

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา : ศึกษาขอบเขตของการให้ความยินยอม
โดยผู้เสียหาย

ณัฐวรรณ ดวงกางใต้

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธีดี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2558

The Offence of Rape: A Study of The Extent of Person's Consents

Nattawan Duangkangtai

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws**

Department of law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2015

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา : ศึกษาขอบเขตของการให้ความ ยินยอมโดยผู้เสียหาย
ชื่อผู้เขียน	ณัฐวรรณ ดวงกางใต้
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชุตินันท์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2557

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาเกี่ยวกับ ปัญหาขอบเขตของการให้ความ
ยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น มาตรา 276 ในประมวลกฎหมาย
อาญาของไทย โดยมุ่งศึกษาในเรื่องขอบเขตของการให้ความยินยอมของผู้เสียหาย การบอกถอน
ความยินยอมของผู้เสียหาย ซึ่งความไม่ชัดเจนของขอบเขตการให้ความยินยอมของผู้เสียหายนั้น
ส่งผลต่อการพิจารณาข้อเท็จจริงในชั้นพิจารณาคดีและแนวทางในการต่อสู้คดีของคู่ความ โดยจะได้
วิเคราะห์และเปรียบเทียบขอบเขตของการให้ความยินยอมของผู้เสียหายในกฎหมายไทยและ
กฎหมายต่างประเทศ รวมถึงวิเคราะห์ในส่วนของบทสันนิษฐานของกฎหมายที่บัญญัติคุ้มครอง
สิทธิของผู้เสียหายที่มีความบกพร่องในการให้ความยินยอม

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนได้เสนอแนะให้มีการแก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมาย
อาญาของไทย ในบทบัญญัติกฎหมายอาญาภาคความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ ให้มี
ขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนั้นรวมไปถึงกรณีมีการกระทำชำเราภายหลัง
ผู้เสียหายบอกถอนความยินยอมให้เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นด้วย นอกจากนี้แล้วยัง
เสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายอาญาให้มีข้อสันนิษฐานของกฎหมายเกี่ยวกับ
ข้อเท็จจริง วิสัยและพฤติการณ์ใดๆ ของการกระทำที่สื่อไปในทางที่ผู้กระทำน่าจะกระทำโดยที่
ผู้เสียหายนั้นไม่ให้ความยินยอม

โดยในส่วนของ การเสนอแนะนั้นผู้เขียนได้นำหลักการของกฎหมายต่างประเทศ อัน
ได้แก่ อังกฤษ สหรัฐอเมริกา และเยอรมนี ที่มีบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นใน
ลักษณะคล้ายคลึงและแตกต่างกันนั้นมาเป็นแนวทางในการปรับแก้ไขกฎหมายไทยเพื่อให้กฎหมาย
ไทยทันต่อยุคสมัยและปัญหาของอาชญากรรมทางเพศ ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นที่
รุนแรงมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นประโยชน์ในการพัฒนาและปรับปรุงกฎหมายอาญาของไทยให้
สอดคล้องเหมาะสมกับสภาพสังคมให้มีความสมบูรณ์และทันสมัยมากยิ่งขึ้น

Thesis Title	The offense of rape: A study of the extent of person's consents.
Author	Nattawan Duangkangtai
Thesis Advisor	Assoc. Prof. Achariya Chutinun
Department	Law
Academic Year	2014

ABSTRACT

This study is about how individuals consent or withdraw consent to sexual intercourse that is often consisting of unwanted intercourse accomplished by means of force or fear. The extent of consent regarding Rape of the provision 276 the Criminal Code of Thailand that has unclear about definition of withdrawal consent given by a person, which impacts a consideration of fact in the trial and It is hard to prove by The burden of proof thus, The state or a complainant has to prove lack of consent beyond reasonable doubt. The lack of consent may result from either forcible compulsion by the perpetrator or an incapacity to consent on the part of the victim. The research analyzes and compares the extent of consent between Thailand laws and international laws.

The author suggests to amend the provisions in the Criminal Code of Thailand about a scope of the offense of rape including withdrawal consent, a presumptions of law and presumptions of fact. In cases where defendant claims a reasonably believe that she consents as a defense, the defendant has the burden to prove the incapacity or any circumstance by a preponderance of the evidence.

As the suggestions, the author has taken the principles of international law, including the UK, USA and Germany with the provisions found a similar and different to modify the laws of Thailand to solve problem of sex crimes. This is to be useful in the development and improvement of Thailand laws in accordance with the society provides a more complete and up to date.

กิตติกรรมประกาศ

ในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ นับตั้งแต่ได้เริ่มทำการศึกษาข้อมูลจนกระทั่งสำเร็จ ผู้เขียนต้องกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ ที่ได้กรุณาเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาให้กับผู้เขียน โดยได้กรุณาให้คำแนะนำ ให้คำปรึกษาและให้ข้อคิดอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ทำให้ผู้เขียนมองเห็นแนวทางในการศึกษา อีกทั้งยังสละเวลาอันมีค่าในการชี้แนะแนวทางในการปรับปรุงและตรวจแก้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้อย่างละเอียดจนสำเร็จลุล่วงด้วยดี

นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒกุล ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่ได้ให้คำแนะนำและชี้แนะข้อบกพร่องเพื่อให้ผู้เขียนได้แก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น พร้อมกันนี้ผู้เขียนขอขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร.ประธาน วัฒนวานิชย์และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท ที่ได้ให้ความกรุณาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์และได้แนะนำแนวทางแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี และผู้เขียนขอขอบพระคุณคณาจารย์ผู้ประสิทธิ์ประสาทวิชาทุกท่านและผู้เขียนทุกท่านมาในโอกาสนี้ด้วย

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดาของผู้เขียน ที่ให้การเลี้ยงดู ส่งเสียและสนับสนุนผู้เรียนมาเป็นอย่างดีโดยตลอด ขอบพระคุณที่ให้กำลังใจให้โอกาสทางการศึกษาแก่ผู้เขียน ขอกราบขอบพระคุณคุณตาคุณยายที่เลี้ยงดูและคอยอบรมสั่งสอนผู้เขียน ขอขอบคุณญาติพี่น้องทุกคนที่ให้กำลังใจและสนับสนุนผู้เรียนเสมอมา และขอขอบคุณกัลยาณมิตรของผู้เขียนทุกคนที่คอยให้กำลังใจและให้คำปรึกษารวมทั้งช่วยเหลือในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จลุล่วงด้วยดี

ท้ายที่สุดนี้ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะสามารถนำไปใช้ให้เกิดประโยชน์ต่อกระบวนการยุติธรรมและสังคมไทยได้ไม่มากนักน้อย ผู้เขียนขอขอบคุณความดีของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้แก่บิดา มารดา ตายาย และขออุทิศแด่ปู่ย่าผู้ล่วงลับ ทั้งครูบาอาจารย์ ตลอดจนผู้แต่งหนังสือ บทความและวิทยานิพนธ์ทุกท่านที่ผู้เขียนได้ใช้อ้างอิงในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หากมีข้อผิดพลาดในส่วนใดผู้เขียนใคร่ขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

ณัฐวรรณ ดวงกางใต้

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ฅ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
1.3 สมมติฐานการศึกษา.....	6
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	6
1.5 วิธีการศึกษา.....	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	7
2. แนวคิดและการตีความเกี่ยวกับขอบเขตความยินยอมในกฎหมายอาญา.....	9
2.1 แนวคิดในการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นเหยื่ออาชญากรรมในความผิดเกี่ยวกับเพศ.....	11
2.1.1 การคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นเหยื่ออาชญากรรมในความผิดเกี่ยวกับเพศ....	11
2.1.2 การคุ้มครองผู้เสียหายตามหลักศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์.....	13
2.1.3 การคุ้มครองผู้เสียหายตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ.....	14
2.1.4 การคุ้มครองผู้เสียหายตามปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศ.....	16
2.2 แนวคิดและหลักการของกฎหมายอาญา.....	20
2.2.1 หลักประกันในกฎหมายอาญา.....	20
2.2.2 หลักเกณฑ์การตีความกฎหมาย.....	23
2.2.3 คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้การตีความกฎหมายอาญา.....	28
2.3 ความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดอันอาจกระทำได้กับความยินยอมที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด.....	31
2.3.1 ความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดอาญา.....	31
2.3.2 ความหมายของความยินยอม.....	33

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
2.3.3 ลักษณะของความยินยอม.....	36
2.3.4 ความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมาย.....	38
2.3.5 ความสามารถของผู้ให้ความยินยอม.....	41
2.3.6 ระยะเวลาในการให้ความยินยอม.....	43
2.4 ขอบเขตของการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น.....	44
2.4.1 ขอบเขตความรับผิดทางอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น.....	45
2.4.2 คุณธรรมทางกฎหมายกับการวินิจฉัยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น.....	53
2.4.3 ขอบเขตของการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.....	55
2.4.4 การรับรองสิทธิผู้เสียหายในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ.....	61
3. ขอบเขตของการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในต่างประเทศ.....	65
3.1 ขอบเขตความรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในประเทศอังกฤษ.....	65
3.1.1 ลักษณะของการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ.....	67
3.1.2 ขอบเขตของการให้ความยินยอม.....	71
3.1.3 ข้อสันนิษฐานที่อาจหักล้างได้และไม่อาจหักล้างได้.....	75
3.1.4 ขอบเขตของการบอกถอนความยินยอม.....	78
3.2 ขอบเขตความรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในประเทศสหรัฐอเมริกา.....	79
3.2.1 ขอบเขตอายุที่สามารถให้ความยินยอม.....	79
3.2.2 ขอบเขตของการให้ความยินยอม.....	80
3.2.3 ขอบเขตของการบอกถอนความยินยอม.....	81
3.3 ขอบเขตความรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	85
3.3.1 ขอบเขตของการให้ความยินยอมในประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	85
3.3.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี.....	87

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4. วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมกับความรับผิดชอบข้ามพรมแดนกระทำซ้ำเราผู้อื่นตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ	93
4.1 ปัญหาขอบเขตการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความรับผิดชอบข้ามพรมแดนกระทำซ้ำเราผู้อื่น.....	93
4.1.1 วิเคราะห์ขอบเขตการให้ความยินยอม.....	94
4.1.2 วิเคราะห์ภาระการพิสูจน์คดีของผู้เสียหายในความผิดฐานข้ามพรมแดนกระทำซ้ำเราผู้อื่น.....	98
4.1.3 วิเคราะห์ขอบเขตการบอกถอนความยินยอม.....	99
4.2 วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเพื่อหาขอบเขตที่เหมาะสมของการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมกับอาชญาฐานความผิดทางข้ามพรมแดนกระทำซ้ำเราผู้อื่น.....	101
4.2.1 วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเพื่อหาขอบเขตที่เหมาะสมของการให้ความยินยอม.....	101
4.2.2 วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมายเพื่อหาขอบเขตที่เหมาะสมของการบอกถอนความยินยอม.....	109
4.3 เปรียบเทียบขอบเขตความยินยอมภาระพิสูจน์และการถอนความยินยอมในความผิดฐานข้ามพรมแดนกระทำซ้ำเราตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ	111
4.3.1 เปรียบเทียบบทนิยามความยินยอมตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ..	111
4.3.2 เปรียบเทียบภาระพิสูจน์ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ.....	115
4.3.3 เปรียบเทียบการบอกถอนความยินยอมตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ.....	116
4.4 เหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดขอบเขตที่เหมาะสมของการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมกับความผิดฐานข้ามพรมแดนกระทำซ้ำเราผู้อื่น.....	118
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	120
5.1 บทสรุป.....	120
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	123
บรรณานุกรม.....	126
ประวัติผู้เขียน.....	132

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ประเทศไทยใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) การใช้และการตีความกฎหมาย โดยเฉพาะในกฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันและรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐเพื่อไม่ให้รัฐได้รับความเสียหายจากการกระทำของบุคคลใด การลงโทษผู้ฝ่าฝืนกฎหมายนั้นมุ่งเน้นแก้ไขตัวผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ รัฐจึงมีอำนาจเข้าไปแทรกแซงการกระทำที่เป็นภัยต่อสังคมเพื่อความถูกต้องตามหลักศีลธรรมและความสงบเรียบร้อยของสังคม ในหลักความยินยอมของผู้เสียหายที่ทำให้การกระทำของผู้กระทำไม่มีความผิด ตามหลักสุภาษิตลาตินที่ว่า “Volenti non fit injuria” ตามกฎหมายอาญาหลักดังกล่าวจะนำมาใช้ในทางอาญาย่อมอยู่ในขอบเขตที่จำกัด เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติเรื่องนี้ไว้แต่อย่างใด และในประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้กำหนดขอบเขตของความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายอาญาไว้

ปัญหาเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายในกฎหมายอาญา ในความผิดเกี่ยวกับเพศฐาน ข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 กฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐานนี้ไว้อย่างชัดเจน รัฐจึงควรมีมาตรการป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นโดยกำหนดขอบเขตของการให้ความยินยอมของผู้เสียหายไว้ให้ชัดเจน เพื่อไม่ให้เกิดผลร้ายที่จะกระทบถึงตัวผู้เสียหายและสังคมโดยรวม ปัญหาการก่ออาชญากรรมโดยการข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นส่งผลกระทบร้ายแรงโดยตรงต่อผู้เป็นเหยื่อ ซึ่งในความเป็นจริงแล้วไม่มีแนวทางใดที่จะรักษาบาดแผลภายในจิตใจของผู้เสียหายที่ได้รับจากการกระทำดังกล่าว ยกตัวอย่างเช่น กรณีการข่มขืนกระทำชำเราหญิงพิการทางด้านร่างกายเพราะเหตุที่หญิงมีร่างกายที่ไม่สมประกอบ โดยผู้กระทำอาศัยเหตุที่ผู้เสียหายอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถขจัดขึ้นได้เช่นนั้น สามารถข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายได้โดยง่ายเพราะเหตุที่ผู้เสียหายไม่สามารถขจัดขึ้นได้ด้วยแรงทางกายภาพ ซึ่งเป็นที่ผู้เสียหายอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถขจัดขึ้นได้ด้วยเหตุจากร่างกายของหญิงเอง โดยที่ผู้กระทำไม่ได้กระทำให้หญิงเป็นเช่นนั้น ผลกระทบที่ตามมาย่อมมีความแตกต่างจากกรณีของการให้ความ

¹ จาก ความยินยอมในกฎหมายอาญา (น. 143), โดย กมลชัช รัตนสกววงศ์, 2524, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ยินยอมในบริบทอันเป็นที่ยอมรับของสังคมตามรูปแบบจารีตประเพณี อันเป็นการสอดคล้องกับหลักสากล ซึ่งแม้เป็นความคิดต่อส่วนตัวแต่ความยินยอมของผู้เสียหายย่อมเป็นเหตุยกเว้นความคิดของผู้กระทำได้ อาทิเช่น การตัดผม การตัดเล็บ การเสริมสวย การเล่นกีฬาหรือการชกมวยตามกฎหมาย กติกา เล่นสาดน้ำสงกรานต์ เป็นต้น จึงเห็นได้ว่าในเรื่องความยินยอมของไทยใช้หลักนโยบายรัฐซึ่งความยินยอมนั้นต้องเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหาย ต้องไม่ขัดต่อประโยชน์ของสาธารณะหรือความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา

สำหรับประเทศไทยในเรื่อง “ความยินยอม” ซึ่งนำมาใช้ยกเว้นความผิดในกฎหมายอาญาได้นั้น ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508² วินิจฉัยว่า “หลักทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญา” ความยินยอมนั้นจะต้องเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อ “สำนึกในศีลธรรมอันดี” และมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้น เป็นข้อยกเว้นมิ

² คำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 การยอมความในความคิดอันยอมความได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญามาตรา 35 วรรค 2 และ 39(2) นั้น เป็นการกระทำภายหลังที่ความคิดได้เกิดขึ้นแล้ว มิใช่การที่จะกระทำกันไว้ล่วงหน้าก่อนการกระทำความผิด ข้อตกลงล่วงหน้าก่อนมีการกระทำความผิดจะถือเป็นการยอมความตามบทกฎหมายดังกล่าวไม่ได้ บุคคลจะตกลงกันไว้ก่อนว่าจะไม่ฟ้องคดีอาญา ถ้าหากจะมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นต่อไปข้างหน้า ข้อตกลงนั้นหากมีผลก่อให้เกิดหนี้ที่จะผูกพันคู่กรณีให้อำนาจงดเว้นไม่ฟ้องคดีอาญาเช่นว่านั้นแต่ประการใดไม่ เพราะอำนาจฟ้องคดีอาญาจะมีอยู่หรือไม่ นั้น มิได้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายลักษณะหนี้ในทางแพ่งหากอยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญาอีกส่วนหนึ่ง ข้อตกลงว่าจะไม่ฟ้องคดีอาญานั้น อาจถือเป็นการยินยอมให้กระทำการที่ตามปกติต้องด้วยบทบัญญัติว่าเป็นความผิดได้ มีหลักทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญาตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 616/2482 และคำพิพากษาฎีกาที่ 787/2483 ว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีและมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้ ข้อตกลงระหว่างโจทก์จำเลย แม้ไม่ผูกพันโจทก์ให้ยินยอมอยู่เช่นนั้นตลอดไป แต่โจทก์ก็ได้ยินยอมให้จำเลยออกเช็ค โดยจะไม่ฟ้องเป็นความผิดอาญา เป็นความยินยอมที่มีอยู่จนถึงเวลาที่จำเลยโดยรู้ว่าไม่มีเงินในธนาคารอันเป็นการกระทำโดยเจตนาที่ความผิดประการหนึ่งซึ่งจำเลยได้กระทำลงตามความยินยอมความคิดกรณีนี้เป็นความผิดอันยอมความได้ ถือได้ว่าความเสียหายในการกระทำฐานนี้ไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี การกระทำที่โจทก์ฟ้องจึงไม่เป็นความผิดในทางอาญา (ประชุมใหญ่ครั้งที่ 17/2508).

ให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้³ เป็นกรณีที่น่ามาใช้กับความผิดอาญาที่เป็นความผิดอันยอมความได้⁴

ในเรื่องหลักความยินยอมในกฎหมายอาญานี้ ท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นกร เห็นว่า ความยินยอมของผู้เสียหายเกี่ยวข้องกับโดยตรงกับการสละ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ของผู้เสียหาย ซึ่งมีทั้งที่เป็นส่วนรวมและส่วนบุคคล การสละคุณธรรมทางกฎหมายส่วนบุคคลเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับส่วนตัวเท่านั้น คือการที่ผู้เสียหายสละการคุ้มครองโดยรู้ตัว ผู้เสียหายรู้ว่าจะเกิดผลอย่างไรแก่ตนในกรณีนั้น ฉะนั้นความยินยอมของผู้เสียหายจึงเกี่ยวข้องกับ “ผลของการกระทำ” มิใช่เกี่ยวข้องกับ “ตัวการกระทำ”⁵

นอกจากนี้ท่านรองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกาวงศ์ เห็นว่าความยินยอมมีทั้งที่อยู่ในโครงสร้างความผิดอาญาข้อแรก (Tatbestand) และที่อยู่ใน โครงสร้างความผิดอาญาข้อสอง บางฐานความผิดกฎหมายจะบัญญัติไว้ชัดเจน แต่บางกรณีแม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เลย แต่เป็นที่เข้าใจในเนื้อหาในความผิดฐานนั้นๆ ว่ามีองค์ประกอบภายนอกของโครงสร้างความผิดอาญาข้อแรกในเรื่องความยินยอมแฝงอยู่ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276⁶ เป็นต้น

หลักความยินยอมในกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้มีบัญญัติความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายอาญาไว้ในประมวลกฎหมายอาญาอย่างชัดเจนถึงนิยามหรือหลักเกณฑ์และขอบเขตของหลักนี้ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายอาญาในต่างประเทศอยู่มากที่ได้บัญญัติถึงความหมายของความยินยอม ขอบเขตของการให้ความยินยอม ความสามารถของผู้ให้ความยินยอม ตลอดจนผลของการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ขอบเขตของความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นเป็นเรื่องที่มีความสำคัญต่อการพิจารณาหรือวินิจฉัยความผิดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น เพื่อให้มีการลงโทษตัวผู้กระทำความผิดได้อย่างเหมาะสมเป็นธรรม ตลอดจนเป็นแนวทางในการลดความบอบช้ำภายในจิตใจของผู้เสียหายจากการที่ต้องแบกรับภาระพิสูจน์ลง จากการศึกษาทำให้ผู้เขียนเห็นว่ากรณีมีบทนิยามศัพท์หรือความหมายของ “ความยินยอม” ในกฎหมายอาญาในต่างประเทศทำให้การพิจารณาคดีเป็นไปได้ง่ายและรวดเร็วเพราะกฎหมายได้บัญญัติขอบเขตของความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น รวมไปถึงผลของการกระทำชำเราภายหลังมีการ

³ จาก *รวมคำบรรยายเนติบัณฑิตภาค 1*, 66, 1 (น. 145), โดย เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, 2556, เนติบัณฑิตยสภา.

⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508.

⁵ จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 276), โดย คณิต ฒ นกร, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁶ *ความยินยอมในกฎหมายอาญา* (น. 165). เล่มเดิม.

บอกถอนความยินยอมเอาไว้ ซึ่งศาลไม่จำเป็นต้องมาตีความความหมายของความยินยอมอีกต่อไป ประเทศไทยใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) เป็นระบบกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติกฎหมายให้อยู่ในลักษณะของประมวลกฎหมาย จึงเห็นควรบัญญัติขอบเขตของการที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบไว้ในประมวลกฎหมายอาญาให้ชัดเจนและแน่นอน

ปัญหาความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับขอบเขตการพิจารณาการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความรับผิดทางอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ส่งผลให้เป็นการผลักภาระการพิสูจน์ให้กับตัวผู้เสียหายที่จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า การกระทำชำเราของผู้กระทำผิดเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนเจตนาหรือไม่ได้กระทำด้วยความยินยอมของผู้เสียหาย กรณีที่ผู้เสียหายแจ้งความร้องทุกข์ว่ามีการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย ผู้ที่ตกอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ อาทิเช่น ด้วยเหตุที่ผู้เสียหายมีร่างกายที่ไม่สามารถช่วยเหลือตัวเองได้ มีร่างกายพิการ เป็นผู้วิกลจริตไม่สามารถเข้าใจถึงการร่วมประเวณีได้ หรือเป็นผู้ที่อยู่ในอาการมึนเมา หรือติดยาเสพติด กฎหมายควรบัญญัติข้อสันนิษฐานให้ชัดเจนว่า การกระทำชำเราผู้เสียหายที่อยู่ในกรณีเช่นนั้น กฎหมายจะสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้กระทำกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งอาจเป็นข้อสันนิษฐานที่ผู้กระทำนั้นอาจหาพยานหรือหลักฐานมาหักล้างได้ หากผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยพิสูจน์ได้ว่าผู้เสียหายนั้นยินยอมให้กระทำชำเราหรือขณะกระทำผู้เสียหายเข้าใจเนื้อหาของการร่วมประเวณี โดยอาจกำหนดเป็นข้อสันนิษฐานที่ไม่เด็ดขาดไว้ในประมวลกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ความเห็นของผู้เขียนในเรื่องการบอกถอนความยินยอม เป็นเรื่องที่ควรมีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นให้ชัดเจน เนื่องจากการบอกถอนความยินยอมภายหลังที่ผู้เสียหายให้การยินยอมในการร่วมประเวณีนั้นมีผลเท่ากับเป็นการให้ยุติการร่วมประเวณีลงถือว่าฝ่ายที่บอกถอนไม่สมัครใจร่วมประเวณีด้วยแล้ว ซึ่งหากฝ่ายที่ได้รับคำบอกถอนนั้นยังคงกระทำชำเราต่อไปย่อมเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนเจตนาของฝ่ายที่บอกถอน ผู้เขียนเห็นว่ายอมเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนเจตนาของอีกฝ่าย ผู้กระทำชำเราต่อจึงมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 แต่ทั้งนี้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนี้ ต้องนับจากมีการกระทำชำเราภายหลังที่อีกฝ่ายได้บอกถอนความยินยอมเป็นต้นไป ไม่ใช่ นับแต่มีการยินยอมร่วมประเวณีแต่แรก ด้วยเหตุผลดังกล่าวมานี้ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น จึงควรบัญญัติให้มีความครอบคลุมไปถึงกรณีที่มีการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหายว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนั้นรวมถึงการกระทำชำเราภายหลังจากที่ผู้อื่นนั้นได้บอกถอนความยินยอมที่ได้เคยให้ไว้ก่อนด้วย เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหาย ในปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาของไทยมีการรับรองหลักการที่จะยอมให้มีการยกอ้างความยินยอมมาเป็นเหตุปฏิเสธความรับผิดทางอาญาได้เพราะขาดองค์ประกอบความผิด

เฉพาะขณะที่ผู้ถูกระทำยังให้ความยินยอมอยู่เท่านั้น หากผู้ถูกระทำปฏิเสธหรือยุติการให้ความยินยอมเมื่อใด ผู้กระทำก็ต้องหยุดการกระทำทันที มิฉะนั้นผู้กระทำก็จะมีคามผิดอาญฐานนั้นได้เปรียบเทียบกับได้กับความผิดฐานบุกรุก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 364⁷ “เมื่อการเข้าไปในเคหสถาน โดยเจ้าบ้าน ไม่ยินยอม เป็นความผิดฐานบุกรุกเคหสถาน เช่นเดียวกับการเข้าไปหรือล่วงประเวณี โดยผู้ถูกระทำไม่ยินยอมก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และเมื่อการไม่ยอมออกจากเคหสถานเมื่อมีผู้มีสิทธิที่จะห้ามมิให้เข้าไปได้ไล่ให้ออกก็เป็นความผิดฐานบุกรุกเคหสถาน ดังนั้นการไม่ยอมหยุดการร่วมประเวณีเมื่อผู้ถูกล่วงประเวณีห้ามและให้ยุติการร่วมประเวณีนั้นเสีย การไม่ยอมหยุดการร่วมประเวณีก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ เพราะหากมีฝ่ายหนึ่งถอนหรือยุติความยินยอม อีกฝ่ายต้องหยุดการกระทำนั้นทันทีเช่นกัน”⁸

หากมีการบัญญัติถึงขอบเขตที่เหมาะสมของการให้ความยินยอมของผู้เสียหาย (Consent) และผลของการกระทำชำเราภายหลังมีการบอกถอนความยินยอม (Withdrawal Consent) เพิ่มเติมไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ในลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ ฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น มาตรา 276 ผู้เขียนเห็นว่าจะทำให้ประมวลกฎหมายอาญามีความชัดเจนและแน่นอนยิ่งขึ้น ซึ่งจะเป็นการรักษาสิทธิของผู้เสียหายในคดีนี้ได้เป็นอย่างมาก เหตุเพราะกฎหมายได้บัญญัติครอบคลุมไปถึงการมีข้อสันนิษฐานทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายไว้ในเบื้องต้นโดยผลของกฎหมาย เพื่อเป็นการลดภาระการพิสูจน์ความจริง ซึ่งในคดีข่มขืนกระทำชำเรา การฟ้องคดีหรือการสืบพยานมักสร้างความบอบช้ำภายในจิตใจของผู้เสียหายเพิ่มเติมขึ้นไปอีก จนในบางรายถึงขั้นที่อาจเรียกได้ว่าเป็นการข่มขืนใจซ้ำสอง

⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 364 “ผู้ใดโดยไม่มีเหตุอันสมควรเข้าไป หรือซ่อนตัวอยู่ใน เคหสถาน อาคารเก็บรักษาทรัพย์หรือสำนักงานในความครอบครอง ของผู้อื่น หรือ ไม่ยอมออกไปจากสถานที่เช่นนั้น เมื่อผู้มีสิทธิที่จะ ห้ามมิให้เข้าไปได้ไล่ให้ออก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือ ปรับไม่เกินสองพันบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ”

⁸ จาก “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหลังการกระทำชำเราด้วยความยินยอม”, โดย รัชกรณ บัญญัติ, 2553, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 39 (4), 786-787.

