

การกระทำความคิดทางเพศ : ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดฐาน
ร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ

สุพจน์ เกรือคล้าย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2548

ISBN- 974-9745-88-4

COMMISSION OF SEXUAL OFFENCE : A STUDY OF
THE OFFENCE OF SEXUAL INTERCOURSE AMONG
RELATIVE

SUPHOT KHRUEAKHLAI

A Thesis Submitted in Partial Fullfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Graduate School Dhurakij Pundit University

2005

ISBN- 974-9745-88-4

กิตติกรรมประกาศ

ในโอกาสนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณคณาจารย์ทุกท่านที่กรุณาช่วยเหลือและให้คำแนะนำอย่างดียิ่งแก่ผู้เขียนในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ซึ่งประกอบด้วย ศาสตราจารย์ ดร. ธีระ ศรีธรรมรักษ์ ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์ ประธาน วัฒน วาณิชย์ อาจารย์สรรพสิทธิ์ คุ้มประพันธ์ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และโดยเฉพาะความเมตตาอย่างสูงของอาจารย์ ดร. มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์ ที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์และรองศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาร่วม ซึ่งได้กรุณาช่วยเหลือให้คำปรึกษาแนะนำ และให้ข้อคิดอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้อีกทั้งยังได้สละเวลาอันมีค่าของท่านในการตรวจแก้ไขวิทยานิพนธ์นี้ อย่างละเอียดจนสำเร็จลุล่วงด้วยดี

ขอขอบพระคุณเจ้าหน้าที่ทุกท่านที่กรุณาให้ความอนุเคราะห์ข้อมูล และให้ความสะดวกในการใช้บริการค้นคว้าเอกสาร ได้แก่ หอสมุดแห่งชาติ มูลนิธิศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็ก ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หอสมุดกลางจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยและหอสมุดกลางมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต เป็นต้น ตลอดจนกำลังใจจากเพื่อน พี่และน้อง ๆ ที่ให้แก่ผู้เขียนด้วยดีตลอดมา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้หากจะมีส่วนดีอยู่บ้าง ผู้เขียนขอมอบบูชาพระคุณแด่บิดามารดา ปู่ ย่า ตา ยาย และครูบาอาจารย์ ตลอดจนท่านผู้แต่งหนังสือหรือวิทยานิพนธ์ทุกท่านที่ผู้เขียนได้ใช้อ้างอิงในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หากมีข้อผิดพลาดประการใดผู้เขียนขอน้อมรับแต่ผู้เดียว

สุพจน์ เกรือกล้าย

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗

บทที่

1. บทนำ.....	1
1. ความเป็นมาของการศึกษา.....	1
2. สมมติฐาน.....	5
3. วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	6
4. วิธีการดำเนินการวิจัย.....	6
5. ขอบเขตการศึกษา.....	6
6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	7
2. แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำคามผิดทางเพศ.....	8
1. ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับความผิดทางเพศ.....	8
1.1 ความเป็นมาของการกำหนดความผิดทางเพศ.....	8
1.2 ความหมายของความผิดปกติทางเพศ.....	16
1.3 สาเหตุการกระทำคามผิดทางเพศ.....	25
1. สาเหตุการกระทำคามผิดทางชีววิทยา.....	26
2. สาเหตุการกระทำคามผิดทางจิตวิทยา.....	27
3. สาเหตุการกระทำคามผิดทางสังคมวิทยา.....	29
1.4 ประเภทของความผิดทางเพศ.....	31
2. สภาพปัญหาและสาเหตุของการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ.....	33
3. ปัจจัยทางสังคมที่มีอิทธิพลต่อการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ.....	37
4. แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้เสียหายในความผิดทางเพศ.....	40
4.1 แนวคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้เสียหายในความผิดทางเพศ.....	40
4.2 แนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำคามผิดทางเพศ.....	46
4.3 ลักษณะบุคลิกของผู้กระทำคามผิด.....	55
1. กรณีทั้งสองฝ่ายมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต.....	55
2. กรณีทั้งสองฝ่ายไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต.....	56

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

4.4 ลักษณะบุคลิกของเหยื่อ.....	57
1. กรณีทั้งสองฝ่ายมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต.....	57
2. กรณีทั้งสองฝ่ายไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต.....	57
3. ความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติในต่างประเทศ.....	59
1. ความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติในประเทศอังกฤษ.....	59
2. ความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติในประเทศสหรัฐอเมริกา.....	62
3. ความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติในประเทศฝรั่งเศส.....	70
4. กฎหมายไทยที่ใช้บังคับเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศกรณีความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ.....	76
1. กฎหมายตราสามดวง.....	76
1.1 ประวัติความเป็นมาของกฎหมายตราสามดวง.....	76
1.2 บทบัญญัติของกฎหมาย.....	77
2. ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127.....	81
2.1 ประวัติความเป็นมาของประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127.....	81
2.2 บทบัญญัติของกฎหมาย.....	81
3. ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499.....	83
3.1 ประวัติความเป็นมาของประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499.....	83
3.2 บทบัญญัติของกฎหมาย.....	84
5. วิเคราะห์เปรียบเทียบการกระทำความผิดทางเพศกรณี ความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติตามกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ.....	105
6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	116
บรรณานุกรม.....	122
ภาคผนวก.....	129
ประวัติผู้เขียน.....	136

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การกระทำความผิดทางเพศ : ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดฐานร่วม ประเวณีในระหว่างเครือญาติ
ชื่อนักศึกษา	สุพจน์ เครือคล้าย
อาจารย์ที่ปรึกษา	อาจารย์ ดร. มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์
อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม	รองศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2547

บทคัดย่อ

ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาตินั้นมิได้มีบทบัญญัติถึงโทษการกระทำความผิดกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นผู้กระทำจะไม่มีความคิดทั้งชายและหญิง การร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติจะมีความผิดเฉพาะที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราหญิงตามมาตรา 276 หรือการกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 277 เท่านั้น และหากเป็นการกระทำต่อผู้สืบสันดานก็จะถูกเพิ่มโทษหนักขึ้นอีก 1 ใน 3 ตามมาตรา 285 ซึ่งบทลงโทษตามมาตรา 285 นั้นยังไม่เหมาะสมและไม่ครอบคลุม เนื่องจากมาตรา 285 เป็นเหตุจรรยาที่เพิ่มโทษหนักขึ้นเฉพาะการกระทำของบุพการีต่อผู้สืบสันดานเท่านั้น ไม่รวมถึงการกระทำของผู้ที่มีความสัมพันธ์อื่นเครือญาติอื่น ๆ กับเหยื่อ เช่น พี่น้อง ลุง ป้า น้า อา หลาน พ่อเลี้ยง หรือผู้รับบุตรบุญธรรม (เว้นแต่จะได้กระทำต่อบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ) จะเห็นว่ามาตรา 285 มิได้นำเรื่องอำนาจปกครองที่ผู้กระทำมีต่อเหยื่อตามความเป็นจริง หรือความเป็นเครือญาติ มาเป็นข้อพิจารณาเพิ่มโทษให้หนักขึ้นแก่ผู้ที่เป็นเครือญาติอื่น ๆ ด้วย ดังนั้นหากการกระทำความผิดตามมาตรา 276 หรือมาตรา 277 เป็นการกระทำของผู้ที่เครือญาติอื่นนอกจากบุพการีก็จะไม่ถูกเพิ่มโทษหนักขึ้น 1 ใน 3 เช่นเดียวกับการกระทำของบุพการี เว้นแต่จะเป็นการกระทำของผู้รับบุตรบุญธรรมต่อบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ จะสามารถเพิ่มโทษหนักขึ้น 1 ใน 3 ได้ในฐานะที่เป็นการกระทำต่อผู้อยู่ในความปกครอง แต่หากเป็นการกระทำต่อบุตรบุญธรรมที่บรรลุนิติภาวะแล้วจะไม่สามารถเพิ่มโทษให้หนักขึ้น 1 ใน 3 ได้ ซึ่งบทลงโทษดังกล่าวยังไม่เหมาะสมเนื่องจากลักษณะของการกระทำและความรุนแรงที่เหยื่อได้รับจากการกระทำของผู้ที่เป็นเครือญาตินั้นแทบไม่แตกต่างจากการกระทำของบุพการีเลย

การศึกษาครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงกฎหมายทั้งในอดีตและปัจจุบันของประเทศไทย ตลอดจนกฎหมายของต่างประเทศเพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบและเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการลงโทษผู้กระทำความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติให้เหมาะสมกับลักษณะการกระทำและสภาพสังคมในปัจจุบัน

จากการศึกษาวิจัยพบว่า ในปัจจุบันมีการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติเพิ่มขึ้น โดยเฉพาะการข่มขืนกระทำชำเราหญิงตามมาตรา 276 และการกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 277 ซึ่งปรากฏเป็นคดีและข่าวทางหนังสือพิมพ์ โทรทัศน์และสื่ออื่น ๆ ซึ่งผู้กระทำความผิดล้วนเป็นเครือญาติ (ที่ไม่ใช่บุพการีกับเหยื่อ) เมื่อกระทำความผิดกลับถูกลงโทษเช่นเดียวกับการกระทำของบุคคลทั่วไป มิได้ถูกเพิ่มโทษหนักขึ้น 1 ใน 3 ตามมาตรา 285 เช่นเดียวกับการกระทำของบุพการี เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าการข่มขืนกระทำชำเราหญิง ตามมาตรา 276 หรือการกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 277 ซึ่งกระทำโดยบุคคลที่เป็นเครือญาติ ซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับการเคารพนับถือของเหยื่อนั้น ถือเป็นความรุนแรงไม่แตกต่างจากการกระทำของบุพการีต่อผู้สืบสันดาน โดยผู้ถูกกระทำหรือเหยื่อจะได้รับความกระทบกระเทือนทางจิตใจอย่างมากเช่นกัน เนื่องจากเหยื่อไม่คิดว่าผู้กระทำจะกล้ากระทำกับเหยื่อ ซึ่งผู้กระทำเป็นผู้ที่เหยื่อไว้ใจและให้ความเคารพนับถือ หรือเป็นสายเลือดเดียวกันแท้ ๆ นอกจากนี้เหยื่อยังมีโอกาสเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ และได้รับบาดเจ็บทั้งทางร่างกายและจิตใจในระยะยาวจากการกระทำความผิดดังกล่าวด้วย และหากมีบุตรเกิดขึ้นมาก็จะเกิดผลกระทบต่อสังคมอย่างมาก ดังนั้นเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงขอเสนอแนะให้มีบทบัญญัติลงโทษการกระทำความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติโดยความยินยอมไว้เป็นการเฉพาะอีกมาตราหนึ่ง และแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 โดยให้เพิ่มโทษหนักขึ้น 1 ใน 3 แก่เครือญาติอื่น เช่น พี่ น้อง ลุง ป้า น้า อา หลาน พ่อเลี้ยง และผู้รับบุตรบุญธรรม ที่กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงตามมาตรา 276 และกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปีตามมาตรา 277 ที่เป็นญาติ ลูกเลี้ยง และบุตรบุญธรรมของตนเอง

Thesis Title: Commission of Sexual Offence: A Study of the Offence of Sexual Intercourse Among Relatives

Name: Suphot Khruetakhlai

Thesis Advisor: Dr. Matalak Or-roongroj

Co-Thesis Advisor: Asso. Prof. Dr. Surasak Likhasitwatanakul

Department: Law

Academic Year: 2004

ABSTRACT

The applicable Penal Code B.E. 2499 regarding the offence of sexual intercourse among relatives does not provide particular punishment therefor. Consequently, when such offence takes place, both the male and female involved are not guilty. Sexual intercourse among relatives is an offence only in the case of sexual intercourse with a female adult against her will, according to Section 276, or in the case of rape or sexual intercourse against her will with a female child of an age not exceeding 15 years, according to Section 277. In addition, if such offence is committed against descendants, a more severe penalty of one out of three shall be added according to Section 285. Such penalty under Section 285 is inappropriate and insufficient because it is a serious offence by which a more severe penalty shall be increased in the case of the commission of ascendants against descendants. This Section excludes the commission of those who have kindred relations with victims such as sisters, brothers, uncles, aunts, nieces, nephews, stepfathers or adopters (unless such commission is against an adopted child who is not *sui juris*). It is noted that Section 285 does not take into account the parental power of which the wrong-doer possesses against the victims to

consider the increase of the penalty to be more severe to other relatives. Therefore, if the wrongdoing according to Section 276 or Section 277 is the commission of other relatives beside ascendants, an increased penalty of one out of three, shall not be increased the same as the commission of ascendants, unless in the case of the commission of adopter against adopted child who is not *sui juris*, the severe penalty of one out of three, shall be increased because it is commission against the person who is under control. But, if such commission is against the adopted child who is *sui juris*, the increased penalty of one out of three can not be increased. Consequently, such penalty is not appropriate since the nature of commission and severity suffered by the victim from the commission of the one who is kindred are not almost different from the commission of ascendants.

This thesis aims to study Thai laws both past and present, together with the laws of other countries, to comparatively analyze and propose appropriate ways to punish wrongdoers in charge of having sexual intercourse among relatives to suit the nature of the commission and the current social circumstances.

It is found that presently there are more and more cases of sexual intercourse among relatives, especially rape against female adults under Section 276 and rape against female child of an age not exceeding 15 years under Section 277. These have been reported in newspapers, television and other media. The wrongdoers thereof are mostly kindred (not ascendants with the victims). When the offence is committed, the same punishment as the commission of an unrelated person is given. In other words, the increased penalty of one out of three is not added in accordance with Section 285, the same as the commission of ascendants. With careful consideration, it is

noticed that rape against a female adult under Section 276 or rape against a minor female of an age not exceeding 15 years under Section 277 which is committed by relatives respected by the victims is considered to be severe. This is not different from the commission of ascendants against descendants. The injured persons or victims may suffer substantial mental harm because they are not fully aware that the doer dares to commit such offence against them. The doer is trusted and respected by the victims or such doer is actually in the same descent with such victims. Apart from this, the victims may risk contracting disease through sexual intercourse and may be wounded physically and mentally in the long-term. Additionally, if a child is born therefrom, society may be drastically affected. To redress the aforesaid problems, it is suggested that particular punishment be provided for commission of the offence of consensual sexual intercourse among relatives in a separate Section. Moreover, Section 285 of the Penal Code should be amended by adding a more severe penalty of one out of three, to other relatives, such as sisters, brothers, uncles, aunts, nieces, nephews, stepfathers and adopters who commit the offence on rape against an adult female under Section 276 and on rape against a minor female of an age not exceeding 15 years who is their own relative, stepdaughter or adopted child, under Section 277.

บทที่ 1

บทนำ

1 ความเป็นมาของการศึกษา

สังคมไทยปัจจุบันมีความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาการ เทคโนโลยี เศรษฐกิจ และสังคมอย่างรวดเร็ว แต่ขาดการพัฒนาทางด้านจิตใจ สังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วนี้ทำให้เกิดการเลียนแบบวัฒนธรรมอื่น ๆ และมีการยอมรับเอาอิทธิพลของวัฒนธรรมต่างชาติเข้ามา โดยเฉพาะชาติตะวันตกที่มุ่งเน้นแสวงหา ฟุ้งเฟ้อในวัตถุ และมัวเมาในกามารมณ์ อย่างเช่น วัฒนธรรมในการแลกเปลี่ยนคู่นอน ท้าเต้นที่ยั่วชวนเร้าร้อน และการกอดจูบกันในที่สาธารณะ เช่นในห้างสรรพสินค้า ตามป้ายรถประจำทาง หรือในสถานที่ๆจัดให้มีการเดินร่า เป็นต้น ในสังคมไทยปัจจุบันนี้พบความผิดปกติทางเพศหรือกามวิปริตอยู่เป็นจำนวนมาก ซึ่งถือว่าเป็นการบั่นทอนและกระทบกระเทือนต่อขนบธรรมเนียมประเพณี วัฒนธรรม และศีลธรรม ตลอดจนความสงบเรียบร้อยของสังคม นอกจากนั้นความผิดปกติทางเพศหรือกามวิปริตบางกรณียังอาจเข้าไปเกี่ยวข้องกับคดีอาญา ซึ่งเป็นการขัดต่อกฎหมายของบ้านเมืองด้วย

ความผิดปกติทางเพศหรือกามวิปริตมีมากมายหลายประเภท บางประเภทรุนแรงถึงขั้นเป็นอาชญากรรมทางเพศ ซึ่งเป็นการละเมิดต่อกฎหมายบ้านเมือง เช่น การข่มขืนกระทำชำเรา ข่าแล้วร่วมเพศ เป็นต้น ส่วนบางประเภทนั้นขัดต่อศีลธรรมและประเพณีของสังคม เช่น การร่วมประเวณีกันในระหว่างเครือญาติ เช่นระหว่าง พ่อกับลูกสาว แม่กับลูกชาย พี่ชายกับน้องสาว พี่สาวกับน้องชาย ลุง ป้า น้า อา กับหลาน พ่อเลี้ยงกับลูกเลี้ยง หรือผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม และหากลูกสาว ลูกชาย น้องสาว น้องชาย พี่สาว พี่ชาย หลาน ลูกเลี้ยง หรือบุตรบุญธรรม มีอายุไม่เกิน 15 ปี หรือเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา ก็จะเป็นการผิดทั้งกฎหมายบ้านเมืองและผิดศีลธรรมพร้อมกันด้วย การร่วมประเวณีกันในระหว่างเครือญาติโดยเฉพาะผู้ที่ร่วมสายโลหิตเดียวกันนับว่าเป็นความผิดปกติทางเพศ หรือ กามวิปริตชนิดหนึ่ง ซึ่งปัจจุบันพบว่ามีอาการกระทำผิดทางเพศเช่นนี้อยู่เป็นจำนวนมากในสังคมไทย ในทางจิตเวชศาสตร์ได้จัดผู้ป่วยชนิดนี้อยู่ในความผิดปกติทางจิตเวช พวกที่มีความผิดปกติทางบุคลิกภาพ (personality disorders) ซึ่งต้องทำการบำบัดรักษาทางจิต การร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาตินี้ ถือได้ว่าเป็นปัญหาของสังคมไทยมานานแล้ว จะเห็นได้จากในสมัยกรุงศรีอยุธยาได้มีการบัญญัติกฎหมายลงโทษ การร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติไว้อย่างรุนแรง โดยสมัยนั้นมีความเชื่อว่า หากมีการกระทำที่วิปริตผิดศีลธรรมดังกล่าวแล้ว ฟ้า ดิน จะลงโทษจะบันดาลให้เกิดความวิบัติมาสู่ชุมชนนั้นๆ เนื่องจากผู้คนในสมัยนั้นมีความผูกพันกับความเชื่อในสิ่งนอกเหนือธรรมชาติ และยังมีเหตุผล

ทางการแพทย์ที่สำคัญคือ การร่วมประเวณีกันในระหว่างเครือญาติ โดยเฉพาะผู้ร่วมสายโลหิตเดียวกันจะมีผลทำให้ประชากรของประเทศมีคุณภาพต่ำ ร่างกายอ่อนแอและมีโรคติดต่อทางพันธุกรรมไปยังบุตรที่เกิดมาโรคที่พบเห็นบ่อยและชัดเจน คือ โรคทางสมอง หรือ ปัญญาอ่อน เนื่องจากพ่อแม่สายเลือดเดียวกัน และยังอาจจะมีโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ที่ร้ายแรง เช่น โรคเอดส์ ซิฟิลิส ติดต่อไปยังคู่ร่วมประเวณีอีกด้วย เนื่องจากในปัจจุบันโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ที่ร้ายแรง เช่น โรคเอดส์ยังไม่มียารักษาให้หายได้ ผู้กระทำความผิดอาจคิดว่า การร่วมประเวณีกันเองในระหว่างเครือญาติปลอดภัยกว่า ดังนั้นรัฐควรจะให้ความสนใจกับปัญหาดังกล่าวนี้เป็นพิเศษ หากรัฐไม่มีกฎหมายหรือ มาตรการที่เหมาะสม มาจัดการกับปัญหานี้ ปล่อยให้มีการร่วมประเวณีกันในระหว่างเครือญาติได้อย่างเสรีไม่มีความผิด (เว้นแต่จะเป็นการข่มขืนกระทำชำเราหญิงหรือกระทำชำเราต่อเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี) โดยถือว่าเป็นสิทธิส่วนบุคคล หรือเป็นเรื่องความยินยอมส่วนตัวแล้วในอนาคตกจะก่อให้เกิดปัญหาตามมาอย่างมากเพราะประเทศชาติจะพัฒนาได้จะต้องมีประชากรที่แข็งแรง ไม่อ่อนแอ หากประชากรของประเทศอ่อนแอ การพัฒนาประเทศก็จะเป็นไปได้อย่างล่าช้า หรืออาจไม่พัฒนา และยิ่งจะถดถอยลงเพราะบุคลากรไม่มีคุณภาพ อีกทั้งศีลธรรมและประเพณีที่มีมาแต่โบราณก็จะถูกทำลายหายไป เป็นการส่งผลกระทบต่ออย่างรุนแรงและเป็นปัญหาสังคมอย่างไม่รู้จบ

กฎหมายของไทยแต่เดิมสมัยกรุงศรีอยุธยา ในพระไอยการลักษณะฝัวเมียได้บัญญัติ ห้ามการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติไว้โดยเฉพาะดังนี้

มาตรา 35 บัญญัติว่า หลานทำซู้ด้วยเมียลูกตาปู้าวอาน้ำที่ตนเอง มันผู้มิกลัวเกรง มันมีอาชแแก่บับ ดังนั้นให้เอามันคนร้ายจำใส่ ตรวน ชื่อ คา เอาน้ำมิกสกัดน้ำทั้ง หึง ชาย เอาเชือกหนึ่งผูกคอเอาข้อมติ ทะเวนรอบตลาดแล้วเอาขึ้นขาหย่างยิงด้วยลูกสั้นโคด แลให้ตีด้วยพลคดหนึ่งคละ 25-50 ทีแล้วให้ทำแผลยเสีย นอกเมือง อย่าให้ดูเยี่ยงกันถ้าจะไถ่ลูกสั้นโคดมิให้ยิงเล่มละ 30000

มาตรา 36 บัญญัติว่า พ่อ แม่ ลูก พี่ น้อง ขยายหลาน ตาหลาน ลุง น้ำ หลาน ทำซู้กันไซ้ ให้ทำแผลยคูนันเสียในชะเล ให้เจ้าพ่อ แม่ พี่ น้อง พลเมืองท่านทั้ง 4 ประคูปไก่อ 8 ตัว ให้พระสงฆพราหมณาจารย์ สวดมนตรทำพิธีการระงับอุบาทว จันไร น้ำฟ้า น้ำฝนจึงจะตกเป็นประโยชน์แก่คนทั้งหลาย ฝ่ายพ่อ แม่ พี่ น้อง รู้ว่าลูกหลานทำมิชอบมิได้ว่ากล่าว ท่านว่าเลมิด ให้ลงโทษโดยโทษาณโทษ จะเห็นได้ว่าในพระไอยการลักษณะฝัวเมียนั้นมีการบัญญัติความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติไว้เป็นการเฉพาะ และนอกจากนี้ยังมีกรลงโทษรวมไปถึง พ่อ แม่ พี่ น้อง ที่รู้ว่า ลูก หลาน หรือพี่น้องของตน กระทำการดังกล่าวแล้วมิได้ว่ากล่าวในฐานะเป็นผู้สมรู้เห็นเป็นใจ หรือสนับสนุนด้วย

ต่อมาใน ร.ศ. 127 ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา โดยมีได้มีการบัญญัติความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติดังที่ได้บัญญัติไว้ในพระไอยการลักษณะฝัวเมีย แต่ได้มี

บทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ในมาตรา 247 โดยบัญญัติว่า “ความผิดอย่างใดใดที่ว่ามาในมาตรา 243, 244, 245 และ 246 นั้นถ้าผู้กระทำเป็นบิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ก็ดี ฯลฯ ท่านว่าระวางโทษของมันผู้กระทำความผิดหนักกว่าที่บัญญัติไว้ใน 4 มาตรา ที่ว่ามานั้นหนึ่งในสาม โดยข้อความในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้นกำหนดให้ลงโทษเฉพาะ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ซึ่งเป็นบุพการีให้หนักขึ้นเฉพาะการข่มขืนกระทำชำเรา ผู้สืบสันดาน และกระทำชำเราผู้สืบสันดานที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปี เท่านั้น โดยมีได้กำหนดโทษให้หนักขึ้นแก่ผู้ที่ไม่ใช่บุพการี หรือ พี่ น้อง ลุง ป้า น้า อา หลาน บุตรเลี้ยง หรือบุตรบุญธรรมของตนแต่อย่างใดไม่ และไม่มีการกำหนดบทลงโทษแก่หญิงและชายที่เป็นเครือญาติกันที่มีอายุกว่า 12 ปีขึ้นไปร่วมประเวณี โดยความสมัครใจยินยอมต่อกัน ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในพระไอยการลักษณะฟัวเมียมาตรา 35 และ 36 ด้วย

ต่อมาในปี พ.ศ. 2499 ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ตามประมวลกฎหมายอาญาลบฉบับนี้ก็ได้มีให้นำบทบัญญัติที่ห้ามการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ มาบัญญัติไว้ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในพระไอยการลักษณะฟัวเมียแต่อย่างใด แต่ประมวลกฎหมายอาญาลบฉบับปัจจุบันได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้เอาไว้ในมาตรา 285 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้ที่อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้ที่อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 จะบัญญัติลงโทษการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติเฉพาะกรณีที่บุพการีไปข่มขืนกระทำชำเราผู้สืบสันดานและกระทำชำเราผู้สืบสันดานที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี เท่านั้น โดยเพิ่มโทษให้หนักกว่าคนปกติทั่วไปหนึ่งในสาม แต่มีได้บัญญัติเพิ่มโทษให้หนักขึ้นแก่ผู้ที่ไม่ใช่บุพการี หรือ พี่ น้อง ลุง ป้า น้า อา หลาน บุตรเลี้ยง หรือบุตรบุญธรรมของตนเลย อีกทั้งไม่มีการบัญญัติเพิ่มโทษให้หนักขึ้นแก่ผู้ที่กระทำชำเรา พี่ น้อง หลาน บุตรเลี้ยง หรือบุตรบุญธรรมของตนที่มีอายุไม่เกิน 15 ปีด้วย แต่ในกรณีของผู้รับบุตรบุญธรรมที่ได้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ หรือกระทำชำเราบุตรบุญธรรมที่อายุไม่เกิน 15 ปี นั้นแม้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 จะไม่ได้บัญญัติโดยตรง ชัดแจ้งให้เพิ่มโทษหนักขึ้น 1 ใน 3 ดังเช่นบุพการี ก็ตาม แต่ผู้รับบุตรบุญธรรมนั้นจะถูกเพิ่มโทษหนักขึ้น 1 ใน 3 ได้ในฐานะที่เป็นการกระทำต่อผู้ที่อยู่ในความปกครอง แต่หากบุตรบุญธรรมบรรลุนิติภาวะแล้วก็ไม่สามารเพิ่มโทษผู้รับบุตรบุญธรรมให้หนักขึ้น 1 ใน 3 ได้ เพราะบุตรบุญธรรมที่บรรลุนิติภาวะแล้วไม่ต้องอยู่ในความปกครองของผู้รับบุตรบุญธรรมต่อไป และก็ไม่มีการกำหนดบทลงโทษแก่หญิงและชายที่เป็นเครือญาติกันที่มีอายุกว่า 15 ปี ในกรณีที่ยินยอมร่วมประเวณีต่อกัน ด้วย ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว ในเรื่องเงื่อนไขการสมรส มาตรา 1450 ก็ได้บัญญัติห้ามการสมรสในเครือญาติ คือ ห้ามชายหญิงที่เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา หรือพี่น้องร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดา หรือมารดา

เดียวกันไว้ โดยหากฝ่าฝืนจะมีผลทำให้การสมรสเป็นโมฆะเท่านั้น แต่หากชายและหญิงที่เป็นญาติร่วมสายโลหิตที่ต้องห้ามสมรสดังกล่าวอยู่กินฉันสามีภริยากันก็จะต้องรับโทษทางอาญา เนื่องจากไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ เพียงแต่หากมีบุตรเกิดมาชายจะไม่ได้รับความคุ้มครองตาม ป.พ.พ. มาตรา 1562 เท่านั้น คือเมื่อบุตรฟ้องคดีบิดาจะอ้างว่าเป็นคดีอุทลุมไม่ได้(คำพิพากษาฎีกาที่ 1320 /2506) และในมาตรา 1451 ก็ได้บัญญัติห้ามการสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม ซึ่งหากมีการฝ่าฝืนข้อห้ามดังกล่าว มีผลทำให้การรับบุตรบุญธรรมเป็นอันยกเลิกเท่านั้น ไม่มีผลต่อการสมรสแต่อย่างใด ทำให้การสมรสยังคงสมบูรณ์ทุกประการ

ในขณะที่ปัญหาที่รัฐควรให้ความสนใจเกี่ยวกับศีลธรรมและพันธุกรรม ซึ่งยังไม่มีความหมายบัญญัติห้ามก็คือ การสมรสระหว่างเครือญาติ ในกรณีการสมรสระหว่างลุง อา และน้ำผู้ชายกับหลานสาว หรือป้า น้ำ อาผู้หญิงกับหลานชาย และผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม ซึ่งจะเห็นว่าไม่เป็นการสมควรเลยด้วยประการทั้งปวงไม่ว่าทางศีลธรรม หรือทางสังคม และอาจจะมีผลร้ายตามมาเกี่ยวกับกรรมพันธุ์ หากบุคคลดังกล่าวนั้นเป็นเครือญาติร่วมสายโลหิตกัน จากสภาพปัญหาที่ได้กล่าวมาแล้ว จะเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1450 และ มาตรา 1451 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ยังมีมาตรการเกี่ยวกับเรื่องนี้ไม่เหมาะสมและครอบคลุมเพียงพอ และไม่ทันต่อสถานการณ์ในปัจจุบัน จึงทำให้ยังมีช่องว่างของกฎหมายอยู่เป็นปัญหาจนทุกวันนี้ เช่น ในกรณี พ่อเลี้ยง หรือลุง น้ำ อา ช่มจีนกระทำชำเราบุตรเลี้ยง หรือหลาน หรือกระทำชำเราบุตรเลี้ยง หรือหลานที่อายุไม่เกิน 15 ปี หรือกรณีผู้รับบุตรบุญธรรมช่มจีนกระทำชำเราบุตรบุญธรรม ที่บรรลุนิติภาวะแล้ว อย่างนี้ก็จะไม่สามารถเพิ่มโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ได้ เพราะพ่อเลี้ยง ลุง น้ำ อา หรือผู้รับบุตรบุญธรรมมิได้เป็นบุพการี ทั้งที่จริงๆแล้วบุคคลดังกล่าวที่ดูแลเด็กหญิง หรือหญิงนั้นย่อมมีอิทธิพลและอำนาจเหนือผู้เสียหายในเกือบทุกด้าน เช่น การศึกษา อาหารการกิน การเงินและที่อยู่อาศัย เป็นต้น ในต่างประเทศที่เจริญแล้วส่วนมากจะมีการบัญญัติกฎหมายห้ามร่วมประเวณีและห้ามสมรสในระหว่างเครือญาติเอาไว้ควบคู่กันและมักจะครอบคลุม เหตุผลก็เพื่อคุ้มครองป้องกันในเรื่องเกี่ยวกับพันธุกรรมเพื่อไม่ให้ประชาชนของประเทศเกิดมาอ่อนแอ มีโรคติดต่อทางพันธุกรรม ซึ่งประเทศชาติที่จะพัฒนาได้ต้องมีประชากรที่เข้มแข็งไม่อ่อนแอ ถ้าประเทศใดมีประชากรเป็นโรค พิการ หรือโรคทางสมอง ก็มีหวังสูญสิ้นเผ่าพันธุ์ และอีกเหตุผลที่สำคัญคือ เรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และเพื่อให้มีความเป็นระเบียบเรียบร้อยในเรื่องความสัมพันธ์ทางเพศในแต่ละครอบครัว ดังนั้นจึงเห็นว่าในกรณีประเทศไทย ซึ่งนับถือศาสนาพุทธเป็นศาสนาประจำชาติจึงควรที่จะพิจารณานำบัญญัติกฎหมายห้ามการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติโดยความสมัครใจยินยอมและกำหนดโทษแก่ผู้ฝ่าฝืนทั้งหญิงและชายเอาไว้เป็นการเฉพาะ และในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ควรที่จะบัญญัติเพิ่มโทษหนักขึ้น 1 ใน 3 แก่พ่อเลี้ยง และผู้รับบุตรบุญธรรม ที่กระทำความผิดตามมาตรา 276หรือ มาตรา 277 กับลูกเลี้ยง และบุตรบุญธรรม

ด้วย และบัญญัติเพิ่มโทษหนักขึ้น 1 ใน 3 แก่ลุง ป้า น้ำ อา ที่กระทำความผิดตามมาตรา 276 หรือ มาตรา 277 กับหลานด้วย และเพิ่มโทษหนักขึ้น 1 ใน 3 กรณีพี่กระทำต่อน้อง หรือ น้องกระทำต่อพี่ หรือกรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการีด้วย เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วและสอดคล้องกับนานาประเทศที่เจริญแล้ว เพื่อป้องกันโรคติดต่อทางพันธุกรรม ปกป้องประชากรของประเทศ ป้องกันศีลธรรมและขนบธรรมเนียมประเพณีอันดีงามของไทยเอาไว้ โดยความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ และการเพิ่มโทษให้หนักขึ้นนี้อาจเป็นทางออกอีกทางที่จะลดพฤติกรรมทางเพศที่วิปริตไม่เหมาะสมและผิดศีลธรรมลงได้บ้าง ส่วนโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็แล้วแต่ความเหมาะสมตามสถานะของผู้กระทำผิดและควรนำกฎหมายอื่นๆมาบูรณาการใช้ควบคู่ไปกับประมวลกฎหมายอาญาด้วย

2. สมมติฐาน

การกระทำความผิดทางเพศ กรณีความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติโดยความสมัครใจยินยอมเช่น ระหว่าง พ่อ แม่ กับลูก พี่กับน้อง ลุง ป้า น้ำ อา กับหลาน พ่อเลี้ยงกับลูกเลี้ยง และผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม นั้น ในปัจจุบันมิได้มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดแต่อย่างใด คงมีเพียงประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 ที่บัญญัติลงโทษผู้ที่ข่มขืนกระทำชำเราผู้สืบสันดาน หรือกระทำชำเราผู้สืบสันดานที่อายุไม่เกิน 15 ปีโดยเพิ่มโทษหนักขึ้นกว่ากระทำต่อบุคคลทั่วไป 1 ใน 3 เท่านั้น และมีได้บัญญัติเพิ่มโทษให้หนักขึ้นแก่ผู้ที่ข่มขืนกระทำชำเราบุพการี หรือ พี่ น้อง ป้า น้ำ อา หลาน บุตรเลี้ยง และบุตรบุญธรรมของตนเอง (เว้นแต่บุตรบุญธรรมจะยังไม่บรรลุนิติภาวะ ผู้รับบุตรบุญธรรมจะถูกเพิ่มโทษได้ในฐานกระทำต่อผู้อยู่ในความปกครอง) รวมทั้งมิได้บัญญัติเพิ่มโทษแก่ผู้ที่กระทำชำเรา พี่ น้อง หลาน บุตรเลี้ยง และบุตรบุญธรรมของตนที่มีอายุไม่เกิน 15 ปีด้วย (แต่ผู้รับบุตรบุญธรรมจะถูกเพิ่มโทษได้ในฐานกระทำต่อผู้อยู่ในความปกครอง) จึงเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 ยังไม่เหมาะสมและลงโทษไม่ครอบคลุมรวมผู้กระทำผิดทั้งหมด เพราะการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติไม่ว่าจะเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา หรือสมัครใจยินยอม ย่อมแสดงถึงความผิดปกติทางเพศ เป็นการผิดประเพณี บั่นทอนศีลธรรมอย่างร้ายแรง และกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ทำให้คุณภาพประชากรของประเทศตกต่ำและมีผลเสียต่อพันธุกรรมของมนุษย์ทำให้บุตรที่เกิดมามีความบกพร่องทั้งทางร่างกายและจิตใจเป็นปัญหาต่อสังคม ดังนั้นสมควรมีการบัญญัติกฎหมายให้การร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ โดยความสมัครใจยินยอมเป็นความผิดและถูกลงโทษทั้งชายและหญิง และควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ให้มีการบัญญัติเพิ่มโทษหนักขึ้น 1 ใน 3 แก่ผู้ที่ข่มขืนกระทำชำเราบุพการี พี่ น้อง ป้า น้ำ อา หลาน บุตรเลี้ยง และบุตรบุญธรรมของตน และบัญญัติเพิ่มโทษหนักขึ้น 1 ใน 3 แก่ผู้ที่กระทำชำเรา พี่ น้อง หลาน บุตรเลี้ยง และบุตรบุญธรรมของตนที่มีอายุไม่เกิน 15 ปีด้วย แม้ในกรณี

ที่ผู้รับบุตรบุญธรรมได้กระทำต่อบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะจะสามารถลงโทษหนักขึ้นในฐานะที่กระทำต่อผู้อยู่ในความปกครองได้ก็ตาม

3. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงความเป็นมาและแนวคิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศสและไทย

2. เพื่อศึกษาถึงปัญหา และ สาเหตุของการกระทำความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติในต่างประเทศ และประเทศไทย

3. เพื่อศึกษาถึงความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ ทั้งกรณีการข่มขืนกระทำชำเรา และสมัครใจยินยอม ดังต่อไปนี้

3.1 กรณีทั้งสองฝ่ายมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต เช่น บุพการี กับผู้สืบสันดาน พี่กับน้อง และลุง ป้า น้า อา กับหลาน

3.2 กรณีทั้งสองฝ่ายไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต เช่น พ่อเลี้ยง กับลูกเลี้ยง และผู้รับบุตรบุญธรรม กับบุตรบุญธรรม

4. เพื่อนำเสนอทางเลือกใหม่ในการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติในประเทศไทย

4. วิธีการดำเนินการวิจัย

ใช้วิธีวิจัยทางเอกสาร โดยค้นหาข้อมูลจากเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศวิทยานิพนธ์ หนังสือ วารสาร ตำบทยกกฎหมาย บทความ และเอกสารที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนคำพิพากษาของศาล และความเห็นของนักนิติศาสตร์และนักวิชาการแขนงอื่นๆ

5. ขอบเขตการศึกษา

การวิจัยนี้มุ่งศึกษาความเป็นมาและวิเคราะห์กฎหมายในความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติของประเทศไทย ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน รวมทั้งศึกษาด้านจิตวิทยา สังคมวิทยา และชีววิทยา โดยศึกษาเปรียบเทียบกับความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายของไทยในอนาคต

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทราบถึงประวัติความเป็นมาและแนวคิดที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างญาติสนิทร่วมสายโลหิตของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศสและไทย
2. ทราบถึงสภาพปัญหา สาเหตุและแนวทางในการบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับแก่กรณีความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างญาติสนิทร่วมสายโลหิตในต่างประเทศ
3. ทราบถึงบทลงโทษ และลักษณะของการกระทำความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ ที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา และที่สมัครใจยินยอม ในกรณีที่ทั้งสองฝ่ายมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต และกรณีที่ทั้งสองฝ่ายไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต
4. ทราบถึงแนวทางที่เหมาะสมและเหตุผลในการที่จะให้มีการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติในประเทศไทย และการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285

บทที่ 2

แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศ

ในบทนี้จะศึกษาถึงแนวคิด และความเป็นมาในการกำหนดความผิดทางเพศ ความหมายของความผิดปกติทางเพศ สาเหตุการกระทำความผิด ประเภทของการกระทำความผิดทางเพศ สภาพปัญหาและสาเหตุ ตลอดจนศึกษาปัจจัยทางสังคมว่ามีปัจจัยใดบ้างที่มีอิทธิพลเอื้อต่อการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ เพื่อหาทางป้องกันและแก้ไข รวมถึงลักษณะบุคลิกของผู้กระทำความผิด และเชื่อ ว่ามีลักษณะอย่างไร นอกจากนี้ยังได้ศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับ การคุ้มครองผู้เสียหาย เพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาต่อไป

1. ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับความผิดทางเพศ

1.1 ความเป็นมาของการกำหนดความผิดทางเพศ

การห้ามร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ คือการห้ามญาติพี่น้องอยู่กินสมรสกันนั่นเอง ซึ่งมีศัพท์ในภาษาอังกฤษเรียกว่า “Incest taboo” คำว่า “incest” หมายความว่าร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ ที่จารีตประเพณีของสังคมกำหนดไว้ว่าห้ามสมรสกัน เช่น การร่วมประเวณีระหว่าง พ่อกับลูกสาว แม่กับลูกชาย หรือพี่กับน้อง เป็นต้น ส่วนคำว่า “taboo” หรือ “tabu” แปลว่า สิ่งต้องห้าม หรือการกำหนดห้าม ที่มีบทลงโทษสำหรับผู้ละเมิด ข้อห้ามในการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติเป็นข้อกำหนดที่นักมนุษยวิทยาส่วนมากยอมรับว่าพบได้ในสังคมมนุษย์ทุกสังคมตั้งแต่สังคมดั้งเดิมโบราณจนถึงสังคมสมัยใหม่¹ ในประเทศยุโรปศาสนาคริสต์มีอิทธิพลอย่างมากต่อกฎหมาย ความเชื่อ และจารีตประเพณี โดยการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติถือเป็นบาปอย่างร้ายแรง เป็นสิ่งต้องห้าม มีความผิดตามกฎหมายศาสนา ซึ่งในสมัยโบราณนักกฎหมายศาสนาคริสต์ก็มีการกล่าวขานถึงเรื่องเล่าของปราชญ์ อริสโตเติล ที่ว่า “มีม้าตัวหนึ่งได้ถูกผูกตาแล้วนำมาผสมกับแม่ของมันเอง เมื่อเอาผ้าผูกตาออกม้าตัวนั้นก็เกิดความกลัวที่ชั่วร้ายไว้ ได้กระโจนตกหน้าผาลงไปตายทันที” ซึ่งเรื่องนี้ได้ทำให้เกิดความรู้สึกในทางที่ไม่ดีไปอย่างกว้างขวาง และในตำนานของกรีกโบราณก็ได้กล่าวถึงการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติในพวกเทพเจ้าด้วย เช่น ในระหว่างเทพเจ้า อีดิปัส (Oedipus) กับพระมารดา และในพระ

¹ ประสิทธิ์ สวาสดิ์ญาติ. ระบบเครือญาติและการจัดระเบียบสังคม. กรุงเทพฯ : โครงการตำรา คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533, หน้า 24 – 25.

คัมภีร์ไบเบิลก็มีการกล่าวถึงเรื่องการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติ ระหว่าง ลีอท (Lot) กับ ซาโลเม (Salome) อีกด้วย

คำว่า อินเซสท์ มาจากภาษาละตินว่า “ อินเซสตุ่ม ” (incestum) ซึ่งแปลว่าไม่บริสุทธิ์ หรือคำ² การร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาตินี้เป็นสิ่งต้องห้ามในทุกวัฒนธรรมจากการศึกษา 250 วัฒนธรรมไม่พบว่า มีสังคมไหนยอมรับการร่วมประเวณีและแต่งงานระหว่างพ่อกับลูกสาว แม่กับลูกชาย หรือในระหว่างพี่น้อง³

เมอร์ด็อก (Murdock) ได้กล่าวว่า การห้ามร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติที่เป็นเพศตรงข้ามกัน นั้นเป็นสิ่งต้องห้ามสากล จะมีข้อยกเว้นก็เฉพาะการร่วมประเวณีในระหว่างพี่น้อง (sibling) ในสังคมโบราณ บางสังคมเท่านั้น ซึ่งข้อยกเว้นนี้ในทางมนุษยวิทยาเรียกว่า “ อินเซสท์ ทางราชสันตติวงศ์ ” (dynastic incest) ซึ่งพบว่าการถือปฏิบัติในกลุ่มราชวงศ์ หรือชนชั้นปกครองในเผ่าอินคา (Inca) แห่งเปรู ราชวงศ์ของ ฮาวาย และอียิปต์ โดยคนกลุ่มนี้มีความเชื่อว่าพวกตนไม่ใช่คนธรรมดาสามัญแต่สืบเชื้อสายมาจากสวรรค์ หรือ เป็นการสร้างสรรค์พิเศษมาจากสิ่งศักดิ์สิทธิ์ หรือพระเจ้า จึงจำเป็นต้องรักษาความสูงส่งบริสุทธิ์ของสายเลือด เอาไว้ไม่ให้ไปปะปนกับคนอื่น การสมรสกับสามัญชนจะทำให้สายเลือดเสื่อมทรามลง ดังนั้นกลุ่มราชวงศ์ หรือชนชั้นปกครองเหล่านี้จึงมีธรรมเนียมให้พี่น้องที่เกิดจากพ่อแม่เดียวกันสมรสกันได้⁴

มีนักมนุษยวิทยาจำนวนไม่มากนักที่คัดค้านในเรื่องความเป็นสากลของการห้ามร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติในสังคมมนุษย์ แต่ที่มีการถกเถียงกันมากก็คือเรื่องความเป็นมาของข้อห้ามดังกล่าว ในคริสต์ศตวรรษที่ 19 และตอนต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 มีนักวิชาการหลายท่านได้กล่าวถึง ความเกี่ยวข้องกัน ระหว่างข้อห้ามในการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติกับธรรมเนียมของสังคมต่างๆ เช่น จอห์น แม็คเลนแนน (John McLennan) ได้เสนอความคิดของเขาว่าการถือปฏิบัติในเรื่องการฆ่าทารกเพศหญิง (Female Infanticide) น่าจะเป็นที่มาของการกำหนดข้อห้ามไม่ให้มีการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ โดยกล่าวว่า ในสังคมมนุษย์ เริ่มแรกล้วนมีการถือปฏิบัติในเรื่องการฆ่าทารกเพศหญิง เพราะเนื่องจากสภาพของสังคมในขณะนั้นมนุษย์มีความขัดแย้ง ต้องต่อสู้แข่งขันกันระหว่างกลุ่มต่างๆ เพื่อความอยู่รอด และเพื่อให้กลุ่มของตนเองสามารถต่อสู้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงมีความจำเป็นต้องลดภาระที่ต้องเลี้ยงดูสมาชิกที่ไม่ได้ประโยชน์ หรืออ่อนแอให้น้อยลงนั่นคือการฆ่าทารกเพศหญิง การลดจำนวนทารกเพศหญิงนั้นมีผลทำให้เด็กผู้หญิงที่จะเติบโตเป็นสาว

² สุวัทนา อารีพรรค. ความผิดปกติทางจิต. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524, หน้า 400.

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 400.

⁴ ประสิทธิ์ สวัสดิ์ญาติ. ระบบเครือญาติและการจัดระเบียบสังคม . กรุงเทพฯ : โครงการตำราคณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533, หน้า 25.

และพร้อมที่จะทำหน้าที่เป็นภริยาลดจำนวนลง ทำให้พวกผู้ชายต้องออกไปหาหญิงจากที่อื่นมาเป็นภริยาและแม่ในเวลาต่อมาการถือปฏิบัติในเรื่องการฆ่าทารกเพศหญิงจะลดลง และการสู้รบกันระหว่างกลุ่มจะไม่ค่อยมีแล้วก็ตาม แต่ธรรมเนียมในการหาคู่ครองนอกกลุ่มของตนเองก็ยังคงมีอยู่เรื่อยมา จึงทำให้เกิดการสร้างหรือกำหนดข้อห้ามการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติขึ้น เพื่อเป็นการบังคับ หรือควบคุมให้มีการสมรสกันนอกกลุ่ม⁵

นักจิตวิทยา ชื่อ ซิกมันด์ ฟรอยด์ (Sigmund Freud) ถือว่าการห้ามร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติเป็นผลมาจากกระบวนการทางจิตวิทยาที่เป็นสากล ซึ่งเขาได้เสนอภาพความต่อเนื่องของเหตุการณ์ที่ทำให้เกิดข้อห้ามการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติว่าในระยะเริ่มมีกลุ่มมนุษย์เกิดขึ้นบนโลก สังคมมนุษย์จะเป็นสังคมขนาดเล็กโดยผู้เป็นพ่อจะมีอำนาจสูงสุด ผู้หญิงในครอบครัวทุกคนจะต้องเป็นสมบัติของพ่อคนเดียว ลูกชายเมื่อเติบโตเป็นหนุ่มจะถูกไล่ออกจากบ้านเพราะกลัวจะไปแย่งผู้หญิงของพ่อ ต่อมาลูกชายได้รวมตัวกันต่อสู้แย่งชิงอำนาจจากพ่อ และฆ่าพ่อตาย อำนาจของพ่อก็สิ้นสุดลงแต่การกระทำดังกล่าวแม้ว่าบรรดาลูกชายจะเป็นฝ่ายชนะและมีอำนาจขึ้นมาแทนพ่อก็ตาม แต่บรรดาลูกชายนั้นได้สำนึกผิด จึงตกลงกันไม่ยุ่งเกี่ยวกับผู้หญิงที่เคยเป็นสมบัติของพ่อ เมื่อจะหาภริยาจึงไปสมรสกับผู้หญิงนอกกลุ่มทำให้การสมรสกับผู้หญิงนอกกลุ่มนี้สืบทอดมาถึงผู้ชายในรุ่นหลัง ๆ และทำให้มีการกำหนดข้อห้าม การร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติขึ้นเพื่อให้การสมรสนอกท้องถิ่นหรือนอกวงศ์ญาติได้ผล อย่างไรก็ตามความคิดของ ฟรอยด์ ดังกล่าวก็ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากจากนักวิชาการหลายฝ่าย เนื่องจากขาดหลักฐานที่จะมาสนับสนุนความคิดของเขาว่าเหตุการณ์ดังกล่าวมาจะเกิดขึ้นจริง ๆ และประการสำคัญเขาไม่อาจให้คำตอบได้ว่าได้อาศัยมูลเหตุอะไรที่ทำให้บรรดาลูกชายรู้สึกผิดในการกระทำของตนแล้วจึงไปสมรสกับผู้หญิงนอกกลุ่ม และสามารถถ่ายทอดความรู้สึกผิดต่อการกระทำดังกล่าวไปยังคนรุ่นหลังให้คล้อยตามได้⁶

นักวิชาการอีกท่านหนึ่งที่พยายามหาเหตุผลมาอธิบายถึงที่มาของการห้ามร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติโดยอาศัยแนวความคิดทางจิตวิทยา คือ เอ็ดเวิร์ด เวสเตอร์มาร์ค (Edward Westermarck) ซึ่งเชื่อว่าการที่สมาชิกของครอบครัวอันประกอบไปด้วยพ่อ แม่ และลูก ได้อยู่ร่วมกันใกล้ชิดสนิทสนมกันเป็นระยะเวลายาวนาน โดยเฉพาะบรรดาลูก ๆ ที่ถูกเลี้ยงดูมาตั้งแต่เด็ก ความใกล้ชิดดังกล่าวได้สร้างความผูกพันในความเป็นพี่น้องเกิดขึ้น ความรู้สึกต่อกันในด้านชู้สาวนั้นจะไม่มี ภายในครอบครัวสมาชิกจะมีความรู้สึกร่วมกันในลักษณะที่ต่อต้านความสัมพันธ์ทางเพศของสมาชิกที่เป็นญาติกัน และเพื่อตอบสนองความรู้สึกต่อต้านเรื่องเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติพี่น้องดังกล่าวจึงได้มีการกำหนดห้ามร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติขึ้นมาในที่สุด

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 25-26.

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

สมมติฐานในเรื่องดังกล่าวข้างต้นของ เวสเตอร์มาร์ค ได้รับความสนใจและการยอมรับจากนักวิชาการในรุ่นหลัง ๆ อยู่มา⁷

เมื่อพิจารณาในด้านโครงสร้างทางสังคมนิกมมนุษย์วิทยาส่วนมากมีความเห็นตรงกันว่าการร่วมประเวณีของคนในครอบครัวจะต้องถูกห้ามปราม และยับยั้ง หากไม่แล้วความสามัคคี ความสุขภายในครอบครัวจะสูญเสียไป เนื่องจากถ้ายอมให้มีการร่วมประเวณีกันในครอบครัวได้แล้วก็จะเกิดการอิจฉาริษยากันระหว่างสมาชิกในครอบครัวทำให้ครอบครัวแตกสลายได้ นอกจากนั้นยังจะเป็นการทำลายสิทธิอำนาจของบิดามารดาหรือความเป็นที่นื่องได้ ในกรณีที่พ่อแต่งงานกับลูกสาวหรือแม่แต่งงานกับลูกชาย รวมทั้งพี่น้องสมรสกันเอง จะก่อให้เกิดการสับสนในการปกครองของครอบครัว จะมีความสับสนในบทบาททั้งในด้านสายโลหิตและในการสมรส จะมีปัญหาในด้านคำศัพท์ทางเครือญาติที่จะต้องใช้ติดต่อกัน การอบรมสั่งสอน หรือขัดเกลาทางสังคมก็จะมีปัญหาเช่นกัน กล่าวโดยสรุปแล้วการที่ญาติพี่น้องในครอบครัวร่วมประเวณีระหว่างกันเองนั้นจะก่อให้เกิดผลเสียในด้านโครงสร้างทางสังคมหลายประการดังกล่าว จึงจำเป็นจะต้องมีการกำหนดข้อห้ามในการร่วมประเวณีกันในระหว่างเครือญาติขึ้น นอกจากนั้นการห้ามบุคคลที่เป็นญาติสมรสกันทำให้ผู้ที่สมรสต้องไปสมรสกับบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ญาติของตน ทำให้สังคมโดยรวมมีความเป็นปึกแผ่นและความมั่นคงขึ้น⁸

เหตุผลอีกประการหนึ่งที่มีการกล่าวถึงมานานแล้วเกี่ยวกับการห้ามร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ นั่นคือเหตุผลทางชีววิทยาซึ่งนักมนุษย์วิทยารุ่นแรก ๆ เช่น แอล . เอช . มอร์แกน (L.H. Morgan) และ เอ็ดเวิร์ด เวสเตอร์มาร์ค (Edward Westermarck) ได้กล่าวว่าแม่แต่มนุษย์ในสังคมดั้งเดิมยังตระหนักถึงผลเสียทางด้านชีววิทยาที่จะเกิดจากการที่เครือญาติพี่น้องมา ร่วมประเวณีระหว่างกัน เช่น อาจมีผลทำให้เด็กที่เกิดมามีความพิการทางสมอง หรือมีความพิการทางร่างกายในที่สุดจะมีผลเสียต่อสังคมส่วนรวม คือ การเกิดความเสื่อมลงในทางพันธุศาสตร์ (genetic deterioration) ดังนั้นสังคมมนุษย์จึงหามาตรการป้องกันไม่ให้ผลอันไม่พึงประสงค์ดังกล่าวเกิดขึ้น โดยการกำหนดข้อห้ามร่วมประเวณีในระหว่างญาติสนิทร่วมสายโลหิตขึ้นมาบังคับกับสมาชิกของตน⁹

เมื่อมีข้อห้ามก็ต้องมีบทลงโทษสำหรับผู้ละเมิดฝ่าฝืน ส่วนการลงโทษผู้ที่ละเมิดฝ่าฝืนข้อห้ามนั้น จะมีความหนักเบาแตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับว่าในแต่ละสังคมนั้นๆ จะเห็นเป็นเรื่องร้ายแรงหรือไม่ เช่น บางสังคมเห็นว่าไม่ใช่อาชญากรรมรุนแรงอะไร ก็จะลงโทษเพียงว่ากล่าวตีดุเตนเท่านั้น เช่น เผ่า ดาโกต้า อินเดีย (Dakota Indian) และเผ่า คอมมานเช่ (Comanche) ในอเมริกาเหนือ เป็นต้น แต่ในบางสังคมถือว่าการฝ่าฝืนข้อ

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26-27.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 27.

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 27-28.

ห้ามร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติเป็นเรื่องรุนแรง มีการลงโทษถึงชีวิต เช่น พวกบาทลีโบราณ หรือส่วนใหญ่ของบรรดาชนพื้นเมืองในออสเตรเลีย ทั้งนี้ในบาทลีสมัยโบราณการลงโทษในความผิดดังกล่าวจะรุนแรงและมีพิธีการหลายอย่างซึ่ง เบลโล (Belo) นักมนุษยวิทยาศึกษาพบว่าคู่กรณีที่ฝ่าฝืนกฎข้อห้ามดังกล่าวจะถูกจับมาตีจนแตกแล้วถูกบังคับให้กลานไปดื่มน้ำล้างรางหมู หลังจากนั้นจะถูกขับไล่ออกจากหมู่บ้านไปตลอดชีวิต ทรัพย์สิน เช่น บ้าน ที่ดิน จะถูกยึดหมด หมู่บ้านอื่น ๆ ก็จะไม่ให้เข้าไปอาศัย เพราะเกรงว่าบุคคลที่กระทำความผิดศีลธรรม หรือข้อห้ามของเผ่าดังกล่าวจะนำโชคร้ายและความหายนะมาสู่หมู่บ้านของตน ทางออกของผู้ละเมิดฝ่าฝืนกฎข้อห้ามร่วมประเวณีระหว่างญาติก็คือ ต้องพากันหนีไปอยู่อย่างโดดเดี่ยวตามลำพังในป่าลึกที่มีอันตรายรอบด้านซึ่งอาจจะเสียชีวิตในที่สุด¹⁰

ในประเทศไทยซึ่งนับถือศาสนาพุทธเป็นศาสนาประจำชาติการกระทำความผิดทางเพศ เช่น การข่มขืนกระทำชำเรา หรือการอนาจารล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้อื่นนั้นถือว่าเป็นข้อต้องห้ามในทางพุทธศาสนา ประการหนึ่งที่สำคัญยิ่ง ดังปรากฏในศีล ข้อ 3 ที่ว่า “กามสุมิจจา จารา เวรมณี สิกขาปทํ สมာธิยามิ” ซึ่งมีความหมายว่า “พึงงดเว้นการล่วงเกินบุตรภริยาของผู้อื่น”¹¹ จาริตประเพณี ศาสนาและศีลธรรมมีส่วนสำคัญในการก่อให้เกิดกฎหมายและการปฏิบัติตามกฎหมาย เมื่อกฎหมายสอดคล้องกับจาริตประเพณี ศาสนา และศีลธรรม การบังคับให้ปฏิบัติตามกฎหมายก็ลงไม่ยาก เพราะผู้ที่คิดจะฝ่าฝืนก็คงต้องคำนึงถึงอยู่เสมอว่าตนมิได้ฝ่าฝืนเฉพาะแต่กฎหมายเท่านั้นแต่ยังฝ่าฝืนมาตราการอื่น ๆ ที่ควบคุมสังคมอยู่ด้วย เช่นหลักศีลธรรมทางศาสนาเป็นต้น¹² ดังจะเห็นได้จากกฎหมายไทยแต่โบราณได้มีการลงโทษผู้กระทำความผิดฐานล่วงเกินบุตรและภริยาของผู้อื่นในทางอนาจารหรือประเวณีโดยถือว่าเป็นความผิดต่อเสรีภาพและชื่อเสียงเกียรติคุณของผู้อื่นแล้วยังเป็นการล่วงละเมิดศีลในทางศาสนาซึ่งถือเป็นการทำลายขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมอันดีงามของไทยอย่างร้ายแรงอีกด้วย เพราะตามจาริตประเพณีของไทยแต่โบราณนั้น แม้เพียงจับเนื้อต้องตัวกันระหว่างหญิงและชาย ก็ถือว่าเป็นที่เสียหายแก่หญิงแล้ว และถ้าถึงขนาดขยี้ยอดมือถือเอาน หรือลักลอบพูดจากับภริยาของผู้อื่นในกฎหมายลักษณะฝ่าฝืนถือว่ามีความผิด “ต้องโทษปรับไหม”¹³

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 28-29.

¹¹ ประสิทธิ์ พัฒนอมร. “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522, หน้า 13.

¹² เกียรติขจร วจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542, หน้า 1-2.

¹³ ประสิทธิ์ พัฒนอมร. “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522, หน้า 13.

กฎหมายอาญาและศีลธรรมนั้นมีความเกี่ยวพันกัน ความผิดอาญาที่ร้ายแรง เช่น ฆ่าคน ชิงทรัพย์ ข่มขืน ล้วนแต่ผิดศีลธรรมทั้งสิ้น อย่างไรก็ตามมีหลายกรณีด้วยกันที่ถือว่าผิดศีลธรรมแต่ไม่ผิดกฎหมายอาญา เช่น การพุดโคก (เว้นแต่จะเป็นการแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงานหรือนอโกงเป็นต้น) การดื่มสุรา (เว้นแต่จะเมาจนครองสติไม่ได้และส่งเสียงอะอะโววายในสาธารณะสถาน) การทำชั่วเห็นได้ชัดว่าผิดศีลธรรมแต่ในประเทศไทยไม่ถือว่าผิดกฎหมายอาญา ตัวอย่างเช่น การที่พระภิกษุ ร่วมประเวณีกับหญิงในกุฏิของพระภิกษุ ซึ่งอยู่ในบริเวณวัดเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรม และ “ไม่สมควรอย่างยิ่ง” แต่ไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 206 ฐานเหยียดหยามศาสนา (ฎีกาที่ 736/ 2505) หรือกรณีการร่วมเพศกับคนเพศเดียวกัน (homosexual) หรือกรณีการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ (incest) โดยความยินยอม (เว้นแต่ฝ่ายหญิงจะมีอายุไม่เกิน 15 ปี) นอกจากนี้มีการกระทำบางอย่างที่ไม่ผิดศีลธรรมแต่ผิดกฎหมายอาญา เช่น กรณีความรับผิด โดยเด็ดขาดในทางอาญาคือ ไม่เจตนา ไม่ประมาท แต่กฎหมายก็ยังบัญญัติว่าการกระทำนั้น ๆ เป็นความผิด เช่น ความผิดลหุโทษ เป็นต้น ดังนั้นจะเห็นได้ว่าศีลธรรมและกฎหมายอาญานั้นไม่ได้สอดคล้องต้องกันทุกกรณี เราจึงจะใช้ศีลธรรมเป็นเครื่องกำหนดความผิดอาญาเสมอไปคงจะไม่ได้ เพราะสิ่งซึ่งผิดศีลธรรมของศาสนาอย่างชัดเจน เช่น การพุดโคก การดื่มสุรา สังคมโดยทั่วไป ไม่ถือว่าเป็นความผิดทางอาญา (เว้นแต่บางสังคมซึ่งนำหลักศาสนามาเป็นหลักกฎหมาย)¹⁴ ท่านศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ให้นิยามคำว่า “ศีลธรรม” ไว้ว่าหมายถึง “ความรู้สึนึกคิดของมนุษย์ว่าการกระทำอย่างไรเป็นการกระทำที่ ชอบ การกระทำอย่างไรเป็นการกระทำที่ผิด” ตัวอย่างเช่น การร่วมเพศกับบุคคลเพศเดียวกัน (homosexual) หรือการร่วมเพศแบบวิถิตาร (sodomy) นั้น ในทางตะวันตกมีความคิดออกเป็นสองทาง โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการสมยอมระหว่างคู่กรณีที่บรรลุนิติภาวะแล้วและไม่ทำให้เกิดอันตรายต่อคนอื่น ๆ กฎหมายอาญาจึงไม่ควรเข้าไปเกี่ยวข้องด้วยเลย นักกฎหมายผู้ที่มีความเห็นในแนวนี้ คือ เอช.แอล.เอ.ฮาร์ต (H.L.A.Hart) ซึ่งได้รับแนวความคิดประเภทเสรีนิยมนี้มาจาก จอห์น สจิวต์ มิลล์ (John Stuart Mill) ซึ่งมิลล์ ให้ความเห็นว่า “เหตุผลในการใช้อำนาจเหนือบุคคลในสังคมที่เจริญแล้วมีอยู่เพียงประการเดียวเท่านั้น คือ เพื่อป้องกันภัยอันที่จะเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น ๆ” จะใช้อำนาจนั้นโดยอ้างว่า “เพื่อให้กายและใจของบุคคลนั้นดีขึ้นย่อมไม่เป็นการเพียงพอ บุคคลไม่อาจที่จะถูกบังคับโดยชอบธรรมให้กระทำหรือละเว้นการกระทำ โดยอ้างว่าจะทำให้เขาดีขึ้น หรือจะทำให้เขามีความสุขขึ้น หรือในสายตาของผู้อื่น การกระทำ หรือละเว้นการกระทำจะทำให้บุคคลนั้นฉลาดหรือถูกต้องขึ้น¹⁵ อย่างไรก็ตามผู้ที่มีความเห็นในทางตรงข้าม คือ แพตริก เดฟลิน (Patrick Devlin) ซึ่งเห็นว่า การกระทำดังกล่าวต้องเป็นความผิดอาญา เพราะกฎหมายอาญาและศีลธรรมนั้นมีความ

¹⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญากฎ 1. พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542, หน้า 2.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2-3.

