจิตใจอาจไม่สามารถใช้สิทธิในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเองได้ แต่บุคคลเหล่านี้ก็ยังมีสิทธิและประโยชน์อันชอบธรรมในการมีประสบการณ์ทางเพศกับผู้อื่น กฎหมายจึงบัญญัติให้การกระทำทางเพศที่ไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลที่มีข้อจำกัดดังกล่าวเป็นความผิดอาญา⁴⁵

ส่วนวรรคหก หมายเลข 1 แห่งมาตรา 177 การมีเพศสัมพันธ์ (*Beischlaf*) ซึ่งเป็นบทหนักของความผิดฐานนี้ นอกจากจะคุ้มครองผู้ถูกระงับจากการถูกทำลายการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเองอย่างรุนแรงแล้ว ยังคุ้มครองผู้ถูกระงับจากอันตรายจากการตั้งครรภ์ที่ไม่เป็นที่ต้องการและถูกบังคับจากการกระทำผิดอาญาคุ้มครองผู้ถูกระงับจากความรู้สึกอับอายอย่างโหดร้าย และคุ้มครองมิให้ผู้ถูกระงับได้รับเชื้อไวรัส HIV หรือเชื้อโรคอื่นที่ติดต่อผ่านเพศสัมพันธ์ และความกลัวต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเชื้อโรคเหล่านี้ด้วย. นอกจากนี้ การกระทำที่เป็นการสอดใส่ยังเป็นการทำร้ายและก่อให้เกิดอันตรายแก่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความสมบูรณ์ของร่างกาย สุขภาพด้วย กล่าวคือ การสอดใส่มักก่อให้เกิดความเจ็บปวดและเกิดบาดแผลทางร่างกายต่อผู้ถูกระงับได้⁴⁶

3.1.4 องค์ประกอบความผิดฐานทำร้ายทางเพศ ชินใจทางเพศ ช่มชืนกระทำชำเรา

1) ความผิดหลักหรือความผิดพื้นฐานตามมาตรา 177 วรรคแรก

ก) องค์ประกอบภายนอก

(1) การกระทำทางเพศ (*Sexuelle Handlung*)

การกระทำทางเพศ คือ การกระทำที่บุคคลเข้าใจได้อย่างชัดเจนว่าเป็นการกระทำทางเพศ สิ่งสำคัญคือ ลักษณะภายนอกของการกระทำนั้นต้องเชื่อมโยงกับเรื่องทางเพศ โดยไม่ต้องพิจารณาว่าผู้กระทำมีแรงจูงใจอย่างไร แม้ผู้กระทำจะมีได้มุ่งหวังต่อความพึงพอใจทางเพศ เพียงแต่ต้องการแก้แค้น ก็อาจถือว่าเป็นการกระทำทางเพศได้

⁴⁴ Hömle, Tatjana (เชิงอรรถ 8) §177, Rn. 3.

⁴⁵ Hömle, Tatjana (เชิงอรรถ 8) §177, Rn. 4.

⁴⁶ Hömle, Tatjana (เชิงอรรถ 8) §177, Rn. 226; BGH, 16.06.1999 - 2 StR 28/99.

การกระทำทางเพศต้องรุนแรงถึงขนาดที่กำหนดไว้ในมาตรา 184h หมายเลข 1⁴⁷ เช่น การจูบโดยใช้ลิ้น⁴⁸ การจับอวัยวะเพศโดยที่ผู้ถูกระทำยังสวมใส่เสื้อผ้า⁴⁹ หรือกรณีที่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตนเองสัมผัสหรือถูไถกับร่างกายของผู้ถูกระทำ⁵⁰ หรือเมื่อผู้กระทำนั่งคร่อมลงบนตัวผู้ถูกระทำที่ยังใส่เสื้อผ้าอยู่และพูดว่าต้องการสอดใส่อวัยวะเพศเข้าไปในร่างกายของผู้ถูกระทำ⁵¹ การจับหน้าอกหรือการจูบหน้าอกในขณะที่ผู้ถูกระทำไม่สวมใส่เสื้อผ้า ก็นับว่าเป็นการกระทำทางเพศที่รุนแรงถึงขนาดเช่นกัน⁵² ส่วนการกระทำทางเพศที่ยังไม่รุนแรงถึงขนาด ได้แก่ การสัมผัสหน้าอกช่วงเวลาสั้น ๆ ในขณะที่ผู้ถูกระทำใส่เสื้อผ้า การจูบริมฝีปากหรือพยายามจูบที่ริมฝีปาก⁵³ เนื่องจากโทษขั้นต่ำของความผิดฐานนี้ ซึ่งเป็นโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 6 เดือน การสัมผัสเพียงช่วงเวลาสั้น ๆ ที่ผู้ถูกระทำแทบไม่รู้สึกรู้สีกตัว จึงไม่ควรนับว่าเป็นการกระทำทางเพศที่ต้องถูกลงโทษตามมาตรานี้แต่อย่างใด

การถอดเสื้อผ้าของผู้ถูกระทำออก จะถือเป็นการกระทำทางเพศหรือไม่ ขึ้นอยู่กับบริบทของเหตุการณ์ การกระทำความผิด กล่าวคือ ขึ้นอยู่กับว่าลักษณะภายนอกของการกระทำเชื่อมโยงกับเรื่องทางเพศหรือไม่ การถอดเสื้อผ้าเพื่อรักษาอาการป่วยของผู้ป่วยติดเตียงย่อมไม่นับเป็นการกระทำทางเพศ เว้นเสียแต่จะได้มีการถอดกางเกงหรือกางเกงชั้นในของผู้ป่วยออกด้วย⁵⁴

ผู้กระทำการทางเพศและผู้ถูกระทำจะเป็นเพศชายหรือเพศหญิงก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำระหว่างบุคคลเพศเดียวกันหรือต่างเพศ ก็เป็นการกระทำทางเพศได้

การกระทำทางเพศตามมาตรา 177 นี้ ครอบคลุมทั้งการกระทำทางเพศของผู้กระทำต่อผู้ถูกระทำ การกระทำทางเพศของผู้ถูกระทำต่อผู้กระทำ การกระทำทางเพศของบุคคลที่สามต่อผู้ถูกระทำหรือของผู้ถูกระทำต่อบุคคลที่สาม และการกระทำทางเพศของผู้ถูกระทำกรณีอื่น ๆ ด้วย

การกระทำทางเพศของผู้กระทำต่อผู้ถูกระทำ หมายถึง การกระทำในเชิงกระทำการ (active) ของผู้กระทำซึ่งก่อให้เกิดการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายระหว่างผู้กระทำกับผู้ถูกระทำ ส่วนการกระทำทางเพศของผู้ถูกระทำต่อผู้กระทำคือกรณีที่ผู้กระทำยอมให้มีการกระทำทางเพศต่อตน โดยผู้กระทำพูดหรือสื่อสาร

⁴⁷ §184h Definitions

Within the meaning of this statute,

1. 'sexual acts' are only those which are of some significance to the protected legal interest in question.

2. 'sexual acts in the presence of a third person' are only those which are performed by a person other than the person observing them.

⁴⁸ BGH, 13.02.2019 - 2 StR 301/18.

⁴⁹ BGH, 04.04.2007 - 2 StR 34/07.

⁵⁰ BGH, 26.07.2018 - 3 StR 174/18.

⁵¹ BGH bei Miebach NStZ 1997 179.

⁵² BGH, 13.07.1983 - 3 StR 255/83; BGH, 28.11.2017 - 5 StR 480/17; BGH, 27.05.1998 - 3 StR 204/98.

⁵³ BGH, 13.07.1983 - 3 StR 255/83; LG Kleve, 22.09.1997 - Ns 7 Js 1548 (62/97); BGH, 30.01.2001 - 4 StR 569/00.

⁵⁴ BGH, 15.07.2020 - 6 StR 7/20; Renzikowski, Joachim, *Münchener Kommentar zum StGB* (Band 3, C.H.Beck 2025) § 177 Rn.46.

ในเชิงบังคับอย่างชัดแจ้งให้ผู้ถูกระทำกระทำการทางเพศต่อตัวผู้กระทำ นอกจากนี้ มาตรา 177 ครอบคลุมถึงกรณีที่ผู้กระทำบังคับให้ผู้ถูกระทำกระทำการทางเพศต่อบุคคลที่สาม หรือสั่งให้ผู้ถูกระทำยอมให้บุคคลที่สามกระทำการทางเพศต่อผู้ถูกระทำ โดยบุคคลที่สามไม่จำเป็นต้องยินยอม และบุคคลที่สามยังอาจเป็นผู้กระทำที่ไม่มีความชั่วก็ได้ สุดท้าย การกระทำทางเพศโดยปราศจากการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายก็อาจเป็นการกระทำทางเพศตามมาตรานี้ได้ ในกรณีที่ผู้ถูกระทำถูกบังคับให้กระทำการทางเพศตามคำสั่งของผู้กระทำ เช่น กรณีผู้กระทำบังคับให้ผู้ถูกระทำใช้สิ่งของสอดใส่เข้าไปในช่องคลอดของตนเอง⁵⁵ ศาล BGH เคยตัดสินให้การกระทำทางเพศของผู้ถูกระทำ ที่แม้มิได้เกิดขึ้นต่อหน้าผู้กระทำหรือบุคคลอื่น เป็นความผิดอาญาตามมาตรานี้ด้วย⁵⁶

(2) โดยขัดต่อความประสงค์ที่ชัดเจนของผู้ถูกระทำ

การรับเอารูปแบบ no means no มาใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 177 ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในเชิงโครงสร้างพื้นฐานของบทบัญญัติดังกล่าว กล่าวคือ การทำร้ายการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเองนับเป็นการกระทำความผิดอาญาทันทีที่ความประสงค์ต่อต้านของผู้ถูกระทำอาจถูกรับรู้ได้ โดยผู้กระทำไม่ต้องใช้กำลังทำร้ายหรือ ช่มชู้บังคับ และไม่ต้องอาศัยโอกาสจากสถานการณ์ที่ผู้ถูกระทำไม่สามารถปกป้องตนเองได้แต่อย่างใด เท่ากับว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้ละทิ้ง *รูปแบบการบังคับ* (coercion model) ที่ใช้กันมาตั้งแต่ยุคกลางในยุโรป ต่อเนื่องมาจนประมวลกฎหมายอาญามีผลใช้บังคับเมื่อปี พ.ศ. 2414 (ค.ศ. 1871) แล้วหันมาให้ความสำคัญกับความประสงค์ของผู้ถูกระทำแทน กล่าวคือ ผู้ถูกระทำมีหน้าที่เพียงต้องสื่อสารว่าเขาไม่ต้องการการกระทำทางเพศเช่นนั้น⁵⁷

อย่างไรก็ตาม นักวิชาการฝ่ายตรงข้ามเห็นว่า การแก้ไขกฎหมายโดยอาศัยรูปแบบ no means no มิใช่การอุดช่องว่างของกฎหมาย แต่เป็นการขยายการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายให้กว้างขวางยิ่งขึ้น Dr. Thomas Fischer อดีตประธานองค์คณะที่ 2 แผนกคดีอาญา แห่งศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ อธิบายว่ากฎหมายอาญามีได้มีหน้าที่คุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายหรือคุณค่าทุกประการในสังคม แต่เลือกคุ้มครองเฉพาะเพียงคุณค่าที่สำคัญสำหรับการอยู่ร่วมกันในสังคมเท่านั้น บทบัญญัติในลักษณะ 13 ก็คุ้มครองการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง สำหรับบุคคลที่เป็นผู้ใหญ่ ปราศจากความบกพร่องทั้งในทางร่างกายและจิตใจ สามารถตัดสินใจเรื่องต่าง ๆ ในชีวิตด้วยตนเองได้ กฎหมายจึงไม่เข้ามาแทรกแซงการตัดสินใจเช่นนั้น ไม่ว่าจะในเรื่องเพศหรือเรื่องอื่นใดในการดำรงชีวิต เพราะกฎหมายสันนิษฐานว่าบุคคลเหล่านี้สามารถปกป้องเสรีภาพในการกระทำได้ และต้องกระทำเช่นนั้นด้วย⁵⁸

คดีความที่ถูกวิพากษ์วิจารณ์ โดยเฉพาะจากสมาคมสตรีต่อต้านความรุนแรงแห่งสหพันธ์ (*Bundesverbands Frauen gegen Gewalt e.V.*) ว่าเป็นช่องว่างทางกฎหมายนั้น Dr. Fischer เห็นว่า

⁵⁵ BGH, 15.11.2010 - 4 StR 413/10; BGH, 08.02.2012 - 1 StR 427/11.

⁵⁶ BGH, 10.03.2020 - 4 StR 624/19.

⁵⁷ Deutscher Bundestag (เชิงอรรถ 42) 21; Hörnle, Tatjana (เชิงอรรถ 30) 1319; Heinemann, Isvant, "Nein heißt Nein" fünf Jahre nach der Reform des § 177 Abs.1 StGB" (Seminararbeit Universität Jena 2021) 68.

⁵⁸ Fischer, Thomas, „Schutzlückenkampagne“ (Zeit Online, 17. Februar 2015) < <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-02/sexuelle-gewalt-sexualstrafrecht> > accessed 7 November 2024.

ปัญหาไม่ได้อยู่ที่กฎหมาย แต่อยู่ที่การตัดสินผิดพลาดของศาลเองและอยู่ที่ความเข้าใจผิดของคนในสังคม⁵⁹ ในคดีเรื่องหนึ่ง จำเลยกำลังนอนอยู่บนที่นอนพร้อมกับหญิงสาวอีก 3 คนในบ้านของตนเอง โดยจำเลยมีสูบบุหรี่และมืออาการเมา จากนั้นจำเลยได้ส่งหญิงสาว 2 คนไปที่ประตูบ้าน จากนั้นเขาก็เดินไปหานางสาว ท. และนอนลงข้างเธอบนที่นอน จำเลยขอให้นางสาว ท. ถอดเสื้อผ้าออก นางสาว ท. พูดยว่า ไม่ แบบนั้นฉันไม่ทำ หลังจากนั้นเกิดอะไรขึ้นต่อไป ศาลไม่รู้แน่ชัด ทั้งศาลก็ไม่สามารถตัดความเป็นไปได้ที่นางสาว ท. เปลี่ยนท่าทีจากการปฏิเสธในตอนแรกและถอดเสื้อผ้าด้วยความสมัครใจและด้วยตัวเอง ต่อจากนั้น นางสาว ท. ได้นอนลงบนที่นอน ยกขาขึ้น เพื่อให้จำเลยสามารถสอดใส่ได้ ข้อเท็จจริงที่ว่า จำเลยทราบความประสงค์ที่ไม่ต้องการมีเพศสัมพันธ์ของนางสาว ท. หรือไม่ ศาลก็ไม่แน่ใจอีกเช่นกัน ในขั้นตอนการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน ศาลมีความเห็นว่า “พยานให้การได้นำเชื่อก็คือเธอไม่ต้องการมีเพศสัมพันธ์ ... แต่เธอก็ไม่ได้กล่าวถ้อยคำใดที่แสดงให้จำเลยเห็นว่าเธอไม่ต้องการมีเพศสัมพันธ์กับจำเลย ... ตรงกันข้ามกับที่เธอให้การไว้ในตอนแรก ... เธอกลับเบิกความว่า เธอไม่อาจตัดความเป็นไปได้ว่าเธอถอดเสื้อผ้าด้วยตนเองและหยุดต่อต้านจำเลย หลังจากศาลถามนางสาว ท. หลายครั้ง เธอก็ยังยืนยันว่า จำเลยพยายามถ่างขาเธอออกจากกัน ...”⁶⁰ ในที่สุด ศาลยกฟ้องจำเลย เพราะขาดองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 177 กล่าวคือ ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่า ในขณะที่มีการร่วมเพศ ผู้ถูกกระทำไม่ประสงค์ให้มีเพศสัมพันธ์ และไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่า จำเลยรู้ความประสงค์ของผู้ถูกกระทำ Dr.Fischer เห็นว่า ข้อวิพากษ์วิจารณ์ของสมาคมสตรีฯ เป็นข้อวิพากษ์วิจารณ์ที่ไม่ถูกต้อง คดีนี้ไม่มีช่องว่างของกฎหมาย แต่เป็นเรื่องขาดองค์ประกอบข่มขู่บังคับ กรณีจึงไม่อาจเป็นความผิดตามมาตรา 177 ได้ หากฝ่ายนิติบัญญัติต้องการบัญญัติให้การกระทำเช่นนี้เป็นความผิดอาญา ทำนองเดียวกับมาตรา 177 ที่แก้ไขใหม่ ก็เท่ากับว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้คุ้มครองการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเองของผู้ถูกกระทำอีกต่อไป (เพราะพวกเขาสามารถหลีกเลี่ยงการข่มขู่บังคับทางเพศได้) แต่กลับจะเป็นการลงโทษการไม่เคารพในความต้องการของตนเองของพวกเขาเสียมากกว่า คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดตามมาตรา 177 ที่แก้ไขใหม่นี้จึงมิใช่ความเคารพในการตัดสินใจด้วยตนเองของปัจเจกบุคคล และมีใช้ความสามารถในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเองอีกต่อไป ดังนั้น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงมาตรา 177 ครั้งล่าสุด จึงมิใช่การอุดช่องว่างของกฎหมาย แต่เป็นการให้นิยามความหมายของคุณธรรมทางกฎหมายที่ได้รับคุ้มครองเสียใหม่ โดยขยายขอบเขตการคุ้มครองการแสดงออกของความประสงค์ของปัจเจกชนให้กว้างขวางยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม การขยายขอบเขตของคุณธรรมทางกฎหมายมิได้เป็นเรื่องของการคุ้มครองเพียงด้านเดียว แต่เป็นเรื่องของเสรีภาพด้วย ยิ่งดินแดนของกฎหมายอาญาขยายกว้างออกไปเพียงใด สิทธิและเสรีภาพของคนในสังคมยิ่งถูกจำกัดมากขึ้นเท่านั้น⁶¹

⁵⁹ Fischer, Thomas, „Es gibt keinen Skandal.“ (Zeit Online, 10. Februar 2015) < <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-02/sexuelle-gewalt-sexualstrafrecht-schutzluecke> > accessed 7 November 2024.