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาหลักประกันและการตีความกฎหมายอาญาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับหลักความยินยอมในกฎหมายอาญาและขอบเขตที่เหมาะสมของการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

2. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาผลกระทบที่เกิดจากความไม่ชัดเจนขอบเขตเกี่ยวกับการให้ความยินยอมตลอดจนจุดเริ่มต้นของเวลาในการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหายกับความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยและต่างประเทศ

4. เพื่อศึกษาหาแนวทางการพัฒนาและปรับปรุงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา โดยกำหนดบทนิยามความหมายขอบเขตที่เหมาะสมเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย และกำหนดเรื่องของความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ในมาตรา 276 ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ให้ชัดเจน เพื่อแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์คดีของคู่ความให้ได้รับความเป็นธรรม

1.3 สมมติฐานการศึกษา

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นยังไม่มีบทบัญญัติให้ความหมายหรือขอบเขตของความยินยอมและการบอกถอนความยินยอม ซึ่งยังขาดความชัดเจนแน่นอนเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตที่เหมาะสมของการให้ความยินยอมของบุคคลบางประเภทที่มีความบกพร่องในการให้ความยินยอม อันเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในชั้นศาลให้แก่ผู้เสียหาย ทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิอย่างเพียงพอ

หากประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติถึงขอบเขตของการให้ความยินยอมของผู้เสียหาย รวมถึงขอบเขตของการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหาย ตลอดจนบัญญัติความชัดเจนความสามารถของผู้ให้ความยินยอมและบัญญัติบทสันนิษฐานของกฎหมายในกรณีที่ผู้เสียหายอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถขจัดขืนไว้ให้ชัดเจนในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น จะเป็นการคุ้มครองสิทธิผู้เสียหาย ทั้งเป็นประโยชน์ในการพิจารณาคดีและในทุกชั้นของกระบวนการยุติธรรม จึงควรปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ให้มีขอบเขตที่เหมาะสมเกี่ยวกับการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหาย เพื่อขจัดปัญหาเกี่ยวกับการแบกรับภาระการพิสูจน์คดีในชั้นศาลของผู้เสียหาย และเป็นการกำหนดทิศทางการใช้กฎหมายให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันระหว่างกฎหมายสารบัญญัติและ

กฎหมายวิธีสบัญญัติในเรื่องการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ขอบเขตของเนื้อหาวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับหลักความยินยอม ขอบเขตของการบอกถอนความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายอาญาของไทยและต่างประเทศเพื่อหาแนวทางการแก้ไขบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาของไทยให้มีขอบเขตที่ชัดเจน และเพื่อให้คุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายและผู้กระทำผิดให้ได้รับการลงโทษอย่างเหมาะสม

1.5 วิธีการศึกษา

วิทยานิพนธ์นี้เป็นการค้นคว้าวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยอาศัยการค้นคว้า และรวบรวมข้อมูลทางเอกสารทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ จากบทความ หนังสือ วิทยานิพนธ์ วารสาร ตำบทยกฎหมาย และแหล่งฐานข้อมูลจากเว็บไซต์ (Website) ต่างๆ ทั้งในประเทศและต่างประเทศ เพื่อนำข้อมูลมารวบรวมเพื่อวิเคราะห์และเปรียบเทียบกันทั้งกฎหมายในประเทศและต่างประเทศ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงหลักประกันและการตีความกฎหมายอาญา ตลอดจนแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับหลักความยินยอมในกฎหมายอาญาและขอบเขตที่เหมาะสมของการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น
2. ทำให้ทราบถึงปัญหาผลกระทบที่เกิดจากความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องการให้ความยินยอม ตลอดจนจุดเริ่มต้นของเวลาในการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหายกับความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น
3. ทำให้ทราบถึงขอบเขตที่เหมาะสมของการให้ความยินยอม และการบอกถอนความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายอาญาของต่างประเทศ

4. ทำให้ทราบแนวทางการพัฒนาและปรับปรุงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา โดยกำหนดบทนิยามความหมายขอบเขตที่เหมาะสมเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย และกำหนดเรื่องของความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในมาตรา 276 ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ให้ชัดเจน เพื่อแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์คดีของกลุ่มความให้ได้รับความเป็นธรรม

บทที่ 2

แนวคิดและการตีความเกี่ยวกับขอบเขตความยินยอมในกฎหมายอาญา

เสรีภาพและความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณี การปกครองประมวลกฎหมายอาญาของไทย ในความผิดเกี่ยวกับเพศได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมล่าสุด ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 มีเหตุผลว่า “โดยที่ มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ให้ความสำคัญคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุข แต่บทบัญญัติมาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 286 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ สมควรแก้ไขบทบัญญัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศที่เคย ได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุข จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

การแก้ไขเพิ่มเติม¹ ครั้งนี้มีข้อสังเกตหลายประการ คือ

¹ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 (แก้ไขใหม่) “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เข็ญด้วย ประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้น เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปี ถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่ากระทำให้เพื่อสนองความใคร่ของผู้ กระทำโดยการใช้ อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับ อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำ โดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุ ระเบิดหรือ โดยร่วม กระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิงหรือกระทำ กับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษ จำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่สามหมื่นถึงสี่หมื่นบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่ สมรสนั้นยังประสงค์ จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความ ประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่าให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาล แจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

(1) การบัญญัติเอาผิดกับสามีในการข่มขืนกระทำชำเราด้วย การเอาผิดกับสามีในการข่มขืนกระทำชำเราภริยาอันเป็นผลพวงของกระบวนการต่อสู้เพื่อสิทธิสตรี นับว่าเป็นเรื่องใหม่ในกฎหมายไทย

(2) การสร้างนิยามคำว่า “การกระทำชำเรา” ว่า หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น² และ

(3) ผู้ถูกกระทำไม่จำกัดว่าต้องเป็นหญิงเหมือนเช่นบทบัญญัติของกฎหมายเดิม³ เท่านั้น แต่กฎหมายมุ่งคุ้มครองความแตกต่างในเรื่องเพศ ดังนั้นไม่ว่าจะเป็นเพศหญิงหรือเพศชายก็ตกเป็นผู้ถูกกระทำได้และกฎหมายได้แก้ไขเพื่อมุ่งคุ้มครองผู้เสียหายอย่างเท่าเทียม⁴

“ความยินยอม” เป็นสาระสำคัญที่จะปฏิเสธการครอบงำประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนี้มีคุณธรรมทางกฎหมายที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง คือ เสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง ความผิดฐานนี้แม้จะไม่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมโดยตรง แต่ความผิดฐานนี้ก็มีเรื่องของศีลธรรมรวมอยู่ด้วย ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นเป็นความผิดที่ส่งผลโดยตรงและถือเป็นอาชญากรรมร้ายแรงที่สุดในบรรดาความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเหยื่อผู้เสียหาย ดังนั้นประมวลกฎหมายอาญาจึงควรบัญญัติขอบเขตที่แน่นอนและชัดเจนเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหาย

² จาก *ประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมาย และพื้นฐานความเข้าใจ* (น. 350-352), โดยคณิต ณ นคร ก, 2553. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

³ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 (เดิม) “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วย ประการใดใด โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืน ได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิดหรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 250/2510 (ประชุมใหญ่).

⁵ จาก *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (น. 404), โดยคณิต ณ นคร ข, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

2.1 แนวคิดในการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นเหยื่ออาชญากรรมในความผิดเกี่ยวกับเพศ

ปัญหาอาชญากรรมในความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นอาชญากรรมที่มีความรุนแรงและส่งผลร้ายโดยตรงต่อเหยื่อผู้เสียหาย ปัจจุบันมีองค์กรต่างๆ ที่ก่อตั้งขึ้นมาภายใต้หลักการ “การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน” (Human Right) เพื่อคุ้มครองสิทธิต่างๆ ของผู้เสียหาย อาทิเช่น องค์กรเพื่อสิทธิเด็กและสตรี มูลนิธิเพื่อเด็กและสตรี เป็นต้น โดยที่องค์กรต่างๆ เหล่านี้ทั้งภาครัฐและเอกชน ต่างก็เห็นความสำคัญของการมุ่งคุ้มครองสิทธิของประชาชนภายในรัฐในด้านต่างๆ ภายใต้อุดมการณ์และแนวคิดขององค์กร โดยที่รัฐจึงได้มีการเข้าร่วมในปฎิญา อนุสัญญา หรือกฎบัตรต่างๆ เพื่อเป็นสมาชิกและนำเอาหลักการของข้อกำหนดในหลักการที่สำคัญในปฎิญา อนุสัญญา หรือกฎบัตรที่ได้เข้าร่วมนั้นมาออกเป็นกฎหมายภายในประเทศเพื่อคุ้มครองสิทธิด้านต่างๆ ของประชาชนภายในรัฐให้มีสิทธิเช่นเดียวกันอย่างเป็นสากลกับนานาประเทศ ดังจะกล่าวต่อไป

2.1.1 การคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นเหยื่ออาชญากรรมในความผิดเกี่ยวกับเพศ

รัฐมีหน้าที่คุ้มครองป้องกันภัยต่างๆ ที่จะเกิดขึ้นกับประชาชนการตกเป็นเหยื่อผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมถือเป็นความบกพร่องของรัฐ ที่ขาดความสามารถในการบังคับใช้กฎหมายการขาดประสิทธิภาพในการป้องกันชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน ในขณะที่อาชญากรได้รับการแก้ไขฟื้นฟูเพื่อให้กลับตนเป็นคนดี ฉะนั้นผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมก็ควรได้รับการคุ้มครองด้วยเช่นกัน⁶ แม้แต่สมัยก่อนตามประมวลกฎหมายฮัมมูราบี (Code of Hammurabi) ซึ่งประกาศใช้เมื่อประมาณปี 1775 ก่อนคริสต์ศักราช ได้บัญญัติความรับผิดชอบของชุมชนที่มีต่อการกระทำความผิดอาญาบางประเภท เช่น ถ้าผู้ใดถูกปล้นสะดม และเจ้าหน้าที่ไม่สามารถจับตัวคนร้ายได้ ผู้ถูกปล้นสามารถประกาศความสูญเสียทรัพย์สินของตนต่อหน้าพระผู้เป็นเจ้าได้ และผู้ปกครองดินแดนหรืออำเภอนั้นจะต้องชดใช้ทรัพย์สินทดแทนที่เขาสูญเสียไป ในกรณีที่มีผู้เสียชีวิตจากอาชญากรรม บทบัญญัติของกฎหมายได้กำหนดให้ผู้ปกครองดินแดนนั้นชดใช้เงินหนึ่งหรือยี่สิบมินา (Mena) ให้แก่ทายาทผู้เสียชีวิตด้วย เป็นต้น⁷

การคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการตกเป็นเหยื่อการกระทำผิดอาญานั้น องค์กรสหประชาชาติโดยมติของที่ประชุมสมัชชาใหญ่ที่ 40/34 ได้ประกาศ ปฎิญาว่าด้วยหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานสำหรับเหยื่ออาชญากรรมและการใช้อำนาจโดยมิชอบ (Declaration of Basic Principle of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power)

⁶ จาก *เหยื่ออาชญากรรม* (น.63), โดยสุดสงวน สุธีสร, 2543, กรุงเทพฯ: คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁷ จาก “กฎหมายทดแทนความเสียหายแก่เหยื่ออาชญากรรม: แนวความคิดทางด้านรัฐสวัสดิการ”, โดย ประธาน วัฒนวานิชย์, 2520, *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 9 (1), 73.

เพื่อกำหนดมาตรฐานในการปฏิบัติต่อผู้เสียหาย นับเป็นครั้งแรกในระดับระหว่างประเทศที่มีการยอมรับสิทธิของผู้เสียหายในกระบวนการยุติธรรม เช่น สิทธิที่จะได้รับการเยียวยา การได้รับการชดเชยค่าเสียหายโดยรัฐ เป็นต้น⁸

ปัจจุบันตามพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544

ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ใ้คอธิบายความหมายไว้เป็นการเฉพาะ ดังนี้
 “ผู้เสียหาย” หมายความว่า บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายถึงแก่ชีวิตหรือร่างกายหรือจิตใจ

ความผิดที่กระทำต่อผู้เสียหายอันอาจขอรับค่าตอบแทนได้ต้องเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามมาตรา 276 ถึงมาตรา 287

ผู้เสียหายจะได้รับค่าตอบแทน ได้แก่ ค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการรักษาพยาบาล ค่าฟื้นฟูสมรรถภาพทางร่างกายและจิตใจ ค่าตอบแทนในกรณีที่ถูกผู้เสียหายถึงแก่ความตาย ค่าขาดประโยชน์ทำมาหาได้ในระหว่างที่ไม่สามารถประกอบกิจการงานได้ตามปกติ และค่าตอบแทนความเสียหายอื่นตามที่คณะกรรมการเห็นสมควร

คณะกรรมการจะกำหนดให้ผู้เสียหายได้รับค่าตอบแทนเพียงใดหรือไม่ก็ได้ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์และความร้ายแรงของการทำความผิด และสภาพความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ รวมทั้งโอกาสที่ผู้เสียหายจะได้รับการบรรเทาความเสียหายโดยทางอื่นด้วย

กล่าวโดยสรุป รัฐถือเป็นผู้ที่มีอำนาจในการรักษาความปลอดภัยให้กับประชาชนทุกคนภายในรัฐ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นและมีผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดใด ถือได้ว่ารัฐมีความบกพร่องในการรักษาความสงบเรียบร้อยเกิดขึ้น รัฐจึงต้องเป็นผู้หนึ่งที่ต้องเข้ามาเยียวยาและชดเชยความเสียหายแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหาย แม้ว่าการเยียวยาและชดเชยดังกล่าวจะไม่สามารถรักษาบาดแผลด้านจิตใจและร่างกายของผู้เสียหายได้ แต่ก็เป็นสิ่งที่ทำให้รัฐแสดงออกถึงการมีความรับผิดชอบและรับรู้ถึงปัญหาที่เกิดขึ้นและที่สำคัญเมื่อรัฐได้ทราบว่า มีปัญหาอาชญากรรมในลักษณะใดขึ้น รัฐจะได้เร่งหาแนวทางแก้ไขและหาแผนป้องกันปัญหาอาชญากรรมที่อาจเกิดขึ้นในลักษณะเดียวกันนี้ในอนาคต

⁸ จาก การได้รับค่าตอบแทนผู้เสียหายจากรัฐ: กรณีความเสียหายจากทรัพย์สินอันเกิดจากการกระทำความผิดทางอาญาของผู้อื่น (น. 12), โดยศรีสมร ทองอินทร์, 2547, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

2.1.2 การคุ้มครองผู้เสียหายตามหลักศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ (Principle of Human Dignity)

หลักศักดิ์ศรีนิยมเป็นผลมาจากแนวคิดในทางศาสนา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในทางศาสนาคริสต์ นิกายโรมันคาทอลิกที่เห็นว่า หลักเสรีนิยม (principle of autonomy) เป็นแนวคิดที่เคารพความเป็นปรมาตม (most central) ดังนั้นชีวิตมนุษย์จึงเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์และมีคุณค่าอย่างสูงส่ง โดยอิสระของการแสดงเจตนาของบุคคล โดยเห็นว่า มนุษย์ที่มีความสามารถสมบูรณ์ย่อมมีอิสระที่จะกระทำการใดด้วยตนเองตราบเท่าที่การกระทำของตนไม่ได้ไปรบกวนหรือแทรกแซงความเป็นผู้กำหนดตนเองของคนอื่น แม้บางกรณีผู้เป็นเจ้าของชีวิตอาจจะถูกจำกัดการใช้สิทธิที่จะกำหนดชะตาชีวิตตนเองได้เช่นกัน เป็นต้นว่า การใช้อำนาจเยี่ยงบุพการี (parents patriae) การใช้อำนาจรัฐ (police power) และแนวคิดเรื่องเสรีนิยมมีสิทธิมนุษยชน (laws on human rights) ได้แทรกอยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วย ผลของหลักเสรีนิยมในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแสดงให้เห็นว่าแม้รัฐจะมีหน้าที่ต้องควบคุมและปราบปรามอาชญากรรม แต่การดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิดบางฐานความผิดต้องขึ้นอยู่กับเจตนาของผู้เสียหายหรือผู้ถูกประทุษร้ายด้วย ดังนั้นในหลายกรณีพนักงานอัยการจะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้ต่อเมื่อผู้เสียหายได้ร้องทุกข์ให้ดำเนินคดีภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย⁹ มนุษย์เป็นภาคจำลองของพระเจ้าที่พระองค์ได้สร้างขึ้นจากความเป็นคุณค่าของความศักดิ์สิทธิ์มิได้ตั้งอยู่บนคุณภาพของความ เป็นมนุษย์ หรือข้อบัญญัติของกฎหมาย หรือความสมบูรณ์ของปัจเจก (individual merit) แต่ความศักดิ์สิทธิ์เป็นสิ่งที่มิได้อยู่แล้วเมื่อเกิดมาเป็นมนุษย์ มนุษย์มีคุณภาพที่แตกต่าง (qualitatively different) จากสัตว์โลกอื่น เพราะว่า มนุษย์สามารถเข้าใจและผัสสะกับพระเจ้าได้คุณสมบัตินี้เป็นพื้นฐานของหลักศีลธรรมในแต่ละศาสนาด้วยเช่นกัน¹⁰

หลักศักดิ์ศรีนิยมเป็นที่มาของแนวคิดทางกฎหมายหลายประการ ดังนี้

(1) การปฏิบัติต่อมนุษย์ไม่ว่าในสถานะใดต้องปฏิบัติในลักษณะที่ผู้นั้นเป็นมนุษย์ จะปฏิบัติต่อมนุษย์คนนั้นในลักษณะไม่ได้เป็นมนุษย์หรือเสมือนว่าเป็นสัตว์ไม่ได้ ไม่ว่ามนุษย์นั้นจะมีสถานะทางสังคมอย่างไร อาทิเช่น เป็นผู้ต้องหา เป็นนักโทษ เป็นคนไม่มีที่พักอาศัย (Homeless) การปฏิบัติในลักษณะมนุษย์ อาทิเช่น การให้อาหารมนุษย์ต้องไม่โยนหรือเทลงพื้น หรือการลงโทษจำคุกต้องไม่ล่ามโซ่หรือเชียนตีเหมือนกับเป็นสัตว์ เป็นต้น

⁹ จาก การศึกษาวิจัยเพื่อสนับสนุนมาตรการลดปริมาณคดี : ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดอันยอมความได้ ตามประมวลกฎหมายอาญา (น. 55), โดยเศรษฐบุตร อิทธิธรรมวินิจ, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์.

¹⁰ แหล่งเดิม.

(2) การให้ความคุ้มครองในหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ คุ้มครองทั้งวิธีการที่เป็นการทารุณ โหดร้าย ผิดจากที่มนุษย์ปฏิบัติกัน อาทิเช่น การค้าทาส การค้ามนุษย์ และคุ้มครองในผลจากการกระทำที่เป็นการขัดต่อความเป็นมนุษย์ เช่น การส่งเสริมให้มีการฆ่าตัวตาย เป็นต้น

(3) มนุษย์มีสิทธิกำหนดชะตาชีวิตของตนเอง (Right to Self-Determination) แต่สิทธิดังกล่าวก็ต้องถูกจำกัดภายใต้หลักศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ด้วย ดังนั้น มนุษย์จะใช้สิทธิกำหนดชะตาชีวิตของตนเองให้ขัดต่อหลักดังกล่าวไม่ได้ เช่น จะใช้สิทธิยุติการรักษาพยาบาลด้วยการขอให้แพทย์ฉีดยาให้ตนเองถึงแก่ความตายไม่ได้ เพราะการทำลายชีวิตมนุษย์เป็นการขัดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นต้น

(4) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิดั้งเดิมไม่ใช่สิทธิแปลกใหม่ (Inalienable Right) หมายถึงสิทธิความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิที่ติดตามตัวมนุษย์แต่ละคนมาตั้งแต่กำเนิดไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติรับรองอีกไม่ใช่สิทธิที่เกิดขึ้นเพราะกฎหมายดังนั้นมนุษย์จะละสิทธิในฐานะที่เป็นมนุษย์หรือจะตกลงให้ฝ่าฝืนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ได้ เช่น ตัวอย่างการที่บิดามารดาอมขายบุตรให้กับเจ้าหนี้ นอกจากข้อตกลงดังกล่าวจะไม่มีผลทางกฎหมายแล้วบิดามารดาและเจ้าหนี้อาจมีความผิดฐานค้าทาสได้¹¹

2.1.3 การคุ้มครองผู้เสียหายตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)

อนุสัญญานี้มีชื่อในภาษาอังกฤษว่า The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) เป็นอนุสัญญาขององค์การสหประชาชาติมีกลไกและขั้นตอนการดำเนินงานคล้ายกับอนุสัญญาหรือกติการะหว่างประเทศอื่นๆ อนุสัญญานี้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ ที่มีบรรทัดฐานสากลว่าถึงแนวทางปฏิบัติอันควรต่อสตรีทั่วโลก

ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 9 สิงหาคม 2528 และมีผลบังคับใช้กับไทยเมื่อวันที่ 8 กันยายน พ.ศ. 2528 โดยตลอดมาจนถึงปัจจุบัน แต่ก็ยังมีข้อสงวนที่ประเทศไทยได้ตั้งไว้เพื่อขอเป็นการยกเว้น ไม่ผูกพันตามอนุสัญญานี้ 2 ข้อคือข้อ 16 ในเรื่องความเสมอภาคในด้านครอบครัวและการสมรส และข้อ 29 เรื่องการใช้อำนาจศาลโลกในการตัดสินกรณีที่มีข้อพิพาท กรณีประเทศไทย เมื่อรัฐได้ให้สัตยาบันว่าจะนำอนุสัญญาฯ มาใช้ ดังนั้นถ้ามีการส่งเสริมสถานภาพสตรีจริง ก็จะมีสิ่งเหล่านี้ในประเทศไทย อาทิเช่น

- 1) มีการแก้กฎหมายที่เลือกปฏิบัติต่อสตรี
- 2) มีหลักสูตรเรื่องสิทธิมนุษยชน และสิทธิมนุษยชนของสตรีในการศึกษาทุกระดับ
- 3) ให้ผู้หญิงมีส่วนร่วมในงานระดับบริหารในทุกภาคส่วน

¹¹ แหล่งเดิม.

4) ในการออกกฎหมาย โดยเฉพาะที่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับผู้หญิงต้องให้ผู้หญิงเข้าไปมีส่วนร่วมหรือปรึกษาหารือผู้หญิง เป็นต้น

อนุสัญญาฉบับนี้เน้นเกี่ยวกับการจัดการเลือกปฏิบัติทั้งมวลต่อสตรี ว่าสตรีจะต้องได้รับสิทธิประโยชน์และโอกาสต่างๆ จากรัฐบนพื้นฐานของความเสมอภาคกับบุรุษ โดยได้ระบุถึงสิทธิความเป็นมนุษย์ของผู้หญิงอย่างครอบคลุมและกว้างขวางมากที่สุดในปัจจุบัน ปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW) หรือเรียกว่า “อนุสัญญาผู้หญิง” อนุสัญญานี้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศหรือมาตรฐานสากลที่จะให้ผู้หญิงมีความเสมอภาคเท่าเทียมกับผู้ชายอย่างแท้จริง คือ ได้รับโอกาสที่เสมอภาค สามารถเข้าถึงทรัพยากรหรือบริการ และได้รับประโยชน์จากทรัพยากรหรือบริการนั้นๆ อย่างทั่วถึงและเป็นธรรม ทั้งอนุสัญญานี้ยังได้กำหนดให้รัฐบรรจุหลักการความเสมอภาคระหว่างหญิงและชายในรัฐธรรมนูญ¹² ซึ่งประเทศไทยก็ได้บรรจุไว้แล้วในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 30¹³ การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของผู้หญิงในแต่ละเรื่องนั้น กำหนดให้รัฐมีนโยบายและมาตรการที่เหมาะสมทุกอย่างเพื่อให้มั่นใจว่าจะไม่มีการเลือกปฏิบัติใดๆ ต่อผู้หญิง รวมถึงการใช้มาตรการพิเศษชั่วคราวเพื่อเร่งรัดให้ผู้หญิงได้รับความเสมอภาคอย่างแท้จริง¹⁴

ในอนุสัญญา ฯ นี้ได้มีการกำหนดสิทธิของสตรีไว้หลายประการ แต่ที่สำคัญประการหนึ่งที่เป็นจุดเปลี่ยนของการให้สิทธิสตรีคือ การให้สิทธิสตรีมีสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง ดังปรากฏในส่วนที่ 1 (ข้อ 1) กล่าวถึง สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง

¹² อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women) ภาค 1 ข้อ 2

รัฐภาคีทั้งหลายขอประณามการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ตลอดจนที่จะติดตามนโยบายเกี่ยวกับการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีโดยวิธีที่เหมาะสมทุกประการและไม่ชักช้า และเพื่อให้บรรลุจุดมุ่งหมายนี้ ตลอดจนที่จะ

(ก) บรรจุหลักการของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งชาติของตนหรือในบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เหมาะสมอื่นๆ ถ้าหากว่ายังไม่รวมเข้าไว้ในรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติเหล่านั้น และประกันที่จะให้มีการปฏิบัติตามหลักการนี้ โดยทางกฎหมายและวิธีการที่เหมาะสมอื่นๆ

¹³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550.

มาตรา 30 “บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครอง ตามกฎหมายเท่าเทียมกันชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน”

¹⁴ จาก *ความคิดฐานชำเราเด็กหญิง ศึกษากรณีการรับโทษตามกฎหมาย* (น.52-53), โดยศิริพร โลหะปาน, 2555, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

2.1.4 การคุ้มครองผู้เสียหายตามปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศ¹⁵

สิทธิทางเพศ (Sexual Rights) คือ สิทธิของบุคคลที่ถูกระบุไว้แล้วในกฎหมายและข้อตกลงต่างๆ ทั้งในระดับประเทศและนานาชาติ อันจะเป็นสิทธิของคนทุกคนที่ต้องได้รับโดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติ ไม่มีการบังคับ และไม่มีความรุนแรง¹⁶ในเรื่องต่อไปนี้ อาทิเช่น

- ก. การควบคุมเนื้อตัวร่างกายของตนเอง
- ข. การเลือกคู่ครอง
- ค. การตัดสินใจว่าจะมีเพศสัมพันธ์หรือไม่
- ง. การสมัครใจมีความสัมพันธ์ทางเพศ
- จ. การมีชีวิตด้านเพศที่พึงพอใจและปลอดภัย เป็นต้น

ประเทศไทยเข้าเป็นสมาชิกสมบรูณ์ของสหพันธ์การวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศตั้งแต่ปี พ.ศ. 2520¹⁷โดยปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศนี้ได้กำหนดถึงสิทธิทางเพศของบุคคลไว้

ในเรื่องความมีอำนาจอิสระในการตัดสินใจในการมีเพศสัมพันธ์ อยู่ในเรื่องของ “การสมัครใจมีความสัมพันธ์ทางเพศ” แน่นนอนที่สุดการสมัครใจย่อมต้องปราศจากการถูกบังคับขู่เข็ญไม่ว่าจะด้วยการกระทำใดๆ อันทำให้บุคคลตกอยู่ภายใต้การที่ต้องตัดสินใจที่ถูกบีบบังคับ หรือการขอมงานให้มีเพศสัมพันธ์โดยที่ขัดกับความรู้สึกภายในจิตใจ เพราะการร่วมประเวณีโดยไม่สมัครใจย่อมเป็นการร่วมประเวณีที่ปราศจากความยินยอม ฝ่ายที่บังคับขู่เข็ญนั้นต้องได้โทษตามกฎหมาย อาญฐานข่มขืนกระทำชำเราหากผู้เสียหายต้องการจะฟ้องร้องคดี สิทธิในปฏิญญาสากลว่าด้วยการวางแผนครอบครัวเป็นอีกสิทธิหนึ่งที่ได้ให้ความสำคัญกับเรื่องเพศและครอบครัว ดังนี้

1) สิทธิทางเพศในปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศ

สหพันธ์การวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศ ดำเนินงานเพื่อส่งเสริมสิทธิทางเพศและสิทธิอนามัยการเจริญพันธุ์ โดยตระหนักและเชื่อว่าสิทธิทางเพศเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชน ด้วยเหตุนี้ สหพันธ์การวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศจึงเชื่อว่าการมีสิทธิทางเพศเต็มเต็มให้เกิดเสรีภาพ ความเสมอภาค และศักดิ์ศรีของมนุษย์ทุกคนปฏิญญาสหพันธ์การวางแผน

¹⁵ ปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศ.