เกี่ยวพันกันอย่างใกล้ชิด เดฟลิน เห็นว่าสมควรอย่างยิ่งที่จะใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการส่งเสริมศีลธรรมให้คงอยู่ในสังคม เดฟลิน ได้แสดงความคิดของเขาในหนังสือชื่อ The Enforcement of Morals ว่า “การปราบปรามสิ่งชั่วร้ายเหล่านี้เป็นหน้าที่ของกฎหมายมากพอ ๆ กับการปราบปรามการกระทำการก่อการร้ายต่าง ๆ เพื่อลบล้างเปลี่ยนแปลงสังคมทีเดียว” เพราะหากปล่อยให้มีการกระทำอันผิดศีลธรรมเช่นนั้นอยู่ในสังคมได้โดยไม่ถือว่าเป็นความผิดแล้วก็จะมิผลเป็นการกีดกร่อนสังคมให้พังทลายลงไปในที่สุดซึ่ง เดฟลินได้รับแนวคิดในเรื่องกฎหมายอาญาและศีลธรรมมาจาก เจมส์ ฟิตส์เจมส์ สตีเฟน (James Fitzjames Stephen) นักประวัติศาสตร์กฎหมายของอังกฤษ โดย เจมส์ มีแนวคิดคัดค้านความคิดของ จอห์น สจ๊วต มิลล์¹⁶ และเซอร์เบิร์ด แอล แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer) ได้วางหลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณาว่าการกระทำนั้นควรจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ไว้ 6 ประการดังนี้¹⁷

1. การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่มชนส่วนมากกว่า เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคมและหมู่มชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น
2. ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่าง ๆ
3. การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น โดยการถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญา จะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้ลดน้อยลงไป
4. หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน
5. การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดกระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ
6. ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

จะเห็นได้ว่าความผิดอาญาที่ร้ายแรงต่าง ๆ เช่น ฆ่าคนตาย ชิงทรัพย์ ได้ผ่านหลักเกณฑ์ 6 ประการดังกล่าวของ แพ็กเกอร์ ทั้งสิ้น แต่สำหรับการกระทำที่ผิดศีลธรรมแท้ๆ หรือที่เรียกว่า “Moral Offenses เช่น การทำชู้ การร่วมประเวณีแบบวิถิดาร รักร่วมเพศ นั้นน่าจะต้องวิเคราะห์ว่าได้ผ่านหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาแล้วทุกข้อหรือไม่

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 3.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

นอกจากหลักเกณฑ์ในการที่จะพิจารณาว่าการกระทำอย่างใดจะถือเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น ข้อพิจารณาอีกประการที่สำคัญของ กฎหมายอาญาที่มีความแตกต่างกับกฎหมายแพ่งนั้น คือสาระสำคัญตรงหลักที่ว่ากฎหมายอาญานั้นเป็นกฎหมายมหาชน เป็นเรื่องระหว่างรัฐกับเอกชน แต่กฎหมายแพ่งเป็นกฎหมายเอกชน เป็นเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชน วัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญาก็เพื่อแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำความผิดให้เป็นคนดี เพื่อข่มขู่ เพื่อแก้แค้นทดแทน และเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม สำหรับหลักเกณฑ์ในการที่จะกำหนดว่าการกระทำอย่างใดเป็นความผิดอาญา หรือรับผิดเฉพาะทางแพ่ง หรือทั้งสองอย่างนั้น เสด็จในกรมหลวงราชบุรี ใต้นิพนธ์เรื่องนี้ไว้ในเล็กเซอร์กฎหมายว่า

“บางทีก็มีคนว่า การที่ทำผิดโทษเพียงแพ่งนั้น ผิดกับการที่ทำผิดโทษถึงอาญา ด้วยเหตุว่าคนที่ทำผิดไม่ได้ทำโดยรู้สึกตนว่าที่กระทำอยู่นั้นเป็นการชั่ว ในทางอาญานั้นรู้ในใจว่าตนทำสิ่งที่ไม่ควร อธิบายดังนี้ดู มัวหมองยิ่งกว่าอื่นที่เหมือนว่าต้องการเจตนาทุกรายไป ซึ่งไม่ตรงกับความเป็นจริง เพราะเดินเล่อโดยแท้ ก็จะไปคุกได้ มีเงินแล้วไม่ใช่หนี้เขา ก็ควรรู้ว่าไม่เป็นการที่ต้องกับความซื่อสัตย์ แต่โทษไม่ถึงอาญาเลย เช่นนี้เหมือนกันทุกประเทศ แท้จริงตกลงเสียดีกว่าว่าไม่มีหลักที่จะเกณฑ์เอาได้เป็นสิ่งที่รัฐบาลจะกำหนดเท่านั้นเอง ว่าการอย่างไรจะทำโทษหนัก การอย่างไรจะทำโทษเบา เพิ่มขึ้นลดลงตามสมัย”¹⁸

สำหรับประเทศไทยในอดีตก็ได้มีข้อห้ามร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติโดยถือปฏิบัติทั้งในลักษณะที่เป็นหลักศีลธรรม ประเพณี และกฎหมาย ด้านกฎหมายนั้นจึงได้มีการกำหนดห้ามร่วมประเวณีในระหว่างบุคคลที่เป็นเครือญาติ เช่น พ่อ แม่ กับลูก พี่กับน้อง ปู่ ย่า ตา ยาย กับหลาน หรือหลานกับเมียของลุง ตา ปู่ อา น้ำ พี่ตนเอง เป็นต้น ในพระไอยการลักษณะศัวมัชฌิม มาตรา 35 , 36 ซึ่งผู้ที่ฝ่าฝืนจะต้องถูกลงโทษอย่างหนักคือถูกจับลอยแพในทะเลให้ออกไปจากชุมชนเพื่อไม่ให้สิ่งศักดิ์สิทธิ์ลงโทษและจะต้องนิมนต์พระสงฆ์มาทำพิธีโปรดระงับความเพื่อไล่เสนียดจัญไรซึ่งคนในสมัยนั้นถือว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นสิ่งอุบาทว์ เป็นเรื่องที่รับไม่ได้ นอกจากศาสนาคริสต์และศาสนาพุทธที่ถือว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นสิ่งต้องห้ามและเป็นบาปอย่างร้ายแรงแล้ว ในศาสนาพราหมณ์ และฮินดูก็ถือว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นสิ่งที่เลวทรามและเป็นบาปเช่นกัน

1.2 ความหมายของความผิดปกติทางเพศ

¹⁸ มานิตย์ กองชนสุวรรณ. “ความผิดฐานรับของโจร ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างระบบคอมมอนลอว์และระบบซิวิลลอว์กับกฎหมายไทย” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2543, หน้า 7-8.

การกระทำอย่างใดจะเป็นการกระทำทางเพศที่วิปริตหรือไม่นั้นมองในแง่จริยปรัชญา นักปรัชญามีความเห็นที่ว่าจุดที่จะต้องเริ่มต้นคือมโนทัศน์ (Concept) ในเรื่องกิจกรรมทางเพศ ซึ่งแบ่งได้ 2 ประเภท ประเภทแรก กิจกรรมทางเพศเป็นเพียงวิถีทางสู่จุดหมายอื่นนอกจากการสัมผัสทางกายมาเป็นลักษณะสำคัญในการบอกว่ากิจกรรมทางเพศที่ “สมบูรณ์” หรือ “ผิดปกติ” เป็นอย่างไร และกิจกรรมทางเพศใดก็ตามที่ไม่นำไปสู่จุดหมายนี้จะถือว่า “ไม่สมบูรณ์” หรือ “ไม่ปกติ” และนั่นคือ “วิปริต” จุดหมายเหล่านี้ก็ เช่น การแพร่พันธ์ การสื่อสาร หรือสำนึกระหว่างบุคคล ส่วนในประเภทที่สองจะมองว่าการวิเคราะห์หัมโนทัศน์เกี่ยวกับกิจกรรมทางเพศแบบแรกได้ละเลยความสุขทางกาย หรือสัญชาตญาณสัตว์ของมนุษย์เกินไป กิจกรรมทางเพศของพวกที่สองนี้ เกิดจากความอยาก หรือความใคร่ที่จะได้สัมผัสทางกาย หรือได้รับความสุขทางกาย กิจกรรมทางเพศจะสมบูรณ์ได้ต้องมีเงื่อนไข ดังนี้ความคิดของพวกที่สองนี้จึงไม่มีกิจกรรมทางเพศใดที่วิปริต และกิจกรรมทางเพศในตัวเองไม่เกี่ยวข้องกับจริยธรรม¹⁹

จะเห็นว่าความคิดนักปรัชญาประเภทแรก กิจกรรมทางเพศที่สมบูรณ์ต้องเป็นกิจกรรมระหว่างมนุษย์ผู้มีสำนึกและต้องสนองตอบจุดหมายเฉพาะบางอย่างของมนุษย์ เช่น ในกิจกรรมทางเพศของมนุษย์จะต้องมีองค์ประกอบทางจิตวิทยาซับซ้อนอยู่ด้วย นั่นคือ กิจกรรมทางเพศไม่ใช่เพียงการเกิดความรู้สึกอยากและความต้องการสนองความอยากเท่านั้น แต่เป็นกิจกรรมซึ่งแสดงหรือบ่งบอกทัศนคติของตนเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของตนกับโลกภายนอก และการวิเคราะห์นี้เองจะนำไปสู่ความเข้าใจลักษณะที่จะทำให้กิจกรรมทางเพศบางชนิดเป็นการกระทำทางเพศที่วิปริต กิจกรรมทางเพศที่สมบูรณ์ในความคิดของ โทมัสนาเกล (Thomas Nagel) ต้องมีองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการดังนี้²⁰

1. การแสดงออกซึ่งความต้องการที่จะกระตุ้นให้อีกฝ่ายหนึ่งตอบสนอง
2. การรับรู้ของอีกฝ่ายหนึ่งถึงความต้องการของฝ่ายแรก และการแสดงออกเพื่อสนองความต้องการนั้น
3. ฝ่ายแรกรับรู้และได้รับการกระตุ้นจากการตอบสนองนั้น

กระบวนการนี้จะต่อเนื่องกัน เป็นขั้น ๆ ความซับซ้อนของการรับรู้ถึงความต้องการและความงใจของแต่ละฝ่ายจะเพิ่มขึ้นเป็นขั้น ๆ จนเสร็จกิจกรรม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง กิจกรรมทางเพศที่สมบูรณ์จะต้องมีส่วนประกอบที่สำคัญคือ การแสดงถึงความงใจและการรับรู้ความงใจของแต่ละฝ่ายที่จะกระตุ้นอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นกิจกรรม ทางเพศที่สมบูรณ์จะต้องเป็นกิจกรรมระหว่างบุคคลที่มีความสามารถในการบ่งบอกและรับรู้

¹⁹ อรประภา สาครวาสี. “การกระทำความคิดทางเพศ : ศึกษาเฉพาะกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539, หน้า 13.

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 13-14.

ความจงใจซึ่งกันและกันหาใช่เป็นเพียงกิจกรรมระหว่างกายของบุคคล เช่นนี้ การฆ่าเรaling ของ ศพ หรือสัตว์ ถือว่าเป็นกิจกรรมทางเพศที่ไม่สมบูรณ์หรือวิปริต เพราะไม่มีการแลกเปลี่ยนความรู้เกี่ยวกับความจงใจที่จะ กระตุ้นอีกฝ่ายหนึ่งเลย ปัญหาหนึ่งของมโนทัศน์นี้คือการทำให้เกิดความขัดแย้งกับสามัญสำนึกบางเรื่อง เช่น การค้าประเวณีซึ่งฝ่ายหญิงมักจะไม่มีการแลกเปลี่ยนความตั้งใจ หรือความจงใจ ซึ่งถ้าคิดแบบนาเกลแล้วก็ต้อง บอกว่าการค้าประเวณีเป็นการกระทำทางเพศที่วิปริตด้วย แต่การใช้คำนี้กับบุคคลทั่วไปจะไม่ได้รวมการค้าประเวณีเป็นการกระทำที่วิปริตด้วย ที่สำคัญความคิดนี้จะทำให้การกระทำทางเพศระหว่างสามีภริยาซึ่งอยู่กิน กันมานานจนการร่วมเพศเป็นความเคยชินเป็นการกระทำ ทางเพศที่วิปริตไป เพราะเมื่อเป็นความเคยชินแล้ว ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอาจเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดย จำใจไม่ได้คิดจะแลกเปลี่ยนความรู้หรือความจงใจเลย²¹

โรเบิร์ต โซโลมอน (Robert Solomon) เห็นด้วยกับความคิดของนาเกลที่ว่ากิจกรรม ทางเพศ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล และการแลกเปลี่ยนความรู้เกี่ยวกับความจงใจ แต่โซโลมอนเห็นว่า ความคิดของนาเกลนั้นขาดองค์ประกอบสำคัญไปอย่างหนึ่งคือ เนื้อหาความจงใจ นั้น ๆ มโนทัศน์เกี่ยวกับ กิจกรรมทางเพศของนาเกลเน้นแต่การแลกเปลี่ยนความรู้เกี่ยวกับความจงใจที่จะกระตุ้นอีกฝ่ายหนึ่ง แต่คำว่า “กระตุ้น” นั้นกว้างมากจะต้องทราบว่ากระตุ้นนั้นเป็นการกระตุ้นเพื่ออะไร ถ้าเพียงเพื่อให้เกิดความรู้สึกสุข ทางกายอย่างเดียวแล้วโซโลมอนคิดว่าเป็นการละเลยเนื้อหาที่สำคัญที่ถูกสื่อสารโดยภาษากายระหว่างบุคคลที่ เข้าร่วมกิจกรรมทางเพศไปได้แก่ ทศนคติ และความรู้สึก อาทิ ความอาย ความต้องการเป็นใหญ่ ความกลัว ความขมอยู่ใต้บงการ ความเกลียด ความรัก ความหึงหวง ความอยากเป็นเจ้าของ เป็นต้น ดังนั้นการค้า ประเวณีจึงไม่ใช่การกระทำทางเพศที่วิปริต ขณะที่การฆ่าเรaling ของ สัตว์ หรือศพ แม้ได้รับความสุขทาง กาย แต่ขาดองค์ประกอบที่สำคัญคือ การสื่อสารความรู้สึกซึ่งกันและกัน ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่ทำให้ กิจกรรมนั้นเป็นกิจกรรมทางเพศที่สมบูรณ์ และนั่นคือการทำความผิดทางเพศที่วิปริตนั่นเองและการ กระทำทางเพศ ที่วิปริตอีกประเภทที่โซโลมอนถือว่าร้ายแรงกว่าประเภทแรกก็คือ กิจกรรมทางเพศซึ่ง ผู้เข้าร่วมกิจกรรมนั้นสื่อสารเนื้อหาที่ไม่ตรงกับทศนคติหรือความรู้สึกจริงของตน หรือพูดอีกอย่างหนึ่งคือการ โทกโดยภาษากายตามความคิดของโซโลมอน การข่มขืนกลายเป็นเรื่องสมบูรณ์แบบเพราะมีการสื่อสาร อารมณ์และความรู้สึกระหว่างผู้ข่มขืนและยังเป็นการสื่อสารที่มีเนื้อหาตรงกับความรู้สึกที่แท้จริงของคนทั้งคู่ เช่น ความเกลียด ความต้องการเป็นใหญ่ของผู้ข่มขืน และความอาย ความกลัวของผู้ถูกข่มขืน เป็นต้น²²

ซารา รุดดิก (Sara Ruddick) ให้นิยามคำว่า “กามวิปริต” ไว้ว่า หมายถึง กิจกรรมที่ ไม่ นำไปสู่การแพร่พันธุ์แต่ความคิดนี้ดูจะขัดแย้งกับสามัญสำนึกของวิญญูชนทั่ว ๆ ไปเพราะในความหมายนี้

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 14-15.

จะต้องรวมการคุมกำเนิด หรือการมีกิจกรรมทางเพศของบุคคลที่เป็นหมันไว้เป็นกามวิปริตด้วย จะเห็นว่าความคิดทั้งสามแบบนี้มีปัญหาในตัวเอง แต่อย่างน้อยก็มีสิ่งที่แฝงมากับแนวคิดทั้งสามแบบนี้ คือ แนวคิดที่ว่า การกระทำทางเพศที่วิปริตเป็นการกระทำทางเพศซึ่งเบี่ยงเบนไปจากกิจกรรมทางเพศในอุดมคติของมนุษย์²³ นอกจากนี้การพิจารณาว่าการกระทำทางเพศอย่างใดวิปริตนั้นสังคมสังคมทั่วไปอาจมองจากการผิดธรรมชาติซึ่งก็ขึ้นอยู่กับทัศนคติ กฎเกณฑ์ ในแต่ละสังคม แล้วแต่ว่าสังคมใดมีรูปแบบการกระทำทางเพศแบบใดที่พบเห็นบ่อยจนเป็นเรื่องธรรมดาไป และ แบบใดไม่ค่อยมีเกิดขึ้นก็จะถือว่าเป็นการกระทำที่วิปริตไป

คำว่า “ตามธรรมชาติ” หมายความว่ากิจกรรมหนึ่งกิจกรรมใดที่สามารถพบเห็นในธรรมชาติได้ ซึ่งจะทำให้ไม่มีสิ่งที่เรียกว่า “ผิดธรรมชาติ” หรือ “การกระทำทางเพศที่วิปริต” เลย เพราะการกระทำทางเพศที่เกิดขึ้นไม่ว่ารูปแบบใด เกิดในธรรมชาติทั้งสิ้น ส่วนความหมายของคำว่า “ผิดธรรมชาติ” ไม่ได้หมายความว่าเพียงแค่ “ผิดปกติธรรมดา” เท่านั้น แต่ยังหมายความถึง “ขัดกับธรรมชาติ” ด้วยการกำหนดสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบจะต้องสอดคล้องกับธรรมชาติ สิ่งใดที่ขัดกับธรรมชาตินั้นถือว่าเป็นธรรมชาติปัญหาที่จะต้องพิจารณาคือ การกระทำทางเพศที่วิปริตขัดกับธรรมชาติในแง่ใด²⁴

คำตอบอยู่ที่การหาจุดหมายที่แท้จริงของการกระทำทางเพศของมนุษย์ ถ้าพิจารณาในรูปของพฤติกรรม อาจกล่าวได้ว่าพฤติกรรมที่ขัดกับธรรมชาติคือพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนไปจากจุดหมายที่แท้จริงของพฤติกรรมทางเพศ ถ้าสำรวจในผลงานในเรื่องนี้จะเห็นว่าส่วนหนึ่งจะเชื่อว่า จุดหมายที่แท้จริงของพฤติกรรมทางเพศคือการแพร่พันธุ์ เช่น ผลงานของพลาโต (Plato) ชื่อ Phaedrus และ Laws ซึ่งจะโยงไปถึงว่าถ้าพฤติกรรมทางเพศมิได้มีจุดมุ่งหมายในการแพร่พันธุ์ พฤติกรรมนั้นถือว่าเป็นสิ่งต้องห้าม เช่น การรักร่วมเพศ นั่นคือจะโยงการแพร่พันธุ์ (จุดหมายตามธรรมชาติ) กับความถูกต้องในการมีกิจกรรมทางเพศ หรือความคิดของพวกจูโด – คริสเตียน (Judeu Christian) เชื่อว่าทุกสิ่งในโลกได้ถูกวางแผนและวาดมาแล้วโดยพระเจ้า พระเจ้ามิได้แต่ทรงกำหนดกฎเกณฑ์ หรือระเบียบความสม่ำเสมอในโลกธรรมชาติเท่านั้น แต่ยังกำหนด “กฎทางธรรมชาติ” ที่มนุษย์จะต้องปฏิบัติตามด้วย ดังนั้นกิจกรรมทางเพศ เช่น การรักร่วมเพศ จึงอาจเรียกได้ว่าเป็นการกระทำทางเพศที่เบี่ยงเบนไปจากกฎธรรมชาติในการใช้อวัยวะเพศ ซึ่งพระเจ้าประทานให้มาเพื่อจุดมุ่งหมายในการแพร่พันธุ์ อีกความคิดหนึ่งที่โยงการแพร่พันธุ์กับจุดหมายที่แท้จริงตามธรรมชาติของ

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 15.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 15-16.

กิจกรรมทางเพศคือความคิดของ ซาราห์ รูดคิก ซึ่งมีพื้นฐานมาจากทฤษฎีวิวัฒนาการเกี่ยวกับบทบาทของกิจกรรมทางเพศ รูดคิกได้กล่าวไว้ว่า²⁵

“มาตรการในการแบ่งแยกกิจกรรมทางเพศว่าเป็นไปตามธรรมชาติ หรือศีลธรรมชาตินั้น ขึ้นอยู่กับว่ากิจกรรมทางเพศเป็นไปตามธรรมชาติก็จะต้องตอบสนองหรือสามารถตอบสนองจุดหมายทางวิวัฒนาการ และชีววิทยาของกิจกรรมทางเพศได้ นั่นคือ การแพร่พันธุ์ กามารมณ์ที่เป็น “ตามธรรมชาติ” นั้น เป็นอารมณ์ที่มีต่อบุคคลต่างเพศที่มีชีวิต และโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่อยู่ในชั้นพร้อมที่จะมีบุตร “จุดหมาย” ของกามารมณ์ที่เป็น “ตามธรรมชาติ” คือ การได้มีการกระทำทางเพศทางอวัยวะสืบพันธุ์”

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นถึงความหมายของการกระทำทางเพศที่วิปริต โดยพิจารณาจากความหมายของการกระทำทางเพศที่สมบูรณ์ ทั้ง 3 แบบ (ความสำนึกระหว่างบุคคล การสื่อสารทางอารมณ์ การแพร่พันธุ์) จะเห็นว่าในสองความหมายแรกนั้น การรักร่วมเพศไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำทางเพศที่วิปริตเพราะมิได้เบี่ยงเบนไปจากความสัมพันธ์ในทัศนคติของมนุษย์ ในขณะที่การชำเราต่อสิ่งของ สฟ สัตว์ หรือการชอบแอบดู อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำทางเพศที่วิปริต ในขณะที่รักร่วมเพศจะกลายเป็นการกระทำทางเพศที่วิปริตในความคิดเรื่องจุดหมายทางธรรมชาติ (การแพร่พันธุ์)

นับตั้งแต่วันแรกที่มนุษย์เกิดมา การเจริญเติบโตและพัฒนาการทางเพศได้ดำเนินควบคู่ไปกับพัฒนาการทางด้านอื่นๆของชีวิต ตามธรรมชาติของมนุษย์ทารกจะเจริญเข้าสู่วัยเด็ก วัยก่อนเข้าสู่วัยรุ่น วัยรุ่น วัยหนุ่มสาว วัยผู้ใหญ่ และวัยชราตามลำดับ สำหรับลักษณะทางเพศ หรือความเป็นเพศของคนโดยทั่วไปจะเป็นไปตามปกติวิสัย คือมีการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมทางด้านต่าง ๆ ได้เหมาะสมกับเพศและวัย เช่น พฤติกรรมในเรื่องทัศนคติ ต่อเพศตรงข้าม ความรัก การวางตัว การเกี่ยวพาราสี ท่วงทีวาจา กิริยา ท่าทาง ความรู้สึกทางเพศ หรือกามารมณ์ และทำที่ต่อการร่วมเพศ ฯลฯ

พฤติกรรมเหล่านี้ปกติจะเป็นไปตามธรรมชาติและสอดคล้องกับประเพณี ศีลธรรม และวัฒนธรรม
²⁶ แต่ถ้าหากพัฒนาการทางเพศหยุดหรือชะงัก หรือมีพัฒนาการไปในทางที่ไม่ถูกต้อง เขาก็จะกลายเป็นผู้ที่มีความผิดปกติทางเพศไป ซึ่งนับว่าเป็นอาการเจ็บป่วยทางใจอย่างหนึ่ง²⁷ ความผิดปกติทางเพศ หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าการกระทำทางเพศที่วิปริตในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Sexual Deviation”²⁸

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 16-17.

²⁶ สุชาติ โสมประยูร และ วรณี โสมประยูร. เพศศึกษา. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช, 2524, หน้า 109.

²⁷ ชัยวัฒน์ ปัญจพงศ์ และคณะ. เพศศึกษาแผนใหม่. พิมพ์ครั้งแรก. กรุงเทพฯ : โอเดียนสโตร์, 2524, หน้า 286.

²⁸ สุชาติ โสมประยูร. เพศศึกษา. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช, 2521, หน้า 109.

ความผิดปกติทางเพศ หรือการกระทำทางเพศที่วิปริต เป็นพฤติกรรมทางเพศที่แตกต่างไปจาก พฤติกรรมการร่วมเพศของคนส่วนใหญ่ที่จะนำไปสู่ความพอใจ หรือความสุขสุดยอดในทางเพศ โดยไม่รวมถึง พฤติกรรมในการเล้าโลมก่อนการร่วมเพศตามปกติและในทางจิตเวชศาสตร์จัดไว้ในกลุ่มเดียวกับผู้มีบุคลิกภาพ แปรปรวน (personality disorders)²⁹

การจำแนกโรคของสมาคมจิตแพทย์อเมริกา ครั้งที่ 4 (DSM IV)³⁰ ค.ศ. 1994 ให้ความหมายของ กามวิปริตไว้ว่า เป็นการต้องการทางเพศที่ตื่นเต้นแหวกแนวไม่เหมือนคนทั่ว ๆ ไปความต้องการทางเพศ หรือ พฤติกรรมทางเพศดังกล่าว โดยทั่วไปแล้วจะมีความสัมพันธ์กับ

1. ลึงเร้าใจทางเพศเป็นวัตถุหรือส่วนของร่างกาย ไม่ใช่บุคคล
2. เป็นกิจกรรมทางเพศโดยมีความทุกข์ทรมาน หรือการทำให้บุคคลอื่น หรือบุคคลซึ่งเป็นผู้ร่วมเพศได้รับความอับอาย
3. เป็นพฤติกรรมทางเพศกับเด็ก หรือบุคคลที่ไม่ยินยอมพร้อมใจด้วย

อย่างไรก็ตามก็มีนักวิชาการหลายท่านได้ให้ความหมายของ ความผิดปกติทางเพศ การกระทำทาง เพศที่วิปริต หรือกามวิปริต ไว้ที่น่าสนใจ เช่น บางท่านให้ความหมายของ “การกระทำทางเพศที่วิปริต” ว่าเป็นพฤติกรรมทางเพศที่ผิดปกติ (Abnormal sexual) ซึ่งมีความสนใจทางเพศมุ่งไปที่วัตถุ หรือสิ่งของ มากกว่าเพศตรงข้าม มีกิจกรรมทางเพศที่ไม่เกี่ยวกับการร่วมประเวณี หรือมีการร่วมประเวณีภายใต้ สถานการณ์ ซึ่งแปลกพิลึกขอบกล³¹ บางท่านได้ให้ความหมายของ “กามวิปริต” ว่าหมายถึงพฤติกรรมทาง เพศที่เบี่ยงเบนไปจากพฤติกรรมที่ยอมรับกันว่าเป็นพฤติกรรมของคนปกติธรรมดาทั่วไป³² หรือ “กามวิปริต” หมายถึง ความผิดปกติในด้านความรู้สึกทางเพศ หรือกามารมณ์ที่บิดเบือนไปจากสามัญชน หรือคนปกติทั่วไป และได้ให้ความหมาย “ความผิดปกติทางเพศ” ว่าเป็นเรื่องของบุคลิกภาพเกี่ยวกับเรื่องเพศที่บิดเบือนอัน เนื่องมาจากสาเหตุทางด้านจิตใจเป็นส่วนใหญ่ ความผิดปกติทางเพศจะทำให้บุคคลมีความรู้สึกทางเพศหรือ กามารมณ์ ตลอดจนท่าทีของความประพฤติกหรือการปฏิบัติที่แสดงออกเกี่ยวกับเรื่องเพศ หรือเพศสัมพันธ์เป็น อย่างไม่เหมาะสม และผิดแผกแตกต่างไปจากสามัญชนจะพึงมีพึงปฏิบัติ เพราะพฤติกรรมเหล่านี้เป็นผลมาจาก สภาพจิตใจที่ผิดปกติ ซึ่งผู้ป่วยไม่สามารถจะควบคุมได้ แม้ความผิดปกติทางเพศจะมีสาเหตุมาจากทางด้านจิตใจ

²⁹ สมภพ เรื่องตระกูล. คู่มือจิตเวชศาสตร์. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์อักษรสัมพันธ์, 2524, หน้า 264.

³⁰ อรประภา สาครวาลี. “การกระทำความคิดทางเพศ:ศึกษาเฉพาะกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและ ทางปาก” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539, หน้า 5.

³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

ก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าความผิดปกติแบบนี้จะถือว่าเป็นโรคจิตหรือโรควิกลจริต ดังที่หลาย ๆ คนเข้าใจกัน เหตุผลก็คือผู้ที่มีความผิดปกติทางเพศยังสามารถติดต่อกับโลกแห่งความเป็นจริงได้ รู้จักหน้าที่และมีความรับผิดชอบและสามารถปรับปรุงตัวเองได้เช่นเดียวกัน หรือใกล้เคียงกับคนปกติ³³

ส่วนบางท่านได้ให้ความหมายของ “ความผิดปกติทางเพศ” ว่าหมายถึง ความแปรปรวนของการประพฤติปฏิบัติทางเพศ รวมถึงการมีอารมณ์ความรู้สึก หรือทำที่ต่อการร่วมเพศผิดไปจากคนปกติจะมี³⁴

อย่างไรก็ดี แม้จะเป็นการยากในการวินิจฉัย ความผิดปกติทางเพศ หรือกามวิปริตก็ตาม แต่ก็ได้มีการพยายามจำแนกให้เห็นความแตกต่างจากพฤติกรรมที่เป็นปกติ มาร์เมอร์ (Marmor) กล่าวว่าพฤติกรรมทางเพศที่มีได้เกิดจากความรัก แต่เป็นการแสดงออกของความวิตกกังวล ความก้าวร้าว หรือความรู้สึกผิด ถือเป็นสิ่งผิดปกติ และยังรวมถึงพฤติกรรมทางเพศที่เกิดเนื่องจากการความมั่นใจ หรือเพื่อลดความตึงเครียดจากสาเหตุอื่นที่มีในเรื่องเพศ ก็ถือเป็นความผิดปกติเช่นกัน³⁵

Ellis ใช้หลักเกณฑ์สำคัญ 3 ประการ ในการวินิจฉัยพฤติกรรมทางเพศว่าปกติ คือ³⁶

1. ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นอันตรายต่ออีกฝ่าย
2. ถ้าอีกฝ่ายหนึ่ง (ซึ่งสามารถรับผิดชอบต่อการกระทำของตนเองได้) ยินยอมให้กระทำได้โดยปราศจากการถูกบังคับ
3. ถ้ากระทำในที่สาธารณะไกลจากการรู้เห็นของผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับพฤติกรรมทางเพศชนิดที่ตนกระทำ

อย่างไรก็ตามมีนักวิชาการบางท่าน ได้ให้ความหมาย “ความวิปริตทางเพศ” หรือ “กามวิปริต” ว่าหมายถึง พฤติกรรมทางเพศที่ผิดแปลกไปจากคนธรรมดาที่นับวันจะเพิ่มมากขึ้น³⁷ จากความหมายทั้งหมดที่กล่าวข้างต้นนั้นพอจะสรุปได้ว่าคำว่า ความผิดปกติทางเพศ หรือการกระทำทางเพศที่วิปริต หรือกามวิปริตนั้น หรือบางท่านอาจใช้คำว่า ความวิปริตทางเพศ ก็ตามต่างมีความหมายเป็นอย่างเดียวกันสุดแต่ว่าจะใช้คำไหน ซึ่งหมายถึง การกระทำที่เบี่ยงเบนในทางเพศ คือ มีความรู้สึกทางเพศ ทัศนคติ ค่านิยม ความต้องการ

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

³⁴ อรรถัย ชื่นมณูชัย. จิตวิทยาเกี่ยวกับโรคจิต โรคประสาทและความผิดปกติทางเพศ. กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานคร พิมพ์, 2518, หน้า 143.

³⁵ สุวิทนา อารีพรรค. ความผิดปกติทางจิต. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524, หน้า 380.

³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 380.

³⁷ ทศนะ สุวรรณจู่จะ และคณะ. นิติเวชศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ : ภัคดีการพิมพ์, 2531, หน้า 298.

ตลอดจนมีพฤติกรรม หรือการปฏิบัติในทางเพศไม่เหมาะสมไม่ควร ผิดไปจากคนปกติธรรมดาต่างๆไปในสังคม จะปฏิบัติกัน

ความคิดปกติทางเพศ หรือการกระทำทางเพศที่วิปริตนั้น เป็นความเบี่ยงเบนในทางเพศ โดยมีความรู้สึกทัศนคติ ค่านิยม ความต้องการ ตลอดจนพฤติกรรม การปฏิบัติในทางเพศ ผิดแผกแตกต่างไปจากคนปกติในสังคมนั้นจะปฏิบัติกัน พฤติกรรมทางเพศที่ผิดแผกไปจากธรรมดา นี้ นับวันจะเพิ่มมากขึ้น และสังคมบางสังคมจะยอมรับไม่ได้เพราะนอกจากจะเป็นปัญหาของแต่ละบุคคลแล้ว ยังเป็นปัญหาของส่วนรวมและทางกฎหมายด้วย โดยเฉพาะอาชญากรรมทางเพศซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ทางเพศอยู่ด้วย ปัญหาสำคัญในการวินิจฉัยโรคกามวิปริต คือ ปัญหาว่าพฤติกรรมทางเพศแบบไหนปกติ และแบบไหนผิดปกติ คนส่วนใหญ่มักจะถือว่า พฤติกรรมทางเพศซึ่งแตกต่างไปจากที่คนทั่วๆ ไปกระทำกัน เป็นของผิดปกติ หรือวิปริต ฉะนั้นความปกติ หรือผิดปกติจึงขึ้นกับแต่ละสังคมและแต่ละวัฒนธรรม ซึ่งก็ยังมีเปลี่ยนแปลงไปได้ตามยุคสมัยอีกด้วย ยิ่งกว่านั้นพฤติกรรมทางเพศบางอย่างยังถูกจัดว่าเป็นความผิด หรือความชั่วร้ายในบางศาสนา ดังนั้นการจะกล่าวหาว่าพฤติกรรมอย่างไรเป็นกามวิปริต หรือผิดปกติจึงต้องพิจารณาปัจจัยเหล่านี้ควบคู่กันไปด้วย³⁸ แต่การกระทำทางเพศที่วิปริตบางอย่างอาจไม่ทำความเดือดร้อนให้แก่ตัวเอง หรือสังคม แต่บางอย่างเป็นอันตรายแก่สังคม ดังนั้นรัฐจึงต้องมีกฎหมายบัญญัติว่า การกระทำอย่างนั้นเป็นความผิด

ในทางจิตเวชศาสตร์ การกระทำทางเพศที่วิปริตนั้น ถือว่าเป็นเรื่องของความผิดปกติทางจิตใจอย่างหนึ่งซึ่งซิกมันด์ ฟรอยด์ (Sigmund Freud) ได้กล่าวว่าความผิดปกติทางเพศนี้เป็นอาการที่ตรงกันข้ามกับโรคประสาท แสดงออกโดยมีข้อขัดแย้งที่มีความเพ้อฝันที่ปราศจากความวิตกกังวล ซึ่งคล้ายกับพวกบุคลิกภาพแบบอันธพาล ในสมัยนั้นมีการคิดค้นทฤษฎีที่สำคัญขึ้น 3 ทฤษฎี³⁹

1. ทฤษฎี Libido เห็นว่าพลังของจิตใจที่เกี่ยวกับฮอร์โมนจะนำมาสู่ความรุนแรงของอารมณ์ทางเพศ (sex drive) ของคนคนนั้น บริเวณร่างกายที่ให้ความสุขจะเปลี่ยนไปตามวัย เช่น หนึ่งขวบแรกจะอยู่ที่ปาก 1-2 ปี อยู่ที่ทวารหนัก 3-5 ปี อยู่ที่อวัยวะเพศ

2. ทฤษฎี Oedipal Complex เด็กอายุ 3-5 ปี ขึ้นมา เริ่มแข่งขันกับพ่อแม่เพื่อให้ตนเองเป็นที่รักของพ่อหรือแม่ เมื่อมีความต้องการในการแข่งขัน จึงเกิดการขัดแย้งในจิตใจของเด็ก เด็กจะพยายามลอกเลียนลักษณะท่าทาง อารมณ์ นิสัย จริยธรรม และอคติจากพ่อแม่ที่เป็นเพศเดียวกันกับตน การเลียนแบบนี้จะ

³⁸ สุวัทธา อารีพรพรค. ความผิดปกติทางจิต. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524, หน้า 379-380.

³⁹ อรประภา สาครวาสี. “การกระทำผิดทางเพศ : ศึกษาและกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539, หน้า 21-22.

สมบูรณ์เมื่อเด็กมีบิดา มารดาอยู่ครบ และมีความสัมพันธ์ที่ดีในครอบครัวและเมื่อพฤติกรรมความเป็นชายหญิงของบิดามารดาถูกต้อง การลอกเลียนแบบของเด็กก็จะสมบูรณ์เจริญเติบโตขึ้น โดยมีความประพฤติทางเพศที่เหมาะสม

3. ทฤษฎีเกี่ยวกับความสุขอุดทางเพศ เข้าสู่วัยรุ่น (13-17ปี) Early adolescence เป็นวัยที่มีการเปลี่ยนแปลงมาก โดยเฉพาะมีการหลั่งฮอร์โมนชนิดต่างๆ โดยเฉพาะฮอร์โมนเพศ ทำให้มีการเปลี่ยนแปลงทางร่างกาย และจิตใจเกี่ยวกับเพศ ทั้งนี้แล้วแต่ดิน ฟ้า อากาศ และรวมถึงสภาพแวดล้อมด้วย ในเด็กผู้ชายจะมีร่างกายบึกบึน ไหล่กว้าง มีขนขึ้นตามที่ต่าง ๆ เสียงใหญ่แตกห้าว อวัยวะเพศใหญ่ขึ้น มีการสร้างน้ำอสุจิ ในทางจิตใจก็มีความรู้สึกทางเพศ สำหรับผู้หญิงกับการเปลี่ยนแปลงทางร่างกายและจิตใจเกี่ยวกับทางเพศ เริ่มเมื่ออายุ 11 – 13 ปี ก็จะเร็วกว่าเพศชายประมาณ 2 ปี สภาพดิน ฟ้า อากาศ และสิ่งแวดล้อม รวมทั้งสังคมอาจทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงก่อนเวลา หรือช้ากว่าได้ โดยทั่วไปสะโทกจะผายและกลมขึ้น หน้าอกโตขึ้น และอวัยวะสืบพันธุ์เจริญเต็มที่โดยเฉพาะรังไข่จะผลิตไข่ออกมาให้มีประจำเดือน

จากทฤษฎีทั้ง 3 นี้ มนุษย์เจริญเติบโตมาพฤติกรรมทางเพศนั้นขึ้นอยู่กับฮอร์โมนมากหรือน้อย แต่ส่วนใหญ่ขึ้นอยู่กับ การเรียนรู้และประสบการณ์ ความสำคัญของการชักจูงของพ่อแม่ ผู้ปกครอง ครู พี่น้อง และเพื่อน อาจเกิดได้ทั้งความจริง เพื่อฝัน จากจิตสำนึกและจิตไร้สำนึกที่ทำให้เกิดการฝังแน่นของการผิดปกติทางเพศ ในระยะเริ่มแรกของจิตใจผลจากการวิตกกังวลในระยะเริ่มแรกทำให้ขาดความสนใจเพศตรงข้ามทำให้เกิดอกบุคลลเพศเดียวกันเป็นต้น⁴⁰ เพื่อให้เห็นและเข้าใจพฤติกรรมนี้ยิ่งขึ้น จึงได้มีการแบ่งความผิดปกติทางเพศหรือกามวิปริตเป็น 4 จำพวกใหญ่ๆ ได้แก่⁴¹

1. พวกที่ประพฤติไม่สอดคล้องกับเพศของตน ได้แก่ รักร่วมเพศ (homosexuality) ลักเพศ (transvestism) และการมีความต้องการเปลี่ยนเพศ (transsexualism)
2. พวกที่ผิดปกติในการเลือกคู่ร่วมเพศ เช่น เลือกวัตถุ ส่วนของร่างกาย หรือบุคลลที่ไม่เหมาะสม ได้แก่ รักร่วมเพศ (homosexuality) การมีความต้องการทางเพศกับเด็ก (pedophilia) การมีเพศสัมพันธ์กับสัตว์ (bestiality) การมีความต้องการทางเพศกับคนสูงอายุ (gerontophilia) การมีความต้องการทางเพศกับศพ (necrophilia) การมีความสุขทางเพศกับส่วนของร่างกาย หรือวัตถุ (fetishism) และการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ (incest)
3. พวกที่ผิดปกติในวิธีปฏิบัติทางเพศ ได้แก่ การมีความสุขทางเพศจากการทำให้ผู้อื่นเจ็บปวด (sadism) การมีความสุขทางเพศจากการได้รับความเจ็บปวด (masochism) การชอบอวดอวัยวะเพศ

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 22.

⁴¹ สุวัทนา อารีพรรค. ความผิดปกติทางจิต. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524. หน้า 380- 381.

(exhibitionism) การเป็นนักถ้ำมอง (voyeurism) การร่วมเพศทางทวารหนัก (sodomy) และการชอบลูไถอวัยวะของตนกับเพศตรงข้าม (frottage)

4. พวกที่ผิดปกติในปริมาณและความรุนแรงของความต้องการทางเพศ ได้แก่ การมีความต้องการทางเพศสูง (hypersexuality) การสำส่อนทางเพศ (promiscuity) และการข่มขืนกระทำชำเรา (rape)

มีข้อสังเกตที่สำคัญในเรื่องที่เกี่ยวกับความผิดปกติทางเพศอยู่ 3 ประการ คือ⁴²

1. การกระทำทางเพศลักษณะใดที่จะเรียกว่าเป็นความผิดปกติทางเพศนั้น มีส่วนสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมในสังคมแต่ละแห่งด้วยทำนองเดียวกับที่ว่า ความประพฤติแบบใดที่จะจัดเป็นการกระทำผิดกฎหมายในเรื่องเพศก็แล้วแต่การกำหนด หรือธรรมเนียมหลักเกณฑ์ในสังคมนั้นๆ เหตุผลที่ว่าวัฒนธรรมหรือกฎเกณฑ์ในแต่ละสังคมเป็นตัวผลักดันบ่งชี้ว่าอย่างไรหนจะเป็นการกระทำความผิดทางเพศหรืออย่างไรหนเป็นความผิดปกติทางเพศเนื่องจากกฎหมายต่าง ๆ นั้นเกิดขึ้นจากความยินยอม ความเห็น และแนวทางดำเนินชีวิตที่เป็นที่ยอมรับกันอยู่ในหมู่มนุษย์ส่วนใหญ่ในสังคม เพราะฉะนั้นกฎหมายจึงเป็นสิ่งสะท้อนถึงวัฒนธรรมในด้านต่างๆ ของสังคมนั้นๆ เช่น บางวัฒนธรรมถือว่าการจูบเป็นการกระทำผิดแต่วัฒนธรรมอีกหลายท้องถิ่นที่ยอมรับแม้กระทั่งว่ากิจการโสเภณีเป็นสถาบันอย่างหนึ่งของสังคม บางสังคมถือว่าการร่วมเพศกับสัตว์เป็นการเริ่มต้นพิธีกรรมของเผ่าที่กำหนดกันไว้สืบต่อ ๆ กันมา หรือแม้แต่ในสมัยกรีกโบราณการรักร่วมเพศก็ไม่ถือว่าเป็นความผิดปกติทางเพศ เป็นต้น

2. ถึงแม้ความผิดปกติทางเพศ หรือพฤติกรรมทางเพศที่ผิดปกติ ส่วนใหญ่มักจะเป็นความผิดกฎหมายเกี่ยวกับเพศด้วย แต่ก็มีการกระทำผิดกฎหมายทางเพศอีกหลายอย่างที่ประพฤติไปแล้วตามกฎหมายของบ้านเมืองถือว่าผิด แต่ตามหลักวิชาการทางจิตวิทยาแล้วถือว่าไม่ใช่เรื่องของเพศผิดปกติ หรือไม่ใช่เป็นความผิดปกติทางเพศ เช่น การนอกใจไปหาเสขหาเลยกับเพศตรงข้ามคนอื่นที่ไม่ใช่คู่สมรสของตน เป็นต้น

3. ประเด็นสำคัญในข้อที่เกี่ยวกับความผิดปกติทางเพศนี้ก็คือ เราจะถือว่าพฤติกรรมใดจัดอยู่ในบรรดาความผิดปกติทางเพศนั้น ต้องเป็นพฤติกรรมผิดปกติที่บุคคลผู้นั้นกระทำซ้ำซากจนเป็นนิสัยมาตลอด ไม่ใช่รวมถึงคนปกติธรรมดา ซึ่งบางครั้งบางครั้งเขาทำอะไรแปลกๆ แตกต่างไปจากเรื่องเพศที่เคยชินอยู่ และการกระทำของคนปกติชั่วคราวนั้นก็ย่อมแตกต่างไปจากคนที่ผิดปกติ ทางเพศอย่างถาวร

การกระทำทางเพศแบบใดจะถือว่าเป็นความผิดปกติทางเพศหรือไม่นั้น ผู้เขียนมีความเห็นไม่ต่างจากแนวความคิดที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น กล่าวคือเราจะตัดสินหรือวินิจฉัยว่าการกระทำทางเพศอย่างใดจะ

⁴² อรรถ ชื่นมณูชัย. จิตวิทยาเกี่ยวกับโรคจิต โรคประสาท และความผิดปกติทางเพศ. กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานคร พิมพ์, 2518, หน้า 141 – 142.

เรียกว่าเป็นความผิดปกติทางเพศ จะต้องพิจารณาถึงวัฒนธรรม จารีตประเพณี ในแต่ละสังคมนั้นๆ ควบคู่กันไป ด้วย ว่าคนทั่วไปในสังคมนั้นเขามีพฤติกรรมทางเพศอย่างไรที่กระทำกันแล้วถือว่าเป็นเรื่องปกติธรรมดา และไม่ผิดต่อกฎหมายของสังคมนั้น เนื่องจากวัฒนธรรม จารีตประเพณีจะเป็นตัวบ่งชี้กำหนดว่า การกระทำทางเพศ ใดเป็นความผิดปกติ หรือผิดแผกแตกต่างไปจากที่คนทั่วไปในสังคมนั้นกระทำกัน

1.3 สาเหตุการกระทำความผิดทางเพศ

ในทางอาชญวิทยายอมรับว่าศาสตร์แขนงต่าง ๆ หรือวิทยาการในสาขาต่างๆมีความสำคัญโดยเท่าเทียมกันต่อการอธิบายถึงสาเหตุแห่งอาชญากรรม ทั้งนี้ เพราะไม่มีวิทยาการสาขาหนึ่งสาขาใดโดยเฉพาะที่จะอธิบายถึงสาเหตุแห่งอาชญากรรมได้อย่างแน่นอนจนชัดแจ้ง

Richard D. Knudten ได้แยกทฤษฎีต่างๆ ซึ่งได้อธิบายถึงสาเหตุของพฤติกรรมอาชญากรรมตามสาขาวิชาต่างๆ ได้ 3 สาขาใหญ่ๆ คือ ประการแรก ศึกษาทางด้านจิตวิทยากายภาพ (Physio Psychological) ประการที่สอง สภาพแวดล้อมทางสังคมและวัฒนธรรม (Socioenvironmental and Sociocultural) และ ประการที่สามทางด้านสังคมจิตวิทยา (Social Psychological)

Don C. Gibbons ได้กล่าวถึงทฤษฎีของอาชญากรรม หรือการกระทำผิดซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 3 พวกใหญ่ๆ ได้คือ

ทางชีววิทยาคำตอบของสาเหตุนี้ว่าผู้ฝ่าฝืนกฎหมายเป็นบุคคลซึ่งกระทำผิดเพราะเป็นผลของความผิดปกติทางชีววิทยา ผู้กระทำเป็นผลลัพธ์ของความบกพร่องทางพันธุกรรม เช่น ความไม่สมดุลของต่อมหรือพยาธิสภาพทางสมอง โครงสร้างของร่างกาย หรือแบบอารมณ์ซึ่งจะผลักดันให้เขาต้องการกระทำผิด

ส่วนทางจิตวิทยานั้นมีความแตกต่างออกไป กล่าวคือ ผู้กระทำผิดแสดงพฤติกรรมเพราะเป็นผลของพยาธิสภาพจิตอย่างใดอย่างหนึ่ง ในทฤษฎีทางจิตวิทยาส่วนมากเด็กที่มีปัญหาในการปรับตัวมักจะถูกประเมินว่าเป็นผลของประสบการณ์ทางสังคมที่ใกล้ชิดตัวเขา คือในครอบครัวหรือสภาพการณ์อื่นที่คล้ายกัน ดังนั้นจึงไม่ใคร่สนใจผลขององค์กรทางสังคมเท่าใดนัก

สำหรับข้อคิดทางสังคมวิทยานั้นมักจะอธิบายความแตกต่างในเรื่องอัตราการทำผิดของบุคคล โดยใช้เงื่อนไขต่าง ๆ ของโครงสร้างทางสังคม หรือหากกล่าวละเอียดขยับไปอีกก็มักจะอธิบายผู้กระทำผิดแต่ละคน โดยขบวนการเรียนรู้ในกลุ่ม แก๊งค์ และสิ่งแวดล้อมอื่น ๆ ที่ก่อให้เกิดการไล่ ตราบาป โดยหน่วยงานการควบคุมสังคมต่าง ๆ และอธิบายโดยตัวแปรอื่น ๆ ที่เป็นประเภทเดียวกันนี้

1. สาเหตุการกระทำคามผิดทางชีววิทยา

ทฤษฎีทางชีววิทยามีข้อสมมุติฐานว่า อาชญากรรมได้รับอิทธิพลจากพันธุกรรม กล่าวคือ ความบกพร่องของพันธุกรรมทำให้เกิดอาชญากรขึ้น แม้ผู้กระทำผิดจะได้มีประสบการณ์ใหม่ในชีวิตในระยะหลังก็ไม่อาจจะแก้ความบกพร่องของพันธุกรรมได้

ในปลาย ค.ศ. ที่ 19 นายแพทย์ชาวอิตาลีชื่อ Lombroso ได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับชีวภาพของอาชญากรและผู้ป่วยโรคจิตในสงครามไครมั้น และได้เขียนหนังสืออาชญากรรมสาเหตุและวิธีแก้ (Crimes Its Causes and Remedies) ซึ่งต่อมากลายเป็นทฤษฎีลักษณะช่อน (Theory of atavism) และหนังสือเรื่องอาชญากร (Criminal Men) สาเหตุแห่งการเกิดอาชญากรรมนั้น Lombroso มีความเห็นว่าอิทธิพลของสิ่งแวดล้อมที่ไม่เหมาะสมผสมผสานกับอิทธิพลของพันธุกรรม เป็นปัจจัยสำคัญที่นำไปสู่การกระทำผิด และยังเชื่อว่าคนที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบน (โดยเฉพาะอาชญากร) เป็นพวกที่มีความผิดปกติทางร่างกาย เช่น รูปร่าง กะโหลกศีรษะ ร่างกาย มันสมอง เป็นต้นเหล่านี้ Lombroso เรียกพวกนี้ว่าพวกที่เกิดมาเพื่อเป็นอาชญากร

ในปี ค.ศ. 1913 Charles Goring ได้ทำการศึกษาอย่างมีระบบกับกลุ่มอาชญากรผู้กระทำผิดซ้ำจำนวน 12,000 คนและกลุ่มตัวอย่างผู้ไม่เป็นอาชญากรซึ่งได้จากการสุ่มตัวอย่างมาอย่างถี่ย้นแล้วปรากฏว่าไม่พบทางกายภาพที่แตกต่างอย่างแน่ชัดในกลุ่มตัวอย่างทั้งสอง

ในปี ค.ศ. 1939 Hooton นักมานุษยวิทยา ได้พิมพ์หนังสือเล่มหนึ่งชื่อว่า “อาชญากรรมกับคน” อันเป็นผลมาจากการศึกษาเป็นเวลา 12 ปี โดยการศึกษาเปรียบเทียบนักโทษ 11,000 คน กับกลุ่มควบคุมอีกจำนวนเล็กน้อย ซึ่งส่วนมากก็เป็นนิสิต นักศึกษา และคนดับเพลิง Hooton ได้สรุปผลการศึกษานี้

1. อาชญากรรมเป็นผลโดยตรงจากความต่ำต้อยในทางชีวภาพ
2. อาชญากรรมแต่ละชนิด ก็จะมีลักษณะความต่ำต้อยในทางกายภาพแตกต่างกันไป
3. คนแต่ละเชื้อชาติจะประกอบอาชญากรรมไม่เหมือนกัน

2. สาเหตุการกระทำคามผิดทางจิตวิทยา

สาเหตุการเกิดอาชญากรรม หรือการกระทำผิดด้านจิตวิทยา ส่วนมากจะเป็นการศึกษาวิเคราะห์ใน 2 ลักษณะ คือ ลักษณะทางจิตวิทยาทั่วไป ซึ่งศึกษาวิเคราะห์ปัญหาในด้านการพัฒนา ทางด้านความเจริญเติบโต ทั้งร่างกายและจิตใจ ปัญหาเกี่ยวกับอุปนิสัยที่ต่อต้านสังคม และการศึกษาลักษณะความสัมพันธ์ระหว่าง

พฤติกรรมของอาชญากรรมกับจิตที่มีแนวโน้มเบี่ยงเบนอาจเกี่ยวข้องกับหน้าที่ของจิตแพทย์ นักจิตวิเคราะห์ โดยหลักการทั่วไปของการศึกษาสาเหตุการกระทำผิดทางจิตวิทยา และบุคลิกภาพจะหมายถึงความไม่สมประกอบทางบุคลิกภาพ ความกระทบกระเทือนทางอารมณ์ การควบคุมตนเองและประสบการณ์การควบคุมตนเองซึ่งมีบทบาทต่อการศึกษาเข้าใจถึงสาเหตุของอาชญากรรมและพฤติกรรมของอาชญากร

การศึกษาสาเหตุของการเกิดอาชญากรรม หรือการกระทำผิดในระหว่าง ปี ค.ศ. 1960 – 1970 มีนักวิชาการหลายคนได้สนใจศึกษาในแง่ประเด็นของ “จิตใจอาชญากร” (Criminal Mind) เนื่องจากทำให้เกิดคดีฆาตกรรมรุนแรงอย่างมากมาย เช่นกรณี Richard Speck ได้ฆาตกรรมนักเรียนพยาบาลในชิคาโก แต่ตามรายงานของจิตแพทย์ระบุว่าเขามีความผิดปกติทางสมอง เนื่องจากถูกกระทบกระเทือนจากการบาดเจ็บสาหัสทางศีรษะเมื่อสมัยเป็นเด็ก หรือกรณีของ Charles Whitman ที่ยิงปืนจากบนหอคอยในมหาวิทยาลัยเท็กซัสใส่ฝูงชนและทำให้มีผู้เสียชีวิต 13 คน และบาดเจ็บ 31 คน จากการฆ่าพิสูจน์พบเนื้อร้ายในสมอง ในกรณีดังกล่าวเกิดการตั้งคำถามว่าการสังหารหมู่เช่นนี้อาจเป็นผลมาจากฆาตกรที่มีจิตใจในลักษณะพิเศษ ซึ่งแตกต่างไปจากบุคคลอื่นหรือไม่ และการศึกษาของจิตแพทย์ William Healy ได้ศึกษาสาเหตุการกระทำผิดของเด็กโดยวิธีการศึกษาแบบเฉพาะกรณี โดยมีแนวความคิดว่าการจะทราบสาเหตุแห่งพฤติกรรมของเด็กได้ต้องศึกษาโดยละเอียดลึกซึ้งในเรื่องความผิดปกติทางอารมณ์ตั้งแต่เยาว์วัย โดยการวิเคราะห์ทางจิตวิทยา และอิทธิพลของสภาพแวดล้อมทางสังคม และ Sue Titus Reid ได้ประเมินผลงานของ Healy ในหนังสือเรื่อง The Individual Delinquent ว่ามีข้อผิดพลาดทางระเบียบวิธีวิจัยอยู่มาก โดยการสุ่มตัวอย่างมิได้เลือกมาโดยการสุ่มตัวอย่างที่แท้จริง จึงเป็นผลให้มีขอบเขตจำกัดในการวิเคราะห์ข้อมูลไม่ให้คำจำกัดความที่แน่นอน ในบางคำมิได้ระบุชัดเจนว่ามีกรวัดอย่างไรในเรื่องของตัวแปร

จิตวิเคราะห์ เป็นจิตวิทยาสาขาหนึ่งซึ่งมีเนื้อหาครอบคลุมกว้างขวาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งแบบการปรับตัวของกลไกป้องกันตัวเองแบบต่าง ๆ นั้นสามารถนำมาอธิบายสมเหตุสมผลและเป็นจิตวิทยาสาขาที่มองมนุษย์ในทางลบ กล่าวคือเชื่อว่ามนุษย์มีสิ่งชั่วร้ายติดตัวมาแต่กำเนิด การขัดเกลากทางสังคมทำให้มนุษย์มีพฤติกรรมตามแบบที่สังคมต้องการ ในขณะที่เดียวกันแรงผลักดันในตัวมนุษย์เหล่านี้ก็เปรียบเสมือนน้ำที่ต้องมีทางออกไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง เช่น อาจเป็นไปในทางที่เป็นยอมรับของสังคม หรือในทางฝ่าฝืนสังคม พฤติกรรมของมนุษย์ที่ถูกขัดขวางหยุดชะงักจะมีผลต่อพฤติกรรม หรือมีผลต่อการพัฒนาบุคลิกภาพของมนุษย์ต่อไป

ในการศึกษาเรื่องจิตวิเคราะห์นั้นเกิดขึ้นในช่วง ปี ค.ศ. 1856 - 1939 โดยจิตแพทย์ชาวออสเตรีย ชื่อ Sigmund Freud ได้พัฒนาจากทฤษฎีบุคลิกภาพของมนุษย์ โดยวิเคราะห์จิตใจของมนุษย์ ประกอบด้วยส่วนสำคัญ คือ id ego และ superego สันดานดิบนั้นเป็นความรู้สึกของจิตใจที่เป็นมาแต่เดิมนับตั้งแต่มนุษย์ถือกำเนิดมานั่นเอง เช่น ความหิว ความกระหาย และความต้องการอื่น ๆ เป็นต้น ความเป็นตัวของตัวเองเป็น

สิ่งคอยควบคุมการปฏิบัติสันดานดิบให้สอดคล้องกับความต้องการของสติสัมปชัญญะ ซึ่งเกิดขึ้นจากวัฒนธรรมในของสังคม อย่างไรก็ตาม สันดานดิบก็อาจจะปฏิบัติตามวัฒนธรรมได้เสมอไป เพราะความขัดแย้งกัน อัตตาจึงต้องคอยกดเอาไว้และเมื่อสันดานดิบถูกกดเอาไว้ก็จะซ่อนตัวอยู่ในจิตใต้สำนึก ลักษณะเช่นนี้จะทำให้เกิดความวิตกกังวลขึ้นมา ทางออกก็คือ ต้องมีการคืนรนต่อผู้ในรูปแบบต่างๆ อย่างไรก็ตาม สันดานดิบก็ยังคงมีอยู่มิได้หมดไปแต่อย่างไรและรอจังหวะที่จะแสดงออกมาในรูปแบบอื่น ๆ อีก

หากจะอธิบายการประกอบอาชญากรรมตามแนวคิดของนักจิตวิเคราะห์อาจจะกล่าวได้ว่า เด็กธรรมดาทั่วไปเกิดมาก็เพื่อเป็นอาชญากร เพราะชีวิตเริ่มต้นด้วยความไม่มีศีลธรรม และมีสัญชาตญาณที่เป็นปฏิปักษ์ต่อสังคมอยู่แล้ว หน้าที่ของอารยะธรรมก็คือ ทำให้เด็กสลัดทิ้ง สัญชาตญาณดั้งเดิมนี้เสียตามปกติก็จะกระทำไม่ได้โดยให้เด็กได้รับการถ่ายทอดจากพ่อแม่ซึ่งจะช่วยให้เด็กได้พัฒนาสติสัมปชัญญะ superego ขึ้นมาได้ ถ้าหากสติสัมปชัญญะไม่ได้รับการพัฒนาเพียงพอแล้วอาชญากรรมจะต้องเกิดขึ้นในทัศนะของจิตวิเคราะห์อาชญากรรมอาจจะเกิดขึ้นเพราะพัฒนา superego จนเกินขนาด กล่าวคือ ในช่วงที่คนเรากำลังเจริญเติบโตในสังคมนั้น แรงกระตุ้นในทางเพศและความก้าวร้าวจะถูกเก็บกดเอาไว้ไม่ให้แสดงออกเต็มที่อย่างไรก็ตามไม่ได้หมายความว่าแรงกระตุ้นทั้งสองอย่างนี้จะเหือดหายไปโดยง่ายก็หาไม่ มักจะถูกเก็บซ่อนไว้ในจิตใต้สำนึก (Unconsciousmind) เมื่อถูกปฏิเสธหรือเก็บกดเอาไว้วัน ๆ สันดานดิบก็มักจะแข็งแรงขึ้น สติสัมปชัญญะก็จะไร้ความหมายอาชญากรรมก็อาจจะเกิดขึ้นได้

นอกจาก Freud ยังมีนักจิตวิเคราะห์อีกหลายคนที่ยพยายามอธิบายพฤติกรรมเบี่ยงเบนโดยใช้สาเหตุทางจิตใจมาอธิบาย อย่างเช่น Alfred Adler ได้อธิบายว่าสาเหตุที่ทำให้คนเรามีพฤติกรรมเบี่ยงเบนนั้นเนื่องมาจากคนนั้นมีความรู้สึกว่าคุณเองมีปมด้อย (Inferiority Complex)

Adler ได้ยกตัวอย่างของคนที่กระทำความผิด โดยชี้ให้เห็นว่าคนที่ประกอบอาชญากรรมนั้นจิตใจที่จะกระทำความผิดเพื่อลบล้างปมด้อยที่ตนมีอยู่ (Compensation) ในกรณีนี้ผู้กระทำความผิดมีความรู้สึกว่าคุณเองมีปมด้อยไม่เหมือนกับคนอื่นในสังคม การกระทำผิดจึงเป็นหนทางหนึ่งทดแทนความมีปมด้อยของตนได้ ฉะนั้น การกระทำความผิดจึงเป็นการจงใจ