⁶⁰ LG Essen, 10.09.2012 - 25 KLs 10/12, 12 Js 1491/09.

⁶¹ Hoven, Elisa/ Weigend, Thomas (เชิงอรรถ 9) 184; Fischer, Thomas (เชิงอรรถ 58).

ข) องค์ประกอบภายใน

ทั้งองค์ประกอบภายนอก “การกระทำทางเพศ” และองค์ประกอบภายนอก “โดยขัดต่อความประสงค์ที่ชัดเจนของผู้ถูกระทำ” ผู้กระทำต้องมีเจตนา ส่วนการกระทำโดยประมาทนั้นไม่เป็นความผิดตามมาตรา 177 นี้

2) บทหนักตามมาตรา 177 วรรคหก หมายเลข 1 (ข่มขืนกระทำชำเรา)

การมีเพศสัมพันธ์ (*Beischlaf*) เป็นรูปแบบหนึ่งของการข่มขืนกระทำชำเราซึ่งเป็นชื่อของฐานความผิดตามมาตรา 177 การมีเพศสัมพันธ์เกิดขึ้นเมื่ออวัยวะเพศของชายสอดใส่หรือล้วงล้ำเข้าไปในบริเวณปากช่องคลอดของหญิง (*Scheidenvorhof*) โดยไม่ต้องคำนึงว่าอวัยวะเพศที่ใช้ในการมีเพศสัมพันธ์นั้นจะเป็นอวัยวะที่มีมาตั้งแต่เกิด หรือเพิ่งมีเพราะได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ การมีเพศสัมพันธ์ตามมาตรา 177 นี้ครอบคลุมตั้งแต่การมีเพศสัมพันธ์ทางช่องคลอดระหว่างผู้กระทำเพศชายกับผู้ถูกระทำเพศหญิง ระหว่างผู้กระทำเพศหญิงกับผู้ถูกระทำเพศชาย และรวมถึงการกระทำดังกล่าวระหว่างผู้ถูกระทำกับบุคคลที่สามด้วย นอกจากนี้ยังรวมถึงกรณีผู้กระทำบังคับให้ผู้ถูกระทำมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลที่สาม หรือบังคับให้ผู้ถูกระทำมีเพศสัมพันธ์กับตน ทั้งนี้โดยขัดต่อความประสงค์ที่ชัดเจนของผู้ถูกระทำ⁶²

นอกจากการมีเพศสัมพันธ์แล้ว การสอดใส่หรือล้วงล้ำด้วยรูปแบบอื่นก็ถือเป็นการข่มขืนกระทำชำเราได้ หากว่าการกระทำดังกล่าวทำให้ผู้ถูกระทำรู้สึกอับอายอย่างมาก ทั้งนี้ตามถ้อยคำในวรรคหก หมายเลข 1 แห่งมาตรา 177 เช่น การใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปในรูทวารหรือช่องปากของผู้ถูกระทำ⁶³ ซึ่งอาจเป็นกรณีที่ผู้กระทำเป็นฝ่ายสอดใส่ หรือผู้กระทำบังคับข่มขู่ให้ผู้ถูกระทำสอดใส่อวัยวะเพศของผู้ถูกระทำเข้าไปในรูทวารหรือช่องปากของผู้กระทำก็ได้ นอกจากนี้ แม้ผู้กระทำกับผู้ถูกระทำจะไม่มี การถูกเนื้อต้องตัวกันแต่อย่างใด ก็นับเป็นการข่มขืนกระทำชำเราได้ เช่น การที่ผู้ถูกระทำถูกข่มขู่บังคับอย่างรุนแรงให้สอดใส่วัตถุบางอย่างเข้าไปในช่องคลอด รูทวาร หรือช่องปาก⁶⁴ กรณีใช้ริมฝีปากหรือลิ้นก็อาจมีการสอดใส่เกิดขึ้นได้หากว่าริมฝีปากหรือลิ้นนั้นล้วงล้ำเข้าไปในบริเวณปากช่องคลอดแล้ว⁶⁵

นอกจากนั้น การล้วงล้ำด้วยสิ่งของก็ถือเป็นการข่มขืนกระทำชำเราได้เช่นกัน⁶⁶ เช่น การล้วงล้ำด้วยขวดน้ำเทียน หรือไขควง หรือกล้วย เข้าไปในช่องคลอดหรือรูทวารของผู้ถูกระทำ การล้วงล้ำด้วยสารคัดหลั่งของเหลว หรือวัตถุอย่างอื่นที่มีลักษณะนุ่ม ก็นับเป็นการกระทำชำเราได้ เช่น การที่ผู้กระทำหลั่งน้ำอสุจิภายในช่องปากของผู้ถูกระทำ นอกจากนี้ การที่ผู้ถูกระทำถูกข่มขู่บังคับอย่างรุนแรงให้สอดใส่วัตถุบางอย่างเข้าไปในช่องคลอด รูทวาร หรือช่องปากของผู้กระทำ หรือผู้ถูกระทำถูกบังคับข่มขู่ให้ยอมทนต่อการสอดใส่ของบุคคลที่สาม ก็นับเป็นการข่มขืนกระทำชำเราได้เช่นกัน⁶⁷ อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่ผู้ถูกระทำถูกข่มขู่บังคับให้ใช้สิ่งของสอดใส่เข้าไปในร่างกายของผู้กระทำหรือบุคคลที่สาม ฝ่ายตำราเห็นว่า เป็นกรณีที่ไม่ทำให้

⁶² Hörnle, Tatjana (เชิงอรรถ 8) §177, Rn. 231.

⁶³ Deutscher Bundestag (เชิงอรรถ 31) 7; Deutscher Bundestag, Drucksache 13/7324, 6; BGH, 18.11.1999 - 4 StR 389/99; BGH, 17.12.1999 - 3 StR 524/99.

⁶⁴ BGH, 19.11.2009 - 3 StR 87/09; BGH, 08.11.2011 - 4 StR 468/11.

⁶⁵ Hörnle, Tatjana (เชิงอรรถ 8) §177, Rn. 235.

⁶⁶ Deutscher Bundestag (เชิงอรรถ 31) 7.

⁶⁷ BGH, 19.11.2009 - 3 StR 87/09; BGH, 10.03.2020 - 4 StR 624/19.

ผู้ถูกระทำรู้สึกอับอายอย่างมาก จึงไม่เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา การล่วงล้ำด้วยสิ่งของเข้าไปในช่องปากของผู้ถูกระทำไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่มีความเชื่อมโยงกับเรื่องทางเพศ จึงไม่เป็นการกระทำทางเพศตามวรรคแรกของมาตรา 177 มาตั้งแต่นั้น⁶⁸

การใช้นิ้วสอดใส่เข้าไปในช่องคลอดและรูทวารของผู้ถูกระทำก็เป็นกรณีที่ทำให้ผู้ถูกระทำรู้สึกอับอายอย่างมากได้ จึงเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา⁶⁹ โดยกรณีใช้นิ้วสอดใส่เข้าไปในช่องคลอด ศาลมักจะลงโทษผู้กระทำ ความผิดด้วยโทษขั้นต่ำของมาตรานี้⁷⁰ สำหรับการใช้นิ้วสอดใส่เข้าไปในช่องปากนั้น ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่มีความเชื่อมโยงกับเรื่องทางเพศ จึงไม่เป็นการกระทำทางเพศตามวรรคแรกของมาตรา 177 มาตั้งแต่นั้น⁷¹

3.1.5 คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานคุกคามทางเพศ

ความผิดฐานคุกคามทางเพศ (Sexuelle Belästigung) ตามมาตรา 184i คຸ້ມครองสิทธิในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง เช่นเดียวกับมาตรา 177 ความไม่ชอบธรรมของการคุกคามทางเพศอยู่ที่ผู้กระทำได้กระทำทางเพศต่อผู้ถูกระทำ โดยที่ผู้ถูกระทำมิได้ต้องการหรือโดยที่ผู้กระทำเพิกเฉยความประสงค์ของผู้ถูกระทำที่ไม่ต้องการการกระทำทางเพศดังกล่าว⁷² ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์ให้มาตรา 184i นี้เป็นความผิดพื้นฐานหรือความผิดหลัก เพื่อให้ครอบคลุมถึงการกระทำทางเพศที่ไม่รุนแรงถึงขนาดที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 177⁷³

มีนักกฎหมายเยอรมันจำนวนหนึ่งวิพากษ์วิจารณ์มาตรานี้ในประเด็นความได้สัดส่วนระหว่างความร้ายแรงของการกระทำความผิดกับโทษที่ผู้กระทำอาจได้รับตามหลักความได้สัดส่วน (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) และในประเด็นกฎหมายอาญาต้องใช้เป็นวิถีทางสุดท้าย (*ultima ratio*)⁷⁴ อย่างไรก็ตาม ข้อวิพากษ์วิจารณ์นี้น่าจะไม่ถูกต้องนัก สิทธิในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเองอาจถูกละเมิดได้ด้วยการกระทำทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายทุกรูปแบบที่ฝ่าฝืนความประสงค์ของผู้ถูกระทำ การกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญา โดยกำหนดโทษปรับเอาไว้ ทำให้รัฐสามารถตอบโต้การกระทำดังกล่าว ซึ่งนับว่าเป็นการกระทำระดับต่ำที่สุดของการละเมิดต่อสิทธิในการตัดสินใจทางเพศได้อย่างเหมาะสมแล้ว⁷⁵

⁶⁸ Hörnle, Tatjana (เชิงอรรถ 8) §177, Rn. 241.

⁶⁹ BGH, 17.12.1999 - 3 StR 524/99; BGH, 02.12.2020 - 4 StR 398/20.

⁷⁰ Hörnle, Tatjana (เชิงอรรถ 8) §177, Rn. 239.

⁷¹ Hörnle, Tatjana (เชิงอรรถ 8) §177, Rn. 241.

⁷² Deutscher Bundestag (เชิงอรรถ 42) 30.

⁷³ Deutscher Bundestag (เชิงอรรถ 42) 29-30; BGH, 26.04.2017 - 2 StR 574/16.

⁷⁴ Fischer, Thomas (เชิงอรรถ 28) § 184i, Rn. 2.

⁷⁵ Hörnle, Tatjana (เชิงอรรถ 8) §184i, Rn. 2.

3.1.6 องค์ประกอบความผิดฐานคุกคามทางเพศ

1) องค์ประกอบภายนอก

ก) การสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย

การคุกคามทางเพศต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย (*körperliche Berührung*) โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้ถูกระทำสวมใส่เสื้อผ้าอยู่หรือไม่ การสัมผัสเนื้อตัวร่างกายด้วยสิ่งของก็อาจเข้าองค์ประกอบความผิดมาตรานี้ได้⁷⁶ แต่การคุกคามทางเพศด้วยวาจาไม่เป็นความผิดตามมาตรา 184i นี้⁷⁷

ข) ในลักษณะที่แสดงออกถึงเรื่องทางเพศ

ตามที่ได้กล่าวแล้วว่า การละเมิดสิทธิทางเพศเพียงเล็กน้อย ซึ่งรวมถึงการคุกคามทางเพศด้วย แม้จะเข้าลักษณะการกระทำทางเพศตามมาตรา 177 แต่ไม่รุนแรงถึงขนาดที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 184h หมายเลข 1 เช่น การจับแบบเร็ว ๆ บริเวณอวัยวะเพศของผู้ที่สวมใส่เสื้อผ้า จึงไม่เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายที่ใช้บังคับก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมใน พ.ศ. 2559 (ค.ศ. 2016) นักกฎหมายเยอรมันจึงเรียกร้องให้มีการบัญญัติความผิดฐานใหม่ขึ้นเพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายดังกล่าว⁷⁸ ในขั้นของการร่างกฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติได้เลือกไม่ใช้ถ้อยคำว่า “การกระทำทางเพศ” แบบเดียวกับมาตรา 177 แต่หันมาใช้คำว่า การสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย “ในลักษณะที่แสดงออกถึงเรื่องทางเพศ” (*in sexuell bestimmter Weise*) แทน แต่ถ้อยคำนี้มีลักษณะไม่ชัดเจนแน่นอน ต้องการการตีความ แต่ก็อาจตีความไปได้หลายแบบ ในเอกสารร่างกฎหมายของสภา Bundestag ก็อธิบายถึงองค์ประกอบข้อนี้เอาไว้เพียงว่า การสัมผัสเนื้อตัวร่างกายจะมีลักษณะแสดงออกเรื่องเพศเมื่อการกระทำนั้นมีแรงจูงใจมาจากเรื่องทางเพศ⁷⁹ ซึ่งก็ได้ช่วยในการใช้และการตีความกฎหมายให้ชัดเจนแน่นอนขึ้นได้แต่อย่างไร

นอกจากนั้น ยังมีปัญหาว่า “ในลักษณะที่แสดงออกถึงเรื่องทางเพศ” ตีความจากมุมมองของใคร หากอาศัยมุมมองทางอัตวิสัย การกระทำความผิดฐานนี้จะกว้างขวางมากจนเกินขอบเขต นักวิชาการจึงเสนอให้ใช้มุมมองในทางภาวะวิสัย กล่าวคือ การสัมผัสเนื้อตัวร่างกายจะมีลักษณะที่แสดงออกเรื่องเพศเมื่อลักษณะภายนอกของการสัมผัสนั้นเชื่อมโยงกับเรื่องทางเพศ⁸⁰ ศาล BGH ในคดีเมื่อ พ.ศ. 2561 (2018) เลือกใช้มุมมองแบบผสม โดยวางหลักเกณฑ์ว่า กรณีจะถือว่าเป็นการสัมผัสในลักษณะที่แสดงออกถึงเรื่องทางเพศก็ต่อเมื่อลักษณะภายนอกของการสัมผัสนั้นเชื่อมโยงกับเรื่องทางเพศ และผู้กระทำความผิดเองก็ต้องมีแรงจูงใจในทางเพศด้วย⁸¹

⁷⁶ Fischer, (เชิงอรรถ 28) § 184i, Rn. 3; Hörnle, Tatjana (เชิงอรรถ 8) § 184i, Rn. 4.

⁷⁷ Deutscher Bundestag (เชิงอรรถ 42) 30.

⁷⁸ Schaefer, Peer/ Wolf, Jens (เชิงอรรถ 41) 28; Hörnle, Tatjana (เชิงอรรถ 8) § 184i, Rn. 2.

⁷⁹ Deutscher Bundestag (เชิงอรรถ 42) 30.

⁸⁰ Hörnle, Tatjana (เชิงอรรถ 30) 1327; Pholreich, Erol, „Die Strafbarkeit des „Grapschens“ als sexuelle Belästigung im Sinne von § 184i StGB“ (2019) 1 HRRS 16, 18.

⁸¹ BGH, 13.03.2018 - 4 StR 570/17.

ค) ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญทางเพศ

การสัมผัสเนื้อตัวร่างกายจะต้องก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้ถูกระทำได้ กล่าวคือ ความเดือดร้อนรำคาญเป็นผลของการกระทำความผิด ความเดือดร้อนรำคาญจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อการกระทำดังกล่าวส่งผลกระทบต่อความรู้สึกของเหยื่ออย่างสำคัญ แต่หากเป็นกรณีที่ผู้ถูกระทำยินยอม หรือการกระทำนั้นก่อให้เกิดความสนใจ ความประหลาดใจ หรือความพอใจแก่ผู้ถูกระทำ ถือว่าไม่เกิดความเดือดร้อนรำคาญขึ้น ข้อเท็จจริงอันองค์ประกอบความผิดของมาตรานี้จะเกิดขึ้นครบถ้วนหรือไม่จึงขึ้นอยู่กับโชคของผู้กระทำ หากชายหนุ่มคนหนึ่งจูบหญิงสาวคนหนึ่งที่ไม่รู้จักกันมาก่อนบริเวณลำคอของเธอโดยเธอไม่ทันตั้งตัว การกระทำของเขาย่อมเป็นความผิดหากว่าหญิงสาวคนดังกล่าวรู้สึกเดือดร้อนรำคาญ แต่หากหญิงสาวคนนั้นรู้สึกพอใจการกระทำของเขาย่อมไม่เป็นความผิด⁸²

ความเดือดร้อนรำคาญนี้เกี่ยวข้องกับเรื่อง “ทางเพศ” เมื่อการกระทำเมื่อการกระทำนั้นกระทบการตัดสินใจทางเพศของผู้ถูกระทำ ลำพังเพียงการก่อดำรงรำคาญทั่ว ๆ ไป การประชิดตัว หรือพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมอื่น ๆ เช่น การกอดเบาๆ หรือการจูบแก้มธรรมดา ไม่อาจทำลายสิทธิในการตัดสินใจทางเพศได้โดยง่าย⁸³

2) องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายในของมาตรา 184i ได้แก่ เจตนาธรรมดา

3.2 อังกฤษและเวลส์

ความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ แต่เดิมบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 1956 (Sexual Offences Act 1956) ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 1985 (Sexual Offences Act 1985) ต่อมา พ.ศ. 2547 (ค.ศ. 2004) ได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offences Act 2003) ขึ้นใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน ส่งผลให้กฎหมายฉบับเก่าจึงถูกยกเลิกไป

3.2.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (rape) ของอังกฤษและเวลส์ ถูกบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offences Act 2003) มาตรา 1 ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งสุดท้ายและมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม พ.ศ. 2547 (ค.ศ. 2004) โดยบัญญัติว่า

Rape

(1) A person (A) commits an offence if—

(a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis,

⁸² Deutscher Bundestag (เชิงอรรถ 42) 30; Hoven, Elisa/ Weigend, Thomas (เชิงอรรถ 9) 183.

⁸³ Deutscher Bundestag (เชิงอรรถ 42) 30.

(b) B does not consent to the penetration, and

(c) A does not reasonably believe that B consents.

(2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.

(3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.