¹⁶ จาก สิทธิทางเพศปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศฉบับย่อ (น. 14), โดยสมาคมวางแผนครอบครัวแห่งประเทศไทย, ม.ป.ป., กรุงเทพฯ: สมาคมวางแผนครอบครัวแห่งประเทศไทย.

¹⁷ จาก รายงานสรุปผลการดำเนินงานปี พ.ศ. 2553 (น. 8), โดยสมาคมวางแผนครอบครัวแห่งประเทศไทย, 2553.

กรอบครีวระหว่างประเทศมีรากฐานมาจากข้อตกลงระหว่างประเทศตามอนุสัญญาสหประชาชาติ
ดังนี้

ก. สหพันธ์การวางแผนกรอบครีวระหว่างประเทศตระหนักว่าเพศวิถีเป็นส่วนที่
สำคัญตลอดชั่วชีวิตของมนุษย์

ข. สหพันธ์การวางแผนกรอบครีวระหว่างประเทศสนับสนุนวิสัยทัศน์เพื่อเคารพ
คุ้มครอง และผลักดันสิทธิของทุกคน ในด้านความเป็นอิสระทางเพศ การส่งเสริมสุขภาพทางเพศ
และสิทธิทางเพศ ภายใต้หลักการไม่เลือกปฏิบัติ

ค. สหพันธ์การวางแผนกรอบครีวระหว่างประเทศเชื่อว่า สิ่งที่สำคัญคือ การทำให้
เกิดโครงสร้างการพัฒนาที่ชัดเจน มีความน่าเชื่อถือ และส่งเสริมให้รัฐมีนโยบายและกฎหมายซึ่งให้
หลักประกันว่าทุกคนจะได้รับการคุ้มครองสิทธิเหล่านี้ ตลอดจนส่งเสริมการใช้สิทธิของบุคคลได้
อย่างเต็มที่

2) หลักการของปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนกรอบครีวระหว่างประเทศ

ในหลักการข้อที่ 1 ของปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนกรอบครีวระหว่างประเทศได้
บัญญัติไว้ว่า “เพศวิถีถือเป็นส่วนสำคัญของความเป็นมนุษย์ ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเลือกมีเพศสัมพันธ์
หรือไม่ก็ตามการมีสุขภาพทางเพศที่ดีและสามารถแสดงออกถึงเพศวิถีของตนได้อย่างเสรี
นับเป็นสิ่งสำคัญในการพัฒนาศักยภาพของบุคคล และในการเข้ามีส่วนร่วมทั้งทางเศรษฐกิจ
สังคม วัฒนธรรม และการเมือง”

ในหลักการข้อที่ 7 “รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องเคารพ คุ้มครอง และเติมเต็มสิทธิทางเพศของ
ประชาชนทุกคน ภาระหน้าที่ในการเติมเต็มสิทธิทางเพศของประชาชนนั้น รัฐจำเป็นต้องประกาศใช้
มาตรการที่เหมาะสมเพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงสิทธิได้อย่างเต็มที่”

3) บทบัญญัติในปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนกรอบครีวระหว่างประเทศ

มาตรา 1 ปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนกรอบครีวระหว่างประเทศบัญญัติว่า “สิทธิใน
ความเสมอภาค สิทธิในการได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมและเสรีภาพที่ปลอดจาก
การเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบด้วยเหตุของเพศเพชวิถี หรือสถานะเพศ

ก. ทุกคนเกิดมามีอิสระ และเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิ และจะต้องได้รับการ
คุ้มครองให้ปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพชวิถี เพศ หรือสถานะเพศ

ข. ทุกคนต้องได้รับสิทธิอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่เว้นผู้หนึ่งผู้ใด

ค. ทุกคนต้องได้รับ โอกาสในการเลือกและตัดสินใจเกี่ยวกับชีวิตของตนเอง

มาตรา 3 ปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนกรอบครีวระหว่างประเทศบัญญัติว่า “สิทธิใน
ชีวิต เสรีภาพ ความมั่นคงของบุคคลและการมีความชอบธรรมในร่างกายของตน

ก. ทุกคนมีสิทธิในชีวิต เสรีภาพ และในความเป็นอิสระ ปราศจากการทรมานและการปฏิบัติในลักษณะทารุณ โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งรวมถึงสิทธิการปฏิบัติเกี่ยวกับเพศวิถีใดๆ ได้โดยปราศจากความรุนแรง หรือการบังคับ

ข. บุคคลใดจะถูกคุกคามหรือเอาชีวิตรอดโดยอ้างว่าเป็นหนทางในการปกป้องชื่อเสียงหรือเกียรติยศของครอบครัวหรือชุมชนไม่ได้

ค. บุคคลใดจะถูกคุกคามหรือเอาชีวิตรอดด้วยเหตุแห่งพฤติกรรมทางเพศของบุคคลนั้นๆ ไม่ได้”

มาตรา 4 ปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศบัญญัติว่า “สิทธิในความเป็นส่วนตัว

ก. ทุกคนมีสิทธิที่จะไม่ถูกแทรกแซงโดยพลการต่อความเป็นส่วนตัว สิทธิในความเป็นส่วนตัวนี้เป็นหลักสำคัญในการใช้ความเป็นอิสระทางเพศ

ข. ทุกคนมีสิทธิในความเป็นอิสระทางเพศและสามารถตัดสินใจเกี่ยวกับเพศวิถีของตนโดยปราศจากการแทรกแซงโดยพลการ

ค. ทุกคนมีสิทธิในการรักษาความลับของข้อมูลในการเข้ารับบริการด้านสุขภาพทางเพศเวชระเบียน รวมถึงการเก็บรักษาข้อมูลเกี่ยวกับสถานการณ์ติดเชื้อเอชไอวี (Human Immunodeficiency Virus, HIV)

นอกจากบทบัญญัติที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วนั้น ในปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศ¹⁸ ก็ได้มีการให้ความหมายในคำศัพท์เฉพาะไว้เพื่อเป็นการอธิบายความหมายของคำที่ได้บัญญัติเพื่อให้เข้าใจอันเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในบทอภิธานศัพท์รายการของการอธิบายความหมายเพิ่มเติมของคำศัพท์เฉพาะ ซึ่งมีได้เป็นที่รู้จักกันโดยคนทั่วไป ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิทางเพศของบุคคลนั้นก็บัญญัติเพิ่มเติมที่สำคัญกับหลักการในการมีสิทธิทางเพศไว้ดังนี้ คือ

กรณีการตัดสินใจในเรื่องส่วนบุคคล (Autonomy) หมายถึง ความสามารถที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับชีวิตและกิจของตน เช่น ความเป็นอิสระของบุคคลในการทำตามเจตจำนงของตน เป็นต้น

¹⁸ สิทธิทางเพศ : ปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศ (Sexual rights : an IPPT declaration).

กรณีความชอบธรรมในร่างกายของตน (Bodily Integrity) คือ สิทธิที่จะไม่ให้ร่างกายของตนหรือของบุคคลใดถูกแทรกแซงโดยรัฐ หรือบุคคลอื่น¹⁹ เห็นได้ว่าปฏิญญาสหพันธการวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศนี้เป็นปฏิญญาที่มุ่งให้รัฐที่เข้าร่วมเป็นสมาชิกสร้างความเชื่อมั่นแก่ประชาชนและส่งเสริมให้เชื่อว่าการมีสิทธิทางเพศเป็นสิ่งเติมเต็มให้เกิดเสรีภาพ ความเสมอภาค และศักดิ์ศรีของมนุษย์ทุกคนอย่างเท่าเทียมไม่ว่าจะเป็นเพศหญิงหรือชาย ต่างก็มีอิสระในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนเองโดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องการสมัครใจมีความสัมพันธ์ทางเพศดังนั้นการกระทำใดๆ อันทำให้บุคคลตกอยู่ภายใต้การที่ต้องตัดสินใจที่ถูกบีบบังคับ หรือการข่มขู่ทำให้มีเพศสัมพันธ์โดยที่ขัดกับความรู้สึกภายในจิตใจ เพราะการร่วมประเวณีโดยไม่สมัครใจย่อมเป็นการร่วมประเวณีที่ปราศจากความยินยอม ฝ่ายที่บังคับขู่เข็ญนั้นต้องได้โทษตามกฎหมายอาญานข้ามขึ้นกระทำซ้ำผู้อื่น

ปัจจุบันมีองค์กรเอกชนที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิบุคคลจำนวนมาก ภายใต้แนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชน (Human Right) ซึ่งจัดตั้งขึ้นในลักษณะของมูลนิธิหรือองค์กรพิทักษ์สิทธิ เนื่องจากในโลกปัจจุบันเป็นโลกของการติดต่อสื่อสารที่รวดเร็วโดยอาศัยสื่ออิเล็กทรอนิกส์ อินเทอร์เน็ต โทรศัพท์ ในการนำเสนอข่าวที่รวดเร็ว เป็นผลทำให้ประชาชนได้รับข่าวสารที่รวดเร็ว และมีความตื่นตัวต่อปัญหาอาชญากรรมที่เกิดขึ้น ดังนั้นในการปฏิบัติงานขององค์กรของรัฐจึงต้องรวดเร็วและมีความเป็นภาวะวิสัย เหตุเพราะประชาชนจับตามองและพร้อมที่จะตรวจสอบตลอดเวลา ทั้งนี้ประชาชนมีสิทธิในการวิพากษ์วิจารณ์ได้โดยเสรี รัฐจึงต้องเข้ามาคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายหรือแม้กระทั่งสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดและรักษาความปลอดภัยของรัฐอย่างจริงจังมากยิ่งขึ้น เพื่อให้ประชาชนดำเนินชีวิตได้อย่างมีความสุข

¹⁹ จาก สิทธิทางเพศปฏิญญาสหพันธการวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศฉบับย่อ (น. 16), โดย สมาคมวางแผนครอบครัวแห่งประเทศไทย, ม.ป.ป., กรุงเทพฯ: สมาคมวางแผนครอบครัวแห่งประเทศไทย

2.2 แนวคิดและหลักการของกฎหมายอาญา

ประเทศไทยใช้กฎหมายแบบประมวลกฎหมาย เรียกว่ามีกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ เป็นประมวลกฎหมายเป็นการบัญญัติขึ้น โดยชอบตามพิธีของการบัญญัติกฎหมาย แบบพิธีการบัญญัติกฎหมายเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญ

หากจะกล่าวถึงที่มาของกฎหมาย²⁰(Source of Law) หมายถึง เหตุอันแสดงถึงความสมบูรณ์ใช้บังคับได้ของกฎหมายอาญา หรือเป็นเรื่องอธิบายถึงปัญหากฎหมายว่าในรูปลักษณะใดบ้างที่ได้รับนับถือว่าเป็นกฎหมายอาญา กฎหมายอาญามีลักษณะสำคัญอยู่อย่างหนึ่งก็คือว่าเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา และอยู่ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งในภาษาลาตินคือ “Nullum Crimen, Nullum Poena Sine Lege” แปลได้ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ไม่มีกฎหมาย” หลักประกันในกฎหมายอาญานี้ เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงความสำคัญของการเป็นกฎหมายที่เกิดจากการเป็น “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” ของกฎหมายอาญาอย่างชัดเจนนอกจากกฎหมายอาญา ที่เกิดจากการบัญญัติที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาแล้วยังมีพระราชบัญญัติอื่นๆ ที่มีโทษทางอาญาอีกจำนวนมาก เช่น ประมวลกฎหมายอาญาทหาร เป็นต้น

2.2.1 หลักประกันในกฎหมายอาญา

ตามประมวลกฎหมายอาญามีบทบัญญัติที่ถือเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาปรากฏอยู่ในมาตรา 2 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “มาตรา 2 บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการ อันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนด โทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่ บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

บทบัญญัติดังกล่าวหมายความว่า เฉพาะ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” เท่านั้นที่สามารถกำหนดว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำความผิดอาญาได้ (Nullum Crimen Sine Lege) และเฉพาะกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้นที่จะสามารถกำหนดโทษสำหรับการกระทำความผิดการกระทำหนึ่งได้ (Nullum Poena Sine Lege) และทั้งสองประการนี้จะต้องมีอยู่ก่อนแล้วก่อนการกระทำความผิดเกิดขึ้น

การลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนและแน่นอนที่สุดเท่าที่จะทำได้ ซึ่งข้อที่ว่ากฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอนนั้น เป็นผลที่สืบเนื่องมาจากเนื้อหาของบทบัญญัติดังกล่าว

ความคิดที่ให้มีหลักประกันในกฎหมายอาญาเดิมทีเดียวนั้นหาใช่ความคิดในทางกฎหมายอาญาไม่ แต่เป็นความคิดในทางการเมืองที่ต้องการจะจำกัดอำนาจรัฐ ในรัฐธรรมนูญอเมริกัน ค.ศ. 1776 ได้บัญญัติถึงการห้ามออกกฎหมายย้อนหลังเมื่อหลักนิติรัฐ

²⁰ จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 68), โดยคณิศร ฌ นคร ค, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

(Rechtsstaatlichkeitsprinzip) ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจึงได้มีการวาง “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ขึ้น และผู้ที่วางหลักประกันในกฎหมายอาญาขึ้นไว้ ก็คือ Anselm von Feuerbach ซึ่งได้วางหลักประกันในกฎหมายอาญาไว้ 3 ประการ ได้แก่

- (1) การลงโทษต้องมีกฎหมาย
- (2) การลงโทษต้องขึ้นอยู่กับกรมืออยู่ของการกระทำ
- (3) โทษที่จะลงต้องเป็นโทษที่กำหนดเอาไว้ในกฎหมาย

หลักประกันในกฎหมายอาญา ได้รับการเรียกขานในภาษาลาตินว่า “Nullum Crimen, Nullum Poena Sine Lege” ซึ่งต่อมาหลักประกันในกฎหมายอาญานี้ได้รับการแพร่หลายไปทั่วโลก และได้กลายเป็นหลักสากลในปัจจุบัน สำหรับประเทศไทยเมื่อได้มีการปรับปรุงกฎหมายตามแบบประเทศตะวันตกดังนั้นบทบัญญัติอันเป็น “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ซึ่งครอบคลุมเนื้อหา 4 ประการ คือ

2.2.1.1 การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา

การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณี หมายความว่า จะกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดในทางอาญาหรือกำหนดการเพิ่มโทษโดยกฎหมายจารีตประเพณีไม่ได้ (nulla poene sine lege scripta) ดังนี้ กฎหมายจารีตประเพณีหรือกฎหมายที่เรียกว่าจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นเป็นที่มาของกฎหมาย (source of law) ซึ่งเหตุผลของการห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญานั้นปรากฏอยู่ในข้อเรียกร้องที่ว่าบทบัญญัติของกฎหมายอาญาชอบที่จะต้องผ่านรัฐสภา อันเป็นสถาบันที่แสดงออกถึงเจตจำนงของประชาชน ซึ่งเหตุผลดังกล่าวนี้แท้จริงแล้ว คือเหตุผลตามหลักประชาธิปไตย

2.2.1.2 การห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา

ตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 ห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกำหนดหรือขยายบทกฎหมายอาญาที่มีอยู่แล้ว รวมถึงการห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในการเพิ่มโทษ (nulla sine lege stricta) หมายความว่า หากในกรณีที่มีกฎหมายในส่วนใดที่เป็นคุณแล้วก็ต้องใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณนั้นเสมอ²¹

ข้อห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญาเป็นข้อเรียกร้องให้ต้องมีการบัญญัติที่หนักแน่นที่สุด เช่นเดียวกับข้อเรียกร้องการห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา²² กล่าวคือ การที่จะลงโทษทางอาญาสำหรับการกระทำความผิดใดนั้น ชอบที่จะให้เป็นเรื่องของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นฝ่ายตัดสินใจ เหตุผลอีกประการหนึ่ง คือ หากยอมให้ใช้กฎหมายที่ใกล้เคียง

²¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 3.

²² กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 86). เล่มเดิม.

อย่างไรก็จะกลายเป็นว่าการลงโทษการกระทำใดการกระทำหนึ่งหรือไม่นั้นจะขึ้นอยู่กับความรู้สึกในเรื่องผิดถูกของบุคคลจนเกินขอบเขต ซึ่งในเรื่องของความรู้สึกที่เป็นเรื่องอัตวิสัยนั้น ในทางกฎหมายเป็นเรื่องที่ไม่พึงปรารถนาและเป็นสิ่งที่จะต้องหลีกเลี่ยงซึ่งเป็นเหตุผลในทางนโยบายทางอาญา การห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา หมายถึง การห้ามใช้กฎหมายอาญาที่เกินเลยขอบเขตของบทบัญญัติที่พึงหาได้จากการตีความกฎหมาย

หลักประกันในกฎหมายอาญาในการห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญาครอบคลุมทุกๆ ส่วนของบทบัญญัติของกฎหมายที่มีเนื้อหาเป็นกฎหมายอาญา ได้แก่

- 1) การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ
- 2) ความผิดกฎหมาย
- 3) ความชั่ว
- 4) เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว
- 5) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย และ
- 6) มาตรการบังคับทางอาญา

ทั้งนี้ไม่รวมถึงเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดี เช่น ร้องทุกข์ เพราะเป็นเงื่อนไขการให้อำนาจในการดำเนินคดี

2.2.1.3 กฎหมายอาญาต้องเป็นบทบัญญัติที่ชัดเจนแน่นอน

หลักประกันในกฎหมายอาญาข้อนี้เป็นข้อเรียกร้องของกฎหมายอาญา กล่าวคือ เป็นการเรียกร้องว่าการบัญญัติความผิดอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน (nullum crimen sine lege certa) เหตุผลของการที่ต้องบัญญัติกฎหมายอาญาที่ชัดเจนแน่นอนนั้นก็เพราะว่า กฎหมายอาญาเป็นมาตรการลงโทษที่มีความรุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่จะทำได้ กล่าวคือ กฎหมายอาญาต้องหลีกเลี่ยงการบัญญัติกฎหมายที่กำกวมไม่แน่นอน เพื่อเป็นหลักประกันว่า กฎหมายที่บัญญัติขึ้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง และทั้งจะเป็นเครื่องป้องกันมิให้ศาลใช้กฎหมายตามใจชอบหรือตามอำเภอใจหรือตามความรู้สึกของตน

หลักประกันในกฎหมายอาญาข้อนี้แสดงให้เห็นถึง “หลักนิติรัฐ” ในกฎหมายอาญาว่ามีความเข้มข้นกว่าในกฎหมายอื่น ข้อเรียกร้องที่ชัดเจนแน่นอนในบทบัญญัติกฎหมายอาญา มีความสำคัญยิ่งกว่าข้อห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง Prof. Dr. Hans Welzel ถึงกับกล่าวว่า “อันตรายที่แท้จริงที่คุกคามหลักประกันในกฎหมายอาญาไม่ได้เกิดจากการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่เกิดจากความไม่ชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา”

2.2.1.4 กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง²³

การห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง (nullum crimen sine lege praevia) หมายความว่า ถ้าบุคคลได้กระทำการอย่างใดลงและในขณะที่กระทำนั้นการกระทำนั้นไม่มีโทษทางอาญา ย่อมไม่อาจจะบัญญัติให้ย้อนหลังว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ต้องรับโทษในทางอาญาได้โดยเด็ดขาด²⁴

เห็นได้ว่า กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีมาตรการรุนแรงในการลงโทษประชาชนที่อยู่ภายในรัฐ มาตรการที่ลงโทษอย่างรุนแรงนี้จึงต้องมีคานที่สำคัญในการควบคุมไม่ให้เกิดการใช้กฎหมายอาญาอย่างอำเภอใจ ซึ่งได้แก่ หลักประกันในกฎหมายอาญา

2.2.2 หลักเกณฑ์การตีความกฎหมาย

การตีความทางกฎหมาย (Legal Interpretation) คือ การค้นหาหรืออธิบายความหมายของถ้อยคำที่ปรากฏในตัวบทกฎหมาย โดยอาศัยการใช้เหตุผลตามหลักตรรกวิทยาและสามัญสำนึกให้มีความหมายที่ชัดเจนขึ้น เพื่อที่จะนำกฎหมายนั้นไปใช้บังคับแก่กรณีที่มีปัญหาได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรมข้อสังเกตประการสำคัญของการตีความตามกฎหมาย คือ การตีความกฎหมายไม่ใช่การสร้างหรือบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ แต่เป็นเพียงการให้ความหมายที่ชัดเจนแก่บทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น²⁵

การตีความกฎหมายอาญาเป็นปัญหาใหญ่ของการศึกษากฎหมายอาญาเรื่องหนึ่ง ปัญหาการใช้กฎหมายที่เกิดขึ้นเป็นเพราะในทางปฏิบัติถ้อยคำในตัวบทกฎหมายก่อให้เกิดความไม่แน่ใจว่าตัวบทกับเจตนารมณ์หรือเหตุผลนั้นตรงกันหรือไม่ เนื่องจากถ้อยคำเป็นความสรุปรวบยอด (Concepts) เป็นมาตรการ (Standard) ทำให้ไม่ทราบว่าจะตีความอย่างไรจึงจะถูกต้อง ภาษากฎหมายจึงเป็นสิ่งสำคัญ การตีความบางครั้งต้องตีความอย่างแคบ บางครั้งต้องตีความอย่างกว้าง²⁶

การตีความในกฎหมายอาญา นักนิติศาสตร์ไทยได้กล่าวไว้ว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” แต่ในความหมายของการตีความกฎหมายนั้นนักนิติศาสตร์ไทยก็ได้มีความเห็นในการให้ความหมาย อาทิเช่น ท่านศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร ได้ให้ความหมายไว้ว่าการตีความกฎหมาย หมายถึง การทำความเข้าใจความหมายในทางกฎหมายของตัวบทกฎหมาย²⁷

²³ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 87-93). เล่มเดิม.

²⁴ แหล่งเดิม.

²⁵ จาก “ความสำคัญของการตีความในวิชาชีพกฎหมาย”, โดยชานินทร์ กรัยวิเชียร, 2551, *ศาลพาสานักงานศาลยุติธรรม*, 55, (2). 1-23.

²⁶ จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 73), โดยธีสุทธิ์ พันธุ์ฤทธิ, 2555, กรุงเทพฯ : นิติธรรม.

²⁷ จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 72), โดยคณิต ฌ นคร ค, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

และท่านศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ได้ให้ความหมายไว้ว่า การตีความกฎหมาย หมายถึง แปลความหมาย หากความหมายชัดเจนอยู่แล้วก็ไม่ต้องตีความ²⁸

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำหรืองดเว้นการกระทำใดเป็น ความผิดและกำหนดโทษไว้ ดังนั้น กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด กล่าวคือ ต้องตีความ เฉพาะการกระทำหรืองดเว้นการกระทำเท่าที่ระบุไว้ในกฎหมายเท่านั้น จึงเป็นความผิด ศาลจะ ตีความกฎหมายอาญาในทางขยายความไปเอาผิดกับการกระทำซึ่งไม่เป็นความผิดไม่ได้เช่นเดียวกัน ขณะเดียวกันศาลจะตีความไปเพิ่มโทษผู้กระทำผิดให้รับโทษหนักขึ้นก็ไม่ได้

การตีความกฎหมายอาญา มีคำกล่าวที่มักจะใช้กันในการเรียนการสอนกฎหมายอาญา ในประเทศไทยเราอยู่คำหนึ่ง คือ “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” คำกล่าวเกี่ยวกับการ ตีความกฎหมายอาญาของนักนิติศาสตร์ไทยที่ว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” นั้น มีความไม่ชัดเจนในความหมายเป็นอย่างมาก เพราะนักนิติศาสตร์บางท่านได้ใช้คำว่า “กฎหมายอาญา ต้องตีความโดยเคร่งครัด” ในความหมายว่า ห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางที่จะเป็น ผลร้าย ห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในทางเป็นผลร้าย และห้ามนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ ในทางผลร้าย ซึ่งก็คือเนื้อหาของส่วนหนึ่งของหลักประกันในกฎหมายอาญามาตรา 2 แต่นักนิติศาสตร์ บางท่านได้กล่าวถึงถ้อยคำดังกล่าวโดยนัยแห่งความหมายของ “หลักการตีความตามตัวอักษร” (Literal rule) ของระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law)

การที่นักนิติศาสตร์ไทยนำ “หลักการตีความกฎหมายตามตัวอักษร” (Literal rule) มาใช้ ในการตีความกฎหมายอาญา ท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร²⁹ เห็นว่าเป็นการที่เข้าใจในตัว เพราะนักกฎหมายรุ่นแรกๆ นิยมไปศึกษากฎหมายจากประเทศอังกฤษ และในประเทศอังกฤษซึ่งเป็น ประเทศในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) มีความผิดอาญาอยู่ 2 ประเภท คือ ความผิดอาญาตามจารีตประเพณี หรือ Common Law Crime และความอาญาตามที่กฎหมายบัญญัติ ขึ้น หรือ statutory crime การตีความจึงเป็นไปตามหลักที่ว่า “กฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งปวงที่ ขัดแย้งต่อกฎหมายจารีตประเพณีจะถูกตีความโดยเคร่งครัดและถูกยอมรับในแบบอย่างที่น่านอน ในฐานะที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรได้แสดงหรือปรากฏออกมา”³⁰ การเรียนการสอนกฎหมาย อาญาโดยการกล่าวว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” จึงไม่มีความสมบูรณ์และไม่ สอดคล้องกับระบบกฎหมายของไทยเราซึ่งเป็นระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law)

²⁸ จาก *สังคัมกับกฎหมาย* (น. 122), โดยทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ก, 2552, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

²⁹ *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 53). เล่มเดิม.