การอธิบายสาเหตุการกระทำความผิดดังกล่าวข้างต้น นับเป็นการศึกษาแบบเฉพาะบุคคล (Individualistic Approach) คือ ศึกษาเฉพาะตัวผู้กระทำผิด แต่ในความเป็นจริงมนุษย์ทุกคนย่อมผูกพันกับสังคมเสมอ มีการยอมรับกฎเกณฑ์ร่วมกัน มีหน้าที่ของตนในสังคม ความคิดเหล่านี้ทำให้เกิดมีการอธิบายสาเหตุการกระทำผิดโดยพิจารณาในแง่สังคมด้วย

3. สาเหตุการกระทำความผิดทางสังคมวิทยา

การศึกษาทางด้านสังคมวิทยา เพื่อมุ่งจะหาคำอธิบายถึงสาเหตุการเกิดอาชญากรรม หรือการกระทำผิดนั้น แนวความคิดหรือทฤษฎีทางด้านนี้สามารถจำแนกออกได้เป็นสองลักษณะ คือ

ก. ทฤษฎีเกี่ยวกับโครงสร้างทางสังคม (Social Structural Theories) ซึ่งกล่าวถึงระบบโครงสร้างของสังคมอันเป็นตัวกำหนดให้เกิดอาชญากรรม

โครงสร้างทางสังคมทางด้านเศรษฐกิจมีนักสังคมวิทยาและนักอาชญาวิทยาหลายท่าน ให้ทัศนะเกี่ยวกับผลของปัจจัยด้านเศรษฐกิจต่อการเกิดปัญหาอาชญากรรม เช่น คาร์ล มาร์ก (Karl Marx) และ เฟรดริช แองเจิลส์ (Friedrich Engels) ซึ่งเชื่อว่าปัญหาต่างๆในสังคมรวมตลอดถึงปัญหาอาชญากรรมด้วยนั้นมีผลมาจาก การได้รับการบริการและสินค้าไม่เท่าเทียมกันในสังคม ซึ่งจะเป็นปัญหาคู่กับสังคมเสมอถ้าแกก็ต้องการเปลี่ยนแปลงโดยสิ้นเชิง ทางด้านโครงสร้างของสังคมโดยการปฏิวัติสังคมใหม่และเปลี่ยนระบบเศรษฐกิจทั้งหมด ซึ่งแนวคิดนี้ได้รับการสนับสนุนโดยนักอาชญาวิทยา ชื่อ วิลเลียม อาเดรียน บองเจอร์ (William Adrian Bonger) ซึ่งเห็นด้วยว่าระบบเศรษฐกิจเป็นตัวก่อให้เกิด “บรรยากาศของขบวนการผลักดันให้มีพฤติกรรมอาชญากรรม”

Emile Durkheim เชื่อว่า ในการประกอบอาชญากรรมของบุคคลหนึ่งบุคคลใด เป็นหน้าที่ปกติของชีวิตมนุษย์ ซึ่งเมื่อใดก็ตามบรรทัดฐานทางสังคม (Social Norms) ไม่สามารถที่จะควบคุมการกระทำของมนุษย์หรือไม่ตอบสนองต่อความต้องการทางสังคม (Social Needs) ของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดๆ ได้แล้ว การล่วงละเมิดต่อบรรทัดฐานจะเกิดขึ้น และจะนำไปสู่การกระทำความผิดอย่างรวดเร็ว

ข. ทฤษฎีสภาวะไร้ระเบียบของสังคม (Anomie Theory) ของ Robert K. Merton เป็นทฤษฎีที่ขยายแนวความคิดของ Durkheim ให้ชัดเจนยิ่งขึ้นโดย Merton เห็นว่าโครงสร้างทางวัฒนธรรมเป็นตัวกำหนดเป้าหมายชีวิตของคนในสังคมหรือที่ Merton เรียกว่าเป้าหมายในวัฒนธรรม (Cultural Goal) แต่ในขณะเดียวกันโครงสร้างทางสังคม จะเป็นตัวกำหนดวิถีทาง หรือความประพฤติที่จะเข้าสู่เป้าหมายดังกล่าว หรือที่ Merton เรียกว่าวิถีทางทางสถาบัน (Institutionalized Means) เหตุที่ทำให้เกิดพฤติกรรมเบี่ยงเบนในตัวคนเรานั้น เนื่องจากคนเราไม่สามารถปรับตัว (Adaptation) เข้ากับเงื่อนไขทั้งสองประการ หรือเงื่อนไขใดเงื่อนไขหนึ่ง

ค.ศ. 1942 ได้มีการศึกษาเกี่ยวกับ นิเวศวิทยาอาชญากรรม (Ecology of Crime) โดย Clifford Shaw และ Henry McKay ได้มุ่งศึกษาถึงความสัมพันธ์ของสภาพแวดล้อมในเขตเมืองใน ชิคาโกกับสถิติคดีอาชญา โดยมุ่งศึกษาที่เด็กและเยาวชนกระทำความผิดโดยแบ่งพื้นที่ของนครชิคาโก ออกเป็น 5 เขต ดังนี้

เขตที่ 1 เป็นศูนย์กลางของทางเศรษฐกิจ การค้า และระบบราชการ

เขตที่ 2 เป็นเขตของการเปลี่ยนแปลง เป็นเขตที่เสื่อมลงมา มักจะเป็นเขตที่อยู่อาศัย ซึ่งธุรกิจการค้าหรือการอุตสาหกรรมกำลังขยายตัวมา จะมีธุรกิจเล็กๆที่พักอาศัย บ้านเช่าราคาถูก จะรวมอยู่กับโรงรับจำนำ บาร์ราคาถูก ๆ ผลของเขตนี้คือ สลัมหรือแหล่งของชนกลุ่มน้อย เช่นพวกชาวยิว (ในชิคาโก) หรือพวกคนจีนอพยพ

เขตที่ 3 คือโรงงานอุตสาหกรรม ซึ่งมีบ้านพักของกลุ่มชนชั้นกรรมกรอาศัยอยู่อย่างมาก

เขตที่ 4 เขตที่อาศัยของคนชั้นกลางหรือคนชั้นสูง

เขตที่ 5 คือเขตชานเมือง เป็นเขตที่มีการขนส่งทั้งภาคเอกชนสาธารณะ เพื่อจะขนถ่ายสินค้าไปยังใจกลางเมืองที่มีการทำงาน

การศึกษาของ Shaw และ Mckay เกี่ยวกับความสัมพันธ์อัตราเด็กและเยาวชนกระทำความผิดในแต่ละเขตนั้น สรุปได้ว่ามีอัตราการกระทำความผิดแตกต่างกันออกไป โดยการกระทำความผิดของเด็กจะมีจำนวนสูงมากในท้องที่ที่เป็นย่านสลัมและย่านธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในย่านที่มีการเปลี่ยนแปลง อันได้แก่ย่านที่มีการอพยพ ซึ่งเป็นเขตของธุรกิจย่อย บ้านเช่าราคาถูกๆใกล้กับใจกลางเมืองและอัตราจะลดลงตามระยะห่างจากศูนย์กลางเมือง แต่อัตราจะยังคงสูงในเขตอุตสาหกรรมและธุรกิจในกลางเมือง และอัตราจะลดลงตามระยะห่างจากใจกลาง นั้นด้วย

ค. ทฤษฎีเกี่ยวกับกระบวนการทางสังคม (Social Process Theories) เป็นทฤษฎีที่อธิบายถึงสาเหตุของพฤติกรรมอาชญากรของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลแต่ละกลุ่มว่ามีกระบวนการอย่างไร อันมีผลทำให้เขากลายเป็นอาชญากร หรือมีพฤติกรรมอาชญากร (Criminal Behavior) ทฤษฎีประเภทนี้มีสมมติฐานว่าพฤติกรรมของมนุษย์เรียนรู้ได้ และดังนั้นพฤติกรรมอาชญากรก็อาจจะได้รับมาโดยกระบวนการเรียนรู้ เช่นเดียวกับพฤติกรรมมิใช่อาชญากร (Noncriminal Behavior) ก็ได้รับโดยกระบวนการเรียนรู้ (Learning)

ทฤษฎี เกี่ยวกับกระบวนการทางสังคม อธิบายสาเหตุการเกิดอาชญากรรมมีดังนี้

เกเบรียล ทาร์ด (Gabriel Tarde) ผู้ตั้งทฤษฎีการเลียนแบบ (Theory of Imitation) เขาเชื่อว่าไม่มีใครเป็นอาชญากรโดยกำเนิดดังที่ ลอมโบรโซเชอ โดยทาร์ด เชื่อว่าพฤติกรรมอาชญากรเป็นผลจากปัจจัยทางสังคม อาชญากรอาชีพก็ได้รับการฝึกฝนและได้เรียนรู้เช่นเดียวกับอาชีพอื่น ๆ ความแตกต่างอยู่เพียงตรงที่บุคคลนั้นได้บังเอิญเกิดในบรรยากาศอาชญากรรม

ในปี.ศ. 1939 Edwin H. Sutherland ได้เสนอทฤษฎีความแตกต่างในการคบค้าสมาคม (Differential Association Theory) ซึ่งมีแนวคิดที่สำคัญว่าพฤติกรรมทางอาชญากรรมเรียนรู้กันได้ โดยการติดต่อกันอย่างใกล้ชิดภายในกลุ่มและพฤติกรรมที่แสดงออกมาในลักษณะที่จะเป็นอาชญากรนั้น ขึ้นอยู่กับความแตกต่างในช่วงระยะเวลาและความสม่ำเสมอในการติดต่อสัมพันธ์กัน

Walter C. Redkless ได้เสนอทฤษฎีการควบคุม (Containment Theory) ซึ่งมีแนวความคิดที่สำคัญคือ บุคคลจะยับยั้งไม่ฝ่าฝืนกฎหมายโดยการควบคุมภายนอก (Outer Containment) เช่น ความผูกพันทางสังคมกับผู้อื่น ความแน่นอนในการประเมินค่า ดีความของบุคคลโดยผู้อื่น การควบคุมภายใน (Inner Containment) ในรูปของการรับรู้ส่วนตัว (Self Perception) ที่ดีต่อสังคม ซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่งที่จะควบคุมบุคคลจากการที่จะมีพฤติกรรมอาชญากร ซึ่งเรคเลส ได้ชี้ให้เห็นว่า การควบคุมภายในมีส่วนประกอบดังนี้ การมีทัศนคติต่อตนเองที่ดี ความแข็งแรงของ ego มี “superego” ที่พัฒนาดีแล้วความสามารถทนทานต่อความคับข้องใจสูง มีความสำนึกในความผิดชอบสูง มีแนวทาง มีจุดมุ่งหมาย มีความสามารถในการหาสิ่งชดเชยเพื่อความรู้สึกพึงพอใจ ความสามารถในการหาเหตุเพื่อช่วยลดความเครียดได้ นักสังคมวิทยาหลายคนได้ทำการศึกษาทฤษฎีตราหน้า (Labeling Theory) เพื่อนำมาใช้ในการอธิบายขบวนการต่าง ๆ ที่มีผลทำให้บุคคลมีพฤติกรรมเป็นอาชญากร หรือเบี่ยงเบนไป เช่น Frank Tannenbaum , Lemert , Becker ,Turk และ Quinney ในความหมายต่าง ๆ เหล่านี้ในการอธิบายพฤติกรรมอาชญากรพอสรุปได้ว่าไม่มีพฤติกรรมใดที่เป็นพฤติกรรมอาชญากรที่แท้จริงได้ แต่ที่มีพฤติกรรมเป็นอาชญากรนั้นก็เพราะสังคมกำหนด หรือตราหน้าให้ บุคคลอาจเป็นอาชญากรได้เพราะมีพื้นฐานของพฤติกรรมที่กระทำผิด และในกระบวนการตราหน้าโดยกระบวนการยุติธรรม

1.4 ประเภทของความผิดทางเพศ

ในทางทฤษฎี การกระทำความผิดทางเพศ หมายถึง พฤติกรรมทางเพศ (Sexual behavior) ซึ่งถือว่าการขัดต่อขนบธรรมเนียมประเพณีของสังคม⁴³ เช่น การกระทำชำเราต่อผู้ที่ ไม่สมควรใจต่อเด็กและผู้เยาว์ ต่อบุคคล ต่อญาติพี่น้อง ต่อสัตว์ การกระทำชำเราต่อเพศเดียวกัน การอวดของลับต่อบุคคลอื่น การเป็นชู้กับภริยา หรือสามีของผู้อื่น และการเป็นโสเภณี เป็นต้น

ในทางกฎหมายถือว่าการกระทำผิดใดๆก็ตามที่แฝงหรือกระตุ้นด้านพฤติกรรมทางเพศ ถือว่าเป็นการกระทำผิดทางเพศทั้งสิ้น เช่น การล่อลวงเพื่อสำเร็จความใคร่ของผู้อื่น⁴⁴

นักสังคมจิตวิทยาได้พิจารณาพฤติกรรมทางเพศของผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับทางเพศ ซึ่งแสดงออกหลายลักษณะ จึงได้แยกประเภทของการกระทำผิดทางเพศไว้ 15 ประการ คือ⁴⁵

⁴³ รายงานวิจัย “เรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศ” โดยสำนักงานสภาวิจัยแห่งชาติ, 2509, หน้า 13.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 13.

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 13.

1. การร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ (Incest) ด้วยความสมัครใจ
 2. กามวิตถารประเภทที่ชอบให้เกิดความเจ็บปวดแก่ตนเองหรือแก่ผู้อื่นผู้ร่วมประกอบกิจทางเพศ (Sadomasochism) ถ้าเป็นการก่อให้เกิดความเจ็บปวดแก่ตนเองเรียกว่า Masochism ถ้าเป็นการกระทำต่อผู้อื่นเรียกว่า Sadism
 3. การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) หมายความว่าถึง การกระทำต่อหญิงที่ไม่สมัครใจและด้วยการใช้กำลังข่มขืน หรือด้วยการทำให้หญิงกลัว หรือด้วยประการใดๆก็ตามและการกระทำนั้นๆไม่จำเป็นที่ฝ่ายชายหรือฝ่ายหญิงจะต้องสำเร็จความใคร่เพียงแต่อวัยวะสืบพันธุ์ของฝ่ายชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของฝ่ายหญิง ก็ถือว่าเป็นการข่มขืนได้
 4. การกระทำชำเราต่อศพของหญิง (Necrophilia) ศพนั้นจะตายด้วยสาเหตุใดก็ตาม ผู้กระทำชำเราต่อศพย่อมมีความผิด
 5. การสนองความต้องการทางกามารมณ์โดยอาศัยวัตถุ หรือเครื่องใช้ของเพศตรงข้ามเป็นตัวแทน (Fetishism) เช่น ใช้เครื่องแต่งกายของหญิง รูปภาพ ของใช้ เป็นต้น
 6. การรักร่วมเพศ (Homosexuality) หมายถึง การแสดงความต้องการทางกามารมณ์ต่อบุคคลที่เป็นเพศเดียวกัน
 7. การกระทำชำเราระหว่างเพศชายด้วยกัน (Sodomy and pederasty) ถ้าเป็นการกระทำที่ผู้ใหญ่ทำต่อเด็กเรียกว่า Pederasty แต่ถ้าเป็นการกระทำระหว่างผู้ใหญ่ด้วยกัน เรียกว่า Sodomy มีนักสังคมวิทยาบางคนรวมการกระทำชำเราในท่าที่ผิดจากสามัญธรรมดาไว้ในประเภทนี้ด้วย เช่น การใช้ปากแทนอวัยวะสืบพันธุ์ เป็นต้น
 8. การกระทำตัวเป็นกระเทย (Tranvestism) ได้แก่ การชอบแต่งกายด้วยเครื่องแต่งกายของเพศตรงข้าม พวกนี้มีพื้นฐานมาจากการชอบมีรักร่วมเพศ
 9. การแสดงพฤติกรรมทางกามารมณ์ต่อเด็ก (Pedophilia) เช่น เล่นกับอวัยวะสืบพันธุ์ของเด็ก อวดอวัยวะสืบพันธุ์ของตนเองต่อเด็ก หรือการกระทำชำเราต่อเด็ก
 10. การแสดงพฤติกรรมทางกามารมณ์ต่อสัตว์ (Zoophilia and zooresty) ถ้าเป็นเพียงลูกปล้ำแสดงความรักใคร่เรียกว่า Zoophilia แต่ถ้าถึงขั้นกระทำชำเราเรียกว่า Zooresty
-

11. การใช้สิ่งลามกสกปรก เพื่อเร้าความสนใจในทางกามารมณ์ (Pornography) เช่น รูปภาพ การพูด หรือการเขียนถ้อยคำลามกต่าง ๆ

12. การนำเอาอวัยวะสืบพันธุ์ออกแสดงในที่เปิดเผย (Exhibitionism) การกระทำนี้มักเกิดขึ้นกับผู้ชาย และเป็นการกระทำในที่สาธารณะด้วยความตั้งใจจะให้ผู้อื่นเห็น

13. การแอบมองของสงวนของผู้อื่น (Voyeurism) เช่น แอบมองคู่อุญิงเวลาอาบน้ำ หรือเวลาเปลี่ยนเสื้อผ้า เป็นต้น

14. การลักลอบจับหุญิงไปกักกันไว้ โดยมีความมุ่งหมายจะได้หุญิงนั้นไว้เป็นภริยาทั้งๆที่ไม่สมักรใจ หรือล่อลวงหุญิงเพื่อสำเร็จความไคร่ของตนเอง หรือเพื่อเป็นโสเภณี (Abduction)

15.การกระทำอันเป็นการอนาจาร โดยการที่ฝ่ายชายใช้มือล้วงจับของสงวน และของลับของหุญิง (Indecent Assault)

สรุป ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า การร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ (Incest) เป็นส่วนหนึ่งของ การทำความผิดทางเพศ และเป็นปัญหาที่สำคัญที่รัฐจะต้องบัญญัติกฎหมายห้าม และลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนด้วย เพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดการกระทำทางเพศที่ไม่สมควร และมีผลกระทบต่อสังคมเกิดขึ้น

2. สภาพปัญหาและสาเหตุของการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ

จากการศึกษาของ Finkelhor Berliner & Stevens และ Tsai พบว่าการร่วมประเวณีกัน ในระหว่างเครือญาตินั้น ส่วนใหญ่จะค่อย ๆ เกิดขึ้นและเกิดขึ้นอย่างนุ่มนวลโดยเด็กเองก็ไม่ว่าว่ามีบางสิ่งบางอย่างที่ผิดปกติเกิดขึ้นกับตน เมื่อเวลาผ่านไปความรุนแรงของการกระทำก็จะเพิ่มขึ้นจนอาจนำไปสู่การอวด (exhibitionism) การจับหรือลูปคลำ (genital manipulation) การเลีย (cunnilingus) และการดูด (fellatio) ที่อวัยวะเพศ การสำเร็จความไคร่ให้กันและกัน (mutual masturbation) การใช้นิ้วสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของเด็ก (manual penetration of vergina or anus) จนถึงขั้น การมีเพศสัมพันธ์ทางทวารหนัก (anal intercourse) และหรือทางอวัยวะเพศ (vaginal intercourse) นายแพทย์แอนดรู สแตนเวย์ และ ออราลี วอชเตอร์ กล่าวว่าผู้ที่กระทำการล่วงเกินทางเพศต่อเด็ก แบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่มใหญ่ คือกลุ่มที่ผู้กระทำเป็นโรคจิตอยากล่วงเกินทางเพศต่อเด็ก กับกลุ่มที่ผู้กระทำลยหนีปัญหาด้วยการไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับเด็ก หรืออาจเพราะไม่สามารถสร้างความสัมพันธ์กับสังคมภายนอกครอบครัว ผู้ที่ล่วงเกินทางเพศต่อเด็กมักเป็นผู้ที่ขาดวุฒิภาวะทางอารมณ์

กรณีที่มีบิดาร่วมประเวณีกับบุตรสาวมักเกิดในครอบครัวที่ยากจน บิดามีการศึกษาต่ำ มีสภาพจิตใจที่ไม่มั่นคง ดื่มสุราหรือมีบุคลิกภาพก้าวร้าว รู้สึกว่าการร่วมประเวณีกับลูกนั้นง่ายกว่าภริยา หรือภริยาปฏิเสธการร่วมประเวณีก็จะหันไปกระทำกับลูก สาเหตุสำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ การที่ผู้กระทำมีโอกาสอยู่ตามลำพังกับผู้ถูกกระทำในสถานที่ลับตาคน หรือผู้กระทำบางคนพยายามสร้างโอกาสดังกล่าวให้เกิดขึ้น เพราะการที่อยู่ตามลำพัง ทำให้ผู้กระทำทำตามความต้องการของตนได้ง่ายขึ้น การอยู่ตามลำพังหรือในสภาพแวดล้อมที่เอื้อต่อการล่วงละเมิดทางเพศทำให้การตัดสินใจของผู้กระทำถูกกระตุ้นให้ลงมือกระทำง่ายขึ้น การที่ผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเราไม่เปิดเผยเรื่องราวที่เกิดขึ้นอาจเป็นเพราะผู้กระทำข่มขู่ หรืออ้างว่าไม่มีใครเชื่อในเรื่องที่เด็กเปิดเผย หรือพยายามติดตามไม่ให้เด็กได้มีโอกาสเปิดเผย หรือเป็นเพราะเด็กมีความเคารพและซื่อสัตย์ต่อผู้กระทำ เหตุผลดังกล่าวทำให้เด็กต้องทนเก็บกดความเครียดไว้เป็นเวลานานจนเกิดปัญหาทางร่างกายและจิตใจ โดยเฉพาะเรื่องค่านิยมของสังคมที่มักกล่าวหาว่าเด็กให้ความร่วมมือด้วยความเต็มใจยิ่งทำให้เด็กไม่กล้าที่จะเปิดเผยเรื่องราวถึงแม้จะมีความผิดปกติทางจิตใจจนต้องได้รับการบำบัดก็ตาม เมื่อผู้ถูกกระทำไม่กล้าที่จะบอกเรื่องทั้งหมดกับบุคคลอื่นไม่ว่าด้วยสาเหตุใดก็ตามก็จะทำให้กระบวนการข่มขืนกระทำชำเราภายในเครือญาติสามารถดำเนินไปได้อย่างต่อเนื่อง Burgess ได้อธิบายเหตุผลในการปกปิดเรื่องราวที่เกิดขึ้นของเด็กว่ามีสาเหตุมาจากการกลัวถูกลงโทษจากผู้กระทำ กลัวว่าจะไม่ได้รับความเชื่อถือเป็นสิ่งที่ตนเล่า กลัวถูกตำหนิ กลัวไม่ได้รับการยอมรับจากสังคมเนื่องจากมีประสบการณ์ไม่ดี การที่เด็กปิดบังเรื่องราวเอาไว้เพราะว่าหากเด็กเป็นผู้เล่าเรื่องเองโดยที่ไม่มีใครถามเด็กจะรู้สึกว่าตนผิดที่มีส่วนให้ผู้กระทำได้รับการลงโทษ ยิ่งถ้าผู้กระทำเป็นบิดา หรือบุคคลที่เป็นญาติที่เด็กนับถือ หรือมีบุญคุณเลี้ยงเด็กคนนั้นมา แต่หากมีใครสอบถามเด็กก็จะเล่าเรื่องราวแม้จะทำให้ผู้กระทำได้รับโทษ เด็กก็จะรู้สึกว่าตนเองไม่ได้ทรยศหรือผิดต่อผู้ที่ข่มขืนกระทำชำเราตนเอง⁴⁶

ฟรอยด์ นักจิตวิเคราะห์ชาวออสเตรีย เชื่อว่าความต้องการทางเพศกับบุคคลที่เป็นเครือญาตินี้เป็นส่วนหนึ่งของการพัฒนาบุคลิกภาพในระหว่าง 3-6 ปี หรือที่เรียกกระยะ oedipal period คือเด็กจะติดพ่อหรือแม่ที่เป็นเพศตรงข้ามและแข่งขันกับพ่อแม่ที่เป็นเพศเดียวกัน แต่ความรู้สึกนี้จะถูกกดเอาไว้ในจิตไร้สำนึกในกระยะแฝง (latency period) 7-11 ปี และเกิดขึ้นมาใหม่ในวัยรุ่นแต่ก็ถูกกดเอาไว้อีก ก่อนที่จะเปลี่ยนไปสู่เพศตรงกันข้ามที่เป็นบุคลภายนอกครอบครัว แต่ในรายที่ร่วมประเวณีกับเครือญาตินั้น กระบวนการนี้เกิดไม่สมบูรณ์ โดยเด็กยังมีความต้องการทางเพศกับพ่อแม่ในขณะที่พ่อแม่ก็ขาดความยับยั้งจิตใจจึงเป็นสาเหตุให้เกิดการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติขึ้น ปัญหาการร่วมประเวณี ระหว่างแม่กับลูกชายนั้นพบได้ไม่บ่อยนัก โดยคนหนึ่งคนใดมักจะมีปัญหาทางจิตอย่างรุนแรง คือ เป็นโรคจิต ส่วนการร่วมประเวณีระหว่างพ่อกับลูกสาว

⁴⁶ จักร์ พันธุเพชร. “การข่มขืนกระทำชำเราจากบุคคลในครอบครัว” รายงานผลการวิจัย กรุงเทพฯ : สถาบันราชภัฏสวนดุสิต, 2545, หน้า 7-8.

พบได้ค่อนข้างบ่อยกว่า ซึ่งสรุปตามทฤษฎีของฟรอยด์ นั้นลักษณะของพ่อ ลูกสาว และแม่ในแต่ละคนนั้นมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากบุคคลปกติทั่วไปดังนี้

ประการแรก บิดานั้นจากการศึกษาพบว่าพ่อมักจะมาจากครอบครัวที่ยู่เหงิง พ่อแม่แยกทางกัน ได้รับความอบอุ่นทางอารมณ์น้อย ฐานะทางเศรษฐกิจและการศึกษาค่ำ

Weinberg ได้อธิบายลักษณะของพ่อพวกนี้ว่ามี 3 ลักษณะ คือ

1. มีบุคลิกภาพแบบเก็บตัว (introversive) ทำให้ขาดการติดต่อกับโลกภายนอก
2. บุคลิกภาพแบบอันธพาล พ่อลักษณะนี้จะไม่เลือกว่าใครเป็นใครจะมองผู้หญิงทุกคนเป็นคู่แข่งเพศไปหมด

3. พวกที่ชอบเด็ก (pedophilia) เนื่องจากการพัฒนาทางบุคลิกภาพไม่บรรลุวุฒิภาวะจึงไม่อาจสร้างความสัมพันธ์ทางเพศกับผู้ใหญ่ด้วยกันได้ พฤติกรรมนี้มักเริ่มเมื่อพ่ออายุประมาณ 40 ปี กับลูกสาวคนโต แล้วกระทำไปยังลูกสาวคนต่อไปถ้ามี สาเหตุที่พบพ่อวัยนี้อาจเป็นเพราะลูกสาวขึ้นวัยแตกเนื้อสาว พ่อก็มักจะอายุประมาณนี้พอดี นอกจากนี้แล้วชีวิตแต่งงานของพ่อในระยะนี้อาจมีการเปลี่ยนแปลง เช่นการตายจาก การแยกหรือหย่ากับภรรยา ตลอดจนความเครียดจากการไม่ประสบความสำเร็จในหน้าที่การงาน

พฤติกรรมเช่นนี้จะเกิดขึ้นพอสมควรจนกว่าลูกสาวจะโตและแต่งงาน หรือออกจากบ้านไป หรือถูกสมาชิกในครอบครัวคนอื่นขัดขวาง พ่อส่วนใหญ่รู้สึกผิดกับการกระทำของตนเองน้อยมากหรือถ้าจะรู้สึกก็ไม่ได้เกิดจากความสำนึกของตนเอง แต่เพราะความอับอายหรือความเสียหน้าของตนและครอบครัวที่คนอื่นล่วงรู้ถึงพฤติกรรมนี้ โดยพ่อพวกนี้จะอ้างว่าที่กระทำไปเพราะต้องการจะสอนลูกสาวให้รู้เรื่องเพศอย่างถูกต้อง จะได้เป็นการช่วยป้องกันอันตรายที่อาจจะเกิดจากชายอื่น จะเห็นได้ว่าพ่อพวกนี้มีความผิดปกติทางจิตอย่างเห็นได้ชัด

ประการที่สอง มารดา จากการศึกษพบว่าในส่วนของมารดาโดยมากมักจะรู้เรื่องที่เกิดขึ้นและบางครั้งอาจจะสมรู้ร่วมคิดกับบิดาเนื่องจากกลัวถูกทำร้ายหรือถูกทอดทิ้งไม่มีใครเลี้ยงดูตนเอง โดยเมื่อเกิดปัญหาขึ้น มารดามักจะแสดงปฏิกิริยา 2 อย่าง คือ ทนต่อปัญหาได้โดยการแสดงความประท้วงเล็กน้อยหรือปฏิเสธไม่รับรู้พฤติกรรมนี้โดยสิ้นเชิง เนื่องจากบุคลิกภาพของแม่มักเป็นแบบไม่บรรลุวุฒิภาวะเหมือนทารก คือ สมยอม ยึดติด และต้องพึ่งแม่ของตน มักแต่งงานเมื่อมีอายุน้อยเกินไป กับชาย ซึ่งมีบทบาทเป็นผู้นำและควบคุมทุกสิ่งทุกอย่างในชีวิตของตน การที่แม่สมยอมและขาดอิทธิพลในบ้าน ทำให้ลูกไม่ได้รับการคุ้มครองให้พ้นอันตรายจากพ่อและทำให้เด็กไม่เกิดการพัฒนาทางบุคลิกภาพอย่างพอเพียงที่จะต่อต้านการกระทำอันนี้

ประการที่สาม ลักษณะของลูกสาวนั้นจากการศึกษาพบว่าแม่สังคมโดยทั่วไปจะมีความรู้สึกสงสาร เห็นใจลูกสาวและโกรธแค้นพ่อ แต่ก็มีสิ่งที่ชี้ให้เห็นว่าลูกสาวอาจจะมึนเมาของการเกิดปัญหา หรือเป็นการเริ่มพฤติกรรมเช่นว่านี้ Weinberg มีความสงสัยว่าลูกสาวจะถูกบังคับให้ร่วมประเวณีกับพ่อจริงหรือเปล่า เพราะพฤติกรรมมักจะดำเนินอยู่เป็นระยะเวลานานพอสมควร โดยที่ลูกสาวไม่ป่นหรือจัดขึ้น นักวิชาการมีความเห็นแย้งกันว่าลูกสาวเหล่านี้รู้สึกผิดหรือไม่ ในบางรายพบว่า ลูกสาวจะถือการร่วมประเวณีกับพ่อเป็นการแสดงความรักต่อพ่อ ทำให้ลูกสาวรู้สึกผิดเพียงเล็กน้อยเท่านั้น และความรู้สึกผิดนี้ไม่ได้เกิดจากการร่วมประเวณีกับพ่อ แต่มาจากความลับที่ถูกเปิดเผยทำให้ครอบครัวแตกแยก ลูกสังคมนครหา หรือจากความรู้สึกก้าวร้าวและความรู้สึกอยากแก้แค้นที่ตนมีต่อแม่ อย่างไรก็ตามแม้จะยังสรุปไม่ได้แน่นอนถึงความรู้สึกของลูกสาวต่อพฤติกรรมนี้ แต่ก็พบว่าลูกสาวมักจะเลี่ยงความรู้สึกผิดโดยพยายามบอกว่าตนไม่มีความสุขจากการร่วมประเวณีกับพ่อเลย เนื่องจากกฎหมายมักจะสนใจที่จะดำเนินคดีต่อพ่อและปกป้องลูกสาวจากการถูกระงับให้อับยศอดสูยิ่งขึ้น จึงมีความรู้เกี่ยวกับบุคลิกภาพของเด็กสาวเหล่านี้น้อยเกินไป แต่จากการศึกษาวิจัยพบว่าระดับสติปัญญาไม่ใช่ปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดปัญหาการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติ แต่ถ้าระดับสติปัญญาต่ำอาจจะทำให้เสี่ยงต่อการเกิดปัญหานี้ได้มากกว่าและทำให้พฤติกรรมที่เกิดขึ้นแล้วเกิดอยู่นาน⁴⁷

การร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติก่อให้เกิดผลกระทบในกรณีความสัมพันธ์ระหว่างบิดากับบุตรสาวอาจทำให้เกิดการแข่งขันอย่างรุนแรงระหว่างมารดากับบุตรสาวเพื่อให้ได้มาซึ่งความรักและความสนใจจากบิดา เด็กบางคนอาจจะมีพฤติกรรมเลียนแบบผู้เป็นมารดาในการดูแลสมาชิกภายในครอบครัวและถือว่าเป็นหน้าที่ความรับผิดชอบของตน ซึ่งถือว่าเป็นกลไกทางจิตของเด็กที่ใช้เพื่อปกปิดความต้องการที่แท้จริงของตน ผลเสียที่อาจเกิดตามมาอีกประการก็คือ การตั้งครรภ์ซึ่งทางออกอาจเป็นการทำแท้ง หรือการปล่อยให้มีการตั้งครรภ์โดยเสี่ยงต่อการผิดปกติก่อนคลอดและส่งผลกระทบต่อเด็กในครรภ์ จากการวิจัยพบว่าเด็กที่เกิดจากการร่วมประเวณีหรือแต่งงานในระหว่างเครือญาติ โดยเฉพาะผู้มีสายโลหิตเดียวกัน ส่วนใหญ่มักจะเสียชีวิตและมีความบกพร่องในร่างกายและจิตใจ

Peretti & Banks ได้ศึกษาในหญิงที่เคยถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยบิดาในวัยเด็กจำนวน 41 ราย พบว่าผู้หญิงเหล่านี้จะเกิดความวิตกกังวล มีการเปลี่ยนแปลงเวลาการพักผ่อน เบื่ออาหาร มีปัญหาทางเดินปัสสาวะและระบบสืบพันธุ์ มีความหวาดกลัวบิดา กลัวการตั้งครรภ์ กลัวเรื่องราวจะเปิดเผย กลัวจะทำให้ครอบครัวแตกแยก บางรายมีความรู้สึกสูญเสียความนับถือตนเองและรู้สึกไม่ดีต่อตนเอง มีทัศนคติไม่ดีในเรื่องทางเพศมองว่าเป็นเรื่องของผลประโยชน์ ปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ ความเสี่ยงทางด้านพันธุกรรมที่อาจทำให้ลักษณะบางอย่างหรือโรคบางโรคสามารถถ่ายทอดไปปรากฏในตัวลูกที่เกิดมาได้ แม้ว่า

⁴⁷ สุวัทธนา อารีพรพรก. ความผิดปกติทางจิต. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2518, หน้า 401-404.

พ่อหรือแม่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจจะไม่เป็น สิ่งที่เด่นชัดที่สุดซึ่งสังเกตได้จากการร่วมประเวณีกับบุคคลที่เป็นเครือญาติ ที่ร่วมสายโลหิต ก็คือ ความสามารถในการสืบพันธุ์และประสิทธิภาพทางร่างกายของเด็กที่เกิดจะลดลง ซึ่งปรากฏการณ์นี้เรียกว่า “Inbreeding Depression”⁴⁸

3. ปัจจัยทางสังคมที่มีอิทธิพลต่อการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ

โดยธรรมชาติแล้วมนุษย์ถือว่าเป็นสัตว์สังคม จะเห็นได้จากการที่มนุษย์ใช้ชีวิตอยู่รวมกันเป็นกลุ่ม ต้องมีการพึ่งพาอาศัยกันในการดำรงชีวิตเพื่อความอยู่รอด เพื่อการแสวงหาปัจจัยสี่ คือ อาหาร เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่อาศัย และยารักษาโรค ซึ่งในการแสวงหาปัจจัยสี่ที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของมนุษย์นี้ มนุษย์ไม่สามารถที่จะกระทำได้อย่างสะดวก และปลอดภัยแต่เพียงลำพัง จำเป็นต้องมีการพึ่งพาอาศัยกัน มีการแบ่งหน้าที่กันทำจึงจะประสบความสำเร็จ ดังนั้นความเป็นสังคมจึงเกิดขึ้นจากความต้องการความอยู่รอดของมนุษย์ โดยแต่ละคนให้ความช่วยเหลือและรับความช่วยเหลือซึ่งกันและกัน⁴⁹

ความเป็นสังคม คือ การรวมกลุ่มที่ก่อให้เกิดการเรียนรู้ถ่ายทอดแบบอย่างของการดำรงชีวิต ซึ่งเรียกว่า วัฒนธรรม ซึ่งวัฒนธรรม คือ สังคมที่สลับซับซ้อนประกอบไปด้วย ความรู้ ความเชื่อ ศิลปะ จรรยา กฎหมาย ขนบธรรมเนียมประเพณี และความสามารถที่มนุษย์แสวงหาในฐานะที่เป็นสมาชิกของสังคม ซึ่งวัฒนธรรมในสังคมต่างๆ อาจไม่เหมือนกัน เช่น เป็นเครื่องกำหนดความแตกต่างระหว่างการสมรส กับการร่วมเพศตามใจชอบ ระหว่างความถูกต้องกับความไม่ถูกต้อง วัฒนธรรมจึงเป็นเสมือน “แบบพิมพ์เขียวสำหรับความประพฤติ” ที่กำหนดว่าคนต้องทำอะไร ควรทำอะไร อาจจะทำอะไร และจะต้องทำอะไร⁵⁰

การอยู่รวมกันก่อให้เกิดการพัฒนาความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกให้มีความแน่นแฟ้นมากขึ้น ก่อให้เกิดหน่วยทางสังคมที่เล็กที่สุดและมีความสัมพันธ์ที่ลึกซึ้งมากที่สุดระหว่างมนุษย์ด้วยกัน เรียกว่า “ครอบครัว” ซึ่งครอบครัวเป็นสถาบันหลักที่สำคัญที่สุดแห่งหนึ่งในสังคมมนุษย์ เป็นที่ซึ่งสมาชิกในครอบครัวได้มาใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน เป็นที่ที่ใช้พักผ่อน ให้ความปลอดภัยและอบอุ่นใจ มีความไว้วางใจให้แก่กัน โดย

⁴⁸ จักษ์ พันชูเพชร. “การข่มขืนกระทำชำเราจากบุคคลในครอบครัว” รายงานผลการวิจัย กรุงเทพฯ : สถาบันราชภัฏสวนดุสิต, 2545, หน้า 8.

⁴⁹ วราคม ทีสุโกะ. สังคมวิทยาสำหรับผู้เริ่มเรียน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มิตรสยาม, 2527, หน้า 110-111.

⁵⁰ เสริน บุญณะหิตานนท์. การกระทำผิดในสังคม. กรุงเทพฯ : บริษัทเดอะบิสซิเนสเพรส จำกัด, 2523, หน้า 181.

ปราศจากความคลางแคลงใจ⁵¹ แต่เมื่อมนุษย์มาใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันเป็นสังคมแล้ว ย่อมจะก่อให้เกิดปัญหาต่างๆ ตามมาอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ โดยเฉพาะปัญหาการกระทำความผิดทางเพศหรืออาชญากรรมทางเพศ ซึ่งอาชญากรรมทางเพศนั้นเป็นอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับชีวิตและร่างกาย รวมไปถึงจิตใจของผู้เสียหายด้วย และในทุกสังคมไม่สามารถหลีกเลี่ยงจากปัญหาอาชญากรรมประเภทนี้ได้ และอาชญากรรมทางเพศนี้มักจะมีสถิติการเกิดสูงเสมอๆ ลักษณะคดีมีตั้งแต่ร้ายแรงที่สุด คือการข่มขืนและฆ่า ไปจนถึงลักษณะที่ไม่ร้ายแรง เช่น การอนาจารโดยใช้วิธีข่มขู่ โดนัลเพศตรงข้าม หรือเพศเดียวกันบนรถโดยสาร การลวนลามในที่สาธารณะ ในสถานที่ทำงาน การจัดหาหญิงเพื่อสำเร็จความใคร่ของผู้อื่น เช่น ซ่องโสเภณี การล่อลวง การพราศผู้เยาว์ การร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ เป็นต้น จึงเป็นเรื่องที่น่าเป็นห่วง เนื่องจากอาชญากรรมทางเพศนั้นมักจะเกี่ยวข้องกับเรื่องของจิตวิทยาด้วย ดังได้กล่าวมาแล้ว เพราะพฤติกรรมต่างๆ มักแสดงออกมาในรูปของความวิปลาส หรือความผิดปกติทางเพศเสียเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งก็เป็นปัญหาและเกิดผลเสียต่อสังคมในหลายด้าน ซึ่งควรจะมีการศึกษาหาทางควบคุม และระมัดระวังป้องกันทั้งในด้านของบุคคลและสังคม การให้ความรู้เรื่องเพศศึกษาอย่างถูกต้องก็จะสามารถช่วยให้ทราบได้ว่าพฤติกรรมทางเพศมีความเป็นมาอย่างไร และมีสาเหตุหรือปัจจัยมาจากอะไร และพฤติกรรมใดที่ถือว่าเป็นความผิดปกติทางเพศ การศึกษานั้นจะมีส่วนทำให้มีความเข้าใจ และสามารถกำหนดแนวทางป้องกันให้มีผลในทางปฏิบัติได้ ซึ่งสังคมไทยนั้นยังไม่ได้ให้ความสำคัญในเรื่องเพศศึกษาเท่าที่ควร จึงเกิดปัญหาตามมาอย่างมกนักวิชาการทั้งทางด้านสังคมวิทยา จิตวิทยา และอาชญาวิทยาต่างก็เห็นตรงกันว่าปัจจัยทางสังคมนั้น มีอิทธิพลต่อพฤติกรรมของมนุษย์ในสังคมมาก โดยเฉพาะเด็กและเยาวชนซึ่งมีความสามารถในการลอกเลียนแบบได้สูงมาก ดังนั้นหากมีปัจจัยทางสังคมหรือสภาพแวดล้อมที่เลวร้าย ล่อแหลม ต่อการเกิดอาชญากรรมทางเพศก็จะหล่อหลอมให้เด็กและเยาวชนในสังคมนั้นมีพฤติกรรมเลวร้ายไปด้วย และเมื่อได้โอกาสเหมาะก็จะประกอบอาชญากรรมทางเพศ และกลายเป็นอาชญากรในที่สุด⁵² ปัจจัยทางสังคมเป็นปัจจัยภายนอกที่สำคัญ ที่เป็นตัวกระตุ้นหรือมีอิทธิพลซึ่งจะทำให้เกิดการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติได้แก่⁵³

⁵¹ สุพัตรา สุภาพ. สังคมวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชจำกัด, 2523, หน้า 71.

⁵² สาริต ใสสถิตย์. “การป้องกันและคุ้มครองเด็กต่อการกระทำความผิดฐานข่มขืน” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536, หน้า 21.

⁵³ ธนะชัย ผดุงชิต. “สื่อลามกกับผู้กระทำความผิดทางเพศ” วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545, หน้า 30 – 31.

1. การอยู่ร่วมกันอย่างแออัด ซึ่งโดยมากจะเป็นบ้านที่มีห้องนอนเดียวใช้กินอยู่หลับนอนร่วมกันทุกคนเช่น อพาร์ทเมนท์ หรือห้องเช่า แม้บางรายแยกห้องหรือมุ้งกันนอนก็ตามแต่ก็ยังอยู่ในบริเวณที่ติดกัน ทำให้เด็กเห็นพฤติกรรมของคนในครอบครัวจึงอาจเข้าใจผิด ทำให้ได้รับรู้ประสบการณ์ทางเพศที่ไม่ถูกต้อง โดยอาจคิดว่าคนที่รักกันต้องมีการร่วมประเวณีกันก็มักจะเกิดปัญหาการร่วมประเวณีในเครือญาติตามมา โดยอาจฝังใจว่าการร่วมประเวณีกับบิดาหรือมารดาหรือคนที่ เป็นเครือญาติกันถือเป็นการแสดงความรักต่อกัน

2. ครอบครัวมีรายได้น้อยทำให้บิดาและมารดาต้องทำงานหนัก บางครั้งมีเวลาทำงานไม่ตรงกัน หรือต้องทำงานล่วงเวลาเพื่อเพิ่มรายได้ให้กับครอบครัวจึงเป็นสาเหตุทำให้มีเวลาอยู่ร่วมกันน้อยหรือแทบไม่มีเลยการที่ภริยาต้องรับภาระงานบ้านนอกเหนือจากงานประจำทำให้เกิดความเหนื่อยล้าและต้องการพักผ่อนมากกว่าที่จะมีกิจกรรมทางเพศกับสามีจึงเป็นเหตุทำให้ผู้กระทำรู้สึกว่าคุณถูกละเลยหรือเป็นการที่ภริยาตอบสนองความต้องการทางเพศแก่ตนไม่เพียงพอ การทำงานหนักและต้องการพักผ่อนหรือทำงานในช่วงเวลาที่ไม่ตรงกันเป็นการสร้างโอกาสให้ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำได้อยู่กันตามลำพังมากยิ่งขึ้นและหากเป็นการเจตนาสร้างโอกาสในการอยู่กันตามลำพังก็จะทำให้โอกาสดังกล่าวเกิดขึ้นได้ง่าย

3. การกระตุ้นโดยการดื่มสุรา หรือเสพสารเสพติด และการชอบดูหนังสื่อหรือภาพยนตร์ที่ยั่วกามารมณ์ หนังสือพิมพ์ที่เสนอข่าวในรูปแบบต่างๆที่ทำให้ผู้อ่านรู้สึกอยากลองหรือการตอบปัญหาทางเพศไม่ถูกต้องตามหลักการแต่เป็นการยั่วทางเพศมากกว่า ซึ่งปัจจัยดังกล่าวนี้จะส่งผลให้ผู้กระทำที่มีโอกาสได้เห็นหรือได้สัมผัสเรือนร่างของผู้ถูกกระทำเกิดจินตนาการและความรู้สึกต้องการที่จะร่วมประเวณีมากยิ่งขึ้น

4. ความเสื่อมโทรมของสังคม ได้แก่ ความเสื่อมทางวัฒนธรรมและศีลธรรมอันทำให้จิตใจเสื่อมทรามลงคิดถึงแต่ประโยชน์ส่วนตัวมากกว่าส่วนรวม สาเหตุมาจากการรับเอาวัฒนธรรมตะวันตกเข้ามาโดยมิได้กลั่นกรองหรือแยกแยะ เช่น ท่าเต้นที่ยั่วชวนเร้าร้อนมีการเบียดเสียดถูกเนื้อต้องตัวในขณะเต้นรำ การสำล่อนทางเพศทั้งหญิงและชายทำให้ครอบครัวแตกแยกภริยาไปมีสามีใหม่แล้วทิ้งบุตรสาวให้สามีเก่าดูแลความเห็นแก่ตัวของสามีที่โกรธแค้นภริยา กลายเป็นสาเหตุที่ทำให้มีการร่วมประเวณีกับบุตรสาวได้โดยมองว่าบุตรสาวเป็นตัวแทนของภริยาเมื่อไม่สามารถจะทำอะไรภริยาได้จึงใช้บุตรสาวเป็นที่รองรับอารมณ์

5. การมีรายได้น้อยทำให้ไม่สามารถไปใช้บริการทางเพศที่สถานบริการได้หรือได้แต่ไม่บ่อยครั้งตามที่ตนต้องการหรือผู้กระทำอาจมีความกลัวต่อโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ที่ร้ายแรง เช่น โรคเอดส์ ประกอบกับความได้ใกล้ชิดและได้รับความไว้วางใจจากผู้ถูกกระทำ เป็นเหตุให้ผู้กระทำได้มีโอกาสเห็นหรือได้สัมผัสเรือนร่างของผู้ถูกกระทำจนทำให้เกิดการสร้างโอกาสและเกิดการร่วมประเวณีในเครือญาติในเวลาต่อมา

6. ปัจจัยที่มีอิทธิพลที่สำคัญ อีกประการคือ ความเป็นหญิงและชายและความเชื่อ กล่าวคือการที่บิดามองว่าบุตรสาวเป็นสมบัติชิ้นหนึ่งของตน ซึ่งสามารถจะทำอะไรก็ได้ประกอบกับความรู้สึกที่แฝงด้วยความ

เหยียดหยามเพศหญิง โดยคิดว่าวันหนึ่งบุตรสาวของตนก็ต้องไปมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลอื่นจึงเป็นเรื่องปกติที่ตนเองผู้เลี้ยงดูย่อมมีสิทธิที่จะได้ร่วมประเวณีกับบุตรสาวของตนก่อนชายอื่น ในความเป็นหญิงเป็นชายนี้ในความรู้สึกรู้สึกของผู้กระทำเป็นการมองไปที่อำนาจเหนือกว่าและมองผู้หญิงในฐานะที่ต่ำกว่าและยังมีความเชื่อประกอบกับค่านิยมของคนส่วนใหญ่ว่าการได้มีความสัมพันธ์ทางเพศกับหญิงสาวบริสุทธิ์จะทำให้มีความสุขทางเพศที่ดีกว่าและเมื่อไม่สามารถหาหญิงสาวบริสุทธิ์ที่อื่นได้จึงใช้บุตรสาวหรือบุคคลที่เป็นญาติที่ตนมีอำนาจเหนือและโอกาส เป็นที่ตอบสนองความต้องการที่เกิดมาจากความเชื่อนั้น

สรุปได้ว่า ปัจจัยทางสังคมดังกล่าวข้างต้นนั้นนับว่าเป็นปัจจัยภายนอกที่สำคัญอย่างยิ่ง

ในการก่อให้เกิดปัญหาการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติทั้งสิ้น ดังนั้นผู้ที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องจึงควรจะหาทางป้องกัน แก้ไข และให้ความรู้ที่ถูกต้องในเรื่องเพศศึกษาแก่ประชาชน โดยเฉพาะนักเรียน และนักศึกษา และอธิบายให้เข้าใจถึงผลเสียที่จะเกิดจากการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ เพื่อเป็นการป้องกัน หรือลดปัญหา ดังกล่าวในอนาคต

4. แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้เสียหายในความผิดทางเพศ

4.1 แนวคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้เสียหายในความผิดทางเพศ

กฎหมายของไทยเราให้ความสำคัญกับการกระทำความผิดทางเพศที่เกี่ยวกับหญิงและเด็กมาช้านานแล้ว นับจากอดีตในกฎหมายตราสามดวง เล่ม 2 ได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการลักพาหญิงและเด็กไว้ โดยบัญญัติไว้ในลักษณะลักพา คือ

๑ มาตราหนึ่ง ผู้ใดลักพาไฟร่า ข้าคน ลูกเมีย ท่าน ภานีแลมทันภานี ยังแต่ดิน น้ำ ทำ ในตลาด ผสานแห่งใด ๆ มีศักขิพญาณะจะเอาข้าคนท่านภานีจริงท่านว่าผู้นั้นเปนโจร ให้ไหม้กิ่งค่า ถ้าเอาทาสท่านไป ซ่อนไว้ในเรือนแลมทันภานียังอยู่ในเรือน ให้ไหม้เท่าทุน ถ้าภานีออกไปนอกเมืองค่าไปฟาก น้ำ ทำ แลเจ้าคนมาพบ ให้ไหม้ค่ากิ่ง ถ้าส่งแลภานีตาทางไปต่างเมืองก็ดี เอาไปขายก็ดี ถ้าได้ตัวคืนมาให้ไหม้สองค่าถ้า มิได้ตัวมาใช้ ให้ใช้ทุนแล้วให้ไหม้สองค่า ให้ทวนโดยสกรรมิสกรร แล้วให้ศักรูปคนไว้ แลคนซึ่งไปด้วยเขา นั้น ถ้ามันเปนใจไปด้วยเขา ถ้าเด็กอายุศัม ๑๒ ปี ลงมาอย่าให้มีโทษแก่เดคนั้นเลย ถ้าเด็กอายุศัม ๑๓ ๑๔ ปีขึ้นไปถึงอายุ ๑๖ ปี ให้ตีด้วยไม้หวาย ๒๐ ที ถ้าอายุศัม ๑๗ ปีขึ้นไปถึง ๒๕ ๓๐ ปี ให้ตีด้วยไม้หวาย ๓๐ ที ส่งให้แก่ เจ้า นาย มันคิน

นอกจากนั้นกฎหมายตราสามดวงเล่ม 3 ยังได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการข่มขืนหญิงและเด็กไว้ในลักษณะฉ้อเมีย คือ

๑๓ มาตราหนึ่ง ชายหาเมียมิได้ ช่มจีนลูกสาว หลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ไหมชายนั่นกิ่งเบี่ยชาย มีเมียแล้ว ถ้าช่มจีนมิถึงชำเรา ให้ไหมกิ่งชำเรา

๑๔ มาตราหนึ่ง ชายใดช่มจีนหญิงเดกไม่รู้เตียงสามีถึงชำเรา ให้ไหมเท่าเบี่ยประถมผัดเมีย ถ้าช่มจีนถึงชำเราโลหิตไหล ให้ไหมเท่าเบี่ยประถมผัดเมียทวีคูณ ถ้าคบตีหญิงทำให้มีบาดเจ็บด้วย ท่านให้ไหมชายนั่นโดยบาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง

ในกฎหมายตราสามดวงทั้งลักษณะลักพาและลักษณะฟัวเมียจะเห็นได้ว่าให้ความสำคัญเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศที่ผู้เสียหายเป็นหญิงและเด็ก โดยลงโทษผู้ที่พาหญิงและเด็กด้วยการปรับไหม ส่วนผู้เสียหายถ้าเป็นเด็กอายุตั้งแต่ 12 ปีลงมา ถ้าเต็มใจไปด้วยกับเขากฎหมายยกเว้นโทษให้ กฎหมายจะลงโทษเด็กที่ยินยอมให้เขาลักพาไปเมื่อมีอายุ 13 ปี ขึ้นไป ส่วนในกฎหมายส่วนลักษณะฟัวเมีย กฎหมายลงโทษผู้กระทำความผิดที่กระทำช่มจีนหญิงและเด็ก แม้การกระทำนั้นไม่ถึงขั้นกระทำชำเราก็มีความผิด จากกฎหมายตราสามดวงทำให้ผู้เสียหายที่เป็นหญิงและเด็กได้รับความคุ้มครองไม่ให้ถูกกระทำความผิดทางเพศ ซึ่งกฎหมายตราสามดวงได้ใช้มาเป็นเวลานาน

ต่อมารัฐบาลไทยคิดที่จะปฏิรูประบบกฎหมายของไทย โดยถือเอากฎหมายของประเทศในแถบตะวันตกเป็นแบบอย่าง รัชกาลที่ 5 ทรงเห็นว่าการจะเลือกระบบกฎหมายทางตะวันตกมาใช้ ควรจะเลือกระบบใกล้เคียงกับระบบกฎหมายเดิมที่ใช้อยู่ ซึ่งเดิมกฎหมายของไทยเราจะมีลักษณะสอดคล้องกับระบบประมวลกฎหมายมากกว่า จึงทรงเลือกระบบประมวลกฎหมายมาใช้ โดยทรงโปรดให้มีการตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายอาญาขึ้นมาใช้เป็นอันดับแรกก่อน เพราะเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญานั้นร่างง่ายที่สุด และต่อมาได้มีการประกาศใช้เป็นกฎหมายอาญาฉบับแรกเรียกว่ากฎหมายลักษณะอาญา ประกาศใช้เมื่อวันที่ 15 เมษายน พ.ศ. 2451 ถือเป็นกฎหมายอาญาฉบับแรกประเทศไทย⁵⁴

ก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา เด็กจะอยู่ในการดูแลของผู้ปกครอง ซึ่งได้แก่ บิดา มารดา ภริยาอยู่ภายใต้การปกครองดูแลของสามี ส่วนชายที่อยู่ภายใต้บังคับของมูลนายซึ่งเป็นกฎหมายจารีตประเพณี ทำให้ขาดการกำหนดเงื่อนไขในการใช้อำนาจปกครองที่ชัดเจน จึงเป็นช่องทางให้บิดามารดาของเด็กบางกลุ่มแสวงหาผลประโยชน์จากเด็กด้วยการนำเด็กออกมาขายเสมือนเป็นทรัพย์สินของบิดามารดา ซึ่งปรากฏหลักฐานค้นคว้าได้จากประกาศของรัชกาลที่ 4 ฉบับวันจันทร์ เดือนยี่ ขึ้น 15 ค่ำ ปีฉลู สัปตศก ศักราช 1227 อันที่ 5332 ในรัชกาลที่ 4 มีเนื้อความตอนหนึ่งว่า

⁵⁴ ชาลูนัย แสงศักดิ์. อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2539, หน้า 27 – 41.

“วิสัยคนตระกูลต่ำมีแต่คิดจะหาเงินหาทองยอมข่มขืนบุตรหลานของตัวเองแล้วเอาไปขายเอาไปให้ไปต้องทนยากอยู่ในที่ที่ตัวจะได้เงินได้ทองมาก แต่บุตรไม่ควรที่จะต้องยากเพราะบิดามารดา จึงต้องคัดสินให้ตามใจสมัคร”

กรณีที่เกิดประกาศฉบับนี้ซึ่งมีค่าบังคับทางกฎหมายเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติในยุคปัจจุบันก็เนื่องมาจากมีบุตรสาวรายหนึ่งถูกบิดามารดาขายให้แก่ผู้มีฐานะทั้งที่ไม่สมัครใจ จึงไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญาขายนั้น คู่กรณีได้ฟ้องร้องให้ลูกขุนตุลาการซึ่งมีอำนาจชำระคดีบังคับให้บุตรสาวนั้นยอมปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาที่บิดามารดาขายไว้ แต่เมื่อไม่มีกฎหมายรองรับที่ชัดเจนทำให้ลูกขุนตุลาการไม่กล้าชำระคดี กลับใช้วิธีคุมขังบุตรสาว บังคับให้ทำงานหนัก เธอจึงหนีมาทูลเกล้าฯ ถวายฎีกาต่อพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พระองค์ท่านจึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศกฎหมายกำหนดเงื่อนไขในการขายบุตรของบิดามารดาว่าจะกระทำได้อาจต้องให้บุตรยินยอมและยอมให้ขายในราคาเท่าใดก็ขายได้เพียงเท่านั้นด้วย เพราะถ้าขายราคาสูงภาระในการไถ่ตัวให้เป็นอิสระของบุตรก็จะสูงตามตั้งข้อความ คือ

“บิดามารดาไม่ได้เป็นเจ้าของบุตรชายบุตรหญิง ดังหนึ่งคนเจ้าของโคกระบือช้างม้าจะตั้งราคาขายตามชอบใจได้ ถาดังนายเงินเป็นเจ้าของทาสที่มีค่าตัวจนจะขายทาสนั้น ตามค่าตัวเดิมได้เมื่อบิดามารดาจะขายบุตร ต่อบุตรยอมให้ขายจึงขายได้ ถ้าไม่ยอมให้ขายก็ขายไม่ได้ ถายอมให้ขาย ถ้าบุตรยอมรับนี้ค่าตัวเมื่อไรก็ขายได้เพียงเท่านั้น กฎหมายเก่าอย่างไรคิดไปจากอย่างนี้อ่าเอา” ซึ่งอาจถอดความได้ว่า

“บิดามารดาไม่ได้เป็นเจ้าของบุตรเช่นเดียวกับการเป็นเจ้าของช้างม้าวัวควาย จะตั้งราคาขายบุตรเช่นเดียวกับการตั้งราคาขายช้างม้าวัวควายหรือเช่นเดียวกับนายทาสตั้งราคาขายทาสตามค่าตัวที่ซื้อมาได้ บิดามารดาจะขายบุตรได้ก็ต่อเมื่อบุตรนั้นให้ความยินยอมและจะขายในราคาเกินกว่าที่บุตรยินยอมให้ขายไม่ได้ กฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายนี้ให้ยกเลิก”

ซึ่งจากประกาศดังกล่าวนับได้ว่าเป็นกฎหมายฉบับแรกที่เป็นหลักประกันสิทธิของเด็กในประเทศไทย⁵⁵

การประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้นเป็นการยุติการค้าขายทาสลงอย่างสิ้นเชิง รวมทั้งการซื้อขายจำหน่าย รับ หรือหน่วงเหนี่ยวบุคคลใด ดังนั้นการกระทำในลักษณะที่เป็นการขายบุตรของ

⁵⁵ สรรพสิทธิ์ คุมภ์ประพันธ์. “แนวทางการป้องกันแก้ไขการละเมิดสิทธิเด็กในประเทศไทย” อุลพาห. ปีที่ 45, เล่มที่ 1. 2541, หน้า 16.