(4) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายดังกล่าว จะต้องเป็นการล่วงล้ำโดยใช้ อวัยวะเพศชายเท่านั้น ผู้ที่จะเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้จึงต้องเป็นชายเท่านั้น หญิงเป็นได้เพียง ผู้สนับสนุนในความผิดฐานนี้เท่านั้น⁸⁴ อย่างไรก็ตาม การล่วงล้ำโดยหญิงอาจเป็นความผิดฐานทำร้ายด้วยการ สอดใส่ (Assault by penetration) หรือฐานก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำการทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอม (Causing another person to perform a sexual act without consent) ได้ อย่างไรก็ตาม อวัยวะเพศตาม ความหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 นี้ หาได้จำกัดแต่เพียงอวัยวะ เพศกำเนิดเท่านั้นไม่ แต่ยังหมายความรวมถึงอวัยวะเทียมซึ่งผ่านกระบวนการผ่าตัดแปลงเพศด้วยเทคโนโลยี ทางการแพทย์ด้วย ทั้งนี้ตามมาตรา 79 (3)

การล่วงล้ำหรือสอดใส่โดยใช้อวัยวะเพศชายดังกล่าวอาจกระทำต่อช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปาก ดังนั้น การข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอังกฤษและเวลส์จึงอาจเกิดขึ้นได้ 3 สถานการณ์⁸⁵

- 1) กรณีการล่วงล้ำช่องคลอดของหญิง ด้วยอวัยวะเพศชาย
- 2) กรณีล่วงล้ำทวารหนักของชายหรือหญิง ด้วยอวัยวะเพศชาย
- 3) กรณีล่วงล้ำช่องปากของชายหรือหญิง ด้วยอวัยวะเพศชาย

จะเห็นได้ว่า ผู้ถูกกระทำในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอาจเป็นหญิงหรือชายก็ได้ ทำนองเดียวกับ อวัยวะเพศของฝ่ายชายที่มีได้จำกัดแต่เพียงอวัยวะเพศกำเนิดเท่านั้น ช่องคลอดของหญิงตามกฎหมายนี้ก็มีได้ จำกัดอยู่แต่เพียงช่องคลอดของหญิงที่เป็นอวัยวะเพศกำเนิดเท่านั้น แต่หมายความรวมถึงช่องคลอดของหญิงซึ่งเป็นอวัยวะเทียมซึ่งผ่านกระบวนการผ่าตัดแปลงเพศด้วยเทคโนโลยีทางการแพทย์ด้วย ทั้งนี้ตามมาตรา 79 (3)

กรณีที่ผู้กระทำมิได้สอดใส่หรือล่วงล้ำด้วยอวัยวะเพศชาย การกระทำก็อาจเป็นความผิดตามมาตรา 2 ฐานทำร้ายด้วยการสอดใส่ (Assault by penetration) ได้ โดยมาตรา 2 บัญญัติว่า

(1) A person (A) commits an offence if—

⁸⁴ “Legal Guidance, Sexual offences” (CPS, 8 July 2022) <<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/rape-and-sexual-offences-chapter-7-key-legislation-and-offences>> accessed 18 November 2024.

⁸⁵ อัครินทร์ ธนนธิดินทร์, “ความเท่าเทียมทางเพศในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา” (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหา บัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2566) 48.

(a) he intentionally penetrates the vagina or anus of another person (B) with a part of his body or anything else,

(b) the penetration is sexual,

(c) B does not consent to the penetration, and

(d) A does not reasonably believe that B consents.

(2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.

(3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.

(4) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

การจะเป็นความผิดตามมาตรา 2 นี้ได้ จะต้องมีการล่วงล้ำช่องคลอดหรือทวารหนักเท่านั้น ไม่รวมถึงการล่วงล้ำช่องปากด้วย การล่วงล้ำที่ว่าเป็นนี้อาจกระทำด้วยอวัยวะอื่นของร่างกาย เช่น ลิ้น นิ้วมือ หรือนิ้วเท้า หรือกระทำด้วยสิ่งของอย่างอื่น เช่น ขวดน้ำ ก็ได้ ความผิดฐานนี้มีมักถูกนำมาใช้เพื่อฝ่ายโจทก์ไม่แน่ใจว่าการล่วงล้ำกระทำโดยอวัยวะเพศชายหรืออวัยวะอื่นหรือสิ่งของอย่างอื่น อันทำให้ไม่สามารถดำเนินคดีฐานข่มขืนกระทำชำเราได้⁸⁶

นอกจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 ยังได้บัญญัติความผิดฐานก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำการทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอม (Causing another person to perform a sexual act without consent) ไว้ในมาตรา 4 ด้วย โดยบัญญัติว่า

Causing another person to perform a sexual act without consent

(1) A person (A) commits an offence if—

(a) he intentionally causes another person (B) to engage in an activity,

(b) the activity is sexual,

(c) B does not consent to engaging in the activity, and

(d) A does not reasonably believe that B consents.

(2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.

(3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.

⁸⁶ “Legal Guidance, Sexual offences” (CPS, 8 July 2022) <<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/rape-and-sexual-offences-chapter-7-key-legislation-and-offences>> accessed 18 November 2024.

(4) A person guilty of an offence under this section, if the activity caused involved—

(a) penetration of B's anus or vagina,

(b) penetration of B's mouth with a person's penis,

(c) penetration of a person's anus or vagina with a part of B's body or by B with anything else, or

(d) penetration of a person's mouth with B's penis,

is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

(5) Unless subsection (4) applies, a person guilty of an offence under this section is liable—

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or to a fine not exceeding the statutory maximum or both;

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years.

จะเห็นได้ว่า การที่ผู้กระทำก่อให้เกิดผู้ถูกกระทำ โดยอาจใช้เพียงวาจาก็ได้ ช่วยตัวเองด้วยการล้วงลำทวารหนักหรือช่องคลอดของตัวผู้ถูกกระทำเอง หรือการที่ผู้กระทำบังคับให้ผู้ถูกกระทำใช้ปากอมอวัยวะเพศของผู้กระทำ ก็เป็นความผิดตามกฎหมายฉบับนี้เช่นกันหากผู้ถูกกระทำไม่ยินยอม นอกจากนั้น ยังรวมถึงกรณีที่ผู้กระทำบังคับให้ผู้ถูกกระทำใช้อวัยวะอื่นหรือใช้สิ่งของอย่างอื่นล้วงลำช่องปากหรือช่องคลอดของผู้กระทำ และกรณีที่ผู้กระทำบังคับให้ผู้ถูกกระทำใช้อวัยวะเพศชายล้วงลำช่องปากของผู้กระทำด้วย กล่าวโดยสรุป แม้ผู้กระทำมิได้เป็นผู้ล้วงลำด้วยตนเอง แต่บังคับให้ผู้ถูกกระทำเป็นผู้กระทำการล้วงลำ ก็นับเป็นความผิดอาญาและต้องรับโทษถึงจำคุกตลอดชีวิตได้

การพิจารณาว่า ผู้ถูกกระทำยินยอมหรือไม่ยินยอมให้มีการล้วงลำหรือสอดใส่ นั้น มาตรา 74 กฎหมายฉบับเดียวกัน ได้บัญญัติเอาไว้ว่า บุคคลย่อมยินยอมหากเขาเห็นด้วยโดยสมัครใจ และเขามีเสรีภาพและมีความสามารถในการตัดสินใจเลือกเช่นนั้น โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวนี้ได้กำหนดบทสันนิษฐานเกี่ยวกับความยินยอมไว้ในมาตรา 75 และ 76⁸⁷

3.2.2 ความผิดฐานกระทำอนาจาร

ความผิดฐานกระทำอนาจาร (Sexual assault) ก็ถูกบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 เช่นกัน โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 3 ความว่า

⁸⁷ โปรตดู สมน์ส ตั้งเจริญกิจกุล, “ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร” (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552) 24-28.

- (1) A person (A) commits an offence if—
- (a) he intentionally touches another person (B),
 - (b) the touching is sexual,
 - (c) B does not consent to the touching, and
 - (d) A does not reasonably believe that B consents.
- (2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.
- (3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.
- (4) A person guilty of an offence under this section is liable—
- (a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both;
 - (b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years.

จะเห็นได้ว่า การสัมผัสบุคคลอื่นทางเพศโดยที่ผู้ถูกกระทำไม่ยินยอม เป็นความผิดฐานนี้ การสัมผัสในที่นี้มีความหมายกว้าง กล่าวคือ เป็นการสัมผัสด้วยอวัยวะส่วนใดก็ได้หรือสัมผัสด้วยสิ่งของก็ได้ ทั้งอาจเป็นการสัมผัสโดยที่ผู้ถูกกระทำยังสวมใส่เสื้อผ้าอยู่ก็ได้⁸⁸

3.2.3 ความผิดฐานคุกคามทางเพศ

ก่อน พ.ศ. 2566 (ค.ศ. 2023) การคุกคามทางเพศยังไม่ถูกกำหนดให้เป็นความผิดอาญาในลักษณะที่คุ้มครองสิทธิในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเองในประเทศอังกฤษและเวลส์ แต่สามารถปรับบทเป็นความผิดฐานการคุกคาม การทำให้ตกใจ หรือการทำให้เดือดร้อนโดยเจตนา (Intentional harassment, alarm or distress) ตามมาตรา 4A พระราชบัญญัติว่าด้วยความเป็นระเบียบในที่สาธารณะ ค.ศ. 1986 (Public Order Act 1986) ได้⁸⁹ อย่างไรก็ตาม คณะทำงานเพื่อต่อสู้กับความรุนแรงต่อหญิงและเด็กหญิงที่จัดตั้งขึ้นโดย

⁸⁸ “Legal Guidance, Sexual offences” (CPS, 8 July 2022) <<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/rape-and-sexual-offences-chapter-7-key-legislation-and-offences>> accessed 18 November 2024.

⁸⁹ Section 4A -- Intentional harassment, alarm or distress.

(1) A person is guilty of an offence if, with intent to cause a person harassment, alarm or distress, he—

- (a) uses threatening, abusive or insulting words or behaviour, or disorderly behaviour, or
- (b) displays any writing, sign or other visible representation which is threatening, abusive or insulting, thereby causing that or another person harassment, alarm or distress.

(2) An offence under this section may be committed in a public or a private place, except that no offence is committed where the words or behaviour are used, or the writing, sign or other visible

รัฐบาล (Government’s Tackling Violence Against Women and Girls Strategy) ได้จัดทำรายงานออกเผยแพร่เมื่อเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2564 โดยกล่าวว่า รัฐบาลกำลังศึกษาถึงช่องว่างของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการคุกคามทางเพศในที่สาธารณะ และการที่จะมีฐานความผิดเฉพาะเพื่อกำหนดความรับผิดสำหรับผู้กระทำการดังกล่าว นอกจากนี้ คณะกรรมการกฎหมาย (Law Commission) ยังได้แนะนำให้รัฐบาลทบทวนความจำเป็นของการมีความผิดฐานคุกคามทางเพศเป็นการเฉพาะ และได้ตั้งข้อสังเกตว่า ความผิดฐานคุกคามทางเพศในที่สาธารณะน่าจะเป็นการตอบโต้กับปัญหาได้ตรงเป้าหมายมากกว่าการตรากฎหมายเกี่ยวกับอาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียดชัง อย่างไรก็ตาม ก็มีฝ่ายที่เห็นว่าการคุกคามทางเพศในที่สาธารณะเป็นการกระทำที่ปรับบทเป็นความผิดฐานอื่นที่ใช้บังคับอยู่ได้ และเสนอให้กำหนดให้การคุกคามทางเพศเป็นเหตุที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นจากมาตรา 4A พระราชบัญญัติว่าด้วยความเป็นระเบียบในที่สาธารณะ ค.ศ. 1986⁹⁰

ปัจจุบัน ได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองจากคุกคามทางเพศในที่สาธารณะ ค.ศ. 2023 (Protection from Sex-based Harassment in Public Act 2023) ขึ้น เพื่อแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยความเป็นระเบียบในที่สาธารณะ ค.ศ. 1986 เพื่อกำหนดความผิดฐานคุกคาม การทำให้ตกใจ หรือการทำให้เดือดร้อนโดยเจตนา (Intentional harassment, alarm or distress on account of sex) ขึ้นมาใหม่เป็นมาตรา 4B โดยพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้วเมื่อวันที่ 18 กันยายน พ.ศ. 2566 ยังรอเพียงแต่การประกาศใช้เท่านั้น ความผิดใหม่นี้มีเจตนารมณ์ในการกำหนดให้การคุกคาม การทำให้ตกใจ หรือการทำให้เดือดร้อนโดยเจตนาในที่สาธารณะเป็นความผิดอาญาหากว่าผู้กระทำมีเหตุจงใจในทางเพศ เช่น การเดินตาม การแสดงความเห็นในลักษณะก้าวร้าวหรือลามก การแสดงท่าทางลามกหรือไม่สุภาพต่อบุคคล การขวางทางมิให้เดิน รวมถึงการขับขี่ยานยนต์หรือรถจักรยานยนต์เข้าใกล้บุคคลด้วย การกระทำความผิดเช่นนี้มีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี⁹¹

representation is displayed, by a person inside a dwelling and the person who is harassed, alarmed or distressed is also inside that or another dwelling.

(3) It is a defence for the accused to prove—

(a) that he was inside a dwelling and had no reason to believe that the words or behaviour used, or the writing, sign or other visible representation displayed, would be heard or seen by a person outside that or any other dwelling, or

(b) that his conduct was reasonable.

(4) repealed

(5) A person guilty of an offence under this section is liable on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding level 5 on the standard scale or both.

⁹⁰ House of Lords, “Protection from Sex-based Harassment in Public Bill. Explanatory Notes” <<https://bills.parliament.uk/publications/50807/documents/3336>> accessed 18 November 2024, 2-3.

⁹¹ House of Lords (เพิ่งอ้าง) 2-3; Waters, Lowenna/ Hassan, Beril Naz, “Street harassment laws explained: MPs approve plans to make behaviour a criminal offence” (The Standard, 24 March 2023) <<https://www.standard.co.uk/news/uk/street-harassment-laws-explained-mps-approve-crime-b1017316.html>> accessed 18 November 2024.

4B Intentional harassment, alarm or distress on account of sex

(1) A person (A) is guilty of an offence under this section if—

(a) A commits an offence under section 4A (intentional harassment, alarm or distress), and

(b) A carried out the conduct referred to in section 4A(1) because of the relevant person's sex (or presumed sex).

(2) In subsection (1)—

“presumed” means presumed by A;

“the relevant person” means the person to whom A intended to cause harassment, alarm or distress.

(3) For the purposes of subsection (1)(b) it does not matter whether or not—

(a) A also carried out the conduct referred to in section 4A(1) because of any other factor not mentioned in subsection (1)(b), or

(b) A carried out the conduct referred to in section 4A(1) for the purposes of sexual gratification.

(4) A person guilty of an offence under this section is liable—

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding the general limit in a magistrates' court or a fine or both;

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 2 years or a fine or both.

(5) If, on the trial on indictment of a person charged with an offence under this section, the jury find the person not guilty of the offence charged, they may find the person guilty of the offence in section 4A.”

จากบทบัญญัติดังกล่าว สามารถแยกองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในออกมาได้ ดังนี้
องค์ประกอบภายนอก ได้แก่

1) กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

- ใช้คำพูดหรือพฤติกรรมที่เป็นการข่มขู่ ดูหมิ่น หรือเป็นการสบประมาท หรือ

- มีพฤติกรรมที่ไม่เป็นระเบียบเรียบร้อย หรือแสดงข้อความ เครื่องหมาย หรือสิ่งปรากฏให้เห็นซึ่งมี

ลักษณะเป็นการข่มขู่ ดูหมิ่น หรือเป็นการสบประมาท

2) เพราะต้องการมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลที่เกี่ยวข้อง

3) ส่งผลให้บุคคลนั้นหรือบุคคลอื่นเกิดความคุกคาม ความตกใจ หรือความทุกข์ใจ

องค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา

3.3 ราชอาณาจักรสวีเดน

ในหัวข้อนี้ จะได้กล่าวถึงความเป็นมาของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานคุกคามทางเพศ ปรากฏรายละเอียดดังนี้

3.3.1 ความเป็นมาของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความรับผิดชอบทางอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเรา (*våldtäkt*) ปรากฏอยู่ในกฎหมายสวีเดนมาอย่างยาวนาน ถือว่าเป็นความผิดต่อเสรีภาพและศีลธรรม และต้องรับโทษถึงประหารชีวิต คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้คือ เกียรติของครอบครัวหรือของผู้ชาย ซึ่งก็คือบิดาหรือสามีนั่นเอง ดังนั้น การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภริยาจึงไม่เป็นความผิดตามกฎหมายสวีเดนในอดีต ต่อมาในช่วงกลางศตวรรษที่ 13 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราถูกมองว่าเป็นการกระทำบาปต่อพระเจ้า และในขณะเดียวกันก็ถือว่าการแทรกแซงอำนาจของฝ่ายชายและสิทธิในการสมรส รวมถึงนับว่าเป็นความผิดที่กระทำต่อเสรีภาพของผู้หญิงในการสาบานว่าจะรักษาความซื่อสัตย์ในชีวิตสมรส⁹²

เมื่อมีการบังคับใช้กฎหมายอาญา ลงวันที่ 16 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1864 (*Strafflag - SL*) ความผิดเกี่ยวกับเพศ รวมถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ถูกบัญญัติขึ้นเป็นครั้งแรก โดยถือว่าเป็นความผิดต่อทรัพย์สิน ทั้งนี้จากหลักคิดที่ว่าผู้หญิงเป็นทรัพย์สินของบิดาหรือของสามีของเธอ หลังจากนั้น ความผิดฐานกระทำชำเราจึงกลายมาเป็นการผิดต่อเสรีภาพ⁹³

ต่อมา เมื่อประมวลกฎหมายอาญาแห่งปี ค.ศ. 1965 (*Brottbalken - BrB*) ใช้บังคับ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราถูกบัญญัติไว้ในลักษณะที่เกี่ยวข้องกับความผิดเกี่ยวกับศีลธรรม ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามีหน้าที่ป้องกันการละเมิดทางเพศและคุ้มครองศักดิ์ศรีในทางร่างกายของบุคคล รวมถึงเสรีภาพในการดำเนินชีวิตที่เกี่ยวกับเพศด้วย และนับเป็นครั้งแรกในกฎหมายสวีเดนที่การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภริยานับเป็นความผิดอาญาได้ กฎหมาย BrB นี้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้ง ใน พ.ศ. 2527 (ค.ศ. 1984) มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงชื่อลักษณะจาก *ความผิดเกี่ยวกับศีลธรรม* มาเป็น *ความผิดเกี่ยวกับเพศ* นอกจากนี้ยังมีการแก้ไขเพิ่มเติมให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราให้มีความเป็นกลางทางเพศ กล่าวคือ ไม่ว่าจะชายหรือหญิง หรือผู้ที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศมาแล้ว ก็เป็นผู้กระทำความผิดได้และเป็นผู้ถูกกระทำได้เช่นเดียวกัน ดังนั้น ชายกระทำกับชายหรือหญิงกระทำกับหญิงก็อาจเป็นการข่มขืนกระทำชำเราได้ทั้งสิ้น นอกจากนี้ ยังได้มีการเพิ่มเติมข้อความคิดเรื่อง “กิจกรรมทางเพศอื่น” นอกเหนือจากข้อความคิดเรื่อง “การข่มขืนกระทำชำเรา” ลงไปในกฎหมายด้วย⁹⁴

⁹² Wrobel, Aleksander, “Criminal Liability for the Crime of Rape in the Criminal Law of Kingdom of Sweden” Ministry of Justice 2020, 7.