³⁰ จาก *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย* (น. 98), โดยประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, 2546, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

การตีความกฎหมายเป็นเรื่องของการตีความกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการบัญญัติหรือเป็นเรื่องของการตีความตัวบทกฎหมายเมื่อกฎหมายได้รับการบัญญัติขึ้นแล้วย่อมถือว่าเจตจำนงของประชาชนได้แสดงออกทางกฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้นทั้งนั้น การตีความกฎหมายจึงต้องกระทำให้สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนที่มีอยู่ในกฎหมาย ผู้ใช้กฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาล จึงต้องผูกมัดกับความหมายของตัวบทกฎหมายที่หยั่งรู้ได้โดยหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายที่ยอมรับกันทั่วไปเท่านั้นและการตีความเช่นนั้นจะต้องสามารถนำไปใช้ได้กับทุกกรณีที่เหมือนกัน ความถูกต้องและความชอบธรรมของคำพิพากษา จึงต้องสอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนที่ได้แสดงออกมาทางบทบัญญัติของกฎหมาย แม้ว่าผู้พิพากษาจะมีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีก็ตาม แต่ผู้พิพากษาก็ต้องเคารพกฎหมายหรือต้องอยู่ในอาณัติของกฎหมาย หน้าที่ของผู้พิพากษาในการตีความกฎหมายนั้นผู้พิพากษาจึงต้องกระทำหน้าที่ให้ดีที่สุด กล่าวคือจะต้องกระทำหน้าที่ให้ถึงขนาดจนเป็นที่คาดหมายได้ว่าในเรื่องทำนองเดียวกันผู้พิพากษาอื่นต้องวินิจฉัยเช่นเดียวกันนั้น หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ การตีความกฎหมายต้องมีลักษณะของความเป็นภาวะวิสัย (Objectivity) ที่สามารถตรวจสอบความถูกต้องได้ เหตุนี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 186 (6) จึงมีบทบัญญัติบังคับศาลว่า “คำพิพากษาหรือคำสั่งต้องมีเหตุผลในการตัดสินใจทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย” ในการให้เหตุผลในคำพิพากษาและคำสั่งนั้น ศาลต้องให้เหตุผลที่ละเอียดชัดเจนที่สุดเท่าที่จะสามารถทำได้จึงจะถูกต้อง อย่างไรก็ตาม บางครั้งศาลกลับไม่ให้เหตุผลในการชี้ขาดตัดสินคดีเลยก็มีอยู่³¹

ท่านศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้กล่าวไว้อีกความว่า “การตีความกฎหมายอาญาจะตีความโดยขยายความออกไปให้ผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดไม่ได้ แต่ตีความโดยการขยายความให้เป็นผลดีแก่ผู้กระทำได้ และถ้ากรณีเป็นที่สงสัยต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหา (In dubio pro reo)³² คำกล่าวของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ดังกล่าวมานั้น ได้แสดงถึงเกณฑ์การตีความกฎหมายไว้บ้างแต่ก็ยังไม่สมบูรณ์ครบถ้วนทีเดียว เพราะหากเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายที่จะได้กล่าวต่อไปนี้แล้ว ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้กล่าวหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายไว้เพียง 2 ประการเท่านั้น กล่าวคือ ได้กล่าวถึงเฉพาะ “การตีความตามหลักภาษา” (Grammatische Auslegung) และ “การตีความตามหลักความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” (Teleogische Auslegung) เท่านั้น

³¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 877/2501 (ประชุมใหญ่)

³² จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 72), โดยคณิต ณ นคร ค. 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

1) หลักเกณฑ์การตีความกฎหมาย “การตีความกฎหมาย” หมายถึง การทำความเข้าใจความหมายในทางกฎหมายของตัวบทกฎหมาย เมื่อกล่าวถึงการตีความกฎหมายในทางคำรามมีการกล่าวถึงหลักเกณฑ์การตีความกฎหมาย 4 หลักเกณฑ์³³ คือ

(1) การตีความตามหลักภาษา

หลักรัฐธรรมนูญและหลักกฎหมายอาญาเกี่ยวกับ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ได้แสดงให้เห็นอย่างมั่นคงและแน่นอนว่าบุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำความผิดที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เท่านั้น จุดเริ่มของการตีความกฎหมายจึงอยู่ที่ถ้อยคำของตัวบทกฎหมาย

การตีความตามหลักภาษา (Grammatische Auslegung) หมายถึง การหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากความหมายของภาษาที่ใช้กันทั่วไป ความหมายของตัวบทกฎหมายย่อมเป็นกรอบของการตีความกฎหมายที่สำคัญที่จะป้องกันมิให้เกิดผลร้ายแก่บุคคล

การตีความตามหลักภาษา (Grammatische Auslegung) มีความยากตรงที่ว่า จะรู้ได้อย่างไรว่าถ้อยคำจะตีความนั้นมีความหมายที่ตรงตามที่ใช้กันทั่วไปและทางกฎหมาย ดังนั้น ผู้ตีความกฎหมายจึงต้องคู่ด้วยว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้มุ่งประสงค์ให้ถ้อยคำในตัวบทกฎหมายนั้นมีความหมายเป็นพิเศษอย่างไรอย่างหนึ่งหรือไม่

การดูความหมายพิเศษของถ้อยคำในกฎหมายก็คือการดู “นิยาม” ของตัวกฎหมายประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้นิยามคำว่า “ทรัพย์” แต่กฎหมายแพ่งได้ให้ความหมายของ “ทรัพย์” ว่า ทรัพย์ หมายความว่า วัตถุที่มีรูปร่าง กรณีก็ต้องตีความคำว่า “ทรัพย์” ในกฎหมายอาญาว่าเป็นอย่างเดียวกับทรัพย์ในกฎหมายแพ่ง ทั้งนี้ ตามหลักความเป็นหนึ่งเดียวของระบบกฎหมาย (Einheit der Rechtsordnung)

(2) การตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบกฎหมาย

การตีความกฎหมาย แม้ผู้ตีความจะต้องถือความหมายในทางกฎหมายเป็นเกณฑ์แต่ผู้ตีความกฎหมายก็ต้องระลึกด้วยว่าภาษากฎหมายเองก็อาจแตกต่างกันได้ซึ่งความแตกต่างนี้ขึ้นอยู่กับการสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมาย กฎหมายอาญาเองก็มีความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบแม้กฎหมายอาญาจะได้ให้ความหมายของคำใดคำหนึ่งไว้ก็ใช้ว่ากรณีจะมีความหมายที่เหมือนกันในทุกฐานความผิด เพราะความผิดแต่ละฐานมีความสัมพันธ์กับนิยามที่แตกต่างกันได้

การตีความกฎหมายตาม “หลักการตีความตามหลักภาษา” เพียงอย่างเดียวอาจไม่เพียงพอที่จะทราบความหมายที่ถูกต้องของกฎหมายได้ ในการตีความกฎหมายจึงต้องเพิ่มเติมด้วยการ

³³ แหล่งเดิม.

ตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมายด้วย กรณีนี้จึงต้องยอมรับกันด้วยว่าในบางระบบกฎหมายเองอาจจะยังขาดความชัดเจน³⁴

(3) การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย

การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย (Historische Auslegung) คือ การหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากประวัติความเป็นมาของตัวบทกฎหมายนั้น

การพิจารณาประวัติความเป็นมาของกฎหมาย อาจพิจารณาจากประวัติการยกร่างและเอกสารที่เกี่ยวข้อง อาทิเช่น ต้นร่าง เหตุผลในการร่าง ตลอดจนรายงานการประชุมของสภา เป็นต้น นอกจากนี้ เหตุผลในการประกาศใช้กฎหมาย ซึ่งมีอยู่ในระบบกฎหมายของไทยก็เป็นข้อมูลหนึ่งที่สามารถหยั่งทราบถึงประวัติความเป็นมาของกฎหมาย ตลอดจนความหมายของตัวบทกฎหมายได้ การตีความตามวิธีนี้จะนำไปสู่การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย (Teleologische Auslegung / Teleological interpretation)³⁵

(4) การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย

การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย (Teleologische Auslegung / Teleological interpretation)

การตีความตามวิธีนี้ คุณธรรมทางกฎหมายจะเป็นเครื่องช่วยในการตีความตามได้เป็นอย่างดี อาทิเช่น คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 คือ เสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง³⁶ หรือ คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 คือ ความบริสุทธิ์ในทางเพศของเด็ก³⁷

2) วิธีการตีความกฎหมายและการตีความกฎหมายอาญา

ในการตีความกฎหมายผู้ตีความชอบที่จะใช้การผสมผสานตามหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายตามหลักเกณฑ์การตีความกฎหมาย โดยถือเอาการตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย เป็นแกนนำ ส่วนหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอื่นๆ นั้นเป็นเพียงปัจจัยที่จะนำไปเข้าไปใกล้กับความหมายที่แท้จริงของตัวบทกฎหมายเท่านั้น ในการตีความกฎหมายอาญาผู้ตีความก็ต้องปฏิบัติทำนองเดียวกัน เดิมแล้วการตีความกฎหมายอาญานักนิติศาสตร์ตีความโดยขยายความเป็นวิธีการที่ต้องห้าม แต่การตีความโดยจำกัดความกระทำได้โดยให้เหตุผลว่ากฎหมายอาญาเป็น

³⁴ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 74-76). เล่มเดิม.

³⁵ แหล่งเดิม.

³⁶ จาก กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 414), โดยคณิต ณ นคร ข, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

³⁷ แหล่งเดิม.

กฎหมายที่เป็นผลร้ายก่อภาระที่หนักแก่บุคคลและเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นข้อยกเว้น แต่ปัจจุบันนักนิติศาสตร์ไม่เห็นด้วยอีกต่อไปแล้ว เพราะในเรื่องของการตีความกฎหมายนั้นไม่มีการตีความอย่างอื่นนอกจากการตีความที่ถูกต้อง

การใช้กฎหมายอาญาต้องอยู่ในกรอบหรือขอบเขตของความหมายของตัวบทกฎหมาย หากใช้กฎหมายอาญาเกินเลยกรอบหรือขอบเขตของความหมายในตัวบทกฎหมายแล้วก็ไม่ใช่ว่าการตีความกฎหมายอาญา แต่เป็นการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา และถ้าการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยั้งนั้นเป็นไปในทางที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดแล้ว ย่อมเป็นสิ่งที่ต้องห้ามในกฎหมายอาญา³⁸

2.2.3 คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้การตีความกฎหมายอาญา

2.2.3.1 ประเภทของคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut)

คุณธรรมทางกฎหมายมี 2 ประเภท คือ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universal rechtsgut) และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นบุคคล (Individual rechtsgut)

การละคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นบุคคล เท่านั้น เอกชนจะไปละคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นเรื่องส่วนรวมไม่ได้ เหตุเพราะเป็นเรื่องอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวม คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม บุคคลย่อมไม่มีอำนาจละได้ เพราะบุคคลไม่ใช่เจ้าของคุณธรรมทางกฎหมายประเภทนี้³⁹

1) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universal rechtsgut) เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยต่างๆ กฎหมายคุ้มครองแรงงานหรือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต่อหน้าธารกำนัล ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 281⁴⁰ เป็นต้น ผู้ที่เป็นเจ้าของคุณธรรมข้อนี้จะละไม่ได้เพราะกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มุ่งให้เกิดความสงบแก่ส่วนรวมและมุ่งให้เกิดความยุติธรรมในสังคมเป็นสำคัญ⁴¹

2) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนตัว (Individual rechtsgut) ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกาย เป็นต้น ผู้ที่เป็นเจ้าของคุณธรรมข้อนี้ อาจจะยอมให้ผู้อื่นละเมิดได้ แต่ก็ต้องคว่ากฎหมายมุ่งคุ้มครองเอกชน โดยส่วนตัวอย่างแท้จริงหรือไม่ เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคแรกนั้น ถ้ากฎหมายมิได้มุ่ง

³⁸ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 78-79). เล่มเดิม.

³⁹ แหล่งเดิม.

⁴⁰ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 281.

⁴¹ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 161-163), โดยทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ช, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

คุ้มครองเพียงตัวบุคคล แต่หากกฎหมายมองและมุ่งคุ้มครองสังคมส่วนรวมด้วย เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำต่อหน้าธารกำนัล หรือการทำให้ผู้ถูกกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายตามมาตรา 281 ความยินยอมของผู้เสียหายก็ไม่อาจจะลบล้างความผิดของผู้กระทำได้

หน้าที่ของกฎหมายอาญาที่สำคัญ คือ “การคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย” ซึ่งกฎหมายอาญาก็ยังคงมีหน้าที่อื่นๆ อีกคือ การที่กฎหมายอาญากระดับของ “สมบัติ” เฉพาะอย่างขึ้นเป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” กล่าวคือ ในปทัสถาน (Norm) ทั้งหลายนั้นมีสมบัติบางอย่างที่แฝงอยู่เบื้องหลัง

สิ่งที่ได้รับการยกระดับเป็นคุณธรรมทางกฎหมายในกฎหมายอาญา ไม่ว่าจะที่อยู่ในประมวลกฎหมายอาญาเองหรือในกฎหมายพระราชบัญญัติอื่นๆ ล้วนแต่เป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมทั้งสิ้น การคุ้มครองในรูปแบบอื่นจึงไม่เพียงพอ เหตุนี้จึงต้องมีการคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา

2.2.3.2 คุณธรรมทางกฎหมายกับกรรมของการกระทำ

ความผิดอาญาแต่ละฐานประกอบด้วยคุณธรรมทางกฎหมาย กรรมของการกระทำ ผู้กระทำและการกระทำเข้าด้วยกัน

ในการบัญญัติความผิดอาญาฐานต่างๆ นั้น มีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นพื้นฐานในทางความคิด แม้ผู้บัญญัติจะมีได้กำหนดคุณธรรมทางกฎหมายก่อนการบัญญัติความผิดอาญาก็ตาม กล่าวโดยเฉพาะก็คือ องค์ประกอบความผิดอาญามาจากปทัสถาน และปทัสถานมาจากคุณธรรมทางกฎหมาย คุณธรรมทางกฎหมายไม่ใช่สิ่งที่จับต้องได้ แต่เป็นคุณค่าทางความคิดของระเบียบสังคมซึ่งเกี่ยวพันถึงความมั่นคง ความยุติและเกียรติภูมิของความเป็นอยู่ในสังคม วัตถุประสงค์เฉพาะสิ่งที่ถูกกระทำเป็นกรรมของการกระทำซึ่งอาจจะเป็นไปในรูปแบบที่แตกต่างกัน คุณธรรมทางกฎหมายกับกรรมของการกระทำจึงต่างกันในงานของความคิด กับ สภาพที่ปรากฏ ผลที่ไม่เป็นธรรมของความผิดอาญาอยู่ที่การรบกวนกรรมของการกระทำประการหนึ่ง กับการทำร้ายคุณธรรมทางกฎหมายอีกประการหนึ่ง

2.2.3.3 ที่มาและความหมายของคุณธรรมทางกฎหมาย

ตำรากฎหมายเยอรมันกล่าวไว้ว่า คุณธรรมทางกฎหมายเป็นผลิตผลของทฤษฎีกฎหมายอาญาในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ทฤษฎีกฎหมายอาญาในขณะนั้นกล่าวไว้ว่า กฎหมายอาญาตั้งอยู่บนหลักการคุ้มครองสิทธิ สมบัติทั้งหลายทั้งที่เป็นทรัพย์สินสมบัติและทรัพย์สินทางความคิด ของบุคคลที่ขอบที่จะได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายอาญาและยังได้มีความเห็นอีกว่ากฎหมายอาญาไม่มีหน้าที่ที่นอกเหนือจากนี้ โดยนัยก็คือคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณากันเฉพาะในกรณีทีบุคคลผู้เป็นเจ้าของสมบัติสามารถสะละสมบัตินั้นได้เท่านั้น

2.2.3.4 การศึกษาคุณธรรมทางกฎหมายได้ประโยชน์หลายประการดังนี้

(1) คุณธรรมทางกฎหมายอาญาเป็นส่วนหนึ่งของความผิดอาญาฐานต่างๆ คุณธรรมทางกฎหมายจึงเป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายได้

(2) การศึกษาคุณธรรมทางกฎหมายช่วยในการแบ่งแยกจัดหมวดหมู่ประเภทของความผิดเพื่อการศึกษา และแม้ว่าการจัดหมวดหมู่ประเภทความผิดของประมวลกฎหมายอาญาก็มีพื้นฐานตั้งอยู่บนหลักเรื่องคุณธรรมทางกฎหมาย

(3) คุณธรรมทางกฎหมายมีทั้งคุณธรรมทางกฎหมายของเอกชน เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศ และคุณธรรมทางกฎหมายของส่วนรวม อาทิเช่น ความปลอดภัยของการจราจร สภาพความแท้ของเงินตรา การรักษาความลับทางการทหารของประเทศ เป็นต้น การแบ่งแยกคุณธรรมทางกฎหมายดังกล่าว นอกจากจะช่วยให้การวินิจฉัยปัญหาเรื่องผู้เสียหายในการพิจารณาความอาญามีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนแล้ว ยังมีผลต่อการพิจารณาปัญหาที่ว่า ในกรณีใดบุคคลจึงจะสามารถป้องกันสิทธิของตนได้ ซึ่งเอกชนอาจป้องกันได้เฉพาะสิทธิหรือคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนเอกชนหรือของบุคคลเท่านั้น การแบ่งแยกคุณธรรมทางกฎหมายออกดังกล่าวมาแล้วยังช่วยในการวินิจฉัยปัญหาความยินยอมของผู้เสียหายอีกด้วย⁴²

แนวความคิดในทางกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายกับประเทศที่ไม่ใช้ประมวลกฎหมายย่อมแตกต่างกัน คุณธรรมทางกฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของความคิดในทางกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย ท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร มีความเห็นว่า ถ้านักกฎหมายไทยได้ศึกษาเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายกันแล้ว การใช้กฎหมายอาญาทั้งสารบัญญัติ และวิธีสบัญญัติย่อมประสบความสำเร็จยิ่งขึ้น

(4) คุณธรรมทางกฎหมายจะเป็นเครื่องช่วยในการตีความตามได้เป็นอย่างดี การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย นอกจากจำเป็นที่จะต้องค้นหาคุณธรรมทางกฎหมาย

⁴² จาก พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา (น. 88-96), โดยคณิต ฒ นคร ง, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

2.3 ความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้กับความยินยอมที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด

ความผิดอาญาบางประเภทหากผู้เสียหายยินยอมให้ผู้กระทำโดยบริสุทธิ์ใจ การกระทำนั้นย่อมไม่มีความผิด⁴³ ตรงกับหลักกฎหมายในภาษาลาตินที่ว่า “Volenti Non Fit Injuria” หมายความว่า “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด”⁴⁴ หากความยินยอมนั้นเกิดขึ้นโดยความสมัครใจ ปราศจากการล่อลวง ช่มชู้หรือสำคัญผิด ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยไม่มีการข่มขู่หรือขู่และหากความเสียหายนั้น ไม่มีผลประโยชน์ต่อสาธารณะ กฎหมายย่อมปล่อยให้บุคคลกำหนดชะตากรรมของตนเอง หรือเมื่อบุคคลตัดสินใจเสี่ยงภัยเองเขาก็ควรจะได้รับผลความเสียหายแก่ตัวเขาเอง⁴⁵ เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 หากผู้ถูกกระทำยินยอมการกระทำของผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด⁴⁶

2.3.1 ความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดอาญา

ในทางกฎหมายอาญามีความยินยอมของผู้เสียหายอยู่ 2 ลักษณะ

ลักษณะแรกได้แก่ ความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ส่วน ลักษณะที่สอง คือความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นส่วนหนึ่งของข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของความผิด ดังนี้

1) ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติความยินยอมของผู้เสียหายไว้อย่างชัดเจนว่า แม้ผู้เสียหายจะให้ความยินยอมการกระทำก็ยังคงเป็นความผิด เช่น มาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 มาตรา 301 มาตรา 302 มาตรา 319 และยังมีบัญญัติอีกว่า ถ้ากระทำโดยผู้เสียหายไม่ยินยอมหรือไม่เต็มใจก็เป็นความผิดที่มีโทษหนักขึ้น เช่น มาตรา 303 มาตรา 318 ความยินยอมในลักษณะที่กล่าวมานี้ย่อมอยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญาข้อแรก⁴⁷

2) ในกรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติเรื่องความยินยอมไว้ แต่เป็นที่เห็นได้ว่าผู้กระทำนั้นได้กระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย เช่น ความผิดที่เกิดจากการบังคับหรือหลอกลวง ความผิดเหล่านี้ถ้าปรากฏว่าผู้เสียหายยินยอมให้กระทำโดยบริสุทธิ์ใจ การกระทำย่อมไม่มีความผิด เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 276 มาตรา 278 มาตรา 283 มาตรา 284 ความผิดต่อ

⁴³ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป (น. 430), โดยเกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์ ก, 2551, กรุงเทพฯ: พลสยามพรีนติ้ง (ประเทศไทย).

⁴⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508.

⁴⁵ จาก สังคมกับกฎหมาย (น. 120), โดยทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ก, 2552, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁴⁶ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป (น. 430). เล่มเดิม.

⁴⁷ ความยินยอมในกฎหมายอาญา (น. 11). เล่มเดิม.

เสรีภาพ มาตรา 309 มาตรา 313 (2) มาตรา 320 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน มาตรา 337 ถึงมาตรา 341
 ดังนี้หากผู้เขียนให้ความยินยอมยอมทำให้องค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญานั้นขาด
 องค์ประกอบ ความยินยอมเช่นว่ามานี้อยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญาข้อแรก⁴⁸

ความยินยอมทั้งสองอย่างนี้มีผลในทางกฎหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ในการกระทำ
 ใดที่มีความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ การกระทำนั้นเป็นการ
 กระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย แต่ในการกระทำใดที่มีความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็น
 องค์ประกอบของความผิดปรากฏอยู่ การกระทำนั้นก็จะเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบที่
 กฎหมายบัญญัติ

ความยินยอมของผู้เสียหาย คือ การที่ผู้เสียหายสละความคุ้มครองในทางกฎหมายโดย
 การสละคุณธรรมทางกฎหมาย โดยไม่รู้ตัว กล่าวคือ ผู้เสียหายรู้ว่าเกิดผลอย่างไรแก่ตนในกรณี
 นั้นจะนั้นความยินยอมของผู้เสียหายจึงเกี่ยวข้องกับผลของการกระทำมิได้เกี่ยวกับตัวการแห่งการ
 กระทำ⁴⁹

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 มีความ
 ยินยอมเป็นของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการปฏิเสธการครอบครององค์ประกอบความผิด
 กล่าวคือ ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 นี้ ความ
 ยินยอมของผู้เสียหายเป็นส่วนหนึ่งของข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของความผิดหากการข่มขืน
 กระทำชำเรากระทำโดยมีความยินยอมของผู้เสียหาย การกระทำนั้นก็จะเป็นการกระทำที่ขาด
 องค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ในทางกลับกันหากข้อเท็จจริงปรากฏว่า
 ผู้กระทำชำเรากระทำโดยไม่ได้รับความยินยอมอันบริสุทธิ์จากผู้เสียหายการกระทำนั้น ก็เป็นการ
 กระทำที่ครอบครององค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นและความยินยอมที่ได้มาต้องเป็น
 ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้ให้ความยินยอม โดยเสรี จริ่งใจ สมครใจและทราบถึงผลดีและผลร้าย
 ของการได้ให้ความยินยอมนั้นอย่างแท้จริง ดังนั้นความยินยอมที่ได้มาด้วยการบังคับขู่เข็ญหรือการ
 ยินยอมเพราะข่มขู่ในสถานการณ์ข่มขู่ไม่สามารถเรียกได้ว่าเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์และ
 แท้จริงได้⁵⁰

⁴⁸ แหล่งเดิม.

⁴⁹ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 235). เล่มเดิม.

⁵⁰ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 235-236). เล่มเดิม.

2.3.2 ความหมายของความยินยอม

ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่มีบทบัญญัติให้ความหมาย “ความยินยอม” เอาไว้

1) พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 คำว่า “ยินยอม” ตามความหมายในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 หมายถึง ยอม ไม่ขัด ตกลง ชอบใจ ตาม ซึ่งตรงกับคำศัพท์ในภาษาอังกฤษ คำว่า “Consent” มีนักวิชาการด้านกฎหมายอาญาของไทยได้ให้ความหมายและอธิบายไว้ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

2) ความเห็นของนักวิชาการที่ได้อธิบายความหมายของยินยอม

นักวิชาการของไทยหลายท่านได้อธิบายเรื่อง “ความยินยอม” (Volenti non fit injuria) ไว้ อาทิเช่น

ท่านศาสตราจารย์จิติ ดิงศกัทธิย์ ได้อธิบายว่า⁵¹ การจงใจปล่อยให้เหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นโดยไม่ขัดขวางทั้งที่สามารถขัดขวางได้ ซึ่งจะต้องเป็นการแสดงความประสงค์ที่จะให้เกิดเหตุการณ์เช่นนั้นขึ้น โดยแสดงออกด้วยการกระทำอย่างหนึ่งโดยตนเองหรือโดยให้ผู้อื่นกระทำแทนตนเองเป็นการแสดงความประสงค์ต่อผู้กระทำเหตุการณ์นั้นให้เข้าใจว่าตนอนุญาตให้ทำกเว้นแต่ในกรณีพิเศษอย่างยิ่งเท่านั้นที่การนิ่งไม่ขัดขวาง อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมเพราะเป็นที่เข้าใจกันโดยปกติทั่วไปว่าการนิ่งเช่นนั้นเป็นการยินยอมและการแสดงออกซึ่งความประสงค์อันถือได้ว่าเป็นความยินยอมนั้นอาจแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้

ท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ได้อธิบายว่า ความยินยอมของผู้เสียหายที่จะเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายต้องเป็นความยินยอมที่ไม่มีข้อบกพร่องใดๆ ในการแสดงเจตจำนงในการให้ความยินยอม ดังนั้นความยินยอมของผู้เสียหายที่เกิดจากการบังคับขู่เข็ญหรือหลอกลวงจึงไม่เป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย ฉะนั้น ความยินยอมของผู้เสียหายที่ชอบด้วยกฎหมายจึงจะต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริงและเป็นความยินยอมที่เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ⁵² ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 มีองค์ประกอบภายนอก ได้แก่ “การกระทำ” คือ การข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งหมายความว่า ได้กระทำชำเราโดยผู้อื่นมิได้สมัครใจ ฉะนั้นถ้าผู้อื่นยินยอมยอมไม่ผิด รวมไปถึงความยินยอมของผู้วิกลจริตยอมไม่มีผลเป็นความยินยอม ผู้ที่เมาสุราหรือติดสุราอาจมีปัญหาเรื่องการให้ความยินยอม การกระทำชำเราผู้อื่นขณะที่ผู้อื่นนั้นเมา

⁵¹ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 761), โดยจิติ ดิงศกัทธิย์ ก, 2529, กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

⁵² กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 269). เล่มเดิม.

สุราหมดสติอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขจัดขึ้นได้ กรณีนี้เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น เพราะขาดความยินยอม⁵³

ท่านรองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกาวงศ์ ได้อธิบายในเรื่องความยินยอมในความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ว่า ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 นั้นผู้กระทำจะต้องกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหายจึงจะเป็นความผิดอาญาได้ แม้ว่ากฎหมายจะไม่ได้บัญญัติเรื่องความยินยอมไว้ก็ตาม เนื่องจากการกระทำทางเพศในข้อนี้เป็นเรื่องของเอกชนและเกี่ยวข้องโดยตรงกับความยินยอมของกลุ่มกรณี ในกรณีที่ความยินยอมเสียไปเพราะเกิดจากการหลอกลวง ข่มขู่ หรือสำคัญผิด ซึ่งมีผลเท่ากับการกระทำนั้นมิได้กระทำด้วยความยินยอม ในทางตรรกะวิทยาแล้วผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276⁵⁴

ท่านศาสตราจารย์แสง บุญเฉลิมวิภาส ได้อธิบายว่า การพิจารณาเรื่องความยินยอมในทางอาญาต้องแยกพิจารณาในเบื้องต้นว่า ความยินยอมที่จะยกขึ้นเป็นข้ออ้างนั้นอยู่ในส่วนขององค์ประกอบซึ่งเป็นโครงสร้างข้อแรกหรืออยู่ในส่วนของความผิดกฎหมายอันเป็นโครงสร้างข้อสองหากผู้ถูกกระทำหรือผู้เสียหายให้ความยินยอมแล้วในความผิดนั้นๆ ก็ไม่อาจจะเกิดขึ้นได้อาทิเช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 มาตรา 278 มาตรา 283 และมาตรา 286 หรือในความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพก็เช่นกัน⁵⁵ การที่ผู้กระทำยินยอมให้กระทำเท่ากับว่าผู้ถูกกระทำได้สละสิ่งซึ่งกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองหรือเรียกอีกอย่างว่าเป็นการสละคุณธรรมตามกฎหมาย และถ้าสิ่งซึ่งกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองนั้นเป็นเรื่องผลประโยชน์เฉพาะบุคคลแล้ว บุคคลนั้นอาจจะสละซึ่งคุณธรรมนั้นเสียก็ได้ เว้นแต่ความผิดฐานนั้นๆ เป็นสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองสิ่งที่เป็นส่วนรวมอยู่ด้วย ดังเช่นบทบัญญัติในมาตรา 277

ความยินยอมอันเกิดขึ้นจากผู้เสียหายให้กระทำต่อตน อันได้แก่ การกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย ทรัพย์สินหรือสิทธิของตน ความยินยอมนี้เป็นข้อแก้ตัวของฝ่ายผู้กระทำผิด ตามแนวคิดหลักกฎหมายของต่างประเทศเรียกว่า เอกสิทธิ โดยเอกสิทธิเกิดขึ้นจากความยินยอมของอีกฝ่ายหนึ่ง⁵⁶ ความเข้าใจกันโดยทั่วไปอาจหมายถึง การจงใจปล่อยให้เหตุการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้น

⁵³ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 416). เล่มเดิม.

⁵⁴ จาก ความยินยอมในกฎหมายอาญา (น. 57), โดยกมลชัย รัตนสกาวงศ์, 2524, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁵⁵ จาก หลักกฎหมายอาญา (น. 82), โดยแสง บุญเฉลิมวิภาส, 2544, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.

⁵⁶ จาก ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำผิดอาญา (น. 3), โดยประพิณ ปรัชญาภรณ์, 2522, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

โดยไม่ขัดขวาง ทั้งที่สามารถจะขัดขวางได้ แต่ความหมายเช่นนี้ยังไม่เพียงพอที่จะนำมาใช้ในทางกฎหมาย จะต้องเป็นการแสดงความประสงค์ที่จะให้เหตุการณ์เช่นนั้นเกิดขึ้น โดยแสดงออกด้วยการกระทำหรือให้ผู้อื่นกระทำแทนเพื่อให้เข้าใจว่า ตนอนุญาตให้กระทำ เว้นแต่มีกรณีพิเศษที่จะทำให้เข้าใจว่าการนิ่งเฉยที่จะไม่ขัดขวางนั้น เป็นที่เข้าใจกันว่า การนิ่งในพฤติการณ์เช่นนั้นเป็นความยินยอม⁵⁷

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน จึงมีปัญหาว่า ความยินยอมในกรณีดังกล่าวจะนำมาแก้ตัวได้อย่างไรเพียงใด นักกฎหมายบางท่านเห็นว่า เมื่อบทบัญญัติของไทยไม่ได้บัญญัติไว้ ก็ไม่น่าจะนำเรื่องความยินยอมมาอ้างได้ แต่ในความเห็นของท่านแสวง บุญเฉลิมวิภาส เห็นว่าแม้จะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้ แต่หากการอ้างหลักความยินยอม เป็นการนำมาอ้างในโครงสร้างข้อ 2 เพื่อพิจารณาเหตุที่จะทำให้การกระทำนั้น ไม่ผิดกฎหมาย เป็นการอ้างหลักความยินยอมที่เป็นคุณกับผู้กระทำความผิด จึงไม่ใช่เรื่องที่ต้องห้าม และไม่ขัดกับหลักไม่มีโทษโดยไม่มีความผิด แต่อย่างไรก็ตามศาลไทยได้เคยวางแนววินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีและมีอยู่ขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้

ความยินยอมของผู้เสียหายเกี่ยวข้องโดยตรงกับการสละ “คุณธรรมทางกฎหมาย” ของผู้เสียหายคุณธรรมทางกฎหมายนั้น มี 2 ประเภท⁵⁸ คือ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม” และ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นบุคคล” การสละคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นบุคคล” เท่านั้น เอกชนจะไปสละคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นเรื่องส่วนรวมไม่ได้ เหตุเพราะเป็นเรื่องอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวม คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม บุคคลย่อมไม่มีอำนาจสละได้ เพราะบุคคลไม่ใช่เจ้าของคุณธรรมทางกฎหมายประเภทนี้

⁵⁷ คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 761). เล่มเดิม.

⁵⁸ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 266). เล่มเดิม.

2.3.3 ลักษณะของความยินยอม

ลักษณะของความยินยอมอาจสามารถอธิบายได้ดังต่อไปนี้ คือ

1) ความยินยอมที่แท้จริง⁵⁹

ตามความเข้าใจทั่วไปอาจหมายความว่า การจงใจปล่อยให้เหตุการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้น โดยไม่ขัดขวางสิ่งๆ ที่สามารถขัดขวางได้แต่ความหมายเช่นนี้ยังไม่พอจะถือว่าเป็นความยินยอมตามความหมายของกฎหมาย ความยินยอมตามความหมายของกฎหมายโดยหลักแล้วจะต้องเป็นการแสดงความจริงใจที่จะให้เหตุการณ์เช่นนั้นเกิดขึ้น กล่าวคือ ผู้ให้ความยินยอมจะต้องสร้างเจตนาที่จะให้ความยินยอม และกำหนดเจตนาที่จะยินยอมต่อเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นโดยการแสดงออกด้วยการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดด้วยตนเองหรือโดยให้ผู้อื่นกระทำแทนตน อันเป็นการแสดงความจริงใจต่อผู้กระทำให้เหตุการณ์นั้นเกิดขึ้นเข้าใจว่าตนอนุญาตให้กระทำได้ เช่น ในกรณีที่ชายเป็นกามโรคร่วมประเวณีที่หญิงที่เป็นภริยา ซึ่งไม่ทราบว่ามีโรคร่วมเป็นโรคร่วมเป็นต้น ดังนั้นความยินยอมในการติดต่อโรคจากสามีนั้นไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นความยินยอมที่แท้จริง⁶⁰

2) ความยินยอมโดยปริยาย

การนิ่งไม่ขัดขวางอาจถือว่าเป็นการให้ความยินยอม เพราะเป็นที่เข้าใจโดยทั่วไปว่าการนิ่งในพฤติการณ์เช่นนั้นเป็นการยินยอม เช่น ผู้เสียหายที่จะให้ความยินยอมไม่สามารถให้ความยินยอมได้ เพราะไม่อยู่ในที่นั้น แต่ก็จะเข้าใจเอาได้ตามพฤติการณ์ว่าคงยินยอม⁶¹ แต่การนิ่งไม่ขัดขวางอาจหมายถึงไม่ได้ยินยอมก็ได้ ดังเช่นในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2759/2532 ที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น แม้จำเลยจะไม่ได้พูดหรือมีอาวุธขู่ข่มขู่ผู้เสียหาย ถ้าตามพฤติการณ์ผู้เสียหายกลัวจำเลยตกอยู่ในอำนาจบังคับของจำเลย ตกอยู่ในภาวะจำยอมไม่กล้าขัดขืนจะถือว่าผู้เสียหายยินยอมไม่ได้ จำเลยจึงต้องมีความผิด⁶² ดังนั้นการตกอยู่ในภาวะจำยอมจึงไม่ใช่ยินยอมโดยสมัครใจ

3) ความยินยอมต่อสิ่งหนึ่งไม่อาจหมายรวมถึงความยินยอมต่อสิ่งอื่น

สิ่งที่เพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากที่ผู้เสียหายให้ความยินยอมหรือโดยที่ผู้เสียหายไม่ทราบถึง หญิงที่ยอมร่วมประเวณีกับชายไม่ได้หมายความว่ายินยอมรับโรคติดต่อจากชายโดยหญิงไม่ทราบมาก่อน⁶³ และนอกจากนี้แล้วยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2073/2537 ที่วินิจฉัยว่า การที่

⁵⁹ ความยินยอมในกฎหมายอาญา (น. 25). เล่มเดิม.

⁶⁰ แหล่งเดิม.

⁶¹ แหล่งเดิม.

⁶² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2759/2532

⁶³ ความยินยอมในกฎหมายอาญา (น. 26). เล่มเดิม.

จำเลยที่ 1 ร่วมประเวณีกับผู้เสียหายโดยผู้เสียหายยินยอมจึงไม่เป็นความผิด แต่จำเลยทั้งสองได้คบคิดกันมาก่อนว่าจะให้จำเลยที่ 2 ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย และการที่จำเลยที่ 1 ร่วมประเวณีกับผู้เสียหายก่อน เมื่อเสร็จแล้วก็ออกจากห้องไปเปิดประตูไว้ให้จำเลยที่ 2 เข้าไปข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย ย่อมเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่จำเลยที่ 2 ในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย จำเลยที่ 1 จึงมีความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนจำเลยที่ 2 ในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย⁶⁴ ดังนั้นการที่ผู้เสียหายยินยอมร่วมประเวณีกับคนใดคนหนึ่งแล้ว ย่อมไม่อาจหมายรวมว่าผู้เสียหายยินยอมร่วมประเวณีกับอีกคนหนึ่งได้โดยไม่ได้รับความยินยอม การให้ความยินยอมต้องได้รับเป็นรายๆ ไป

4) ความยินยอมจะต้องไม่มีเงื่อนไข⁶⁵

ความยินยอมที่มีเงื่อนไขย่อมไม่ถือว่าเป็นความยินยอมโดยนัยของกฎหมายแต่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในเรื่องข่มขืนกระทำชำเราเกี่ยวกับความยินยอมที่มีเงื่อนไขไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 634/2516 วินิจฉัยว่าผู้เสียหายเป็นหญิงมีสามีแล้วสมัครใจให้จำเลยที่ 1 กระทำชำเรา ขณะกระทำชำเราจำเลยที่ 2 มาเห็นเข้าจำเลยที่ 2 บุกผู้เสียหายว่า ถ้าไม่ยอมให้จำเลยที่ 2 กระทำชำเราต่อก็จะไปโฆษณาให้ชาวบ้านฟัง ผู้เสียหายกลัวว่าจำเลยที่ 2 จะไปโฆษณาจึงยอมให้จำเลยที่ 2 กระทำชำเรา ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ผู้เสียหายยินยอมให้จำเลยที่ 1 กระทำชำเราโดยสมัครใจ จำเลยที่ 1 ไม่มีความผิด ส่วนจำเลยที่ 2 นั้นศาลฎีกาเชื่อว่าผู้เสียหายกลัวว่าเรื่องจะอื้อฉาวรู้ไปถึงสามีตน จึงยอมให้จำเลยที่ 2 กระทำชำเราเพื่อให้จำเลยที่ 2 ปกปิดเรื่องไว้จึงไม่ได้ยินยอมต่อผู้ เป็นการสมัครใจ จำเลยที่ 2 จึงไม่มีความผิดเช่นกัน⁶⁶ จึงอาจสรุปได้ว่า ความยินยอมที่มีเงื่อนไขโดยผู้เสียหายยอมรับเอาเงื่อนไขนั้นโดยสมัครใจ จึงทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิดตามนัยของคำพิพากษาฎีกานี้ แต่ยังคงเป็นปัญหาว่า การสมัครใจยอมให้กระทำชำเรา เพราะกลัวว่าจำเลยที่ 2 จะไปเปิดเผยความลับนั้นเป็นการสมัครใจที่มีเงื่อนไขที่เป็นการขู่ขังด้วยประการใดๆ หรือไม่

5) ผู้กระทำจะต้องทราบถึงความยินยอม⁶⁷

ผู้กระทำต้องทราบว่าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมและได้กระทำด้วยความยินยอมในความคิดที่อ้างความยินยอมได้ แต่ในกรณีที่ผู้กระทำไม่ทราบถึงความยินยอมของผู้เสียหายและได้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ท่านรองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า ผู้กระทำไม่อาจอ้างเอาความยินยอมของผู้เสียหายที่ตนไม่ทราบมาเป็นข้ออ้างได้

⁶⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 2073/2537

⁶⁵ ความยินยอมในกฎหมายอาญา (น. 27). เล่มเดิม.

⁶⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 634/2516

⁶⁷ ความยินยอมในกฎหมายอาญา (น. 27). เล่มเดิม.

การแสดงเจตจำนงในการให้ความยินยอมของผู้เสียหายอาจเป็นการแสดงเจตจำนงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ แต่ต้องเป็นการแสดงเจตจำนงโดยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งออกไป การนิ่งเฉยไม่ถือว่าเป็นการให้ความยินยอมและไม่ถือว่าเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมาย

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า ความยินยอมของผู้เสียหายในทางกฎหมายอาญามีอยู่ 2 ลักษณะ คือ ความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ผลของการกระทำคือ การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมายส่วนความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นส่วนหนึ่งของข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของความผิดการกระทำนั้นจึงเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติตั้งจะเห็นได้จากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าการกระทำชำเรากระทำไปโดยได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายก็ไม่ใช่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น เพราะได้กระทำไปโดยมีความยินยอมจึงเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบความผิดฐานนี้

2.3.4 ความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมาย

ความยินยอมของผู้เสียหายที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริงและเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจต้องไม่มีข้อบกพร่องใดๆ ในการแสดงเจตจำนงในการให้ความยินยอม⁶⁸

การที่ผู้กระทำจะยกเอาความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นข้ออ้าง ผู้กระทำจะต้องได้รับความยินยอมนี้โดยผู้เสียหายสมัครใจ กล่าวคือ ผู้กระทำจะต้องได้เป็นผู้กระทำให้ผู้เสียหายให้ความยินยอมโดยความหลอกลวง ข่มขู่ หรือวางยาเพื่อให้ผู้เสียหายขาดสติสัมปชัญญะ ขณะเดียวกันผู้เสียหายก็ต้องให้ความยินยอมโดยปราศจากการสำคัญผิด หรือความกลัว และจะต้องมีสัมปชัญญะด้วย ศาลฎีกาไทยได้เคยวินิจฉัยว่าความยินยอมของผู้เสียหายอันจะอ้างขึ้นลบล้างความผิดได้นั้น ต้องได้มาโดยเสรีและจริงใจ⁶⁹

ท่านรองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัช รัตนสกวาวงศ์ ได้มีความคิดเห็นว่าเป็นความผิดอันเกี่ยวกับเพศตามแนวคำวินิจฉัยของคดีต่างประเทศ อาจแบ่งการหลอกลวงที่ผู้เสียหายเกิดความสำคัญผิดได้ 3 ประการ⁷⁰ คือ

- (1) การหลอกลวงเพื่อให้ผู้เสียหายสำคัญผิดในธรรมชาติของการกระทำ
- (2) การหลอกลวงเพื่อให้ผู้เสียหายสำคัญผิดในตัวบุคคล
- (3) การหลอกลวงให้ผู้เสียหายสำคัญผิดในสมบัติของบุคคล⁷¹

⁶⁸ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 269). เล่มเดิม.

⁶⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508

⁷⁰ ความยินยอมในกฎหมายอาญา (น. 29). เล่มเดิม.

⁷¹ แหล่งเดิม.

1) ผู้ให้ความยินยอมจะต้องมีความสามารถในการให้ความยินยอม

เงื่อนไขในทางเนื้อหาของสถานการณ์ของความยินยอมประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

(1) กรณีที่เกี่ยวข้องกับคุณธรรมทางกฎหมายที่บุคคลสามารถสละได้

(2) กรณีต้องไม่มีข้อบกพร่องในการให้ความยินยอม และ

(3) กรณีต้องเป็นเรื่องของความยินยอมที่มีอยู่ก่อนการกระทำ

คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล โดยทั่วไปจะเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่ผู้เสียหายสามารถที่จะสละได้ เป็นต้นว่า เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ ทรัพย์สิน

ความยินยอมของผู้เสียหายที่จะเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นความยินยอมที่ไม่มีข้อบกพร่องใดๆ ในการแสดงเจตจำนงในการให้ความยินยอม ฉะนั้น ความยินยอมของผู้เสียหายที่เกิดจากการบังคับ ชูเชิญหรือหลอกลวงจึงไม่เป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือความยินยอมของผู้เสียหายที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริงและเป็นความยินยอมที่เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ ในบางสถานการณ์ที่เกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย ผู้กระทำมีหน้าที่ที่จะต้องอธิบายให้ผู้ที่จะให้ความยินยอมนั้นทราบและเข้าใจถึงผลดีผลเสียของการกระทำ และผู้ที่จะให้ความยินยอมเข้าใจในผลที่จะเกิดขึ้นกับตนแล้ว กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีของความยินยอมที่เรียกว่า “ความยินยอมที่บอกกล่าว” (Informed consent) และในกรณีเช่นนี้ “ความยินยอมที่บอกกล่าว” เท่านั้นที่จะเป็นความยินยอมของผู้เสียหายที่ชอบด้วยกฎหมาย และที่จะเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมาย

ความยินยอมของผู้เสียหายจะต้องเป็นความยินยอมที่มีอยู่ก่อนการกระทำหรืออย่างน้อยขณะกระทำ ความยินยอมของผู้เสียหายที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำหรือการให้สัตยาบันกับการกระทำไม่ใช่ความยินยอมของผู้เสียหายที่จะทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด เพราะในกรณีของการให้สัตยาบันนั้นถือว่าอำนาจลงโทษของรัฐได้เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ก่อนหน้านั้นแล้ว ฉะนั้น รัฐเท่านั้นที่จะมีอำนาจสละอำนาจลงโทษได้ เป็นต้นว่า โดยการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องโดยพนักงานอัยการ หรือโดยการอภัยโทษโดยฝ่ายบริหาร กรณีไม่อยู่ในอำนาจของผู้เสียหายอีกต่อไป

2) เงื่อนไขในทางส่วนตัวที่จะทำให้ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 2 ประการ คือ

(1) อำนาจที่จะสละคุณธรรมทางกฎหมายกล่าวคือ ในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 นี้ ผู้ที่จะให้ความยินยอมต้องเป็นผู้ที่จะถูกระทำซ้ำเราเท่านั้น หากเกิดกรณีที่ผู้อื่นให้ความยินยอมแทน เช่น ผู้ชายลงมือกระทำซ้ำเราเป็นคนอื่น มิใช่สามีของหญิง แม้สามีจะยินยอม ใช้ให้กระทำหรือร่วมลงมือ เช่น ช่วยจับแขนขา ทั้งสามีและชายผู้ลงมือกระทำซ้ำเราเป็น

ตัวการร่วมกันในการกระทำความผิดตามมาตรา ๓๓๑ ของหญิงผู้เสียหายไม่อาจให้ความยินยอมแทนหญิงได้ ความยินยอมนั้นจึงไม่สามารถเรียกได้ว่าเป็นความยินยอมบริสุทธิ์ของผู้เสียหาย จึงไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นความยินยอมผู้กระทำจึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๖ ฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

(2) ความสามารถที่จะสละคุณธรรมทางกฎหมาย

โดยทั่วไปผู้ใดเป็นเจ้าของของคุณธรรมทางกฎหมาย ผู้นั้นจะมีอำนาจสละคุณธรรมทางกฎหมายข้อนั้น อย่างไรก็ตามในบางกรณีผู้ที่ได้รับมอบอำนาจจากผู้เสียหายก็อาจมีอำนาจสละคุณธรรมทางกฎหมายแทนผู้เสียหายได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์และทรัพย์สินในบางสถานการณ์อาจมีบุคคลหลายคนที่ต่างมีอำนาจที่จะสละคุณธรรมทางกฎหมาย ในกรณีเช่นนี้บุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีอำนาจจะสละคุณธรรมทางกฎหมายได้

ความสามารถในการสละคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสามารถในการให้ความยินยอมของผู้เสียหาย ซึ่งความสามารถในการให้ความยินยอมของผู้เสียหายนั้นแม้ว่าจะเป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่งแต่ก็ไม่เกี่ยวข้องกับความสามารถของบุคคลในการทำนิติกรรมตามกฎหมายแพ่ง

ความสามารถในการที่จะสละคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องของความสามารถในการรู้เรื่องราวและความสามารถในการตัดสินใจของบุคคลในความเป็นจริง กล่าวคือผู้ใดมีความรู้ความเข้าใจในความหมายและผลได้ผลเสียของเรื่องที่จะให้ความยินยอมนั้นเพียงพอแล้ว แม้ว่าผู้นั้นจะเป็นผู้เยาว์ก็สามารถที่จะให้ความยินยอมได้และทำให้ความยินยอมนั้นเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมาย

3) การกระทำที่อยู่ในกรอบของความยินยอมของผู้เสียหาย คือการกระทำที่ตรงกับความประสงค์ของผู้เสียหายและตรงกับเจตจำนงของผู้เสียหาย กล่าวคือ ต้องพิจารณาลักษณะของการกระทำ วัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำนั้นๆ ความมาน้อยของการกระทำนั้นๆ และในบางกรณีอาจต้องพิจารณาถึงเวลา สถานที่ และบุคคลประกอบด้วย ซึ่งอาจจะถือว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่อยู่ในกรอบของความยินยอมของผู้เสียหายหรือไม่ จะต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป

4) การรู้เรื่องความยินยอมเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ทุกเหตุต้องประกอบด้วยส่วนที่เป็นอัตวิสัย (Subjektiv/Subjective) รวมอยู่ด้วยเสมอ ในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายนี้ก็เช่นเดียวกัน กล่าวคือ ในขณะที่กระทำนอกจากจะต้องมีความยินยอมของผู้เสียหายแล้ว ผู้กระทำได้กระทำไปโดยรู้ถึงการมีอยู่ของความยินยอมของผู้เสียหาย

5) ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ความยินยอมของผู้เสียหายนี้ ต้องไม่เป็นความยินยอมที่ฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนี้ จะต้องพิจารณาที่เจตนาของการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย หลักการคือ ความรู้สึกที่รับได้และถูกต้องของทุกคนในสังคม⁷²

จึงกล่าวได้ว่า “ความยินยอม” เป็นส่วนหนึ่งในการก่อให้เกิดความผิดขึ้น กล่าวคือ ความผิดฐานนั้นๆ ถ้าเกิดขึ้นเพราะความไม่ยินยอมแล้วจึงมีความผิด แต่โดยทั่วไปความยินยอมไม่มีผลยกเลิกความผิด ส่วนความยินยอมที่จะมีผลทำให้การกระทำนั้นๆ ไม่เป็นความผิดได้จะต้องประกอบด้วยหลักการดังต่อไปนี้

ก. ความยินยอมจะต้องไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีของประชาชนการกระทำใดจะขัดต่อศีลธรรมอันดีหรือไม่นั้น จะต้องดูความรู้สึกของบุคคลทั่วไปในท้องถิ่นในเวลาที่เกิดการกระทำนั้น เช่น ในเรื่องการทำร้ายหรือฆ่ากันเป็นกรณีที่ถูกกฎหมายไม่ยอมรับความยินยอม เพราะกฎหมายต้องการคุ้มครองบุคคลมิให้ทำร้ายหรือฆ่ากันเอง เรื่องนี้จึงต้องพิจารณาจากคุณธรรมของกฎหมาย (Rechtsgut) ว่าข้อใดกฎหมายยอมให้สละได้บ้าง เหตุเพราะคุณธรรมทางกฎหมายมิใช่จะสามารถสละได้ทั้งหมด

ข. ความยินยอมนั้นจะต้องเกิดขึ้นโดยความบริสุทธิ์ใจ⁷³ โดยเสรีและชัดแจ้งปราศจากการข่มขู่ ล่อลวงหรือสำคัญผิด แต่ในข้อนี้ยังคงมีปัญหาต่อไปอีกว่า ผู้ยินยอมจะต้องมีความรู้ความเข้าใจแค่ไหนเพียงใดจึงจะสามารถเรียกได้ว่าการยินยอมโดยบริสุทธิ์ใจ กล่าวคือผู้กระทำจะต้องมีความเข้าใจถึงเนื้อหาสาระในเรื่องที่ตนนั้นกำลังจะให้ความยินยอม คือเข้าใจว่าตนยินยอมให้เขากระทำต่อตนแล้วรู้ว่าผลของการให้ความยินยอมนั้นจะเป็นอย่างไร หรือว่าการอธิบายนั้นไม่ตรงกับความจริงเพื่อให้เขายินยอมก็ดี จะถือว่าความยินยอมในลักษณะเช่นนี้เป็นความยินยอมโดยบริสุทธิ์ใจไม่ได้ หรือว่ากรณีคนวิกลจริตยินยอมให้เขากระทำชำเรา ผู้ที่กระทำจะอ้างว่าคนวิกลจริตนั้นได้ให้ความยินยอมให้ผู้กระทำกระทำชำเราไม่ได้เพราะเขาไม่ได้เข้าใจเนื้อหาสาระของการที่ได้รับการกระทำนั้น

2.3.5 ความสามารถของผู้ให้ความยินยอม

ความสามารถของผู้ให้ความยินยอม กล่าวคือ เป็นเรื่องของอายุและความรู้สึกผิดชอบของผู้ให้ความยินยอม โดยทั่วไปแล้วจะใช้กับเรื่องความยินยอมที่อยู่ในโครงสร้างความผิดอาญาข้อแรกและโครงสร้างความผิดอาญาข้อสอง เว้นแต่องค์ประกอบภายนอกของโครงสร้างความผิด

⁷² กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 270-271). เล่มเดิม.

⁷³ คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 757). เล่มเดิม.

อาญาข้อแรกจะกำหนดอายุของผู้ที่สามารถให้ความยินยอมได้โดยชอบด้วยกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะ⁷⁴

นอกจากความสามารถในการเข้าใจคุณค่าของการกระทำที่จะได้รับจากการให้ความยินยอมนั้นแล้ว ผู้ให้ความยินยอมต้องสามารถให้ความยินยอมได้ด้วยใจสมัคร โดยต้องไม่ใช่การที่ต้องตกอยู่ในสภาวะการข่มขู่จําต้องไม่ตกอยู่ภาวะของการถูกรวบงำหรือถูกบังคับ รวมถึงผู้ให้ความยินยอมต้องไม่มีความบกพร่องทางด้านร่างกาย⁷⁵ ดังนี้แล้วหากผู้ต้องให้ความยินยอมอยู่ในอาการมีเมฆาจนไม่สามารถครองสติได้ก็ถือว่าเป็นผู้ที่ไม่มีความสามารถให้ความยินยอมได้อย่างแท้จริง⁷⁶

ความสามารถของผู้ให้ความยินยอมในความคิดเกี่ยวกับเหตุฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 นี้สามารถจำแนกประเภทของบุคคลผู้ให้ความยินยอมที่มีปัญหาการให้ความยินยอมที่ไม่สามารถเรียกได้ว่าเป็นความยินยอมที่แท้จริงและความยินยอมนั้นเป็นความยินยอมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ดังนี้

ก. ความยินยอมของผู้เยาว์ ความผิดเกี่ยวกับเหตุในประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้กำหนดเกณฑ์อายุที่แม้ว่าจะยินยอมให้กระทำชำเราผู้กระทำนั้นก็ยังคงมีความผิดอยู่ คือ ผู้ที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี⁷⁷ เพราะกฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองความบริสุทธิ์ในทางเพศของเด็ก⁷⁸ ในความคิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277⁷⁹ นี้ แม้เด็กยินยอมก็เป็นความผิด แต่เรื่องที่จำเลยหรือผู้กระทำความผิดจะไปอ้างว่า สำคัญผิด⁸⁰ ในอายุเพราะเด็ก โตเกินไวก่อนเพื่อให้จำเลยไม่ต้องรับผิดนั้นเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่จำเลยต้องนำสืบให้ได้เองตามคำกล่าวอ้างในชั้นพิจารณาคดี

ข. ความยินยอมของผู้วิกลจริตในความคิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

ความยินยอมของผู้วิกลจริตย่อมไม่มีผลเป็นความยินยอม⁸¹ บุคคลผู้วิกลจริตหรือผู้ที่มีความผิดปกติทางสมองไม่ว่าจะเป็นจิตบกพร่อง โรคลี้ด หรือจิตฟั่นเฟือนที่ไม่อาจรับรู้ผิดชอบได้ถือ

⁷⁴ ความยินยอมในกฎหมายอาญา (น. 154). เล่มเดิม.