บิดามารดาจึงเป็นความผิด แต่ก็ยังคงมีการลักลอบซื้อขายบุตรอย่างทาสมาเป็นการยกให้ไว้ใช้งานหรือบำเรอทางเพศต่อนายเงิน ต่อคอกเบี้ยหรือเพื่อการชำระหนี้แม้จะได้มีการออกกฎหมายในลักษณะต่าง ๆ เช่น กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว เพื่อกำหนดสถานะของคนในครอบครัวให้เกิดความชัดเจน ก็ยังมีการลักลอบซื้อขายบุตรในรูปแบบต่าง ๆ เพื่อการชำระหนี้ อันเป็นวัฒนธรรมประเพณีในขณะนั้น ยังคงดำรงสืบมา ดังนั้นในการบัญญัติกฎหมายลักษณะอาญาในความผิดทางเพศฐานความผิดดังกล่าว จึงได้กำหนดลักษณะการกระทำของผู้กระทำความผิดในรูปแบบต่าง ๆ หากได้กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายแล้วย่อมเป็นความผิดทั้งสิ้น รวมทั้งให้การคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นเด็ก

เป็นที่ทราบแล้วว่าผู้กระทำความผิดจะอาศัยความอ่อนแอของเด็กเป็นปัจจัยในการกระทำความผิดในการกระทำความผิดฐานนี้ ก่อนที่จะได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน ความในลักษณะดังกล่าวได้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาขณะนั้นได้แก่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งกำหนดไว้ในส่วนที่ 6 ว่าด้วยความผิดที่กระทำอนาจาร หมวดที่ 1 ความผิดฐานกระทำอนาจารอันเกี่ยวแก่สาธารณชนได้แก่

มาตรา 241 “ผู้ใดขยงเลี่ยมสอนเด็กอายุต่ำกว่าสิบสองขวบ ให้ชำเรากี่ดี หรือให้ทำอนาจารด้วยผู้อื่นก็ดี หรือมันเป็นธุระจัดหาเด็กอายุต่ำกว่าสิบสองขวบ ให้ผู้อื่นทำชำเรา หรือทำอนาจารก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินกว่าสองปี และปรับไม่เกินกว่าพันบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง”

จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาที่บังคับใช้ในขณะนั้นอันได้แก่กฎหมายลักษณะอาญาจะคุ้มครองผู้เสียหายจากการกระทำความผิด ซึ่งเป็นเด็กไม่ว่าจะเป็นเด็กหญิงหรือเด็กชาย รวมทั้งกำหนดอายุเด็กไว้ต่ำกว่าสิบสองขวบ เหตุผลที่กฎหมายลักษณะอาญาให้การคุ้มครองแก่เด็กอายุต่ำกว่าสิบสองขวบ สืบเนื่องจากขณะนั้นความเจริญรุ่งเรืองของบ้านเมืองยังไม่เพียงพอ ตลอดจนการศึกษาของผู้คนในขณะนั้นยังไม่ดีพอโดยถือว่าเด็กอายุต่ำกว่าสิบสองขวบเป็นปัจจัยเสี่ยงต่อการที่ถูกล่อลวง ชักจูงไปในทางที่ผิดจากบุคคลผู้ไม่หวังดี โดยง่ายจากการเปลี่ยนแปลงของสังคม วัฒนธรรม ที่เป็นไปอย่างรวดเร็ว ทำให้กฎหมายที่ใช้ในขณะนั้นล้าสมัย จึงได้มีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา และในฐานะความผิดดังกล่าวก็ได้มีการแก้ไขโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พุทธศักราช 2474 มาตรา 3 โดยให้ยกเลิกบทบัญญัติมาตรา 241 แห่งกฎหมายลักษณะอาญาและใช้ความต่อไปนี้แทน

มาตรา 241 ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่นบังอาจเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไป เพื่อการอนาจารซึ่งหญิงหรือเด็กหญิงที่อายุต่ำกว่าสิบแปดขวบ แม้หญิงหรือเด็กหญิงนั้นยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี และปรับไม่เกินสองพันบาท โดยมีต้องคำนึงว่ากรรมทั้งหลายซึ่งประกอบกันเป็นความผิดนั้นได้กระทำไว้ในประเทศต่างกันหรือไม่

ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่น บังอาจใช้อุบายหลอกลวง หรือโดยใช้อำนาจด้วยกำลังกาย โดยขู่เข็ญ โดยใช้อำนาจคุ้มครองผิดทำนอง หรือโดยใช้วิธีบังคับอย่างอื่น ๆ เป็นเหตุระงับหรือชักพาไป เพื่อการอนาจารซึ่งหญิงหรือเด็กหญิง ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีและปรับไม่เกินสาม พันบาทโดยมิต้องคำนึงว่ากรรมทั้งหลายซึ่งประกอบกันเป็นความผิดนั้น ได้กระทำไว้ในประเทศต่างกันหรือไม่

ในการแก้ไขความผิดตามมาตรา 241 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา จะเห็นได้ว่าการเปลี่ยนแปลง ถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายให้สอดคล้องกับลักษณะของการกระทำความผิดที่ผู้กระทำผิด ได้กระทำขึ้น เพื่อความเหมาะสมกับสถานการณ์ในขณะนั้น โดยที่มีการเปลี่ยนแปลงการคุ้มครองผู้เสียหายจากการกระทำ ความผิดจากเด็กอายุต่ำกว่าสิบสองขวบ มาคุ้มครองหญิงหรือเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบแปดขวบ ซึ่งเป็นการ เปลี่ยนแปลงจากเดิมที่คุ้มครองเด็กหญิงและเด็กชายอายุต่ำกว่าสิบสองขวบ เหตุผลในการเปลี่ยนแปลงผู้ร่าง กฎหมายอาจจะเห็นปัจจัยเสี่ยงต่อการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับเพศน่าจะเป็นเพศหญิงที่มีโอกาสสูงจึงได้บัญญัติให้ ความคุ้มครองเพศหญิงโดยให้การคุ้มครองเพศหญิง 2 ประเภท คือ หญิงไม่จำกัดอายุเพศหนึ่งกับเด็กหญิงอายุ ต่ำกว่าสิบแปดขวบ อันเป็นการขยายการคุ้มครองเพิ่มมากขึ้น ทั้งนี้เพื่อป้องกันการอาศัยอายุของผู้เสียหายมา ต่อสู้คดีเพื่อให้ตนรอดพ้นจากการกระทำความผิด รวมทั้งการบัญญัติในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายไม่ว่าจะ ยินยอมหรือไม่ก็ตามก็เป็นความผิด

นอกจากนี้ภายหลังจากการที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีในองค์การสันนิบาตชาติ ได้ทำ ข้อตกลงระหว่างประเทศ (Convention) ในเรื่องการคุ้มครองหญิงและเด็ก ซึ่งแม้ว่าในขณะนั้นประเทศไทยจะ ไม่ได้เข้าเป็นสมาชิกในข้อตกลงดังกล่าว แต่ก็จำเป็นต้องผูกพันตามข้อตกลงดังกล่าว ในอันที่จะออกกฎหมายเพื่อ สอดคล้องกับข้อตกลงระหว่างประเทศ ในอันที่จะป้องกันและหยุดการกระทำความผิด จึงได้บัญญัติไว้ ตอนท้ายว่าไม่ว่าการกระทำต่าง ๆ อันประกอบเป็นความผิดนั้นจะได้กระทำในประเทศต่างกันหรือไม่ ซึ่ง หมายความว่าผู้กระทำแม้ว่าจะได้กระทำในประเทศใด ๆ ก็ตามย่อมเป็นความผิดซึ่งต้องรับโทษตามกฎหมาย ไทยทั้งสิ้น

นอกจากนั้นยังได้บัญญัติเหตุที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษหนักขึ้น ในลักษณะต่างๆ โดยบัญญัติเพิ่มเติมวรรคสองกำหนดลักษณะของการกระทำในการใช้อุบายหลอกลวงหรือใช้อำนาจด้วยกำลัง กาย ขู่เข็ญใช้อำนาจผิดทำนอง หรือใช้วิธีบังคับด้วยประการอื่น ๆ ล่อไปเพื่อการอนาจาร จะต้องรับโทษหนัก ขึ้น

เมื่อบ้านเมืองมีความเจริญขึ้นทั้งในด้านเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมอย่างรวดเร็ว ทำให้ต้องมีการปรับปรุงกฎหมายเพื่อให้ทันสมัยเป็นที่ยอมรับของนานาอารยประเทศ จึงได้มีการปรับปรุงกฎหมายอาญา

ยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญาเสียมาใช้ระบบประมวลกฎหมายเหมือนในประเทศภาคพื้นยุโรปซึ่งเป็นที่ยอมรับ
ในนานาประเทศอันได้แก่ประมวลกฎหมายอาญาพุทธศักราช 2499

ความคิดที่เกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญาที่ได้มีการประกาศใช้ จะบัญญัติความคิดเกี่ยวกับ
เพศไว้ในลักษณะ 9 ความคิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งในการบัญญัติความคิดตามมาตรา ต่าง ๆ ในลักษณะนี้จะให้
ความสำคัญผู้เสียหายที่ถูกล่วงเกินทางเพศ ในลักษณะที่ผู้เสียหายมีโอกาสจะตั้งครรภ์ได้หรือไม่และตั้งครรภ์
แล้วจะเกิดผลหรือปัญหาอย่างไรต่อสังคมมาเป็นหลักในการคุ้มครองทางเพศ โดยบัญญัติความคิดที่อาจจะทำ
ให้ผู้เสียหายตั้งครรภ์ได้จากการล่วงเกินทางเพศของ ผู้กระทำผิดไว้เป็นเอกเทศ เรียกว่าความคิดฐานข่มขืน
กระทำชำเราตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 ซึ่งเป็นความคิดที่มีอัตราโทษสูงและยังบัญญัติ
ความคิดเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศในกรณีอื่น ๆ เพื่อป้องกันมิให้ผู้ใดแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศและยังมี
การเพิ่มโทษหนักขึ้นไปอีก หนึ่งในสาม สำหรับผู้ที่กระทำความผิดตามมาตรา 276 หรือมาตรา 277 ต่อ
ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลผู้อยู่ในควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความ
พิทักษ์ หรือในความอนุบาลตามมาตรา 285

จะเห็นได้ว่า จากการที่ได้นำลักษณะและโอกาสที่จะเกิดการตั้งครรภ์มาเป็นหลักในการบัญญัติ
กฎหมายในความคิดทางเพศ การให้ความคุ้มครองผู้เสียหายจากการกระทำความผิดจึงมีเพียงเพศหญิงเท่านั้นที่
ได้รับการคุ้มครอง เพราะเพศชายถือว่าไม่มีโอกาสที่จะเกิดการตั้งครรภ์ได้⁵⁶ ดังนั้นในการบัญญัติกฎหมายใน
ประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับความคิดทางเพศในระยะแรกจึงคุ้มครองเฉพาะเพศหญิงเท่านั้น ต่อมาปัจจุบัน
นี้ได้มีการขยายการให้ความคุ้มครองในเรื่องความคิดเกี่ยวกับเพศต่อเพศชายด้วย ดังจะเห็นได้จากที่บัญญัติไว้
ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 282 มาตรา 283 ทวิ และมาตรา 284 จะเห็นได้ว่า
จากประมวลกฎหมายอาญาดังได้กล่าวมาแล้ว กฎหมายจะคุ้มครองทั้งชายและหญิงซึ่งแนวความคิดในปัจจุบัน
ได้เปลี่ยนไปจากเดิมโดยมิได้นำลักษณะและโอกาสที่จะเกิดการตั้งครรภ์มาเป็นหลักในการบัญญัติกฎหมายใน
ความคิดเกี่ยวกับเพศแต่เพียงอย่างเดียวอีกต่อไป แต่ยังรวมถึงเพศชายซึ่งไม่มีโอกาสตั้งครรภ์ด้วยซึ่งอาจมาจาก
แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลในทางเพศที่จะร่วมประเวณีกับใครหรือไม่ก็ได้ตามที่ใจปรารถนา
นอกจากความคุ้มครองผู้เสียหายในความคิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวแล้ว จากการศึกษา
ยังพบว่ามีกรคุ้มครองผู้เสียหายจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศโดยกฎหมายอื่นอีกที่สำคัญ เช่น การฟ้องคดี
ละเมิด การฟ้องเพิกถอนอำนาจปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การขอคุ้มครองชั่วคราวตาม
ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก เป็นต้น

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 36.

ส่วนในเรื่องความหมายของผู้เสียหายนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้ให้ความหมายไว้มาตรา 2 (4) ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้เสียหาย” หมายความว่าบุคคลผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำผิดฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทนได้ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 4, 5 และ 6 ดังนั้น ผู้เสียหายจึงหมายถึง บุคคลผู้ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการทำความผิดอาญาฐานใด ฐานหนึ่ง และบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทนได้ซึ่งหมายถึง ผู้เสียหายโดยตรงและบุคคลอื่น ๆ ที่มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายโดยตรงได้

ผู้เสียหายโดยตรงเป็นผู้ถูกระทำและได้รับความเสียหายจากการทำความผิดนั้นประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังนี้ คือ มีการกระทำผิดอาญาเกิดขึ้น และบุคคลนั้นได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำผิดนั้น และตนเองมิได้มีส่วนร่วมหรือก่อให้เกิดการทำความผิดนั้น ๆ สำหรับผู้ที่มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายเป็นบุคคลอื่นที่มิได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งโดยตรง แต่มีอำนาจจัดการและดำเนินคดีแทนผู้เสียหายได้ เช่น ร้องทุกข์ กล่าวโทษ หรือฟ้องคดีแทนผู้เสียหาย เช่น สามีหรือภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายถูกทำร้ายถึงตาย หรือบาดเจ็บจนถึงขั้นไม่สามารถจัดการเองได้ กฎหมายให้อำนาจสามีหรือภรรยาเป็นผู้ดำเนินการฟ้องคดีแทนกัน รวมถึงผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้อนุบาล ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน และผู้เยาว์ด้วย

4.2 แนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำความผิดทางเพศ

ประเทศไทยสมัยกรุงศรีอยุธยาในพระไอยการลักษณะฝั้วเมีย ได้มีการห้ามและลงโทษการร่วมประเวณีระหว่าง พ่อ แม่กับลูก พี่กับน้อง ลุง ป้า น้า อา ปู่ย่า ตา ยายกับหลาน และยังลงโทษ บิดา มารดา พี่น้อง ที่รู้เห็นยินยอมและไม่ได้ห้ามปรามด้วย โดยการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ ดังกล่าว พระไอยการลักษณะฝั้วเมียได้มีบทลงโทษไว้อย่างรุนแรง โดยถือว่าการกระทำนั้นเป็นบาปอย่างร้ายแรง และเป็นเสนียดจัญไรแก่ชุมชน และเป็นปัญหาเกี่ยวกับความรู้สึทางจิตใจซึ่งกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อย ประเพณีและศีลธรรมอันดีของประชาชน สังคมไทยในปัจจุบันนี้พบว่าการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติอยู่เป็นจำนวนมากทั้งกรณีการข่มขืนกระทำชำเรา และกรณีสมักรใจยินยอม โดยเฉพาะกรณีข่มขืนกระทำชำเรา ผู้หญิงทุกวัยสามารถตกเป็นเหยื่อ ได้เท่าๆกันทุกคน ตั้งแต่อายุ 1 ปี จนถึงคนชรา ดังที่ศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็ก พบในปี พ.ศ. 2530 มีเด็กอายุ 1 – 15 ปี ถูกข่มขืนทั้งหมด 25 ราย และข่มขืนแล้วฆ่า 15 ราย⁵⁷ และผู้ที่ข่มขืนกระทำชำเราก็มักมีใจว่าจะมีเฉพาะชายแปลกหน้าเท่านั้น ยังมีที่เป็นการกระทำของบุคคลที่เป็นเครือญาติทั้งที่ร่วมสายโลหิต และไม่ร่วมสายโลหิต เช่น พ่อ พ่อเลี้ยง อา ปู่ ตา ลุง และพี่ชาย เป็นต้น โดยคิดเป็นอัตราส่วนร้อยละ 80 ของผู้ข่มขืน⁵⁸ ตัวอย่างคดีที่เป็นข่าวในหน้าหนังสือพิมพ์ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความรุนแรงของสภาพปัญหาในสังคม อาทิ เช่น

⁵⁷ ศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็ก. ปัญหาการข่มขืนกระทำชำเราเด็ก. หน้า 1.

⁵⁸ กลุ่มเพื่อนหญิง. ปัญหาในการดำเนินคดีละเมิดสิทธิทางเพศ. หน้า 7-9.

- คดีนางสาวดอกไม้ (นามสมมติ) ถูกพ่อข่มขืนและขู่ฆ่า ถ้าไปบอกใครมาตั้งแต่ อายุ 13 ปี จนถึง 19 ปี⁵⁹
- คดีเด็กหญิงราตรี(นามสมมติ)อายุ 14 ปี ถูกพี่ชายเข้าหาและมีเพศสัมพันธ์ด้วยนานหลายเดือน⁶⁰
- คดีนางสาวดอกไม้ (นามสมมติ) อายุ 13 ปี นักเรียนชั้นป.2 ถูกบิดา อายุ 52 ปี พี่ชายอายุ 17 ปี และน้องชายอายุ 12 ปี ผลัดกันข่มขืนกระทำชำเราขณะที่ไปทำนาด้วยกันเสมอ⁶¹
- คดีเด็กหญิง น้ำ (นามสมมติ) อายุ 19 ปี และเด็กหญิงน้อง (นามสมมติ) อายุ 8 ปี สองพี่น้องถูกบิดาแท้ ๆ ข่มขืนกระทำชำเรามาตั้งแต่ทั้งคู่อายุ 5-6 ปี⁶²
- คดีเด็กหญิงแก้ว (นามสมมติ) ถูกตาข่มขืนกระทำชำเราตั้งแต่อายุ 11 ปี เป็นเวลากว่า 3 ปี โดยอาศัยในเวลาช่วงเช้าทุกวันและทำร้ายร่างกายก่อนลงมือข่มขืน⁶³
- คดีเด็กหญิงสร้อย (นามสมมติ) อายุ 14 ปี นักเรียนชั้น ม. 2 ถูกบิดาและพี่ชายต่างมารดาข่มขืนกระทำชำเรามานานกว่า 3 ปี โดยพี่ชายต่างมารดาใช้อุบายข่มขืนเรื่อยมา ส่วนบิดานั้นอ้างว่ากระทำการข่มขืนเนื่องจากกลัวใจที่ภริยาหนีไปมีคู่และไม่ยอมร่วมให้หลับนอนด้วย⁶⁴
- คดีเด็กหญิงน้อย (นามสมมติ) อายุ 7 ปี ถูกบิดา อา ตา คนงานในห้องเช่า และเพื่อนนักเรียนข่มขืน⁶⁵
- คดีเด็กหญิง ดาว (นามสมมติ) อายุ 7 ปี ถูกบิดาเลี้ยงข่มขืนกระทำชำเรา โดยเด็กหญิงดาวเล่าว่า ขณะที่นอนหลับอยู่ที่นอนคนเดียว โดยแม่ออกไปทำงาน พี่ชายไปโรงเรียน บิดาเลี้ยงได้เข้ามาดึงผ้าห่มออกแล้วจับถอดเสื้อผ้าแล้วลงมือข่มขืน⁶⁶
- คดีเด็กหญิงชวนชื่น (นามสมมติ) อายุ 12 ปี นักเรียนชั้นป. 6 ถูกบิดาแท้ ๆ มีอาชีพเป็นช่างเชื่อมไฟฟ้าข่มขืน โดยขู่ไม่ให้บอกใคร⁶⁷

⁵⁹ ๒๒๕. ๒๑ พฤษภาคม ๒๕๓๐, หน้า ๑.

⁶⁰ ๒๒๕. ๑๘ ธันวาคม ๒๕๓๐, หน้า ๑๑.

⁶¹ ๒๒๕. ๑๘ ธันวาคม ๒๕๓๖, หน้า ๑ และ ๒๒.

⁶² ๒๒๕. ๙ มีนาคม ๒๕๔๔, หน้า ๑๙.

⁶³ ๒๒๕. ๑๒ เมษายน ๒๕๔๔, หน้า ๑๘-๑๙.

⁶⁴ ๒๒๕. ๑๒ เมษายน ๒๕๔๔, หน้า ๑๙.

⁶⁵ ๒๒๕. ๓๐ เมษายน ๒๕๔๔, หน้า ๑๙.

⁶⁶ ๒๒๕. ๑๓ กันยายน ๒๕๔๕, หน้า ๒.

- คดีเด็กหญิงแพรว (นามสมมติ) อายุ 12 ปี ถูกลุงแท้ๆ ซึ่งเป็นพี่ชายของมารดา ซึ่งเป็นพระภิกษุ และเป็นถึงเจ้าอาวาสข่มขืนกระทำชำเราในกุฏิที่วัด ขณะนำอาหารไปส่งที่วัด โดยถูกหลอกไปที่กุฏิแล้วข่มขืน หลังจากนั้นลงมือข่มขืนเรื่อยมา หลังจากเสร็จกิจแล้ว จะให้เงินครั้งละ 100 – 200 บาทแล้วบอกว่าห้ามบอกใคร

68

- คดีเด็กหญิงยุ้ย (นามสมมติ) อายุ 10 ปี นักเรียน ชั้น ป. 4 ถูกบิดาข่มขืนกระทำชำเรา⁶⁹

ตัวอย่างคดีที่นำมาเสนอนี้จะเห็นว่าผู้กระทำความผิดล้วนเป็นเครือญาติกับเหยื่อทั้งนั้น

เช่นบิดาแท้ๆ บิดาเลี้ยง ลุง อา ตา พี่ชายและ น้องชาย โดยบิดาแท้ๆจะก่อคดีมากกว่าเพราะใกล้ชิดและมีอิทธิพลเหนือเหยื่อ พฤติกรรมนี้ยังเป็นส่วนน้อยปัจจุบันนี้ยังมีคดีเช่นนี้เกิดขึ้นอีกมากมาย แทบจะทุกวันก็ว่าได้ นับว่าเป็นเหตุการณ์ที่ชี้ให้เห็นถึงความรุนแรงของปัญหา การร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ ทั้งที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราหญิง หรือกระทำชำเราต่อเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งเกิดขึ้นในประเทศไทยได้เด่นชัดพอสมควร ในบางคดีหรือบางครั้งก็ไม่ได้เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา เพราะมีการให้ค่าตอบแทนเป็นเงินแก่เด็กด้วย โดยเด็กหญิงเหล่านี้ก็ยอมรับเรื่อยมา เพราะส่วนใหญ่จะอยู่ในครอบครัวที่ยากจน พ่อ แม่ เป็นคนหาเช้ากินค่ำ ไม่ค่อยมีเงินให้ใช้จ่ายและไม่มีเวลาเลี้ยงดูลูก เนื่องจากต้องออกไปทำงาน บางรายต้องปล่อยให้ลูกอยู่บ้านตามลำพัง หรือบางรายต้องนำไปให้ญาติช่วยเลี้ยงดู รายที่น่าสลดใจล่าสุดสองคดีคือ คดีเด็กหญิงเพ็ญ (นามสมมติ) อายุ 15 ปี ถูกบิดา ลุง พี่ของลุง น้องของพ่อ และลูก ๆ ของลุง ซึ่งเป็นเครือญาติกันรวม 14 คน ข่มขืนกระทำชำเรา⁷⁰ และเมื่อวันที่ 7 มกราคม 2547 คดีเด็กหญิงน้อย (นามสมมติ) อายุ 12 ปี ถูกนาย ส. ซึ่งมีศักดิ์เป็นทั้งตาและลุง ข่มขืนกระทำชำเรา ตั้งแต่เรียนอยู่ ป. 2 จนตั้งท้อง โดยที่นาย ส. ซึ่งเป็นสามีของยายเด็กหญิงน้อยนั้นก็เป็นหลานของยายด้วย จากตัวอย่างของคดีที่นำมาเสนอนั้นเป็นเพียงตัวอย่างของปัญหาเท่านั้น ยังมีเหยื่อที่เคราะห์ร้ายอีกมากที่ไม่กล้าเปิดเผยเรื่องราวที่เกิดขึ้นให้สังคมรับรู้ อาจเป็นเพราะความอับอายกลัวสังคมตั้งข้อรังเกียจ ดิเตียน ในการกระทำดังกล่าว หรืออาจเนื่องมาจากผู้ข่มขืนกระทำชำเราเป็น บิดา พี่ชาย หรือเครือญาติผู้มีบุญคุณ ชูบเลี้ยงมาจนเติบโตใหญ่ หรือโดยถูกปลุกฝังความเชื่อที่ผิด ๆ ดังเช่นในรายเด็กหญิงเพ็ญก่อนจะมีการร่วมประเวณีกัน พ่อ ลุง จะหลอกหลวง หว่านล้อมทำนองว่า ถ้ารักพ่อ รักลุง ต้องให้พ่อสอนให้รู้จักความรักว่าเป็นอย่างไร เพราะคนที่เขารักกันจะปฏิบัติกันอย่างนี้ทุกคน หรือเนื่องจากการกระทำชำเราโดยสมัครใจยินยอมทั้งสองฝ่ายซึ่งเป็นที่น่าอับอายต่อสังคม

⁶⁷ ไทยรัฐ. 20 กันยายน 2545, หน้า 19.

⁶⁸ เติลนิวส์. 28 กันยายน 2545, หน้า 16.

⁶⁹ ไทยรัฐ. 6 ตุลาคม 2545, หน้า 9.

⁷⁰ ข่าวสด. 6 สิงหาคม 2546, หน้า 1, 11.

ดังนั้นคนส่วนใหญ่แล้วหากลูกหลาน หรือญาติในครอบครัวถูกข่มขืนกระทำชำเรา หรือเป็นกรณีกระทำชำเราต่อเด็กหญิง ยิ่งถ้าเป็นการกระทำของคนในครอบครัวด้วยแล้ว ก็ยังจะปกปิดเรื่องราวเอาไว้ เพื่อตกลงไกล่เกลี่ยกันเองภายในครอบครัว เป็นเพราะขนบธรรมเนียมประเพณีของสังคมไทยแต่โบราณนั้นเปิดโอกาสให้สตรีมีเพศสัมพันธ์ได้ต้องแต่งงานก่อน จึงจะไม่ถูกตำหนิติเตียนจากคนในสังคม และหากเป็นเรื่องการร่วมประเวณีกันระหว่างเครือญาติแล้วยังจะถูกตั้งข้อรังเกียจ ถูกติเตียนมาก โดยถือว่าเป็นพฤติกรรมที่อุบาทว์ จัญไรเยี่ยงสัตว์ และควรถูกลงโทษด้วย การร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติ กรณีข่มขืนกระทำชำเรา หรือกรณีกระทำชำเราต่อเด็กหญิงที่อายุไม่เกิน 15 ปี จะมีผลกระทบต่อจิตใจ การพัฒนาบุคลิกภาพ และพฤติกรรมด้วย เช่น เกิดทัศนคติไม่ดีในเรื่องเพศ ส่งผลให้เกิดความเชื่อผิดๆที่ทัศนคติเกี่ยวกับความรักผิดแผกแตกต่างไปจากเด็กคนอื่น ๆ ไม่สามารถแยกแยะได้ว่าความรักกับการร่วมประเวณีแตกต่างกันอย่างไร กลายเป็นคนมีความประพฤติด้านทางเพศ ติดโรคเพศสัมพันธ์ เป็นโรคมารตายด้าน โรคประสาท มีความกดดันอาจก่ออาชญากรรมทางเพศต่อไปได้ หรืออาจกลายเป็นคนผิดปกติทางจิตไปซึ่งไม่แสดงความเจ็บป่วยแต่อย่างใด ซึ่งปัญหาเหล่านี้สมควรที่จะมีการพิจารณา แก้ไขกฎหมายให้เหมาะสม และมีการคุ้มครองผู้เสียหายให้มากขึ้นกว่าเดิม

จะเห็นได้ว่าจากคดีตัวอย่างที่นำเสนอมาดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นถึงสภาพความรุนแรงของปัญหาได้อย่างชัดเจน แต่เป็นที่ทราบกันดีได้กล่าวแล้วยังมีอีกมากที่ปกปิดเรื่องราวที่เกิดขึ้นมิให้สังคมส่วนใหญ่ได้รับรู้จะมีเฉพาะแต่ในชุมชนหรือหมู่บ้านของตนเองเท่านั้นที่ทราบ และหากมิได้เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา หรือกระทำชำเราต่อเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี แล้วชาวบ้านก็จะไม่เข้าไปเกี่ยวข้อง เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้การร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติเป็นความผิด จึงได้แต่แสดงอาการติเตียนหรือตั้งข้อรังเกียจ เนื่องจากในสังคมไทยไม่อาจยอมรับการกระทำดังกล่าวนี้ได้ ซึ่งถือว่าเป็นปัญหาหนึ่งของสังคมที่นับวันจะเพิ่มขึ้นเรื่อยๆและมีผลกระทบต่อขนบธรรมเนียม ประเพณี ศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชนและยังมีส่วนเกี่ยวข้องกับคดีอาชญากรรมอีกด้วย ซึ่งแตกต่างจากในสมัยโบราณที่มีกฎหมายห้ามและลงโทษอย่างรุนแรงทั้งผู้กระทำเอง และพ่อ แม่ พี่ น้องที่รู้เห็นและมิได้ห้ามปรามด้วย ดังนั้นในปัจจุบันรัฐควรมีบทบัญญัติลงโทษการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติไว้ในทุกกรณี ทั้งที่เป็นการสมัครใจยินยอม หรือที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราไว้เป็นการเฉพาะ เพื่อให้เหมาะสมกับการกระทำความผิดและสอดคล้องกับพฤติกรรมของคนในสังคมปัจจุบันที่นับวันจะมีความวิปริตหรือผิดปกติมากขึ้น และเห็นว่าการที่รัฐจะกำหนดให้มีการลงโทษการกระทำผิดทางเพศ กรณีการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาตินั้น อาจอาศัยทฤษฎีทางปรัชญาและทางกฎหมายดังนี้

1. ทฤษฎีเสรีนิยม (Liberalism) มีแนวคิดที่สำคัญคือ วัตถุประสงค์เพียงประการเดียวที่ยอมให้รัฐหรือสังคมปฏิบัติต่อสมาชิกในทางบังคับหรือควบคุม ไม่ว่าจะเป็นการใช้มาตรการในการลงโทษทางอาญา

หรือมาตรการบังคับทางจิตใจโดยมติมหาชน คือ การป้องกันสังคม หรือ บุคคลอื่นในสังคมให้พ้นจากภัยอันตราย การใช้อำนาจบังคับเพื่อประโยชน์แก่บุคคลนั่นเองไม่ว่าจะเป็นในทางร่างกายหรือศีลธรรม ย่อมไม่เป็นสาเหตุที่เพียงพอ บุคคลไม่อาจจะถูกบังคับโดยชอบทำให้กระทำ หรือละเว้นการกระทำใด เพียงเพราะว่าการกระทำ หรือละเว้นการกระทำดังกล่าวจะเป็นการดีสำหรับบุคคลนั้น หรือเพราะว่าจะทำให้บุคคลนั้นมีความสุขมากขึ้น หรือแม้แต่ว่าในความเห็นของบุคคลอื่น การกระทำเช่นนั้นจะเป็นการฉลาดและถูกต้อง สังคมอาจจูงใจโดยใช้เหตุผลชักชวน หรือเชื้อเชิญให้บุคคลนั้นปฏิบัติตาม แต่สังคมจะบังคับบุคคลนั้นมิได้ ในส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องส่วนตัวของบุคคล ในส่วนที่เกี่ยวกับร่างกายและความคิดเห็น บุคคลนั้นย่อมมีอำนาจสูงสุด

2. ทฤษฎีสังคมพิทักษ์ (Paternalism) นั้น เกิดขึ้นเมื่อความคิดในเรื่องเสรีนิยมค่อยๆ เสื่อมคลาย โดยมีกฎหมายประเภทสังคมนิยมเข้ามาแทนที่ทั้งในกฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่งจุดอ่อนของลัทธิเสรีนิยมอยู่ที่ความเสื่อมคลายในความคิดที่ว่าบุคคลรู้จักและรักษาผลประโยชน์ของตนเองได้ดีที่สุดในสังคมปัจจุบัน หรือเลือกการกระทำใดโดยมิได้ หรือมีอาจคำนึงถึงผลที่แท้จริง อันอาจเกิดขึ้น การตัดสินใจของบุคคลอาจเกิดจากความปรารถนาเพียงชั่วครู่ หรืออาจเกิดจากการแรงผลักดันภายในซึ่งพ่ายแพ้ต่อสิ่งเข้ายวนภายนอก ดังนั้น สังคมหรือรัฐจึงยื่นมือเข้ามาปกป้องสมาชิกของรัฐหรือสังคม จึงอาจออกกฎหมายมาปกป้องหรือพิทักษ์บุคคลซึ่งเป็นสมาชิกในสังคมได้ แม้กฎหมายดังกล่าวจะมีส่วนกระทบถึงเสรีภาพของบุคคลก็ตาม

จะเห็นได้ว่าในส่วนที่เกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมาย เพื่อลงโทษการทำความผิดทางเพศกรณีความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาตินั้นรัฐหรือสังคมมีอำนาจที่จะบัญญัติหรือออกกฎหมายลงโทษ บังคับหรือควบคุมสมาชิกในสังคมได้ โดยอาศัยพื้นฐานของทฤษฎีเสรีนิยมและสังคมนิยม กล่าวคือเพื่อปกป้องสมาชิกในสังคมให้พ้นจากภัยอันตราย การกำหนดบทลงโทษการกระทำดังกล่าวไว้โดยเฉพาะในทุกกรณีจะมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษ ซึ่งเหมาะสมกับการทำความผิดมากขึ้น และจะทำให้เกิดความเกรงกลัวไม่กล้าที่จะทำความผิดอีก ซึ่งจะทำให้สมาชิกในสังคมปลอดภัยจากการกระทำดังกล่าว ในต่างประเทศไม่ว่าประเทศใดที่มีกฎหมายบัญญัติลงโทษการทำความผิดดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ หรืออยู่ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรืออยู่ในบทเพิ่มโทษก็มีจุดประสงค์อย่างเดียวกัน คือ เพื่อปกป้องสมาชิกในสังคมให้พ้นจากภัยอันตราย⁷¹

3. ทฤษฎีการลงโทษ

⁷¹ อรประภา สาครวาสี. “การทำความผิดทางเพศ : ศึกษาเฉพาะกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรค และทางปาก” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539, หน้า 52 – 53.

วัตถุประสงค์ของการลงโทษที่สำคัญที่สุดนั้น มีอยู่ 4 ประการแม้จะไม่อาจแยกออกจากกันได้อย่างเด็ดขาดก็ตาม แต่ก็เน้นให้เห็นเด่นชัดถึงวิธีการที่แตกต่างในการบรรลุเป้าหมายที่จะลดจำนวนของอาชญากรรมได้แก่

3.1 เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนนี้ เป็นหลักการลงโทษที่เก่าแก่ที่สุด โดยเป็นไปตามแนวคิดที่ว่าผู้ใดกระทำการใดย่อมได้รับผลตอบแทนจากการกระทำนั้น การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนนั้นจะได้ผลก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยรวดเร็วและรุนแรงให้สาสมแบบตาต่อตา ฟันต่อฟัน มิฉะนั้นประชาชนจะขาดความมั่นใจในกระบวนการยุติธรรมของบ้านเมือง และอาจหาทางแก้แค้น หรือแก้แค้นผู้กระทำความผิดด้วยตนเองก็ได้⁷² การลงโทษที่ชอบธรรมตามหลักการเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนนี้จะต้องมีเงื่อนไข 3 ประการ คือ ประการที่หนึ่งจะต้องกระทำเพื่อแก้แค้นความเสียหายที่ผู้กระทำก่อให้เกิดขึ้นหรือทดแทนความรู้สึกหรือสิ่งที่ผู้เสียหายต้องสูญเสียไป อันเนื่องมาจากการกระทำความผิดและจะต้องให้ผู้เสียหายพอใจและเห็นว่าเป็นการกระทำที่ดีที่สุดและยุติธรรมแล้ว ประการที่สองการลงโทษจะต้องกระทำเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม มีหลักว่าการที่จะให้กฎหมายมีผลคุ้มครองประโยชน์สุขของส่วนรวมนั้นทุกคนต้องเคารพและเชื่อฟังปฏิบัติตามกฎหมาย การที่ผู้กระทำความผิดฝ่าฝืนกฎหมายอาญาในแต่ละครั้งเท่ากับเป็นการเอาเปรียบคนอื่นที่เขาเชื่อฟังปฏิบัติตามกฎหมาย ดังนั้นการลงโทษผู้กระทำความผิดจึงเป็นการที่ทำให้ผู้กระทำความผิดและบุคคลที่ฝ่าฝืนกฎหมายจะต้องถูกดำเนินคดีและผู้ที่เปรียบจากการฝ่าฝืนกฎหมายจะต้องถูกลงโทษด้วยเหตุนี้การลงโทษผู้กระทำความผิดจึงควรมีความรุนแรงเทียบเท่ากับความได้เปรียบที่ผู้กระทำได้รับจากการฝ่าฝืนกฎหมาย ประการสุดท้ายการลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับความผิดจำนวนโทษที่ผู้กระทำผิดควรจะได้รับนั้นจะต้องเท่ากับความเสียหายที่เขาได้กระทำลงจากการกระทำความผิดนั้น⁷³ ปัญหาว่าจะใช้หลักใดมาพิจารณาว่าจำนวนโทษเท่าใดจึงจะได้สัดส่วนกับความผิดที่ผู้กระทำได้กระทำขึ้น ประเด็นนี้ เอ็มมานูเอล ค็ินเห็นว่าโทษที่ผู้กระทำจะได้รับนั้นจะต้องได้สัดส่วนพอดีทั้งสภาพและความหนักเบาของความผิดที่เขาได้กระทำ โดยพิจารณาจากความร้ายแรงทางศีลธรรมของความผิดแต่ละฐานและพิจารณาจากความน่าตำหนิจากพฤติการณ์ของการกระทำความผิดในแต่ละเรื่อง นอกจากนี้แล้วยังรวมถึงความร้ายแรงที่ผู้กระทำก่อให้เกิดขึ้นอันเกิดจากการกระทำโดยเจตนา ประมาท และในบางกรณีจะต้องพิจารณาถึงความร้ายแรงที่เกิดต่อสังคมอีกด้วย ดังนั้นหลักการพิจารณาในเรื่องสัดส่วนของโทษจะต้องพิจารณาถึงสภาพและความหนักเบาของความผิด

⁷² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542, หน้า 574.

⁷³ สุโขทัยธรรมาธิราช. กฎหมายอาญาสำหรับรัฐศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ : บริษัทวิคตอรีเพาเวอร์พอยท์, 2528, หน้า 224.

ซึ่งประกอบด้วยความร้ายแรงของความเสียหายในทางการกระทำ และผลต่อสังคมอันเกิดจากการกระทำ ความผิดนั้น⁷⁴

3.2 เพื่อเป็นการข่มขู่หรือยับยั้ง

วัตถุประสงค์นี้ที่เห็นชัดก็เพื่อเหตุผลสองประการ คือ ประการแรก เพื่อเป็นการข่มขู่ตัวผู้กระทำความผิดนั้นให้เกิดความเข็ดหลาบไม่กล้ากระทำความผิดในฐานเดียวกันซ้ำขึ้นมาอีก และประการที่สองลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อให้เป็นตัวอย่าง ให้คนทั่วไปเห็นว่าเมื่อกระทำความผิดแล้วจะต้องได้รับโทษเช่นเดียวกับบุคคลผู้กระทำความผิดนี้ เพื่อให้คนทั่วไปเกิดความเกรงกลัวกฎหมาย จะได้ไม่กล้ากระทำความผิดขึ้นอีก การลงโทษตามวัตถุประสงค์นี้มีลักษณะมองไปในอนาคตคือต้องการข่มขู่ให้ประชาชนกลัวจะได้ไม่กล้ากระทำความผิดและไม่ให้ผู้ที่ได้กระทำความผิดแล้วกระทำความผิดซ้ำอีก⁷⁵ การจะทำให้ประชาชนกลัวไม่กล้ากระทำความผิดอาญานั้นจะต้องบังคับโทษโดยมีลักษณะ 4 ประการ คือ⁷⁶

1. การลงโทษจะต้องแน่นอน (certainty) หมายความว่า ต้องลงโทษแก่ทุกคนที่ฝ่าฝืนกฎหมาย ดังนั้นบุคคลใดที่ทำความผิดจะต้องถูกดำเนินคดีและลงโทษตามกฎหมาย
2. การลงโทษจะต้องมีความรุนแรง (severity) หมายความว่า ความร้ายแรงของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดจะต้องร้ายแรงพอที่จะยับยั้งความต้องการในการที่จะกระทำความผิด
3. การลงโทษต้องฉับไว (ceterity) หมายความว่า กระบวนการพิจารณาและลงโทษนั้นจะต้องกระทำไปโดยความรวดเร็วไม่ปล่อยเวลาให้เนิ่นนานจนคนทั่วไปลืมว่าบุคคลผู้นั้นได้กระทำความผิดอย่างไร
4. การลงโทษจะต้องกระทำโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน (publicity) หมายความว่า การลงโทษจะต้องทำให้สาธารณชนได้เห็นหรือได้ทราบ เพื่อเป็นการข่มขู่บุคคลทั่วไป

3.3 เพื่อเป็นการคุ้มครองสังคมให้พ้นจากภัยอันตรายในระหว่างที่ผู้กระทำถูกตัดขาดจากสังคมไป การลงโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกมีกำหนดเวลา เป็นการคุ้มครองมิให้ผู้กระทำความผิด กลับมาทำร้ายหรือเป็นภัยอันตรายต่อสังคมอีกตลอดไปหรือชั่วระยะเวลาหนึ่ง⁷⁷

⁷⁴ อุทิศ แสนโกสติก. กฎหมายอาญา ภาค 1. กรุงเทพฯ : ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กองวิชาการ กรมอัยการ, 2522, หน้า 20.

⁷⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542, หน้า 574.

⁷⁶ อรัญ สุวรรณบุปผา. หลักสูตรอาญาวิทยา. กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2518, หน้า 12.

⁷⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 575.

การลงโทษประหารชีวิตถือได้ว่าเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพมากที่สุด เพราะผู้ต้องโทษไม่มีโอกาสกลับมาก่อทำผิดได้อีกต่อไป ส่วนการเนรเทศจะมีผลต่อเมื่อจัดให้ผู้นั้นอยู่ในเขตพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งแต่เพียงคนเดียว โดยตัดขาดจากสังคมจึงจะก่อให้เกิดผลตามความมุ่งหมาย สำหรับการลงโทษจำคุกโดยกำหนดเวลานั้น แม้จะเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดไว้ระยะหนึ่งก็ตาม แต่ในหลายๆประเทศก็ได้ให้อำนาจศาลในการขอยกกำหนดโทษผู้กระทำความผิดออกไปได้ถ้าศาลพอใจ โดยพิจารณาจากความประพฤติในอดีตและความน่าจะเป็นผู้กระทำความผิดอีก เพื่อเป็นการป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรม⁷⁸

3.4 เพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไขตัวผู้กระทำความผิด

วัตถุประสงค์ที่สำคัญอีกประการหนึ่งในการลงโทษผู้กระทำความผิดก็เพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไขให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นพลเมืองดี เพราะผู้ที่ถูกจำคุกส่วนใหญ่ก็ต้องถูกปล่อยตัวกลับมาสู่สังคมอีก ทฤษฎีนี้ถือว่าที่จริงแล้วไม่ควรเรียกว่าการลงโทษ (punishment) เมื่อพูดถึงการปรับปรุงแก้ไข อบรมบ่มนิสัยผู้กระทำความผิด แต่ควรเรียกว่า การบำบัด (treatment) การบำบัด ไม่มีลักษณะที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับความลำบาก หรือ ได้รับผลร้าย การลงโทษไม่น่าจะทำให้คนประพฤติตัวดีขึ้น เพื่อให้การบำบัดหรือการอบรมบ่มนิสัยผู้กระทำความผิดเป็นไปอย่างได้ผล จะต้องมีการแยกประเภทนักโทษ เช่น แยกประเภทนักโทษที่อายุน้อย ออกจากนักโทษผู้ใหญ่ แยกประเภทนักโทษที่กระทำความผิดครั้งเดียวออกจากพวกที่กระทำความผิดหลายครั้ง แยกพวกที่พอกลับตัวได้ออกจากพวกที่เหลือของจริงๆ เป็นต้น การบำบัดฟื้นฟูในระหว่างที่ผู้ต้องโทษถูกจองจำอยู่นั้นอาจได้แก่ การฝึกหัดอาชีพ การให้การศึกษา การอบรมทางศาสนาและศีลธรรม และการรักษาพยาบาล เป็นต้น

ปัญหามีว่าทฤษฎีใดเป็นทฤษฎีที่ถูกต้องและเหมาะสมที่สุดในการลงโทษผู้กระทำความผิดกระทบกระเทือนต่อประโยชน์ของสังคม ที่เราเรียกว่า เป็นความผิดอาญา ทฤษฎีเหล่านี้หรือวัตถุประสงค์เหล่านี้บางกรณีก็ขัดแย้งกัน เช่น การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน ช่มชู้ จะต้องให้ผู้ต้องโทษได้ประสบกับความยากลำบากพอสมควร ซึ่งได้กล่าวมาแล้ว ถ้าผู้ต้องโทษได้รับความทุกข์ทรมานอาจจะทำให้โอกาสในการปรับตัวเป็นพลเมืองดีมีน้อยลงไป แต่ถ้าพิจารณาการลงโทษในแง่ของการปรับปรุงแก้ไขตัวผู้กระทำความผิดอย่างเดียว หรือในแง่ของการคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัย ผลก็คือ เมื่อใดที่ผู้นั้นกลับตัวเป็นคนดีก็ต้องปล่อยตัวผู้นั้นให้พ้นโทษทันทีเพราะไม่มีเหตุใด ๆ ที่จะควบคุมตัวต่อไป แต่การปล่อยตัวไปก็เป็นการขัดต่อทฤษฎีช่มชู้และทฤษฎีแก้แค้นทดแทน เพราะถ้าเป็นการกระทำความผิดร้ายแรงแต่ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดีอย่างแน่นอนแล้ว

⁷⁸ ศุโขทัยธรรมาราช . กฎหมายอาญาสำหรับรัฐศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ : บริษัทวิคิดอริเพาเวอร์พอยท์, 2528, หน้า 225.

ก็ต้องปล่อยตัวออกมาก่อนกำหนด ผลของการข่มขู่ก็จะไม่มี การแก้แค้นทดแทนก็ไม่มีด้วย เหตุนี้การลงโทษจึงจะมุ่งเพื่อวัตถุประสงค์เพียงประการหนึ่งประการใดแต่อย่างเดียวโดยที่ไม่คำนึงถึงวัตถุประสงค์ประการอื่นๆ ไม่ได้ จะต้องมีความมุ่งหมายหลายๆประการประกอบกัน⁷⁹

จากวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่กล่าวมาแล้วทั้งหมดข้างต้นเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าปัจจุบันนี้ประเทศไทยมิได้มีบทบัญญัติลงโทษ ผู้ที่ร่วมประเวณีกับเครือญาติของตนไว้เป็นการเฉพาะต่างหาก และทุกกรณี หากมีการร่วมประเวณีกับญาติของตนเกิดขึ้นก็จะไม่มีความผิดและถูกลงโทษ เว้นแต่เฉพาะกรณีที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราหญิงตาม มาตรา 276 หรือกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 277 เท่านั้น โดยหากเป็นการกระทำของบุพการีต่อผู้สืบสันดานแล้วก็จะถูกเพิ่มโทษให้หนักขึ้นหนึ่งในสาม ตามมาตรา 285 แต่ถ้าหากเป็นการกระทำของบุคคลที่เป็นเครือญาติอื่นๆ กระทำต่อกันเช่น ผู้สืบสันดานข่มขืนกระทำชำเราบุพการี พี่ชายข่มขืนกระทำชำเราน้องสาว หรือกระทำชำเราน้องสาวอายุไม่เกิน 15 ปี น้องชายข่มขืนกระทำชำเราพี่สาว ลุง น้ำ อา ข่มขืนกระทำชำเราหลานสาว หรือกระทำชำเราหลานสาวอายุไม่เกิน 15 ปี หรือบิดาเลี้ยงข่มขืนกระทำชำเราบุตรเลี้ยง หรือกระทำชำเราบุตรเลี้ยงอายุไม่เกิน 15 ปี หรือผู้รับบุตรบุญธรรมข่มขืนกระทำชำเราบุตรบุญธรรมที่บรรลุนิติภาวะแล้ว บุคคลดังกล่าวจะถูกลงโทษตามมาตรา 276 หรือมาตรา 277 แล้วแต่กรณี เช่นเดียวกับการกระทำของบุคคลทั่วไปกระทำ จะไม่ถูกเพิ่มโทษให้หนักขึ้นเหมือนกับบุพการีกระทำต่อผู้สืบสันดานซึ่งยังเป็นการไม่เหมาะสม

ดังนั้นหากมีบทบัญญัติลงโทษการร่วมประเวณีกับเครือญาติของตนไว้โดยเฉพาะและทุกกรณีและมีการเพิ่มโทษหนักขึ้นสำหรับกรณีผู้สืบสันดานที่ไปข่มขืนกระทำชำเราบุพการี หรือพี่ชายข่มขืนกระทำชำเราน้องสาว หรือกระทำชำเราน้องสาวที่อายุไม่เกิน 15 ปี หรือน้องชายที่ข่มขืนกระทำชำเราพี่สาว หรือกระทำชำเราพี่สาวที่อายุไม่เกิน 15 ปี หรือ ลุง น้ำ อา ข่มขืนกระทำชำเราหลานสาว หรือกระทำชำเราหลานสาวอายุไม่เกิน 15 ปี หรือบิดาเลี้ยงข่มขืนกระทำชำเราบุตรเลี้ยง หรือกระทำชำเราบุตรเลี้ยงอายุไม่เกิน 15 ปี หรือผู้รับบุตรบุญธรรมข่มขืนกระทำชำเราบุตรบุญธรรมที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ให้เสมือนกับการเพิ่มโทษบุพการีที่กระทำต่อผู้สืบสันดานด้วย ก็จะเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่กล่าวมาข้างต้น คือ

ประการแรกเพื่อแก้แค้นทดแทน กล่าวคือเมื่อบุคคลใดกระทำความผิดทางเพศต่อบุคคลที่เป็นญาติของตนเอง โดยการข่มขืนกระทำชำเรา หรือกระทำชำเราต่อเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี แล้ว บุคคลนั้นก็ควรจะได้รับผลตอบแทนจากการกระทำความผิดนั้นให้สาสมและหนักกว่าบุคคลทั่วไปกระทำ โดยการลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับความผิดที่ได้กระทำลงไป

⁷⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542, หน้า 575 – 576.

ประการที่สองเพื่อเป็นการข่มขู่หรือยับยั้งผู้กระทำความผิด กล่าวคือเมื่อมีบทบัญญัติลงโทษการกระทำความผิดไว้โดยเฉพาะทุกกรณีคือแม้สมัครใจยินยอมร่วมประเวณีกันก็ตาม และมีการเพิ่มโทษให้หนักขึ้นกว่าบุคคลทั่วไปแล้ว การลงโทษก็จะมี ความรุนแรงมากขึ้นกว่าเดิมเพียงพอให้ผู้กระทำความผิดดังกล่าวเกิดความเกรงกลัวที่จะถูกลงโทษจึงไม่กล้าที่จะกระทำความผิดอีก อย่างไรก็ตามการข่มขู่ยับยั้งมิได้ขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของโทษที่กำหนดไว้ในแต่ละฐานความผิดเพียงอย่างเดียวแต่ขึ้นอยู่กับความแน่นอนและรวดเร็วในการลงโทษต่อผู้กระทำความผิดทุกคนด้วย

ประการที่สามเพื่อป้องกันสังคมหรือตัดโอกาสการกระทำความผิดอีก กล่าวคือ ในระหว่างที่ผู้กระทำความผิดได้รับการลงโทษโดยจำคุกอยู่นั้น ผู้กระทำความผิดก็จะถูกตัดความสามารถในการกระทำความผิดอีกแต่การตัดโอกาสนี้จะเป็นการตัดโอกาสเพียงระยะเวลาหนึ่งชั่วคราว หรือตลอดชีวิตเพื่อป้องกันสังคมนั้นแต่ก็จะต้องพิจารณาจากความรุนแรง ลักษณะของการกระทำ ความประพฤตินในอดีตของผู้กระทำความผิดอีกด้วย

ส่วนวัตถุประสงค์ประการสุดท้ายเพื่อแก้ไขฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำความผิด กล่าวคือมีเป้าหมายที่จะใช้การลงโทษให้ผู้กระทำความผิดตัดสินใจเลือกการปฏิบัติตามกฎหมายตลอดจนมีความสามารถที่จะยับยั้งตนเองหรือมิให้คิด หรือกระทำการร่วมประเวณีกับบุคคลที่เป็นญาติของตนเองอีกต่อไป แต่ทั้งนี้แล้ววิธีการแก้ไขฟื้นฟูตามวัตถุประสงค์จะต้องแตกต่างกันออกไปตามความเหมาะสมกับสถานะของผู้กระทำผิดในแต่ละคน

4.3 ลักษณะบุคลิกของผู้กระทำความผิด⁸⁰

1. กรณีทั้งสองฝ่ายมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต

ผู้กระทำมักเป็นคนเก็บตัว พุดน้อย และเป็นคนโมโหร้ายจนเฉียวง่ายใช้อำนาจปกครองคนในครอบครัวในลักษณะเผด็จการ บางขณะมีการใช้กำลังกับสมาชิกในครอบครัวทำให้ทุกคนในครอบครัว โดยเฉพาะมารดาเกรงกลัว บางรายถึงกับขนาดขาดความเชื่อมั่นในตนเอง มีเซวปัญหาปานกลาง มีการศึกษาไม่สูงอาชีพส่วนใหญ่มักจะใช้แรงงานและพฤติกรรมร่วมของผู้กระทำก็คือ การดื่มสุรา ดูหนังสือ หรือวีดีโอที่มีรูปภาพหรือเนื้อหากระดุนอารมณ์ทางเพศ

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำและเหยื่อจะมีลักษณะตั้งแต่ปกติแบบครอบครัวทั่วไปจนถึงห่างเหิน แต่ส่วนใหญ่แล้วจะมีความสัมพันธ์ในแบบปกติที่มีการพูดคุยใช้ชีวิตอย่างพอลูกทั่วไปมีการว่ากล่าวกันที่อยู่ในระดับเกณฑ์ทั่วไปของครอบครัวส่วนใหญ่ในสังคม

⁸⁰ จักร์ พันชูเพชร. “การข่มขืนกระทำชำเราจากบุคคลในครอบครัว” รายงานผลการวิจัย กรุงเทพฯ : สถาบันราชภัฏสวนดุสิต, 2545, หน้า 12 – 14.

2. กรณีทั้งสองฝ่ายไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต

ส่วนใหญ่เป็นผู้มีมนุษยสัมพันธ์ดี พุดจาคล่องแคล่วมีเหตุผลจะมีบางคนที่มีบุคลิกก้าวร้าวโมโห ฉุนเฉียวง่าย บางคนขาดความเชื่อมั่น หรือหวาดระแวง พฤติกรรมร่วมคือการมีความสนใจในเรื่องเพศในระดับที่สูงไม่ว่าจะเป็นในแง่ปริมาณ หรือความถี่ในการร่วมเพศกับภรรยาและหรือความถี่ในการไปใช้บริการทางเพศ จากสถานบริการทางเพศและต้องการมีเพศสัมพันธ์กับภรรยาในรูปแบบที่แปลกใหม่ เช่นให้ภริยาปฏิบัติตาม หนังสือ วีดีโอ หรือความต้องการที่หลากหลายของคน สิ่งที่แสดงออกถึงความต้องการทางเพศทั้งในปริมาณ และคุณภาพแสดงออกโดยการมีภริยามากกว่าหนึ่งคน การชอบดูหนังสือ หรือวีดีโอที่แสดงถึงการร่วมเพศที่ต่างไปจากปกติ การใช้หญิงบริการบ่อยครั้งถึงเป็นประจำรวมถึงการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวเรื่องเพศสัมพันธ์ ที่ตนมีความต้องการ

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำกับผู้ถูกกระทำเป็นไปในทางดีมาก แต่โดยส่วนใหญ่จะให้ความสนิทสนมและแสดงความหึงหวงเกินกว่าสถานภาพที่ควรจะเป็น โดยเฉพาะกรณีพ่อเลี้ยงกับลูกเลี้ยงซึ่งเมื่อเปรียบเทียบความสัมพันธ์กับลูกที่เกิดกับตน กรณีที่มีลูกกับภริยาตนเอง จะเห็นชัดว่าพ่อเลี้ยงทุกคนจะให้ความสนิทสนมหึงหวงและสนใจในตัวลูกเลี้ยงมากกว่าลูกของตน ซึ่งในประเด็นนี้ยังรวมถึงผู้ปกครองด้วย

สรุปลักษณะของผู้กระทำทั้งที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตและไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตมีความเหมือนกันในเรื่องของความมีอำนาจเหนือกว่า ทำให้สมาชิกในครอบครัวเกรงกลัวแต่อาจจะแตกต่างกันก็เพียงในระดับของความมากน้อยของการใช้กำลังทางกายที่มีตั้งแต่ไม่เคยใช้กำลังกายเลยไปจนถึงการลงมือตบตีเป็นประจำ เมื่อพิจารณาให้ละเอียดจะพบว่าการด่าว่าข่มขู่หรือใช้ความเหนือกว่าทางด้านสังคม เศรษฐกิจเป็นเครื่องมือ สร้างความชอบธรรมให้สมาชิกในครอบครัวยอมรับตนเองจึงกล่าวได้ว่าความสัมพันธ์ในเชิงอำนาจในครอบครัวจึงมีลักษณะเผด็จการ โดยผู้กระทำมีอำนาจสูงสุด

ในส่วนที่แตกต่างกันคือ รูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำและเหยื่อ กล่าวคือ หากทั้งสองฝ่ายมีความสัมพันธ์กันทางสายโลหิตผู้กระทำจะมีความสัมพันธ์กันในระดับปกติถึงห่างเหินหรืออีกนัยหนึ่ง คือมีความสัมพันธ์ในระดับปกติก่อนไปทางลบ ในขณะที่ผู้กระทำไม่ความสัมพันธ์ทางสายโลหิตจะมีความสัมพันธ์ในระดับปกติถึงสนิทสนมเป็นพิเศษ หรืออีกในหนึ่งคือมีความสัมพันธ์ในระดับปกติก่อนไปทางบวกซึ่งพฤติกรรมทั้งสองรูปแบบนี้ จะนำไปสู่การร่วมประเวณีถึงแม้ว่าเหยื่อจะพยายามบอกกับมารดาหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องถึงพฤติกรรมดังกล่าวจากผลที่รับส่วนมากมักจะเป็นการละเลยหรือไม่เชื่อว่าเป็นเรื่องจริง เพราะหากเป็นกรณีที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตแล้วผู้รับฟังจะรู้สึกขัดแย้งกับเรื่องที่ได้รับฟังเพราะภาพที่เห็นในปกติทั่วไปผู้กระทำปฏิบัติตัวอย่างพ่อแม่ทั่วไป หรือในบางรายดูจะห่างเหินไม่สนใจประกอบกับคิดว่า

กล่าวเหยื่อเป็นประจำ แล้วเมื่อเหยื่อมาบอกว่าถูกบิดาทอดดูหรือพยายามร่วมประเวณีจึงเป็นเรื่องที่ไม่น่าจะเป็นไปได้

ในกรณีที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตแม้เหยื่อจะเล่าเรื่องให้มารดาหรือผู้เกี่ยวข้องทราบแต่ภาพที่ออกมาคือการเป็นพ่อเลี้ยงที่ห่วงใยรักเหยื่อเหมือนเป็นลูกของตนเองหรือมากกว่า การทอดดูก็เกิดขึ้นเป็นประจำโดยไม่ปิดบังทำให้ผู้รับฟังเกิดความขัดแย้งและไม่เชื่อว่าสิ่งที่ลูกเลี้ยงพูดเป็นการที่พ่อเลี้ยงแสดงออกในทางผู้สาวเพราะมักคิดว่าผู้ถูกกระทำไม่ชอบพ่อเลี้ยงเป็นทุนเดิมอยู่แล้ว หรือไม่ก็วิตกจริตคิดมากไปเองและอาจถูกมองว่าเป็นตัวสร้างปัญหาให้กับครอบครัว ทำให้เหยื่อไม่กล้าเล่าให้ใครฟังอีกจนเป็นเหตุให้นำไปสู่การร่วมประเวณีในที่สุด และในบางกรณีกลายเป็นการกระตุ้นให้ผู้กระทำกล้าจะกระทำมากยิ่งขึ้นเพราะเห็นว่าไม่มีใครเชื่อในสิ่งที่เหยื่อพูด หรือกรณีกริยาทราบเรื่องแล้วนิ่งเฉยจึงทำให้ผู้กระทำขมใจที่จะกระทำบ่อยขึ้น

4.4 ลักษณะบุคลิกของเหยื่อ⁸¹

1. กรณีทั้งสองฝ่ายมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต

ในกรณีที่เป็นบุตรส่วนใหญ่จะกลัวบิดาเกือบทั้งหมดที่เป็นคดีและเป็นข่าวจะเป็นการกระทำของบิดากับบุตร เหยื่อที่เป็นวัยรุ่นมักจะไม่มีความสนิทสนมกับบุคคลที่อยู่ในครอบครัวมากนักแต่จะสนิทสนมกับเพื่อนมากกว่า ส่วนเหยื่อที่อยู่ในวัยเด็กจะสนิทสนมกับบิดามารดาและคนในครอบครัว ลักษณะร่วมของเหยื่อในกรณีนี้ประการหนึ่งคือ การมีบุคลิกและพฤติกรรมที่เชื่อฟังผู้กระทำไม่กล้าตัดสินใจหรือโต้แย้งและคัดค้าน เป็นคนพุดน้อย ไม่เล่าเรื่องส่วนตัวให้คนในครอบครัวฟัง

2. กรณีทั้งสองฝ่ายไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต

ในกรณีนี้เหยื่อมีบุคลิกที่แตกต่างกันไปตั้งแต่ชอบเก็บตัวรวมไปจนถึงแสดงความเชื่อมั่น ไม่รับผิดชอบในการเรียนไปจนถึงเรียนเก่งหรือสงบเสงี่ยมเรียบร้อยไปจนถึงเคยมีการร่วมประเวณีมาก่อน ลักษณะร่วมก็คือการแยกไม่ออกว่าสิ่งที่ถูกกระทำมาก่อนการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำที่ปกติหรือเกินเลยเป็นการล่วงเกินทางเพศ เพราะโดยส่วนใหญ่จะยินยอมให้ผู้กระทำ กอด จูบ คลำมาก่อนเกิดการร่วมประเวณี

สรุป ในลักษณะกรณีที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต ผู้ถูกกระทำมักมีบุคลิกและพฤติกรรมคือกลัวบิดาไม่ค่อยไว้วางใจคนในครอบครัวโดยเฉพาะบิดาเนื่องจากในการเลี้ยงดูในลักษณะเผด็จการ ชอบใช้กำลังตัดสินปัญหาทำให้เหยื่อถูกหลอหลอมอยู่ภายใต้บรรยากาศของการใช้อารมณ์ของบิดาเป็นเครื่องตัดสินบุคลิกของเหยื่อจึงเป็นคนที่เชื่อฟังไม่กล้าโต้แย้งและกลัวบิดา ในกรณีที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต การ

⁸¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 14 – 15.

กล่อมเกลாதงสังคัมไม่ได้เกิดจากพ่อเลี้ยงหรือผู้กระทำแต่เพียงผู้เดียว โดยเด็ดขาดแต่ได้ผ่านการกล่อมเกลามาจากครอบครัวเดิมก่อนที่จะมาใช้ชีวิตอยู่ในครอบครัวที่มีพ่อเลี้ยงเป็นผู้นำครอบครัวทำให้นุคลิกและพฤติกรรมของเหยื่อมีความหลากหลายประกอบกับพ่อเลี้ยงมีบุคลิกและพฤติกรรมที่แตกต่างมากกว่าในกรณีที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตทำให้การกล่อมเกลาและอบรมเลี้ยงดูไม่ได้ตกอยู่ภายใต้บรรยากาศเผด็จการแต่เพียงอย่างเดียว แต่สิ่งที่ร่วมกันทั้งสองกรณีคือ เหยื่อเกิดความสับสนกับพฤติกรรมที่ผู้กระทำปฏิบัติต่อตนก่อนจะมีการร่วมประเวณีทำให้ผู้ถูกกระทำอยู่ภายใต้ความสับสนจนเป็นช่องทางให้ผู้กระทำสามารถจะรุกเข้าไปสู่การร่วมประเวณีได้ในเวลาต่อมา

DPU

ความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติในต่างประเทศ

ในบทนี้เป็นการศึกษาถึงประวัติความเป็นมา แนวความคิดทางกฎหมาย สิ่งที่ถูกกฎหมายคุ้มครอง วัตถุประสงค์ในการกำหนดความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ ของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และฝรั่งเศส เพื่อนำไปศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศไทยในบทที่ 4 ต่อไป

1. ความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติในประเทศอังกฤษ

กฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นถือว่าเป็นต้นแบบของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่เดิมก่อนปี ค.ศ. 1650 การร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ ยังไม่ได้เป็นความผิดทางอาญาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์¹ แต่เป็นความผิดตามกฎหมายศาสนาซึ่งผู้ฝ่าฝืนจะต้องถูกชำระพิจารณาตีความดังกล่าวในศาลศาสนา (Ecclesiastical court)² ซึ่งในสมัยก่อนการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติ เช่น ระหว่างพ่อกับลูกสาว หรือพี่สาวกับน้องชาย ก็มีปรากฏชุกชุมในประเทศอังกฤษ ยิ่งในพวกที่ยากจนยิ่งจะมีมาก ทั้งนี้เพราะสาเหตุมาจาก ครอบครัวที่ยากจน ต้องแอดคนอนขัดเขียดในห้องเดียวกัน บางทีต้องนอนเตียงเดียวกันปนเปกันไปทั้งพ่อแม่ ลูกสาวและลูกชาย

ดังนั้นการร่วมประเวณีกันระหว่าง พ่อ แม่ และลูก จึงเกิดขึ้นไม่หยุดหย่อนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และได้มีการบันทึกไว้เป็นหลักฐานมากมายถึงพฤติกรรมดังกล่าวของคนอังกฤษ เช่น ในปี ค.ศ. 1670 คดีของ นายกเทศมนตรีแห่งเอดินเบรอ ชื่อธอมัส ไวร์ ซึ่งนายกเทศมนตรีผู้นี้ได้ถูกศาลตัดสินประหารชีวิต โดยเขามีความผิดกล่าวคือร่วมประเวณีกับผู้ร่วมสายโลหิต และร่วมประเวณีกับสัตว์ พฤติการณ์ก็คือ เมื่อขณะที่ นายกเทศมนตรีผู้นี้ยังหนุ่มอยู่ ได้เคยร่วมประเวณีกับน้องสาวของเขา ซึ่งมีอายุเพียง 14 ปี ต่อจากนั้นก็ร่วมประเวณีกันมาเรื่อย ๆ จนน้องสาวโต ซึ่งการร่วมประเวณีก็ได้กระทำในบ้านของบิดานั้นเอง ต่อมาเขายังได้บังอาจข่มขืนลูกเลี้ยงซึ่งเป็นลูกติดมากับภริยาของเขาอีก และในระหว่างที่อยู่กินกับภริยา ธอมัส ไวร์ ยังลักลอบร่วมประเวณีกับสาวใช้ในบ้านของเขาหลายครั้งและหลายคนเท่านั้นยังไม่พอธอมัส ไวร์ ยังได้แสดงความ

¹ นฤพนธ์ จ้อยทองมูล. “การกระทำความผิดทางเพศของบุคคลในครอบครัว” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544, หน้า 69.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 69.