⁹³ Bladini, Moa/ Andersson, Wanna Svederg, “Swedish Rape Legislation from Use of Force to Voluntariness – critical Reflections from an Everyday Life Perspective” (2020) 2 Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice 95, 100.

⁹⁴ Bladini, Moa/ Andersson, Wanna Svederg (เพิ่งอ้าง) 100-101; Wrobel, Aleksander (เชิงอรรถ 92) 7.

ใน พ.ศ. 2541 (ค.ศ. 1998) มีการแก้ไขของค์ประกอบความผิดตาม Chapter 6 § 1 ของ BrB ซึ่งส่งผลให้แนวคิดเกี่ยวกับการการข่มขู่และการบังคับมีความหมายกว้างขึ้น จึงเท่ากับเป็นการขยายการคุ้มครองให้แก่ผู้ถูกกระทำให้กว้างยิ่งขึ้น ใน พ.ศ. 2553 (ค.ศ. 2553) มีการเพิ่มโทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราให้หนักยิ่งขึ้น

3.3.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

Chapter 6 § 1

A person who performs sexual intercourse, or some other sexual act that in the view of the seriousness of the violation is comparable to sexual intercourse, with a person who is not participating voluntarily is guilty of rape and is sentenced to imprisonment for at least two and at most six years. When assessing whether participation is voluntary or not, particular consideration is given to whether voluntariness was expressed by word or deed or in some other way. A person can never be considered to be participating voluntarily if:

- 1. Their participation is a result of assault, other violence or threat of a criminal act, a threat to bring a prosecution against or report another person for an offence, or a threat to give detrimental information about another person;*
- 2. The perpetrator improperly exploits the fact that the person is in a particularly vulnerable situation due to unconsciousness, sleep, grave fear, the influence of alcohol or drugs, illness, bodily injury, mental disturbance or otherwise in view of the circumstances; or*
- 3. The perpetrator induces the person to participate by seriously abusing the person's position of dependence on the perpetrator.*

If, in view of the circumstances associated with the offence, the offence is considered less serious, the person is guilty of rape and is sentenced to imprisonment for at most four years.

If an offence referred to in the first paragraph is considered gross, the person is guilty of gross rape and is sentenced to imprisonment for at least five and at most ten years. When assessing whether the offence is gross, particular consideration is given to whether the perpetrator used violence or a threat of a particularly serious nature, or whether more than one person assaulted the victim or took part in the assault in some other way, or whether, in view of the method used or the young age of the victim or otherwise, the perpetrator exhibited particular ruthlessness or brutality.

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ปรากฏด้านบนนี้ ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อ พ.ศ. 2561 (ค.ศ. 2018) ซึ่งนับว่าเป็นการแก้ไขครั้งสำคัญอีกครั้งหนึ่ง กล่าวคือ เป็นการแก้ไขจาก *รูปแบบการบังคับ* (coercion model) มาเป็น *รูปแบบสมัครใจ* (voluntary model) ก่อน พ.ศ. 2561 การกระทำจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้จะต้องมีการใช้บังคับโดยการทำร้าย ใช้ความรุนแรง ข่มขู่ให้กลัว หรือจะต้องมีการอาศัยโอกาสที่ผู้ถูกระทำตกอยู่ในสถานการณ์ที่มีความเปราะบาง เช่น หลับ หมดสติเพราะฤทธิ์แอลกอฮอล์ ยาเสพติด หรือเพราะถูกทำร้าย ความยินยอมของผู้ถูกระทำเป็นองค์ประกอบสำคัญของการกระทำผิดฐานนี้ แม้กฎหมายจะมีได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งก็ตาม

ตามกฎหมายใหม่ องค์ประกอบ 3 ประการของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ได้แก่ ประการแรก ผู้กระทำความผิดต้องมีเพศสัมพันธ์ หรือต้องกระทำการทางเพศอื่นที่มีลักษณะรุนแรงเทียบเท่ากับการมีเพศสัมพันธ์ ประการที่สอง ผู้ถูกระทำมิได้เข้าร่วมในเพศสัมพันธ์นั้นด้วยความสมัครใจ และประการที่สาม ผู้กระทำความผิดต้องกระทำโดยมีเจตนา

1) องค์ประกอบภายนอก

ผู้กระทำต้องมีเพศสัมพันธ์หรือต้องกระทำการทางเพศอื่นที่มีลักษณะรุนแรงเทียบเท่ากับการมีเพศสัมพันธ์ คำว่า “เพศสัมพันธ์” ตามกฎหมายสวีเดน หมายถึงการสอดใส่หรือล่วงล้ำช่องคลอดด้วยอวัยวะเพศชายเท่านั้น ส่วนคำว่า “การกระทำทางเพศอื่น” นั้น เป็นการกระทำที่สะท้อนให้เห็นว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำที่เป็นกลางทางเพศ เช่น การสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในรูทวารหรือช่องปาก หรือการสอดใส่ด้วยสิ่งของหรืออวัยวะส่วนอื่นของร่างกาย นอกจากนั้น การข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายสวีเดนยังรวมถึงกรณีที่ผู้ถูกระทำถูกบังคับให้ช่วยตัวเองหรือถูกบังคับให้กระทำการทางเพศกับบุคคลที่สามด้วย⁹⁵

นอกจากนั้น ผู้ถูกระทำจะต้องมิได้เข้าร่วมในเพศสัมพันธ์นั้นด้วยความสมัครใจ และความสมัครใจจะต้องมีอยู่ตลอดเวลาของการมีเพศสัมพันธ์ โดยกฎหมายได้ไล่เรียงกรณีที่ผู้ถูกระทำมิได้สมัครใจเข้าร่วมการมีเพศสัมพันธ์เอาไว้ 3 กรณี ได้แก่ (1) เมื่อการมีเพศสัมพันธ์เป็นผลจากการถูกทำร้าย การใช้ความรุนแรง หรือการข่มขู่ด้วยการกระทำความผิดอาญา ข่มขู่ว่าจะดำเนินคดีอาญาหรือแจ้งความว่าผู้ถูกระทำได้กระทำความผิดอาญา หรือข่มขู่ว่าจะเปิดเผยข้อมูลที่เป็นผลเสียต่อผู้ถูกระทำ (2) เมื่อผู้กระทำอาศัยโอกาสที่ผู้ถูกระทำตกอยู่ในสถานการณ์ที่มีความเปราะบาง เช่น หลับ หมดสติเพราะฤทธิ์แอลกอฮอล์ ยาเสพติด หรือเพราะถูกทำร้าย และ (3) เมื่อผู้กระทำความผิดชักจูงให้ผู้ถูกระทำมีเพศสัมพันธ์โดยการใช้อำนาจเหนือกว่าของตนในทางที่มีขอบอย่างร้ายแรง อย่างไรก็ตาม อาจมีสถานการณ์อื่นที่ศาลเห็นว่าเข้าข่ายการมีเพศสัมพันธ์โดยไม่สมัครใจก็ได้⁹⁶

จะสังเกตได้ว่า กฎหมายสวีเดนเลือกใช้รูปแบบ only yes means yes แบบมีข้อยกเว้น กล่าวคือ กฎหมายก็ได้กำหนดว่าต้องมีการแสดงออกว่าสมัครใจ จึงจะถือว่าผู้ถูกระทำสมัครใจในการมีเพศสัมพันธ์ครั้งนั้น กล่าวคือ การนิ่งเฉยก็อาจแปลว่าสมัครใจได้ แต่กฎหมายก็ได้กำหนดให้ผู้ถูกระทำต้องแสดงออกว่า

⁹⁵ Wegerstand, Linnea, „Sex must be Voluntary: Sexual Communication and the new Definition of Rape in Sweden” (2021) 22 German Law Journal 734, 739.

⁹⁶ Wegerstand, Linnea (เพิ่งอ้าง)

การมีเพศสัมพันธ์ครั้งนั้นเกิดขึ้นโดยเขาไม่สมัครใจ กล่าวคือ บุคคลยังต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแม้ว่าจะไม่มีการแสดงออกโดยชัดแจ้งว่าการมีเพศสัมพันธ์นั้นเป็นไปโดยไม่สมัครใจ กฎหมายสวีเดนมองว่า บุคคลที่มีเพศสัมพันธ์โดยสมัครใจย่อมจะแสดงความปรารถนาเช่นนั้นออกมา หากปราศจากการแสดงออกเช่นนั้น ก็ย่อมจะต้องตีความว่าการมีเพศสัมพันธ์ครั้งนั้นเกิดขึ้นโดยไม่สมัครใจ⁹⁷

2) องค์ประกอบภายใน

ผู้กระทำความผิดจะต้องกระทำโดยมีเจตนา หากผู้กระทำความผิดโดยรู้ว่าผู้ถูกกระทำมิได้สมัครใจที่จะมีเพศสัมพันธ์นั้น ย่อมถือว่าผู้กระทำความผิดโดยมีเจตนา แต่หากผู้กระทำไม่รู้ว่าผู้ถูกกระทำมิได้สมัครใจ ผู้กระทำย่อมขาดเจตนา

อย่างไรก็ตาม หากความไม่รู้นั้นเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ผู้กระทำย่อมมีความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราโดยประมาท และต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 4 ปี ทั้งนี้ตาม Chapter 6 § 1a ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมเข้ามาใหม่ในปี พ.ศ. 2561 (ค.ศ. 2018) นี้เอง

3.3.3 ความผิดฐานคุกคามทางเพศ

การคุกคามทางเพศยังไม่ถูกกำหนดให้เป็นความผิดเฉพาะในสวีเดน แต่สามารถปรับบทเป็นการกระทำ ความผิดฐานอื่น ๆ ที่ใช้บังคับกับการละเมิดพื้นที่ส่วนตัวได้ บทบัญญัติที่ชัดเจนที่สุด คือ การล่วงเกินทางเพศ (sexual molestation) ตาม Chapter 6 § 10⁹⁸ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กว้างที่สุดที่ใช้ปรับกับการกระทำที่ไม่อาจปรับเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศฐานอื่นที่รุนแรงกว่าได้ เช่น การข่มขืนกระทำชำเรา หรือการขืนใจทางเพศ บทบัญญัตินี้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีในทางเพศและการตัดสินใจด้วยตัวเองทางเพศของปัจเจกบุคคล นอกจากนั้น พฤติกรรมลักษณะอื่น รวมถึงการละเมิดโดยร่างกายหรือโดยคำพูด อาจถือว่าเป็นอาชญากรรมได้ หากว่าพฤติกรรมนั้นละเมิดศักดิ์ศรีทางเพศของบุคคล การกระทำใดจะเป็นล่วงเกินทางเพศหรือไม่ จึงขึ้นอยู่กับว่าการกระทำนั้นมีลักษณะล่วงละเมิดศักดิ์ศรีทางเพศของผู้ถูกกระทำหรือไม่ โดยพิจารณาจากมุมมองของบุคคลที่สาม ดังนั้น กรณีจึงไม่จำเป็นต้องมีการพิสูจน์ว่าการกระทำของผู้กระทำก่อให้เกิดผลกระทบ ในลักษณะดังกล่าวต่อเหยื่อหรือไม่ และในทางกลับกัน ก็ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ด้วยว่า ผู้ถูกกระทำมีความพึงพอใจ ต่อเหตุการณ์นั้นหรือไม่⁹⁹

⁹⁷ Bladini, Moa/ Andersson, Wanna Svederg (เชิงอรรถ 93) 112-113; Wegerstand, Linnea (เชิงอรรถ 95) 740-741.

⁹⁸ Chapter 6 § 10 “A person who exposes himself or herself in such a manner that the nature thereof evokes nuisance or through words or deed molests a person in such a manner that the nature thereof violates a person’s sexual integrity shall be sentenced for sexual molestation to a fine or imprisonment for a maximum of two years.”

⁹⁹ Wegerstand, Linnea, „Theorising Sexual Harassment and Criminalisation in a Swedish Context” (2022) 2 Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice 1, 12.

หากการกระทำของผู้กระทำไม่อาจปรับเป็นความผิดฐานล่วงเกินทางเพศได้ ก็ยังอาจปรับเป็นความผิดฐานล่วงละเมิด (molestation) อันเป็นความผิดต่อเสรีภาพและความสงบสุขตาม Chapter 4 § 7¹⁰⁰ ได้ บทบัญญัตินี้ครอบคลุมความประพฤติหลากหลายรูปแบบซึ่งไม่อาจปรับบทเป็นความผิดที่กระทำต่อบุคคลที่ร้ายแรงกว่าได้ อย่างไรก็ตาม ขอบเขตของบทบัญญัตินี้จำกัดอยู่แต่เพียงว่า การกระทำความผิดจะต้องเป็นการฝ่าฝืนความสงบสุขของผู้ถูกระทำอย่างร้ายแรง การล่วงละเมิดด้วยถ้อยคำไม่อาจถือว่าเป็นการล่วงเกินทางเพศหรือการล่วงละเมิดได้ ส่วนความผิดเกี่ยวกับชื่อเสียงนั้น รวมเอาบทบัญญัติฐานดูหมิ่น (Chapter 5 § 3) ซึ่งสามารถปรับกับการล่วงละเมิดด้วยวาจาได้ และยังมีความผิดฐานหมิ่นประมาท (Chapter 5 § 1) ซึ่งสามารถปรับกับการส่งต่อภาพส่วนตัวโดยไม่ได้รับความยินยอมได้ อย่างไรก็ตาม ความผิดเกี่ยวกับชื่อเสียงตามกฎหมายสวีเดนนั้นเป็นความผิดที่ผู้เสียหายต้องฟ้องดำเนินคดีอาญาด้วยตัวเอง พนักงานอัยการจะไม่ดำเนินการสอบสวนและฟ้องร้องคดีให้¹⁰¹

บทบัญญัติที่กล่าวถึงมาทั้งหมดใช้บังคับมาตั้งแต่ประมวลกฎหมายอาญาแห่งปี ค.ศ. 1965 ใช้บังคับแต่ตั้งแต่ พ.ศ. 2543 (ค.ศ. 2000) ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมฐานความผิดใหม่ ๆ เข้ามาเพื่อเอาผิดกับการกระทำที่เป็นการล่วงละเมิดพื้นที่ส่วนตัวโดยเฉพาะ หนึ่งในนั้น คือ ความผิดฐานก่อกวนโดยมิชอบ (Chapter 4 § 4b) ซึ่งเอาผิดการล่วงละเมิดความสงบสุขซ้ำ หรือที่เรียกว่า stalking นั้นเอง นอกจากนั้น ยังมีความผิดฐานถ่ายภาพโดยล่วงล้ำความเป็นส่วนตัว (Chapter 4 § 6a) ซึ่งเอาผิดการล่วงล้ำพื้นที่ส่วนตัวของบุคคลอื่นโดยการส่งต่อรูปภาพหรือข้อมูลเกี่ยวกับเรื่องทางเพศหรือสุขภาพของบุคคลอื่น หรือข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรม อีกทั้ง ยังเอาผิดการส่งภาพโป๊ของบุคคลและภาพถ่ายที่แสดงถึงสภาวะที่เปราะบางของบุคคล¹⁰²

Dr. Linnea Wegerstad รองศาสตราจารย์ประจำมหาวิทยาลัยแห่งเมืองลุนด์ ได้วิเคราะห์ถึงประเด็นนี้เอาไว้ว่า กฎหมายอาญาสวีเดนมีบทบัญญัติที่เอาผิดรูปแบบต่าง ๆ ของการคุกคามทางเพศโดยครอบคลุมอย่างไรก็ตาม การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญาโดยปะติดปะต่อเช่นนี้อาจทำให้การจัดการกับการคุกคามทางเพศไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร กล่าวคือ บทบัญญัติทั้งหมดที่กล่าวมาถูกแก้ไขเพิ่มเติมในช่วงเวลาที่แตกต่างกันและเป็นผลจากนโยบายทางอาญาที่แตกต่างกัน การทำความเข้าใจการคุกคามทางเพศจากมุมมองของกฎหมายอาญาจึงกลายเป็นการพยายามจัดวางวิธีการของการคุกคามต่าง ๆ เหล่านี้ให้เข้ากับฐานความผิดที่มีอยู่ ซึ่งส่งผลเสียต่อการบังคับใช้กฎหมาย กล่าวคือ การที่กฎหมายกำหนดให้รูปแบบต่าง ๆ ของการคุกคามทางเพศเป็นความผิดอาญาที่แตกต่างกันทำให้เกิดภาระเพิ่มขึ้นแก่กระบวนการยุติธรรมชั้นสอบสวนในการตัดสินใจว่าจะสอบสวนในความผิดฐานใด การมีความผิดฐานคุกคามทางเพศเพียงฐานเดียวที่ครอบคลุมวิธีการต่าง ๆ

¹⁰⁰ Chapter 4 § 7 “A person who physically molests or subjects another person to disturbing contacts or other reckless conduct, if the deed is suited to severely violate the person’s peace, shall be sentenced for molestation to a fine or imprisonment for a maximum of one year.”