⁷⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 7008/2554

⁷⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาในคดีหมายเลขคำที่ 506/2548

⁷⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม...”

⁷⁸ คุณธรรมทางกฎหมายที่กฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองในความคิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก.

⁷⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 2084/2531

⁸⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 6405/2539

⁸¹ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 416). เล่มเดิม.

ว่าเป็นผู้ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมได้เช่นเดียวกับกรณีของผู้เยาว์ เพราะถ้ายินยอมให้บุคคลเหล่านี้ร่วมเพศได้ บุตรที่เกิดมาจะมีสภาพเช่นบุคคลเหล่านี้อันอาจก่อปัญหาแก่สังคมได้⁸²

ค. ความยินยอมของผู้ป่วยหรือผู้ที่อยู่ในอาการมึนเมา

ความสามารถของผู้พิการทางร่างกายหรือผู้ที่อยู่ในอาการมึนเมาจนไม่ถึงขนาดไม่สามารถให้ความยินยอมได้นั้น ยังคงเป็นปัญหาที่ผู้กระทำผิดอาศัยความบกพร่องในการให้ความยินยอมลักษณะนี้เพื่อข่มขืนกระทำชำเรา จึงต้องถือว่าผู้กระทำมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยที่ผู้กระทำอาศัยช่องทางในการง่ายที่จะข่มขืนกระทำชำเรา ศาลฎีกาก็ได้เคยวินิจฉัยเห็นพ้องกับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ว่า การข่มขืนกระทำชำเราผู้ที่อยู่ในอาการมึนเมาสุรา⁸³ โดยการที่จำเลยอาศัยความมึนเมาของผู้เสียหาย ประกอบกับความไว้เนื้อเชื่อใจ จำเลยปรารถนาพร้อมประเวณีเพื่อความสุขของจำเลยเอง อันเป็นความคิดและการกระทำที่เห็นแก่ตัว เห็นแก่ได้ฝ่ายเดียว มิได้คำนึงถึงจิตใจของผู้เสียหาย จึงเป็นความผิดที่เป็นอันตรายต่อสังคมอย่างยิ่ง และคำพิพากษาฎีกาที่ 2382/2522 การที่จำเลยชำเราหญิงขณะเมาสุราหมดสติอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายมาตรา 276⁸⁴

2.3.6 ระยะเวลาในการให้ความยินยอม

ความยินยอมต้องมีอยู่ก่อนหรืออย่างน้อยจะต้องมีอยู่ขณะกระทำและมีอยู่ตลอดการกระทำนั้น ซึ่งโดยทั่วไปความยินยอมจะต้องมีอยู่ขณะกระทำไม่ว่าจะเป็นความยินยอมที่ผู้เสียหายแสดงออกในขณะที่มีการกระทำหรือจะแสดงออกก่อนการกระทำแล้วยังคงมีผลอยู่มิได้บอกลอนเสียก่อนการกระทำนั้นสิ้นสุดลง

ความยินยอมภายหลังการกระทำ ในเรื่องของความยินยอมในทางอาญาไม่มีผลย้อนหลังการกระทำผิด แต่เป็นเรื่องของการให้อภัยหรือการประนีประนอมยอมความ ซึ่งไม่ทำให้

⁸² ความยินยอมในกฎหมายอาญา (น. 43). เล่มเดิม.

⁸³ คำพิพากษาศาลฎีกาในคดีหมายเลขดำ 506/2548 คดีนี้ศาลอุทธรณ์เห็นว่า เมื่อพิเคราะห์ตามพฤติการณ์แห่งคดีแล้ว ที่จำเลยอาศัยความมึนเมาของผู้เสียหาย ประกอบกับความไว้เนื้อเชื่อใจ จำเลยปรารถนาพร้อมประเวณีเพื่อความสุขของจำเลยเอง อันเป็นความคิดและการกระทำที่เห็นแก่ตัว เห็นแก่ได้ฝ่ายเดียว มิได้คำนึงถึงจิตใจของผู้เสียหาย จึงเป็นความผิดที่เป็นอันตรายต่อสังคมอย่างยิ่ง ที่ศาลชั้นต้น พิพากษามานั้นชอบแล้ว ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน

ศาลฎีกาตรวจสำนวนแล้ว เห็นว่าฎีกาของจำเลยที่ว่าผู้เสียหายยินยอมให้ร่วมประเวณี ขอให้ลงโทษสถานเบา นั้น เห็นว่า เป็นฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริงที่ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยไว้ชอบแล้ว ไม่มีเหตุเปลี่ยนแปลงผลฎีกาของจำเลยไม่เป็นสาระอันควรแก่การพิจารณา ศาลฎีกาไม่รับคดีไว้พิจารณาพิพากษา จึงมีคำสั่งให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ ลงโทษตามที่ศาลอุทธรณ์พิพากษา ให้จำคุกเป็นเวลา 4 ปี 6 เดือน.

⁸⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 2382/2522

ความผิดของผู้กระทำหมดไป เช่น การยกโทษให้ ไม่ใช่สาระสำคัญของความผิดอาญาที่จะยกขึ้นมาเป็นข้ออ้างในการให้พ้นความผิดทางอาญาได้ Wayne R. LaFave and Austin W Scott. ได้กล่าวว่า การยกโทษให้หรือการให้อภัยนี้เป็นสิ่งที่มาภายหลังจากข้อเท็จจริงเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายได้ผ่านพ้นไป ดังนั้นการให้อภัยจึงไม่มีผลอะไรต่อความผิดอาญา การยกโทษหรือการให้อภัยนี้ไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญา เพราะเหตุที่ว่า กฎหมายอาญาเป็นผลประโยชน์ของรัฐซึ่งการดำเนินกระบวนการพิจารณานั้นถือเป็นเรื่องของมหาชน มีความสำคัญอย่างมากต่อปัจเจกบุคคลในรัฐ ดังนั้นการที่ปัจเจกบุคคลให้อภัยกันนั้นจึงไม่เป็นอุปสรรคต่อการดำเนินคดีของรัฐ⁸⁵

ดังนั้นในการพิจารณาว่า ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น จึงต้องพิจารณาจากหลักการที่กล่าวมาข้างต้น กล่าวคือหากความยินยอมของผู้เสียหายที่จะเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายที่จะเป็นเหตุให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามกฎหมายอาญา มาตรา 276 ความยินยอมนั้นต้องเป็นความยินยอมที่ไม่มีข้อบกพร่องในหลักการต่างๆ ที่กล่าวมาข้างต้นแม้แต่น้อย

2.4 ขอบเขตของการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบของความผิดที่จะทำให้ผู้กระทำชำเราไม่มีความผิดฐานนี้ กล่าวคือ ความยินยอมจะเป็นการปฏิเสธครบองค์ประกอบของความผิด ผู้กระทำชำเราจึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นเพราะกระทำไปด้วยความยินยอมของผู้เสียหาย แต่หากการข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนั้นกระทำไปโดยไม่มีความยินยอมของผู้เสียหาย การกระทำนั้นก็มีความผิดฐานนี้ และนอกจากความยินยอมของผู้เสียหายแล้ว การบอกถอนความยินยอมก็เป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่จะนำมาปฏิเสธการให้ความยินยอมไว้ก่อนหน้านั้นสิ้นผลและยุติความยินยอมทันที ดังนั้นในการพิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น จึงควรพิจารณาขอบเขตของการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอม โดยเริ่มจากการพิจารณาขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาและองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตลอดจนคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานนี้ จึงจะมาพิจารณาขอบเขตของการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความผิดฐานนี้ต่อไป

⁸⁵ ความยินยอมในกฎหมายอาญา (น. 48-49). เล่มเดิม.

2.4.1 ขอบเขตความรับผิดชอบข้ามจีนกระทำชำเราผู้อื่น

2.4.1.1 องค์ประกอบความผิดฐานข้ามจีนกระทำชำเราผู้อื่น มาตรา 276 ตามประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศมาตรา 276⁸⁶วรรคแรกสามารถพิจารณาเป็นองค์ประกอบความผิดภายนอกและองค์ประกอบภายในได้ ดังนี้

1) องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานข้ามจีนกระทำชำเราผู้อื่น ได้แก่

(1) ผู้กระทำซึ่งกฎหมายบัญญัติโดยใช้ คำว่า ผู้ใด

ผู้กระทำ คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าเป็นใครและสามีของหญิงก็อาจเป็นผู้กระทำได้ด้วย กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” แสดงว่า หญิงก็อาจเป็นตัวการร่วม⁸⁷กับผู้ชายกระทำความผิดฐานนี้ได้หรืออาจเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้เองด้วย โดยที่ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องลงมือกระทำด้วยกันทุกคน

(2) การกระทำ ได้แก่การกระทำชำเรา

การกระทำชำเราจะเป็นความผิดตามมาตรา 276 ผู้ถูกระทำจะต้อง ไม่ยินยอม⁸⁸ หากยินยอมโดยสมัครใจ การกระทำย่อมไม่ใช่การ “ข้ามจีน” แม้จะเป็นกระทำชำเราก็ตาม

⁸⁶ ประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศมาตรา 276 (แก้ไขใหม่ พ.ศ. 2550) บัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดข้ามจีนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่งหมายความว่ากระทำให้เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดย การใช้ อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิง หรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกันต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกและคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไปและประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

⁸⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 250/2510 (ประชุมใหญ่) และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 59/2524

⁸⁸ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 342), โดยอัจฉริยา ชูตินันท์, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนี้ได้ ได้แก่ การข่มขืนโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในสถานะที่ไม่อาจขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดคิดว่าเป็นบุคคลอื่น

ดังนั้นหากผู้อื่นซึ่งถูกกระทำชำเรานั้นยินยอมย่อมไม่เป็นความผิดฐานนี้โดยการที่จะถือว่าเป็นการกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ก็ด้วยวิธีการกระทำ ดังต่อไปนี้

ก. โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ

คำว่า “ขู่เข็ญ” หมายความว่าทำให้กลัวว่าจะได้รับอันตรายในอนาคต ซึ่งอาจเป็นการกระทำต่อหญิงนั่นเองหรือต่อผู้อื่นซึ่งเกี่ยวข้องกับหญิงนั้น เช่น ผู้กระทำขู่ว่าจะฆ่าบุตรของหญิง และอาจเป็นการขู่ที่จะกระทำต่อทรัพย์สิน เช่น ขู่ว่าจะเอาไฟเผาบ้านของหญิง หรือบิดาของหญิง⁸⁹ หรือ แสดงว่าจะทำให้ผู้ถูกขู่เข็ญเป็นอันตราย เป็นต้น การขู่เข็ญตามมาตรา 276 นี้ไม่จำกัดเฉพาะขู่ว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย จึงหมายความรวมถึงอันตรายทั้งปวงซึ่งผู้กระทำการขู่เข็ญแสดงว่าจะทำให้เกิดแก่ผู้ถูกขู่เข็ญ และผู้ถูกขู่เข็ญกลัวว่าจะถูกกระทำให้เป็นอันตราย จะเป็นอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ⁹⁰ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน สิทธิ ฐานะในสังคม หรือฐานะทางเศรษฐกิจก็ได้ กฎหมายมิได้จำกัดว่าผู้ที่ถูกขู่ที่จะได้รับอันตรายจะต้องเป็นหญิงเท่านั้น จึงหมายความรวมถึงบุคคลอื่นที่มีความสำคัญกับหญิงก็ได้⁹¹

ข. โดยการใช้กำลังประทุษร้าย⁹²

คำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคลไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใดอันมีความหมายตามมาตรา 1(6) นอกจากนี้ตามกฎหมายอเมริกายังกล่าวไว้ว่า การใช้กำลังนั้นต้องเป็นการใช้กำลังในการข่มขืน การใช้กำลังในการชำเรา หาใช่การข่มขืนผู้ถูกกระทำไม่ เพราะมิใช่เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายตามประมวล

⁸⁹ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 416). เล่มเดิม.

⁹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4641/2530.

⁹¹ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1 (น. 723), โดยจิตติ ดิงศภัทย์ ข, 2543, กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.

⁹² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(6).

กฎหมายอาญา มาตรา 1(6) เนื่องจากการชำระต้องใช้กำลังอยู่ในตัว⁹³ อาทิเช่น กอดปล้ำชกต่อยท้วงผู้เสียหาย 2 ครั้ง และช่วยกันจับแขนขาของผู้เสียหาย โดยผู้เสียหายไม่สามารถขัดขืนได้⁹⁴

ค. โดยผู้อยู่ในสภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ โดยตัวของผู้เสียหายอยู่ในสภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้เองอยู่ก่อนการข่มขืนกระทำชำเราแล้วหรือโดยที่ผู้นั้นเป็นผู้กระทำ⁹⁵ให้ผู้เสียหายอยู่ในสภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ก็เป็นกรณีที่ผู้เสียหายอยู่ในสภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ทั้งสิ้น และหมายความรวมถึง การกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในสภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยการใช้ยาทำให้มึนเมา หรือมอมเหล้าสุราให้ผู้เสียหายมึนเมาไม่มีสติ หรือสะกดจิตหรือใช้วิธีการอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน⁹⁶ ถ้าตามพฤติการณ์ผู้เสียหายกลัวจำเลยและตกอยู่ในอำนาจบังคับของจำเลย ตกอยู่ในภาวะจำยอมไม่กล้าขัดขืนจะถือว่าผู้เสียหายยินยอมไม่ได้⁹⁷ หรือหญิงตกอยู่ในอิทธิพลของผู้กระทำผิดกับพรรคที่ลุดเข้าไปในป่าไม่มีทางขัดขืนและไม่มีทางได้รับความช่วยเหลือ⁹⁸

นอกจากนี้ยังรวมถึงโดยหญิงอยู่ในสภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ หมายถึง การทำให้หญิงจำยอมโดยไม่สมัครใจ เช่น ใช้ยาทำให้มึนเมา หรือทำให้หญิงเมาสุราหมดสติ⁹⁹ และสภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้นี้ ไม่ได้จำกัดต้องเกิดจากการกระทำของผู้กระทำเท่านั้น แต่สภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้อาจเกิดจากตัวหญิงเองก็ได้ เช่น หญิงป่วยเป็นอัมพาต เป็นโรคร่างกายอ่อนแรงจึงไม่สามารถขัดขืนได้¹⁰⁰ เป็นต้น

⁹³ Perkins on Criminal Law p. 121. (1957). อ้างถึงใน คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 334). เล่มเดิม.

⁹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 926/2555

⁹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 805/2490 ใช้กำลังจับแขนขาของหญิง แล้วกระทำชำเรา เป็นการใช้กำลังประทุษร้าย.

⁹⁶ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 334). เล่มเดิม.

⁹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2759/2532 “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น แม้จำเลยจะไม่ได้พูดหรือมีอาวุธขู่เข็ญผู้เสียหาย ถ้าตามพฤติการณ์ผู้เสียหายกลัวจำเลยตกอยู่ในอำนาจบังคับของจำเลย ตกอยู่ในภาวะจำยอมไม่กล้าขัดขืนจะถือว่าผู้เสียหายยินยอมไม่ได้ จำเลยจึงต้องมีความผิด”

⁹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 142/2454 หญิงตกอยู่ในอิทธิพลของผู้กระทำผิดกับพรรคที่ลุดเข้าไปในป่าไม่มีทางขัดขืนได้รับความช่วยเหลือจากผู้อื่น หญิงจึงจำต้องยอมให้กระทำเราไม่ถือว่าหญิงยินยอมและการที่หญิงใช้เท้าถีบก็แสดงอยู่ในตัวว่าหญิงมิได้ยินยอม

⁹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2382/2522 ชำเราหญิงขณะเมาสุราหมดสติอยู่ในสภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276

¹⁰⁰ จาก กฎหมายอาญาเรียนด้วยตนเอง เล่ม 3 (น. 522), โดยหยุด แสงอุทัย, 2538, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ดังนั้นจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาคำว่า “ภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้” หมายถึง กรณีดังต่อไปนี้ คือ

ผู้อื่นนั้นปราศจากเจตจำนงโดยสิ้นเชิง เช่น เนื่องจากช็อกหรืออ่อนเพลียจนหมดกำลัง หรือ

ผู้อื่นนั้นไม่สามารถจะแสดงเจตจำนงออกมาได้ เช่น เนื่องจากพูดไม่ได้ เป็นอัมพาตทั้งตัว หรือ

ผู้อื่นนั้นไม่สามารถจะยืนยันเจตจำนงได้ด้วย เช่น เนื่องจากถูกผูกมัดไว้ หรือ
ผู้อื่นนั้นวิกลจริตหรือปัญญาอ่อน หรือหญิงนั้นไม่รู้ความหมายของการร่วมประเวณี เป็นต้น

ง. โดยทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเอง (ผู้กระทำนั้น) เป็นบุคคลอื่น หมายถึง เป็นการสำคัญผิดในตัวบุคคล ไม่ใช่สมบัติของบุคคล เช่น ผู้นั้นเข้าใจว่าเป็นสามีหรือคู่รักจึงยอมให้กระทำชำเรา เป็นต้น¹⁰¹

ดังนั้น การกระทำความผิดฐานนี้ ได้แก่ การข่มขืนกระทำชำเรา โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นอยู่ในสภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้หรือโดยทำให้เขาเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นซึ่งองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือ การที่บุคคลข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในสภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น โดยผู้กระทำนั้นมีเจตนากระทำชำเราหญิงจึงเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

(1) กรรมของการกระทำ ได้แก่ ผู้อื่น

ผู้ถูกระทำ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276¹⁰²บัญญัติใช้คำว่า “ผู้อื่น” ซึ่งเป็นหญิงหรือชายก็เป็นผู้ที่ถูกระทำชำเราได้ หากเป็นหญิงอาจเป็นภริยาของผู้กระทำเองก็ได้แต่ถ้าชายผู้

¹⁰¹ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 334). เล่มเดิม.

¹⁰² ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 (แก้ไขใหม่) “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น...”

ประมวลกฎหมายอาญาของในความผิดเกี่ยวกับเพศได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมล่าสุด ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 มีเหตุผลว่า “โดยที่มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ให้ความสำคัญคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่บทบัญญัติมาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 286 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างใน

ลงมือกระทำเป็นคนอื่น มิใช่สามีหญิงแม้ว่าสามีจะยินยอม หรือใช้ให้กระทำ หรือร่วมมือในการกระทำ เช่น ช่วยจับแขนขา ทั้งสามีและผู้ลงมือและผู้ร่วมในการกระทำนั้นมีความผิดตามมาตรา 276 หรือจะเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศกันได้¹⁰³

สามีภริยา ตามบทบัญญัติของกฎหมายมาตรานี้ หมายถึง สามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁰⁴

ตามคำพิพากษาฎีกา การกระทำต่อหญิงที่เป็นภริยาไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจมีข้อแก้ตัวได้โดยอาศัยเรื่องความสำคัญผิดตามมาตรา 62 เช่น สำคัญผิดว่าเป็นภริยาของตนตามกฎหมายอิสลาม เป็นต้น¹⁰⁵

หญิง คือ เพศของบุคคลธรรมดาตามสภาพที่ถือกำเนิด ฉะนั้นชายแปลงเพศเป็นหญิงจึงไม่ใช่หญิงในความหมายของความผิดฐานนี้

หญิงที่ถูกกระทำอาจมีความประพฤติน่าตำหนิหรือเป็นหญิงโสเภณีก็ได้¹⁰⁶ แม้แต่เคยมีเพศสัมพันธ์กับผู้กระทำมาก่อนก็ไม่ใช่เหตุให้การกระทำครั้งนี้ไม่เป็นความผิด ความประพฤติน่าตำหนิของหญิงเช่นนี้อาจเป็นแต่เพียงพยานหลักฐานอันหนึ่งว่าหญิงยินยอมให้กระทำ แต่ก็ไม่ได้กับความผิดฐานนี้จะเกิดกับหญิงประเภทนี้ไม่ได้เสียทีเดียว ตามคำวินิจฉัยของศาลฎีกา

คำว่า “ผู้อื่น” ตามบทบัญญัติของกฎหมายใหม่¹⁰⁷ นั้น หมายถึง หญิงตามธรรมชาติที่ถือกำเนิดมาเป็นเพศที่ออกกฏได้ และรวมถึงชายแปลงเพศเป็นหญิงด้วย ดังนั้น การกระทำระหว่าง

เรื่องเพศ สมควรแก้ไขบทบัญญัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศที่เคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 เดิมก่อนแก้ไข “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราหญิง หมายถึง การเอาองลัษของชายผ่านเข้าไปในช่องสังวาสของหญิง

ถ้าการกระทำผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยร่วมกระทำ ความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงต้องระวางโทษจำคุกสิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต”

¹⁰³ คำอธิบายกฎหมายอาญามาตราความผิด (น. 340). เล่มเดิม.

¹⁰⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 352/2507.

¹⁰⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 430/2532.

¹⁰⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 633/2475 และคำพิพากษาฎีกาที่ 659/2479

¹⁰⁷ คำอธิบายกฎหมายอาญามาตราความผิด (น. 340). เล่มเดิม.

หญิงต่อหญิงหรือชายต่อชายจึงเป็นความผิดฐานนี้ด้วย ดังนั้นชายกระทำต่อหญิง หรือชายกระทำต่อชาย หญิงกระทำต่อหญิง ชายกระทำต่อหญิงซึ่งเป็นภริยา หรือหญิงกระทำต่อชายซึ่งเป็นสามีก็เป็นความผิดฐานนี้ได้เช่นกัน

2) องค์ประกอบภายในของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ได้แก่เจตนา¹⁰⁸ของผู้กระทำ

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 นี้ไม่ต้องการผล จึงเป็นความผิดสำเร็จทันทีเมื่อมีการกระทำ¹⁰⁹ ผู้กระทำต้องมีเจตนาที่จะต้องข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น กล่าวคือ ผู้กระทำต้องรู้ว่าผู้ถูกกระทำเป็นผู้อื่น และผู้กระทำต้องข่มขืนกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความสมัครใจของผู้อื่นนั้น¹¹⁰

การข่มขืนกระทำชำเรา ข่มขืนใจ เป็นความผิดต่อเสรีภาพเพราะเป็นการบังคับ หากกระทำลงโดยมีความมุ่งหมายในทางเพศคือกระทำชำเราก็เป็นความผิดทางเพศ คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ ก็คือ “เสรีภาพทางเพศ”¹¹¹ กล่าวคือ เสรีภาพในการที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเองความผิดฐานนี้แม้จะไม่ได้เกี่ยวข้องกับศีลธรรมโดยตรงแต่ก็เป็นความผิดที่มีเรื่องของศีลธรรมอยู่ด้วย¹¹² ดังนั้น การกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคสอง ต้องกระทำโดยมีเจตนาพิเศษ คือ เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ไม่ใช่กระทำเพื่อความสนุกสนานหรือกระทำเพื่อทำร้ายร่างกาย¹¹³

3) ลักษณะของการกระทำชำเราผู้อื่น โดยกฎหมายได้มีการบัญญัติความหมายและลักษณะของการกระทำชำเราไว้ใน ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรค 2¹¹⁴

ก. การเอาของลับของชายผ่านเข้าไปในช่องสังวาสของหญิงแม้ล่วงล้ำเข้าไปเพียงนิดเดียว¹¹⁵ แม้เชื้อพรหมจารียังไม่ขาดน้ำอสุจียังไม่เคลื่อนก็ตาม¹¹⁶ ก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว แต่ถ้า

¹⁰⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 1 และวรรค 2

¹⁰⁹ จาก ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับหัวเรื่องเรียงมาตรา แก้ไขเพิ่มเติมล่าสุด ตาม พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายประมวลอาญา (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2551 (น. 62), โดยสุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹¹⁰ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 414). เล่มเดิม.

¹¹¹ แหล่งเดิม.

¹¹² กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 416). เล่มเดิม.

¹¹³ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 342). เล่มเดิม.

¹¹⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรค 2.

¹¹⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 874/2491

¹¹⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 1133/2509 และคำพิพากษาฎีกาที่ 1646/2532

อวัยวะเพศชายไม่สามารถล่วงล้ำเข้าไปได้ ไม่ว่าจะเหตุเพราะอวัยวะเพศหญิงเล็กเกินไป หรืออวัยวะเพศชายไม่แข็งแรงพอแม้ว่าอวัยวะเคลื่อนไหว เชื้อพรหมจารีขาดก็อาจเป็นเพียงพยายาม¹¹⁷

กระทำชำเรา¹¹⁸ หมายถึง การร่วมประเวณี คือ ของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายจะต้องได้ล่วงล้ำเข้าไปในของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ โดยไม่ต้องคำนึงว่าเมื่อล่วงล้ำไปแล้วชายจะสำเร็จความใคร่หรือไม่ก็สำคัญ การกระทำชำเราจึงต้องเป็นการกระทำชำเราโดยธรรมชาติ แต่ตามมาตรา 276 ใหม่¹¹⁹ การกระทำชำเราแม้ไม่ได้เป็นการกระทำชำเราโดยธรรมชาติก็เป็นความผิดฐานนี้ได้เช่นกัน

ข. การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นเป็นความผิดฐานนี้¹¹⁹

อวัยวะของผู้ถูกกระทำไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศเสมอไป¹²⁰ ดังนั้น หากชายนำอวัยวะเพศของตนล่วงล้ำเข้าไปในทวารหนักของหญิงก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นรวมทั้งการนำอวัยวะเพศของตนสอดใส่กับทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หากเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ข่อมเป็นการกระทำชำเราอันเป็นความผิดสำเร็จ เพราะเป็นการใช้อวัยวะเพศของตน กระทำกับทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกกระทำ โดยผู้ถูกกระทำอาจเป็นชายด้วยกัน หรือหญิงอาจกระทำได้กล่าวกับหญิง หรือหญิงกระทำกับชายก็ได้ ชายที่แปลงเพศเป็นหญิง¹²¹จึงอาจถูกกระทำผิดฐานนี้ได้ หรือ

ค. การใช้สิ่งอันใด หมายถึง อวัยวะส่วนอื่นๆ ของร่างกายหรือวัตถุอื่นๆ เช่น นิ้วเพราะใช้คำว่า “อวัยวะอื่นใด” กระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ¹²²ซึ่งตามความหมายใหม่ กฎหมายได้บัญญัติเปลี่ยนแปลงความหมาย¹²³

การกระทำชำเราผู้กระทำอาจใช้ “สิ่งอื่นใด” นอกจากอวัยวะเพศของตนกระทำกับ “อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” ดังนั้น หากผู้ใดใช้วัตถุใดๆ สอดใส่ หรือเพียงแต่กระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ก็เป็นการกระทำชำเราตามมาตรา 276 นี้แล้ว และการกระทำ

¹¹⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 1706/2498

¹¹⁸ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 334). เล่มเดิม.