วิปริตโดยการร่วมประเวณีกับแม่ vú และลาของเขาคือ คดีของนายกเทศมนตรีผู้ที่มีพยานหลายปากให้การที่ศาล โดยพยานเหล่านี้ได้รายละเอียดถึงวิธีที่เขาได้กระทำกับสัตว์อย่างผิดธรรมชาติ ส่วนพฤติการณ์ที่เกี่ยวกับ น้องสาวของเขานั้น ผู้เป็นน้องสาวได้เล่ารายละเอียดให้ศาลฟังจนหมด เช่น ได้เคยร่วมประเวณีกันก็ครั้ง และ ในสถานที่ใดบ้าง เป็นต้น ในที่สุดทั้งธอมัส ไวร์ นายกเทศมนตรี และน้องสาวของเขา ก็ถูกศาลตัดสินประหาร ชีวิต ในวันจันทร์ที่ 11 เมษายน ค.ศ. 1670³

จากตัวอย่างของคดีดังกล่าวจะเห็นว่าในสมัยก่อนนั้นการลงโทษผู้ที่กระทำความผิดฐานร่วมประเวณี ในระหว่างเครือญาติแม้จะเป็นความสมัครใจยินยอม สังคมหรือศาลมักจะลงโทษด้วยมาตรการที่รุนแรงมากถึง ขั้นประหารชีวิตเลยทีเดียวทั้งชายและหญิง เนื่องจากเห็นว่าเป็นการกระทำที่วิปริตผิดธรรมชาติ และผิดศีลธรรม จึงสมควรลงโทษให้หนักเพื่อ จะได้เป็นเยี่ยงอย่างไม่ให้ใครประพฤติปฏิบัติตาม ต่อมาในปี ค.ศ.1908 จึงได้มีการ บัญญัติเป็นกฎหมายให้การร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติเป็นความผิด และมีโทษในประเทศอังกฤษ ซึ่งใน ปัจจุบันการลงโทษผู้กระทำความผิดไม่รุนแรงเหมือนในสมัยก่อน โทษสูงสุดคือจำคุกโดยเฉพาะกรณีที่เป็น การกระทำของบิดามารดาต่อบุตร จะใช้การบำบัดทางจิตร่วมด้วยเพื่อลดความต้องการที่จะกระทำเช่นเดิม และจะ ช่วยให้ผู้กระทำผิดได้สำนึกในความผิดและเห็นว่าการกระทำดังกล่าวนี้เป็นสิ่งเลวร้าย

เหตุที่มีการออกกฎหมายห้ามการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติในปี ค.ศ.1908 เนื่องจากรัฐสภา ของประเทศอังกฤษ ได้เห็นความสำคัญของผลทางพันธุกรรม โดยจากการวิจัยของแพทย์พบว่าหญิงที่ตั้งครรภ์ จากการร่วมประเวณีกับญาติที่ร่วมสายโลหิตเดียวกันกับคนนั้น เมื่อทารกเกิดมาก็จะมีโอกาสมีความผิดปกติ ทั้งทางร่างกายและจิตใจสูงถึงร้อยละ 25 ซึ่งก่อนหน้านี้ไม่มีการให้ความสนใจผลดังกล่าวเท่าที่ควรแต่เมื่อมีการ เสนอร่างพระราชบัญญัติห้ามร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติต่อสภา ก็ได้รับความเห็นชอบอย่างมากเพราะ เหตุผลที่ว่านอกจากจะเป็นการผิดศีลธรรมอย่างร้ายแรงแล้วยังอาจจะเป็นการทำให้สิ้นเผ่าพันธุ์มนุษย์อีกด้วย⁴

การห้ามร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติ โดยการอาศัยเหตุผลทางด้านการแพทย์เป็นวิธีการหนึ่ง ที่นำมาใช้เพื่อควบคุมคุณภาพของประชากรให้ประชากรที่เกิดมามีร่างกายและจิตใจที่สมบูรณ์ ไม่มีโรคติดต่อทาง พันธุกรรม ถือว่าเป็นมาตรการทางกฎหมายที่สอดคล้องกับหน้าที่ของครอบครัวที่จะต้องผลิตสมาชิกคือลูกๆ ของคนที่แข็งแรงสมบูรณ์ เพื่อสืบทอดเผ่าพันธุ์ต่อไปและการที่ได้ประชากรมีสติปัญญาและมีความรู้ฉลาด เฉลียวฉลาดจนร่างกายที่แข็งแรง ย่อมทำให้สังคมและประเทศชาติมีความมั่นคง⁵

³ มาร์ต นามแฝง. ผู้ดีร้อยแปด. กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัดโอเดียนสโตร์, 2508, หน้า 217-219.

⁴ นฤพนธ์ ช้อยทองมูล. “การกระทำความผิดทางเพศของบุคคลในครอบครัว” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544, หน้า 69 – 70.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 70.

ด้วยเหตุนี้การห้ามร่วมประเวณีและสมรสกันระหว่างเครือญาติ จึงได้ถูกบัญญัติเป็นกฎหมายห้ามไว้ตามกฎหมายครอบครัวและเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาด้วย ซึ่งจะต้องถูกลงโทษทั้งชายและหญิง ในส่วนของการสมรสที่ต้องห้ามตามกฎหมายครอบครัวของประเทศอังกฤษนั้น กฎหมายได้บัญญัติห้ามการสมรสของคู่สมรสทั้งที่เป็นญาติร่วมสายโลหิต และที่เป็นญาติทางการสมรส ซึ่งได้บัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติว่าด้วยการสมรส (Marriage Act) โดยให้การสมรสที่ฝ่าฝืนตกเป็นโมฆะ (Void Marriage) และความเป็นญาติร่วมสายโลหิตนี้ จะถือตามความเป็นจริงไม่ว่าความมีสายเลือดร่วมกันนั้นจะเต็มสายเลือด (Full Blood) หรือเพียงครึ่งหนึ่ง (Half Blood) โดยถือเอาการที่มีบรรพบุรุษเดียวกันดังนั้นก็สรุปได้ว่า ชายจะทำการสมรสไม่ได้กับแม่ ย่า ยาย ป้า อา และน้ำผู้หญิง ลูกสาว หลานสาว พี่สาว น้องสาว แม่และลูกสาวบุญธรรม และในส่วนของหญิงนั้นก็ทำการสมรสไม่ได้กับ พ่อ ปู่ ตา ลุง อา และน้ำผู้ชาย ลูกชาย หลานชาย พี่ชาย น้องชาย พ่อและลูกชายบุญธรรม จากที่กล่าวมาแล้วจะเห็นว่าความเป็นญาตินั้น กฎหมายได้ขยายความรวมถึงความเป็นพ่อแม่บุญธรรมกับลูกบุญธรรมด้วยโดยให้อยู่ระดับเดียวกันกับญาติสายเลือดเดียวกันจึงทำให้การสมรสของบุคคลดังกล่าวเป็นการสมรสที่ต้องห้าม⁶

ในส่วนของกฎหมายอาญาประเทศอังกฤษมีกฎหมายบัญญัติลงโทษการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติโดยไม่ต้องขึ้นอยู่กับความยินยอมของฝ่ายหญิง (แม้หญิงจะยินยอมผู้กระทำก็มีความผิด) ถ้าถึงขั้นเป็นการข่มขืนกระทำชำเราก็ต้องถูกลงโทษฐานข่มขืนกระทำชำเรา เช่นเดียวกับการข่มขืนกระทำชำเราหญิงทั่วไป โดยปรากฏตามพระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางเพศ ค.ศ. 1956 มาตรา 10 และ 11 (Sexual Offences Act 1956) ซึ่งบัญญัติว่า⁷

มาตรา 10 (1) ชายใดมีความสัมพันธ์ทางเพศกับหญิงซึ่งเขานั้นรู้ว่าเป็นหลานสาว ลูกสาว น้องสาว พี่สาว หรือแม่ของชายนั้นเอง ชายผู้นั้นกระทำความผิดอาญา

(2) บทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นความเป็นพี่สาว และน้องสาว ให้หมายความรวมถึงพี่สาว - น้องสาว ที่มีพ่อหรือแม่เดียวกันด้วย และเพื่อวัตถุประสงค์ของบทบัญญัตินี้ความสัมพันธ์ของบุคคลที่แสดงไว้ในที่นี้ให้หมายความรวมถึงความสัมพันธ์ที่ไม่ได้เกิดจากการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายด้วย ชายต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี และไม่เกิน 2 ปี ในฐานพยายามกระทำความผิด หากหญิงมีอายุต่ำกว่า 13 ปี ชายต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต และไม่เกิน 7 ปี ในฐานพยายามกระทำความผิด

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 70 – 71.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 72 – 73.

มาตรา 11 (1) หญิงมีอายุ 16 ปีขึ้นไป หรือมากกว่านั้นมีความผิดอาญาหากอนุญาตให้ชายซึ่งหญิงนั้นรู้ว่า เป็นปู่ ตา พ่อ พี่ชาย น้องชาย หรือบุตรชาย มีเพศสัมพันธ์กับตนเองโดยความยินยอม

(2) บทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น ความเป็นน้องชายหรือพี่ชายให้หมายความรวมถึงน้องชายหรือพี่ชายร่วมบิดา หรือมารดาเดียวกันและความสัมพันธ์ของบุคคลที่แสดงไว้ในที่นี้ หมายความว่ารวมถึงความสัมพันธ์ที่ไม่ได้เกิดจากการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายด้วย หญิงนั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี และความยินยอมให้มีการร่วมประเวณีไม่ทำให้ผู้กระทำพ้นจากความรับผิดชอบ

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าในประเทศอังกฤษมีกฎหมายลงโทษทางอาญาแก่ชายที่ร่วมประเวณีกับบุคคลที่เป็นเครือญาติของตน โดยรู้ตัวว่าได้ร่วมประเวณีกับลูกสาว หลานสาว มารดา พี่สาวและน้องสาวตนเอง แต่ถ้าร่วมประเวณีกับป้า น้า อา หรือลูกสาวของลุง ป้า น้า อา หรือแม่ หรือลูกบุญธรรม แล้ว จะไม่มีความผิดทางอาญา ทั้งๆที่เป็นเครือญาติในลำดับที่ต้องห้ามสมรส และบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นได้ลงโทษหญิงที่มีอายุ 16 ปี ขึ้นไปที่ยินยอมร่วมประเวณีโดยรู้ตัวว่าได้ร่วมประเวณีกับปู่ ตา พ่อ พี่ชาย น้องชาย หรือลูกชาย แต่ถ้าร่วมประเวณีกับลุง น้า อาหรือลูกชายของลุง น้า อา หรือพ่อหรือลูกบุญธรรม แล้วจะ ไม่มีความผิดทางอาญา แม้เป็นเครือญาติในลำดับที่ห้ามสมรสก็ตาม ข้อห้ามดังกล่าวรวมไปถึงความสัมพันธ์ที่มีระหว่างญาติร่วมสายโลหิตทั้งที่ถูกต้องตามกฎหมายและไม่ถูกต้องตามกฎหมาย คือถือเอาตามความเป็นจริง เป็นหลักในการพิจารณาลงโทษผู้ฝ่าฝืน ตัวอย่างเช่น คดีนาย D แม้นาย D จะกระทำการร่วมประเวณีกับหลานนอกกฎหมายของตนเองก็ถือว่า นาย D กระทำผิดตามกฎหมาย พื้นฐานของกฎหมายนี้มีวัตถุประสงค์อยู่ที่การคุ้มครองพันธุกรรมของมนุษย์ และความผิดประเภทนี้ไม่ต้องอาศัยความยินยอมของฝ่ายหญิง คือแม้ฝ่ายหญิงยินยอมให้ร่วมประเวณีชายก็มีความผิด เช่น ในคดี ของ Dimes การที่ D ไม่ต้องรับผิดชอบชั้นกระทำชำเราเพราะ P ยินยอมให้ D ร่วมประเวณีก็ตาม D ก็ยังมีความผิดฐานร่วมประเวณีกับญาติอยู่นั่นเอง

Wolfenden ให้ความเห็นว่างบที่เหตุผลสำคัญที่เกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำผิดนี้ ก็คือความน่ากลัว และน่ารังเกียจของการกระทำความผิดดังกล่าวประกอบกับเหตุผลหลักที่สำคัญที่กล่าวมาแล้วคือความเสี่ยงทางพันธุกรรมที่หากมีการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติโดยเฉาะผู้ร่วมสายโลหิตเดียวกันแล้วจะทำให้มีความเสี่ยงทางพันธุกรรมได้

2. ความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติในประเทศสหรัฐอเมริกา

การห้ามร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติเป็นข้อห้ามสากล ซึ่งในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ นอกจากประเทศอังกฤษที่มีกฎหมายบัญญัติห้ามแล้ว ประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้มีบทบัญญัติลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าวไว้เช่นกัน เนื่องจากในยุคที่อังกฤษเป็นมหาอำนาจได้ออกล่าอาณานิคมไปในทุกทวีป และใน

ขณะเดียวกันก็ได้นำเอากฎหมายของตนไปใช้ในดินแดนนั้นด้วย ซึ่งเมื่ออาณานิคมเหล่านั้นได้รับเอกราชจึงได้รับเอาอิทธิพลและแนวคิดของกฎหมายเหล่านั้นไปด้วย ดังนั้นหลังจากที่ประเทศอังกฤษ ได้มีการบัญญัติกฎหมายให้การร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ เป็นความผิด ในปี ค.ศ. 1908 แล้ว ในเวลาต่อมาประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวออกมาบังคับใช้เช่นกัน และกฎหมายครอบครัวของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นแต่ละรัฐส่วนใหญ่จะบัญญัติให้การสมรสระหว่าง บุพการีกับผู้สืบสันดาน พี่กับน้อง ทั้งที่บิดามารดาเดียวกัน หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ลุง ป้า น้า อา กับหลานสาว ป้า น้า อา กับหลานชายและ ลูกพี่ลูกน้องเป็นโมฆะ

ในส่วนกฎหมายอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ว่าจะเป็นรัฐใหญ่หรือรัฐเล็กก็ตาม ต่างมีกฎหมายบัญญัติถึงโทษการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติที่ตนรู้ว่าเป็นบุพการี หรือผู้สืบสันดาน หรือพี่น้อง ทั้งที่เกิดจากพ่อแม่เดียวกัน หรือพ่อหรือแม่เดียวกัน หรือ ลุง ป้า น้า อา โดยจะเป็นญาติที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่ก็ตามไว้เป็นการเฉพาะ โดยกฎหมายดังกล่าวจะลงโทษทั้งชายและหญิง ซึ่งพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการกระทำความผิดทางเพศอีกลักษณะหนึ่งที่ดีว่ามีระดับความรุนแรงพอสมควร เนื่องจากมีผลกระทบต่อสังคมและทางพันธุกรรมของมนุษย์หากมีบุตรเกิดมาจากการกระทำความผิดดังกล่าว และยังมีระดับความรุนแรงขึ้นถ้าหากเป็นการข่มขืนกระทำชำเราโดยบุคคลที่เป็นเครือญาติ ซึ่งเหยื่อจะมีผลกระทบมากทั้งทางร่างกายและจิตใจ ซึ่งต้องใช้เวลาานพอสมควรในการรักษาซึ่งจะต้องใช้การบำบัดทางจิตใจเข้าช่วย โดยที่แต่ละมลรัฐอาจจะกำหนดขอบเขตของความเป็นเครือญาติ และรายละเอียดขององค์ประกอบความผิดไว้แตกต่างกันไปบ้างตามแต่ละท้องถิ่น ซึ่งจากการศึกษาจะเห็นความเหมือนและแตกต่างกันใน 4 ประการใหญ่ ๆ ดังนี้

1. บุคคลที่กฎหมายห้ามมีความสัมพันธ์ทางเพศต่อกัน ในประเทศสหรัฐอเมริการัฐที่มีกฎหมายกำหนดให้การร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติของตนเป็นความผิดนั้น โดยมากจะกำหนดไว้โดยเฉพาะเจาะจงถึงตัวบุคคลชัดเจนว่าห้ามบุคคลใด เช่น ห้าม พ่อ แม่กับลูก ปู่ ย่า ตา ยายกับหลาน ลุง ป้า น้า อา กับหลาน พี่กับน้อง มีความสัมพันธ์ทางเพศ หรือร่วมประเวณีกัน เช่น ฟลอริดา⁸ จอร์เจีย⁹ โอไอโอวา¹⁰ หลุยเซียน่า¹¹ และนิวแฮมป์เชียร์¹²

⁸ กฎหมายอาญาของรัฐ ฟลอริดา FLA. STAT. มาตรา 826.04 บุคคลใดก็ตามที่เป็นญาติร่วมสายโลหิตเดียวกัน หรือพี่ชาย น้องชาย พี่สาว น้องสาว ลุง ป้า น้า อา หลานชายหรือหลานสาว การแต่งงาน การร่วมประเวณี มีความผิดทางอาญาระดับ 3 จำคุกไม่เกิน 5 ปี

⁹ กฎหมายอาญาของรัฐ จอร์เจีย O.C.G.A. มาตรา 16-6-22 บุคคลใดทราบว่าเป็น (ทั้งโดยสายโลหิตและการแต่งงาน) พ่อและลูกสาว หรือลูกเลี้ยงหญิง แม่และลูกชาย หรือลูกเลี้ยงชาย พี่ชาย น้องชายและพี่สาว น้องสาว ร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกัน ปู่ ย่า ตา ยาย และหลาน ป้า น้า อา ผู้หญิงและหลานชาย ลุง ป้า น้า อา ผู้ชายและหลานสาว การร่วมประเวณีจะถูกตัดสินจำคุกไม่ต่ำกว่า 1 ปี แต่ไม่เกินกว่า 20 ปี

นอกจากการห้ามมีความสัมพันธ์ของบุคคลดังกล่าวข้างต้นแล้ว บางรัฐได้กำหนดขอบเขตไว้อย่างกว้าง ๆ ไม่เจาะจงเป็นการบุคคล เช่น นิวเจอร์ซีย์¹³ ฮาวาย¹⁴ แมรีแลนด์¹⁵ เมสซาชูเซตส์¹⁶ และ มินิโซตา¹⁷ และบางรัฐยังได้กำหนดห้ามผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมมีความสัมพันธ์ทางเพศต่อกันเช่น อลาบามา¹⁸

¹⁰ กฎหมายอาญาของรัฐ ไอโอว่า IOWA CODE มาตรา 726.2 บุคคลใดซึ่งเป็นบรรพบุรุษหรือผู้สืบสันดาน พี่ชาย น้องชาย หรือพี่สาว น้องสาว ร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกัน ลุง ป้า น้า อา หลานสาวหรือ หลานชาย มีความสัมพันธ์ทางเพศต่อกัน มีความผิดทางอาญาระดับ D

¹¹ กฎหมายอาญาของรัฐ หลุยส์เซียน่า La. R.S. มาตรา 14.78 บุคคลผู้ซึ่งฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นบุพการี ผู้สืบสันดาน พี่ชาย น้องชาย พี่สาว น้องสาว ลุง น้า อา ผู้ชายหรือหลานสาว ป้า น้า อา ผู้หญิงหรือหลานชาย การแต่งงาน การร่วม ประเวณี จะถูกตัดสินจำคุกสูงถึง 15 ปี เมื่อเกิดขึ้นระหว่างผู้สืบสันดานกับบุพการี หรือพี่ชาย น้องชาย และพี่สาว น้องสาว และจำคุก 5 ปี ปรับ \$ 1,000 เมื่อเกิดการกระทำขึ้นระหว่าง ลุง น้า อา ผู้ชายกับหลานสาว หรือ ป้า น้า อา ผู้หญิงกับ หลานชาย

¹² กฎหมายอาญาของรัฐ นิวแฮมเชียร์ RSA. มาตรา 639 : 2 บุคคลอายุ 18 ปี ผู้ซึ่งเป็นบรรพบุรุษ ผู้สืบสันดาน พี่ชาย น้องชายหรือพี่สาว น้องสาว (ร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกัน) ลุง ป้า น้า อา หลานชายหรือ หลานสาว แต่งงาน อยู่กินกัน หรือร่วมประเวณี จะมีความผิดอาญา ระดับ B ถ้าเหยื่ออายุต่ำกว่า 18 ปี จะถูกตัดสินจำคุกสูง ถึง 20 ปีและค่าสุดคือกึ่งหนึ่ง

¹³ กฎหมายอาญาของรัฐ นิวเจอร์ซีย์ N.J. STAT. มาตรา 2 c : 14-2 เมื่อผู้กระทำผิดมีความสัมพันธ์เป็นญาติกับเหยื่อ โดยทางสายโลหิต หรือมีความสัมพันธ์ถึงในระดับที่ 3 การร่วมประเวณีทางเพศ มีความผิดอาญาเป็นอาชญากรรมระดับที่ 2

¹⁴ กฎหมายอาญาของรัฐ ฮาวาย H.R.S. มาตรา 707-741 บุคคลที่อยู่ในฐานะเป็นญาติผู้ร่วมสายโลหิตเมื่อแต่งงาน กันจะถือว่าเป็นโมฆะ การร่วมประเวณีจะมีความผิดอาญาในระดับ C

¹⁵ กฎหมายอาญาของรัฐ แมรีแลนด์ Md. CRIMINAL LAW CODE ANN. มาตรา 3-323. บุคคลผู้ซึ่งยังไม่ แต่งงานตามปกติทั่วไปซึ่งเป็นญาติในลำดับชั้นที่ 3 ของผู้ร่วมสายโลหิตด้วยกันตามมาตรา 2-202 การร่วมประเวณีจะมีความผิด ทางอาญาจำคุกตั้งแต่ 1-10 ปี

¹⁶ กฎหมายอาญาของรัฐ เมสซาชูเซตส์ ALM GL ch.272 มาตรา 17 บุคคลใดก็ตามที่อยู่ในฐานะเป็นผู้ร่วม สายโลหิตเดียวกัน การแต่งงาน การร่วมประเวณี มีกิจกรรมทางเพศ มีความผิดถูกจำคุกตั้งแต่ 2 ปีครึ่ง ถึง 20 ปี

¹⁷ กฎหมายอาญาของรัฐ มินิโซต้า Minn. STAT. มาตรา 609.395 บุคคลซึ่งเป็นญาติกับผู้กระทำความผิดมากกว่า ญาติลำดับที่ 1 ไม่ว่าจะเป็ญาติร่วมสายโลหิตโดยตรงหรือโดยอ้อม มีความสัมพันธ์ทางเพศในเครือญาติ การร่วมประเวณีมี ความผิดจำคุกไม่เกิน 10 ปี

¹⁸ กฎหมายอาญาของรัฐ อลาบามา CODE oF ALA มาตรา 13 A - 13 - 3 บุคคลซึ่งเป็นบรรพบุรุษหรือ ผู้สืบสันดานโดยสายโลหิต พี่ชาย น้องชาย พี่สาว น้องสาว ร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดามารดาเดียวกัน หรือทางการรับ บุตรบุญธรรม ลูกเลี้ยงหรือพ่อแม่เลี้ยง เมื่อความสัมพันธ์ยังคงอยู่ ลุง ป้า น้า อา หลานชายหรือหลานสาวร่วมสายโลหิตทั้ง ทางตรงและทางอ้อม การแต่งงานหรือร่วมประเวณีกันมีความผิดอาญาระดับ C

และนอร์ทแคโรไลนา¹⁹ บางรัฐห้ามพ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง และลูกเลี้ยงมีความสัมพันธ์ทางเพศต่อกัน เช่น มอนทานา²⁰ และบางรัฐห้ามขยายไปไกลถึงการมีความสัมพันธ์ทางเพศกับคู่สมรสของ ปู่ ย่า ตา ยาย หลาน ลูก หลานของคู่สมรส พี่น้องของพ่อแม่ และลูกสาวของพี่น้อง ได้แก่ เซาท์แคโรไลนา²¹ จากที่กล่าวมาข้างต้นในเรื่องของบุคคลที่ต้องห้ามมีความสัมพันธ์ทางเพศต่อกันนั้น จะเห็นได้ว่าในประเทศสหรัฐอเมริกามีการห้ามบุคคลที่เป็นเครือญาติครอบคลุมทั้งที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตและไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต มีความสัมพันธ์ทางเพศ หรือร่วมประเวณีต่อกัน เช่นญาติทางการแต่งงาน หรือทางการรับเป็นบุตรบุญธรรม เป็นต้น แต่รัฐส่วนมากจะเน้นห้ามเฉพาะเครือญาติที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตเท่านั้น เนื่องจากมีผลกระทบต่อสังคมมากกว่า อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่าการบัญญัติกฎหมายในแต่ละมลรัฐ ก็น่าจะอยู่ในความหมายและจุดประสงค์หลักเดียวกันแม้ขอบเขตความเป็นเครือญาติจะแตกต่างกันไปบ้างก็ตาม คือลงโทษการกระทำ ความผิด ฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ เนื่องจากมีผลเสียและมีผลกระทบต่อสังคมทั้งนั้นแม้จะใช้ถ้อยคำต่างกันออกไปบ้างก็ตาม

2. ในเรื่องของการกระทำที่ต้องห้าม การกระทำใดที่ต้องห้ามและจะมีความผิดต้องถูกลงโทษนั้นในแต่ละมลรัฐได้กำหนดไว้ว่าการกระทำใดที่ต้องห้าม มิให้บุคคลที่มีความสัมพันธ์เป็นเครือญาติกันกระทำการ หากมีการฝ่าฝืนก็จะต้องถูกลงโทษตามกฎหมายของรัฐนั้น ๆ ซึ่งรัฐส่วนมากจะกำหนดห้ามการร่วมประเวณีกัน

¹⁹ กฎหมายอาญาของรัฐนอร์ทแคโรไลนา N.C. GEN STAT. มาตรา 14-178 บุคคลผู้ซึ่งเป็น ปู่ ย่า ตา ยาย หรือ หลาน พ่อ แม่ หรือ ลูก หรือลูกเลี้ยง หรือลูกบุญธรรม พี่ชาย น้องชาย หรือพี่สาว น้องสาว ร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดา หรือ มารดาเดียวกัน ลุง ป้า น้า อา หลานชาย หรือหลานสาว การร่วมประเวณีจะมีความผิดอาญาระดับ F ความผิดอาญาระดับ B1 ถ้าเหยื่ออายุต่ำกว่า 13 ปี และผู้กระทำอายุกว่า 4 ปี ขึ้นไป หรือเหยื่ออายุ 13 - 15 ปี และผู้กระทำอายุกว่า 6 ปี ขึ้นไป ความผิดอาญาระดับ C ถ้าเหยื่อมีอายุ 13 - 15 ปี และผู้กระทำอายุ 4 - 6 ปี

²⁰ กฎหมายอาญาของรัฐมอนทานา MONT.CODE มาตรา 45-5-507 บุคคลใดผู้ซึ่งเป็นบรรพบุรุษ ผู้สืบสันดาน พี่ชาย น้องชาย หรือพี่สาว น้องสาว ร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกัน หรือลูกเลี้ยงชาย หรือหญิง โดยไม่ต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือการรับบุตรบุญธรรม การแต่งงาน การอยู่กินกัน การร่วมประเวณี การมีความสัมพันธ์ทางเพศ มีความผิดจำคุกตลอดชีวิต หรือสูงถึง 100 ปี หรือปรับ \$ 50,000 จำคุกตลอดชีวิตหรือตั้งแต่ 4 -100 ปี หากเหยื่อมีอายุต่ำกว่า 16 ปี และจะถูกลงโทษทางร่างกายด้วย

²¹ กฎหมายอาญาของรัฐเซาท์แคโรไลนา S.C. CODE มาตรา 16-15-20 เหยื่อและพ่อแม่ ปู่ ย่า ตา ยาย ลูกหลาน พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง พี่ชาย น้องชาย พี่สาว น้องสาว คู่สมรสของปู่ ย่า ตา ยาย คู่สมรสของลูก คู่สมรสของหลาน หลานของคู่สมรส ลูกสาวของพี่น้อง พี่น้องของพ่อแม่ การร่วมประเวณี มีความผิดอาญาต้องถูกพิพากษาจำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปี และหรือปรับไม่น้อยกว่า \$ 500

ระหว่างเครือญาติ และห้ามการแต่งงานไว้พร้อมกัน เช่น นิวยอร์ก²² เพนซิลวาเนีย²³ เซาท์คาโรไลนา²⁴ เวอร์มอนต์²⁵ เวสเวอร์จิเนีย²⁶ และวิสคอนซิน²⁷ นอกจากการห้ามการร่วมประเวณีและห้ามแต่งงานระหว่างเครือญาติแล้ว บางรัฐยังได้มีการกำหนดห้ามมิให้บุคคลมีพฤติกรรมเบี่ยงเบนในทางเพศด้วย เช่น เคนตักกี²⁸ และออเรกอน²⁹ หรือบางรัฐห้ามการมีคู่ เช่น แคลิฟอร์เนีย³⁰ ไอดาโฮ³¹ โอกลาโฮมา³² และเวอร์จิเนีย³³ หรือบางรัฐห้ามการอยู่กินร่วมกัน เช่น โคโลราโด³⁴

²² กฎหมายอาญาของรัฐ นิวยอร์ก NY CLS PENAL มาตรา 255.25 บุคคลผู้ซึ่งเป็นบรรพบุรุษ ผู้สืบสันดาน พี่ชาย น้องชาย หรือพี่สาว น้องสาว ร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกัน ลุง ป้า น้า อา หลานชาย หรือ หลานสาว การแต่งงาน ร่วมประเวณี หรือมีพฤติกรรมเบี่ยงเบนในการร่วมประเวณีจะมีความผิดอาญาระดับ E

²³ กฎหมายอาญาของรัฐ เพนซิลวาเนีย 18 PA.C.S. มาตรา 4302 บรรพบุรุษ ผู้สืบสันดาน พี่ชาย น้องชาย หรือ พี่สาว น้องสาวร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกัน หรือลุง ป้า น้า อา หลานชาย หลานสาวร่วมสายโลหิต การแต่งงาน การอยู่กินร่วมกัน การร่วมประเวณี เป็นความผิดอาญาระดับ 2

²⁴ กฎหมายอาญาของรัฐ เซาท์คาโรไลนา S.D. CODIFIED LAWS มาตรา 22-22-19-1 พ่อ แม่และลูก บรรพบุรุษ และผู้สืบสันดาน พี่ชาย น้องชายและพี่สาว น้องสาว ร่วมแต่บิดาหรือมารดา และร่วมบิดามารดาเดียวกัน ลุง ป้า น้า อา ผู้ชาย และหลานสาว ป้า น้า อา ผู้หญิงและหลานชาย และญาติร่วมสายโลหิตโดยตรงและทางอ้อม การมีความสัมพันธ์ทางเพศต่อกัน มีความผิดอาญาระดับ 5

²⁵ กฎหมายอาญาของรัฐ เวอร์มอนต์ 13 V.S.A. มาตรา 205 บุคคลที่ถูกห้ามแต่งงานโดยกฎหมายของรัฐ การแต่งงาน การลักลอบได้เสียกัน การร่วมประเวณีโดยไม่ได้แต่งงาน มีความผิดจะถูกศาลพิพากษาจำคุกไม่เกินกว่า 5 ปี และหรือปรับ \$ 1,000

²⁶ กฎหมายอาญาของรัฐ เวสเวอร์จิเนีย W. VA. CODE มาตรา 61-8-12 พ่อ แม่ พี่ชาย น้องชาย พี่สาว น้องสาว ลูกสาว ลูกชาย ปู่ ตา ย่า ยาย หลานชาย หลานสาว ลุง ป้า น้า อา ผู้ชาย หรือ ป้า น้า อา ผู้หญิง หลานชาย หรือหลานสาว การร่วมประเวณี หรือการล่วงล้ำทางเพศ มีความผิดอาญาต้องถูกศาลพิพากษาลงโทษจำคุก ตั้งแต่ 5-15 ปี

²⁷ กฎหมายอาญาของรัฐ วิสคอนซิน WIS.STAT. มาตรา 944.06 บุคคลผู้ซึ่งมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตและรวมถึงความเป็นญาติแท้จริงในทุกระดับ การแต่งงานจะถูกห้ามโดยกฎหมายของรัฐ การแต่งงาน การร่วมประเวณี มีความผิดอาญาระดับ F

²⁸ กฎหมายอาญาของรัฐ เคนตักกี K.R.S. มาตรา 530.020 บรรพบุรุษ ผู้สืบสันดาน พี่ชาย น้องชาย พี่สาว น้องสาว ไม่ว่าความสัมพันธ์นั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ทั้งร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกัน การรับบุตรบุญธรรม หรือความสัมพันธ์โดยการแต่งงาน การร่วมประเวณี หรือการเบี่ยงเบนในการร่วมประเวณี มีความผิดอาญาระดับ C

²⁹ กฎหมายอาญาของรัฐ ออเรกอน ORS มาตรา 163.525 บุคคลผู้ซึ่งไม่ว่าจะเป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เป็น บรรพบุรุษ ผู้สืบสันดาน หรือพี่ชาย น้องชาย หรือพี่สาว น้องสาว ร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกัน การแต่งงาน การร่วมประเวณี การเบี่ยงเบนทางการร่วมประเวณี จะมีความผิดอาญาระดับ C

3. เรื่องของอายุผู้กระทำความผิด รัฐส่วนมากไม่ได้กำหนดอายุของผู้กระทำความผิดเอาไว้ ดังนั้นไม่ว่าผู้กระทำความผิดจะมีอายุเท่าใดก็ตาม หากได้เป็นบุคคลต้องห้ามมิให้มีความสัมพันธ์กัน และได้กระทำการที่ต้องห้ามดังได้กล่าวไปแล้วก็就会有ความผิดตามที่กฎหมายกำหนด เช่น นิวเม็กซิโก³⁵ เทนเนสซี³⁶ เท็กซัส³⁷ ยูทา³⁸ และวอชิงตัน³⁹ เป็นต้น แต่มีบางรัฐได้กำหนดอายุของผู้กระทำความผิดไว้โดยเฉพาะเจาะจงว่า

³⁰ กฎหมายอาญาของรัฐแคลิฟอร์เนีย Cal Pen Code มาตรา 285 บุคคลที่อยู่ในฐานะญาติร่วมสายโลหิตที่ใกล้ชิดเมื่อทำการแต่งงานกันจะถือว่าเป็นโมฆะ การแต่งงาน การร่วมประเวณี หรือการเป็นคู่ จะมีความผิดถูกพิพากษาลงโทษจำคุกโดยรัฐ

³¹ กฎหมายอาญาของรัฐไดาโฮ IDAHO CODE มาตรา 18 – 6602 บุคคลที่อยู่ในฐานะเป็นญาติร่วมสายโลหิต การแต่งงานเป็นโมฆะ การแต่งงาน การร่วมประเวณี การเป็นคู่ มีความผิดจะถูกตัดสินจำคุกไม่เกินกว่า 10 ปี

³² กฎหมายอาญาของรัฐโอกลาโฮมา 21 OKL. ST. มาตรา 885 บุคคลซึ่งอยู่ในฐานะใดก็ตามที่ร่วมสายโลหิตเดียวกัน การแต่งงานจะเป็นโมฆะ และการแต่งงานหรือลักลอบได้เสีย การมีคู่ มีความผิดอาญาถูกพิพากษาลงโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี

³³ กฎหมายอาญาของรัฐเวอร์จิเนีย VA. CODE มาตรา 18-2-366 บุคคลที่ถูกห้ามแต่งงาน ถ้ามีการร่วมประเวณีกับลูกและหลาน โดยการเป็นคู่หรือลักลอบได้เสีย การร่วมประเวณีโดยไม่ได้แต่งงาน มีความผิดอาญาสถานเบาระดับ 1 และความผิดอาญาระดับ 5 เมื่อร่วมประเวณีกับลูกและหลาน มีความผิดระดับ 3 เมื่อเหยื่อมีอายุ 13-18 ปี

³⁴ กฎหมายอาญาของรัฐโคลัมเบีย D.C. CODE มาตรา 22 – 1901 บุคคลใดก็ตามที่เกี่ยวข้องเป็นญาติกับบุคคลอื่น (แต่ไม่รวมถึงบุคคลผู้ร่วมสายโลหิตลำดับที่ 4) การแต่งงาน การร่วมประเวณี การอยู่ร่วมกันมีความผิดจะถูกตัดสินจำคุกไม่เกินกว่า 12 ปี

³⁵ กฎหมายอาญาของรัฐนิวเม็กซิโก N.M. STAT. มาตรา 30-10-3 บุคคลซึ่งเป็น พ่อ แม่ และลูก รวมถึง ปู่ ย่า ตา ยาย และหลานทุกระดับ พี่ชาย น้องชาย และพี่สาว น้องสาว ร่วมบิดามารดาและร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกัน ลูก น้ำ อา ผู้ชายและหลานสาว ป้า น้ำ อา ผู้หญิงและหลานชาย การแต่งงานหรือร่วมประเวณีจะมีความผิดอาญาระดับที่ 3

³⁶ กฎหมายอาญาของรัฐเทนเนสซี TENN. CODE. มาตรา 39-15-302 บุคคลใดก็ตามที่เป็นพ่อแม่โดยกำเนิด ลูก ปู่ ย่า ตา ยาย หลาน ลูก ป้า น้ำ อา หลานชาย หลานสาว พ่อเลี้ยง แม่เลี้ยง ลูกเลี้ยง พ่อแม่บุญธรรม ลูกบุญธรรม หรือ พี่ชาย น้องชาย และพี่สาว น้องสาว ร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกัน การร่วมประเวณี เป็นความผิดอาญาระดับ C

³⁷ กฎหมายอาญาของรัฐเท็กซัส TEX. PENAL CODE มาตรา 25.02 บุคคลซึ่งเป็นบรรพบุรุษ หรือผู้สืบสันดานโดยสายโลหิต หรือการรับบุตรบุญธรรม ลูกเลี้ยงหรือพ่อแม่เลี้ยงที่เกิดจากการแต่งงาน โดยความเป็นเครือญาติยังคงอยู่ ป้า น้ำ อา ผู้หญิง หรือลูก น้ำ อา ผู้ชายร่วมสายโลหิตโดยตรงหรือทางอ้อม พี่น้องชายหญิงร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกัน หรือโดยการรับบุตรบุญธรรม หลานชายหรือหลานสาว การร่วมประเวณี หรือมีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางการร่วมประเวณี เป็นความผิดอาญาระดับ 3

ผู้กระทำความผิดต้องมีอายุเท่าใดจึงจะมีความผิด ซึ่งโดยหลักแล้วจะกำหนดอายุผู้กระทำความผิดไว้ที่ 18 ปี ได้แก่ อลาสกา⁴⁰ อริโซนา⁴¹ อินเดียนา⁴² และ นิวแฮมเชียร์⁴³ แต่เป็นที่น่าสังเกตว่ามีอยู่รัฐหนึ่งที่กำหนดอายุของผู้กระทำความผิดไว้ต่ำกว่า 18 ปี ได้แก่ อาคันซัส⁴⁴ ซึ่งกำหนดอายุของผู้กระทำความผิดไว้เพียงแค่ 16 ปี เท่านั้น

4. เรื่องของข้อกำหนดความรุนแรงในประเทศสหรัฐอเมริกาความผิดฐานร่วมประเวณี หรือแต่งงานกันระหว่างเครือญาตินั้น ในแต่ละรัฐจะเห็นว่าการกระทำความผิดดังกล่าวมีความรุนแรงและไม่รุนแรงแตกต่างกันไป ซึ่งรัฐส่วนมากแล้วจะเห็นว่าไม่ใช่ความผิดที่รุนแรงมากนักพอจะยอมรับกันได้ แม้ว่าบางรัฐจะมีทั้งโทษ

³⁸ กฎหมายอาญาของรัฐ ยูทาห์ UTAH. CODE. มาตรา 76-7-102 บุคคลผู้ซึ่งเป็นบรรพบุรุษ ผู้สืบสันดาน พี่ชาย น้องชาย พี่สาว น้องสาว ลูก ป้า น้า อา หลานชาย หลานสาว หรือญาติลำดับแรก มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตโดยตรงหรือโดยอ้อม หรือทางการรับบุตรบุญธรรม การร่วมประเวณีมีความผิดอาญาในระดับ 3

³⁹ กฎหมายอาญาของรัฐ วอชิงตัน ARCW มาตรา 9A.64.020 บุคคลผู้ซึ่งเป็นบรรพบุรุษ ผู้สืบสันดาน พี่ชาย น้องชาย พี่สาว น้องสาว ทั้งที่ร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดามารดาเดียวกัน การร่วมประเวณีกับญาติสนิทร่วมสายโลหิตชั้นที่ 1 จะมีความผิดอาญาระดับ B และการร่วมประเวณีกับญาติสนิทร่วมสายโลหิตชั้นที่ 2 จะมีความผิดอาญาระดับ C

⁴⁰ กฎหมายอาญาของรัฐ อลาสกา ALASKA. STAT. มาตรา 11.41.450 บุคคลใดอายุ 18 ปีขึ้นไป ซึ่งเป็นบรรพบุรุษหรือผู้สืบสันดานโดยสายโลหิตไม่ว่าจะเป็นญาติที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ พี่ชาย น้องชาย พี่สาว น้องสาว ร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดามารดาเดียวกัน ลูก ป้า น้า อา หรือหลานชาย หลานสาว โดยสายโลหิต การร่วมประเวณีต่อกันมีความผิดอาญาระดับ C

⁴¹ กฎหมายอาญาของรัฐ อริโซนา A.R.S. มาตรา 13-3608 บุคคลใดอายุ 18 ปีขึ้นไปอยู่ในฐานะญาติร่วมสายโลหิต เมื่อแต่งงานกันจะถือว่าเป็นโมฆะ การแต่งงานหรือร่วมประเวณีจะมีความผิดอาญาระดับ 4

⁴² กฎหมายอาญาของรัฐ อินเดียนา BURNS IND. CODE ANN. มาตรา 35-46-1-3 บุคคลอายุ 18 ปี หรือมากกว่าซึ่งเป็นพ่อแม่โดยสายโลหิต ลูก ปู่ ย่า ตา ยาย หลาน พี่ชาย น้องชาย พี่สาว น้องสาว ลูก ป้า น้า อา หลานชาย หลานสาว การร่วมประเวณี หรือมีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศ มีความผิดอาญาระดับ C ความผิดอาญาระดับ B หากเหยื่อมีอายุต่ำกว่า 16 ปี ในขณะที่กระทำความผิด

⁴³ กฎหมายอาญาของรัฐ นิวแฮมเชียร์ RSA. มาตรา 639 : 2 บุคคลอายุ 18 ปี ผู้ซึ่งเป็นบรรพบุรุษ ผู้สืบสันดาน พี่ชาย น้องชายหรือพี่สาว น้องสาว (ร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกัน) ลูก ป้า น้า อา หลานชายหรือ หลานสาว แต่งงาน อยู่กินกัน หรือร่วมประเวณี จะมีความผิดอาญา ระดับ B ถ้าเหยื่ออายุต่ำกว่า 18 ปี จะถูกตัดสินจำคุกสูงถึง 20 ปีและต่ำสุดคือกึ่งหนึ่ง

⁴⁴ กฎหมายอาญาของรัฐ อาคันซัส A.C.A. มาตรา 5-26-202 บุคคลใดอายุ 16 ปีขึ้นไปซึ่งเป็นบรรพบุรุษหรือผู้สืบสันดานลูกเลี้ยง ลูกบุญธรรม พี่ชาย น้องชายหรือพี่สาว น้องสาว ร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดามารดาเดียวกัน ลูก ป้า น้า อา หลานชายหรือหลานสาว หลานเลี้ยงหรือหลานบุญธรรม การแต่งงาน การร่วมประเวณีหรือการมีกิจกรรมที่เบี่ยงเบนทางเพศมีความผิดอาญาระดับ C ความผิดอาญาระดับ A ถ้าเหยื่อมีอายุต่ำกว่า 16 ปี และผู้กระทำความผิดมีอายุมากกว่า 21 ปีในเวลากระทำความผิด

จำคุกและปรับด้วยก็ตาม เช่น มิชิแกน⁴⁵ มิสซิสซิปปี⁴⁶ มิสซูรี⁴⁷ และเนวาดา⁴⁸ เป็นต้น แต่มีบางรัฐที่ถือว่าความผิดดังกล่าวนั้นเป็นความผิดรุนแรง ได้แก่ โคโลราโด⁴⁹ และแคนซัส⁵⁰ ซึ่งรัฐใดจะถือว่าการกระทำ ความผิดดังกล่าวเป็นความรุนแรงหรือไม่นั้น อาจจะขึ้นอยู่กับวัฒนธรรม ความเชื่อและธรรมเนียมปฏิบัติแต่โบราณของแต่ละรัฐก็เป็นได้

นอกจากประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาซึ่งอยู่ในกลุ่มระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีการบัญญัติกฎหมายลงโทษการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติแล้ว ในกลุ่มซีวิลลอว์เองก็มีการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวเช่นกัน โดยบัญญัติให้การร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติ เช่น บุพการีกับผู้สืบสันดาน พี่กับน้องทั้งที่ร่วมบิดามารดาเดียวกัน หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกัน เป็นความผิดอาญาและความเป็นบุพการี ผู้สืบสันดาน หรือพี่

⁴⁵ กฎหมายอาญาของรัฐ มิชิแกน MCLS มาตรา 750.520 b - มาตรา 750-520 c การกระทำทางเพศในทางอาญา ในชั้นที่ 1 และ 2 รวมถึงเมื่อผู้กระทำเป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกับเหยื่อและผู้กระทำเป็นญาติกับเหยื่อทางสายโลหิตหรือมีความใกล้ชิดตามชั้นที่ 4 การร่วมประเวณีมีความผิดอาญาชั้นที่ 1 จำคุกตลอดชีวิตหรือตามเวลาที่กำหนด ความผิดอาญาชั้นที่ 2 จำคุกไม่เกินกว่า 15 ปี

⁴⁶ กฎหมายอาญาของรัฐ มิสซิสซิปปี MISS. CODE มาตรา 97-29-27 บุคคลใดผู้ซึ่งอยู่ในฐานะร่วมสายโลหิต แต่งงานกันขึ้น ถือว่าเป็นโมฆะ (มาตรา 93-1-1) การแต่งงานมีความผิดถูกจำคุกสูงถึง 10 ปี และหรือปรับ \$ 500

⁴⁷ กฎหมายอาญาของรัฐ มิสซูรี มาตรา 568.020 R.S.MO. บุคคลซึ่งเป็นบรรพบุรุษ หรือผู้สืบสันดานโดยสายโลหิตหรือการรับเป็นบุตรบุญธรรม ลูกเลี้ยงที่เกิดจากการแต่งงาน พี่ชาย น้องชาย หรือพี่สาว น้องสาว ร่วมบิดาหรือมารดา หรือร่วมแต่บิดามารดาเดียวกัน หรือ ลุง ป้า น้า อา หลานชาย หรือหลานสาวร่วมสายโลหิต การแต่งงาน การร่วมประเวณี การเบี่ยงเบนทางการร่วมประเวณี มีความผิดอาญาระดับ D

⁴⁸ กฎหมายอาญาของรัฐ เนวาดา NRS. มาตรา 201.180 บุคคลผู้ซึ่งอยู่ในฐานะร่วมสายโลหิตเดียวกัน การแต่งงานกันจะถือว่าเป็นโมฆะและการแต่งงาน การลักลอบได้เสียกัน การร่วมประเวณีโดยไม่แต่งงาน การเป็นคู่ เป็นความผิดทางอาญาประเภท B จำคุก 2-10 ปี และปรับสูงถึง \$ 10,000

⁴⁹ กฎหมายอาญาของรัฐ โคโลราโด C.R.S. มาตรา 18-6-301 บรรพบุรุษ หรือผู้สืบสันดาน พี่ชาย น้องชาย พี่สาว น้องสาว ร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดามารดาเดียวกัน ลุง ป้า น้า อา หลานชาย หลานสาว ร่วมสายโลหิต การแต่งงาน การล่วงล้ำทางเพศ หรือการร่วมประเวณี จะมีความผิดทางอาญาระดับ 4 จะเป็นความผิดระดับ 3 ถ้าเหยื่ออายุต่ำกว่า 10 ปี ตามมาตรา 18-6-302

⁵⁰ กฎหมายอาญาของรัฐ แคนซัส K.S.A. มาตรา 21-3602 บุคคลที่เกี่ยวข้องเป็นญาติกันทางชีววิทยา ในฐานะที่เป็นพ่อแม่ ลูก ปู่ ย่า ตา ยาย หลาน พี่ชาย น้องชาย พี่สาว น้องสาว ลูกพี่ ลูกน้อง ลุง ป้า น้า อา หลานชายหรือ หลานสาว การแต่งงาน การร่วมประเวณี การกระทำชำเราโดยฉ้อฉลผิดธรรมชาติ เป็นความผิดอาญารุนแรงระดับ 10 ขณะที่เหยื่ออายุ 18 ปี หรือมากกว่า เป็นความรุนแรงระดับ 5 หากแต่งงานกับบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี เป็นความรุนแรงระดับ 7 หากเป็นการร่วมประเวณี การชำเราโดยฉ้อฉลผิดธรรมชาติ หรือกระทำการลามกกับบุคคลอายุ 16-18 (มาตรา 21-3603)

นึ่งให้ถือตามความเป็นจริงเช่น กฎหมายอาญาของประเทศออสเตรเลีย (Section 131) ประเทศโคลัมเบีย (Section 357) ประเทศโรมาเนีย (Section 203) ประเทศอาเจนตินา (Section 122) และประเทศอิตาลี (Section 564)⁵¹ เป็นต้น

3. ความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติในประเทศฝรั่งเศส

แนวความคิดในเรื่องการห้ามไม่ให้มีการร่วมประเวณีกับบุคคลในครอบครัว หรือที่ร่วมสายโลหิตเดียวกันนั้นเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในทุกสังคม ในสมัยอดีตการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติเป็นหนึ่งในคดีอาญา และต้องได้รับการลงโทษอย่างรุนแรง เมื่อมีการปฏิวัติ ได้มีการเปิดทางให้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อลงโทษความสัมพันธ์อันเนื่องมาจากการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติ เพราะการกระทำดังกล่าวเป็นเรื่องที่เลวร้ายที่สุด ดังจะเห็นได้จากคดีของสภาแห่งปารีสเมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 1536 จนกระทั่งมีกฎหมายของวันที่ 19 – 22 กรกฎาคม และ 25 กันยายน – 6 ตุลาคม 1791 ได้ยกเลิกคดีอาญาเฉพาะที่เกี่ยวกับการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติ ตั้งแต่วันดังกล่าวการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติจึงไม่เป็นความผิดเฉพาะ โดยกฎหมายดังกล่าวได้ไปอยู่ในกฎหมายทั่วไป เรื่องการกระทำชำเราที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดต่อผู้อื่น หรือบุคคลที่สาม⁵²

RASSAT ได้กล่าวไว้ว่า การร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติไม่ได้ถูกพิจารณาให้เหมือนกับความผิดลหุโทษเสมอไป บางครั้งยังนับได้ว่าเป็นสิทธิเสรีภาพในทางเพศ ซึ่งข้อจำกัดนี้ขึ้นอยู่กับความเคารพระหว่างเพื่อนมนุษย์ด้วยกัน ตัวอย่างบางกรณีที่น่าสนใจในปี ค. ศ. 1995 คือคดีของพ่อกับลูกสาวที่บรรลุนิติภาวะหรือสามารถแต่งงานได้แล้วนั้น ซึ่งลูกสาวยังอยู่ในความควบคุมของพ่ออยู่ การกระทำเช่นนี้ตามกฎหมายยังไม่ถือว่าเป็นการทำผิดฐานร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติ เช่นเดียวกับกรณีของพี่ชายกับน้องสาวที่มีอายุ 15 ปี จึงได้มีการกล่าวว่ามีเพียงจิตวิญญาณเท่านั้นที่ถูกหมิ่นประมาทและมีการตั้งประเด็นเรื่องการห้ามด้านศีลธรรมขึ้นแต่ถึงอย่างไรเนื้อหาที่จำเป็นต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายก็คือการกระทำที่ผิดกฎหมายไม่ใช่เพียงแต่เป็นการละเมิดศีลธรรมเท่านั้น ซึ่งไม่ใช่เรื่องง่ายเลยที่จะบัญญัติเรื่องการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติเป็นกฎหมาย

⁵¹ นฤพนธ์ จ้อยทองมูล. “การกระทำความผิดทางเพศของบุคคลในครอบครัว” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544, หน้า 74.

⁵² Matalak SERAMETHAKUN LA PROTECTION DE L' ENFANT CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE : étude comparative du droit française et du droit thaïlandais [FACULTE DE DROIT ECOLE DOCTORAT ET SCIENCE POLITIQUE UNIVERSITE DES SCIENCES SOCIALES DE TOULOUSE I] 2 Mai 2001 p. 199

ตัวอย่างดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงข้อผิดพลาดบางอย่างที่เกิดขึ้นกับกฎหมายปัจจุบันซึ่งหลักการและเนื้อหา
ค่อนข้างใกล้เคียงกัน เมื่อเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและกฎหมายประเทศไทย

ในประเทศฝรั่งเศส ได้มีการแสดงให้เห็นถึงเจตนาของผู้ที่บัญญัติกฎหมายว่า ได้มีการกำหนด
ขั้นตอนการดำเนินคดีทางศาลและเหตุการณ์แวดล้อมอื่น ๆ ที่สืบเนื่องมาจากการกระทำที่เราที่เกิดจากการ
กระทำที่รุนแรง⁵³ ซึ่งสังคมฝรั่งเศสปัจจุบันเด็กวัยรุ่นอายุตั้งแต่ 18 ปี ขึ้นไปมีความอิสระในการมีคู่หรือที่
เรียกว่า “ความอิสระในการมีเพศสัมพันธ์” ค่อนข้างมากทั้งนี้สาเหตุส่วนใหญ่จะมาจากพฤติกรรมเลียนแบบ
คนรอบข้างที่เรียกว่า “แฟน” บางส่วนมาจากความอยากรู้อยากเห็น การอยากลองประกอบกับการมีอิสระ
ในทางความคิดในเรื่องที่ถูกปลูกฝังมาแต่ยังเยาว์ นอกจาก “เสรีภาพในแนวคิดเรื่องการมีเพศสัมพันธ์” ของ
ชาวฝรั่งเศส ตลอดจนการเลี้ยงดูในครอบครัวชาวฝรั่งเศสที่มักจะเป็นไปในลักษณะ “ความเท่าเทียมทางความคิด
และการแสดงออก” แล้วปัญหาความเชื่อผิดๆในเรื่อง “Secte” หรือ “นิกาย” เนื่องมาจากอิทธิพลของนิกาย
ต่าง ๆ ที่เข้ามาในประเทศฝรั่งเศสทำให้คนบางกลุ่มหลงผิด ก็เป็นอีกสาเหตุหนึ่งที่สำคัญที่ทำให้เกิดปัญหาการ
ร่วมประเวณีหรือการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กโดยบุคคลที่เป็นเครือญาติ หรือบุคคลในครอบครัวของเด็ก
ความเชื่อผิด ๆ บางประการ อาทิเช่น เชื่อว่าการร่วมประเวณีกับบุคคลที่เป็นเครือญาติ หรือคนในครอบครัว
ของตนไม่ใช่เป็นสิ่งที่ผิด โดยการตีความคัมภีร์ไบเบิลอย่างบิดเบือนไม่ถูกต้อง ทำให้คนบางกลุ่มเกิดความหลง
ผิด และ คิดว่าตนเองมีอำนาจที่จะกระทำได้นอกจากความเชื่อในเรื่อง “นิกาย” ที่นำไปสู่ปัญหาการร่วม
ประเวณีในระหว่างเครือญาติ หรือคนในครอบครัวแล้ว เรื่องของความเชื่อในอำนาจปกครองของผู้ปกครอง
บางกลุ่มที่กระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะในลักษณะของการข่มขู่ บังคับ ข่มขืนใจ หรือทำให้เชื่อ
และการไม่ได้รับการศึกษาที่ถูกต้อง หรือการขาดสติยับยั้งชั่งใจเมื่อดื่มสุรา หรือสิ่งเสพติดอย่างอื่นจนมีเม
หรือการเก็บกดทางอารมณ์แล้วมาระบายกับผู้ใกล้ชิด รวมถึงภาวะความยากจน เหล่านี้ก็มักเป็นสาเหตุของ
ปัญหาดังกล่าวได้เช่นกัน⁵⁴

การร่วมประเวณีในระหว่างบุคคลที่เป็นเครือญาติกัน มีชื่อเรียกเป็นภาษาฝรั่งเศสว่า “INCESTE”
ซึ่งกรณีที่พบบ่อยคือการกระทำระหว่างบิดากับบุตรสาว ลูก น้ำ อากับหลานสาว พี่ชายหรือน้องชายกระทำต่อ
พี่สาวหรือน้องสาว ส่วนการกระทำของมารดากับบุตรชายหรือพี่สาวต่อน้องชายจะพบน้อยกว่า ตัวอย่างเช่น
กรณีเด็กหญิงคนหนึ่งได้ถูกบิดาล่วงละเมิดทางเพศมาเป็นเวลาหลายสิบปีโดยไม่มีใครรู้ จวบจนกระทั่งเด็กหญิง
นั้นโตเป็นสาวและได้แต่งงานไป แต่บิดาก็ยังไม่หยุดกระทำการล่วงละเมิดทางเพศยังคงหาโอกาสกระทำต่อ

⁵³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 191.

⁵⁴ มาดาลักษณ์ เสรมธากุล. “การคุ้มครองเด็กจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศในประเทศฝรั่งเศส” วารสารนิติศาสตร์ .
ปีที่ 31, ฉบับที่ 3, กันยายน 2544, หน้า 643 – 644.

บุตรสาวเรื่อยมา จนกระทั่งหญิงสาวคนนั้นไม่อาจทนการกระทำนั้นต่อไปได้ ในที่สุดหญิงสาวคนนั้นก็ถูกจับในข้อหาพยายามฆ่าบิดาของตนเอง⁵⁵ ตัวอย่างดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่าปัญหาการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาตินั้นมีความสำคัญมาก กล่าวคือ นอกจากจะเป็นปัญหาของครอบครัวใดครอบครัวหนึ่งโดยเฉพาะซึ่งต้องช่วยกันแก้ไขแล้ว จะเห็นว่ายังอาจเป็นปัญหาของสังคมส่วนรวมอีกด้วย โดยอาจเป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดคดีอาชญากรรม หรือการล่อลวงเด็กหรือหญิงไปค้าประเวณีได้

ในส่วนของกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศนั้น ตามที่ได้กล่าวแล้วว่าประเทศฝรั่งเศสได้มีการยกเลิกความผิดฐานร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติไปแล้ว เนื่องจากในประเทศฝรั่งเศสจะพิจารณาโดยเน้นที่การสมัครใจยินยอมของหญิงหรือไม่ ประกอบกับพฤติกรรมความรุนแรงทางเพศเป็นสำคัญ เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสนั้นเคารพในควมมีเสรีภาพทางเพศของบุคคลที่จะมีเพศสัมพันธ์กับใครก็ได้ตามที่ใจปรารถนา แม้จะเป็นญาติของตนเองก็ตาม เนื้อหาของกฎหมายจึงพิจารณาจากความสมัครใจเป็นหลักในการวินิจฉัยว่าผิดหรือไม่ และได้กำหนดให้การกระทำชำเราต้องรับผิดเมื่อมีการกระทำโดยความรุนแรง ซึ่งเนื้อหาเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศที่มีลักษณะของความรุนแรง (Aggressive Sexual) แบ่งออกเป็น 3 ส่วน โดยมีมาตรา 222 - 22 เป็นหลักในการกำหนดนิยามที่แสดงให้เข้าใจถึงขอบเขตของคำว่า “ความรุนแรงทางเพศ” และในส่วนอื่น ๆ ได้มีการแยกความผิดเป็นฐานสำคัญไว้ดังนี้

1. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Le viol / Rape)
2. ความผิดฐานกระทำรุนแรงทางเพศ (Des autres agressions sexuelles / others Aggressions Sexualize)
3. ความผิดฐานคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment)

ในวิทยานิพนธ์นี้จะขอกกล่าวถึงเฉพาะแต่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้นเนื่องจากเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Le viol / Rape) ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 222-23 ถึงมาตรา 222 - 26 ได้ดังนี้

มาตรา 222-23 บัญญัติว่า “การกระทำชำเราไม่ว่าจะโดยวิธีการใด เมื่อได้กระทำต่อบุคคลอื่นโดยใช้ความรุนแรง ใช้กำลังบังคับโดยข่มขู่ หรือโดยผู้หนึ่งไม่อาจขัดขืนได้ ผู้กระทำต้องรับโทษฐานข่มขืนกระทำชำเรามีโทษจำคุก 15 ปี”

มาตรา 222-24 เป็นเหตุลดกรรจ์ที่ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้น มีโทษจำคุกอย่างสูง 20 ปี ซึ่งพิจารณาจากลักษณะของการกระทำ สถานะของผู้กระทำ และเหยื่อ เมื่อมีการกระทำความผิดต่อไปนี้

- เป็นการกระทำหลายครั้งที่มีการต่อเนื่องกัน

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 656 - 657.

- ได้กระทำต่อเหยื่อที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี
- ได้กระทำต่อผู้ไร้ความสามารถ (Vulnerabilite = อ่อนแอ) เช่น ผู้ที่มีความพิการทางด้านร่างกาย หรือทางสมองหรือผู้เจ็บป่วย ผู้อยู่ในระหว่างตั้งครรภ์ หรือผู้ถูกกระทำผิดรู้จักกับผู้กระทำผิด
- ได้กระทำต่อผู้สืบสันดาน ไม่ว่าจะเป็นบุตรชอบโดยกฎหมาย บุตรนอกสมรส หรือบุตรบุญธรรม หรือกระทำโดยบุคคลที่มีอำนาจอื่นใด เหนือเหยื่อ (เช่นกรณีบิดาไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งใช้อำนาจปกครองในทางความเป็นจริง)
- ได้กระทำโดยผู้ที่มีอำนาจบังคับบัญชา ตามหน้าที่เหนือเหยื่อ (เช่น กรณีนายจ้างกระทำความผิดผู้ใต้บังคับบัญชาหรือลูกจ้าง)
- ได้กระทำโดยใช้อาวุธ

มาตรา 222 – 25 เป็นเหตุฉกรรจ์ที่ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้นจำคุก 30 ปี เนื่องจากการกระทำซ้ำเร้าเช่นว่านั้น เป็นเหตุให้เหยื่อถึงแก่ความตาย

มาตรา 222 – 26 เป็นเหตุฉกรรจ์ที่ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้น คือจำคุกตลอดชีวิต ได้กระทำในลักษณะที่เป็นการทรมาน หรือโหดร้าย⁵⁶

ตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสดังกล่าวข้างต้นเพื่อที่จะจำกัดให้อยู่ภายในกฎหมายมาตรา 222 – 23 จะต้องมีการกระทำที่มีการบุกรุกเนื่องด้วยแบบใดก็ตาม ผู้ที่กระทำผิดรู้ตัวว่าตนได้ทำอะไรและมีเจตนาที่จะกระทำซ้ำเร้า การกระทำดังกล่าวต้องกระทำด้วยความรุนแรงเป็นการบังคับข่มขู่ หรือเป็นการกระทำที่ไม่บอกให้ทราบล่วงหน้า ความแตกต่างที่เห็นได้ในกฎหมายลงโทษแบบใหม่ก็คือสถานการณ์แวดล้อมของการคุกคามทางเพศที่ผู้กระทำผิดได้กระทำกับเหยื่อ และดูเหมือนว่าเป็นความตั้งใจของผู้ที่บัญญัติกฎหมายที่ได้อุทิศเวลาให้กับคำว่า การบังคับใจ หรือข่มขู่ เพื่อให้ได้ประยุกต์ใช้เมื่อเหยื่อได้ถูกคุกคามทางเพศ แต่ถึงอย่างไรเรื่องคุกคามทางเพศนั้นสร้างความกดดันทางจิตใจให้กับเหยื่อเป็นอย่างมากจึงสมควรอย่างยิ่งที่จะนำมาพิจารณา ในที่สุดก็ได้มีการยอมรับว่าคำว่าคุกคามทางเพศ นั้นก็เสมือนหนึ่งเป็นการกระทบกับความกดดันทางจิตใจ เช่นเดียวกับที่พบเห็นในกรณีของคำว่า ความสัมพันธ์ทางการร่วมประเวณีระหว่างญาติ และการร่วมประเวณี

⁵⁶ มาตราฉกรรจ์ เศรษฐาคุล. “ข้อสังเกตที่น่าสนใจจากการศึกษากฎหมายฝรั่งเศส เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศ1-2” แนวทางการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา : หมวดความผิดทางเพศ. ข้อมูลจากสถาบันกฎหมายอาญา สำนักอัยการสูงสุด.