¹⁰¹ Wegerstand, Linnea (เชิงอรรถ 99) 12.

¹⁰² Wegerstand, Linnea (เชิงอรรถ 99) 12-13.

ของการคุกคามทางเพศอาจเป็นวิธีที่แม่นยำกว่าในการแยกแยะพฤติกรรมที่สมควรได้รับการลงโทษออกจากพฤติกรรมที่เพียงแค่มิเหมาะสม¹⁰³

3.4 สาธารณรัฐอินเดีย

ในหัวข้อนี้ จะได้กล่าวถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานคุกคามทางเพศที่ปรากฏในกฎหมายอินเดีย ดังนี้

3.4.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาแห่งอินเดีย ค.ศ. 1860 มาตรา 375 ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมด้วยกันทั้งสิ้น 3 ครั้ง ได้แก่ พ.ศ. 2526 (ค.ศ. 1983) พ.ศ. 2556 (ค.ศ. 2013) และ พ.ศ. 2561 (ค.ศ. 2018) การแก้ไขเมื่อ พ.ศ. 2556 (ค.ศ. 2013) น่าจะถือได้ว่าเป็นการแก้ไขครั้งที่สำคัญที่สุด โดยมีที่มาจากเหตุการณ์ Delhi gang rape case หรือคดี Nirbhaya เมื่อ พ.ศ. 2555 (ค.ศ. 2012) ซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่อื้อฉาวและโหดร้ายที่สุดเหตุการณ์หนึ่งในประวัติศาสตร์อินเดีย ทำให้เกิดการประท้วงของประชาชนทั่วประเทศ และทำให้เกิดการปฏิรูปกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศครั้งสำคัญ

เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ. 2555 หญิงสาวคนหนึ่ง อายุ 23 ปี มีอาชีพเป็นนักร้องกายภาพบำบัด ต่อมาได้รับการขนานนามว่า Nirbhaya ซึ่งแปลว่า “ปราศจากความกลัว” ได้ขึ้นรถประจำทางพร้อมกับเพื่อนผู้ชายคนหนึ่ง เพื่อจะกลับบ้านหลังจากไปดูหนังด้วยกัน ชาย 6 คน ซึ่งรวมถึงคนขับรถ เข้าทำร้ายเพื่อนของเธอและร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราเธอเป็นเวลายาวนานเกือบ 1 ชั่วโมง นอกจากนั้น เธอยังถูกทุบตีอย่างทรมาณด้วยแท่งเหล็ก ส่งผลให้ได้รับบาดเจ็บภายในอย่างรุนแรง สุดท้าย ทั้งสองคนถูกโยนออกจากรถประจำทางและถูกทิ้งไว้ข้างถนน หลังจากนั้น Nirbhaya ได้รับการรักษาที่โรงพยาบาลในกรุงเดลี แต่เนื่องจากอาการรุนแรง เธอจึงถูกส่งตัวไปรักษาในโรงพยาบาลในประเทศสิงคโปร์ในเวลาต่อมา และเสียชีวิตเมื่อวันที่ 29 ธันวาคม พ.ศ. 2555¹⁰⁴

ชายทั้ง 6 คนถูกจับและดำเนินคดี ชายคนขับรถฆ่าตัวตายระหว่างถูกขังระหว่างการพิจารณา ชาย 4 คน ถูกพิพากษาลงโทษประหารชีวิตในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานฆ่าผู้อื่น ชายอีกคนหนึ่ง ซึ่งในขณะที่กระทำความผิดอายุ 17 ปี ถูกดำเนินคดีตามกฎหมายเยาวชน และต้องคำพิพากษาให้รับโทษจำคุกเป็นเวลา 3 ปีในสถานพินิจ ซึ่งเป็นโทษสูงสุดตามกฎหมายสำหรับผู้เยาว์¹⁰⁵

เหตุการณ์ครั้งนี้ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสำคัญหลายประการในกฎหมายอินเดียที่เกี่ยวข้องกับการใช้ความรุนแรงทางเพศ คณะกรรมการ Justice Verma (Justice Verma Committee) ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อให้คำแนะนำในการแก้ไขกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการใช้ความรุนแรงทางเพศ และในที่สุด นำมาซึ่งการตรากฎหมาย Criminal Law (Amendment) Act 2013 ทำให้ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราครอบคลุม

¹⁰³ Wegerstand, Linnea (เชิงอรรถ 99) 14.

¹⁰⁴ “Nirbhaya case: Four Indian men executed for 2012 Delhi bus rape and murder” (bbc, 20 March 2020) <<https://www.bbc.com/news/world-asia-india-51969961>> accessed 25 November 2024.

¹⁰⁵ “Nirbhaya case: Four Indian men executed for 2012 Delhi bus rape and murder” (bbc, 20 March 2020) <<https://www.bbc.com/news/world-asia-india-51969961>> accessed 25 November 2024.

ยิ่งขึ้น กล่าวคือ สิ่งที่ใช้ล้วงล้ำหรือสอดใส่อาจเป็นใช้สิ่งของหรืออวัยวะอื่นก็ได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศชายแต่เพียงประการเดียว และอวัยวะที่ถูกกระทำต่อ ก็อาจเป็นท่อน้ำนม ทวารหนัก หรือช่องปากของหญิงก็ได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นช่องคลอดของหญิงแต่เพียงประการเดียว นอกจากนี้ ยังมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอัตราโทษให้รุนแรงขึ้น เช่น กำหนดโทษประหารชีวิตสำหรับผู้กระทำความผิดซ้ำ¹⁰⁶

มาตรา 375 บัญญัติว่า

Rape -- A man is said to commit "rape" if he--

(a) penetrates his penis, to any extent, into the vagina, mouth, urethra or anus of a woman or makes her to do so with him or any other person; or

(b) inserts, to any extent, any object or a part of the body, not being the penis, into the vagina, the urethra or anus of a woman or makes her to do so with him or any other person; or

(c) manipulates any part of the body of a woman so as to cause penetration into the vagina, urethra, anus or any part of body of such woman or makes her to do so with him or any other person; or

(d) applies his mouth to the vagina, anus, urethra of a woman or makes her to do so with him or any other person,

under the circumstances falling under any of the following seven descriptions:

First Against her will.

Secondly Without her consent.

Thirdly With her consent, when her consent has been obtained by putting her or any person in whom she is interested, in fear of death or of hurt.

Fourthly With her consent, when the man knows that he is not her husband and that her consent is given because she believes that he is another man to whom she is or believes herself to be lawfully married.

Fifthly With her consent when, at the time of giving such consent, by reason of unsoundness of mind or intoxication or the administration by him personally or through another of any stupefying or unwholesome substance, she is unable to understand the nature and consequences of that to which she gives consent.

Sixthly With or without her consent, when she is under eighteen years of age.

Seventhly When she is unable to communicate consent.

¹⁰⁶ Agrahari, Pragma, "Criminal Law (Amendment) Act 2013 (iPleaders, 9 August 2022) <<https://blog.ipleaders.in/criminal-law-amendment-act-2013/#Rape/>> accessed 25 November 2024.

จะเห็นได้ว่า การข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอินเดียจะต้องเป็นการกระทำโดยผู้กระทำความผิดที่เป็นชาย และผู้ถูกกระทำต้องเป็นหญิงเท่านั้น โดยอาจแบ่งออกได้เป็นการที่ชาย¹⁰⁷

- 1) ใช้อวัยวะเพศของตนสอดใส่หรือล่วงล้ำช่องคลอด ท่อปัสสาวะ ทวารหนัก หรือช่องปากของหญิง
- 2) ใช้วัตถุหรืออวัยวะส่วนอื่นที่มีใช้อวัยวะเพศชายล่วงล้ำช่องคลอด ท่อปัสสาวะ ทวารหนักของหญิง
- 3) ใช้วัตถุหรืออวัยวะส่วนอื่นส่วนอื่นของหญิงล่วงล้ำช่องคลอด ท่อปัสสาวะ ทวารหนัก หรืออวัยวะส่วนหนึ่งส่วนใดของหญิง

4) ใช้ปากกับช่องคลอด ท่อปัสสาวะ หรือทวารหนักของหญิง หรือ

5) บังคับให้หญิงกระทำการดังกล่าวตามข้อ 1) ถึง 4) กับผู้กระทำหรือกับบุคคลอื่น

คำว่า “ชาย” และ “หญิง” ตามกฎหมายอินเดียนั้นมีความหมายถึงชายโดยกำเนิดและหญิงโดยกำเนิดเท่านั้น ดังนั้น การข่มขืนกระทำชำเราที่ผู้กระทำเป็นชายที่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศมา หรือการข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศมา จึงไม่เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา เป็นได้แต่เพียงความผิดฐานร่วมประเวณีอย่างผิดธรรมชาติ (unnatural offences) ตามมาตรา 377¹⁰⁸ เท่านั้น

นอกจากนั้น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนความประสงค์ของผู้ถูกกระทำ มีการใช้กำลังบังคับ มีการทำร้าย ข่มขู่บังคับ หรือหลอกลวง หรือฝ่ายหญิงผู้ถูกกระทำตกอยู่ในสถานการณ์ที่ไม่อาจให้ความยินยอมได้ เช่น หมดสติ อยู่ในอาการมึนเมา หรือเป็นผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 18 ปี โดยความผิดสำเร็จทันทีที่มีการสอดใส่โดยอวัยวะเพศชาย มิจำเป็นต้องมีการร่วมเพศโดยสมบูรณ์

การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภริยาตามกฎหมายอินเดียจะเป็นความผิดอาญาที่ต่อเมื่อภริยามีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไปเท่านั้น

3.4.2 ความผิดฐานคุกคามทางเพศ

การคุกคามทางเพศเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย มาตรา 354A ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมเข้ามาในประมวลกฎหมายอาญาเมื่อ พ.ศ. 2556 (ค.ศ. 2013) ด้วยผลของ Criminal Law (Amendment) Act 2013 ซึ่งออกมาบังคับใช้เพื่อทำให้การปกป้องสิทธิของผู้หญิงเข้มแข็งขึ้นภายหลังจากที่เกิดเหตุการณ์ Delhi gang rape case หรือคดี Nirbhaya เมื่อ พ.ศ. 2555 (ค.ศ. 2012) ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว และทำให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดเกี่ยวกับเพศฐานใหม่ ๆ เช่น การสะกดรอยตาม (stalking) การถ่มอ้วก การโจมตีด้วยน้ำกรด และการคุกคามทางเพศ

¹⁰⁷ Biswakarma, Sushant, “Indian Rape Laws in a Nutshell” (iPleaders, 19 August 2020) <<https://blog.iplayers.in/indian-rape-laws-nutshell/>> accessed 25 November 2024; อัครินทร์ ธนนธิฉัตร (เชิงอรธ 85) 59.

¹⁰⁸ Section 377 Unnatural offences – Whoever voluntarily has carnal intercourse against the order of nature with any man, woman or animal, shall be punished with imprisonment for life, or with imprisonment of either description for a term which may extend to ten years, and shall also be liable to fine.

มาตรา 354A บัญญัติว่า

Sexual harassment and punishment for sexual harassment -- (1) A man committing any of the following acts--

(i) physical contact and advances involving unwelcome and explicit sexual overtures; or

(ii) a demand or request for sexual favours; or

(iii) showing pornography against the will of a woman; or

(iv) making sexually coloured remarks,

shall be guilty of the offence of sexual harassment.

(2) Any man who commits the offence specified in clause (i) or clause (ii) or clause (iii) of sub-section (1) shall be punished with rigorous imprisonment for a term which may extend to three years, or with fine, or with both.

(3) Any man who commits the offence specified in clause (iv) of sub-section (1) shall be punished with imprisonment of either description for a term which may extend to one year, or with fine, or with both.

จะเห็นได้ว่า การกระทำที่เป็นการคุกคามทางเพศ ได้แก่ ความประพฤติในทางเพศที่ไม่พึงประสงค์ การร้องขอหรือการช่วยเหลือทางเพศ การพูดหรือแสดงความคิดเห็นในเรื่องทางเพศ รวมถึงการแสดงภาพลามกอนาจารให้แก่หญิงโดยฝ่าฝืนความประสงค์ของหญิงนั้น

นอกจากนั้น การคุกคามทางเพศยังอาจปรับเป็นความผิดฐานกล่าวคำพูด แสดงออกถึงท่าทาง หรือการกระทำที่มีเจตนาจะดูหมิ่นหรือทำลายศักดิ์ศรีของผู้หญิงตามมาตรา 509 ได้

บทที่ 4 บทวิเคราะห์

ในบทนี้ จะได้วิเคราะห์เปรียบเทียบบทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับความผิดทางเพศ กับ ประเด็นตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ.

4.1 ความหมายของคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา”

จากการที่ได้ศึกษากฎหมายต่างประเทศทั้ง 4 ประเทศเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เห็นควร แยกประเด็นวิเคราะห์ออกเป็นประเด็นย่อย ดังต่อไปนี้

4.1.1 ขอบเขตของอวัยวะเพศ

การสอดใส่หรือล่วงล้ำโดยอวัยวะเพศซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอกประการสำคัญของการกระทำ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จำกัดอยู่แต่เพียงอวัยวะเพศโดยกำเนิดหรือไม่นั้น กฎหมายของประเทศ ตะวันตก 3 ประเทศ ได้แก่ เยอรมนี อังกฤษและเวลส์ รวมถึงสวีเดนนั้น มีขอบเขตที่เหมือนกัน กล่าวคือ ใน กฎหมายเยอรมัน มีคำอธิบายปรากฏชัดเจนว่า การมีเพศสัมพันธ์เกิดขึ้นเมื่ออวัยวะเพศของชายสอดใส่หรือ ล่วงล้ำเข้าไปในบริเวณปากช่องคลอดของหญิง โดยไม่ต้องคำนึงว่าอวัยวะเพศที่ใช้ในการมีเพศสัมพันธ์นั้นจะ เป็นอวัยวะที่มีมาตั้งแต่เกิด หรือเพิ่งมีเพราะได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ สำหรับประเทศอังกฤษและเวลส์ ได้มี การบัญญัติเอาไว้ชัดเจนในดับทกฎหมายเลยทีเดียวว่า อวัยวะเพศตามความหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วย ความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 ไม่จำกัดอยู่แต่เพียงอวัยวะเพศกำเนิดเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงอวัยวะ เพศเทียมซึ่งผ่านการบวนการผ่าตัดแปลงเพศด้วยเทคโนโลยีทางการแพทย์ด้วย ทั้งนี้ตามมาตรา 79 (3) สำหรับกฎหมายสวีเดนนั้น ก็ปรากฏคำอธิบายชัดเจนว่า ผู้ที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศมาแล้วสามารถเป็น ผู้กระทำความผิดและเป็นผู้ถูกกระทำฐานข่มขืนกระทำชำเราได้เช่นเดียวกับบุคคลที่เป็นชายและหญิงโดยกำเนิด

อย่างไรก็ตาม สำหรับประเทศอื่นเดียนั้น มีหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้แตกต่างกันออกไป การข่มขืนกระทำชำเรา โดยผู้กระทำที่เป็นชายแปลงเพศ หรือการข่มขืนกระทำชำเราหญิงแปลงเพศ ไม่เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา เป็นได้แต่เพียงความผิดฐานร่วมประเวณีอย่างผิดธรรมชาติเท่านั้น

ส่วนประเด็นที่ว่าอวัยวะเพศหมายรวมถึงอวัยวะเพศเทียมที่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศด้วยหรือไม่นั้น เนื่องจากกฎหมายไทยมิได้กล่าวถึงอวัยวะเพศเทียมเอาไว้แต่อย่างใด จึงมีการตีความว่า การล่วงล้ำด้วยอวัยวะ เพศชายเทียมและการที่อวัยวะเพศหญิงเทียมถูกล่วงล้ำ ไม่อาจเป็นการข่มขืนกระทำชำเราได้¹⁰⁹ โดยมีการอ้าง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524¹¹⁰ มาสนับสนุน ทั้ง ๆ ที่คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้มีได้วินิจฉัยเรื่องอวัยวะเพศ โดยตรง แต่วินิจฉัยเรื่องสิทธิขอเปลี่ยนแปลงเพศ จึงไม่น่าเป็นเหตุผลสนับสนุนที่หนักแน่นได้ ประเด็นปัญหานี้

¹⁰⁹ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ และกิตติบดี ไยพล, *สังคัมกับกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 9, วิญญูชน 2566) 215-216.