¹¹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1048/2518 ก่อนการแก้ไขกฎหมายเป็นเพียงความผิดฐานอนาจารเท่านั้น.

¹²⁰ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 341). เล่มเดิม.

¹²¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 157/2524

¹²² จาก กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 199-200), โดยทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ก, 2552, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹²³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 (แก้ไขใหม่) พุทธศักราช 2550

ดังกล่าวอาจเป็นการกระทำของชายที่กระทำต่อหญิง ชายต่อชาย หญิงต่อหญิง หรือหญิงต่อชายก็ได้ รวมทั้งผู้กระทำอาจเป็นคู่สมรสก็ได้

หากใช้ “สิ่งอื่นใด” กระทำกับ “ช่องปาก” แม้จะเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ก็ไม่ใช่การกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคสองที่แก้ไขใหม่นี้ ดังนั้น ถ้ามีการใช้อวัยวะเทียมสอดใส่ในช่องปากของผู้กระทำ แม้จะเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ก็ไม่ใช่การกระทำชำเราตามวรรคสอง เพราะมาตรา 276 วรรคสอง บัญญัติถึงการใช้ “สิ่งอื่นใด” กระทำกับ “อวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำ” เท่านั้น ไม่รวมถึงช่องปากด้วย

คำว่า “สิ่งอื่นใด” อาจหมายถึง มือ หรือ ปาก ของผู้กระทำก็ได้ หรืออาจ หมายถึง อวัยวะเทียมก็ได้ ดังนั้นถ้าผู้กระทำใช้มือ หรือ ปาก กระทำกับ “อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” ย่อมเป็นการกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่แล้ว รวมทั้งผู้กระทำอาจใช้มือหรือปากของตน กระทำกับ อวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำซึ่งเป็นเพศเดียวกันก็ได้ ซึ่งกรณีนี้ตามกฎหมายเดิมเป็นการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น¹²⁴

ดังนั้นแม้จะไม่ได้ใช้อวัยวะเพศในการข่มขืนกระทำชำเรา เช่น ใช้ของเทียมหรือใช้อวัยวะเพศแต่ได้กระทำแก่ช่องทางอื่นซึ่งไม่ใช่อวัยวะเพศ เช่น ทางปากหรือทางทวารหนักก็เป็น การกระทำชำเราด้วยเช่นกัน ส่วนคำว่าผู้อื่นนั้น หมายถึง หญิงตามธรรมชาติที่ถือกำเนิดมาเป็นเพศที่ออกลูกได้ และรวมถึงชายแปลงเพศเป็นหญิงด้วย ดังนั้นการกระทำระหว่างหญิงต่อหญิงหรือชายต่อชายจึงเป็นความผิดฐานนี้ด้วย เช่น หญิงใช้วัตถุใดใช้อวัยวะเพศหรือทวารหนักของหญิงหรือชาย ก็เป็นการกระทำชำเราสำเร็จแล้ว แต่ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 เดิมนั้นการกระทำชำเราโดยผิดธรรมชาติ เช่น กระทำทางช่องทวารหนัก ไม่เป็นการกระทำชำเรา หรือถ้าอวัยวะส่วนอื่นที่ไม่ใช้อวัยวะสืบพันธุ์ของชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงย่อมไม่ถือว่าเป็นการกระทำชำเราผู้อื่น เป็นต้น¹²⁵

การข่มขืนเป็นการฝืนใจหรือบังคับใจ ดังนั้นถ้ายินยอมก็ไม่ใช่ความผิด อาทิเช่น ชายหลอกว่าจะสมรสกับหญิง หญิงจึงยอมให้ชายกระทำชำเรา ถือว่าหญิงยอมให้ชายกระทำชำเรา ชายไม่มีความผิดตามมาตรา 276 หรือการขู่ว่าจะไม่ยอมให้กระทำชำเราจะไปโฆษณาเรื่องถูกบุคคลอื่นข่มขืนให้ชาวบ้านฟัง จึงยอมให้ผู้ขู่กระทำชำเราเพื่อให้ปกปิดเรื่องไว้ เป็นการสมัครใจให้กระทำไม่ผิดมาตรา 276 กระทำต่อหญิงหมดสติแม้ว่าผู้กระทำไม่ได้เป็นผู้ที่ทำให้หญิงหมดสติก็ตามก็เป็นความผิดฐานนี้ เพราะหญิงอยู่ในสถานะที่ไม่อาจจะขัดขืนได้ หากเป็นผู้ทำให้หญิงหมดสติจะเป็น

¹²⁴ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 341). เล่มเดิม.

¹²⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 1839/2538

การใช้กำลังประทุษร้าย การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้เสียหายจึงไม่เป็นความผิดเพราะผู้เสียหายยินยอมให้กระทำชำเรา

การบังคับให้มีเพศสัมพันธ์ โดยที่ผู้ถูกกระทำไม่ได้ยินยอมนั้นถือว่าเป็นอาชญากรรม รัฐมองว่าการรุกรานเข้ามาในชีวิตและความปลอดภัยทางกาย ถือว่าเป็นการรบกวนสิทธิส่วนตัวในเนื้อตัวและร่างกายรัฐจึงไม่สามารถปล่อยให้เป็นที่ของผู้เสียหายจัดการเองได้ ในทางปฏิบัติรัฐไม่สามารถเข้ามาจัดการเอาผู้กระทำผิดไปลงโทษได้หากว่าผู้เสียหายมิได้แจ้งความไว้ เพราะความผิดในลักษณะนี้เป็นความผิดต่อส่วนตัว ตัวอย่างเช่นกรณีที่ถูกข่มขืน หลักฐานที่จะสามารถเอาผิดผู้กระทำผิดได้ย่อมอยู่ในตัวของผู้เสียหาย¹²⁶ ดังนั้นหากผู้เสียหายไม่แจ้งความดำเนินคดีรัฐก็ไม่สามารถเข้าไปดำเนินคดีได้เพราะต้องอาศัยพยานหลักฐานในตัวของผู้เสียหาย หากรัฐเข้าไปดำเนินคดีโดยไม่มีการแจ้งความร้องทุกข์จึงอาจเป็นการเข้าไปละเมิดสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลได้

2.4.2 คุณธรรมทางกฎหมายกับการวินิจฉัยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut / Legal interest) ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือ “เสรีภาพในทางเพศ” กล่าวคือ เสรีภาพในการที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนเองด้วยตนเองโดยปราศจากอำนาจครอบงำบังคับจิตใจจากผู้อื่นความผิดฐานนี้ แม้จะไม่ได้เกี่ยวข้องกับศีลธรรมโดยตรงแต่ก็เป็นความผิดที่มีเรื่องของศีลธรรมอยู่ด้วย¹²⁷

ความผิดอาญาในแต่ละฐานได้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายอันหนึ่งหรือหลายอัน ในการทำอันตรายหรือก่ออันตรายต่อกรรมของการกระทำที่บทบัญญัติของกฎหมายอาญาของการจะคุ้มครองให้เกิดความมั่นคงนี้ เท่ากับเป็นการก่อให้เกิดผลที่พึงปรารถนาหรือผลที่ไม่คุณธรรมนั้น ในทางกฎหมายอาญาจึงมีการพิเคราะห์คุณค่าบางประการด้วย

คุณธรรมทางกฎหมายกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น สามารถแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ คุณธรรมทางกฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นที่เป็นของส่วนรวม ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต่อหน้าธารกำนัล ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 281 ซึ่งเป็นความผิดอันยอมความไม่ได้ เพราะถือว่ารัฐเป็นผู้เสียหาย และคุณธรรมทางกฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นที่เป็นของส่วนบุคคล ถือเป็นความผิดต่อส่วนตัว ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ซึ่งความผิดต่อส่วนตัวนี้ผู้เสียหายสามารถสละคุณธรรมทางกฎหมายในข้อนี้ได้เอง ซึ่งเอกชนอาจป้องกันได้เฉพาะสิทธิหรือคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนเอกชนหรือของบุคคล

¹²⁶ จาก *สังคัมกับกฎหมาย* (น. 105), โดยทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ ก, 2552, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹²⁷ จาก *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (น. 416), โดยคณิต ฌ นคร ข, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

เท่านั้น การแบ่งแยกคุณธรรมทางกฎหมายออกดังกล่าวมาแล้วยังช่วยในการวินิจฉัยปัญหาความยินยอมของผู้เสียหายอีกด้วย¹²⁸

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 นี้เป็นความผิดที่ข่มขืนได้ ถ้ามิได้เกิดขึ้นต่อหน้าธารกำนัลและไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 281¹²⁹

การกระทำต่อหน้าธารกำนัล¹³⁰ หมายถึง การกระทำในที่ซึ่งมีคนอื่นเห็น หรือกระทำในลักษณะที่เปิดเผยมอบให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำของตนได้ แม้ว่ามีผู้อื่นเห็นเพียงคนเดียว ก็เป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล แต่ถ้าเป็นการกระทำในห้องที่ดับไฟมืด แม้มืดอยู่แต่นอนหลับไม่ถือว่าเป็นต่อหน้าธารกำนัลและไม่รวมถึงการกระทำต่อหน้าพวกเดียวกันเอง

ความผิดอันยอมความได้นั้น หากผู้เสียหายตายลงก่อนที่ได้มีการร้องทุกข์ หรือถอนคำร้องทุกข์แล้ว สิทธินาคคืออาญาฆ่าฟ้องก็ตกเป็นอันต้องระงับลง (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 39 และประมวลกฎหมายอาญามาตรา 96) นอกจากนี้แล้วจะยอมความไม่ได้ ถ้าผู้กระทำได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือร่วมกันกระทำโดยมีลักษณะอันเป็นการโทรม คือมีผู้ร่วมกระทำชำเรามากกว่า 1 คนผลัดกันเปลี่ยนกันทำอย่างน้อยคนละครั้ง เช่น มี 3 คนร่วมกันจุดหญิงมา พวกที่จุดมา 2 คนชำเราหญิงไปแล้ว แม้คนที่ 3 ยังไม่ทันได้ชำเราหญิงนั้น หรือไม่ได้อยู่ในห้องเพราะสลัดกับเพื่อนในการข่มขืนกระทำชำเราหญิง ก็เป็นตัวการโทรมหญิงด้วย และหากเป็นการกระทำระหว่างคู่สมรส ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความปลอดภัย หรือมีการฟ้องหย่าก็ได้¹³¹

¹²⁸ จาก พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา (น.88-96), โดยคณิต ณ นคร ง, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹²⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 281

¹³⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 1173/2508 (ประชุมใหญ่) จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายต่อหน้าเด็กหญิงในห้องมืดดังนี้ เพียงแต่เหตุเกิดต่อหน้าเด็กหญิงเท่านั้นทั้งโจทก์ก็มีได้ยืนยันโต้แย้งว่า จำเลยได้กระทำโดยประการที่ทำให้เด็กหญิงได้เห็นการกระทำของจำเลย หรือว่าจำเลยได้กระทำในลักษณะที่เปิดเผยมอบให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำของจำเลยได้ ถือไม่ได้ว่าจำเลยได้กระทำผิดต่อธารกำนัล

จากบรรทัดฐานของคำพิพากษาฎีกานี้ ศาลฎีกาได้วางหลักที่จะถือว่าต่อหน้าธารกำนัลไว้ว่า

(1) ได้กระทำโดยประการที่บุคคลอื่นได้เห็นการกระทำของจำเลย

(2) ได้กระทำในลักษณะที่เปิดเผยมอบให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำต่อหน้าจำเลยได้. อ้างถึงใน

เกียรติจร วัจนะสวัสดิ์ ข. (2557). กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2. หน้า 480-481.

¹³¹ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ (น.195-198), โดยทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ง. (2553). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

หน้าที่ของกฎหมายอาญาที่สำคัญ คือ “การคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย” ซึ่งกฎหมายอาญาก็ยังคงมีหน้าที่อื่นๆ อีกคือ การที่กฎหมายอาญากระดับของ “สมบัติ” เฉพาะอย่างขึ้นเป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” คุณธรรมทางกฎหมายอาญาเป็นส่วนหนึ่งของความผิดอาญาฐานต่างๆ คุณธรรมทางกฎหมายจึงเป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายได้แนวความคิดในทางกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายกับประเทศที่ไม่ใช้ประมวลกฎหมายย่อมแตกต่างกัน คุณธรรมทางกฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของความคิดในทางกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย ท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร มีความเห็นว่า ถ้านักกฎหมายไทยได้ศึกษาเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายกันแล้ว การใช้กฎหมายอาญาทั้งสารบัญญัติ และวิธีสบัญญัติย่อมประสบความสำเร็จยิ่งขึ้น¹³²

จึงเห็นได้ว่าคุณธรรมทางกฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 มีกรรมของการกระทำในความผิดฐานนี้ ได้แก่ ผู้เสียหาย ซึ่งเป็นผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยไม่ว่าผู้เสียหายจะเพศใดกฎหมายก็มุ่งที่จะคุ้มครองเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ในทางเพศของทุกคนในรัฐอย่างเท่าเทียม

2.4.3 ขอบเขตของการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหาย ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีมาตรการในการลงโทษผู้กระทำผิดที่รุนแรงที่สุดในบรรดากฎหมายทั้งหลายที่บังคับใช้ภายในรัฐ เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) กฎหมายจึงอยู่ในรูปของประมวลกฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมายอาญากับบุคคลภายในรัฐจะต้องอยู่ภายใต้หลักการในหลักประกันของกฎหมายอาญา ซึ่งหลักประกันที่สำคัญประการหนึ่งคือ การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญาและกฎหมายอาญาต้องเป็นบทบัญญัติที่ชัดเจนแน่นอน

ความยินยอมของผู้เสียหายเกี่ยวข้องโดยตรงกับการสละ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtgut) ของผู้เสียหาย ซึ่งมีทั้งที่เป็นส่วนรวมและส่วนบุคคล ซึ่งบุคคลสามารถสละคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับส่วนบุคคลเท่านั้น และต้องเป็นการที่ผู้เสียหายสละการคุ้มครองโดยรู้ตัว กล่าวคือ ผู้เสียหายรู้ว่าจะเกิดผลอย่างไรแก่ตนในกรณีนั้น ฉะนั้นความยินยอมของผู้เสียหายจึงเกี่ยวข้องกับ “ผลของการกระทำ”¹³³

2.4.3.1 ขอบเขตของการให้ความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

¹³² กฎหมายอาญากฎทั่วไป (น. 88-96). เล่มเดิม.

¹³³ แหล่งเดิม.

ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น มีความยินยอมของผู้เสียหายที่จะปฏิเสธการครอบครองประกอบความผิด เพราะผู้กระทำได้กระทำไปโดยมีความยินยอมของผู้เสียหาย การกระทำนั้นจึงเป็นการกระทำที่ไม่ครอบครองประกอบความผิดฐานนี้ แต่การที่จะถือว่าเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายและมีผลสมบูรณ์ได้นั้นต้องเป็นความยินยอมที่สมัครใจและเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์ ตลอดจนความยินยอมนั้นต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริงของผู้เสียหาย

“ความยินยอม” เป็นสาระสำคัญที่จะปฏิเสธองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ไม่ได้บัญญัติคำว่า “ยินยอม” แต่ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในอดีตได้มีการบัญญัติเรื่องนี้ไว้ อย่างเช่นพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณีรัตนโกสินทร์ศก 118 มาตรา 3 ซึ่งใช้คำว่า “หญิงมิยินยอม” และต่อมาประมวลกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 243 ได้บัญญัติใช้คำว่า “ใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำชำเราหญิง” คำว่า “ขืนใจ” ก็แสดงอยู่ในตัวแล้วว่าหญิงมิยินยอม เพราะถ้ายินยอมก็ไม่เป็นการขืนใจ ต่อมาประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 บัญญัติใช้คำว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืน ได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” เมื่อพิจารณาจากคำในตัวของมาตรา 276 แล้ว จะเห็นว่าล้วนแล้วแต่เป็นกรณีที่ยังหญิงมิได้ยินยอมทั้งสิ้น แทนที่จะบัญญัติโดยใช้คำว่า “โดยหญิงมิได้ยินยอม” แต่กลับบัญญัติใช้คำอื่นที่แสดงถึงลักษณะของการกระทำที่แสดงถึงการที่ยังหญิงมิได้ยินยอม ความยินยอมมีความสำคัญเพราะเป็นองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นทั้งๆ ที่ตัวบทมิได้บัญญัติเอาไว้โดยตรง

การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ เป็นปัญหาอาชญากรรมที่มีระดับความร้ายแรงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ซึ่งมีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงสองหมื่นบาท

หากหญิงยินยอมการกระทำของชายก็ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามมาตรา 276 เทียบกับคำพิพากษาฎีกาที่ 828/2486 โดยถือว่าเป็นการขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิดตามมาตรา 276 ไปเลย ถ้าหากหญิงยินยอมที่จะมีความสัมพันธ์ทางเพศด้วยกับฝ่ายผู้กระทำแล้ว ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่ถ้าฝ่ายหญิงไม่ยินยอมหรือปราศจากความยินยอมของหญิงแล้วผู้กระทำก็จะมีผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาจะพบว่า ไม่ได้มีบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องความยินยอมนี้ จึงต้องวิเคราะห์ตามทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับโครงสร้างการกระทำความผิดองค์ประกอบของการกระทำความผิด ศาลฎีกาได้วางหลักเกณฑ์ความยินยอมให้การกระทำที่จะใช้เป็นเหตุยกเว้นความผิดได้จะต้องครอบครองอยู่ 4 ประการ คือ

1) ต้องเป็นการให้ความยินยอมของผู้เสียหาย

2) ต้องเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์ ซึ่งต้องเป็นความยินยอมที่เกิดจากความสมัครใจ โดยเสรี ปราศจากอำนาจครอบงำ จริใจและซัดเซ้ง

ดังเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 616/2482 วินิจฉัยว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหาย ให้ผู้ใดกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อสำนึก ศีลธรรมอันดีและมีอยู่จนกระทั่งถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นย่อมเป็นข้อยกเว้นมิให้กระทำการนั้นเป็นความผิด

3) ต้องเป็นความยินยอมที่ให้อย่างน้อยในขณะที่กระทำความผิดและมีอยู่ตลอดเวลาของการกระทำการนั้น ซึ่งโดยทั่วไปความยินยอมจะต้องมีอยู่ในขณะกระทำไม่ว่าจะเป็นความยินยอมที่ผู้เสียหาย แสดงออกในขณะที่มีการกระทำหรือแสดงออกก่อนการกระทำและยังคงมีผลอยู่มิได้ ถอนความยินยอมก่อนการกระทำนั้นสิ้นสุด ดังนั้นการให้ความยินยอมภายหลังการกระทำผิดย่อมไม่ถือว่ามี การให้ความยินยอมจะนำเอาการให้ความยินยอมภายหลังมาเป็นเหตุยกเว้นความผิดไม่ได้

4) ต้องไม่ขัดต่อความรู้สึกในศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ผู้กระทำต้องกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย โดยคดีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนี้มักปรากฏให้เห็นตามสื่อต่างๆ เกือบทุกวันแม้ว่าบทลงโทษตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้นั้นจะเป็นอัตราโทษที่รุนแรงเพียงใด แต่ผู้กระทำส่วนใหญ่ก็ยังคงไม่เกรงกลัวต่อบทลงโทษของกฎหมาย และเมื่อถูกจับดำเนินคดี ผู้กระทำความผิดมักให้การเป็น 2 แนวทาง คือ แนวทางแรก เป็นกรณีที่ทำเลยขอรับสารภาพตลอดข้อกล่าวหาซึ่งอาจจะสารภาพในชั้นจับกุมหรือชั้นพิจารณาก็แล้วแต่ ปัญหาในการนำสืบข้อเท็จจริงในข้อนี้จึงไม่ตกเป็นภาระแก่ผู้เสียหาย แนวทางที่สอง เป็นกรณีหากจำเลยไม่สารภาพจำเลยและให้การต่อสู้ ว่าจำเลยไม่ได้กระทำความผิดเพราะผู้เสียหายยินยอมหรือผู้เสียหายไม่ขัดขืน ภาระการพิสูจน์ย่อมตกแก่ฝ่ายโจทก์หรือผู้เสียหาย ดังนั้นปัญหาที่จะตามมาก็มักจะเป็นภาระการพิสูจน์คดีที่ผู้เสียหายต้องนำสืบให้ได้ว่าการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำที่ปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย ซึ่งหากบทบัญญัติในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายใน ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 มีบทบัญญัติที่ชัดเจนถึงขอบเขตการให้ความยินยอมของผู้เสียหายก็จะเป็นการสร้างความชัดเจนในบทบัญญัติของกฎหมาย เพื่อให้ผู้เสียหายไม่เป็นการสร้างภาระการนำสืบที่หนักแก่ผู้เสียหายจนเกินไปเพราะ พยานหลักฐานส่วนหนึ่งที่จะต้องใช้เป็นหลักฐานในการพิจารณาคดีก็เป็นหลักฐานที่อยู่ในตัวของ ผู้เสียหายจึงมักมีผู้กล่าวอยู่เสมอว่า “การดำเนินคดีเป็นการผู้เสียหายถูกข่มขืนซ้ำสอง” ซึ่งผู้เสียหาย ในความผิดฐานนี้ต้องได้รับความเสียหายและเจ็บปวดทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจ

นอกจากปัญหาในเรื่องขอบเขตการให้ความยินยอมที่กฎหมายต้องกำหนดให้มี บทบัญญัติถึงขอบเขตที่แน่นอนและชัดเจนไว้ในประมวลกฎหมายแล้ว การให้ความยินยอมที่จะถือว่าเป็นความยินยอมที่แท้จริง บริสุทธิ์และชอบด้วยกฎหมายด้วยใจสมัครนั้นผู้ให้ความยินยอมจะต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถในการให้ความยินยอมได้อย่างแท้จริง กฎหมายจึงควรมีบทบัญญัติถึงความสามารถของผู้ให้ความยินยอมนั้นไว้อย่างชัดเจน เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาถึงความยินยอมของผู้เสียหายว่าเป็นความยินยอมที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อาทิเช่น ความยินยอมของผู้วิกลจริตที่ให้กระทำชำเรานั้นย่อมไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายจึงควรบัญญัติความรับผิดชอบที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบในกรณีดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดอ้างความยินยอมที่ไม่สมบูรณ์นี้เพื่อแสวงหาผลประโยชน์จากการละเมิดสิทธิทางเพศของผู้ที่มีความบกพร่องทางร่างกายหรือสมองเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำความผิดเอง ซึ่งนอกจากกฎหมายควรบัญญัติถึงความสามารถของผู้วิกลจริตที่ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นผู้มีความสามารถในการให้ความยินยอมได้แล้วนั้น ยังคงมีคนอื่นอีกหลายประเภทที่กฎหมายควรมีบทบัญญัติที่ชัดเจนถึงผลของการให้ความยินยอมหรือความสามารถในการให้ความยินยอม อาทิเช่น ผู้ที่มีความบกพร่องทางด้านสติปัญญา ผู้พิการ หรือผู้ที่คิดยาเสพติดหรืออยู่ในอาการมึนเมา แอลกอฮอล์ เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายในความคิดฐานนี้ภายใต้หลักความยุติธรรม

2.4.3.2 ขอบเขตของการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหายในความคิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหายในความคิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้แต่อย่างใด ซึ่งนักวิชาการบางท่านได้ให้ความเห็นไว้ดังนี้

ท่านดร.รณกรณ์ บุญมี ได้ให้ความเห็นว่า 2 ประการ

ประการที่หนึ่ง คือ ความยินยอมในการกระทำชำเรานั้นจะต้องมีตลอดเวลาที่การกระทำชำเราเริ่มขึ้นและดำเนินไปจนจบ หากฝ่ายที่ไม่ได้ถอนความยินยอม ไม่ยอมหยุดการกระทำฝ่ายนั้นย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น และ

ประการที่สอง คือ ในการบอกถอนความยินยอมนั้น ถ้าหากฝ่ายหนึ่งถอนหรือยุติความยินยอม อีกฝ่ายหนึ่งจะต้องหยุดการกระทำในทันที

“การบอกถอนความยินยอม” จะทำให้ความยินยอมที่ได้เคยให้ไว้ก่อนหน้าสิ้นผลเรื่องการบอกถอนความยินยอมในกฎหมายอาญาของไทยนั้นไม่ได้มีบทบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย

อาญา การนำไปใช้ในหลักนี้ก็ใช้ด้วยการตีความตามข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นตามแต่ละคดี เช่นเดียวกับการใช้หลักความยินยอมในกฎหมายอาญา ที่ไม่ได้มีการบัญญัติไว้โดยแจ้งชัด

กรณีผู้ถูกระทำให้ความยินยอมขณะเริ่มกระทำชำเรา แต่เปลี่ยนเป็นปฏิเสธให้ความยินยอมหลังการกระทำชำเราจนกระทั่งการกระทำชำเราจบสิ้นลงในกรณีนี้ยังมีประเด็นที่น่าจะต้องพิจารณาว่าในกรณีที่การกระทำชำเราเริ่มต้นขึ้นด้วยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย แต่ขณะที่การกระทำชำเรากำลังดำเนินไปภายใต้ความยินยอมร่วมกันนั้น เกิดมีฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่จะกระทำชำเรากันต่อไป ไม่ว่าจะเพราะเกิดความเจ็บปวด หรือทราบข้อเท็จจริงบางประการเพิ่มเติมกะทันหัน เช่น ทราบว่าอีกฝ่ายเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ร้ายแรง มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนในทางเพศ นิยมความรุนแรง หรือไม่ว่าโดยเหตุผลใดๆ ก็ตาม แต่เมื่อปฏิเสธไม่ให้มีการกระทำชำเราต่อไปแล้ว อีกฝ่ายหนึ่งกลับไม่ยอมหยุดการกระทำชำเราในทันที จะถือได้หรือไม่ว่าเป็นการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอม ของอีกฝ่ายในกรณีนี้ เป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งเป็นความผิดที่รุนแรง และทำลายความสงบเรียบร้อยของสังคมอย่างมากจนต้องมีการกำหนดระยะเวลาที่สูงเท่ากับข่มขืนกระทำชำเราในกรณีทั่วไป¹³⁴

ลักษณะการบอกถอนความยินยอมการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหายหรือการขัดขืนการกระทำและไม่ยอมรับให้กระทำชำเราต่อไปขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมของเหตุการณ์แต่ต้องแสดงออกโดยชัดแจ้ง เพื่อให้ฝ่ายผู้กระทำได้พอทราบถึงการบอกถอนความยินยอมนั้น จึงมีคำถามตามมาว่า การถอนความยินยอมเป็นการบอกล้างความยินยอมเดิมและหากฝ่ายชายได้กระทำต่อไปจะเป็นการข่มขืนหรือไม่ แต่ได้มีหลักฐานที่แสดงให้เห็นชัดว่า ฝ่ายหญิงได้ให้ความยินยอมมาแต่แรกแต่ภายหลังฝ่ายหญิงได้สื่อสารทั้งคำพูดและการกระทำที่แสดงว่าเป็นการถอนความยินยอม ฝ่ายชายได้เข้าใจและมีเวลาเหลือเพื่อขณะร่วมประเวณีอยู่นั้นแต่ปฏิเสธที่จะยุติการสอดใส่ ศาลจึงได้ตัดสินว่าเป็นการข่มขืนเช่นเดียวกับนักวิชาการของไทยที่ได้ให้ความเห็นว่า การยินยอมของหญิงต้องดูจากอากัปภิกขัยของหญิงไป พฤติการณ์ที่นิ่งเฉยนั้นต้องถือว่าเป็นการยินยอมให้ร่วมประเวณีด้วย ตามสุภาษิตโบราณที่ว่า “ผู้ที่นิ่งไว้เหมือนแสดงว่ายินยอม” (Qui Tacetconsentirevidetur) เช่นในการที่ชายใดใช้กิริยาแล้วโลมลวนลามหญิง หญิงไม่ได้แสดงอาการขัดขืนใดๆ ชายจึงกระทำต่อไปเพราะเห็นว่าหญิงไม่ได้ขัดขวางการกระทำนั้นจนกระทั่งมีการชำเรา เช่นนี้ควรสันนิษฐานว่าหญิงยินยอม¹³⁵ เมื่อได้มีการถอนความยินยอมแล้ว ก็ถือว่าไม่มีความยินยอมที่จะอ้าง ความยินยอมแต่

¹³⁴ จาก “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหลังการกระทำชำเราด้วยความยินยอม”, โดย รณกรณ์ บุญมี, 2553, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 39 (4), 777-779.