ระหว่างญาติ ดังนั้น เห็นได้ว่าในบางครั้งความคิดเรื่องคุกคามทางเพศนั้น หมายถึง การกระทำที่เป็นการบุกรุกทางเพศโดยไม่มีความจำเป็นต้องตรวจหาร่องรอยของความรุนแรงหรือการป้องกันตัวของเหยื่อ⁵⁷

M-L. RASSAT ได้ให้คำจำกัดความคำว่า ความรุนแรงทางเพศ ว่าเป็นการกระทำที่บุคคลหนึ่งซึ่งมีพฤติกรรมทางเพศโดยธรรมชาติซึ่งทำโดยไม่ได้รับความยินยอมของเหยื่อ และผู้กระทำความผิดนี้ถือว่าเป็นการกระทำทางอาชญากรรม ซึ่งเป็นการกระทำทางเพศและบุกรุกทางเพศต่อคนแปลกหน้า หรือการข่มขู่ หรือการบุกรุกโดยไม่รู้ตัว ซึ่งสิ่งเหล่านี้ต้องถูกกำจัดไป⁵⁸

ในประเทศฝรั่งเศสนั้น ได้มีการแสดงความตั้งใจที่แท้จริงของผู้ร่างกฎหมายที่จะมีต่อความรุนแรงในการลงโทษโดยเฉพาะในกรณีการร่วมประเวณีระหว่างญาติสนิท สภาพที่บ่งบอกถึงความรุนแรงสองประการที่ได้นำมาใช้คือ อายุของเหยื่อ และลักษณะของผู้กระทำความผิด RASSAT ยังได้กล่าวอีกว่า ในกรณีที่เหยื่อที่เป็นผู้เยาว์ถูกกระทำโดยผู้สืบสายโลหิตตามกฎหมาย หรือตามความเป็นจริงบทลงโทษนั้นร้ายแรงและผู้กระทำความผิดจะต้องจ่ายเบี้ยปรับด้วย ส่วนโทษจำคุกนั้นขึ้นอยู่กับความรุนแรงที่เกิดขึ้น

แนวความคิดในเรื่องอำนาจของผู้กระทำที่มีต่อเหยื่อนั้น ไม่ได้มีอยู่ในบทลงโทษของกฎหมายประเทศไทยตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 ซึ่งได้บัญญัติแต่เพียงเรื่องสถานะของผู้กระทำความผิด เมื่อผู้กระทำความผิดเป็นผู้สืบสายโลหิตเดียวกับเหยื่อ ในการพิจารณาคดีของศาลไทยในปี ค.ศ. 1992 ได้กล่าวว่าการกระทำชำเราที่กระทำโดยพ่อเลี้ยง ไม่อาจเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 ซึ่งเป็นบทที่ว่าด้วยความรุนแรงของการกระทำชำเราที่ทำกับเหยื่อที่เป็นผู้ที่สืบสายโลหิตเดียวกัน ซึ่งเหยื่อดังกล่าวเป็นเด็กที่ถูกพ่อแม่ทอดทิ้ง แต่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้ดูแลเด็กในฐานะผู้ปกครอง กรณีดังกล่าว การกล่าวหาในเรื่องการกระทำชำเรา ที่ต้องรับโทษหนักขึ้นจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้กับพ่อเลี้ยงของเหยื่อ ซึ่งท่านรองศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ได้กล่าวว่า การตัดสินใจเรื่องนี้จะไม่มีเหตุผลเพียงพอ เนื่องจากในกรณีนี้ไม่มีใครสามารถที่จะได้รับสิทธิดูแลเด็กหรืออำนาจปกครองเด็ก ซึ่งในความเป็นจริงพ่อเลี้ยงมีอำนาจหรืออิทธิพลอย่างมากต่อเหยื่อผู้เยาว์ หรือที่เรียกว่าอำนาจของการกระทำ และการตัดสินใจของศาลในปี ค.ศ. 1995 ได้แสดงให้เห็นถึงการพิจารณาคดีของศาลที่ปฏิเสธความคิดเรื่องอำนาจของการกระทำ และยังสามารถใช้เป็นบรรทัดฐานด้วยว่า

⁵⁷ Matalak SERAMETHAKUN LA PROTECTION DE L' ENFANT CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE : étude comparative du droit française et du droit thaïlandais [FACULTE DE DROIT ECOLE DOCTORAT ET SCIENCE POLITIQUE UNIVERSITE DES SCIENCES SOCIALES DE TOULOUSE I] 2 Mai 2001, p. 192.

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 194.

เหยื่อที่เป็นลูกที่เกิดโดย นาง P. ซึ่งหญิงผู้นี้ได้มาอยู่กับผู้ต้องหาโดยไม่ได้แต่งงาน กรณีนี้การใช้อำนาจปกครองยังเป็นของนาง P. อยู่แต่เพียงผู้เดียวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1568

การแปลความคำว่าบุคคลที่มีอำนาจเป็นผู้ปกครองนั้นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 ต้องมีการแปลความโดยเคร่งครัด และอำนาจในการปกครองมิได้แต่เพียงพ่อแม่ที่ถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น ในกรณีนี้อำนาจของการกระทำได้ถูกนำมาใช้โดยพ่อเลี้ยงของเหยื่อผู้เยาว์ จึงไม่อาจนำประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 มาบังคับใช้ได้ แต่จะต้องถูกบังคับโดยประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 เช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดทางเพศต่อผู้เยาว์ในกรณีทั่วไป⁵⁹

สรุป กฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดทางเพศของประเทศฝรั่งเศส มิได้มีบทบัญญัติลงโทษการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติโดยความสมัครใจยินยอมไว้เป็นการเฉพาะ เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสได้ให้ความเคารพต่อความมีอิสระ และเสรีภาพในทางเพศอย่างมาก แต่ได้บัญญัติลงโทษการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติเฉพาะกรณีที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา โดยขอบเขตความเป็นเครือญาตินั้นครอบคลุมทั้งกรณีที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตได้แก่ กรณี บุพการีซึ่งได้กระทำต่อผู้สืบสันดาน โดยบุตรนั้นไม่ว่าจะเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือบุตรนอกสมรสก็ตาม และกรณีที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต เช่น ผู้รับบุตรบุญธรรม ได้กระทำต่อบุตรบุญธรรม หรือได้กระทำโดยบุคคลที่มีอำนาจอื่นใดเหนือเหยื่อ ซึ่งใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เช่น บิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจหมายถึง พ่อเลี้ยง หรือบุคคลที่เป็นเครือญาติ เช่น พี่ ลุง ป้า น้า อา หรือบุคคลอื่น ๆ ที่มีได้เป็นญาติกับ เหยื่อแต่ได้ใช้อำนาจปกครองเหยื่อตามความเป็นจริง เป็นต้น ซึ่งการกระทำของบุคคลดังกล่าวนี้ ถือเป็นความรุนแรง และเป็นเหตุจรรยาที่จะต้องถูกลงโทษหนักกว่าบุคคลทั่วไป ซึ่งมีปัจจัยที่สำคัญที่จะต้องพิจารณาคือ สถานะของผู้กระทำความผิด อันหมายถึงหากผู้กระทำเป็น บุพการี หรือ ผู้รับบุตรบุญธรรม หรือกระทำโดยผู้ที่มีอำนาจเหนือเหยื่อที่ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง เช่น พ่อเลี้ยง หรือ พี่ ลุง ป้า น้า อา เป็นต้น เช่นนี้กฎหมายจะลงโทษหนักกว่าบุคคลปกติที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับเหยื่อดังที่กล่าวมาแล้ว ซึ่งบทลงโทษนี้ เป็นเหตุจรรยาของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทั่วไป ซึ่งผู้กระทำดังกล่าวจะต้องถูกลงโทษหนักขึ้น โดยมีโทษจำคุกสูงสุดถึง 20 ปี ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดทางเพศมาตรา 222 – 24 ส่วนบุคคลที่เป็นเครือญาติอื่น ๆ อันมิใช่บุพการี ผู้รับบุตรบุญธรรม และไม่ได้มีอำนาจปกครองเหยื่อนั้น หากได้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเหยื่อที่เป็นญาติของตนก็จะไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นดังเช่นบุคคลที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น เว้นแต่จะได้กระทำต่อเหยื่อที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 195 – 196.

กฎหมายไทยที่ใช้บังคับเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศ กรณีความผิดฐานร่วมประเวณี ในระหว่าง เครือญาติ

ในบทนี้จะศึกษาประวัติความเป็นมา แนวความคิด บทบัญญัติของกฎหมาย เหตุผลในการกำหนด ความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติในสมัยโบราณ และการคุ้มครองป้องกันเกี่ยวกับการร่วมประเวณี ในระหว่างเครือญาติทั้งที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราและสมัครใจยินยอมตั้งแต่ในอดีตถึงปัจจุบัน

1 กฎหมายตราสามดวง

1.1. ประวัติความเป็นมาของกฎหมายตราสามดวง

ในสมัยกรุงศรีอยุธยาสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 (พระเจ้าอู่ทอง) ได้ทรงก่อตั้งอาณาจักรไทยขึ้นมาใหม่ ทรงขนานนามว่า “กรุงเทพทวารวดีศรีอยุธยา” กษัตริย์ในสมัยกรุงศรีอยุธยาจะตรากฎหมายที่เรียกว่า “พระราชสาส์น” โดยอาศัยหลักในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์กฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยามีทั้งกฎหมายสารบัญญัติ กำหนดหน้าที่ของประชาชน กฎหมายวิธีสบัญญัติในเรื่องพิจารณาตัดสินคดีและกฎหมายปกครองเป็นทำนอง รัฐธรรมนูญปกครองแผ่นดิน และในสมัยของสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 (พระเจ้าอู่ทอง) ได้มีการตราพระไอยการลักษณะฝ่าฝืนขึ้นด้วย เมื่อพุทธศักราช 1906¹ และใช้มาตลอดจนกระทั่งเสียกรุงศรีอยุธยาให้แก่พม่า ต่อมาในสมัยกรุงธนบุรีก็เป็นช่วงที่บ้านเมืองยังมีศึกสงครามอยู่ การปกครองบ้านเมืองและการตัดสินคดีความ ทั้งปวงจึงต้องประพฤติปฏิบัติไปโดยอาศัยบทกฎหมายเก่าเท่าที่มีอยู่ในเวลานั้น ต่อมาในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ปฐมกษัตริย์แห่งราชวงศ์จักรี ได้โปรดให้มีการชำระกฎหมายใหม่ เนื่องจากกฎหมายที่มีอยู่แต่เดิมนั้นมีความคลาดเคลื่อน จึงได้มีการประมวลกฎหมายตราสามดวงขึ้น เมื่อพุทธศักราช 2347 (จุลศักราช 1166) ซึ่งมีราชสีห์ 1 คชสีห์ 1 และบัวแก้ว 1 โดยรวบรวมกฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยา ลักษณะต่างๆที่กระจัดกระจายอยู่มารวมกันได้ 29 ลักษณะด้วยกัน ซึ่งรวมถึงพระไอยการลักษณะฝ่าฝืนด้วย โดยถือว่ากฎหมายตราสามดวงนี้เป็นประมวลกฎหมายในรัชกาลที่ 1²

ในที่นี้จะขอพิจารณาแต่พระไอยการลักษณะฝ่าฝืนเฉพาะบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความผิดทางเพศเรื่อง ข่มขืนกระทำชำเราและการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ

¹ เสนีย์ ปราโมช. กฎหมายสมัยอยุธยา. พระนคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดศิwap, 2510, หน้า 3.

² กรมศิลปากร. กฎหมายตราสามดวง. กรุงเทพฯ : กองวรรณคดีและประวัติศาสตร์ กรมศิลปากร, 2521, หน้า 1.

1.2. บทบัญญัติของกฎหมาย

1. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้น ในพระไอยการลักษณะผิดเมียได้ใช้คำว่า “ข่มขืนถึงชำเรา” ซึ่งการข่มขืนจนถึงชำเรานั้น กฎหมายแยกประเภทผู้เสียหายออกเป็น 2 ประเภท คือ หญิงที่เป็นภริยาผู้อื่นกับ บุตรหญิง หรือหลานหญิงของผู้อื่น ดังบทบัญญัติต่อไปนี้

มาตรา 1 ชายใดข่มขืนภริยาท่านถึงชำเราให้ไหมโดยประณมผิดเมียทวิคุณ ถ้าข่มขืนมิได้ ถึงชำเราให้ไหมโดยปรณมผิดเมีย³

มาตรา 40 พระครู ภิกษุ สามเณร ผิดเมียท่านถึงชำเราชื่อว่าปราชิก ให้สึกออกเสียแล้ว ให้ไหมโดยพระราชกฤษฎีกา⁴

มาตรา 46 เจ้าเงินก็ดี พี่น้องลูกหลานแห่งเจ้าเงินก็ดี ข่มขืนหญิงทาสถึงชำเรา หญิงร้องแรกมีสักขีพยานใช้ ท่านให้แบ่งข้าตัวหญิงนั้นเสียถึงหนึ่ง ๆ ให้มันส่งให้แก่เจ้าเงิน ถ้าจับมือถือนมกอดจูบข่มขืนไม่ถึงชำเราพิจารณาเปนสัง ให้แบ่งข้าตัวเปน 4 ส่วนลดส่วน 1 ให้แก่เจ้าเงิน 3 ส่วน ถ้ามันยอมด้วยโซ่อย่าให้แบ่งทุนเขานั้นเสียเลย ถ้ามันมีสมักอยู่ด้วยแลมันจะหย่าโซ่ มันยังหาเกิดบุตรด้วยเจ้าเงินแลพี่ น้อง ลูกหลาน แห่งเจ้าเงินไม่ จึงให้มันส่งข้าตัวจงถ้วน⁵

มาตรา 71 ชายใดข่มขืนหญิงมายถึงชำเรา ให้เอาเบี้ยในประณมผิดเมียทำ 5 ส่วน ยกเสียส่วน 1 เอา 4 ส่วน ตั้งไหมเปนสินไหมกึ่งพิไนกึ่ง ถ้าข่มขืนมิถึงชำเรา ให้ไหมกึ่งถึงชำเรา⁶

มาตรา 76 ชายใดมีเมียแล้วข่มขืนลูกสาว หลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ไหมชายนั้นกึ่งประณมผิดเมีย ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ไหมกึ่งถึงชำเรา⁷

มาตรา 77 ชายหาเมียมิได้ข่มขืนลูกสาว หลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ไหมชายนั้นกึ่งเบี้ยชายมีเมียแล้ว ถ้าข่มขืนมิถึงชำเรา ให้ไหมกึ่งถึงชำเรา⁸

³ ประมวลกฎหมาย กฎหมายตราสามดวง เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 1. พระนคร : องค์การค้ำของครุสภา ศึกษาภัณฑ์พาณิชย์, 2505, หน้า 208.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 225.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 227.

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 243.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 252.

มาตรา 78 ชายใดข่มขืนหญิงเด็กไม่รู้เดียงชามิถึงชำเรา ให้ใหม่เถ่าเบ็ยประณมผิดเมีย ถ้าข่มขืนถึงชำเราโลหิดไหลให้ใหม่เท่าเบ็ยประณมผิดเมียทวิคุณ ถ้าตบตีหญิงทำให้มีบาดเจ็บด้วย ท่านให้ใหม่ชายนั้นโดยบาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง⁹

มาตรา 88 ชายใดมิได้สู่ขอลูกสาว หลานสาวท่าน และบังอาจว่าตนเรียวแรง ผู้เดียวก็ดี ภาพเพื่อนไปด้วยก็ดี เข้ากุมเกาะเบาะจะแลง ลูกสาว หลานสาวแลเมียท่านไปด้วยแรงตน หญิงนั้นร้องแรกขัดขวาง มีคนรู้เห็นได้ยิน ข่มขืนหญิงนั้นได้ถึงชำเราก็ดี มิได้ถึงชำเราก็ดี หญิงนั้นมาหาความเป็นสัจไซ้ ให้ใหม่โดยพระราชกฤษฎีกาเดิม ถ้าข่มขืนหญิงมีบาดเจ็บไซ้ให้ใหม่โดยบาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง พวกซึ่งไปด้วยนั้นให้ใหม่ถึง ถ้าชายหลายคนข่มขืนโทรมเอาหญิงนั้นไซ้ ให้ลงโทษแก่ชายนั้นด้วยลวดหนังกล 60 ที ให้ใหม่ตามบันดาศักคิทวิคุณ เพราะมันบังอาจหยาบซ้ำต่อแผ่นดินเมืองท่าน¹⁰

มาตรา 105 ชายให้สู่ขอลูกสาว หลานสาวท่าน บิดา มานดาหญิงยินยอมให้ชายได้ ให้มีขันหมากหมั้น นัดจะทำการยังมีได้ทำการ ชายอื่นบังอาจว่าตนเรียวแรงเกาะกุมเบาะจะแลงหญิงนั้นด้วยแรงตน ข่มขืนหญิงนั้นถึงชำเราก็ดี มิได้ถึงชำเราก็ดี พิจารณาเป็นสัจไซ้ ท่านว่าล่วงพระราชอาชาความเมืองท่าน ให้ส่งหญิงนั้นให้แก่บิดา มานดาแล้ว ให้ทวนชายต้นเหตุด้วยลวดหนังก 50 ที ถ้ามีพวกไปด้วยให้ทวนกล 25 ที จงทุกคนให้ใหม่ชายต้นเหตุ โดยผิดเมียท่านในขันหมากนั้น จึงควร¹¹

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น จะเห็นว่าในพระไอยการลักษณะฝัวเมียได้มีการกล่าวถึงและแยกความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราออกเป็นหลายประเภท กล่าวคือ กรณีชายข่มขืนภริยาผู้อื่นถึงชำเราและไม่ถึงชำเรา กรณีชายข่มขืนหญิงทาส กรณีชายข่มขืนหญิงมายถึงชำเราและไม่ถึงชำเรา กรณีชายมีเมียแล้วข่มขืนบุตรสาว หรือหลานสาวของผู้อื่นถึงชำเราและไม่ถึงชำเรา กรณีชายไม่มีเมียข่มขืนบุตรสาว หรือหลานสาวผู้อื่นถึงชำเราและไม่ถึงชำเรา กรณีชายข่มขืนหญิงซึ่งเป็นเด็กไม่รู้เดียงชาถึงชำเราและไม่ถึงชำเรา และกรณีชายข่มขืนหญิงซึ่งชายอื่นได้ไปสู่ขอจากพ่อแม่ของหญิงนั้นแล้ว จากการพิจารณานั้นเห็นว่าในบทบัญญัติที่กล่าวมาข้างต้นของพระไอยการลักษณะฝัวเมีย ใช้คำว่า “ข่มขืนถึงชำเรา” ซึ่งหมายความว่าฝ่ายชายนั้นใช้กำลังบังคับจิตใจด้วยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่ง และหญิงไม่สามารถขัดขืนได้ จึงต้องยอมให้ชายร่วมประเวณี ส่วนคำว่า “ข่มขืนมิถึงชำเรา” นั้นมีความหมายตรงกันข้ามกับ “ข่มขืนถึงชำเรา” คือมีการบังคับจิตใจฝ่ายหญิงแต่มิได้มีการร่วมประเวณีกัน ไม่ว่าจะด้วยสาเหตุใดก็ตาม ซึ่งเทียบได้กับความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน ซึ่งอัตราโทษนั้นก็แตกต่างจากการข่มขืนถึงชำเรา ส่วนปัญหาเรื่อง “ความ

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 252.

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 252 – 253.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 258.

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 262.

ยินยอมนั้น” เห็นว่าความยินยอมเป็นสาระสำคัญ เพราะถ้าหญิงไม่ยินยอมแล้วการชำเรานั้น ย่อมจะเกิดจากการข่มขืนกระทำชำเรา แต่ถ้าหญิงยินยอมกฎหมายจะใช้คำเรียกเป็นอย่างอื่น เช่น ทำชู้ ทำชู้เหนือผ้า ทำชู้ผู้ชายเหนือผ้า ทำชู้นอกใจผ้า สมจร สมรัก หรือ สมะเลกัน เป็นต้น¹²

2. ความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ

ในพระไอยการลักษณะศัวมียได้บัญญัติลงโทษผู้ที่ร่วมประเวณีกับเครือญาติทั้งกรณีที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต และกรณีที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตของตน ตามบทบัญญัติดังนี้

มาตรา 35 บัญญัติว่า หลานทำชู้ด้วยเมียลูกตาปู่อาวอาน้ำที่ตนเอง มันผู้มีกัลลวกรง มันมีอาชญาแก่บาบดั่งนั้น ให้เอามันคนร้ายจำใส่ตรวน ชื่อ ตา เอาน้ำมีกสักหน้าทั้งหญิง ชาย เอาเชือกหนึ่งผูกคอเอาข้อมือดีทะเวนรอบตลาดแล้วเอาขึ้นขาหย่างยิงด้วยลูกสั้นโคค แลให้ตีด้วยลวดหนักละ 25 - 50 ทีแล้วให้ทำเปลอยเสียนอกเมืองอย่าให้คูเยื้องกัน ถ้าจะไถ่ลูกสั้นโคคมิให้ยิงเล่มละ 30000¹³

มาตรา 36 บัญญัติว่า พ่อแม่ลูกพี่น้องชายหลานตาหลานลุงน้ำหลานทำชู้กันไซ้ ให้ทำเปลอยผู้นั้นเสียนชะเล ให้เจ้าพ่อแม่พี่น้องพลเมืองท่านทั้ง 4 ประคูดูก 8 ตัว ให้พระสงฆพราหมณาจารย์สวดมนตรทำพิธีการระงับอุบาทวจันไร น้ำฟ้า น้ำฝน จังจะตกเป็นประโยชน์แก่คนทั้งหลายฝ่ายพ่อแม่พี่น้องรู้ว่าลูกหลานทำมิชอบมิได้วักกล่าวท่านว่า เลมิด ให้ลงโทษโดยโทษาณโทษ¹⁴

จากบทบัญญัติของพระไอยการลักษณะศัวมียดังที่ได้กล่าวมานั้น จะเห็นว่าได้บัญญัติห้าม และลงโทษการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติทั้งที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต และที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตด้วยความสมัครใจยินยอมทั้งสองฝ่าย โดยในกรณีที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตจะกฎหมายลงโทษผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นพ่อแม่กับลูก พี่กับน้อง ตายายกับหลาน ลุงน้ากับหลาน และผู้วิจัยเห็นว่าเมื่อพิจารณาแล้ว ถึงแม้บทบัญญัตินี้จะไม่ได้บัญญัติให้ลงโทษญาติอื่น ๆ เช่น ปู่ย่า อา ป้า หลาน ไร่ด้วยแต่ความมุ่งหมายของบทบัญญัตินี้ก็น่าจะรวมถึงความรวมถึงให้ลงโทษ การร่วมประเวณีระหว่าง ปู่ ย่ากับหลาน และป้า อา กับหลาน ด้วย และที่น่าสังเกตก็คือกฎหมายลักษณะศัวมียดังกล่าวไม่ได้ห้ามร่วมประเวณีเฉพาะกับเครือญาติที่ร่วมสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปและลงมาเท่านั้น แต่ยังห้ามเครือญาติสายข้างเคียงอีกด้วย คือห้ามการร่วมประเวณีระหว่างลุง น้ากับหลาน และก็น่าจะรวมถึงอาและป้ากับหลานด้วย ซึ่งในกฎหมายใช้คำว่า “ทำชู้” ก็แสดงว่าทั้งสองฝ่ายสมยอมหรือสมัครใจยินยอมร่วมประเวณีต่อกัน ส่วนคำว่าพี่น้องก็จะ

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 254 – 256.

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 222 – 223.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 223.

หมายความถึงเฉพาะพี่น้องร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ไม่รวมถึงลูกพี่ลูกน้องด้วยเพราะ ลูกพี่ลูกน้องอยู่ในลำดับญาติที่ห่างไกลออกไป

บทบัญญัติในมาตรา 36 นี้ไม่ได้ห้ามร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติอย่างการห้ามใช้สิทธิในกฎหมายเอกชน แต่เป็นการห้ามกระทำการที่ถือว่าเป็นความผิดในทางอาญา เนื่องจากกฎหมายลักษณะผิดเมีย ดังกล่าวนี้ได้คำนึงถึงผลเสียหายอย่างร้ายแรงที่จะเกิดแก่ประชาชนส่วนรวม และถือว่าการประพฤติดังกล่าว เป็นการกระทำที่ชั่วร้าย ซึ่งนอกจากจะลงโทษผู้กระทำผิดแล้วยังลงโทษไปถึงพ่อ แม่ พี่ น้อง ที่รู้เห็นว่าลูก หลาน หรือพี่ น้องของตนกระทำความผิดเช่นนั้นแล้วไม่ได้ว่ากล่าวห้ามปรามการกระทำนั้น โดยกฎหมายถือ เป็นการทำละเมิด ต้องรับโทษทางอาญาด้วย โดยอาจจะเปรียบเทียบได้กับความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนตาม ประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันก็ได้โดยถือว่า พ่อ แม่ พี่ น้อง นั้นช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวก หรือยุยงส่งเสริมแล้วแต่กรณี โดยในพระโอัยการลักษณะผิดเมียมาตรา 36 ดังได้กล่าวมาแล้วนั้น ได้บัญญัติห้ามก็ เนื่องจากเหตุที่คนในสมัยนั้นมีความผูกพันกับความเชื่อในสิ่งนอกเหนือธรรมชาติที่ว่าความร่วมมือประเวณีใน ระหว่างเครือญาติที่ร่วมสายโลหิตนี้ เป็นเสนียดจัญไร ซึ่งจะนำพาความวิบัติทั้งปวงมาสู่ชุมชนและบ้านเมือง ได้ การละเมิดข้อห้ามที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางเพศที่ผิดธรรมชาติมนุษย์นี้ สิ่งนอกเหนือธรรมชาติจะลงโทษ โดยอาจจะบันดาลให้เกิดความแห้งแล้ง อดอยาก หรือเกิดโรคระบาดทำให้ผู้คนในสังคมล้มตายเป็นต้น ผู้ที่ กระทำละเมิดข้อห้ามนี้ต้องถูกลงโทษอย่างรุนแรงและจะต้องถูกขับเปหิ ขับไล่ออกจากชุมชน หรือสังคมนั้น อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และจะต้องมีการจัดพิธีกรรมปัดรังควาณระงับความอุบาทว์เพื่อไล่เสนียดจัญไร และอ้อนวอนสิ่งนอกเหนือธรรมชาติให้ละเว้นการลงโทษต่อชุมชนหรือต่อบ้านเมืองของตน¹⁵ ส่วนการร่วมประเวณีกับเครือญาติกรณีที่ผู้กระทำไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตต่อกันนั้นมาตรา 35 ได้บัญญัติลงโทษผู้กระทำ ความผิดเฉพาะกรณีที่หลานกับเมียของลุง ตา ปู่ อา น้า ร่วมประเวณีต่อกัน และน้องกับเมียของพี่ร่วมประเวณีต่อกัน โดยความยินยอม ซึ่งในมาตรา 35 นี้จะลงโทษผู้ที่กระทำความผิดอย่างรุนแรงทั้งชายและหญิงเช่นเดียวกับ มาตรา 36 การร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติในกรณีที่ผู้กระทำไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตต่อกันตาม มาตรา 35 นั้นจะเห็นได้ว่าไม่รวมถึงการร่วมประเวณีระหว่างพ่อเลี้ยงกับลูกเลี้ยง และระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรม กับบุตรบุญธรรมด้วย

2. ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

¹⁵ ศรีศักร วัลลิโภดม. กฎหมายตราสามดวงกับความเชื่อของไทย. พิมพ์ครั้งแรก. กรุงเทพฯ : ด้านสุทธาภา รพิมพ์, 2545, หน้า 11 - 12.

2.1 ประวัติความเป็นมาของประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้มีพระบรมราชโองการให้ใช้ใน ปี พ.ศ. 2451 ซึ่งได้ยกร่างขึ้นตามหลักกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งถือว่าเป็นประมวลกฎหมายอาญาระบบแรกของประเทศไทย โดยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา บัญญัติไว้ในหมวดที่ 2

2.2. บทบัญญัติของกฎหมาย

1. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง

มาตรา 243 ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจา บุกเข้ากระทำการชำเราขึ้นใจหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนเอง ท่านว่าผู้นั้นข่มขืนกระทำชำเรา ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ปีหนึ่งขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำการชำเราขึ้นใจหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนเอง ท่านว่ามันข่มขืนกระทำชำเรา มีความผิด ต้องระวางโทษคุกกันกับที่ว่ามานั้น

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนชำเรานั้น มีบาดเจ็บถึงสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นตาย ท่านว่ามันผู้ข่มขืนนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง¹⁶

2. ความผิดฐานกระทำชำเราด้วยเด็กหญิง

มาตรา 244 “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 12 ขวบ ถึงหญิงนั้นยินยอมก็ตาม หรือมิได้ยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

ถ้าแลในการกระทำผิด เช่นว่ามาในมาตรานี้ เด็กหญิงที่ถูกชำเรานั้นมีบาดเจ็บอย่างสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ สามปีขึ้นไปจนถึงสิบห้าปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

¹⁶ เสถียร วิชยลักษณ์. กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. กรุงเทพฯ : นิติเวช , 2498, หน้า 110 – 111.

ถ้าเด็กหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้กระทำความผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไป จนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง” (พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2474 มาตรา 9 ให้แก่อายุในมาตรานี้เป็นสิบสามขวบ)¹⁷

1. ความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ

มาตรา 247 “ความผิดอย่างใดใดที่เข้ามาในมาตรา 243 , 244 , 245 และ 246 นั้น ถ้าผู้กระทำเป็นบิดา มารดา หรือ ปู่ ย่า ตา ยาย กี่ดี ครูบาอาจารย์ที่รับเลี้ยงผู้ถูกกระทำร้ายไว้ก็ดี เจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ปกครองรักษาผู้ถูกกระทำร้ายก็ดี ท่านว่าระวางโทษของมันผู้กระทำผิดหนักกว่าที่บัญญัติไว้ใน 4 มาตรา ที่ว่ามานั้น หนึ่งในสาม”¹⁸

ในที่นี้จะขอกล่าวเฉพาะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงและการกระทำชำเราเด็กหญิงซึ่งกระทำโดยผู้ที่เป็นเครือญาติกับเหยื่อ จะเห็นได้ว่ามาตรา 247 นี้จะบัญญัติลงโทษหนักขึ้นเฉพาะบุคคลที่เป็นเครือญาติ ที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับเหยื่อเท่านั้น ไม่รวมถึงเครือญาติผู้กระทำที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับเหยื่อด้วย และในมาตรานี้ เป็นเหตุจรรยาของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง (มาตรา 243) และความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 12 ปี (มาตรา 244) โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ ก็ตามผู้กระทำก็มีความผิดและต้องถูกเพิ่มโทษหนักขึ้น โดยประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร. ศ. 127 มาตรา 247 นั้นผู้กระทำผิดที่มีสถานะความเป็นเครือญาติที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับเหยื่อ ได้แก่ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย อันหมายถึง บุพการี ซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป และผู้ถูกกระทำร้ายตามมาตรานี้ก็คือผู้สืบสันดานซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงลงมา ได้แก่ ลูก หลาน หลาน ลื้อ และตามบทบัญญัติดังกล่าว ปู่ ย่า ตา ยาย ไม่ได้หมายความถึง ปู่ ย่า ตา ยาย ที่เป็นพี่น้องของปู่ ย่า ตา ยาย ของผู้ถูกทำร้ายด้วย

จะสังเกตได้ว่าตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 247 นี้ บัญญัติลงโทษการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตเฉพาะกรณีที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราหญิง ตามมาตรา 243 และการกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 12 ปี ตามมาตรา 244 เท่านั้น ในกรณีที่บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย เป็นผู้ข่มขืนกระทำชำเราหญิง หรือกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 12 ปี ซึ่งเป็นบุตร หลาน ของตนเอง โดยมาตรา 247 นี้ บัญญัติเพิ่มโทษแก่ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย หนักกว่าบุคคลทั่วไป หนึ่งในสาม แต่ในกรณีที่เป็นการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต นอกจากที่กล่าวมาแล้ว โดยความสมัครใจยินยอม ทั้งสองฝ่ายไม่เป็นความผิด

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 111.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 111.

สรุป

1. ตามมาตรา 247 บัญญัติลงโทษหนักขึ้นหนึ่งในสาม เฉพาะบิดา มารดา หรือ ปู่ ย่า ตา ยาย ที่เป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบุตร หรือหลานของตน หรือ กระทำชำเราบุตร หรือหลานที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปี เท่านั้น ส่วนการร่วมประเวณีกันระหว่างบิดา มารดากับบุตร หรือ ปู่ ย่า ตา ยาย กับหลาน นอกจากที่กล่าวมาแล้ว และโดยความยินยอมไม่เป็นความผิด และการร่วมประเวณีกันโดยความยินยอมในระหว่างที่กบฏหรือ ลุง ป้า น้า อา กับหลานก็ไม่เป็นความผิดด้วย¹⁹

2. ตามมาตรา 247 มิได้บัญญัติให้เพิ่มโทษหนักขึ้นแก่บุคคลที่เป็นเครือญาติที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตคนอื่นๆที่กระทำต่อเหยื่อ เช่น พี่ชายข่มขืนกระทำชำเราน้องสาว หรือกระทำชำเราน้องสาวที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปี หรือกรณีที่น้องชายไปข่มขืนกระทำชำเราพี่สาว หรือกระทำชำเราพี่สาวที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปี หรือกรณีที่ถูกสืบสันดานไปข่มขืนกระทำชำเราบุพการี หรือกรณีที่ถูก ลุง ป้า น้า อา ไปข่มขืนกระทำชำเราหลานสาว หรือกระทำชำเราหลานสาวที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปี

3. ตามมาตรา 247 มิได้บัญญัติให้เพิ่มโทษหนักขึ้นแก่บุคคลที่เป็นเครือญาติที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับเหยื่อ เช่นกรณีที่เกิดข่มขืนกระทำชำเราบุตรเลี้ยง หรือกระทำชำเราบุตรเลี้ยงที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปี หรือกรณีผู้รับบุตรบุญธรรมข่มขืนกระทำชำเราบุตรบุญธรรม หรือกระทำชำเราบุตรบุญธรรมที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปี ด้วย และการร่วมประเวณีระหว่างบิดาเลี้ยงกับลูกเลี้ยง หรือการร่วมประเวณีระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมโดยความสมัครใจยินยอมนอกจากที่กล่าวแล้วไม่เป็นความผิด

3. ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499

3.1 ประวัติความเป็นมาของประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499

ในปีพุทธศักราช 2499 ได้มีการตราพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญาขึ้น และประมวลกฎหมายอาญามีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พุทธศักราช 2500 เป็นต้นมา ซึ่ง ความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นบัญญัติอยู่ในลักษณะ 9 มาตรา 276 ถึง มาตรา 287 ซึ่งในที่นี้จะขอกล่าวเฉพาะที่เกี่ยวกับความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ คือ มาตรา 276 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง มาตรา 277 ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี และเหตุจรรยาตามมาตรา 285 ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 นี้ จะเห็นว่าไม่มีการบัญญัติความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ

¹⁹ ประสิทธิ์ พัฒนอมร. “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา” วิทยานพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522, หน้า 77.

กรณีสมัครใจยินยอมไว้โดยเฉพาะจะมีก็แต่เพียงเป็นเหตุจรรยาที่ให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นตาม มาตรา 285 ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

3.2 บทบัญญัติของกฎหมาย

1. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง

มาตรา 276 บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิง ซึ่งมีโชภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการ ใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตน เป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันถึงสี่หมื่นบาท

“ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมิหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วม กระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และ ปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

ข้อสังเกต ตามมาตรา 276 บัญญัติว่า “ผู้ใด” ไว้ในส่วนของผู้กระทำความผิดแสดงว่า นอกจากชาย จะเป็นผู้กระทำความผิดแล้ว ยังมีความหมายครอบคลุมถึงหญิงด้วย โดยอาจมีความผิดในฐานะเป็นตัวการ ร่วมกับชายผู้กระทำความผิดได้ คำว่า “ข่มขืน” หมายถึง การข่มขืนใจ คือได้กระทำชำเราโดยหญิงมิได้ สมัครใจ²⁰ หรือหญิงมิได้ยินยอมสมัครใจ²¹ ซึ่งตามความหมายในพจนานุกรมนั้น หมายถึง บังคับ, ขืนใจ, ขู่ เข็ญ²² คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) ของความผิดฐานนี้คือ เสรีภาพในทางเพศ²³ หมายความว่า ผู้หญิง ทุกคนย่อมมีเสรีภาพในการที่จะเลือกร่วมเพศกับใครก็ได้ หรือไม่ยินยอมร่วมเพศกับใครก็ได้ ตามที่ใจปรารถนาความยินยอมของหญิงจึงเป็นสาระสำคัญของความผิดฐานนี้ เพราะถ้าหญิงยินยอมแล้วย่อมไม่เป็นการข่มขืน แต่ทั้งนี้ความยินยอมจะต้องเกิดจากความสมัครใจของหญิง ถ้าหญิงยินยอมโดยไม่สมัครใจ หรือไม่อยู่ในฐานะที่จะให้ความยินยอมได้ย่อมเป็นการข่มขืน คำว่า “ยินยอม” มิได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณีรัตนโกสินทรศก 118 มาตรา 3 ได้บัญญัติว่า ชายจะผิดข่มขืนกระทำชำเราหญิงนั้น หญิงต้องมียินยอม หรือหญิงยินยอมด้วยชายขู่เข็ญ จะทำร้ายร่างกาย

²⁰ หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542, หน้า 167.

²¹ ธานินทร์ กรีวิเชียร. “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 2, ฉบับที่ 4. มีนาคม 2514, หน้า 41.

²² พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน. พ.ศ. 2525, หน้า 179.

²³ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ์. “การข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร” รหัสสาร. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527, หน้า 79.

หรือชีวิตหญิง หญิงมีความกลัวจึงยินยอม แม้ตามมาตรา 276 ประมวลกฎหมายอาญาจะไม่ได้บัญญัติ ใช้คำว่า “ยินยอม” ก็ตามแต่จากความหมายของคำว่า “ข่มขืน” ย่อมแสดงอยู่ในตัวว่าหญิงต้องมีได้ยินยอมสมัครใจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาคำจากบทบัญญัติที่ว่า “ข่มขืน...โดยขู่เจ็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” ย่อมเห็นได้ชัดว่าหญิงถูกกระทำโดยมิได้สมัครใจยินยอมทั้งนี้จึง ไม่จำเป็นต้องบัญญัติใช้คำว่า “ยินยอม” เช่นในกฎหมายเก่า

2. ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง

มาตรา 277 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และ ปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท”

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปี ถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำผิดตามวรรคแรก หรือวรรคสอง ได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิง และเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืน หรือ วัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต”

ความผิดตามที่บัญญัติในวรรคแรก ถ้าเป็นการกระทำที่ชายกระทำกับเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกัน ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำความผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป

การกระทำชำเราต่อเด็กหญิงตามมาตรา นี้ ไม่ต้องคำนึงว่าเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ แม้เด็กหญิงนั้นสมัครใจยินยอมก็เป็นความผิด²⁴ คำว่า “กระทำชำเรา” หมายความว่า การร่วมประเวณีตามธรรมชาติ²⁵ ตามพจนานุกรมได้ให้ความหมายของคำว่า “ชำเรา” หมายถึงการร่วมประเวณี และคำว่า “ร่วมประเวณี” หมายถึง เสพสังวาส หรือ เป็นการส้องเสพสังวาส หรือ ผสมเพศซึ่งกันและกันระหว่างชายและ

²⁴ คำพิพากษากาที่ 536/2528.

²⁵ กฤตชัญญ์ ศิริเขต. กฎหมายอาญา 2 ภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: หนึ่งเจ็ดการพิมพ์, 2525, หน้า 384.

หญิง ในลักษณะของการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ²⁶ ซึ่งก็หมายความว่า การร่วมเพศระหว่างชายกับหญิง โดยอวัยวะสืบพันธุ์ของชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของหญิง แม้จะเพียงเล็กน้อยก็ตาม²⁷ แม้คุณธรรมในทางกฎหมาย คือ การตัดสินใจในเรื่องเพศได้ด้วยตนเอง แต่ในการกระทำชำเราเด็กหญิงนั้นคงต้องพิจารณาไปถึงการคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดา มารดา ที่มีต่อเด็กหญิงนั้นด้วย เนื่องจากเด็กหญิงยังเป็นบุคคลที่ไร้เดียงสาจึงอาจถูกชักจูงไปในทางเสื่อมเสีย ดังนั้นกฎหมายจึงต้องการคุ้มครองเด็กหญิงในด้านการตัดสินใจ ตลอดจนคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดา มารดา ที่จะไม่ให้ถูกล่วงละเมิดจากการกระทำดังกล่าวได้²⁸ และสาเหตุที่กฎหมายไม่ถือเอาความยินยอมของเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี มาเป็นข้อสำคัญก็เพราะเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปีนี้ ถือว่ามีความอ่อนเยาว์ทั้งสภาพร่างกาย สติปัญญา จิตใจอ่อนไหวง่ายและประสบการณ์น้อยถือได้ว่ายังไม่มีความรับผิดชอบเพียงพอที่จะให้ความยินยอมและยังไม่เข้าใจถึงลักษณะของการกระทำได้

ด้วยเหตุนี้ผู้กระทำความผิดจึงไม่สามารถอ้างความยินยอมของเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี มาเป็นข้อแก้ตัวหรือเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษได้ แต่มีข้อยกเว้นคือถ้าเป็นการกระทำชำเราต่อเด็กหญิงอายุกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกันผล คือ ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ คือมีการยื่นคำร้องต่อศาลขออนุญาตให้ผู้กระทำความผิดกับเด็กหญิงนั้นสมรสกันและศาลอนุญาตให้ทำการสมรสกันในระหว่างพิจารณาคดีผู้กระทำความผิดก็ไม่ต้องรับโทษเมื่อจดทะเบียนสมรสโดยถูกต้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามมาตรา 1457 ซึ่งบัญญัติว่า “การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น” แต่ก็ยังคงถือว่าผู้กระทำความผิดมีความผิดอยู่หรือผู้กระทำความผิดกำลังรับโทษอยู่ และศาลได้มีคำสั่งอนุญาตให้ผู้กระทำความผิดกับเด็กหญิงนั้นสมรสกันได้ เมื่อมีการสมรสถูกต้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457 ดังกล่าวแล้วก็ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไปเหตุแห่งการยกเว้นโทษนี้อาจเป็นเพราะว่าตัวเด็กหญิงซึ่งเป็นผู้เสียหายเองก็สมัครใจยินยอมให้ชายผู้กระทำความผิดกระทำชำเราด้วย ดังนั้นการที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ย่อมเป็นผลดีมากกว่า โดยให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจในการอนุญาต หรือไม่อนุญาตให้ทำการสมรส ก็ได้

แต่มีข้อสังเกต คือ หากผู้กระทำความผิดเป็นเครือญาติที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับเหยื่อได้แก่บิดา ปู่ ตา พี่ชาย หรือน้องชาย ของเด็กหญิงผู้เสียหายแล้ว จะไม่สามารถสมรสกันได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457 เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1450 ระบุในเรื่อง

²⁶ จิน ดารา. “จุ่มชิ้นกระทำชำเรา” บทบัญญัติ. เล่มที่ 25 ตอนที่ 1-2. 2511, หน้า 66.

²⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133 / 2509. วินิจฉัยว่าของลับของจำเลยได้เข้าไปในของลับของผู้เสียหายราว 1 องค์กรถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราเสร็จแล้ว.

²⁸ นริศรา แดงไผ่. “การลงมือกระทำความผิด: ศึกษาเฉพาะกรณีการกระทำชำเรา” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541, หน้า 174.

เจื่อนใจของการสมรสเอาไว้ว่า “ชายหญิงซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาก็ดี เป็นพี่น้องร่วมบิดา มารดา หรือร่วมแต่บิดา หรือมารดาก็ดี จะทำการสมรสกันไม่ได้ ความเป็นญาติดังกล่าวมานี้ ให้ถือตามสายโลหิตโดยไม่คำนึงว่าจะเป็นญาติ โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ดังนั้น บิดา ปู่ ตา พี่ชาย หรือน้องชาย ของเด็กหญิง จึงไม่อาจขออนุญาตศาล เพื่อทำการสมรสกับเด็กหญิงซึ่งเป็นผู้สืบสันดาน หรือพี่ หรือน้อง ของตนเองได้ ดังนั้น จึงไม่ได้รับการยกเว้นโทษตามมาตรา ๒๗๖ ซึ่งก็เป็นการเหมาะสมดีและสอดคล้องกันทั้งกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาในการคุ้มครองเด็กหญิงและยังเป็นการคุ้มครองพันธุกรรม และศีลธรรมด้วย แต่หากผู้กระทำความผิดเป็นเครือญาติที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตซึ่งไม่ใช่บุพการี หรือพี่น้อง เช่น ลูก น้า อา หรือเป็นเครือญาติที่ไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต เช่น บิดาเลี้ยง หรือผู้รับบุตรบุญธรรม ก็สามารถขออนุญาตจากศาลเพื่อทำการสมรสได้ ซึ่งในกรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่าไม่เป็นการเหมาะสม และขัดต่อขนบธรรมเนียมประเพณีอันดีงามของไทยเรา ถือเป็นช่องว่างของกฎหมายที่ต้องทำการแก้ไข เพราะผู้กระทำความผิดนั้นเป็นเครือญาติกับเหยื่อ แม้จะสมรสกันได้ก็ตาม ก็อาจเกิดปัญหาทางพันธุกรรมได้ หากคู่สมรสมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกัน หากมีบุตรเกิดขึ้นมาแล้วก็ยังเป็นปัญหาในเรื่องการนับญาติอีกด้วย และสังคมยังคงตั้งข้อรังเกียจอยู่

มาตรา 277 ทวิ บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคแรก หรือมาตรา 277 วรรคแรก หรือวรรคสอง เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำ

1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำได้ระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำได้ระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต

มาตรา 277 ตริ บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคสอง หรือมาตรา 277 วรรคสาม เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำ

1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำได้ระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต

2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำได้ระวางโทษประหารชีวิต

มาตรา 277 ทวิและมาตรา 277 ตริ นี้ถือว่าเป็นเหตุลดโทษของมาตรา 276 และมาตรา 277 โดยกฎหมายต้องเพิ่มโทษให้หนักขึ้นก็เพื่อให้เหมาะสมกับการกระทำและผลของการกระทำ ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่รุนแรงมีผลกระทบต่อสังคม และความสงบเรียบร้อยของประชาชน

3. ความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ

ในเรื่องความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ นั้นประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ 2499 มิได้บัญญัติไว้เป็นความผิดโดยเฉพาะและครอบคลุม ดังเช่น ที่บัญญัติไว้ในพระไอยการลักษณะหัวเมียที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่ได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องนี้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม” มาตรา 285 แก้ไขโดยข้อ 10 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 88 ตอนที่ 127 หน้า 1 (ฉบับพิเศษ) วันที่ 21 พฤศจิกายน 2514) มาตรา 285 นี้เป็นเหตุเพิ่มโทษหนักขึ้น หนึ่งในสาม ถ้าได้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง (มาตรา 276) หรือกระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง อายุไม่เกิน 15 ปี (มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ) แก่ผู้สืบสันดาน ซึ่งผู้สืบสันดานหมายถึงผู้สืบสายโลหิตลงมาโดยตรงลงมา ได้แก่ ลูก หลาน เหลน ลื้อ ดังนั้นผู้กระทำความผิดดังกล่าวย่อม หมายถึง บุพการี ซึ่งหมายถึง ผู้ที่ทำการอุปการะมาก่อน ได้แก่ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ทวดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 นั้น มีข้อสังเกตดังต่อไปนี้

1. มาตรา 285 เพิ่มโทษหนักขึ้น หนึ่งในสาม เฉพาะบุพการีผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่เป็นผู้สืบสันดาน และกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ที่เป็นผู้สืบสันดานเท่านั้น หากเป็นการร่วมประเวณีกับผู้สืบสันดานที่มีอายุกว่า 15 ปี ขึ้นไป โดยผู้สืบสันดานสมัครใจยินยอมไม่ว่าจะเป็นการร่วมประเวณีระหว่าง บิดา กับบุตรสาว หรือมารดา กับบุตรชาย หรือปู่ ย่า ตา ยาย กับหลานจะไม่มี ความผิด และไม่ต้องรับโทษใด ๆ

2. มาตรา 285 บัญญัติเพิ่มโทษหนักขึ้นหนึ่งในสาม เฉพาะบุพการีที่กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่เป็นผู้สืบสันดาน แต่ไม่บัญญัติเพิ่มโทษให้หนักขึ้นหนึ่งในสามแก่ผู้สืบสันดานที่กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่เป็นบุพการีด้วยแต่อย่างใด

3. มาตรา 285 มิได้บัญญัติเพิ่มโทษให้หนักขึ้นหนึ่งในสามแก่ ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง หรือกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ที่เป็น พี่ชาย น้องชาย พี่สาว น้องสาว หรือ ลูก ป้า น้า อา หรือหลาน ด้วยแต่อย่างใด

4. มาตรา 285 มิได้บัญญัติเพิ่มโทษให้หนักขึ้นหนึ่งในสามแก่เครือญาติที่ไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับเหยื่อด้วย เช่น บิดาเลี้ยง หรือผู้รับบุตรบุญธรรม เป็นต้น ซึ่งผู้สืบสันดานตามมาตรา 285 หมายถึง

ผู้สืบสันดานตามความเป็นจริงไม่จำเป็นต้องชอบด้วยกฎหมาย เช่น เป็นบุตรแท้ ๆ²⁹ กรณีบิดาเลี้ยงข่มขืนกระทำชำเราบุตรเลี้ยงอายุไม่เกิน 15 ปี มีความผิดเพียงมาตรา 277 ไม่ถือว่ามีความผิดตาม มาตรา 285³⁰ จึงไม่อาจเพิ่มโทษบิดาเลี้ยงให้หนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรา 277 หนึ่งในสามได้ เพราะบิดาเลี้ยงนั้นมิใช่บุพการี และบุตรเลี้ยงนั้นก็มิใช่ผู้สืบสันดานของบิดาเลี้ยงด้วย และก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำแก่ผู้อยู่ในความปกครองตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ด้วย³¹ เพราะอำนาจปกครองบุตรอยู่ที่มารดาแต่หากเป็นการกระทำของผู้รับบุตรบุญธรรมแล้ว แม้จะไม่สามารถเพิ่มโทษในฐานะบุพการีได้ เนื่องจากผู้รับบุตรบุญธรรมมิใช่บุพการีตามความจริงของบุตรบุญธรรมก็ตาม แต่ก็สามารถเพิ่มโทษให้หนักขึ้นหนึ่งในสามตามมาตรา 285 ได้ โดยถือได้ว่าเป็นการกระทำต่อผู้อยู่ในความปกครอง เนื่องจากเมื่อมีการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมแล้ว บิดามารดาโดยกำเนิดได้หมดอำนาจปกครองไปนับแต่เวลาที่เด็กเป็นบุตรบุญธรรมแล้ว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598 / 28 ผู้รับบุตรบุญธรรมจึงมีอำนาจปกครองบุตรบุญธรรมตามกฎหมาย แต่หากบุตรบุญธรรมได้บรรลุนิติภาวะแล้วจะไม่สามารถเพิ่มโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามแก่ผู้รับบุตรบุญธรรมได้ เนื่องจากความปกครองสิ้นสุดลงเมื่อผู้อยู่ในปกครองบรรลุนิติภาวะแล้ว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1598 / 6

5. มาตรา 285 มิได้มีบทบัญญัติลงโทษการร่วมประเวณีกันในระหว่างเครือญาติทั้งกรณีที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต และไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต โดยการสมัครใจยินยอม ทั้งสองฝ่าย เช่น ในกรณีที่ พี่กับน้องร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดา หรือมารดา เดียวกันร่วมประเวณีกัน หรือระหว่าง ลูกพี่ น้ำ อา ร่วมประเวณีกับหลาน หรือระหว่างบิดาเลี้ยงกับลูกเลี้ยง หรือระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม ร่วมประเวณีกันเป็นต้น เอาไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด

จากบทบัญญัติของกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญาลบปัจจุบัน มิได้มีบทบัญญัติลงโทษ การร่วมประเวณีกันในระหว่างเครือญาติทั้งกรณีมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตและไม่มี ความสัมพันธ์ทางสายโลหิตโดยความสมัครใจยินยอมไว้เป็นการเฉพาะซึ่งแตกต่างจากพระไอยการลักษณะหัว เมียที่มีการบัญญัติห้ามร่วมประเวณีกันในระหว่างเครือญาติทั้ง 2 กรณีไว้เป็นการเฉพาะ แม้ในส่วนของเครือ ญาติที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต จะไม่รวมถึงบิดาเลี้ยง และผู้รับบุตรบุญธรรมก็ตาม จะมีก็แต่ มาตรา 285 ซึ่งเป็นบทเพิ่มโทษให้หนักขึ้น หนึ่งในสาม สำหรับบุพการีที่กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง หรือกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ที่เป็นผู้สืบสันดานเท่านั้น ซึ่งมีไว้เป็นบทบัญญัติกำหนดความผิด ฐานร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติเป็นการเฉพาะ ทำให้บุคคลที่เป็นเครือญาติคนอื่น ๆ ที่มิใช่บุพการีเมื่อกระทำ

²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 117 / 2534.

³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 928 / 2502.

³¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6811 / 2538.

ความผิดเช่นเดียวกับผู้ที่ เป็นบุพการีกระทำแล้วจะไม่ถูกเพิ่มโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285 เว้นแต่จะเป็นการกระทำของผู้รับบุตรบุญธรรมต่อบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ

ด้วยเหตุนี้จึงเป็นประเด็นสำคัญที่น่าจะต้องพิจารณาว่าเป็นการสมควรหรือไม่ และคงได้กล่าวไว้แล้วว่า กฎหมายของไทยสมัยก่อน ในพระไอยการลักษณะศัวเมียนั้น ได้มีบทบัญญัติห้ามร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติเอาไว้แม้จะโดยความยินยอมก็ตาม และมีการลงโทษอย่างรุนแรง เนื่องจากสมัยนั้นเคร่งครัดต่อศีลธรรมและประเพณีจึงถึงเห็นผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการทำผิดศีลธรรมและประเพณีและยังมีความเชื่อในสิ่งนอกเหนือธรรมชาติเข้ามาเกี่ยวข้องอีกด้วย ซึ่งถือว่ากฎหมายเก่าของไทยให้ความสำคัญแก่การร่วมประเวณีกัน ในระหว่างเครือญาติมาก เช่นเดียวกับกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งในหลายประเทศปัจจุบันยังมีการบัญญัติห้ามร่วมประเวณีกัน ในระหว่างเครือญาติ และมีบทลงโทษผู้ฝ่าฝืนไว้เป็นการเฉพาะต่างหาก ซึ่งต่างจากกฎหมายไทยในปัจจุบัน ไม่มีการบัญญัติความผิดฐานนี้ไว้เป็นการเฉพาะ มีแต่เป็นเหตุเพิ่มโทษเท่านั้นและยังไม่ครอบคลุมอีกด้วย ดังนั้นประเทศไทยจึงควรจะมีการบัญญัติกฎหมายให้การร่วมประเวณีกัน ในระหว่างเครือญาติเป็นความผิดและถูกลงโทษไว้เป็นการเฉพาะ และให้มีการเพิ่มโทษหนักขึ้น 1 ใน 3 แก่ผู้ที่ไปข่มขืนกระทำชำเรา บุพการี พี่ น้อง ป้า น้า อา หลาน บุตรเลี้ยง และบุตรบุญธรรมที่บรรลุนิติภาวะแล้วของตน และให้เพิ่มโทษ 1 ใน 3 แก่ผู้ที่กระทำชำเรา พี่ น้อง หลาน และ บุตรเลี้ยงของตนที่มีอายุไม่เกิน 15 ปีด้วย เพื่อให้เหมาะสมกับการกระทำความผิดและสอดคล้องกับพฤติกรรมของคนในสังคมปัจจุบัน

เมื่อพิจารณาให้ถ่องแท้จะพบว่า ปัญหาการข่มขืนกระทำชำเรา มีมาเป็นเวลานานแล้วตั้งแต่ในสมัยโบราณ เพราะมนุษย์นั้น ยังมีความต้องการที่ผูกติดอยู่กับธรรมชาติ ไม่ว่าจะในเรื่องการกินอยู่ อาศัย ขับถ่าย และสืบพันธุ์ ในบางครั้งมนุษย์ยังอาจจะทำทุกอย่าง เพื่อสนองความต้องการของตนเอง แม้จะขัดต่อศีลธรรมก็ตาม เมื่อมนุษย์อยู่ร่วมกันเป็นสังคม จึงมีปัญหาสังคมเกิดขึ้นและปัญหาสังคมในทุกยุคทุกสมัย ก็คือ การล่วงละเมิดสิทธิภาพเสรีภาพทางเพศ กล่าวคือ ปัญหาการข่มขืนกระทำชำเราต่อสตรีเพศ ไม่ว่าจะผู้ถูกกระทำนั้น จะเป็นหญิงผู้บรรลุนิติภาวะหรือเด็กหญิงไม่รู้เรื่องสักก็ตาม ประเทศไทยก็เป็นอีกประเทศหนึ่งที่ประสบกับปัญหานี้จึงมีการป้องกันและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเด็กและผู้หญิงมาตั้งแต่สมัยโบราณ โดยจะสังเกตได้จากกฎหมายของไทยตั้งแต่โบราณที่มีบทลงโทษทางอาญาผู้กระทำผิดฐานล่วงเกินบุตร ภริยาผู้อื่นในทางอนาจาร หรือประเวณี โดยถือว่านอกจากจะเป็นความผิดต่อเสรีภาพและชื่อเสียงเกียรติคุณของสตรีแล้ว ยังเป็นการล่วงละเมิดศีลธรรม ขนบธรรมเนียม ประเพณี และวัฒนธรรมอันดีงามของไทย อย่างร้ายแรงด้วย³² เช่น ในพระไอยการลักษณะศัวเมียร

³² สาริต ใซ์สถิตย์. “การป้องกันและคุ้มครองเด็กต่อการกระทำผิดฐานข่มขืน” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536, หน้า 1.

มาตรา 1 บัญญัติว่า “ชายใดข่มขืนภริยาท่านถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณมผิดเมียทวิคุณ ถ้าข่มขืนมิได้ถึงชำเรา ให้ไหมโดยปรณมผิดเมีย”

มาตรา 76 บัญญัติว่า “ชายใดมีเมียแล้วข่มขืนลูกสาว หลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ไหมชายนั้นถึงประณมผิดเมีย ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ไหมถึงถึงชำเรา”

มาตรา 77 บัญญัติว่า “ชายหาเมียมิได้ ข่มขืนลูกสาว หลานสาวท่านถึงชำเราให้ไหมชายนั้นถึงเบียชายมีเมียแล้ว ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ไหมถึงถึงชำเรา”

มาตรา 78 “ชายใดข่มขืนหญิงเดกไม่รู้เคียงยามิถึงชำเรา ให้ไหมถ้าเบียประณมผิดเมีย ถ้าข่มขืนถึงชำเราโลหิดไหล ให้ไหมเท่าเบียประณมผิดเมียทวิคุณ ถ้าตบตีหญิงทำให้มีบาดเจ็บด้วย ท่านให้ไหมชายนั้นโดยบาดเจ็บอีกโสศหนึ่ง”

ในส่วนของเด็กหรือผู้เยาว์ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะกฎหมายแต่โบราณก็มีการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่าหญิงอายุเท่าไรจะให้ความยินยอม ซึ่งทำให้การกระทำชำเราไม่มีความผิด พระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ทรงอธิบายว่า “คนที่จะเป็นผู้เมียกันได้ มิใช่จะเป็นได้เมื่ออายุเท่าไรไม่ว่า” จากข้อความดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าอายุในการให้ความยินยอมของเด็กเป็นสาระสำคัญของการสมรสเช่นกัน เพราะการอยู่กินฉันสามีภริยา ย่อมมีเรื่องสิทธิเสรีภาพทางเพศเข้ามาเกี่ยวข้อง การร่วมประเวณีกับเด็กอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดย่อมเป็นความผิด ซึ่งกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้ กล่าวว่า “เด็กไม่รู้เคียงสาในเรื่องนี้มีในลักษณะวิวาท มาตรา 11 คือ อายุต่ำกว่า 7 ขวบลงมา³³” มีข้อสังเกตว่าในพระไอยการลักษณะผู้เมีย เรื่องการข่มขืนกระทำชำเรา นั้นมิได้มีบทบัญญัติมาตราใดกล่าวถึงโทษของการข่มขืนกระทำชำเราบุตร และภริยาของตนเอาไว้เลย อาจจะเป็นเพราะมาจากสาเหตุที่ในสมัยโบราณนั้นได้ให้ความสำคัญต่ออำนาจของบิดา และสามีเป็นอย่างมาก คือเมื่อหญิงยังเป็นเด็กไม่แต่งงานต้องอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดามารดา ถ้าบิดามารดาถึงแก่ความตายอำนาจปกครองก็จะตกอยู่กับญาติผู้ใหญ่ หรือพี่ หรือสามีในกรณีที่หญิงได้แต่งงานแล้ว ส่วนเครือญาติที่ทำการข่มขืนกระทำชำเราก็คงรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราเช่นบุคคลทั่วไป ซึ่งโทษในพระไอยการลักษณะผู้เมียนั้นจะเป็นการให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเป็นหลักและการเชี่ยน

แต่นักปฎิรูปกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศได้วิจารณ์วัตถุประสงค์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราว่าแท้จริงแล้วความผิดนี้ มิได้มีขึ้นเพื่อปกป้องสตรีแต่อย่างใด แต่มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันสิทธิในทรัพย์สิน โดยองค์ประกอบความผิดที่สำคัญที่สุดอยู่ที่ การเอาไปซึ่งทรัพย์สินของชายอื่นนั่นคือลักเอาไปซึ่ง “พรหมจรรย์” ของหญิง ดังนั้นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงเน้นที่การล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2 .