¹¹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 ผู้ร้องเป็นชายโดยกำเนิด แม้จะได้รับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศเป็นหญิง แล้วก็ตาม แต่ก็ไม่มีกฎหมายรับรองให้สิทธิผู้ร้องที่จะขอเปลี่ยนแปลงเพศที่ถือกำเนิดมาได้ ทั้งมิใช่เป็นกรณีที่ผู้ร้องจะต้องใช้ สิทธิทางศาลตามกฎหมาย ฉะนั้น ผู้ร้องจะขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ร้องเปลี่ยนเพศมาเป็นหญิงไม่ได้

แสดงให้เห็นได้ชัดเจนว่า บทบัญญัติคำว่า “กระทำซ้ำเรา” ตามประมวลกฎหมายอาญาไทยยังขาดตกบกพร่องและไม่ครอบคลุม เมื่อความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง และการถูกล่วงล้ำด้วยอวัยวะเพศชายเทียมหรือการที่อวัยวะเพศหญิงเทียมถูกล่วงล้ำก็ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิดังกล่าวโดยที่มีอาจปฏิเสธได้ กรณีจึงควรแก้ไขเพิ่มเติมนิยามศัพท์โดยกำหนดให้คำว่า “อวัยวะเพศ” หมายถึง อวัยวะเพศเทียมที่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศมาแล้วด้วย โดยอาจเป็นการกำหนดเป็นมาตรา 1 (18) วรรคสอง ได้

อนึ่ง กฎหมายเยอรมันมิได้แก้ปัญหานี้ด้วยการแก้ไขกฎหมายแต่อย่างใด เนื่องจากกฎหมายเยอรมันใช้ถ้อยคำกว้าง ๆ ว่า “การมีเพศสัมพันธ์” แล้วเปิดช่องทางให้ฝ่ายศาลและฝ่ายตำราตีความกฎหมายผ่านคำพิพากษาและผ่านตำรากฎหมายต่าง ๆ

4.1.2 การล่วงล้ำหรือสอดใส่ด้วยอวัยวะอื่นหรือสิ่งของอย่างอื่น

สำหรับประเด็นการล่วงล้ำหรือสอดใส่ด้วยอวัยวะอื่นหรือสิ่งของอย่างอื่น ประเทศตะวันตกทั้ง 3 ประเทศที่ทำการศึกษามีรายละเอียดที่แตกต่างกัน ในกฎหมายเยอรมัน มีคำอธิบายปรากฏชัดเจนว่า การใช้ริมฝีปากหรือลิ้นก็อาจมีการสอดใส่เกิดขึ้นได้หากว่าริมฝีปากหรือลิ้นนั้นล่วงล้ำเข้าไปในบริเวณปากช่องคลอดแล้ว จึงอาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราได้ การล่วงล้ำด้วยสิ่งของเข้าไปในช่องคลอดหรือรูทวารก็อยู่ในขอบเขตการข่มขืนกระทำซ้ำเรา แต่การล่วงล้ำด้วยสิ่งของเข้าไปในช่องปากไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่มีความเชื่อมโยงกับเรื่องทางเพศ จึงไม่เป็นการกระทำทางเพศและจึงไม่อาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราได้นอกจากนั้น การล่วงล้ำด้วยสารคัดหลั่ง ของเหลว หรือวัตถุอย่างอื่นที่มีลักษณะนุ่มก็เช่นเดียวกันก็เป็นการล่วงล้ำตามความหมายของกฎหมายเยอรมันได้ ส่วนการใช้นิ้วล่วงล้ำช่องคลอดและรูทวารถือเป็นการข่มขืนกระทำซ้ำเรา แต่การใช้นิ้วสอดใส่เข้าไปในช่องปากไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่มีความเชื่อมโยงกับเรื่องทางเพศ

อวัยวะ/สิ่งของที่ใช้ล่วงล้ำ	อวัยวะที่ถูกล่วงล้ำ	เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราหรือไม่
ริมฝีปากหรือลิ้น	ช่องคลอดหรือรูทวาร	เป็น
ริมฝีปากหรือลิ้น	ช่องปาก	ไม่เป็น
สิ่งของ	ช่องคลอดหรือรูทวาร	เป็น
สิ่งของ	ช่องปาก	ไม่เป็น
สารคัดหลั่ง ของเหลว หรือวัตถุ อย่างอื่นที่มีลักษณะนุ่ม	ช่องคลอดหรือรูทวารหรือ ช่องปาก	เป็น

สำหรับอังกฤษและเวลส์ การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราจะต้องเป็นการล่วงล้ำด้วยอวัยวะเพศชายเท่านั้น โดยกระทำต่อช่องคลอด รูทวาร หรือช่องปาก ส่วนการล่วงล้ำด้วยอวัยวะอื่นหรือด้วยสิ่งของอย่างอื่น ต่อช่องคลอดหรือทวารหนัก จะปรับบทเป็นความผิดฐานทำร้ายด้วยการสอดใส่

ในประเทศสวีเดน แม้การมีเพศสัมพันธ์ที่เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จะหมายถึงการสอดใส่หรือล่วงล้ำช่องคลอดด้วยอวัยวะเพศชายเท่านั้น แต่การสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปใน รูทวารหรือช่องปาก หรือการสอดใส่ด้วยสิ่งของหรืออวัยวะส่วนอื่นของร่างกาย ก็ถือเป็นการกระทำทางเพศอื่น ซึ่งเข้าองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้เช่นกัน

สำหรับประเทศอินเดีย แม้การใช้วัตถุหรืออวัยวะส่วนอื่น ล่วงล้ำช่องคลอด ท่อปัสสาวะ ทวารหนัก จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ แต่กฎหมายอินเดียมองว่า ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ต้องเป็นชายเท่านั้น และผู้ถูกระทำก็ต้องเป็นหญิงเท่านั้น

ในประเด็นนี้ หากมองเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย โดยพิจารณาถ้อยคำว่า “กระทำชำเรา” ที่ปรากฏ ในมาตรา 1 (18) ที่แก้ไขเพิ่มเติมและใช้บังคับมาตั้งแต่ พ.ศ. 2562 จะพบว่า ผู้กระทำความผิดฐานนี้เป็นได้แต่ เพียงชายเท่านั้น และผู้ถูกระทำความผิดก็เป็นได้แต่เพียงหญิงเท่านั้น หากหญิงใช้อวัยวะอื่น เช่น นิ้วมือ หรือ ใช้สิ่งของล่วงล้ำทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำที่เป็นชาย หญิงนั้นจะไม่มี ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่จะไปผิดฐานกระทำอนาจารบทหนัก หรือที่เรียกกันว่า “อนาจารโดยการล่วงล้ำ” แทน ปัญหานี้แสดงให้เห็น ถึงความไม่เสมอภาคทางเพศระหว่างชายกับหญิง เพราะเป็นการทำให้การล่วงล้ำผู้ถูกระทำที่เป็นชายถูกมอง ว่ารุนแรงน้อยกว่าการล่วงล้ำผู้ถูกระทำที่เป็นหญิง หรืออาจถึงขนาดที่ว่าผู้ถูกระทำที่เป็นชายไม่อาจถูกข่มขืน กระทำชำเราได้ตามความหมายของกฎหมาย ซึ่งไม่น่าจะใช่มุมมองที่ถูกต้อง ดังนั้น จึงควรมีการแก้ไขกฎหมาย เพื่อกำหนดให้วัตถุแห่งการกระทำความผิดรวมถึงอวัยวะอื่นหรือวัตถุอย่างอื่นด้วย¹¹¹ ด้วยเหตุนี้เอง ความหมาย ของคำว่า “กระทำชำเรา” ที่ปรากฏในร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. จึงยังไม่ครอบคลุมและเป็นไปตามข้อเสนอแนะนี้ เห็นควรเพิ่มเติมคำว่า “อวัยวะอื่น”

นอกจากนั้น ยังมีประเด็นที่เป็นรายละเอียดอีกบางกรณีที่ศาลไทยอาจยังไม่มีโอกาสได้ตัดสินและ นักวิชาการไทยอาจยังไม่ได้ถกเถียงกันมากนัก เช่น กรณีการใช้ลิ้นหรือใช้ของเหลวล่วงล้ำจะถือว่าเป็นการ ล่วงล้ำทุกกรณีหรือไม่ ก็น่าจะเป็นประเด็นที่ควรจะได้ถกเถียงกันเพื่อหาคำตอบต่อไป

4.1.3 การใช้ร่างกายของบุคคลอื่นเป็นเครื่องมือ

ในประเด็นเกี่ยวกับการบังคับให้ผู้ถูกระทำล่วงล้ำหรือสอดใส่ตัวผู้กระทำ หรือการบังคับให้บุคคลที่สาม ล่วงล้ำหรือสอดใส่ผู้ถูกระทำหรือบังคับให้ผู้ถูกระทำล่วงล้ำหรือสอดใส่บุคคลที่สามนั้น จากประเทศที่ศึกษา ทั้ง 4 ประเทศ จะพบว่า กฎหมายเยอรมันน่าจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับประเด็นนี้ที่ครอบคลุมที่สุด กล่าวคือ กล่าวถึงทั้งการใช้ผู้ถูกระทำเป็นเครื่องมือกระทำต่อผู้กระทำหรือต่อบุคคลที่สาม และใช้บุคคลที่สาม เป็นเครื่องมือกระทำต่อผู้ถูกระทำ และยังครอบคลุมไปถึงการบังคับให้ผู้ถูกระทำช่วยตัวเองโดยการสอดใส่ ต่อหน้าผู้กระทำด้วย ในประเทศสวีเดน มีบทบัญญัติที่ครอบคลุมในลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือ การข่มขืนกระทำชำเรารวมถึงกรณีที่ผู้ถูกระทำถูกบังคับให้ช่วยตัวเองหรือถูกบังคับให้กระทำการ ทางเพศกับบุคคลที่สามด้วย ส่วนกฎหมายที่ใช้บังคับในอังกฤษและเวลส์ แม้จะมีความผิดฐานก่อให้เกิดผู้อื่น กระทำการทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอม ที่กำหนดให้การใช้ร่างกายของผู้ถูกระทำเป็นเครื่องมือในการ

¹¹¹ โปรดคู อัครินทร์ ธนนธินันท์ (เชิงอรธ 85) 71.

สนองความใคร่ของผู้กระทำเป็นความผิดด้วย แต่ความผิดฐานนี้ก็ไม่ครอบคลุมไปถึงการใช้บุคคลที่สามเป็นเครื่องมือแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม สำหรับประเทศอินเดียนั้น กฎหมายอาญาที่ใช้บังคับอยู่มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายไทย ในประเด็นนี้ กล่าวคือ ความผิดฐานกระทำชำเรายังไม่ครอบคลุมถึงการที่ผู้กระทำใช้ผู้ถูกกระทำให้ล้วงล้าหรือสอดใส่หรือใช้บุคคลที่สามให้ล้วงล้าหรือสอดใส่เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำเองเป็นความผิด หากได้ยอมรับแล้วว่าการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราคือการทำร้ายสิทธิในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง การที่ผู้กระทำใช้ผู้ถูกกระทำหรือใช้บุคคลที่สามเป็นเครื่องมือ จึงย่อมจะเป็นการทำร้ายสิทธิดังกล่าว การกระทำนั้นจึงสมควรปรับบทเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วย

ส่วนในร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ปรากฏจาก คำนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ว่า ประสงค์ให้ครอบคลุมไปถึงกรณีที่ผู้กระทำใช้ผู้ถูกกระทำเป็นเครื่องมือในการสนองความใคร่ของตนเองด้วยการล้วงล้าด้วย ซึ่งนับเป็นเรื่องที่ดี แต่การเลือกใช้ถ้อยคำอาจทำให้เกิด ปัญหาในการตีความได้ นอกจากนี้ เพื่อให้บทบัญญัติคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกระทำได้ครอบคลุมยิ่งขึ้น จึงเห็น ควรบัญญัติให้ครอบคลุมไปถึงกรณีที่ผู้กระทำบังคับผู้ถูกกระทำให้ล้วงล้าบุคคลที่สาม หรือบังคับบุคคลที่สามให้ ล้วงล้าผู้ถูกกระทำด้วย ดังนี้

(18) “กระทำชำเรา” หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศหรืออวัยวะอื่นของผู้กระทำ หรือใช้สิ่งของอื่นใด ล้วงล้าอวัยวะ ทวารหนัก หรือช่องปาก ของผู้อื่น หรือบังคับให้ผู้อื่นกระทำการเช่นนั้นต่อตน และให้รวมถึงกรณีที่ผู้กระทำบังคับให้ ผู้ถูกกระทำใช้อวัยวะเพศหรืออวัยวะอื่นของผู้ถูกกระทำ หรือใช้สิ่งของอื่นใด ล้วงล้าอวัยวะ ทวาร หนัก หรือช่องปากของบุคคลที่สาม หรือบังคับให้บุคคลที่สามกระทำการเช่นนั้นต่อผู้ถูกกระทำ ด้วย

4.1.4 ขอบเขตของการล้วงล้า

สำหรับการล้วงล้าหรือสอดใส่ด้วยอวัยวะเพศ อวัยวะอื่น หรือสิ่งของอื่นนั้น ต้องล้วงล้าอย่างน้อยเพียงใด จึงจะถือว่าเป็นการล้วงล้าอันทำให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จลง เนื่องจากประเด็นนี้เป็นประเด็นที่ ลงรายละเอียดมากกว่า 3 ประเด็นก่อน ในการศึกษากฎหมายทั้ง 4 ประเทศนั้น จึงพบเอกสารทางวิชาการของ เพียง 2 ประเทศเท่านั้นที่พูดถึงประเด็นขอบเขตของการล้วงล้านี้

ศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ (Bundesgerichtshof - BGH) ตัดสินปัญหานี้ไว้เป็นบรรทัดฐานว่า การมี เพศสัมพันธ์เกิดขึ้นเมื่ออวัยวะเพศของชายสอดใส่หรือล้วงล้าเข้าไปในบริเวณปากช่องคลอดของหญิง (vulva/ Scheidenvorhof)¹¹² แต่แนวบรรทัดฐานนี้ถูกวิพากษ์วิจารณ์จากฝ่ายตำราว่า เป็นการเลื่อนจุดเวลาของการ บังคับใช้กฎหมายอาญาไปข้างหน้ามากเกินไป (Vorverlagerung der Strafbarkeit) เพราะบริเวณปากช่อง คลอดมิได้เป็นส่วนหนึ่งของอวัยวะเพศภายนอก ช่องคลอด (vagina) ต่างหากที่เป็นส่วนที่อยู่ด้านนอกสุดของ อวัยวะเพศหญิง ส่วนปากช่องคลอด หมายถึง บริเวณที่เล็กกว่าซึ่งถูกล้อมรอบด้วยแคมเล็กหรือแคม

¹¹² BGH, 26.07.1961 - 2 StR 204/60; BGH, 14.08.1990 - 1 StR 62/90; BGH, 25.10.2000 - 2 StR 242/00.

ในปากช่องคลอดเป็นบริเวณที่อยู่ระหว่างผิวหนังด้านนอกของร่างกายกับส่วนภายในของร่างกาย¹¹³ ส่วนกฎหมายอังกฤษ ได้มีการให้ความหมายว่า ช่องคลอด (vagina) รวมถึง vulva ด้วย¹¹⁴

ดังนั้น จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า ทั้งกฎหมายเยอรมัน กฎหมายอังกฤษและเวลส์ และกฎหมายสวีเดน มีการปรับใช้กฎหมายที่ต้องตรงกัน กล่าวคือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จทันทีที่มีการล่วงล้ำ แม้จะล่วงล้ำเข้าไปเพียงเล็กน้อยหรือหนึ่งองคุลี ก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จแล้ว¹¹⁵

4.2 การกำหนดให้การคุกคามทางเพศเป็นความผิดอาญา

4.2.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ

จากการที่ได้ศึกษากฎหมายต่างประเทศทั้ง 4 ประเทศเกี่ยวกับความผิดฐานคุกคามทางเพศ จะเห็นสถานการณ์ประการหนึ่งที่ตรงกัน ความผิดฐานคุกคามทางเพศเป็นเรื่องใหม่ ในเยอรมนี เพิ่งมีการตรากฎหมายว่าด้วยการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 50 เพิ่มความผิดฐานนี้เข้ามาในประมวลกฎหมายอาญาเมื่อ พ.ศ. 2559 (ค.ศ. 2016) นี้เอง ส่วนในอังกฤษและเวลส์ ก็เพิ่งมีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองจากคุกคามทางเพศในที่สาธารณะ ค.ศ. 2023 (Protection from Sex-based Harassment in Public Act 2023) ขึ้น เพื่อแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยความเป็นระเบียบในที่สาธารณะ ค.ศ. 1986 กำหนดความผิดฐานคุกคาม การทำให้ตกใจ หรือการทำให้เดือดร้อนโดยเจตนา (Intentional harassment, alarm or distress on account of sex) ขึ้นมาใหม่เป็นมาตรา 4B โดยพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้วเมื่อวันที่ 18 กันยายน พ.ศ. 2566 ยังรอเพียงแต่การประกาศใช้เท่านั้น ส่วนในประเทศสวีเดน ยังไม่มีความผิดฐานคุกคามทางเพศเป็นความผิดโดยเฉพาะเจาะจง แต่ก็สามารถนำฐานความผิดอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดพื้นที่ส่วนตัวมาปรับใช้ได้ โดยมีข้อเรียกร้องจากนักวิชาการให้มีการกำหนดความผิดฐานคุกคามทางเพศขึ้นมาโดยเฉพาะเจาะจง เพื่อการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ และประเทศอินเดีย ก็เพิ่งกำหนดให้การคุกคามทางเพศเป็นความผิดโดยเฉพาะเจาะจงเมื่อปี พ.ศ. 2556 (ค.ศ. 2013) สืบเนื่องจากเหตุการณ์สะเทือนขวัญในประเทศ

เมื่อพิจารณาด้วยทฤษฎีของทั้ง 3 ประเทศที่กำหนดให้การคุกคามทางเพศเป็นความผิดโดยเฉพาะเจาะจงแล้ว จะพบว่า ความผิดฐานคุกคามทางเพศตามกฎหมายอินเดียน่าจะมีลักษณะกว้างขวางที่สุด กล่าวคือ กำหนดแต่เพียงองค์ประกอบภายนอกที่เป็นการกระทำเท่านั้น โดยไม่กำหนดองค์ประกอบภายในที่เป็นผลของการกระทำความผิดแต่อย่างใด ดังนั้น เพียงแค่กระทำการตามที่กฎหมายบัญญัติโดยมีเจตนา ก็จะเป็นความผิดฐานคุกคามทางเพศทันที และการกระทำที่กำหนดเป็นความผิดก็รวมถึงการกระทำด้วยวาจาด้วย ดังนั้น การฉีกปากแซว หรือตะโกนแซวเกี่ยวกับเพศ ก็เป็นความผิดแล้ว ส่วนกฎหมายของประเทศเยอรมนีและของอังกฤษและเวลส์ นอกจากจะกำหนดองค์ประกอบภายนอกที่เป็นการกระทำแล้ว ยังกำหนด

¹¹³ Hörnle, Tatjana (เชิงอรรถ 8) §177, Rn. 232.

¹¹⁴ นงศิรินารถ กุศลวงษ์, “ประสบการณ์ทางความคิดเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายอังกฤษ” (2557) 2 วารสารกระบวนการณ์นิติธรรม 45, 47.

¹¹⁵ โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509 และ 4042/2534.