ของสตรี โดยอวัยวะเพศของบุรุษ ค่านิยมนี้ได้ถ่ายทอดกันมาหลายชั่วคน โดยถือว่าชายผู้เป็นเจ้าของหญิงได้สูญเสียสิทธิผูกขาดในตัวหญิง และเป็นการทำลายเกียรติยศศักดิ์ศรีของชายผู้เป็นเจ้าของหญิง คือบิดาในกรณีที่หญิงยังมิได้สมรสและสามีในกรณีที่หญิงได้สมรสแล้ว³⁴ ในสมัยปัจจุบันนักกฎหมายกล่าวว่า วัตถุประสงค์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้นเป็นการปกป้องศักดิ์ศรีและเกียรติของผู้หญิงในเนื้อตัวร่างกายต่อการกระทำของชาย ซึ่งนักต่อสู้เพื่อสิทธิของสตรีได้ตั้งคำถามว่า ถ้าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มิใช่เพื่อป้องกันศักดิ์ศรีและเกียรติของผู้หญิงแล้วทำไมกฎหมายจึงไม่กำหนดความรับผิดในการที่สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนเอง แสดงว่ากฎหมายยังคงความคิดเดิมๆ ที่ว่าภริยาเป็นเพียง “วัตถุ” หรือ “ทรัพย์สิน” ของสามี และจะปกป้องภริยาเฉพาะการล่วงล้ำโดยใช้กำลังของชายที่มีใช้สามีเท่านั้น นักกฎหมายสตรีหัวก้าวหน้าให้ความเห็นว่า ในสมัยใหม่นี้วัตถุประสงค์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราควรจะมีคุ้มครองป้องกันสิทธิสตรี ในการมีเสรีภาพของทางเพศ กล่าวคือ มีสิทธิเลือกว่าตนจะมีความสัมพันธ์ในทางเพศกับใครเมื่อไหร่ก็ได้³⁵

ต่อมาในสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 การคุ้มครองหญิงและเด็กหญิง จากการถูกข่มขืนกระทำชำเรา ก็เพิ่มมากขึ้นโดยมีโทษหนักขึ้นกว่ากฎหมายที่ใช้อยู่แต่ก่อน ตามความเจริญของบ้านเมืองและยังคงมีการคุ้มครองหญิงและเด็กหญิง จากการถูกข่มขืนกระทำชำเรา ทั้งจากบุคคลภายนอกและผู้ที่เป็นเครือญาติ โดยการข่มขืนกระทำชำเราหญิงนั้นในประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 243 บัญญัติว่า “ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจา ขู่เข็ญกระทำชำเราจิตใจหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนเอง ท่านว่าผู้นั้นข่มขืนทำชำเราต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง ”

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราจิตใจหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนเอง ท่านว่ามันข่มขืนทำชำเรา มีความผิดต้องระวางโทษคุกกันกับที่ว่ามานั้น

ถ้าแลในการกระทำความคิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนทำชำเรานั้นมีบาดเจ็บถึงสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นตาย ท่านว่ามันผู้ข่มขืนนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

³⁴ วิชัย อริยะนนทกะ. “แนวโน้มนและข้อคิดบางประการในการปฏิรูปกฎหมายความคิดเกี่ยวกับเพศ” บทพิเศษคดี. เล่มที่ 46. ธันวาคม 2533, หน้า 83 – 84.

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 84.

และการข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิง หรือกระทำชำเราเด็กหญิงโดยเด็กหญิงยินยอมนั้นใน มาตรา 244 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 12 ขวบ ถึงหญิงนั้นยินยอมก็ตาม หรือมิได้ ยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ เด็กหญิงที่ถูกชำเรานั้นมีบาดเจ็บอย่างสาหัส ท่านว่า มันผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีขึ้นไปจนถึงสิบห้าปี แลให้ปรับตั้งแต่ ห้าสิบบาทขึ้นไป จนถึงพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลเด็กหญิงนั้นตาย ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไปจนถึง ยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง (ต่อมาพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม กฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2479 มาตรา 9 ให้แก่อายุในมาตรานี้เป็นสิบสามขวบ)

จะเห็นได้ว่ากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ในเรื่องการข่มขืนกระทำชำเรา มีการเพิ่มโทษหนัก ขึ้นกว่ากฎหมายที่ใช้มาแต่เดิมอย่างมาก คือ เพิ่มทั้งโทษจำคุกและโทษปรับด้วย โดยการข่มขืนกระทำชำเรา หญิงนั้น มีโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไปจนถึงสิบปี และยังมีโทษปรับห้าสิบบาทจนถึงห้าร้อยบาทด้วย และ หากหญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราบาดเจ็บสาหัส ต้องจำคุกตั้งแต่สองปีจนถึงสิบปีและปรับตั้งแต่ห้าสิบบาท จนถึงพันบาทด้วย และถ้าหญิงนั้นตายโทษก็จะสูงมากขึ้นไปอีก คือ จำคุกตั้งแต่ สิบสองปีจนถึงยี่สิบปีและ ปรับตั้งแต่ร้อยบาทจนถึงสองพันบาท ส่วนในกรณีเด็กหญิงนั้นในระยะแรกกฎหมายลักษณะอาญาให้ความ คุ้มครองเด็กหญิงที่มีอายุต่ำกว่าสิบสองปีลงมา โดยผู้กระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่ถึงสิบสองปีไม่ว่าจะเป็น การ ข่มขืนกระทำชำเรา หรือกระทำชำเราโดยเด็กหญิงยินยอม ก็มีโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี และ ปรับห้าสิบบาทจนถึงห้าร้อยบาทด้วย หากเด็กหญิงบาดเจ็บสาหัสจะมีโทษจำคุกตั้งแต่สามปีขึ้นไปจนถึงสิบห้า ปีและปรับห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท แต่ถ้าเด็กหญิงนั้นตายผู้กระทำต้องจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีจนถึงยี่สิบปี และปรับร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท และต่อมาได้มีการแก้ไขกฎหมายเพิ่มการคุ้มครองเด็กหญิง โดย การแก้ไขเรื่องอายุจากสิบสองขวบขยายไปเป็นสิบสามขวบ

ในส่วนของการคุ้มครองหญิงและเด็กหญิงจากการถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยเครือญาตินั้น ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 247 บัญญัติว่า “ความผิดอย่างใดใดที่เข้ามาในมาตรา 243 , 244 นั้น ถ้าผู้กระทำเป็นบิดา มารดา หรือ ปู่ ย่า ตา ยาย... ท่านว่าระวางโทษของมันผู้กระทำผิดหนักกว่าที่ บัญญัติไว้ในมาตราที่ว่ามานั้นหนึ่งในสามส่วน” จะเห็นได้ว่ากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้นคุ้มครอง หญิงและเด็กหญิงเพิ่มขึ้นกว่ากฎหมายเดิม คือนอกจากจะมีการคุ้มครองป้องกันการข่มขืนกระทำชำเราจา บุคคลภายนอกทั่วไปแล้ว ยังมีการคุ้มครองป้องกันการข่มขืนกระทำชำเราจากบุคคลที่เป็นเครือญาติด้วย โดยมี

การกำหนดเพิ่มอัตราโทษให้หนักขึ้นกว่าบุคคลทั่วไปหนึ่งในสามส่วน หากบิดา มารดา หรือ ปู่ ย่า ตา ยาย กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงตามมาตรา 243 หรือกระทำชำเราเด็กหญิงตามมาตรา 244 ที่เป็น ผู้สืบสันดาน แต่จะสังเกตได้ว่าในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 247 นี้ก็ไม่ได้บัญญัติให้เพิ่มโทษ เครื่องอาญาอื่น ๆ ที่กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง หรือกระทำชำเราเด็กหญิงด้วย

ต่อมาในสมัยใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 จนถึงปัจจุบันก็ยังมีการคุ้มครองหญิงและ เด็กหญิงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือกระทำชำเราทั้งจากการกระทำของบุคคลภายนอก และการ กระทำของบุคคลที่เป็นเครือญาติอยู่เช่นเดียวกับในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แต่มีการคุ้มครอง เด็กหญิงเพิ่มขึ้น คือขยายอายุเด็กหญิงขึ้นไปเป็นไม่เกินสิบห้าปี และมีบทลงโทษในอัตราที่สูงกว่าด้วย แต่ก็ ยังไม่มีการคุ้มครองเด็กหญิงและหญิง จากการกระทำของบุคคลที่เป็นเครือญาติใกล้ชิดอื่น ๆ นอกจากบุพการี โดยไม่มีการเพิ่มโทษ เช่น พี่ น้อง ลุง ป้า น้า อา ที่กระทำความผิดทางเพศต่อหญิงหรือเด็กหญิงที่เป็นญาติ ของตน รวมถึงไม่เพิ่มโทษ 1 ใน 3 แก่กรณีที่พ่อเลี้ยงได้กระทำต่อลูกเลี้ยง และผู้รับบุตรบุญธรรมกระทำต่อ บุตรบุญธรรมด้วย เว้นแต่กรณีกระทำต่อบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ในฐานะที่เป็นผู้ปกครองได้กระทำ ต่อผู้อยู่ในความปกครอง ซึ่งเป็นเรื่องชี้ให้เห็นถึงความบกพร่องทางกฎหมายในการคุ้มครองป้องกันเมื่อ พิจารณาจากสถิติอาชญากรรมที่ผ่านมามีร้อยละ 80 ของผู้กระทำความผิดเป็นเครือญาติของเหยื่อเอง ที่พบ บ่อยมากคือพ่อเลี้ยง บิดา พี่ น้อง ปู่ อา ตา น้า เป็นต้น โดยอายุเฉลี่ยของหญิงผู้เสียหาย ส่วนใหญ่มักเป็น เด็กอายุระหว่าง 1 - 15 ปี³⁶

ประมวลกฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติในการคุ้มครองชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง และ ทรัพย์สินของบุคคลทั่วไป การร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติในกรณีที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราหญิงและ กระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งกระทำโดยญาติสนิทร่วมสายโลหิตนั้น มีบัญญัติอยู่ในประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 285 ว่า “ถ้าการกระทำผิดตาม มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรืออยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือ ในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม” ในส่วนที่เกี่ยวกับ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงหรือกระทำชำเราเด็กหญิง อายุไม่เกิน 15 ปี นั้น ได้แก่ มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ

มาตรา 276 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิง ซึ่ง มิใช่ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืน

³⁶ กลุ่มเพื่อนหญิง. ปัญหาในการละเมิดสิทธิทางเพศ. หน้า 7-9.

ได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท”

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมี หรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปี ถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

มาตรา 277 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือกระทำชำเราเด็กหญิง อายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึง สี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก หรือวรรคสอง ได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมเด็กหญิงและเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคแรก ถ้าเป็นการกระทำที่ชายกระทำต่อเด็กหญิง อายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปีโดยเด็กหญิงนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป

มาตรา 277 ทวิ “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคแรก หรือมาตรา 277 วรรคแรก หรือวรรคสอง เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำ”

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต

มาตรา 277 ตริ ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคสอง หรือมาตรา 277 วรรคสาม เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำ

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต

ความผิดทางเพศที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น หากได้กระทำโดยบุพการี ซึ่งหมายถึง บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ทวด และผู้ถูกกระทำร้าย คือผู้สืบสันดาน อันได้แก่ ลูก หลาน เหลน ลื้อ ตามประมวล

กฎหมายอาญามีการคุ้มครอง คือบุพการีจะต้องได้รับโทษหนักกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ก็ต้องรับโทษหนักกว่าบุคคลทั่ว ๆ ไปจะสังเกตได้ว่ากฎหมายอาญาคู่ครองหญิงและเด็กหญิงอายุ ไม่เกิน 15 ปี โดยเพิ่มโทษเฉพาะที่เป็นการกระทำความผิดของบุพการีต่อผู้สืบสันดานเท่านั้น แต่ไม่ได้คุ้มครองถึงการกระทำของเครือญาติคนอื่น ๆ ที่กระทำต่อกัน เช่น พี่กระทำต่อน้อง น้องกระทำต่อพี่ ลุง ป้า น้า อา กระทำต่อหลาน หรือบิดาเลี้ยงกระทำต่อลูกเลี้ยง ผู้รับบุตรบุญธรรมกระทำต่อบุตรบุญธรรม หรือการกระทำของผู้สืบสันดานต่อบุพการีแต่อย่างใด ดังนั้นการคุ้มครองในเรื่องเพิ่มโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 นี้ ผู้ศึกษาเห็นว่ายังไม่เหมาะสมและครอบคลุมเพียงพอ สมควรต้องมีการแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติมให้คุ้มครองมากขึ้นและครอบคลุมผู้กระทำที่เป็นเครือญาติทุกคนด้วย นอกจากวิธีการในการเพิ่มโทษผู้กระทำให้หนักขึ้นกว่าบุคคลทั่วไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ที่ใช้คุ้มครองหญิงและเด็กหญิงดังกล่าวมาแล้ว จากการศึกษาพบว่าประมวลกฎหมายอาญา ยังมีวิธีการที่ใช้คุ้มครองผู้เสียหายได้เป็นอย่างดีอีกดังนี้

1. การเพิ่มโทษผู้กระทำความผิดซ้ำตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 92 และมาตรา 93 ซึ่งพอสรุปหลักการได้ดังนี้

มาตรา 92 บัญญัติว่า “ผู้ใดต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก ถ้าและได้กระทำความผิดใด ๆ อีกในระหว่างที่จะต้องรับโทษอยู่ก็ดี ภายในเวลา 5 ปี นับแต่วันพ้นโทษก็ดี หากศาลจะพิพากษาลงโทษครั้งหลังถึงจำคุก ก็ให้เพิ่มโทษที่จะลงแก่ผู้นั้น หนึ่งในสามของโทษที่ศาลกำหนดสำหรับความผิดครั้งหลัง”

มาตรา 92 วางหลักในการเพิ่มโทษที่จะลง หนึ่งในสาม ไว้ในกรณีดังนี้

ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก

กระทำความผิดใด ๆ ก็ได้ขึ้นอีกในระหว่าง

ก. ยังต้องรับโทษอยู่ หรือ

ข. ภายในเวลา 5 ปี นับแต่วันพ้นโทษ

ศาลจะพิพากษาลงโทษครั้งหลังถึงจำคุก

1. ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก

หลักในข้อ 1 ที่ว่าต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุกนั้นหมายความว่า ผู้นั้นต้อง รับโทษจำคุกจริง ๆ ไม่ใช่รอการกำหนดโทษ หรือรอการลงโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ด้วยเหตุนี้ หากผู้กระทำได้กระทำความผิดซ้ำขึ้นอีกในระหว่างที่รอการลงโทษจำคุกไว้นั้นจะเพิ่มโทษตามมาตรา 92 ไม่ได้ (ฎีกาที่ 786/2502) และเมื่อครบกำหนดรอการลงโทษแล้วก็ไม่ถือว่าเป็นการพ้นโทษกล่าวคือ วันครบกำหนดรอการลงโทษมิใช่วันพ้นโทษตามมาตรา 92 หากมีการกระทำความผิดอีกภายในเวลา 5 ปี ก็จะเพิ่มโทษไม่ได้ (ฎีกาที่ 2104 / 2511) คำพิพากษาลงโทษจำคุกนั้นจะต้องถึงที่สุด โดยไม่มีการอุทธรณ์ ฎีกาต่อไปแล้ว

ข้อสังเกต

คำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกนั้น น่าจะต้องเป็นการกระทำผิดในทางอาญา ถ้าเป็นเพราะกระทำ ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 33 ซึ่งไม่ใช่การกระทำ ความผิดอาญาที่ไม่น่าถือว่าได้รับโทษจำคุก จึงไม่ควรได้รับการเพิ่มโทษในความผิดครั้งหลัง และคำพิพากษา ถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุกนี้ ต้องหมายถึง คำพิพากษาของศาลไทยเท่านั้น ไม่รวมถึง คำพิพากษาของศาลใน ต่างประเทศด้วย

2. กระทำความผิดใด ๆ ขึ้นอีกในระหว่างที่ยังต้องรับโทษอยู่ หรือภายในเวลา 5 ปี นับแต่วันพ้น โทษ

การกระทำความผิดใดๆขึ้นอีกใน “ระหว่างที่ยังต้องรับโทษ” อาจเกิดในกรณีที่อยู่ในระหว่างการ พักการลงโทษจำคุกตาม ป.วิ.อ. มาตรา 246 หรือระหว่างที่ยังหลบหนีการลงโทษอยู่ก่อนล่วงเลยการลงโทษ ตาม มาตรา 98 หรือกระทำความผิดในระหว่างรับโทษจำคุกอยู่ในเรือนจำ (ฎีกาที่ 308 / 2506)

ได้กล่าวมาแล้วว่า “ระหว่างต้องรับโทษ” นั้น หมายถึงช่วงระยะเวลาก่อนล่วงเลย การ ลงโทษตามมาตรา 98 ด้วย เพราะฉะนั้นหากมีการกระทำความผิดอีกภายในกำหนดเวลาก่อนล่วงเลยการ ลงโทษ ตามมาตรา 98 ก็ถือว่าเป็นการกระทำความผิดใน “ระหว่างยังต้องรับโทษอยู่” ตามความหมายของ มาตรา 92 เช่นกัน”

ตัวอย่าง นาย ก. เคยต้องคำพิพากษาคดีข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ศาลพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษ จำคุก 1 ปี ซึ่งขณะกระทำความผิด นาย ก. อายุ 20 ปี นาย ก. หลบหนีไปก่อนจะได้รับโทษจำคุก ต่อมาอีก 4 ปี นับแต่วันมีคำพิพากษาถึงที่สุด นาย ก. ได้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิง ข. อีกศาลพิพากษา ลงโทษจำคุก 2 ปี เช่นนี้จะเพิ่มโทษ นาย ก. 1 ใน 3 ตามมาตรา 92 ได้ เพราะถือว่านาย ก. กระทำความผิดใน ระหว่างยังต้องรับโทษอยู่

3. ศาลจะพิพากษาลงโทษครั้งหลังถึงจำคุก

คำพิพากษาครั้งหลังนี้แม้จะพิพากษาเกิน 5 ปี นับตั้งแต่วันพ้นโทษในคดีก่อนก็เพิ่มโทษตามมาตรา 92 ได้ เพราะถือหลักการกระทำผิดครั้งหลังจะต้องเกิดขึ้นภายในเวลา 5 ปี นับแต่วันพ้นโทษคดีก่อนเท่านั้น ศาลในคดีหลังจะพิพากษาเมื่อไหร่ไม่ใช่เรื่องสำคัญ

การกระทำความผิดครั้งหลังนี้จะต้องเกิดขึ้นเมื่อศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุกในคดีก่อนมาแล้ว

วิธีการเพิ่มโทษหนึ่งในสาม

ให้ศาลกำหนดโทษจำคุกตามความผิดที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก่อน แล้วจึงคำนวณเพิ่มขึ้นหนึ่งในสามจากกำหนดโทษที่จะลงนั้น มิใช่เพิ่มหนึ่งในสาม จากอัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายสำหรับความผิดนั้น

มาตรา 93 บัญญัติว่า “ผู้ใดต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก ถ้าและได้กระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดที่จำแนกไว้ในอนุมาตราต่อไปนี้ซ้ำในอนุมาตราเดียวกันอีกในระหว่าง ที่ยังจะต้องรับโทษอยู่ก็ดี ภายในเวลา 3 ปี นับแต่วันพ้นโทษก็ดี ถ้าความผิดครั้งแรกเป็นความผิดซึ่งศาลพิพากษาลงโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 6 เดือน หากศาลจะพิจารณาลงโทษครั้งหลังถึงจำคุก ก็ให้เพิ่มโทษที่จะลงแก่ผู้นั้นถึงหนึ่งของโทษที่ศาลกำหนดไว้สำหรับความผิดครั้งหลัง...

(9) ความผิดเกี่ยวกับเพศตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 ถึงมาตรา 285
หลักในมาตรา 93 แยกได้ดังนี้

1. ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 6 เดือน
2. กระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดซ้ำในอนุมาตราเดียวกันอีกในระหว่าง
ก.ยังต้องรับโทษอยู่ หรือ
ข.ภายในเวลา 3 ปี นับแต่วันพ้นโทษ
3. ศาลจะพิพากษาลงโทษครั้งหลังถึงจำคุก

ข้อสังเกต

(1) หากความผิดทั้งสองครั้งอยู่ในอนุมาตราเดียวกันของมาตรา 93 แล้วแม้จะเป็นความผิดต่างมาตรากัน เช่น ครั้งแรกผิดฐานลักทรัพย์ ตามมาตรา 334 ครั้งหลังผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ตามมาตรา 358 ก็อยู่ในเกณฑ์การเพิ่มโทษตามมาตรา 93 เพราะอยู่ในอนุมาตรา 13 ของมาตรา 93 เช่นกัน

(2) หากในคดีแรกเป็นการกระทำความผิดต่อทรัพย์ เช่น ชิงทรัพย์ ซึ่งมีการกระทำหลายอัน คือลักทรัพย์ และใช้กำลังประทุษร้าย และศาลลงโทษฐานชิงทรัพย์ โดยมีได้ลงโทษฐานทำร้ายร่างกาย ในคดีหลังเป็นการกระทำความผิดต่อร่างกายเช่นนี้ จะเพิ่มโทษตามมาตรา 93 มิได้ แต่คงเพิ่มโทษตามมาตรา 92 ได้อยู่แล้ว (ฎีกาที่ 741/ 2507)

(3) หากศาลพิพากษาลงโทษครั้งหลังเป็นโทษประหารชีวิต ก็จะเพิ่มโทษอีกไม่ได้ (ฎีกาที่ 3279 / 2528)³⁷

สำหรับประเทศไทยการกักขังเป็นโทษอย่างหนึ่งตามมาตรา 18 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ส่วนการกักกันเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยซึ่งมิใช่โทษ ตามมาตรา 39 แห่งประมวลกฎหมายอาญา โทษกักขังนั้น ศาลอาจใช้กับผู้กระทำซึ่งต้องโทษจำคุกและในคดีนั้น ศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 3 เดือน ถ้าหากไม่ปรากฏว่าผู้นั้นได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือปรากฏว่าได้รับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษในความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ศาลจะพิพากษาให้ลงโทษกักขังไม่เกิน 3 เดือน แทนโทษจำคุกก็ได้ สถานที่กักขัง อาจเป็นที่อาศัยของผู้กระทำผิดหรือผู้อื่นที่ยินยอมรับผู้กระทำความผิดไว้ หรือสถานที่อื่นที่กักขัง ซึ่งมีไข้เรือนจำ ทั้งนี้แล้วแต่ความเหมาะสมกับประเภท หรือสภาพของผู้กระทำความผิดที่ถูกกักขัง หากผู้ถูกกักขังฝ่าฝืนระเบียบข้อกำหนด หรือเงื่อนไขที่ศาลกำหนดไว้ ศาลอาจเปลี่ยนโทษกักขังเป็นโทษจำคุก มีกำหนดเวลาตามที่เห็นสมควร แต่ต้องไม่เกินกำหนดเวลาของโทษกักขังที่จะได้รับต่อไป ฉะนั้นจะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญาศาลจะพิพากษากักขัง เฉพาะในกรณีที่ศาลจะลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดไม่เกิน 3 เดือน แต่ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 และความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง ตามมาตรา 277 ที่ผู้กระทำเป็นบุพการีซึ่งต้องเพิ่มโทษหนึ่งในสาม ตามมาตรา 285 หรือ การข่มขืนกระทำชำเราของเครือญาติสนิทร่วมสายโลหิตนั้น กฎหมายกำหนดโทษขั้นต่ำไว้สูงกว่า 3 เดือน ศาลจึงไม่อาจใช้โทษกักขังแก่ผู้กระทำความผิดดังกล่าวมาแล้วได้ เพราะเกินอำนาจของศาล ที่จะใช้โทษกักขัง

การคุ้มครองทางกฎหมายในเรื่องโทษดังได้กล่าวมาแล้วนี้ เป็นมาตรการที่ดีและเหมาะสม เนื่องจากการเพิ่มโทษตามมาตรา 285 อาจยังไม่เพียงพอให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวหรือเจ็ดหลาบ โดยที่หากยังมีการกระทำความผิดซ้ำอย่างเดียวกันอีก ผู้กระทำความผิดซ้ำก็就会被เพิ่มโทษเพิ่มขึ้นจากเดิมอีก ซึ่งหากเป็นกรณีความผิดเกี่ยวกับเพศไม่ว่าเป็นมาตรา 276 หรือมาตรา 277 ที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุพการีซึ่งจะต้องถูกเพิ่มโทษหนึ่งในสาม ตามมาตรา 285 แล้วหากมีการกระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก แล้วเข้าหลักเกณฑ์ ของมาตรา 93 ก็จะต้องถูกเพิ่มโทษอีกถึงหนึ่งของโทษที่ศาลจะกำหนดลงในครั้งนี้ ซึ่งก็เป็นการเหมาะสมดี แต่ก็มิใช่หนทางแก้ไขปัญหาที่ถูกต้องและให้หมดไปเสียทีเดียว ควรจะมีมาตรการอื่นมาช่วยกันไม่ว่าทางแพ่งหรือกฎหมายอื่น ๆ

³⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542, หน้า 615 – 619.

2. วิธีการเพื่อความปลอดภัย

หลักในเรื่องวิธีการเพื่อความปลอดภัย บัญญัติในหมวดที่ 3 ส่วนที่ 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญามี 5 วิธี ตามมาตรา 39

มาตรา 39 “วิธีการเพื่อความปลอดภัย” มีดังนี้

- (1) กักกัน
- (2) ห้ามเข้าเขตกำหนด
- (3) เรียกประกันทัณฑ์บน
- (4) คຸ້ມตัวไว้ในสถานพยาบาล
- (5) ห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง

วิธีการเพื่อความปลอดภัยมิใช่โทษทางอาญาแต่เป็นการป้องกันอันตรายให้แก่ทรัพย์หรือบุคคลเป็นการทั่วไป โดยบุคคลที่ถูกใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ที่ศาลพิพากษาว่ามีความผิดเพียงแต่ผู้นั้นอาจจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์ของผู้อื่น เป็นบุคคลที่เป็นอันตรายต่อสังคมก็อาจใช้วิธีการดังกล่าวเพื่อประโยชน์แก่สังคม โดยวิธีการเพื่อความปลอดภยนั้นเป็นมาตรการที่รัฐนำมาใช้ก่อนที่จะมีการกระทำความผิด หรือมีการกระทำความผิดแล้วไม่ให้กลับมากระทำความผิดอีก

ดังนั้น หากมีการนำวิธีการเพื่อความปลอดภยมาใช้ให้เป็นประโยชน์ในทางปฏิบัติที่เป็นรูปธรรมชัดเจนขึ้นก็จะสามารถคุ้มครองความปลอดภัยของผู้หญิงและเด็กหญิงจากการล่วงเกินทางเพศโดยบุคคลที่เป็นเครือญาติได้มากขึ้น เช่นบิดาทารุณโหดร้าย หรือล่วงละเมิดทางเพศต่อบุตร ศาลอาจจะควบคุมผู้กระทำความผิดติดนิสั้ไว้ในภายในเขตกำหนดเพื่อป้องกันการทำร้ายขึ้นอีก หากบุคคลดังกล่าวถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุก ไม่นต่ำกว่า 6 เดือนมาแล้ว ไม่น้อยกว่า 2 ครั้ง ในความผิดซึ่งกฎหมายกำหนดไว้เช่นทำร้ายร่างกายบุตร ช่มชู้บุตร เป็นต้น หรืออาจเป็นการห้ามเข้าเขตกำหนด คือห้ามมิให้เข้าไปในบ้าน หรือสถานที่ที่จะเข้าไปแล้ว อาจเป็นอันตรายต่อเด็กหญิงและผู้หญิงที่เป็นบุตรหรือญาติกับผู้นั้น หากศาลเห็นสมควรเพื่อความปลอดภยไม่ว่าจะมีคำขอหรือไม่ ศาลอาจสั่งในคำพิพากษาว่าเมื่อพ้นโทษแล้ว ห้ามมิให้ผู้กระทำความผิดเข้าเขตที่ศาลกำหนดไม่เกินกำหนด 5 ปี หรือให้จำเลยทำทัณฑ์บนไว้ ภายในกำหนดจำนวนเงินไม่เกินกว่า 5,000 บาท ว่าผู้นั้นจะไม่ ก่อเหตุร้ายดังกล่าว ภายในเวลาที่ศาลกำหนดแต่ไม่เกิน 2 ปี กรณีที่ศาลไม่ลงโทษผู้ที่ถูกฟ้องแต่ศาลมีเหตุอันควรเชื่อตามข้อเสนอของพนักงานอัยการว่า ผู้ถูกฟ้องน่าจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายแก่บุคคลในครอบครัว หรือกรณีผู้ทำร้ายมีจิตบกพร่อง จิตฟั่นเฟือน หรือเป็นโรคจิต แม้ผู้ทำร้ายจะไม่ต้องรับโทษ หรือได้รับการลดโทษก็ตามศาลอาจใช้วิธีการเพื่อความปลอดภยในการคุ้มครองหญิง หรือเด็กหญิง

ไม่ให้ผู้ที่มิจิตบพร่องกลับไปทำร้ายได้อีก หากศาลเห็นว่าการปล่อยตัวผู้ที่มิจิตบพร่องไปจะทำให้เกิดความไม่ปลอดภัย ศาลอาจจะให้ส่งไปควบคุมไว้ในสถานพยาบาลเพื่อทำการบำบัดรักษาได้

จากที่กล่าวมาแล้วจะเห็นว่า วิธีการเพื่อความปลอดภัยเป็นวิธีการคุ้มครองที่ดีทางหนึ่ง ซึ่งแม้การกระทำผิดยังไม่เกิดขึ้น และยังไม่มีการได้รับความเสียหาย เพียงแต่มีแนวโน้มว่าผู้ใดจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายแก่บุคคล หรือทรัพย์สิน ของผู้อื่นก็สามารถใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยได้แล้ว ถือว่าเป็นมาตรการทางกฎหมายที่ดีที่ช่วยให้สังคมเกิดความสงบเรียบร้อย เป็นการป้องกันปัญหาอาชญากรรมทางเพศในอนาคตได้ โดยเฉพาะปัญหาการร่วมประเวณีกับเด็กหญิง หรือการข่มขืนกระทำชำเราหญิง โดยบุคคลที่เป็นเครือญาติของหญิงหรือเด็กหญิงนั้น ซึ่งปัญหาดังกล่าวถือว่าเป็นอาชญากรรมที่สำคัญมากปัญหาหนึ่ง

3. การคุมประพฤติ

วัตถุประสงค์ของการลงโทษในสมัยโบราณจนถึงศตวรรษที่ 19 เป็นการทดแทนความผิด ความชั่ว ที่ผู้กระทำผิดได้กระทำ ทำให้ผู้กระทำผิดเกิดความเข็ดหลาบ และไม่ให้เป็นเยี่ยงอย่างแก่คนอื่น ๆ ด้วยวิธีการลงโทษอย่างโหดร้ายและรุนแรง เช่น ตาต่อตา ฟันต่อฟัน เป็นต้น แต่ทุกวันนี้เนื่องจากสภาพสังคมได้เปลี่ยนแปลงไป ทำให้เรามองการลงโทษกว้างกว่าเดิม โดยมองว่าการลงโทษควรเป็นไปเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดให้กลับตัวเป็นคนดี เป็นบุคคลที่มีค่าทั้งต่อตนเอง ครอบครัว และสังคมโดยส่วนรวมมิใช่เป็นการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นแต่เพียงอย่างเดียว

การคุมความประพฤติพัฒนาขึ้นมาจากแนวความคิดนี้ โดยมีความมุ่งหมายที่จะแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดในชุมชนให้กลับตัวเป็นคนดี เป็นการหลีกเลี่ยงวิธีการจำคุก ซึ่งอาจทำให้ผู้กระทำผิด มีมลทินติดตัวไปตลอดชีวิตหรือกลายเป็นบุคคลที่สังคมไม่พึงปรารถนา

การคุมความประพฤติทำให้ผู้กระทำผิดใช้ชีวิตร่วมกับครอบครัวได้ตามปกติ สามารถประกอบการทำงานหาเลี้ยงตนเองและครอบครัว นอกจากนี้ยังเป็นการปกป้องสังคมจากอาชญากรรมและลดค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับราชทัณฑ์ได้เป็นจำนวนมาก

วิธีการคุมความประพฤติเป็นวิวัฒนาการอย่างหนึ่งของระบบการศาล ซึ่งได้นำมาใช้ตั้งแต่ศตวรรษที่ 17 ในสมัยก่อนหน้านั้นขึ้นไปผู้กระทำผิดจะถูกจับตัวมาลงโทษให้สาสมกับความผิดนั้น เพื่อเป็นการแก้แค้น เป็นการชดใช้ เพื่อชดเชยหรือบรรเทาความเสียหายแก่ผู้ได้รับความเสียหายและช่วยให้เขาได้รับความพึงพอใจพร้อมกันด้วย เมื่อการลงโทษมีจุดมุ่งหมายไปในทางตอบแทน แก้แค้นเช่นนี้ จึงไม่เกิดความคิดที่จะผ่อนปรนปรานีแต่อย่างใด ฉะนั้นจึงปรากฏว่าผู้ที่ถูกจำคุก ออกมาแล้วไม่อาจกลับตัวเป็นคนดีได้แต่กลับประพฤติผิดมากขึ้น จากปรากฏการณ์เช่นนี้ได้กระตุ้นให้เกิดแนวคิดที่ว่า ปรัชญา แนวความคิด ตลอดจน

วิธีการที่แล้วมา ไม่สามารถช่วยเหลือ ผู้กระทำความผิดให้กลับตัวได้ จึงได้เริ่มมีการเปลี่ยนแปลง ปรัชญา แนวคิด และทัศนคติดังกล่าว โดยอาศัยหลักการและเหตุผลคือ

1. ลดความเชื่อในการลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิด และความรุนแรงของตัวบทกฎหมายในเรื่องการลงโทษผู้กระทำความผิด
2. ตระหนักถึงผลการลงโทษจำคุกว่าทำให้นักโทษเป็นจำนวนมากเลวลง และเกิดผลเสีย ยิ่งกว่าการปล่อยตัวไป
3. มีแนวความคิดว่าควรจะศึกษาผู้กระทำความผิดทุกคนเป็นรายบุคคล เพื่อจะได้เป็นแนวทางแก้ไขให้สามารถปรับตัวเข้ากับสถานการณ์ หรือสิ่งแวดล้อมของแต่ละคนแทนการจำคุกก่อนตัดสิน
4. กระตุ้นให้ชุมชนตระหนักถึงความรับผิดชอบของชุมชนต่ออาชญากรรม และสาเหตุแห่งอาชญากรรม การเปลี่ยนแปลงความเชื่อและปรัชญาดังกล่าว เป็นผลให้เกิดกระบวนการในการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดโดยใช้วิธีอบรมบ่มนิสัยและจิตใจให้มีผู้ควบคุมเป็นพี่เลี้ยงคอยช่วยเหลือแนะนำความประพฤติในระยะหนึ่งจนผู้กระทำความผิดสามารถปรับตัวได้ ซึ่งนับว่าเป็นแนวทางป้องกัน และปราบปรามอาชญากรรม ทั้งยังเป็นการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิดขณะเดียวกัน

แนวคิดเกี่ยวกับการนำระบบคุมประพฤติผู้กระทำความผิดมาใช้ในประเทศไทยเกิดขึ้นมานานแล้ว โดยเริ่มจากผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กก่อน ดังจะเห็นได้จากกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้กำหนดวิธีการพิเศษสำหรับเด็กที่กระทำความผิด

สำหรับผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ใหญ่ นั้น แนวคิดเกี่ยวกับการนำระบบคุมประพฤติมาใช้ในประเทศไทยปรากฏขึ้นครั้งแรกในประมวลกฎหมายอาญาระบบปัจจุบัน ตามมาตรา 56 – 58 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการรอกำหนดโทษ หรือรอกำหนดโทษผู้กระทำความผิดไว้ และให้ศาลมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติผู้กระทำความผิดนั้น³⁸

หลักเกณฑ์การคุมประพฤติ

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 56 วรรคแรก ได้กำหนดหลักเกณฑ์การคุมความประพฤติไว้ดังนี้คือ

- (1) ความผิดที่ได้กระทำนั้นเป็นความผิดซึ่งมีโทษจำคุก
- (2) ความผิดนั้นศาลจะพิพากษาลงโทษจำคุก ไม่เกิน 3 ปี

³⁸ นาวาดิ พักกง. “มาตรการคุ้มครองเด็กที่ถูกทำร้ายโดยบุคคลในครอบครัว” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536, หน้า 76 – 77.

(3) ไม่ปรากฏว่าผู้ยื่นได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือถ้าได้รับโทษจำคุกมาก่อน แต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

นอกจากนั้นแล้วศาลจะต้องคำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษา อบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้ยื่น หรือสภาพแห่งความผิด หรือเหตุอื่นอันควรปรานีด้วย เมื่อศาลพิเคราะห์แล้วเห็นเป็นการสมควร ศาลจะพิพากษาว่าผู้ยื่นมีความผิดแต่ให้รอการกำหนดโทษไว้ หรือกำหนดโทษแต่รอการลงโทษไว้แล้วปล่อยตัวไป เพื่อให้โอกาสผู้ยื่นกลับตัวภายในระยะเวลาที่ศาลจะได้กำหนด แต่ต้องไม่เกิน 5 ปี นับแต่วันที่ศาลพิพากษา โดยจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติของผู้ยื่นด้วยหรือไม่ก็ได้

เงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติ

เงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติของผู้กระทำความผิดนั้น ศาลอาจกำหนดข้อเดียวหรือหลายข้อดังต่อไปนี้

(1) ให้ไปรายงานตัวต่อพนักงานคุมประพฤติเป็นครั้งคราว เพื่อพนักงานคุมประพฤติจะได้สอบถาม แนะนำ ช่วยเหลือ หรือตักเตือนตามที่เห็นสมควรในเรื่องความประพฤติ และการประกอบอาชีพ หรือจัดให้กระทำการกิจกรรมบริการสังคม หรือสาธารณประโยชน์ตามที่เจ้าพนักงานหรือผู้กระทำความผิดเห็นสมควร

(2) ให้ฝึกหัด หรือทำงานอาชีพอันเป็นกิจจะลักษณะ

(3) ให้ละเว้นการคบหาสมาคม หรือการประพฤติใด อันอาจนำไปสู่การกระทำความเช่นเดียวกันนี้
อีก

(4) ให้ไปรับการบำบัดรักษาการติดยาเสพติดให้โทษ ความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจ หรือความเจ็บป่วยอย่างอื่น ณ สถานที่และตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด

(5) เงื่อนไขอื่นๆตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนด เพื่อแก้ไขฟื้นฟู หรือป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำ หรือมีโอกาสกระทำความผิดขึ้นอีก

ในเรื่องเงื่อนไขนี้ เป็นดุลยพินิจของศาล ศาลอาจวางเงื่อนไขทุกข้อ หรือบางข้อก็ได้ ในกรณีที่พฤติการณ์เกี่ยวกับการคุ้มครองความประพฤติของผู้กระทำความผิดได้เปลี่ยนแปลงไป เมื่อศาลเห็นสมควร อาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือเพิกถอนข้อใดข้อหนึ่งเสียก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขข้อใดที่ศาลยังมีได้กำหนดไว้เพิ่มเติมขึ้นอีกก็ได้

ผลของการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือกระทำความผิดขึ้นใหม่

(1) ผู้ถูกควบคุมความประพฤติไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ศาลกำหนดไว้ในมาตรา 56 ศาลอาจจะ ตักเตือน หรือจะกำหนดการลงโทษที่ยังไม่ได้กำหนด หรือลงโทษซึ่งรอไว้นั้นก็ได้ ตามมาตรา 57 ซึ่งเป็นดุลพินิจของศาล

(2) หากผู้ถูกควบคุมความประพฤติกระทำความผิดขึ้นใหม่ ภายในกำหนดเวลาที่ศาลกำหนดไว้ตาม มาตรา 56 โดยการกระทำความผิดที่มีใช่เป็นการกระทำโดยประมาทหรือความผิด ลหุโทษและในคดีหลัง ศาลลงโทษจำคุกจำเลยก็ให้ศาลในคดีหลังกำหนดโทษที่รอการกำหนดไว้ในคดีก่อนแล้วบวกเข้ากับโทษในคดี หลัง หรือบวกโทษที่รอการลงโทษไว้ในคดีก่อนเข้ากับโทษในคดีหลัง รวมเป็นโทษทั้งหมดที่ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับ ตามมาตรา 58 วรรคแรก

ผลของการปฏิบัติตามเงื่อนไข

ถ้าผู้กระทำผิดได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขการควบคุมความประพฤติที่กำหนดไว้ในมาตรา 56 และไม่ฝ่าฝืนเงื่อนไขการควบคุมความประพฤติตามมาตรา 57 จนศาลสั่งลงโทษ หรือไม่ได้กระทำความผิดขึ้นใหม่ตาม มาตรา 58 วรรคแรก ผู้กระทำผิดก็จะพ้นจากโทษที่รอการกำหนดไว้ หรือที่รอการลงโทษไว้ ซึ่งเป็นการพ้นจากสภาพการบังคับ คือเป็นการพ้นจากการคุมความประพฤติด้วยตนเอง

จากหลักการและแนวความคิดวิธีการคุมประพฤติที่ได้กล่าวมาข้างต้น จะเห็นว่าเป็นมาตรการหนึ่งที่ คุ้มครองป้องกันสังคมจากอาชญากรรมทางเพศ ในกรณีการกระทำความผิดทางเพศที่กระทำโดยบุคคลที่เป็น เครื่องญาติกระทำต่อหญิง และเด็กหญิงที่เป็นญาติพี่น้องของตน เมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำผิด กับผู้ถูกกระทำแล้ว หากมุ่งจะใช้โทษจำคุกแต่เพียงอย่างเดียวกับกรณีความผิดที่ไม่รุนแรงมาก อาจเป็นสาเหตุให้ ความสัมพันธ์ในครอบครัวแตกร้าง หรือแตกสลายได้ สมาชิกภายในครอบครัวต้องแยกจากกัน ผู้ถูกลงโทษไม่ สามารถจะประกอบอาชีพเพื่อเลี้ยงครอบครัวต่อไปได้ ส่งผลโดยตรงต่อสภาพเศรษฐกิจของครอบครัว เกิด ปัญหาสังคมตามมา จากหลักการของการคุมประพฤติดังกล่าวผู้ศึกษาเห็นว่าน่าจะเป็นมาตรการหนึ่งที่จะช่วยให้ การคุ้มครอง และเป็นผลดีกว่าจะมุ่งลงโทษจำคุกเพียงอย่างเดียว หากนำไปใช้กับความผิดที่ไม่มีความรุนแรงนัก ซึ่งศาลต้องใช้ดุลพินิจเป็นราย ๆ ไป

สรุป การคุ้มครองทางกฎหมายอาญาที่ใช้คุ้มครองหญิงและเด็กหญิงที่ถูกทำร้ายล่วงเกินทางเพศโดย บุคคลที่เป็นเครือญาตินั้น ปัจจุบันประเทศไทยมีประมวลกฎหมายอาญาซึ่งใช้การลงโทษ และเพิ่มโทษ ผู้กระทำความผิดเป็นหลัก นอกจากนี้ยังมีวิธีการเพื่อความปลอดภัยซึ่งเป็นการป้องกันผู้ที่มีสภาพเป็นอันตราย ไม่ให้กระทำความผิด เป็นการคุ้มครองหญิงและเด็กหญิงที่มีความเสี่ยงต่อการถูกทำร้าย ทางเพศ นอกจากนั้นยัง มีการคุมความประพฤติซึ่งเป็นมาตรการที่มุ่งแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดมากกว่าจะลงโทษซึ่งเป็นวิธีที่คุ้มครอง

ป้องกันอาชญากรรมแต่ในขณะเดียวกันยังส่งเสริมให้ผู้กระทำผิดกลับตัวเป็นคนดี และมีความสัมพันธ์กับ
ครอบครัวและสังคมตามปกติอีกด้วย

DPU

วิเคราะห์เปรียบเทียบการกระทำความผิดทางเพศกรณี ความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติตามกฎหมายของประเทศไทย และต่างประเทศ

ประเทศไทย การกระทำผิดทางเพศ กรณีความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ จะเห็นได้ว่ายังไม่ถูกพิจารณาเป็นการกระทำผิดในทางอาญา เนื่องจากโดยหลักทั่วไปแล้วหากเกิดการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติขึ้น จะถือว่าเป็นความผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อเป็นการข่มขืนกระทำชำเราหญิงตามมาตรา 276 หรือกรณีกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 277 เท่านั้น และผู้กระทำความผิดเฉพาะที่เป็นบุพการีเท่านั้นที่จะถูกเพิ่มโทษหนักขึ้นอีก 1 ใน 3 ของมาตรา 276 หรือมาตรา 277 ตามมาตรา 285 ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่ายังไม่เป็นการเหมาะสมเนื่องจากการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ แม้เป็นการสมัครใจยินยอมทั้งชายและหญิง ก็เป็นเรื่องที่เสื่อมเสีย และน่ารังเกียจ ซึ่งสังคมทั่วไปมักจะไม่นิยมรับความสัมพันธ์ทางเพศดังกล่าว และในกรณีที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราหญิงตามมาตรา 276 หรือการกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 277 ของผู้ที่เป็นเครือญาติอื่น เช่น พี่ น้อง ลุง ป้า น้า อา หลาน พ่อเลี้ยง และผู้รับบุตรบุญธรรม (กรณีข่มขืนกระทำชำเรา บุตรบุญธรรมที่บรรลุนิติภาวะแล้ว) กฎหมายกลับเห็นว่าไม่เป็นความรุนแรงเทียบเท่ากับการกระทำของบุพการีจึงไม่บัญญัติให้เพิ่มโทษหนักขึ้น 1 ใน 3 ด้วย ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบการกระทำความผิดดังกล่าวของ พี่ น้อง ลุง ป้า น้า อา หลาน พ่อเลี้ยง และผู้รับบุตรบุญธรรมกับการกระทำของบุพการีแล้วจะเห็นว่ามิระดับของความรุนแรงไม่ต่างกัน เนื่องจากการกระทำของบุคคลใกล้ชิดในครอบครัวซึ่งเป็นบุคคลที่เหยื่อ หรือผู้ถูกกระทำให้ความรัก เคารพนับถือ และไว้วางใจเชื่อใจบุคคลดังกล่าวในฐานะที่เป็นเครือญาติ หรือเป็นผู้มีพระคุณ เพียงแต่อาจจะมีความแตกต่างกันในส่วนของผู้เลี้ยง และผู้รับบุตรบุญธรรมกับพ่อแท้ ๆ ตรงที่พ่อเลี้ยง และผู้รับบุตรบุญธรรมนั้นมิได้เป็นผู้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับเหยื่อ หรือผู้ถูกกระทำ ซึ่งพ่อเลี้ยง และผู้รับบุตรบุญธรรมนั้นในความเป็นจริงแล้วส่วนใหญ่จะเป็นผู้มีอำนาจในการดูแล ให้การศึกษา หรือเป็นผู้ปกครอง ซึ่งมีอำนาจไม่ต่างจากพ่อแท้ ๆ

ส่วนในต่างประเทศนั้นทั้งประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ได้มีบทบัญญัติลงโทษ ในความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติไว้เป็นการเฉพาะมิได้รวมอยู่ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งแสดงให้เห็นว่าในต่างประเทศนั้นมีแนวความคิดว่าความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาตินั้น เป็นความรุนแรงในระดับหนึ่งซึ่งต้องบัญญัติให้เป็นความผิดในทางอาญาและผู้กระทำความผิดจะต้องถูกลงโทษ เนื่องจากหากเป็นการกระทำของเครือญาติที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตแล้วจะมีผลเสียต่อพันธกรรมของมนุษย์ อันจะทำให้มนุษย์ที่เกิดมามีความบกพร่องทั้งทางร่างกาย และจิตใจ ซึ่งเป็นปัญหาในระดับชาติ

เนื่องจากประเทศจะพัฒนาได้จะต้องมีประชากรที่แข็งแรงสมบูรณ์ทั้งทางร่างกายและจิตใจ ดังนั้นจึงต้องมีการบัญญัติกฎหมายลงโทษการกระทำดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ

จากการศึกษาความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาตินั้น พบว่าในต่างประเทศ เช่น อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ให้ความสำคัญในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศลักษณะดังกล่าวเหมือนกัน แต่อาจจะมียกข้อยกเว้น หรือรายละเอียดแตกต่างกันออกไปบ้าง ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกฎเกณฑ์ ทัศนคติ และวัฒนธรรม ในแต่ละท้องถิ่น ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ได้มีการบัญญัติลงโทษ การกระทำความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติไว้โดยเฉพาะมาเป็นเวลานานแล้วเช่นเดียวกับประเทศไทย ในอดีต โดยให้ความสำคัญต่อการกระทำความผิดดังกล่าวว่ามีความรุนแรงในระดับหนึ่งจะเห็นได้จากในอดีตนั้นมีบทลงโทษ ที่รุนแรงมาก เนื่องจากเห็นว่ากรร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาตินั้นเป็นการกระทำที่ ผิดศีลธรรม และประเพณี เป็นสิ่งน่ารังเกียจ ซึ่งสังคมส่วนใหญ่ไม่ยอมรับการกระทำดังกล่าว ซึ่งประเทศ อังกฤษในอดีต ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายศาสนา จะต้องถูกพิจารณาและลงโทษโดยศาลศาสนา แต่ใน ปัจจุบันนี้ประเทศไทยมิได้มีการบัญญัติให้การร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติเป็นความผิดเฉพาะ แต่จะ ลงโทษผู้กระทำความผิดเฉพาะในสองกรณีคือ การข่มขืนกระทำชำเราหญิง กับกระทำความชำเราเด็กหญิงอายุไม่ เกิน 15 ปี เท่านั้น โดยหากเป็นการกระทำของบุพการีต่อผู้สืบสันดานแล้วจะถือว่าเป็นความรุนแรงจะต้องถูก เพิ่มโทษให้หนักขึ้นอีก 1 ใน 3 ดังนั้นหากมีการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติเกิดขึ้นแล้ว จะลงโทษได้ เฉพาะผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 และฐานกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 277 และจะเพิ่มโทษหนักขึ้นได้เฉพาะการกระทำของบุพการีเท่านั้น ส่วนเครือญาติคนอื่นดังกล่าวได้ กแล้ว ไม่อาจจะเพิ่มโทษให้หนักขึ้นได้ เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 จะต้องตีความโดย เครื่องคิดซึ่งระบุเฉพาะบุพการีเท่านั้น ซึ่งหมายถึงบุคคลที่ทำการอุปการะมาก่อนได้แก่ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย และทวด แต่ในส่วนของผู้รับบุตรบุญธรรมนั้นหากกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ต่อบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ หรือกระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิงตามมาตรา 277 ต่อบุตร บุญธรรม จะถูกเพิ่มโทษหนักขึ้น 1 ใน 3 ในฐานะที่เป็นการกระทำความผิดต่อผู้อยู่ในความปกครองตามมาตรา 285 ได้ แสดงให้เห็นว่าสังคมไทยในขณะที่มีการบัญญัติกฎหมายขณะนั้น ยังมิได้ให้ความสำคัญต่อการบัญญัติ กฎหมายลงโทษในความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ และการให้เพิ่มโทษหนักขึ้นแก่เครือญาติอื่น นอกจากบุคคลที่เป็นบุพการี เหตุผลอาจเป็นเพราะในสมัยนั้น การกระทำความผิดทางเพศกรณีดังกล่าว และ การข่มขืนกระทำชำเราหญิง หรือกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี โดยบุคคลที่เป็นเครือญาติ ยังมีปรากฏ ไม่มากนัก ประกอบกับสังคมในขณะนั้นอาจมีความเห็นว่ายังไม่ใช่อาชญากรรมที่รุนแรงเพียงพอ ดังนั้นจึงมิได้ มีการบัญญัติกฎหมายลงโทษ และเพิ่มโทษไว้ แต่ในปัจจุบันเป็นที่ทราบกันดีว่าสภาพสังคมได้เปลี่ยนแปลงไป มาก ปรากฏว่ามีการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง และกระทำความชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี

โดยเครือญาติ เช่น บิดา พี่ น้อง ลุง น้ำ ออา และพ่อเลี้ยง เป็นต้น เพิ่มมากขึ้นทุกวันดังที่ปรากฏเป็นข่าวทั้งทาง โทรทัศน์ และหนังสือพิมพ์ และเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า การกระทำความคิดทางเพศของบุคคลดังกล่าวมี ลักษณะของการกระทำและความรุนแรงแตกต่างไปจากการกระทำของบุคคลทั่วไปซึ่งไม่ได้เกี่ยวพันทาง สายโลหิต หรือเป็นเครือญาติกับเหยื่อ หรือผู้ถูกระทำ

ส่วนในประเทศฝรั่งเศสนั้น ในอดีตก็ได้มีกฎหมายลงโทษในความผิดฐานร่วมประเวณีกับเครือญาติ โดยถือว่าเป็นคดีอาญาและมีบทลงโทษที่รุนแรงเช่นเดียวกับในประเทศไทย ต่อมากฎหมายของวันที่ 19 – 22 กรกฎาคม และ 25 กันยายน – 6 ตุลาคม ค.ศ. 1971 ยกเลิกคดีอาญาเฉพาะที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของการร่วม ประเวณีในระหว่างญาติ ซึ่งตั้งแต่วันดังกล่าวความผิดฐานร่วมประเวณีระหว่างญาติก็ไม่เป็นความผิดเฉพาะ โดย กฎหมายดังกล่าวได้ไปปรากฏอยู่ในกฎหมายทั่วไปในเรื่องการกระทำชำเราที่เป็นการกระทำผิดต่อผู้อื่น ซึ่งคำว่า กระทำชำเรา ในประเทศฝรั่งเศสเรียกว่า ความรุนแรงทางเพศ ซึ่งหมายความโดยสรุปว่าเป็นการกระทำทางเพศ โดยไม่ได้รับความยินยอมของเหยื่อ ทำให้เหยื่อถูกทำร้ายร่างกายและจิตใจ โดยบทลงโทษเรื่องความรุนแรง ทางเพศนั้นแตกต่างกันไปตามอายุ และสถานะของเหยื่อ

กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสในเรื่องความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ มีลักษณะ ใกล้เคียงกับกฎหมายของประเทศไทย กล่าวคือในอดีตได้มีการบัญญัติความผิดดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะแยก จากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ต่อมาก็ได้มีการยกเลิกความผิดโดยเฉพาะดังกล่าวเสียแล้วนำไปบัญญัติ รวมกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ทำให้ในปัจจุบันการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติที่เป็นหญิงที่มี อายุเกิน 15 ปี ขึ้นไปโดยความยินยอมจะไม่มีผิด การกระทำจะเป็นความผิดทางเพศก็ต่อเมื่อได้กระทำ โดยปราศจากความยินยอมของหญิงหรือเป็นการกระทำต่อเด็กหญิงที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งเป็นความยินยอมที่ ไม่อาจนำมาใช้อ้างกับการกระทำในกรณีนี้ได้และถ้าเป็นการกระทำต่อผู้สืบสันดานแล้วผู้กระทำจะถูกลงโทษ หนักขึ้นกว่าที่คนทั่ว ๆ ไปกระทำต่อกัน ซึ่งบทลงโทษที่รุนแรงนี้ทั้งในกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและ ประเทศไทยได้ถือว่าการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราหญิงหรือการกระทำชำเรา ต่อเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ที่เป็นการกระทำต่อผู้สืบสันดานนั้นเป็นความรุนแรงทางเพศถือเป็นเหตุจรรยาที่ ต้องได้รับโทษอย่างรุนแรงกว่าบุคคลทั่วไป ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสกฎหมายไม่สามารถนำเรื่องดังกล่าวมาบังคับ ใช้ได้ในทุกกรณี ซึ่งในบางกรณีสามารถที่จะหลบเลี่ยงการลงโทษที่รุนแรงได้ เช่น กรณีที่ผู้เยาว์อยู่กับผู้ใหญ่ ระหว่างพี่ชายกับน้องสาวที่มีอายุกว่า 15 ปี ภายใต้การยินยอม และในบางกรณีคำตัดสินของศาลนั้นมาจากการ พิจารณาจากสภาพจิตใจ

ส่วนลักษณะคำจำกัดความการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ ตามบทบัญญัติความผิดฐานร่วม ประเวณีในระหว่างเครือญาตินั้น ในประเทศอังกฤษซึ่งถือว่าเป็นต้นแบบของระบบคอมมอนลอว์ซึ่งจะบัญญัติ ความผิดฐานร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติไว้ในพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 10(1) และ (2)

และมาตรา 11(1) และ (2) ซึ่งการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติหมายถึง การที่ชายร่วมประเวณีโดยรู้ตัวว่าได้ร่วมประเวณีกับลูกสาว หลานสาว มารดา พี่สาว และน้องสาวของตนและความเป็นพี่สาว หรือน้องสาวหมายความว่าพี่สาว หรือน้องสาวพ่อแม่เดียวกัน หรือพ่อหรือแม่เดียวกัน ไม่ว่าความสัมพันธ์นั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม การร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติของประเทศอังกฤษนี้ไม่หมายความรวมถึงการที่ชายร่วมประเวณีกับ ป้า น้า อา หรือลูกสาวของลุง ป้า น้า อา แม่บุญธรรม ลูกบุญธรรม และแม่เลี้ยง ลูกเลี้ยงของตน ดังนั้นการที่ชายร่วมประเวณีกับบุคคลดังกล่าวมาแล้วจะไม่มีผิด และไม่ต้องรับโทษฐานร่วมประเวณีกับเครือญาติ

ส่วนในกรณีของหญิงนั้นหมายความว่าหญิงที่มีอายุ 16 ปี ขึ้นไปยินยอมร่วมประเวณีโดยรู้ตัวว่าตนได้ร่วมประเวณีกับ ปู่ ตา พ่อ พี่ชาย น้องชายหรือลูกชาย และการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติของหญิงไม่หมายความรวมถึงการที่หญิงได้ร่วมประเวณีกับ ลุง น้า อา หรือลูกชายของลุง น้า และอา พ่อบุญธรรม ลูกบุญธรรม พ่อเลี้ยง และลูกเลี้ยงของตน โดยข้อห้ามดังกล่าวถือความเป็นญาติร่วมสายโลหิตตามความเป็นจริง ความผิดฐานร่วมประเวณีระหว่างเครือญาตินั้น มีลักษณะพิเศษสองประการคือ ประการแรก ไม่พิจารณาถึงความยินยอมหรือไม่ยินยอม หมายความว่าแม้จะเป็นการสมัครใจยินยอมทั้งฝ่ายชายและหญิง ก็ยังมีความผิดทั้งสองฝ่าย แต่จะพิจารณาถึงแต่ความเป็นเครือญาติร่วมสายโลหิตตามความเป็นจริงหรือไม่เท่านั้น หากว่าเป็นญาติร่วมสายโลหิตกันก็จะมีผิด ประการที่สองความผิดฐานร่วมประเวณีกับเครือญาติของประเทศอังกฤษนี้มีบทบัญญัติให้ลงโทษแก่หญิงด้วย โดยหญิงหากมีอายุ 16 ปี ขึ้นไปร่วมประเวณีกับชายผู้ซึ่งเป็นญาติของตนตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายดังกล่าวโดยขณะร่วมประเวณีได้รู้ถึงความเป็นญาตินั้น

ในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น มีกฎหมายบัญญัติลงโทษการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติไว้เป็นการเฉพาะเช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศอังกฤษแต่เนื่องจากว่าในรัฐต่าง ๆ นั้นจะมีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้บังคับในรัฐของตนเองได้อย่างเต็มที่ ดังนั้นคำจำกัดความ หรือความหมายของเครือญาติ ในบทบัญญัติความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ จึงมีการใช้ถ้อยคำที่หลากหลายเช่น บางรัฐจะใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้างมิได้กำหนดตัวบุคคลผู้ที่กระทำความผิดทางเพศดังกล่าวให้ชัดเจนเช่น ห้ามบุคคลร่วมประเวณีกับผู้ร่วมสายโลหิตเดียวกัน ส่วนในบางรัฐจะใช้ถ้อยคำระบุตัวบุคคลที่ห้ามมีความสัมพันธ์ทางเพศอย่างชัดเจน เช่น ห้ามบุพการี ผู้สืบสันดาน พี่น้อง ลุง ป้า น้า อา เป็นต้น ร่วมประเวณีกัน บางรัฐได้ขยายความรับผิดชอบครอบคลุม ไปถึงความเป็นญาติที่เกิดจากการสมรสเช่น ความเป็นพ่อสามีกับลูกสะใภ้ แม่ยายกับลูกเขย หลานเขยหรือหลานสะใภ้ และหลานของสามีหรือภรรยา หรือความเป็นญาติจากการรับบุตรบุญธรรมคือระหว่างบุตรบุญธรรมกับผู้รับบุตรบุญธรรม และกรณีพ่อเลี้ยงแม่เลี้ยงกับลูกเลี้ยงเอาไว้ด้วย ซึ่งในรัฐที่ใช้ถ้อยคำไม่ชัดเจนอาจจะมีปัญหาในการตีความว่าต้องเป็นญาติร่วมสายโลหิตขั้นไหนจึงจะมีความผิดซึ่งศาลอาจจะตีความแคบให้หมายถึงญาติที่สนิทใกล้ชิดหรือรัฐบางรัฐอาจตีความถึงผู้ร่วมสายโลหิตทุกชั้นก็เป็นได้

เหตุผลอาจเนื่องมาจากแต่ละรัฐมีความรู้สึกเกี่ยวกับความผิดดังกล่าวแตกต่างกันออกไป เช่นบางรัฐเห็นว่าเป็นเรื่องที่มีความรุนแรงและไม่เฉพาะแต่การกระทำของผู้ร่วมสายโลหิตเดียวกันเท่านั้น การกระทำของบุคคลซึ่งใกล้ชิดหรืออยู่ในครอบครัวเดียวกันก็มีความรุนแรงไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากันจึงได้บัญญัติลงโทษครอบคลุมถึงผู้ที่ไม่ได้ร่วมสายโลหิตเดียวกันด้วย เช่น กรณีพ่อแม่เลี้ยงกับลูกเลี้ยง หรือผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม เป็นต้น

ในประเทศฝรั่งเศสนั้นกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาตินั้น มิได้มีบัญญัติไว้เป็นความผิดโดยเฉพาะต่างหากแยกจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยในประเทศฝรั่งเศสถือว่าการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติ กรณีข่มขืนกระทำชำเราเป็นความรุนแรงทางเพศสมควรต้องลงโทษอย่างหนัก โดยให้ความหมาย และขอบเขตว่าหมายถึงบุพการีที่ได้กระทำต่อผู้สืบสันดาน ไม่ว่าจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่หรือบุตรนอกสมรส นอกจากนี้ยังหมายความครอบคลุมถึงบุคคลที่มีได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับเหยื่อด้วย ได้แก่ผู้รับบุตรบุญธรรมที่กระทำต่อบุตรบุญธรรม หรือกรณีที่ผู้กระทำมีอำนาจอื่นใดเหนือเหยื่อ เช่น บิดาเลี้ยงที่กระทำต่อลูกเลี้ยง หรือผู้ปกครองที่กระทำต่อผู้อยู่ในปกครองตามความเป็นจริง ดังนั้นการร่วมประเวณีของเครือญาติเช่น พี่กับน้อง หรือลุง น้ำ อา กับหลานที่มีอายุกว่า 15 ปี โดยความสมัครใจยินยอมไม่มีความผิด และการข่มขืนกระทำชำเราหญิงโดยเครือญาติอื่น ๆ ซึ่งมีใช้บุพการี และบุคคลดังกล่าวมาแล้วจะไม่ถือเป็นเหตุฉกรรจ์ซึ่งต้องถูกลงโทษหนัก เว้นแต่ได้กระทำต่อเหยื่อที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี จึงจะถือว่าเป็นเหตุฉกรรจ์ซึ่งต้องถูกลงโทษหนักตามมาตรา 222-24

จากการศึกษาดังกล่าวมาข้างต้นแล้วจะเห็นว่าในแต่ละประเทศก็มีการบัญญัติกฎหมายลงโทษการกระทำผิดทางเพศ กรณีการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ แตกต่างกันไป โดยในประเทศอังกฤษนั้นให้ความหมายเกี่ยวกับการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ ไว้ชัดเจนถึงตัวบุคคลว่าหมายถึงใครบ้างที่กระทำผิดดังกล่าวแล้วจะถูกลงโทษทั้งชายและหญิง แต่มีความแตกต่างจากกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือจะจำกัดตัวบุคคลที่ห้ามมีความสัมพันธ์ทางเพศแคบกว่า คือระหว่างบุพการี ผู้สืบสันดาน และพี่กับน้องเท่านั้น ไม่หมายความรวมถึงเครือญาติสายข้างเคียง เช่น ลุง ป้า น้ำ อา และผู้รับบุตรบุญธรรม บุตรบุญธรรม พ่อแม่เลี้ยง ลูกเลี้ยงด้วย

ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่แล้วบทบัญญัติความผิดฐานร่วมประเวณีระหว่างเครือญาตินั้น ความหมายจะระบุชัดเจนในตัวบุคคลที่ห้ามทำการร่วมประเวณีด้วย คือ พ่อ แม่ ปู่ ย่า ตา ยาย หลาน พี่น้อง ทั้งที่เกิดจากพ่อแม่เดียวกัน หรือพ่อหรือแม่เดียวกัน โดยจะเป็นญาติที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม นอกจากนั้นบางรัฐขยายความหมายของเครือญาติครอบคลุมไปถึงความเป็นญาติที่เกิดจากการสมรส หรือทางการรับบุตรบุญธรรม หรือพ่อแม่เลี้ยงแม่เลี้ยงและลูกเลี้ยงด้วย แต่มีบางรัฐให้ความหมายกว้างมิได้ระบุตัวบุคคลชัดเจน เช่น ระบุว่าห้ามร่วมประเวณีกับญาติร่วมสายโลหิต ซึ่งมีผลทำให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่าง

กว้างขวางในการพิจารณาว่าญาติร่วมสายโลหิตระดับชั้นไหนสมควรลงโทษฐานร่วมประเวณีระหว่างญาติสนิท ซึ่งขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล ซึ่งเห็นว่ามีข้อดีคือเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าบุคคลใดสมควรจะถูกลงโทษซึ่งศาลอาจมีแนวคิดที่เปลี่ยนไปตามความเจริญของบ้านเมืองและวัฒนธรรมในขณะนั้นก็ได้

ส่วนในประเทศฝรั่งเศสนั้นดังได้กล่าวแล้วว่ามิได้บัญญัติความผิดฐานร่วมประเวณี ในระหว่างเครือญาติไว้เป็นการเฉพาะ แต่ไปรวมกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเฉพาะที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้นจึงจะมีความผิด ซึ่งในมาตรา 222-24 ได้ให้ความหมายถึงตัวบุคคลไว้ชัดเจนที่จะต้องถูกลงโทษหนักในการร่วมประเวณีกับเครือญาติที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราได้แก่ บุพการีซึ่งเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกระทำต่อผู้สืบสันดาน ไม่ว่าจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม และยังให้ความหมายขยายไปถึงการกระทำของผู้ที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตด้วย ได้แก่ผู้รับบุตรบุญธรรมกระทำต่อบุตรบุญธรรม หรือพ่อเลี้ยงกระทำต่อลูกเลี้ยง และผู้ปกครองกระทำต่อผู้ที่อยู่ในปกครองตามความเป็นจริงอีกด้วย แต่การข่มขืนกระทำชำเราโดยเครือญาติอื่นนั้นจะไม่ถือเป็นเหตุยกเว้นเว้นแต่ได้กระทำต่อเหยื่อที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี จึงจะถือว่าเป็นเหตุยกเว้นตามมาตรา 222-24 ส่วนการร่วมประเวณีโดยความยินยอมของบุคคลอายุกว่า 15 ปี ขึ้นไปไม่มีความผิดตามมาตราดังกล่าว

สรุปเปรียบเทียบความเหมือน และแตกต่างระหว่างความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ ของประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา กับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 ของประเทศไทยดังนี้

1. ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 นั้น กฎหมายบัญญัติฐานความผิดไว้โดยเฉพาะการข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 หรือกระทำชำเราเด็กหญิงที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 277 ซึ่งเป็นความผิดที่เกิดขึ้นโดยหญิงผู้ถูกระทำไม่ยินยอมหรือตามกฎหมายแล้วถือว่าหญิงที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี นั้น แม้จะให้ความยินยอมออกไป กฎหมายก็ไม่ถือเป็นความยินยอมที่ถูกต้อง ดังนั้นผู้กระทำยังต้องรับผิดชอบ แต่ความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกานั้นไม่ได้กำหนดว่า การร่วมประเวณีระหว่างเครือญาตินั้นจะต้องเป็นการข่มขืนแต่อย่างใด ดังนั้นหากมีการร่วมประเวณีต่อกันระหว่างบุคคลตามที่กฎหมายห้ามมีความสัมพันธ์ทางเพศต่อกันแล้วไม่ว่าจะเป็นการยินยอมหรือข่มขืนใจก็เป็นความผิด คือไม่ได้ถือเอาความยินยอมเป็นหลักกว่าถ้ายินยอมแล้วจะไม่ต้องรับโทษ

2. ในส่วนของบุพการีนั้น ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 จะเพิ่มโทษเฉพาะบุพการี กรณีกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้สืบสันดานตามมาตรา 276 หรือกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 277 ที่เป็นผู้สืบสันดานเท่านั้น ดังนั้นหากเป็นการร่วมประเวณีกับผู้สืบสันดานที่มีอายุมากกว่า 15 ปี

ขึ้นไปโดยความสมัครใจยินยอม ก็จะไม่เป็นความผิดทั้งผู้สืบสันดานและบุพการี โดยบุพการีนั้นหมายถึง บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ตามความเป็นจริง ไม่ว่าจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม แต่ไม่หมายความรวมถึง พ่อ แม่ บุญธรรม และพ่อ แม่เลี้ยง ด้วย ซึ่งแตกต่างจากประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีกฎหมายลงโทษ ความผิดฐานร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติโดยการร่วมประเวณีระหว่างบุพการีกับผู้สืบสันดานดังกล่าวแม้จะ เป็นการสมัครใจยินยอมก็มีความผิดและต้องถูกลงโทษ โดยลงโทษทั้งชายและหญิงด้วยซึ่งในประเทศอังกฤษ ไม่ได้กำหนดอายุของชายผู้กระทำผิดไว้ ส่วนหญิงจะถูกลงโทษต่อเมื่อมีอายุ 16 ปีขึ้นไป ส่วนในประเทศ สหรัฐอเมริกา รัฐส่วนใหญ่ไม่ได้กำหนดอายุผู้กระทำความผิดไว้ แต่มีบางรัฐกำหนดอายุผู้กระทำความผิดไว้ที่ 18 ปี และ 16 ปี ในส่วนบุพการีนั้น ประเทศอังกฤษจะหมายถึง พ่อ แม่ ปู่ ย่า ตา ยาย โดยไม่รวมถึงพ่อแม่บุญธรรม และพ่อแม่เลี้ยงด้วย ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาบางรัฐนั้น บุพการีนอกจากจะหมายถึง พ่อ แม่ ปู่ ย่า ตา ยาย แล้ว ยังรวมถึงพ่อแม่บุญธรรม และพ่อแม่เลี้ยงด้วย

3. ในส่วนของพี่กับน้อง ไม่ว่าจะร่วมบิดามารดาเดียวกันหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา เดียวกัน ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 ไม่สามารถนำมาใช้บังคับเพื่อเพิ่มโทษกับกรณีที่พี่ข่มขืนน้อง หรือน้องข่มขืนพี่ได้ คงต้องนำมาตรา 276 และมาตรา 277 บททั่วไปมาปรับใช้บังคับ และหากเป็นกรณีที่พี่ กับน้อง ไม่ว่าจะร่วมบิดามารดาเดียวกันหรือไม่ก็ตามที่มีอายุกว่า 15 ปีขึ้นไปสมัครใจยินยอมร่วมประเวณีกันแล้ว กฎหมายก็ไม่สามารถเอาผิดได้เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิด แตกต่างจาก กฎหมายของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีกฎหมายลงโทษการร่วมประเวณีระหว่างพี่กับน้อง ด้วย ไม่ว่าจะเป็นที่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกันกระทำต่อกันก็เป็นความผิด ทั้งสิ้นโดยความเป็นพี่น้องนี้ให้ถือตามความเป็นจริงจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ไม่สำคัญ โดยในประเทศ อังกฤษนั้นความเป็นพี่น้องนั้นไม่รวมถึง ลูกพี่ลูกน้อง แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกาบางรัฐนั้นความเป็นพี่น้อง รวมถึงลูกพี่ลูกน้องด้วย

4. ในส่วนของลุง ป้า น้า อา และหลานนั้น ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 ก็ไม่ สามารถนำมาบังคับใช้เพื่อเพิ่มโทษบุคคลดังกล่าวได้ หากเป็นกรณีข่มขืนกระทำชำเราหญิงหรือกระทำชำเรา เด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ต้องนำมาตรา 276 หรือมาตรา 277 ซึ่งเป็นบททั่วไปมาใช้บังคับและหากเป็นกรณีที่ ลุง ป้า น้า อา ร่วมประเวณีกับหลานที่มีอายุกว่า 15 ปีขึ้นไป โดยความสมัครใจยินยอมทั้งสองฝ่ายแล้ว ก็ไม่ สามารถจะเอาผิดได้เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิด ซึ่งการร่วมประเวณีระหว่าง ลุง ป้า น้า อา กับหลานนั้นในประเทศอังกฤษก็ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดเช่นกัน แตกต่างจากกฎหมาย ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีกฎหมายบัญญัติลงโทษการร่วมประเวณีระหว่าง ลุง ป้า น้า อา กับหลาน แม้จะ โดยความสมัครใจยินยอมก็ตาม โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่

5. ในส่วนของพ่อเลี้ยงนั้นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ไม่สามารถนำมาใช้

เพิ่มโทษหนักขึ้น 1 ใน 3 ได้ เนื่องจากพ่อเลี้ยงไม่ใช่บุพการีตามความเป็นจริง และจะเพิ่มโทษในฐานะผู้ปกครอง ก็ไม่ได้ เพราะพ่อเลี้ยงไม่ได้มีอำนาจปกครองตามกฎหมาย และการร่วมประเวณีระหว่างพ่อเลี้ยงกับลูกเลี้ยงที่มีอายุกว่า 15 ปี ขึ้นไปโดยความยินยอมไม่เป็นความผิด ซึ่งในประเทศอังกฤษนั้นก็ได้บัญญัติลงโทษการร่วมประเวณีระหว่างพ่อเลี้ยงกับลูกเลี้ยงเช่นกัน แตกต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกา บางรัฐได้มีการลงโทษการร่วมประเวณีระหว่างพ่อเลี้ยงกับลูกเลี้ยงด้วย

6. ในส่วนของผู้รับบุตรบุญธรรมนั้น มาตรา 285 ไม่ได้บัญญัติให้เพิ่มโทษไว้โดย

ตรง แต่จะเพิ่มโทษในกรณีที่ได้กระทำความผิดตามมาตรา 276 ต่อบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ หรือ มาตรา 277 ในฐานะที่ได้กระทำต่อผู้อยู่ในความปกครอง แต่หากบุตรบุญธรรมได้บรรลุนิติภาวะแล้วก็ไม่ สามารถจะเพิ่มโทษ 1 ใน 3 ได้ และการร่วมประเวณีระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมที่มีอายุกว่า 15 ปี ขึ้นไปโดยความยินยอมก็ไม่เป็นความผิด เช่นเดียวกันกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ การร่วมประเวณี ระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมไม่เป็นความผิด แตกต่างกับประเทศสหรัฐอเมริกาบางรัฐมีบัญญัติ ให้การร่วมประเวณีระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมเป็นความผิดและถูกลงโทษ

สรุปความเหมือนและแตกต่างระหว่างกฎหมายฝรั่งเศสเกี่ยวกับความผิดทางเพศ มาตรา 222 – 24 กับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ของประเทศไทย

1. ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ของประเทศไทยและมาตรา 222 – 24 ของฝรั่งเศส มีความเหมือนกันตรงที่ทั้งสองมาตรานั้นถือว่าการกระทำความผิดทางเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ได้กระทำต่อ ผู้สืบสันดาน นั้นเป็นความรุนแรงทางเพศ เป็นเหตุจรรยาที่จะต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าบุคคลทั่วไป

2. ความผิดฐานร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติทั้งในประเทศฝรั่งเศส และไทยมิได้มีการบัญญัติไว้ เป็นความผิดเฉพาะแยกจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งหากมีการร่วมประเวณีโดยสมัครใจยินยอม ระหว่างเครือญาติที่มีอายุเกิน 15 ปี ทั้งชายและหญิง จะไม่มีความผิด

3. ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 และ กฎหมายฝรั่งเศส มาตรา 222 – 24 มิได้บัญญัติเพิ่มโทษ ให้หนักขึ้นแก่เครือญาติอื่นที่กระทำการข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่เป็นญาติของตน แต่ในมาตรา 222 – 24 ถือ ว่าการข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 15 ปี ที่เป็นญาติหรือไม่เป็นญาติของตนเป็นเหตุจรรยา ต้องถูก ลงโทษหนักขึ้น

4. บทบัญญัติในมาตรา 222 – 24 ของประเทศฝรั่งเศสจะลงโทษครอบคลุมกว่ามาตรา 285 ของไทย กล่าวคือในมาตรา 222 – 24 นั้น นอกจากจะได้ลงโทษบุพการีที่ได้กระทำต่อผู้สืบสันดานไม่ว่าจะเป็นบุตรที่ ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และรวมถึงบุตรนอกสมรสด้วยแล้ว ยังขยายการลงโทษไปถึงบุคคลที่มีได้ร่วม

สายโลหิตเดียวกันกับเหยื่อด้วย โดยได้อาศัยแนวคิดในเรื่องอำนาจที่ผู้กระทำมีเหนือเหยื่อในความเป็นจริงมาเป็นแนวทางในการลงโทษให้หนักขึ้น ได้แก่ กรณีผู้รับบุตรบุญธรรมได้กระทำต่อบุตรบุญธรรม และกรณีพ่อเลี้ยงได้กระทำต่อลูกเลี้ยง หรือกรณีผู้ปกครองกระทำต่อผู้อยู่ในปกครองตามความเป็นจริง ซึ่งในส่วนนี้ มาตรา 285 ลงโทษไม่ครอบคลุมถึงเนื่องมาจากการตีความกฎหมายโดยเคร่งครัด โดยถือว่าพ่อเลี้ยง มิใช่บุพการีที่ร่วมสายโลหิตตามความเป็นจริง และในเรื่องอำนาจปกครองนั้นศาลวินิจฉัยว่าอำนาจปกครองยังอยู่กับมารดาของเด็กที่เป็นเหยื่อ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1568 ในส่วนของผู้รับบุตรบุญธรรมนั้น มาตรา 285 มิได้บัญญัติให้ต้องรับผิดชอบโดยตรง แต่เมื่อบิดามารดาโดยกำเนิดหมดอำนาจปกครองนับแต่วันที่เด็กเป็นบุตรบุญธรรมแล้ว อำนาจปกครองเด็กจึงตกอยู่แก่ผู้รับบุตรบุญธรรมตามมาตรา 1598/28 ดังนั้นหากผู้รับบุตรบุญธรรมได้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราบุตรบุญธรรมที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ หรือกระทำชำเราบุตรบุญธรรมที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี ก็จะถูกเพิ่มโทษหนักขึ้น 1 ใน 3 ตามมาตรา 285 ได้ ในฐานะที่เป็นผู้ปกครองกระทำต่อผู้อยู่ในความปกครอง

ปัจจุบันจะพบว่าเกิดคดีข่มขืนกระทำชำเราในระหว่าง พี่ น้อง ลูก น้ำ อา หลาน และ พ่อเลี้ยงแทบทุกวันศาลไทยน่าจะตีความคำว่า ผู้ปกครอง ให้กว้างขึ้น โดยให้ถือตามความเป็นจริง เป็นหลักในการเพิ่มโทษ ซึ่งหากศาลตีความกว้างขึ้นแล้ว พ่อเลี้ยง หรือหรือเครือญาติอื่นที่ดูแลเหยื่อตามความเป็นจริงก็จะถูกลงโทษหนักขึ้นกว่าบุคคลทั่วไปซึ่งถือว่าเป็นการเหมาะสม แต่แนวทางในการตัดสินใจของศาลนั้นการจะลงโทษแก่ผู้กระทำ ความผิดให้ หนักขึ้นนั้นจะต้องอาศัยสถานะของผู้กระทำและผู้ถูกกระทำโดยตามความเป็นจริง คือ ชายผู้กระทำผิดต้องเป็นบุพการีจริง ๆ หรือเป็นผู้ปกครองจริง ๆ ตามกฎหมายหรือที่ตั้งโดยคำสั่งศาลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1586 ซึ่งคำว่าพ่อเลี้ยงก็ย่อมแสดงความหมายอยู่ในตัวแล้วว่าไม่ใช่พ่อจริง ๆ ของผู้ถูกกระทำ เพราะพ่อเลี้ยงก็คือชายที่มาสมรส หรืออยู่กินฉันสามี ภริยากับมารดาของเด็กหญิงหรือหญิงนั้น ซึ่งพ่อเลี้ยงไม่ได้มีความเกี่ยวข้องทางสายโลหิตกับลูกเลี้ยงเลยแม้แต่น้อย จึงทำให้การลงโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยงนั้น ทำได้แต่เพียงลงโทษตามมาตรา 276 หรือมาตรา 277 เท่านั้น ไม่อาจจะเพิ่มโทษให้หนักขึ้นหนึ่งในสามตามมาตรา 285 เช่นเดียวกับบุพการีได้ เนื่องจากพ่อเลี้ยงนั้นไม่มีความเกี่ยวข้องทางสายโลหิตและไม่ได้เป็นบุพการีของลูกเลี้ยง และในเรื่องอำนาจปกครองนั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1568 บัญญัติให้อำนาจการปกครองอยู่กับมารดา พ่อเลี้ยงจึงไม่มีอำนาจปกครองลูกเลี้ยง การข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยงจึงไม่ถือว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเราผู้อยู่ในความปกครอง จึงไม่อาจเพิ่มโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 ได้เช่นกัน

จากสภาพปัญหาดังได้กล่าวมาแล้ว ข่าวกการข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยงโดยพ่อเลี้ยง การข่มขืนกระทำชำเรากันในระหว่างเครือญาติ เช่น พี่ข่มขืนน้อง ลูก น้ำ อา ข่มขืนกระทำชำเราหลานแท้ ๆ ของตนเอง จึงมีเกิดขึ้นให้เห็นอยู่เป็นประจำ แต่การลงโทษนั้นทำได้เพียงใช้บททั่วไปคือ มาตรา 276 หรือมาตรา

277 มาบังคับลงโทษเท่านั้นและไม่สามารถเพิ่มโทษให้หนักขึ้นหนึ่งในสามตามมาตรา 285 เช่นเดียวกับการข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุพการีได้เพราะไม่ต้องด้วยเกณฑ์ของกฎหมายด้วยเหตุที่ผู้กระทำความผิดมิได้เป็นบุพการีตามความเป็นจริง และไม่มีอำนาจปกครองตามกฎหมายด้วยจึงเป็นปัญหาที่สะท้อนให้เห็นว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันยังไม่คุ้มครองผู้หญิงและเด็กหญิงเท่าที่ควร เพราะเนื่องจาก พ่อเลี้ยงหรือ ลุง น้ำ อา หรือพี่ แม้จะไม่ใช่บุพการีและไม่มีอำนาจปกครองตามกฎหมายก็ตาม แต่ในความเป็นจริงแล้วพ่อเลี้ยง ลุง น้ำ อา หรือพี่ ก็อาจจะเป็นผู้ดูแลหรือปกครองหญิงหรือเด็กหญิงนั้นตามความเป็นจริงโดยให้ที่อยู่อาศัย อาหารการกิน เครื่องนุ่งห่ม และส่งเสียให้เรียนหนังสือ เป็นต้น อันอาจเนื่องมาจากพ่อแม่ของเด็กหญิงหรือหญิงเสียชีวิตไป หรือไปทำงานต่างเมืองไม่มีเวลาจะดูแลลูก หรืออาจจากจนถึงได้ฝากญาติพี่น้องช่วยเลี้ยงดู จะเห็นว่าแม้จะไม่ได้เป็นผู้ปกครองตามที่ศาลตั้ง แต่ตามความเป็นจริงก็ถือว่าบุคคลเหล่านี้เป็นผู้ปกครองแล้วเพราะเป็นผู้มีอิทธิพลเหนือเด็กหญิงหรือหญิงที่เป็นลูกเลี้ยงหรือหลานหรือน้อง ทั้งทางร่างกายและจิตใจ ซึ่งลักษณะของสังคมไทยแล้วเด็กจะเคารพเชื่อฟังและให้ความเกรงกลัวต่อบุคคลผู้มีอาวุโสกว่าตนเอง โดยปกติแล้วจะสามารถกล่าวคำคัดค้านหรือลงโทษได้เช่นเดียวกับพ่อแม่จริง ๆ

อีกปัญหาหนึ่งก็คือ การที่หญิงหรือเด็กหญิงนั้นต้องอยู่ใกล้ชิดหรืออยู่ในความปกครองดูแลของบุคคลที่เป็นพ่อเลี้ยง หรือบุคคลในเครือญาติ เช่น พี่ชาย ลุง น้ำ อา ของตนเองนั้น ก็อาจจะยอมรับประเวณีกันก็เป็นไปได้ เนื่องจากความใกล้ชิด หรือ ความกตัญญูต้องการทดแทนบุญคุณ โดยอาจรู้เท่าไม่ถึงการณ์ว่าการกระทำดังกล่าวไม่สมควรและจะทำให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ตามมา ดังได้กล่าวมาแล้ว ซึ่งกรณีเช่นนี้ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันไม่สามารถนำมาปรับใช้หรือลงโทษกับการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติที่กล่าวมาแล้วได้ ดังนั้นชายและหญิงที่เป็นญาติกันเมื่อร่วมประเวณีกันจึงไม่มีความผิด เว้นแต่จะกระทำกับหญิงที่อายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า ความผิดฐานร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติ ในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ต่างก็ได้บัญญัติให้เป็นความผิดในทางอาญาซึ่งมีโทษถึงขั้นจำคุก แยกต่างหากจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของประเทศไทยที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นความผิดในทางอาญา ซึ่งกรณีดังกล่าวตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 ไม่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อลงโทษผู้กระทำได้ เว้นแต่จะเป็นการข่มขืนกระทำชำเราผู้สืบสันดานหรือกระทำชำเราผู้สืบสันดานที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี มีเพียงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1450 ที่ได้ห้ามญาติใกล้ชิด คือ พ่อ แม่ ปู่ ย่า ตา ยาย สมรสกับลูกหลาน และพี่สมรสกับน้องเท่านั้น แต่หากมีการฝ่าฝืนก็ไม่มีโทษทางอาญาเพียงแต่ทำให้การสมรสเป็นโมฆะเท่านั้น และมาตรา 1451 ที่ห้ามผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมสมรสกัน หากมีการฝ่าฝืนมีผลทำให้การรับบุตรบุญธรรมเป็นอันยกเลิกไปเท่านั้นแต่การสมรสยังคงสมบูรณ์ไม่เป็นโมฆะ และไม่มีความผิดทางอาญา ส่วนในประเทศฝรั่งเศสนั้นก็ไม่มีกฎหมายบัญญัติลงโทษการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติเช่นเดียวกับประเทศไทย แต่ได้

บัญญัติไว้เป็นเหตุกรรจ์ให้เพิ่มโทษเหมือนกับประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย มาตรา 285 แต่กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้นแตกต่างจากกฎหมายของประเทศไทยคือ ได้ขยายความคุ้มครองไปกว้างมากกว่าประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 คือ ประเทศฝรั่งเศสคุ้มครองรวมถึงบุตรนอกสมรส บุตรบุญธรรม หรือการกระทำโดยบุคคลผู้มีอำนาจอื่นใดเหนือเหยื่อ เช่นกรณี บิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริง ซึ่งก็อาจหมายถึงพ่อเลี้ยง หรือลุง น้ำ อา พี่ ซึ่งปกครองดูแลเด็กหญิงหรือหญิงก็ได้

DPU

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทสรุป

การร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาตินั้น เป็นการกระทำที่ผิดประเพณีและศีลธรรมอย่างร้ายแรง ซึ่งหมายถึงการร่วมประเวณีระหว่างพ่อกับลูกสาวหรือหลานสาว แม่กับลูกชายหรือหลานชาย พี่กับน้อง ลุง ป้า น้า อา กับหลาน หรือปู่ ย่า ตา ยาย กับหลาน ในประเทศสหรัฐอเมริกาบางรัฐรวมถึงการร่วมประเวณีระหว่างบิดามารดาเลี้ยง กับลูกเลี้ยง หรือผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมด้วย กฎหมายอาญาในต่างประเทศดังได้กล่าวมาแล้วถือว่าการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ เป็นการผิดศีลธรรมอันควรต้องลงโทษ โดยทั่วไปแล้วจะลงโทษทั้งชายและหญิง การร่วมประเวณีระหว่างเครือญาตินี้ ไม่ว่าจะเป็กรณีสมรัใจยินยอมทั้งสองฝ่าย หรือที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราถือว่เป็นความผิดปกติทางเพศอย่างหนึ่ง ซึ่งผู้กระทำนั้นมีความรู้สึกทางเพศทัศนคติ ค่านิยม ตลอดจนพฤติกรรมทางเพศไม่เหมือนคนปกติทั่วไป ทำให้แสดงออกไปอย่างไม่เหมาะสมผิดแผกแตกต่างไปจากวิญญูชนจะพึงปฏิบัติ ซึ่งพฤติกรรมทางเพศที่ผิดแปลกกรณี นี้ นับวันจะเพิ่มขึ้นมาก โดยเฉพาะการข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุพการีและจากเครือญาติ ซึ่งสังคมปกติทั่วไปปรับไม่ได้เพราะนอกจากจะเป็นปัญหาของแต่ละบุคคลแล้วยังเป็นปัญหาของสังคมส่วนรวมด้วย เพราะการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติโดยเฉพาะบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตจะมีผลทำให้ประชากรของประเทศมีคุณภาพต่ำ อ่อนแอและมีโรคติดต่อทางพันธุกรรมจากพ่อแม่ไปสู่ลูกที่เกิดมา โรคที่พบบ่อยคือโรคทางสมอง (ปัญญาอ่อน) ซึ่งนับเป็นสัญญาณของการสิ้นเผ่าพันธุ์มนุษย์

การร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติเป็นข้อห้ามและมีบทลงโทษที่รุนแรงมาตั้งแต่สมัยโบราณ เช่น ในกฎหมาย ฮีบรู การร่วมประเวณีกับมารดาอาจถูกลงโทษถึงตาย ในกฎหมายศาสนาการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติที่ห้ามสมรสนั้นถือเป็บาปหนัก และบุตรที่เกิดมาจะเป็นบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แนวคิดในการห้ามร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาตินี้มีพื้นฐานมาจากศาสนา เนื่องจากศาสนาคริสต์มีอิทธิพลมากในยุโรปโดยถือว่ การร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติเป็นบาปอย่างร้ายแรง และความรู้สึกบาปนี้ก็มีอยู่ทั่วทุกสังคมไม่ว่าศาสนาคริสต์จะแผ่เข้าไปถึงดินแดนนั้นหรือไม่ ตามความเชื่อของศาสนาคริสต์การร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมสมควรต้องลงโทษ และถือว่เป็นเรื่องสำคัญต่อบ้านเมืองภายใต้อิทธิพลของคริสตศาสนาอันเป็นสิ่งที่เหนือความสำนึกทางศีลธรรม กฎหมาย และระบอบการเมือง การปกครอง และชาติที่นับถือศาสนาคริสต์ต่างก็มีกฎหมายบัญญัติให้การร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติเป็นความผิดและต้องถูกลงโทษ โดยส่วนใหญ่จะบัญญัติไว้เป็นความผิดโดยเฉพาะต่างหากจากความผิดฐานข่มขืน

กระทำชำเรา สำหรับประเทศไทยในอดีตก็ได้มีบทบัญญัติห้ามการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ มาตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาและมีบทลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนอย่างรุนแรงในพระไอยการลักษณะศัวเมียมาตรา 35 และ 36 ที่ได้กล่าวมาแล้วรวมถึงศาสนาฮินดู และศาสนาพราหมณ์ ก็ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นเรื่องเลวทราม ดังนั้นจะเห็นว่าไม่ว่าศาสนาคริสต์ พุทธ ฮินดู หรือพราหมณ์ ก็ถือว่าการดังกล่าวเป็นสิ่งไม่ดีและเป็นบาปเหมือนกัน โดยเฉพาะในสังคมไทยโบราณเห็นว่าการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ โดยเฉพาะผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตเป็นสิ่งอุบาทว์จัญไร จะทำให้สิ่งศักดิ์สิทธิ์ หรือสิ่งนอกเหนือธรรมชาติลงโทษ ทำให้เกิดความวิบัติมาสู่ชุมชน เช่น ฝนฟ้าไม่ตกตามฤดูกาล ข้าวยากหมากแพง เป็นต้น ทำให้ต้องมีพิธีปัดรังควานเพื่อขับไล่เสนียดจัญไร และขับไล่ผู้ฝ่าฝืนข้อห้ามออกไปจากชุมชนโดยการจับลอยแพในทะเล

การร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาตินั้น ในพระไอยการลักษณะศัวเมีย ดังได้กล่าวมาแล้วนั้นมีการบัญญัติห้ามและมีการลงโทษผู้ที่กระทำความผิด ซึ่งเป็นเครือญาติไว้เช่นการร่วมประเวณีระหว่าง พ่อแม่กับลูก พี่กับน้อง ปู่ ย่า ตา ยาย ลุง ป้า น้า อา กับหลาน และการร่วมประเวณีระหว่างหลานกับเมียของลุง ตา ปู่ อาน้า หรือเมียของพี่เป็นต้น และยังลงโทษถึง พ่อ แม่ พี่น้อง ที่สนับสนุนรู้เห็นเป็นใจอีกด้วย จึงถือว่าบทบัญญัติในพระไอยการลักษณะศัวเมียนี้มีความก้าวหน้าทันสมัยทัดเทียมกับกฎหมายต่างประเทศ แม้จะไม่ได้บัญญัติลงโทษการร่วมประเวณีระหว่างบิดามารดาเลี้ยงกับลูกเลี้ยง หรือผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมก็ตาม

ต่อมาในประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 247 ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้เพียงเป็นเหตุจรรยาให้เพิ่มโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามส่วนเฉพาะการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ ในกรณีที่บุพการีกระทำการข่มขืนกระทำชำเราผู้สืบสันดาน และกระทำชำเราผู้สืบสันดานที่อายุต่ำกว่า 12 ปีเท่านั้น ส่วนการกระทำของเครือญาติอื่น เช่น ลุง น้า อา พี่ น้อง บิดาเลี้ยง หรือผู้รับบุตรบุญธรรมนั้นมาตรา 247 ไม่ถือว่าเป็นเหตุจรรยาจึงต้องลงโทษเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป ไม่ต้องถูกเพิ่มโทษหนักขึ้น และการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาตินอกจากที่กล่าวมาด้วยความสมัครใจยินยอมทั้งสองฝ่ายมิได้มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเอาไว้

ส่วนการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติในสมัยใช้ประมวลกฎหมายอาญานั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ก็ได้มีการบัญญัติเพิ่มโทษหนึ่งในสามส่วนเอาไว้เช่นเดียวกันกับที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยมีความว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือ มาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล ผู้กระทำความผิดระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม” จากบทบัญญัติในมาตรา 285 จะเห็นได้ว่านอกจากจะเพิ่มโทษให้หนักขึ้นแก่บุพการีซึ่งเป็นเครือญาติที่มี

ความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับเหยื่อแล้ว ยังได้เพิ่มโทษแก่ผู้ที่มีอำนาจปกครองเหยื่อตามกฎหมายด้วย จึงทำให้ผู้รับบุตรบุญธรรมซึ่งเป็นเครือญาติที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับบุตรบุญธรรมถูกเพิ่มโทษหนักขึ้น 1 ใน 3 ได้ในฐานะที่เป็นการกระทำต่อผู้อยู่ในความปกครอง เหตุที่ต้องลงโทษหนักขึ้นก็เนื่องจากผู้กระทำเป็นผู้ซึ่งมีความใกล้ชิดกับผู้เสียหายแล้วกลับใช้ความได้เปรียบนี้แสวงหาความสุขทางเพศจากผู้เสียหายที่เป็นผู้สืบสันดาน หรือบุตรบุญธรรมของตนเอง ซึ่งเป็นการยากที่ผู้เสียหายจะขัดขืนป้องกันได้ เนื่องจากผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้เสียหายในทุกด้านไม่ว่าจะเป็นเรื่องการศึกษา ที่อยู่อาศัย อาหารการกิน ค่าใช้จ่ายภายในครอบครัว เป็นต้น ดังนั้นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 จึงได้บัญญัติเพิ่มโทษให้หนักขึ้น เพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดขึ้น ทั้งนี้ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าปัญหาการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ โดยเฉพาะผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตต่อกันนั้นจะทำให้เกิดผลกระทบโดยตรงต่อบุตรที่เกิดมา โดยจะมีโอกาสเป็นโรคปัญญาอ่อนและร่างกายไม่สมประกอบจิตใจไม่ปกติซึ่งจะก่อภาระแก่ผู้เลี้ยงดูและสังคมต่อไปในอนาคต ซึ่งเป็นอีกเหตุผลหนึ่งที่กฎหมายบัญญัติเพิ่มโทษผู้กระทำให้หนักขึ้นกว่าบุคคลทั่วไป เพื่อจะได้เป็นการป้องกันและยังลงโทษให้เหมาะสมกับการกระทำความผิดด้วย อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 นี้ ผู้เขียนเห็นว่ายังมีข้อบกพร่องหรือช่องว่างอยู่ คือ การกำหนดตัวผู้ที่กระทำความผิด และ การกำหนดฐานความผิด

ประการแรก เรื่องการกำหนดตัวผู้กระทำความผิดที่ต้องรับโทษหนักขึ้น จะเห็นได้ว่าตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 นั้นบัญญัติลงโทษหนักขึ้นเฉพาะผู้กระทำที่เป็นบุพการีเท่านั้น ซึ่งบุพการีหมายถึง เครือญาติ ซึ่งสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป อันได้แก่ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ตามความเป็นจริงเท่านั้น ไม่รวมถึงบิดามารดาเลี้ยง และผู้รับบุตรบุญธรรม ดังนั้นหากเป็นการกระทำความผิดอันเกิดจากเครือญาติอื่นที่มีใช่บุพการี เช่น ผู้กระทำความผิดเป็นผู้สืบสันดาน ซึ่งได้แก่ ลูก หลาน เหลน ลื้อ หรือ ลุง ป้า น้า อา หรือเป็นที่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกัน หรือเป็นการกระทำของบิดาเลี้ยง หรือเป็นการกระทำของผู้รับบุตรบุญธรรมต่อบุตรบุญธรรมที่บรรลุนิติภาวะแล้ว จะไม่สามารถเพิ่มโทษผู้กระทำผิดให้หนักขึ้น 1 ใน 3 ได้ เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 มิได้บัญญัติให้เพิ่มโทษได้จึงต้องลงโทษเช่นเดียวกับบุคคลปกติทั่วไปกระทำ ซึ่งถือว่ายังไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบัน ทำให้การคุ้มครองป้องกันไม่ได้ผลดีเท่าที่ควร ทั้ง ๆ ที่ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำต่างก็เป็นเครือญาติกัน ซึ่งมีโอกาสหรือมีความได้เปรียบมากกว่าบุคคลอื่น ๆ ในการกระทำความผิดได้เท่า ๆ กับผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นบุพการีของผู้ถูกกระทำ และบุตรที่จะเกิดมาจากการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต ก็มีความเสี่ยงต่อความผิดปกิต่างสมองและจิตใจเช่นเดียวกับบุตรที่เกิดจากการกระทำความผิดของบุพการีด้วย

ประการที่สอง เรื่องของฐานความผิดจะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 บัญญัติฐานความผิดว่าจะต้องถูกลงโทษเฉพาะการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา

276 และการกระทำชำเราเด็กหญิงที่อายุไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กหญิงจะยินยอมหรือไม่ก็ตามมาตรา 277 เท่านั้น แต่กรณีการร่วมประเวณีโดยสมัครใจยินยอมทั้งสองฝ่ายระหว่างบุพการีและผู้สืบสันดานที่เป็นหญิงอายุกว่า 15 ปีแล้ว หรือการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติอื่นๆ เช่น พี่ชายกับน้องสาว พี่สาวกับน้องชาย ลุง น้ำ อากับหลานสาว โดยความสมัครใจยินยอมและฝ่ายหญิงมีอายุเกิน 15 ปี แล้วก็จะไม่เป็นความผิด จึงเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันยังไม่เหมาะสมและคุ้มครองผู้เสียหายไม่ครอบคลุมเพียงพอทั้ง ๆ ที่การกระทำดังกล่าวเป็นการผิดประเพณีและศีลธรรมอย่างมาก

ในส่วนของการคุ้มครองป้องกันการข่มขืนกระทำชำเราจากบุคคลที่เป็นเครือญาตินั้น ปัจจุบันมีการคุ้มครองทางกฎหมายอาญา ซึ่งจะมีโทษในทางกฎหมายอาญาเป็นหลักการคุ้มครองป้องกัน ดังที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 บัญญัติว่าหากได้มีการข่มขืนกระทำชำเราผู้สืบสันดานหรือกระทำชำเราผู้สืบสันดานที่อายุไม่เกิน 15 ปีแล้ว ผู้กระทำจะต้องถูกเพิ่มโทษหนักขึ้นอีกหนึ่งในสามส่วน ซึ่งเป็นโทษที่หนักกว่าบุคคลทั่วไปที่ได้รับ และนอกจากการเพิ่มโทษให้หนักขึ้นตามมาตรา 285 แล้ว หากยังมีการกระทำความผิดซ้ำขึ้นอีกก็จะถูกเพิ่มโทษฐานเป็นผู้กระทำความผิดซ้ำอีกตามมาตรา 93 ซึ่งก็ถือว่าเป็นการเหมาะสมกับการกระทำความผิด หากได้นำมาใช้จริงจึงจะช่วยป้องปรามให้มีการกระทำความผิดน้อยลงได้ การคุ้มครองทางกฎหมายอาญาต่อมา คือ วิธีการเพื่อความปลอดภัย วิธีการนี้เป็นการป้องกันที่ดีและเหมาะสม เพราะผู้ที่ถูกใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ที่ศาลพิพากษาว่ามีความผิด เพียงแต่ผู้นั้นอาจจะก่อเหตุร้ายเท่านั้น ศาลก็สามารถนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้ได้ เช่น ศาลจะสั่งให้คุมตัวผู้กระทำความผิดติดนิสสัยไว้ภายในเขตที่กำหนด หรือการห้ามเข้าเขตที่ศาลกำหนด หรือกักกันผู้นั้นไว้ไม่ให้ไปก่อเหตุร้ายได้ ดังนั้นหากนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้ให้มากขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมก็สามารถคุ้มครองป้องกันการข่มขืนกระทำชำเราจากบุคคลที่เป็นเครือญาติได้มากขึ้นด้วย

จากการศึกษาเรื่องความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติมาแล้วข้างต้น เห็นว่าหากมีการบัญญัติความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติไว้เป็นการเฉพาะแล้วมีจะข้อดีและข้อเสียดังนี้

ข้อดี

1. จะเป็นการคุ้มครองพันธกรรมของประชากรในประเทศ ซึ่งหากมีกฎหมายห้ามไว้โดยเฉพาะทุกกรณีก็จะเป็นการลดการร่วมประเวณีที่ผิดประเพณี และศีลธรรมเช่นนี้ลงไปอย่างมาก ประชากรที่อ่อนแอ หรือได้รับการถ่ายทอดพันธุกรรมที่มีลักษณะด้อยจากบิดามารดา หรือจากเครือญาติที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกันก็จะน้อยลงหรือไม่มีเลย ทำให้ประเทศมีประชากรที่แข็งแรงและมีคุณภาพ การพัฒนาประเทศ ก็จะเป็นไปได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ

2. เป็นการคุ้มครองความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีงามของสังคม ทำให้ครอบครัวสงบสุขขึ้น และไม่วุ่นวายจากการสมสู่กันเองในระหว่างเครือญาติ ซึ่งจะเป็นการอนุรักษ์ครอบครัวที่บริสุทธิ์เอาไว้ และจะได้ลดพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมซึ่งเป็นที่น่ารังเกียจของคนในสังคมให้น้อยลง เนื่องจากมีกฎหมายออกมาห้ามปรามและมีบทลงโทษ

ข้อเสีย

หากมีการบัญญัติความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ อาจจะไม่ได้รับความร่วมมือจากบุคคลในครอบครัวในการเป็นพยาน หรือแจ้งความว่ามีกรกระทำผิดเกิดขึ้น เนื่องจากอาจจะทำให้เกิดปัญหาครอบครัวแตกแยกในภายหลังได้ และหากกรณีและผู้เสียหายเป็นเด็กหรือผู้เยาว์ ซึ่งอาศัยอยู่กับผู้กระทำซึ่งอาจเป็นบุพการีหรือ ลุง ป้า น้า อา พี่ บิดาเลี้ยง หรือผู้รับบุตรบุญธรรม หากไปแจ้งความก็อาจจะถูกดำเนินหรือถูกตราหน้าว่าเป็นคนออกตัญญูที่ทำให้ผู้มีบุญคุณต้องถูกลงโทษ

ข้อเสนอแนะ

1. การร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติกันนั้น ถือว่าเป็นการผิดประเพณี ศีลธรรม และมีผลเสียต่อคุณภาพประชากรของประเทศหากเป็นการร่วมประเวณีระหว่างเครือญาติที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต และยังเป็นปัญหาต่อสังคมอีกด้วย จึงเห็นว่าสมควรที่จะกำหนดให้การร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติกัน โดยความสมัครใจยินยอมทั้งสองฝ่ายเป็นความผิด ไม่ว่าจะป็นระหว่างพ่อกับลูกสาว แม่กับลูกชาย พี่ชายกับน้องสาว พี่สาวกับน้องชาย หรือระหว่างลุง ป้า น้า อา ปู่ ย่า ตา ยาย กับหลาน หรือระหว่างบิดามารดาเลี้ยงกับบุตรเลี้ยง หรือผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมโดยลงโทษทั้งชายและหญิงที่รู้ว่าคู่ร่วมประเวณีเป็นเครือญาติของตน โดยโทษนั้นอาจมากน้อยไม่เท่ากันก็ได้โดยคำนึงถึงความเสี่ยงในการเกิดโรคติดต่อทางพันธุกรรม หรือความบกพร่องทางร่างกาย และการยอมรับจากสังคมเป็นหลักในการพิจารณา เช่น การร่วมประเวณีของบุพการีกับผู้สืบสันดาน และระหว่างพี่กับน้อง อาจมีอัตราโทษมากกว่าการร่วมประเวณีระหว่างลุง ป้า น้า อา กับหลาน หรือบิดามารดาเลี้ยงกับลูกเลี้ยง หรือผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมก็ได้

2. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 โดยการเพิ่มโทษให้หนักขึ้นหนึ่งในสามส่วนในกรณีการข่มขืนกระทำชำเราหญิง และกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี โดยเครือญาติต่อไปนี้

2.1 กรณีที่ผู้สืบสันดานไปข่มขืนกระทำชำเราบุพการี เพราะว่าการทำร้ายร่างกาย หรือฆ่าบุพการีกฎหมายยังกำหนดโทษหนักขึ้น ดังนั้นการข่มขืนกระทำชำเราบุพการีก็ควรที่จะถูกลงโทษหนักขึ้นเช่นเดียวกัน

2.2 กรณีการข่มขืนกระทำชำเราหญิงตามมาตรา 276 หรือกระทำชำเราเด็กหญิงที่อายุไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 277 ที่พี่ชายกระทำต่อน้องสาว หรือน้องชายกระทำต่อพี่สาว

2.3 กรณีที่ ลุง น้ำ อ่า ช่มขึ้นกระทำชำเรา หรือกระทำชำเราหลานสาว หรือบิดาเลี้ยงช่มขึ้นกระทำชำเรา หรือกระทำชำเราบุตรเลี้ยงตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 หรือ มาตรา 277 และกรณีผู้รับบุตรบุญธรรมช่มขึ้นกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นบุตรบุญธรรม (ที่บรรลุนิติภาวะแล้ว) ตามมาตรา 276

3. นอกจากการเพิ่มโทษแล้ว ควรนำมาตรการอย่างอื่นมาปฏิบัติควบคู่ไปกับการลงโทษจำคุก ดังได้กล่าวแล้วว่าการร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาตินั้น เป็นความผิดปกติทางเพศอย่างหนึ่งซึ่ง ผิดแผกแตกต่างไปจากวิญญูชนทั่วไปกระทำ ดังนั้นการลงโทษอย่างเดียวอาจไม่บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองป้องกันได้ ดังนั้นจึงควรนำผู้กระทำผิดไปตรวจสุขภาพจิตโดยละเอียด เพื่อหาสาเหตุและแรงกระตุ้นให้กระทำผิด จากนั้นต้องมีการส่งตัวไปบำบัดรักษาทางจิตใจด้วย นอกจากนั้นควรใช้ธรรมะในการขัดเกลากจิตใจของผู้กระทำด้วย หากรักษาไม่หายอาจใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย เช่นการควบคุมผู้กระทำความคิดไว้ที่ใดที่หนึ่ง หรือทำการตอน หรือทำหมัน เพื่อป้องกันการตั้งครรภ์และลดความต้องการร่วมประเวณี หากอาการดีขึ้นหรือหายเป็นปกติ เมื่อพ้นโทษแล้วอาจใช้วิธีการควบคุมความประพฤติเพื่อเป็นการคั่นนิสัยจะได้ไม่กระทำผิดซ้ำอีก โดยจะช่วยให้บุคคลที่สมควรใช้วิธีการนี้สามารถกลับตัวเป็นคนดีได้

4. ควรตั้งหน่วยงานของรัฐหรือเอกชน ขึ้นมาโดยเฉพาะเพื่อการนี้และให้มีอำนาจหน้าที่รับตัวผู้เสียหายไปบำบัดฟื้นฟูสภาพจิตใจคอยปลอบประโลมให้กำลังใจ ให้ความช่วยเหลือแนะนำตามสมควร โดยอาจหาที่อยู่และอาชีพใหม่ให้ทำ เพราะบางรายที่ยังไม่เคยผ่านการร่วมประเวณีมาก่อนจะมีการกระทบกระเทือนทางจิตใจมากกว่าคนที่เคยผ่านการร่วมประเวณีมาแล้ว โดยอาจไม่ยอมเข้าสังคม ไม่เรียนหนังสือ จะทำให้เสียอนาคตได้ จึงจำเป็นต้องมีเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐคอยให้คำแนะนำ ปลอบประโลม เพื่อให้ลบล้างความอับอายและควรกำหนดให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับคดีทุกคนเช่น ทนายความ พนักงานสอบสวน อัยการ และ ผู้พิพากษา เป็นผู้หญิงเท่านั้นเป็นผู้ดำเนินการเกี่ยวกับคดี และกระบวนการดำเนินคดีต้องเป็นความลับ ไม่ให้สื่อมวลชนเสนอข่าวไม่ว่าจะเป็นภาพถ่าย ชื่อ หรือรายละเอียดเกี่ยวกับตัวของผู้เสียหายเพื่อลดความกดดันและความอับอายซึ่งจะทำให้ผู้เสียหายมีความมั่นใจที่จะมาใช้สิทธิของตนอย่างเต็มที่

D
P
U

บรรณานุกรม

DPUC

ภาคผนวก

STATE CRIMINAL INCEST STATUTES

STATE	PROHIBITED RELATIONSHIPS	PROHIBITED ACT(S)	AGE (of actor) TO COMMIT	CLASSIFICATION AND PENALTY	AGGRAVATED DISTICTION
Alabama (1) <i>Code of Ala. §13A-13-3</i>	person known to be ancestor or descendant by blood; brother or sister of whole or half-blood or adoption; stepchild or stepparent while relationship still exists; aunt, uncle, nephew, or niece of whole or half blood	marriage or intercourse	unspecified	Class C felony	NO
Alaska (1) <i>Alaska Stat. §11.41.50</i>	person that is ancestor or descendant of the whole or half blood; brother or sister of whole or half blood; uncle, aunt, nephew, or niece by blood	sexual penetration	18	Class C felony	NO
Arizona (2) <i>A.R.S. §13-3608</i>	persons within degrees of consanguinity which make marriages void	marriage or intercourse	18	Class 4 felony	NO
Arkansas (2) <i>A.C.A §5-26-202</i>	person known to be an ancestor or descendant; stepchild or adopted child; brother or sister of the whole or half blood; an uncle, aunt, nephew, or niece; stepgrandchild or adopted grandchild	marriage, sexual intercourse, or deviate sexual activity	16	Class C felony Class A felony if victim under 16 and the actor is over 21 at time of offense	NO
California (3) <i>Cal Pen Code §285</i>	persons within degrees of consanguinity which make marriages void	marriage, sexual intercourse, adultery	unspecified	with state prison sentence	NO
Colorado (4) <i>C.R.S §18-6-301</i>	ancestor or descendant; brother or sister of whole or half blood; uncle, aunt, nephew, niece of whole blood	marriage, sexual penetration, sexual intrusion	unspecified	Class 4 felony	YES; Class 3 felony-victim under 10 (<i>18-6-302</i>)
Connecticut (5) <i>Conn Gen Stat §53a-191</i>	any person related within degrees specified in <i>46b-21</i>	marriage	unspecified	Class D felony	NO
Delaware (6) <i>11 Del C §766</i>	without regard to legitimacy or adoption, person that is child, parent, brother, sister, grandchild, niece or nephew, aunt or uncle, stepfather or stepmother, stepdaughter or stepson, stepgrandchildren	sexual intercourse	unspecified	Class A misdemeanor	NO
District of Columbia (7) <i>D.C. Code §22-1901</i>	any person related to another person (not including the 4 th degree of consanguinity)	marriage, cohabitation, sexual intercourse	unspecified	imprisonment for not more than 12 years	NO
Florida (7) <i>Fla Stat §826.04</i>	any person related by lineal consanguinity, or a brother, sister, uncle, aunt, nephew, or niece	marriage, sexual intercourse	unspecified	3 rd degree felony	NO

STATE CRIMINAL INCEST STATUTES

STATE	PROHIBITED RELATIONSHIPS	PROHIBITED ACT(S)	AGE (of actor) TO COMMIT	CLASSIFICATION AND PENALTY	AGGRAVATED DISTICTION
Georgia (8) <i>O.C.G.A. §16-6-22</i>	persons known to be (by blood or marriage): father and daughter or stepdaughter; mother and son or stepson; brother and sister of the whole or half blood; grandparent and grandchild; aunt and nephew; uncle and niece	sexual intercourse	unspecified	imprisonment for not less than one nor more than twenty years	NO
Hawaii (8) <i>H.R.S. §707-741</i>	persons within degrees of consanguinity which make marriages void	sexual penetration	unspecified	Class C felony	NO
Idaho (9) <i>Idaho Code §18-6602</i>	persons within degrees of consanguinity which make marriages void	marriage, sexual intercourse, adultery	unspecified	imprisonment for up to 10 years	NO
Illinois (9) <i>§720 ILCS 5/11-11</i>	person related to other person as a brother or sister; father or mother; stepfather or stepmother	sexual penetration	unspecified	Class 3 felony if victim is 18 and over	NO
Indiana (10) <i>Burns Ind Code Ann §35-46-1-3</i>	person known to be biological parent, child, grandparent, grandchild, sibling, aunt, uncle, niece, or nephew	sexual intercourse or deviate sexual conduct	18	Class C felony Class B felony if victim is under 16 at time of offense	NO
Iowa (10) <i>Iowa Code §726.2</i>	person known to be an ancestor, descendant, brother or sister of whole of half blood, aunt, uncle, niece, or nephew	sexual act	unspecified	Class D felony	NO
Kansas (11) <i>K.S.A. §21-3602</i>	person known to be biologically related as parent, child, grandparent of any degree, grandchild of any degree, brother, sister, half-brother, half-sister, uncle, aunt, nephew, or niece	marriage, sexual intercourse, sodomy	unspecified	Severity level 10 person felony when victim is 18 and over	YES; Severity level 5: marriage to person under 18. Severity level 7: intercourse, sodomy, lewd fondling of person 16-18 years. <i>21-3603</i>
Kentucky (12) <i>K.R.S. §530.020</i>	known ancestor, descendant, brother, or sister without regard to legitimacy, adoption, whole or half blood, or relationship by marriage	sexual intercourse or deviate sexual intercourse	unspecified	Class C felony	NO

STATE CRIMINAL INCEST STATUTES

STATE	PROHIBITED RELATIONSHIPS	PROHIBITED ACT(S)	AGE (of actor) TO COMMIT	CLASSIFICATION AND PENALTY	AGGRAVATED DISTICTION
Louisiana (12) <i>La R.S. §14:78</i>	persons known to each other as ascendant or descendent, brother or sister, uncle or niece, aunt or nephew	marriage or sexual intercourse	unspecified	imprisonment up to 15 years when between ascendant and descendant or brother and sister imprisonment up to 5 years, or up to \$1,000 fine when between uncle and niece or aunt and nephew	NO
Maine (14) <i>17-A M.R.S. §556</i>	persons known to be within the 2 nd degree of consanguinity (See 1-C)	sexual intercourse	18	Class D crime	NO
Maryland (16) <i>Md CRIMINAL LAW Code Ann §3-323</i>	persons who may not marry, generally within 3 degrees of lineal consanguinity (See 2-202)	vaginal intercourse	unspecified	felony; 1 to 10 years in prison	NO
Massachusetts (18) <i>ALM GL ch. 272 §17</i>	persons within degrees of consanguinity which make marriages void	marriage, sexual intercourse, sexual activities	unspecified	imprisonment of 2½ to 20 years	NO
Michigan (19) <i>MCLS §§750.520b - §750.520c</i>	Criminal Sexual Conduct in the 1 st and 2 nd degrees include when the actor is a “member of the same household” as the victim and when the actor is “related to the victim by blood or affinity to the 4 th degree”	sexual penetration	unspecified	1 st degree felony: life or any term of years 2 nd degree felony: not more than 15 years	NO
Minnesota (22) <i>Minn. Stat. §609.395</i>	person “nearer of kin to the actor than first cousin... whether of the half or the whole blood, with knowledge of the relationship”	sexual intercourse	unspecified	imprisonment of not more than 10 years	NO
Mississippi (23) <i>Miss. Code §97-29-27</i>	persons within degrees of consanguinity which make marriages void (93-1-1)	marriage	unspecified	imprisonment for up to 10 years and/or \$500 fine	NO
Missouri (24) <i>§568.020 R.S.Mo</i>	person known to be ancestor or descendant by blood or adoption; stepchild while the marriage creating the relationship exists; brother or sister of whole or half blood; or uncle, aunt, nephew, or niece of the whole blood.	marriage, sexual intercourse, deviate sexual intercourse	unspecified	Class D felony	NO

STATE CRIMINAL INCEST STATUTES

STATE	PROHIBITED RELATIONSHIPS	PROHIBITED ACT(S)	AGE (of actor) TO COMMIT	CLASSIFICATION AND PENALTY	AGGRAVATED DISTICTION
Montana (25) <i>Mont. Code §45-5-507</i>	person known to be an ancestor, a descendant, a brother or sister of the whole or half blood, or a stepson or stepdaughter, without regard to legitimacy or adoption	marriage, cohabitation, sexual intercourse, sexual contact	unspecified	life imprisonment or up to 100 years or \$50,000 fine life imprisonment or 4 to 100 years if victim is under 16 and offender is 3+ years older and inflicts bodily injury	NO
Nebraska (26) <i>R.R.S. Neb. §28-703</i>	person known to fall within degrees of consanguinity set forth in section 28-702 or any person who sexually penetrates a minor stepchild	marriage, sexual penetration	unspecified	Class 3 felony	NO
Nevada (26) <i>NRS §201.180</i>	persons within degrees of consanguinity which make marriages void	marriage, fornication, adultery	unspecified	Category B felony: 2 to 10 years imprisonment and up to \$10,000 fine	NO
New Hampshire (27) <i>RSA §639:2</i>	person known to be ancestor, descendant, brother or sister (whole or half blood), an uncle, aunt, nephew, or niece	marriage, cohabitation, sexual intercourse	18	Class B felony if victim under 18, maximum sentence of 20 years and minimum is ½ of maximum	NO
New Jersey (27) <i>N.J. Stat. §2C: 14-2</i>	when the actor is “related to the victim by blood or affinity to the 3 rd degree”	sexual penetration	unspecified	2 nd degree Crime	NO
New Mexico (29) <i>N.M. Stat. §30-10-3</i>	persons known to be parents and children (including grandparents and grandchildren of every degree), brothers and sisters of half and whole blood, uncles and nieces, or aunts and nephews	marriage or sexual intercourse	unspecified	3 rd degree felony	NO
New York (30) <i>NY CLS Penal §255.25</i>	persons known to be ancestor, descendant, brother or sister of whole or half blood, uncle, aunt, nephew, or niece	marriage, sexual intercourse, deviate sexual intercourse	unspecified	Class E felony	NO
North Carolina (31) <i>N.C. Gen Stat. §14-178</i>	person that is grandparent or grandchild; parent or child or stepchild or adopted child; brother or sister of whole or half blood; uncle, aunt, nephew, or niece	carnal intercourse	Unspecified	Class F felony Class B1 felony if victim under 13 and actor 4 years older or victim is 13-15 and actor is 6 years older Class C felony if victim is 13-15 and the actor is 4-6 years older	NO

STATE CRIMINAL INCEST STATUTES

STATE	PROHIBITED RELATIONSHIPS	PROHIBITED ACT(S)	AGE (of actor) TO COMMIT	CLASSIFICATION AND PENALTY	AGGRAVATED DISTICTION
North Dakota (32) <i>N.D. Code §12.1-20-11</i>	persons known to be within a degree of consanguinity which makes marriages void <i>14-03-03</i>	marriage, cohabitation, sexual activity	Unspecified	Class C felony	NO
Ohio (32) <i>ORC §2907.03</i>	actor is the victim's "natural or adoptive parent, or stepparent, guardian, custodian"	sexual conduct	unspecified	3 rd degree felony	NO
Oklahoma (34) <i>21 Okl. St. §885</i>	persons within degrees of consanguinity which make a marriage void	marriage, fornication, adultery	unspecified	felony punishable by sentence not to exceed 10 years	NO
Oregon (34) <i>ORS §163.525</i>	person known to be related, legitimately or otherwise, as ancestor, descendant, or brother or sister of whole or half blood	marriage, sexual intercourse, deviate sexual intercourse	unspecified	Class C felony	NO
Pennsylvania (35) <i>18 Pa.C.S. §4302</i>	ancestor or descendant, a brother or sister of whole or half blood, or an uncle, aunt, nephew, or niece of whole blood	marriage, cohabitation, sexual intercourse	unspecified	2 nd degree felony	NO
Rhode Island (35) <i>R.I.Gen Laws §11-37-8.1</i>	"1 st degree child molestation sexual assault" includes "sexual penetration with a person 14 years of age or under"		unspecified		NO
South Carolina (36) <i>S.C. Code §16-15-20</i>	victim and parent, grandparent, child, grandchild, stepparent, sibling, grandparent's spouse, child's spouse, grandchild's spouse, spouse's grandchild, sibling's daughter, parent's siblings	carnal intercourse	unspecified	imprisonment not less than 1 year and/or not less than \$500 fine	NO
South Dakota (36) <i>S.D. Codified Laws §22-22-19.1</i>	parents and children, ancestors and descendants, brother and sisters of half and whole blood, uncles and nieces, aunts and nephews, and cousins of half and whole blood (<i>25-1-6</i>)	sexual contact	unspecified	Class 5 felony	NO
Tennessee (37) <i>Tenn.Code §39-15-302</i>	any person known to be natural parent, child, grandparent, grandchild, uncle, aunt, nephew, niece, stepparent, stepchild, adoptive parent, adoptive child or brother and sister of the half or whole blood	sexual penetration	unspecified	Class C felony	NO
Texas (38) <i>Tex.Penal Cod. §25.02</i>	person known to be ancestor or descendant by blood or adoption; stepchild or stepparent while marriage creating relationship exists; aunt or uncle of whole or half blood; siblings of the whole of half blood or by adoption; nephews or nieces of	sexual intercourse, deviate sexual intercourse	unspecified	3 rd degree felony	NO

STATE CRIMINAL INCEST STATUTES

STATE	PROHIBITED RELATIONSHIPS	PROHIBITED ACT(S)	AGE (of actor) TO COMMIT	CLASSIFICATION AND PENALTY	AGGRAVATED DISTICTION
Utah (39) <i>Utah Code §76-7-102</i>	the whole or half blood person known to be an ancestor, descendant, brother, sister, uncle, aunt, nephew, niece, or first cousin, without regard to whole or half blood relationship, or adoption	sexual intercourse	unspecified	3 rd degree felony	NO
Vermont (39) <i>13 V.S.A. §205</i>	persons for whom marriages are prohibited by state laws	marriage, fornication	unspecified	imprisonment for not more than 5 years and/or \$1,000 fine	NO
Virginia (40) <i>Va. Code §18.2-366</i>	persons for whom marriages are prohibited; relations with children and grandchildren	adultery or fornication	unspecified	Class 1 misdemeanor Class 5 felony for relations with children and grandchildren Class 3 felony when victim is 13-18	NO
Washington (40) <i>ARCW §9A.64.020</i>	persons known to be an ancestor, descendant, brother, or sister of whole or half blood	1 st degree incest: sexual intercourse 2 nd degree incest: sexual contact	unspecified	1 st degree incest: Class B felony 2 nd degree incest: Class C felony	NO
West Virginia (41) <i>W. Va. Code §61-8-12</i>	engaging with father, mother, brother, sister, daughter, son, grandfather, grandmother, grandson, granddaughter, nephew, niece, uncle, or aunt	sexual intercourse or sexual intrusion	unspecified	felony: imprisonment of 5-15 years	NO
Wisconsin (43) <i>Wis. Stat. §944.06</i>	persons known to be "blood relative and such relative is in fact related in a degree within which the marriage...is prohibited by the law"	marriage, sexual intercourse	unspecified	Class F felony	NO
Wyoming (44) <i>Wyo. Stat. §6-4-402</i>	persons known to an ancestor or descendant or a brother or sister of the whole of half blood, including relationships of parent and child by adoption, blood relationships without regard to legitimacy, stepparent and stepchild	sexual intrusion, sexual contact	unspecified	felony: imprisonment up to 5 years; fine up to \$5,000	NO

ประวัติผู้เขียน

นายสุพจน์ เครือคล้าย เกิดเมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน 2513 ที่เขตบึงกุ่ม กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาชั้นมัธยมศึกษาตอนปลายจากโรงเรียน จันทรหุ่นบำเพ็ญ นิติศาสตรบัณฑิต รุ่นที่ 20 จากมหาวิทยาลัยศรีปทุม หลักสูตรวิชาว่าความของสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสหภาพนายความ รุ่นที่ 7 และเนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 49 จากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

ปัจจุบันประกอบอาชีพทนายความและธุรกิจส่วนตัว

D
P
U