องค์ประกอบภายนอกที่เป็นผลของการกระทำความผิดด้วย ดังนั้น จึงต้องเกิดผลตามที่กฎหมายบัญญัติเสียก่อน จึงจะเป็นความผิดสำเร็จ และเมื่อกรณีเป็นความผิดที่ต้องการผล ก็ต้องปรากฏความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลตามทฤษฎีเงื่อนไข (Theory of Conditions) ด้วย อย่างไรก็ตาม แม้แต่ในกฎหมายเยอรมันก็ยิ่งปรากฏข้อถกเถียงกันในองค์ประกอบข้อนี้ว่า ความเดือดร้อนรำคาญจะต้องพิจารณาจากมุมมองเช่นไร มุมมองในทางอัตวิสัยหรือในทางภาวะวิสัย นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตอีกประการหนึ่งที่ควรกล่าวถึง คือกฎหมายเยอรมันเป็นกฎหมายเดียวที่ไม่บัญญัติให้การกระทำด้วยวาจาสามารถปรับบทเป็นการคุกคามทางเพศได้ ต้องเป็นการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายเท่านั้น

ประเทศ	องค์ประกอบภายนอก			องค์ประกอบภายใน
เยอรมนี	การสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย	ในลักษณะที่แสดงออกถึงเรื่องทางเพศ	ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญทางเพศ	โดยเจตนา
อังกฤษและเวลส์	กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ - ใช้คำพูดหรือพฤติกรรมที่เป็นการข่มขู่ ดูหมิ่น หรือเป็นการสบประมาท หรือ - มีพฤติกรรมที่ไม่เป็นระเบียบเรียบร้อย หรือแสดงข้อความเครื่องหมาย หรือสิ่งที่ปรากฏให้เห็นซึ่งมีลักษณะเป็นการข่มขู่ ดูหมิ่น หรือเป็นการสบประมาท	เพราะต้องการมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลที่เกี่ยวข้อง	ส่งผลให้บุคคลนั้นหรือบุคคลอื่นเกิดความคุกคาม ความตกใจ หรือความทุกข์ใจ	โดยเจตนา
อินเดีย	กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ - สัมผัสทางร่างกายและการแสดงท่าทีที่เกี่ยวข้องกับการยั่วเย้าทางเพศอย่างไม่พึงประสงค์และชัดเจน - เรียกร้องหรือขอความโปรดปรานทางเพศ - แสดงสื่อลามกโดยที่หญิงไม่ยินยอม - พูดหรือแสดงความคิดเห็นที่มีนัยทางเพศ			โดยเจตนา

4.2.2 วิเคราะห์บทบัญญัติในร่างพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ...

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับความผิดฐานคุกคามทางเพศที่ปรากฏในร่างพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ทั้ง 2 ฉบับแล้ว จะพบว่า

ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ที่เสนอโดยนายอนุทิน ชาญวีรกูล และคณะ บัญญัติความผิดฐานคุกคามทางเพศไว้เป็นมาตรา 284/1 โดยบัญญัติบทนิยามไว้ในวรรคสอง และมีบทเพิ่มโทษกรณีกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งมีใช้ภรรยาหรือสามีของตนบัญญัติไว้ในวรรคสาม ทั้งยังมีมาตรา 284/2 เป็นเหตุเพิ่มโทษเนื่องจากผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำ โดยร่างพระราชบัญญัตินี้ บัญญัตินิยามคำว่า “การคุกคามทางเพศ” เอาไว้ว่า

การคุกคามทางเพศตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำไม่ว่าโดยทางกาย วาจา การส่งเสียง การแสดงอาการปฏิกิริยาท่าทาง การแสดง หรือสื่อสารด้วยวิธีการใด ไม่ว่าจะกระทำต่อหน้าหรือกระทำการสื่อสารที่สื่อไปในทางเพศ เป็นเหตุผู้อื่นได้รับความเดือดร้อนรำคาญ อับอาย หรือถูกเหยียดหยาม รวมถึงการติดตามรังควาน หรือการกระทำใดที่อาจก่อให้เกิดความไม่ปลอดภัยทางเพศต่อผู้อื่น

เมื่อพิจารณานิยามข้างต้นแล้วจะพบว่า องค์ประกอบภายนอกในส่วนการกระทำมีการใช้ถ้อยคำที่ฟุ่มเฟือยและซ้ำซ้อน เสนอให้ใช้ถ้อยคำให้สั้นและกระชับ โดยอาจใช้คำว่า “การกระทำไม่ว่าด้วยการเคลื่อนไหวร่างกาย ด้วยวาจา หนังสือ หรือวิธีการอื่นใด”

ส่วนถ้อยคำว่า “ไม่ว่าจะกระทำต่อหน้าหรือกระทำการสื่อสารที่สื่อไปในทางเพศ” เป็นถ้อยคำที่มีลักษณะกำกวม ยากแก่การปรับบท อาจเข้าใจไปได้ว่า หากกระทำต่อหน้า ก็ไม่จำเป็นต้องเป็นการสื่อสารที่สื่อไปในทางเพศ เพราะกฎหมายใช้คำว่า “หรือ” ซึ่งไม่น่าจะตรงตามเจตนารมณ์ของผู้เสนอร่างพระราชบัญญัติฯ

สำหรับองค์ประกอบในส่วนผลของการกระทำ ได้แก่ ความเดือดร้อนรำคาญ อับอาย หรือถูกเหยียดหยาม อย่างไรก็ตาม ในตอนท้ายของนิยาม บทบัญญัติกลับมาพูดถึงองค์ประกอบนอกที่เป็นการกระทำอีกครั้ง กล่าวคือ การติดตามรังควานหรือการกระทำอื่นใด และบัญญัติผลของการกระทำเอาไว้เพิ่มเติมอีก คือ ความไม่ปลอดภัยทางเพศต่อผู้อื่น บทบัญญัติที่มีลักษณะฟุ่มเฟือย ไม่มีโครงสร้างที่ชัดเจนเช่นนี้ อาจทำให้การปรับบทกฎหมายกว้างไปกว้างมา ไม่ได้ผลตามที่ต้องการ

ส่วนร่างพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ที่เสนอโดยนางสาวภคมน หนูอนันต์ และคณะ บัญญัติความผิดฐานคุกคามทางเพศไว้ในมาตรา 279/1 และ 279/2 โดยบัญญัติความหมายของการคุกคามทางเพศเอาไว้ในมาตรา 1 (18) ว่า

“คุกคามทางเพศ” หมายความว่า เป็นการกระทำอันมีลักษณะสื่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ หรือการกระทำอันไม่พึงปรารถนาทางเพศ โดยการร้องขอที่ไม่พึงปรารถนาเพื่อความต้องการทางเพศ ต่อผู้คุกคาม หรือการรังแก ข่มเหง หรือการกระทำอื่นที่ไม่พึงปรารถนาอันเกี่ยวกับเรื่องทางเพศที่เกี่ยวข้องกับผู้ถูกคุกคาม ซึ่งในสถานการณ์นั้น ๆ บุคคลทั่วไปอาจ

คาดหมายได้ว่า เป็นการคุกคามผู้ถูกระทำ ทำให้ผู้ถูกระทำอับอาย เสื่อมเสียเกียรติ หรือทำให้ผู้ถูกระทำกลัว

บทบัญญัตินี้อีกเช่นกันที่มีลักษณะคลุมเครือและใช้ถ้อยคำฟุ่มเฟือย และไม่มีโครงสร้างที่ชัดเจน มีการบัญญัติผลของการกระทำความผิดเอาไว้ในความหมายของคำว่า “คุกคามทางเพศ” ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอกส่วนการกระทำ

เมื่อหันมาพิจารณามาตรา 279/1 ก็จะพบองค์ประกอบที่เป็นผลของการกระทำความผิดอีก ทั้งยังพบเจตนาพิเศษ “เพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ด้วย โดยบทบัญญัติให้เลือกระหว่างเจตนาพิเศษ “เพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” กับผลของการกระทำความผิด “ทำให้รู้สึกไม่ปรารถนา” ซึ่งไม่น่าจะเป็นไปตามความต้องการของผู้เสนอร่างพระราชบัญญัติฯ นี้

ประเด็นสุดท้ายที่จะไม่พิจารณาไม่ได้ คือ การกำหนดให้การคุกคามทางเพศเป็นความผิดอาญาเป็นประเด็นที่มีข้อถกเถียง มีทั้งฝ่ายที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วย ในเยอรมนี มาตรา 184i ความผิดฐานคุกคามทางเพศไม่ได้ปรากฏในร่างกฎหมายของคณะรัฐมนตรีที่เสนอเข้าสู่สภา Bundestag เลยเสียด้วยซ้ำ แต่เมื่อปรากฏเหตุการณ์คืนสงฆ์ปีเก่า พ.ศ. 2558 (ค.ศ. 2015) ที่เมืองโคโลญจน์ จึงได้มีการบรรจุมาตรา 184i และมาตรา 184j เพิ่มเข้าไปในวาระการประชุม และสมาชิกสภา Bundestag ลงคะแนนเสียงผ่านบทบัญญัติทั้ง 2 มาตรการ โดยไม่มีสมาชิกคนใดลุกขึ้นอภิปรายแต่อย่างใด¹¹⁶

แม้กฎหมายจะมีผลใช้บังคับมาเป็นเวลาเกือบ 8 ปีแล้ว แต่ในทางวิชาการ ก็ยังมีข้อถกเถียงกันว่า ความผิดฐานคุกคามทางเพศตามมาตรา 184i นี้ จำเป็นหรือไม่ ฝ่ายที่เห็นด้วยกับความผิดฐานนี้มองว่ากฎหมายอาญาที่ใช้บังคับอยู่ก่อนปี พ.ศ. 2559 (ค.ศ. 2016) มีช่องว่างของกฎหมายเนื่องจากไม่สามารถเอาผิดการกระทำทางเพศที่ไม่รุนแรงถึงขนาดได้ เช่น การจับหน้าอกแบบผ่าน ๆ หรือการตีกันแบบเร็ว ๆ ส่วนฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยมองว่า กฎหมายอาญามีช่องว่างของกฎหมายก็จริง แต่ช่องว่างของกฎหมายนี้เกิดจากความตั้งใจและยอมรับได้ เฉพาะแต่เพียงการกระทำที่ร้ายแรงและก่อให้เกิดอันตรายโดยชัดแจ้งเท่านั้นที่รัฐจะกำหนดให้เป็นความผิดอาญา การละเมิดสิทธิทางเพศเพียงเล็กน้อย ซึ่งรวมถึงการคุกคามทางเพศด้วย แม้จะเข้าลักษณะการกระทำทางเพศ แต่ไม่รุนแรงถึงขนาด กฎหมายอาญาจึงเลือกที่จะไม่คุ้มครองสิทธิของผู้ถูกระทำ โดยเฉพาะเจาะจง แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าผู้กระทำความผิดจะไม่ถูกลงโทษ ยังมีความผิดฐานดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทที่สามารถนำมาปรับใช้ได้ นักวิชาการฝ่ายหลังนี้ย้ำเตือนถึงหลักกฎหมายอาญาต้องใช้เป็นหนทางสุดท้าย การกำหนดความผิดอาญาขึ้นมาใหม่อาจเป็นการคุ้มครองสิทธิของคนบางกลุ่ม แต่ก็เป็นการจำกัดเสรีภาพของคนบางกลุ่มด้วยเช่นกัน

4.3 ความเหมาะสมของอัตราโทษ

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศทั้ง 4 ประเทศ จะพบว่า ในเยอรมนี ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (มาตรา 177 วรรคหก) มีโทษจำคุกอย่างต่ำ 2 ปี ความผิดฐานกระทำอนาจาร (มาตรา 177 วรรคแรก) มีโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 5 ปี และความผิดฐานคุกคามทางเพศ (มาตรา 184i) มีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับ

¹¹⁶ Pholreich, Erol (เชิงอรรถ 80) 18.

ในอังกฤษและเวลส์ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (มาตรา 1) มีโทษจำคุกตลอดชีวิต ความผิดฐานกระทำอนาจาร (มาตรา 3) มีโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี และความผิดฐานคุกคามทางเพศมีจำคุกไม่เกิน 2 ปี ส่วนในสวีเดน ความผิดฐานกระทำชำเรา (มาตรา 1) มีโทษจำคุกตั้งแต่ 2 ปี ถึง 6 ปี และความผิดฐานกระทำอนาจาร (มาตรา 2) มีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี และในอินเดีย ความผิดฐานกระทำชำเรา (มาตรา 375) มีโทษจำคุกอย่างต่ำ 10 ปี ความผิดฐานกระทำอนาจาร (มาตรา 354) มีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ และความผิดฐานคุกคามทางเพศ (มาตรา 354A) มีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

ประเทศ ฐานความผิด	เยอรมนี	อังกฤษและเวลส์	สวีเดน	อินเดีย
ข่มขืนกระทำชำเรา	จำคุกอย่างต่ำ 2 ปี	จำคุกตลอดชีวิต	จำคุกตั้งแต่ 2 ปี ถึง 6 ปี	จำคุกอย่างต่ำ 10 ปี
กระทำอนาจาร	จำคุกตั้งแต่ 6 เดือน ถึง 5 ปี	จำคุกไม่เกิน 10 ปี	จำคุกไม่เกิน 1 ปี	จำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ
คุกคามทางเพศ	จำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับ	จำคุกไม่เกิน 2 ปี	-	จำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

เมื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ แล้วจะพบว่า อัตราโทษที่กำหนดไว้มีลักษณะค่อนข้างต่ำ กล่าวคือ โทษจำคุกไม่เกินหกเดือน และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท กับโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือ เสรีภาพในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง หลักการข้อนี้ลงหลักปักฐานในกฎหมายอาญาทั่วโลกอย่างเป็นสากล แต่สิ่งที่ทำให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของแต่ละประเทศแตกต่างกันออกไปคือ ความรู้สึกนึกคิดหรือมุมมองของสังคมต่อเรื่องเสรีภาพในการตัดสินใจทางเพศด้วยตัวเองดังกล่าว ส่วนความผิดฐานคุกคามทางเพศเป็นความผิดที่มีการพูดถึงมากขึ้นเรื่อย ๆ ในระยะหลัง ซึ่งแม้จะมีได้ทำร้ายเสรีภาพในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเองโดยตรง แต่ก็ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญและนำไปสู่การกระทำความผิดทางเพศที่รุนแรงขึ้นได้

ในการนำเสนองานรายงานการศึกษาเรื่องนี้ได้มีการศึกษาเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราและการคุกคามทางเพศซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยจะมีการพิจารณาขอบเขตของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเป็น 2 ประการ

ประการแรก การพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา นอกจากองค์ประกอบภายในที่ผู้กระทำต้องมีเจตนาในการกระทำแล้ว ยังมีองค์ประกอบภายนอกที่สำคัญว่าการกระทำนั้นเป็นผิดอาญาหรือไม่ โดยจะมีการพิจารณาศึกษาจากรายละเอียดดังนี้

1) ขอบเขตของอวัยวะเพศ การสอดใส่หรือล่วงล้ำโดยอวัยวะเพศซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอกประการสำคัญของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จำกัอยู่ที่แต่เพียงอวัยวะเพศโดยกำเนิดหรือไม่นั้น กฎหมายของประเทศตะวันตก 3 ประเทศ ได้แก่ เยอรมนี อังกฤษและเวลส์ รวมถึงสวีเดนนั้น มีขอบเขตที่เหมือนกัน กล่าวคือ ในกฎหมายเยอรมัน มีคำอธิบายปรากฏชัดเจนว่า การมีเพศสัมพันธ์เกิดขึ้นเมื่ออวัยวะเพศของชายสอดใส่หรือล่วงล้ำเข้าไปในบริเวณปากช่องคลอดของหญิง โดยไม่ต้องคำนึงว่าอวัยวะเพศที่ใช้ในการมีเพศสัมพันธ์นั้นจะเป็นอวัยวะที่มีมาตั้งแต่เกิด หรือเพิ่งมีเพราะได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ สำหรับประเทศอังกฤษและเวลส์ ได้มีการบัญญัติเอาไว้ชัดเจนในตัวบทกฎหมายเลยทีเดียวว่า อวัยวะเพศตามความหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 ไม่จำกัดอยู่แต่เพียงอวัยวะเพศกำเนิดเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงอวัยวะเทียมซึ่งผ่านกระบวนการผ่าตัดแปลงเพศด้วยเทคโนโลยีทางการแพทย์ด้วย ทั้งนี้ตามมาตรา 79 (3) สำหรับกฎหมายสวีเดนนั้น ก็ปรากฏคำอธิบายชัดเจนว่า ผู้ที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศมาแล้วสามารถเป็นผู้กระทำความผิดและเป็นผู้ถูกกระทำฐานข่มขืนกระทำชำเราได้เช่นเดียวกับบุคคลที่เป็นชายและหญิงโดยกำเนิด อย่างไรก็ตามสำหรับประเทศอินเดีย นั้น มีหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้แตกต่างออกไป การข่มขืนกระทำชำเราโดยผู้กระทำที่เป็นชายแปลงเพศ หรือการข่มขืนกระทำชำเราหญิงแปลงเพศ ไม่เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา เป็นได้แต่เพียงความผิดฐานร่วมประเวณีอย่างผิดธรรมชาติเท่านั้น

2) การล่วงล้ำหรือสอดใส่ด้วยอวัยวะอื่นหรือสิ่งของอย่างอื่น ในประเทศตะวันตกทั้ง 3 ประเทศ ที่ทำการศึกษามีรายละเอียดที่ต่างกันไป กล่าวคือ ในกฎหมายเยอรมัน มีคำอธิบายปรากฏชัดเจนว่า การใช้ริมฝีปากหรือลิ้นก็อาจมีการสอดใส่เกิดขึ้นได้หากว่าริมฝีปากหรือลิ้นนั้นล่วงล้ำเข้าไปในบริเวณปากช่องคลอดแล้ว จึงอาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ การล่วงล้ำด้วยสิ่งของเข้าไปในช่องคลอด

หรือรูดทวารก็อยู่ในขอบเขตการข่มขืนกระทำชำเรา แต่การล้วงลำด้วยสิ่งของเข้าไปในช่องปากไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่มีความเชื่อมโยงกับเรื่องทางเพศ จึงไม่เป็นการกระทำทางเพศและจึงไม่อาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ นอกจากนั้น การล้วงลำด้วยสารคัดหลั่ง ของเหลว หรือวัตถุอย่างอื่นที่มีลักษณะนุ่มก็เช่นเดียวกันก็เป็นการล้วงลำตามความหมายของกฎหมายเยอรมันได้ ส่วนการใช้นิ้วล้วงลำช่องคลอดและรูดทวารถือเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา แต่การใช้นิ้วสอดใส่เข้าไปในช่องปากไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่มีความเชื่อมโยงกับเรื่องทางเพศ สำหรับประเทศอังกฤษและเวลส์ การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นการล้วงลำด้วยอวัยวะเพศชายเท่านั้น โดยกระทำต่อช่องคลอด รูดทวาร หรือช่องปาก ส่วนการล้วงลำด้วยอวัยวะอื่นหรือด้วยสิ่งของอย่างอื่น ต่อช่องคลอดหรือทวารหนัก จะปรับบทเป็นความผิดฐานทำร้ายด้วยการสอดใส่ ส่วนประเทศสวีเดน แม้การมีเพศสัมพันธ์ที่เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะหมายถึงการสอดใส่หรือล้วงลำช่องคลอดด้วยอวัยวะเพศชายเท่านั้น แต่การสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในรูดทวารหรือช่องปาก หรือการสอดใส่ด้วยสิ่งของหรืออวัยวะส่วนอื่นของร่างกาย ก็ถือเป็นการกระทำทางเพศอื่น ซึ่งเข้าองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้เช่นกัน และสำหรับประเทศอินเดีย แม้การใช้วัตถุหรืออวัยวะส่วนอื่น ล้วงลำช่องคลอด ท่อปัสสาวะ ทวารหนัก จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ แต่กฎหมายอินเดียมองว่า ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องเป็นชายเท่านั้น และผู้ถูกระทำก็ต้องเป็นหญิงเท่านั้น

3) การใช้ร่างกายของบุคคลอื่นเป็นเครื่องมือ ในประเด็นเกี่ยวกับการบังคับให้ผู้ถูกระทำล้วงลำหรือสอดใส่ตัวผู้กระทำ หรือการบังคับให้บุคคลที่สามล้วงลำหรือสอดใส่ผู้ถูกระทำหรือบังคับให้ผู้ถูกระทำล้วงลำหรือสอดใส่บุคคลที่สามนั้น จากประเทศที่ศึกษาทั้ง 4 ประเทศ จะพบว่า กฎหมายเยอรมันน่าจะมิมีบทบัญญัติเกี่ยวกับประเด็นนี้ที่ครอบคลุมที่สุด กล่าวคือ กล่าวถึงทั้งการใช้ผู้ถูกระทำเป็นเครื่องมือกระทำต่อผู้กระทำหรือต่อบุคคลที่สาม และใช้บุคคลที่สามเป็นเครื่องมือกระทำต่อผู้ถูกระทำ และยังครอบคลุมไปถึงการบังคับให้ผู้ถูกระทำช่วยตัวเองโดยการสอดใส่ต่อหน้าผู้กระทำด้วย ในประเทศสวีเดน มีบทบัญญัติที่ครอบคลุมในลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือ การข่มขืนกระทำชำเรารวมถึงกรณีที่ผู้ถูกระทำถูกบังคับให้ช่วยตัวเองหรือถูกบังคับให้กระทำการทางเพศกับบุคคลที่สามด้วย ส่วนกฎหมายที่ใช้บังคับในอังกฤษและเวลส์ แม้จะมีความผิดฐานก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำการทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอม ที่กำหนดให้การใช้ร่างกายของผู้ถูกระทำเป็นเครื่องมือในการสนองความใคร่ของผู้กระทำเป็นความผิดด้วย แต่ความผิดฐานนี้ก็ไม่ครอบคลุมไปถึงการใช้บุคคลที่สามเป็นเครื่องมือแต่อย่างใดอย่างรักก็ตาม สำหรับประเทศอินเดียนั้น กฎหมายอาญาที่ใช้บังคับอยู่มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายไทยในประเด็นนี้ กล่าวคือ ความผิดฐานกระทำชำเรายังไม่ครอบคลุมถึงการที่ผู้กระทำใช้ผู้ถูกระทำให้ล้วงลำหรือสอดใส่หรือใช้บุคคลที่สามให้ล้วงลำหรือสอดใส่เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำเองเป็นความผิด หากได้ยอมรับแล้วว่าการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราคือการทำร้ายสิทธิในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง การที่ผู้กระทำใช้ผู้ถูกระทำหรือใช้บุคคลที่สามเป็นเครื่องมือ จึงย่อมจะเป็นการทำร้ายสิทธิดังกล่าว การกระทำนั้นจึงสมควรปรับบทเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วย

4) ขอบเขตของการล้วงลำ สำหรับการล้วงลำหรือสอดใส่ด้วยอวัยวะเพศ อวัยวะอื่น หรือสิ่งของอื่นนั้น ต้องล้วงลำอย่างน้อยเพียงใดจึงจะถือว่าเป็นการล้วงลำอันทำให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จลง

ทั้งกฎหมายเยอรมัน กฎหมายอังกฤษและเวลส์ และกฎหมายสวีเดน มีการปรับใช้กฎหมายที่ต้องตรงกัน กล่าวคือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จทันทีที่มีการล่วงล้ำ แม้จะล่วงล้ำเข้าไปเพียงเล็กน้อยหรือหนึ่งองคุลี ก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จแล้ว สำหรับในประเทศอินเดียมีการนิยามเกี่ยวกับการขอบเขตการล่วงล้ำนั้น ครอบคลุมการกระทำชำเรามากยิ่งขึ้น กล่าวคือ การล่วงล้ำนั้นอาจเกิดจากสิ่งที่ใช้ล่วงล้ำหรือสอดใส่อาจเป็นใช้สิ่งของหรืออวัยวะอื่นก็ได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศชายแต่เพียงประการเดียว และอวัยวะที่ถูกกระทำต่อ ก็อาจเป็นท่อน้ำนม ทวารหนัก หรือช่องปากของหญิงก็ได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นช่องคลอดของหญิงแต่เพียงประการเดียว

ส่วนในการกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย ในประเด็นขอบเขตของการกระทำชำเรานั้น ยังไม่ได้กล่าวถึงอวัยวะเพศเทียมเอาไว้แต่อย่างใด มีการตีความโดยอ้างคำพิพากษาฎีกาที่ 157/2524 มาสนับสนุน ทั้ง ๆ ที่คำพิพากษากฎีกาฉบับนี้มีได้วินิจฉัยเรื่องอวัยวะเพศโดยตรง แต่วินิจฉัยเรื่องสิทธิขอเปลี่ยนแปลงเพศ จึงไม่น่าเป็นเหตุผลสนับสนุนที่หนักแน่นได้ ประเด็นปัญหานี้แสดงให้เห็นได้ชัดเจนว่า บทบัญญัติคำว่า “กระทำชำเรา” ตามประมวลกฎหมายอาญาไทยยังขาดตกบกพร่องและไม่ครอบคลุมเมื่อความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเอง และการถูกล่วงล้ำด้วยอวัยวะเพศชายเทียมหรือการที่อวัยวะเพศหญิงเทียมถูกล่วงล้ำก็ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิดังกล่าวโดยที่มีอาจปฏิเสธได้ กรณีจึงควรแก้ไขเพิ่มเติมนิยามศัพท์โดยกำหนดให้คำว่า “อวัยวะเพศ” หมายถึง อวัยวะเพศเทียมที่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศมาแล้วด้วย โดยอาจเป็นการกำหนดเป็นมาตรา 1 (18) วรรคสอง ได้

ประการที่สอง เรื่องการคุกคามทางเพศ การศึกษากฎหมายต่างประเทศในบทที่ 3 นั้น ยอมรับว่าการกระทำความผิดอาญาย่อมเกิดจากเจตนาซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในแล้ว ยังต้องพิจารณาองค์ประกอบภายนอกร่วมด้วย โดยกฎหมายแต่ละประเทศที่ศึกษามานั้นจะมีการกำหนดขอบเขตขององค์ประกอบภายนอกที่ต่างกัน เนื่องจากประเด็นการคุกคามทางเพศนั้นเป็นเรื่องใหม่ สำหรับกฎหมายต่างประเทศทั้ง 4 ประเทศ โดยในประเทศเยอรมนี เพิ่งมีการตรากฎหมายว่าด้วยการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 50 เพิ่มความผิดฐานนี้เข้ามาในประมวลกฎหมายอาญาเมื่อ พ.ศ. 2559 (ค.ศ. 2016) นี้เอง โดยมีการกำหนดว่าการคุกคามทางเพศต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย (*körperliche Berührung*) ในลักษณะที่แสดงออกถึงเรื่องทางเพศ และก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญทางเพศ โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้ถูกกระทำสวมใส่เสื้อผ้าอยู่หรือไม่ การสัมผัสเนื้อตัวร่างกายด้วยสิ่งของก็อาจเข้าองค์ประกอบความผิดมาตรานี้ได้ ยกเว้นการคุกคามด้วยวาจาที่ยังไม่เข้าองค์ประกอบความผิดนี้ ส่วนในประเทศอังกฤษและเวลส์ ก็เพิ่งมีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองจากคุกคามทางเพศในที่สาธารณะ ค.ศ. 2023 (Protection from Sex-based Harassment in Public Act 2023) ขึ้น เพื่อแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยความเป็นระเบียบในที่สาธารณะ ค.ศ. 1986 กำหนดความผิดฐานคุกคาม การทำให้ตกใจ หรือการทำให้เดือดร้อนโดยเจตนา (Intentional harassment, alarm or distress on account of sex) ขึ้นมาใหม่เป็นมาตรา 4B โดยพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้วเมื่อวันที่ 18 กันยายน พ.ศ. 2566 ยังรอเพียงแต่การประกาศใช้เท่านั้น โดยความผิดใหม่นี้มีเจตนารมณ์ในการกำหนดให้การคุกคาม การทำให้ตกใจ หรือการทำให้เดือดร้อนโดยเจตนาในที่สาธารณะเป็นความผิดอาญาหากว่าผู้กระทำมีเหตุจงใจในทางเพศ เช่น การเดินตาม การแสดงความเห็นในลักษณะก้าวร้าวหรือลามก

การแสดงท่าทางลามกหรือไม่สุภาพต่อบุคคล การขวางทางมิให้เดิน รวมถึงการขับขี่รถยนต์หรือรถจักรยานยนต์เข้าใกล้บุคคลด้วย เป็นต้น ส่วนในประเทศสวีเดน ยังไม่มีความผิดฐานคุกคามทางเพศเป็นความผิดโดยเฉพาะเจาะจง แต่ก็สามารถนำฐานความผิดอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดพื้นที่ส่วนตัวมาปรับใช้ได้ โดยมีข้อเรียกร้องจากนักวิชาการให้มีการกำหนดความผิดฐานคุกคามทางเพศขึ้นมาโดยเฉพาะเจาะจงเพื่อการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ และประเทศอินเดีย ก็เพิ่งกำหนดให้การคุกคามทางเพศเป็นความผิดโดยเฉพาะเจาะจงเมื่อ พ.ศ. 2556 (ค.ศ. 2013) สืบเนื่องจากเหตุการณ์สะเทือนขวัญในประเทศหรือคดี Nirbhaya ทำให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดเกี่ยวกับเพศฐานใหม่ ๆ เช่น การสะกดรอยตาม (stalking) การถ่มอง การโจมตีด้วยน้ำกรด และการคุกคามทางเพศ

บรรณานุกรม

- คณิต ฒ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 7, วิญญูชน 2563).
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และกิตติบดี ไยพลู, *สังคัมกับกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 9, วิญญูชน 2566).
- นงศิรนาถ กุศลวงษ์, “ประสบการณ์ทางความคิดเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายอังกฤษ” (2557) 2 วารสารกระบวนการยุติธรรม 45, 47.
- พระพรหมคุณาภรณ์ ป.อ. ปยุตโต, *พุทธธรรม* (พิมพ์ครั้งที่ 15, โรงพิมพ์บริษัทสหธรรมิก 2552).
- วิไลพร อุ้นเจ้าบ้าน และมนตรี สิริโรจนานันท์, “พัฒนาการอธิบายความหมายของศีล 5” (2560) 2 วารสาร บัณฑิตศึกษามหาจุฬาลงกรณ์ 1.
- สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล, “ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร” (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552).
- อักรินทร์ ธนอธิษฐ์, “ความเท่าเทียมทางเพศในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา” (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2566) 48.
- Agrahari, Pragma, “Criminal Law (Amendment) Act 2013 (iPleaders, 9 August 2022) <<https://blog.iplayers.in/criminal-law-amendment-act-2013/#Rape/>> accessed 25 November 2024.
- Arntzen, Friedrich, “Sexualdelikte – Straftaten ohne Opfer?” (1980) 10 ZRP 287.
- Biswakarma, Sushant, “Indian Rape Laws in a Nutshell” (iPleaders, 19 August 2020) <<https://blog.iplayers.in/indian-rape-laws-nutshell/>> accessed 25 November 2024.
- Bladini, Moa/ Andersson, Wanna Svederg, “Swedish Rape Legislation from Use of Force to Voluntariness – critical Reflections from an Everyday Life Perspective” (2020) 2 Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice 95.
- Deutsche Bundestag, Gesetzenentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung, Drucksache 18/8210.
- Deutscher Bundestag, Gesetzenentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und F.D.P., Entwurf eines .. Strafrechtsänderungsgesetzes - §§ 177 bis 179 StGB (... StrÄndG), Drucksache 13/2463.
- Deutscher Bundestag, Viertes Gesetz zur Reform des Strafrechts (4. StrRG), Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT VI/1552.
- Deutscher Jusistenbund (djb), “Stellungnahme zum Entwurf eines [...] Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches v. 25.7.2014” <<https://www.djb.de/presse/stellungnahmen/detail/st14-14>> accessed 31 October 2024.

- Deutscher Juristenbund (djb), “Stellungnahme zur grundsätzlichen Notwendigkeit einer Anpassung des Sexualstrafrechts (insbesondere § 177 StGB) v. 9.5.2014” <<https://www.djb.de/presse/stellungnahmen/detail/st14-07>> accessed 31 October 2024.
- Fischer, Thomas, „Es gibt keinen Skandal.“ (Zeit Online, 10. Februar 2015) < <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-02/sexuelle-gewalt-sexualstrafrecht-schutzluecke>> accessed 7 November 2024.
- „Schutzlückenkampagne“ (Zeit Online, 17. Februar 2015) < <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-02/sexuelle-gewalt-sexualstrafrecht>> accessed 7 November 2024.
- *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen* (71. Aufl. C.H.Beck 2024).
- Grundlach, Timo, *Sexualkriminalität. Erscheinungsformen, Sanktionierung, Legalbewährung und kriminelle Karrieren* (Universitätsverlag Göttingen 2020).
- „The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment” (2017) 6 German Law Journal 1309.
- „Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte“ (2015) 4 ZIS 206.
- Hörnle, Tatjana, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar* (Zehnter Band, 13. Aufl., de Gruyter 2023).
- House of Lords, “Protection from Sex-based Harassment in Public Bill. Explanatory Notes” <<https://bills.parliament.uk/publications/50807/documents/3336>> accessed 18 November 2024.
- Hoven, Elisa/ Weigend, Thomas, „Nein heißt Nein“ – und viele Fragen offen“ (2017) 4 JZ 182.
- Jescheck, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* (5. Aufl., Duncker & Humblot 1996).
- Jörg Diehl, “Hunderte Opfer, fast keine Täter” <<https://www.spiegel.de/panorama/justiz/koelner-silvesternacht-ernuechternde-bilanz-der-justiz-a-1257182.html>> accessed 3 November 2024.
- Jörn Kießler, “Übergriffe in der Silvesternacht in Köln” (WDR) <<https://www1.wdr.de/nachrichten/silvester-koeln-gewalt-uebersicht-100.html>> accessed 3 November 2024.
- Keßler, Sebastian, *Sexuelle Täuschungen – Strafbarkeit und Strafwürdigkeit nach deutschem Sexualstrafrecht* (Duncker & Humblot 2022).

Legal Guidance, Sexual offences” (CPS, 8 July 2022) <<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/rape-and-sexual-offences-chapter-7-key-legislation-and-offences>> accessed 18 November 2024.

Nirbhaya case: Four Indian men executed for 2012 Delhi bus rape and murder“ (bbc, 20 March 2020) <<https://www.bbc.com/news/world-asia-india-51969961>> accessed 25 November 2024.

Pholreich, Erol, „Die Strafbarkeit des „Grapschens“ als sexuelle Belästigung im Sinne von § 184i StGB“ (2019) 1 HRRS 16.

Schaefer, Peer/ Wolf, Jens „Strafbarkeitslücke sexuelle Belästigung – regelungsbedürftig oder politisch gewollt?“ (2001) 1 ZRP 27.

Schroder, Friedrich-Christian, „Die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung nach dem Entwurf eines 4. StrRG“ (1971) 1 ZRP 14.

Valentiner, Dana-Sophia, „The Human Right to Sexual Autonomy” (2021) 5 German Law Journal 703.

Waters, Lowenna / Hassan, Beril Naz, “Street harassment laws explained: MPs approve plans to make behaviour a criminal offence” (The Standard, 24 March 2023) <<https://www.standard.co.uk/news/uk/street-harassment-laws-explained-mps-approve-crime-b1017316.html>> accessed 18 November 2024.

Wegerstand, Linnea, „Sex must be Voluntary: Sexual Communication and the new Definition of Rape in Sweden” (2021) 22 German Law Journal 734.

-- „Theorising Sexual Harassment and Criminalisation in a Swedish Context” (2022) 2 Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice 1.

Wrobel, Aleksander, “Criminal Liability for the Crime of Rape in the Criminal Law of Kingdom of Sweden” Ministry of Justice 2020.



<https://www.kpi.ac.th>

สถาบันพระปกเกล้า
ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษาฯ
อาคารรัฐประศาสนภักดี ชั้น 5 (โซนทิศใต้)
เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ
แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210