¹³⁵ จาก คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2 (น. 1107), โดย พระอินทปรีชา (เหยียนเลชะวนิช), 2469, โสภณพิพรรฒนาการ.

แรกเริ่มมาเกี่ยวกับการต้องรับโทษไม่ได้ แต่ความยินยอมในครั้งก่อนนั้นก็ยังมีผลสมบูรณ์และสิ้นผลไปเมื่อผู้เสียหายบอกถอนความยินยอมนั้น¹³⁶

พฤติการณ์ที่เป็นการบอกถอนความยินยอมในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

1) การบอกถอนความยินยอมนั้นเกิดขึ้น โดยอิสระและผู้ที่บอกถอนความยินยอมต้องการที่จะยุติการกระทำที่ได้ร่วมประเวณีนั้นทันที

2) ระยะเวลาในการถอนความยินยอมการปฏิเสธซึ่งความยินยอมในเวลาใดๆ ก็ตาม ภายหลังจากได้ให้ความยินยอม ไม่ว่าจะมีการร่วมประเวณีเกิดขึ้นแล้วหรือยังไม่มีการร่วมประเวณี ฝ่ายที่ต้องการบอกถอนความยินยอมก็สามารถบอกถอนความยินยอมนั้นได้เสมอ แต่ผลทางกฎหมายย่อมต่างกัน กล่าวคือ

ประการแรก หากการบอกถอนความยินยอมของฝ่ายที่บอกถอนความยินยอมได้บอกถอนความยินยอม ในขณะที่ยังไม่มีการร่วมประเวณี อีกฝ่ายเคารพการตัดสินใจของผู้ที่บอกถอนความยินยอมที่เคยได้ให้ไว้โดยต่างฝ่ายต่างกลับมาสู่สถานะปกติไม่มีการกระทำชำเราจากฝ่ายที่ได้รับคำบอกถอน กรณีเช่นนี้ก็ไม่อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเกิดขึ้นได้

ประการที่สอง การบอกถอนความยินยอมของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ได้บอกถอนความยินยอมในขณะที่ยังไม่มีการร่วมประเวณีเช่นเดียวกันกับประการแรก แต่ฝ่ายที่ได้รับคำบอกถอนความยินยอมนั้นไม่เคารพการตัดสินใจของฝ่ายที่ได้บอกถอนความยินยอม และกระทำชำเราฝ่ายที่บอกถอนความยินยอมนั้น กรณีเช่นนี้ย่อมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

ประการที่สาม ในขณะที่มีการร่วมประเวณีกันภายหลังความยินยอมของทั้งคู่ แต่ในระหว่างการร่วมประเวณีนั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้บอกถอนความยินยอมหรือต้องการยุติการร่วมประเวณีนั้น ปัญหาในกรณีหลังจากนี้ที่ต้องมาวิเคราะห์คือ หากฝ่ายที่ได้รับคำบอกถอนความยินยอมนั้นไม่ยอมหยุดโดยไม่ว่าจะเป็นเพศไหนก็ตามยังคงกระทำชำเราต่อไปโดยไม่ใส่ใจต่อบอกถอนความยินยอมของอีกฝ่าย ตามหลักกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีถือว่า การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น และผู้กระทำไม่อาจจะเอาความยินยอมที่ให้ไว้ก่อนร่วมประเวณีมาเป็นข้ออ้างว่าการกระทำชำเรานั้นกระทำไปโดยมีความยินยอมของผู้เสียหาย

3) การแสดงการถอนความยินยอมต้องเป็นการแสดงออกที่ชัดเจน ที่จะทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเข้าใจถึงการบอกถอนความยินยอมนั้นเข้าใจได้ถึงสาระที่ต้องการถอนความยินยอมนั้น เพื่อให้อีกฝ่ายเข้าใจและยุติการล่วงประเวณีทันที

¹³⁶ ความยินยอมในกฎหมายอาญา (น. 48). เล่มเดิม.

2.4.4 การรับรองสิทธิผู้เสียหายในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นเป็นความผิดที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 แต่ในการดำเนินคดีทางอาญาต้องอาศัยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นเครื่องมือในการจัดการขั้นตอนต่างๆ ในคดี แม้ว่าจะมีบทบัญญัติหลักๆ ในกฎหมายทั้งสองประมวลข้างต้นในการดำเนินคดี แต่ยังคงมีกฎหมายอีกหลายฉบับที่บัญญัติรับรองสิทธิของผู้เสียหายในคดีลักษณะนี้ กฎหมายเป็นเพียงเครื่องมือที่รับรองสิทธิผู้เสียหายไว้เท่านั้น ในทางปฏิบัติจึงเป็นหน้าที่ของผู้มีอำนาจใช้กฎหมายนั้นๆ เพื่อให้เกิดการคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายในคดีความผิดอันเกี่ยวกับเพศอย่างแท้จริงเป็นรูปธรรม

1) การรับรองสิทธิหญิงผู้เสียหายในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศในประเทศไทย

จากอุดมการณ์ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมที่ให้ความสำคัญในเรื่องคุณค่าและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน จึงได้มีการจำกัดความหมาย “สิทธิมนุษยชน” ไว้ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน พุทธศักราช 2542¹³⁷ สิทธิมนุษยชนหมายความว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย หรือตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตาม¹³⁸

ในนิยามดังกล่าว ก็คือ สิทธิในชีวิต สิทธิในเสรีภาพและความยุติธรรมที่พึงได้รับการปฏิบัติจากบุคคลอื่นด้วยความเป็นธรรม อันเป็นสิทธิตามธรรมชาติในลักษณะที่มนุษย์เป็นเจ้าของสิทธิ โดยการให้ความสำคัญถึง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ของบุคคลอื่นด้วย เพราะการยอมรับสิทธิที่พึงมีแก่เพื่อนมนุษย์ด้วยกันนั้นถือเป็นเจตจำนงที่ยืนยันคุณค่าสิทธิมนุษยชนอย่างเท่าเทียมกัน หมายความว่า เราจะต้องยอมรับสถานภาพของบุคคลอื่นว่ามีค่าและควรแก่การยกย่องว่าเป็นคนเหมือนเรา¹³⁹

“สิทธิ” หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองหรือคุ้มครองให้¹⁴⁰

¹³⁷ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2542 มาตรา 3.

¹³⁸ จาก “คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ”, โดชนพนิตี สุริยะ, 2542, *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 29 (4), น. 544.

¹³⁹ จาก “คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ”, โดชนพนิตี สุริยะ, 2542, *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 29 (4), 538-554. อ้างถึงใน *การคุ้มครองสิทธิหญิงผู้เสียหายในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา* (น. 38), โดยจิราพร ทีโน, 2547, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

¹⁴⁰ จาก *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* โดย วิษณุ เครืองาม, 2521. อ้างถึงใน *การคุ้มครองสิทธิหญิงผู้เสียหายในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*. (น. 38). เล่มเดิม.

ในประเทศไทยได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลที่ตกเป็นผู้เสียหาย หรือตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมในคดีความผิดทางเพศไว้ คือ ในกรณีเป็นผู้เสียหายต้องเป็นผู้เสียหายที่ได้รับ ความเสียหายในทางกฎหมายอาญาลักษณะใดลักษณะหนึ่ง โดยต้องเป็นบุคคลที่ถูกกฎหมายได้ให้ ความคุ้มครอง หมายความว่าต้องเป็นการกระทำเข้าองค์ประกอบความผิด จึงจะถือว่าเป็นผู้เสียหาย ในคดีอาญา และมีสิทธิได้รับการคุ้มครองจากรัฐ เพื่อเรียกร้องความเป็นธรรมให้กับตนเอง โดยเริ่ม ตั้งแต่ การเข้าสู่กระบวนการร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงาน การให้ความร่วมมือกับเจ้าพนักงานในขั้นตอน การสอบสวน และขั้นตอนการพิสูจน์หาความจริงในขั้นตอนชั้นพิจารณาคดี เพื่อนำไปสู่การ พิจารณาและพิพากษาคดี

ปัจจุบันแม้ว่าชายและหญิงจะได้รับความคุ้มครองอย่างเสมอภาคกันในกฎหมายและมี สิทธิเท่าเทียมกัน แต่ในความเป็นจริงนั้นต้องยอมรับว่า เพศหญิงเป็นเพศที่มีความอ่อนแอกว่าและ ต้องการการปฏิบัติที่มีความละเอียดอ่อนมากกว่าชาย นอกจากนั้นแล้วใน “ปฏิญญาว่าด้วยการขจัด การเลือกปฏิบัติต่อสตรี” ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า จะต้องใช้มาตรการทุกอย่างที่เหมาะสมเพื่อ เลิกกฎหมาย ประเพณี กฎ และการปฏิบัติที่มีการเลือกปฏิบัติต่อหญิง และจัดให้มีการคุ้มครองทาง กฎหมายที่เพียงพอในด้านสิทธิเท่าเทียมแห่งชายและหญิง คือ หลักแห่งความเท่าเทียมในสิทธิ จะต้องตราไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือไม่มีหลักประกันสิทธิไว้ด้วย ทั้งนี้เพื่อให้สตรีได้รับความ คุ้มครองอย่างแท้จริง¹⁴¹

2) การคุ้มครองโดยองค์กรภาครัฐ

กรณีที่บุคคลใดตกเป็นผู้เสียหายในคดีอาญา สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญได้ บัญญัติไว้เหล่านี้ย่อมผูกพันองค์กรของรัฐโดยตรง และสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นส่วนตัว ย่อมได้รับการคุ้มครอง การกล่าวหาหรือไขข่าวแพร่หลาย ซึ่งข้อความ หรือภาพไม่ว่าโดยวิธีใดไปยังสาธารณะ อันเป็นการละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลใน ครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัว จะกระทำไม่ได้ เว้นแต่กรณีเป็นประโยชน์ แก่สาธารณะ เป็นการคุ้มครองในส่วนของ การเปิดเผยข้อเท็จจริง¹⁴²

แนวคิดในการกำหนดนโยบายทางอาญาของรัฐต้องคำนึงถึงการเข้าถึงกระบวนการ ยุติธรรมของทุกฝ่าย ไม่ว่าจะเป็น ตัวผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหาย โดยที่ระบบงานยุติธรรมที่ นานาประเทศยึดถือปฏิบัติมีแนวคิดที่สำคัญ 2 ประการ คือ

(1) แนวคิดพื้นฐานทางอาญาที่เน้นการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมเป็นหลัก หรือเน้นการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control)

¹⁴¹ แหล่งเดิม.

¹⁴² แหล่งเดิม.

(2) แนวคิดพื้นฐานทางอาญาที่เน้นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามหลัก “นิติรัฐ” (The rule of Law) โดยใช้ “ตัวแบบกระบวนการนิติธรรม” (The Due Process Model)

การเน้นการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม กระบวนการค้นหาความจริงเกี่ยวกับคดีจะพยายามให้สิ้นสุดในขั้นต้นๆ ของกระบวนการ หรือในชั้นพนักงานสอบสวน อัยการ มากกว่าที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาลโดยไม่จำเป็น ดังนั้นการดำเนินการกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจึงอยู่ภายใต้อำนาจของพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการเป็นส่วนใหญ่ กล่าวคือ คดีอาญา เมื่อเข้าสู่ระบบดำเนินการไปตามขั้นตอนต่างๆ ที่กำหนดไว้อย่างสม่ำเสมอโดยไม่หยุดชะงัก เช่น การดำเนินการสอบสวนก่อนดำเนินการจับกุม การเตรียมคดีเพื่อยื่นฟ้องศาล การพิจารณาคดีเพื่อพิพากษาลงโทษ ผู้กระทำความผิดและการปลดปล่อยจำเลย ขั้นตอนต่างๆ จะดำเนินการไปอย่างต่อเนื่องจึงมีผู้เรียกว่า “กระบวนการกลั่นกรอง” (Screening Process)¹⁴³ ซึ่งองค์การที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีอาญา อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วน คือ องค์กรภาครัฐ ซึ่งได้แก่ ตำรวจ อัยการ ศาล และภาคเอกชน¹⁴⁴ ซึ่งได้แก่ ทนายความ สื่อมวลชน องค์กรทางสังคม เป็นต้น

3) สิทธิของผู้เสียหายในขั้นตอนก่อนการดำเนินคดี

กรณีเมื่อมีบุคคลใดได้รับความเสียหายจากการละเมิดทางอาญาของ บุคคลนั้นย่อมต้องได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย สิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญาคความผิดเกี่ยวกับเพศในเบื้องต้นได้แก่

(1) สิทธิในการฟ้องคดีอาญาโดยตนเอง¹⁴⁵ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28 (2) หรือเข้าร่วมเป็นโจทก์กับพนักงานอัยการ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 30

(2) สิทธิในการร้องทุกข์หรือถอนคำร้องทุกข์ ในกรณีขอให้รัฐดำเนินคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (7) และมาตรา 126

(3) สิทธิในการฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องคดีอาญา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 40

(4) สิทธิในการมอบอำนาจให้บุคคลอื่นร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน หรือฟ้องคดีอาญาต่อศาล¹⁴⁶

¹⁴³ แหล่งเดิม.

¹⁴⁴ แหล่งเดิม.

¹⁴⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 4.

¹⁴⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 890/2530 (ประชุมใหญ่)

(5) สิทธิในการขอสืบพยานล่วงหน้า ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 237 ทวิ

การนำคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาโดยผ่านกระบวนการของรัฐ จุดเริ่มต้น คือ การร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงาน¹⁴⁷ อันเป็นเงื่อนไขในการให้อำนาจดำเนินคดีแก่เจ้าพนักงาน

4) สิทธิของผู้เสียหายในขั้นตอนภายหลังการดำเนินคดี

ในการรับรองสิทธิของผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศนั้น จำเป็นที่รัฐจะต้องมีมาตรการในการรับรองสิทธิในลักษณะของบทบัญญัติที่ชัดเจนในประมวลกฎหมาย ในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติ โดยอาจจะนำสิทธิของผู้เสียหายในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศนี้มาบัญญัติเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในประมวลกฎหมาย เพื่อให้การดำเนินคดีลักษณะนี้เป็นไปโดยกระทบสิทธิผู้เสียหายให้น้อยที่สุดและคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายให้มากที่สุดเท่าที่กฎหมายจะทำได้

¹⁴⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (7).

บทที่ 3

ขอบเขตที่เหมาะสมของการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมใน ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในต่างประเทศ

ปัจจุบันกฎหมายในหลายๆ ประเทศโดยที่จะเห็นชัดเจนก็ได้แก่ ประเทศอังกฤษได้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อมุ่งที่จะคุ้มครองผู้เสียหายแตกต่างกันออกไป ในอดีตนั้นในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเรานั้นถูกจำกัดไว้แต่เพียงว่าเป็นการกระทำที่ชายกระทำต่อหญิงเท่านั้น แต่เมื่อยุคสมัยและพฤติกรรมของมนุษย์ได้เปลี่ยนแปลงผิดแผกแตกต่างไปจากเดิม กฎหมายจึงต้องทันตามยุคสมัยเพื่อเป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบเรียบร้อยของรัฐและยกระดับสิทธิสตรีมิให้เป็นเหยื่อความรุนแรงทางเพศ ดังนั้นในกฎหมายต่างประเทศมีบทบัญญัติขอบเขตของการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นไว้อย่างชัดเจน แม้กระทั่งในประเทศอังกฤษที่ถือว่าเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายตามคำพิพากษา ก็ยังมีการบัญญัติขอบเขตในส่วนของเนื้อหาไว้อย่างละเอียดมากไว้ในกฎหมาย ทั้งนี้ก็เพื่อคุ้มครองสิทธิสตรีด้วยนั่นเอง

3.1 ขอบเขตความรับผิดชอบผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในประเทศอังกฤษ

เดิมก่อนมีการแก้ไขกฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไม่มีบทนิยาม เพียงแต่พิจารณาองค์ประกอบตามกฎหมายว่า ชายร่วมประเวณีกับหญิง โดยที่หญิงนั้นให้ความยินยอมหรือไม่เท่านั้น ไม่ได้บัญญัติรายละเอียดถึงการใช้กำลังข่มขู่ให้เกิดความกลัวที่มีผลต่อความยินยอม ทำให้เกิดการข่มขู่หลอกลวงเพื่อข่มขืนกระทำชำเราหญิงเพียงเพราะกฎหมายไม่ได้บัญญัติ แต่เดิมชายอาจไม่ต้องรับผิดชอบทั้งที่การพิจารณาคดีปรากฏว่ามีความยินยอม ทำให้มีการแสวงหาผลประโยชน์จากช่องว่างเหล่านี้ เหตุที่อังกฤษต้องมีบทนิยามและปรับปรุงกฎหมายเรื่องเพศ เป็นเพราะอิทธิพลของกลุ่มเรียกร้องสิทธิสตรี (feminist) ซึ่งมีอิทธิพลอย่างมากต่อการปฏิรูปกฎหมาย ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือ ประการแรก การข่มขืนกระทำชำเราเป็นเรื่องเกี่ยวกับอาชญากรรมและความรุนแรง ประการที่สอง คือ การพิจารณาคดีอาชญากรรมมีลักษณะไปทางการค้นหาความจริงเกี่ยวกับการกระทำของผู้ถูกกล่าวหามากกว่าที่จะไปมุ่งพิจารณาการกระทำและ

ประวัติของผู้เสียหาย ประการที่สาม การกระทำผิดทางเพศควรควบบัญญัติให้ชัดเจนเพื่อมิให้ฝ่ายผู้กระทำผิดนำช่องว่างไปใช้ หรือต้องมีการตีความไว้เป็นประโยชน์แก่ตนเอง¹

ปัจจุบันประเทศอังกฤษยุติปัญหาเรื่องการข่มขืนโดยปราศจากความยินยอมด้วยการมีบทบัญญัติเป็นข้อสันนิษฐานที่ชัดเจนว่าผู้เสียหายไม่ยินยอมในกรณีดังกล่าวไว้ใน มาตรา 76 (2)(b) ของพระราชบัญญัติ Sexual Offences Act 2003²

สาเหตุที่ได้มีการปรับปรุงกฎหมายเป็นพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำผิดทางเพศมาจาก The recommendations of a Home Office Review ในปี ค.ศ. 2000 ได้เสนอเหตุผลว่าให้ควรมีความผิดทางเพศที่สอดคล้องกันและชัดเจนซึ่งป้องกันประชาชนจากการถูกละเมิดและการแสวงหาผลประโยชน์ ทั้งผู้ที่ละเมิดกฎหมายควรได้รับโทษที่เหมาะสม และเพื่อความเป็นธรรมและไม่เลือกปฏิบัติให้สอดคล้องกับยุโรปตามอนุสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนและกฎหมายสิทธิมนุษยชน 1988 ซึ่งกฎหมายเดิมล้าสมัยไม่ทันต่อเหตุการณ์ในสมัยนั้น อีกทั้งสิทธิของสตรีรวมถึงพวกกรักร่วมเพศควรได้รับการปกป้องและยกระดับสิทธิเด็ก ด้วยผลของการบัญญัติใช้บังคับใหม่ได้ทำให้อายุหลายฉบับได้บังคับใช้ได้อย่างมีความมั่นคงมากขึ้น และได้ขยายอายุของผู้เยาว์ขึ้นไปถึงอายุ 17 ปีในกรณีถ้ารูปอนาจารสำหรับเด็กอายุดังกล่าวด้วย ทั้งรับมือกับการก่ออาชญากรรมบนอินเทอร์เน็ตและเผยแพร่ภาพผู้เยาว์ รวมถึงการข่มขืน อนาจาร การลวนลามหรือก่อกวนผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี ร่วมกิจกรรมทางเพศเป็นความผิดจะมีความยินยอมหรือไม่ก็ตาม ซึ่งเป็นเพราะสาเหตุหนึ่งนั้นมาจากกฎหมายเดิมไม่สามารถรับมือกับกรณีที่เคยเกิดขึ้นคือ มีชายคนหนึ่งชักชวนเด็กสาวอายุเพียง 11 ขวบสองคน มาเดินยั่วเปลือยผ้าต่อหน้าชายผู้นั้น แต่การชักชวนนั้นไม่ได้ใช้ความ

¹ From “Rape Without Consent”, by Tadros, V., 2006, *Oxford Journal of Legal Studies*, 26 (3), 516.

² Sexual Offences Act 2003 Section 76

Conclusive presumptions about consent.

(1) If in proceedings for an offence to which this section applies it is proved that the defendant did the relevant act and that any of the circumstances specified in subsection (2) existed, it is to be conclusively presumed

(a) that the complainant did not consent to the relevant act, and

(b) that the defendant did not believe that the complainant consented to the relevant act.

(2) The circumstances are that

(a) the defendant intentionally deceived the complainant as to the nature or purpose of the relevant act;

(b) the defendant intentionally induced the complainant to consent to the relevant act by impersonating a person known personally to the complainant.

³ From “The Concept of Consent under the Sexual Offences Act 2003”, by Elvin, J., 2008, *Journal of Criminal Law*, 72 (6), 520.

รุนแรง การบังคับและทั้งไม่ได้สัมผัสเด็กหญิงสองคนนั้นเลย ทั้งชายผู้นี้ถูกตั้งไม่ฟ้องเพราะ พฤติกรรมไม่ได้ตรงกับที่กฎหมายของอังกฤษบัญญัติไว้ขณะนั้น ดังนั้นจะเห็นว่ากฎหมายฉบับใหม่นี้ จะปกป้องคุ้มครองผู้เยาว์เกินกว่าจะอายุ 18 ปี เป็นต้น⁴

3.1.1 ลักษณะของการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ

หากได้พิจารณาพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำผิดทางเพศ 2003 ฉบับนี้จะพบว่า ได้บัญญัติลักษณะของการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศแบ่งออกเป็น 4 ประการ โดยเรียงลำดับความรุนแรง คือ

1. การข่มขืน
2. การข่มขืนโดยใช้สิ่งของแทนอวัยวะเพศ
3. การอนาจารโดยการสัมผัส
4. การก่อกวนให้บุคคลอื่นเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ

ตามพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำผิดทางเพศ 2003 ได้บัญญัติความผิดดังกล่าวข้างต้นไว้ดังนี้

- 1) การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape)

ตามบทบัญญัติใน มาตรา 1⁵ ได้บัญญัติว่า

“...ผู้กระทำ A กระทำความผิดอาญา ถ้า

(a) ถ้าผู้กระทำ A สอดไปในช่องคลอด, ทวารหนัก หรือปากของบุคคลอื่น B ด้วยองศาติของผู้กระทำโดยเจตนา

(b) ผู้ถูกกระทำ B ไม่ยินยอมให้มีการล่วงล้ำเช่นนั้น และ

(c) ผู้กระทำ A โดยปราศจากเหตุผลอันควรเชื่อว่า ผู้ถูกกระทำ B ยินยอม

⁴ From *Sex Offenders and the Internet* (p. 80-81) by Howitt P. and Sheldon, K, 2007.

⁵ Sexual Offences Act 2003. Section 1

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

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

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

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

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

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

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

...มาตรา 75 และ 76 นำมาใช้ภายใต้มาตรานี้ด้วย...”

การข่มขืนถือเป็นการกระทำความผิดทางเพศที่มีระดับความรุนแรงสูงสุดและมีโทษสถานหนักถึงชีวิต ซึ่งตามพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศ Sexual Offences Act 2003 ได้บัญญัติเพื่อแทนที่ พระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศ 1956 เดิม โดยมีคำที่ถูกเปลี่ยนไปจากเพียงก่อนนั้นที่บัญญัติ คำว่า “ชาย” กับ “หญิง” ได้เปลี่ยนเป็น “A” กับ “B” เพื่อให้มีการครอบคลุมและคุ้มครองเท่าเทียมไม่ว่าเกิดการข่มขืนระหว่างเพศชายกับชายด้วยกันก็ตาม

2) การข่มขืนโดยใช้สิ่งของแทนอวัยวะเพศ โดยลักษณะมิใช่การชำเราโดยใช้อวัยวะเพศ (Assault by Penetration) ในบทบัญญัติมาตรา 2 ได้บัญญัติว่า

“...ผู้กระทำ A กระทำความผิดอาญา ถ้า

(a) ถ้าผู้กระทำ A สอดไปในช่องคลอดของหญิงหรือทวารหนักของบุคคลอื่น B โดยใช้ส่วนอื่นใดของร่างกายหรือสิ่งของอื่นใดโดยเจตนา

(b) การสอดเข้าไปในลักษณะเพื่ออรรถนทางเพศ

(c) ผู้ถูกกระทำ B ไม่ยินยอมให้มีการสอดใส่เช่นนั้น และ

(d) ผู้กระทำ A โดยปราศจากเหตุผลอันควรเชื่อว่า ผู้ถูกกระทำ B ยินยอม

มาตรา 75 และ 76 นำมาใช้ภายใต้มาตรานี้ด้วย...”

ในบทบัญญัติแห่งมาตรา 2⁶ ได้บัญญัติถึง การข่มขืนใจโดยการสอดใส่หรือสอดใส่ซึ่งมิใช่การชำเราโดยใช้อวัยวะเพศ (Assault by Penetration) แต่เป็นการใช้อวัยวะส่วนอื่นของร่างกาย เช่น นิ้วมือ หรือสิ่งอื่นใดก็ตามแม้กระทั่งใช้สัตว์หรือสิ่งมีชีวิตอื่นใดเป็นเครื่องมือ โดยโครงสร้างองค์ประกอบความผิดแตกต่างจากความผิดฐานข่มขืนเพียงการไม่ได้ใช้อวัยวะเพศ ส่วนโทษตามมาตรานี้คือ จำคุกตลอดชีวิต⁷

⁶ Sexual Offences Act 2003, Section 2

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

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

⁷ From *Blackstone's Criminal Practice 2012* (p. 307), by Hooper, A., 2012.

3) การลวนลามโดยการสัมผัส (Sexual Assault) ในบทบัญญัติมาตรา 3⁸ ได้บัญญัติว่า

“...ผู้กระทำ A กระทำความผิดอาญา ถ้า

(A) ถ้าผู้กระทำ A โดยเจตนาสัมผัสบุคคลอื่น B

(B) การสัมผัสเป็นไปในลักษณะทางเพศ

(C) ผู้ถูกกระทำ B ไม่ยินยอมให้มีการล่วงเกินการสัมผัสเช่นนั้น และ

(D) ผู้กระทำ A โดยปราศจากเหตุผลอันควรเชื่อว่า ผู้ถูกกระทำ B ยินยอม

มาตรา 75 และ 76 นำมาใช้ภายใต้มาตรานี้ด้วย...”

การสัมผัสนั้น หมายถึง การสัมผัสเป็นอย่างน้อยที่สุดภายใต้ตามคำนิยาม มาตรา 79 (8) คือ การสัมผัสด้วยส่วนใดๆ ของร่างกายด้วยสิ่งอย่างอื่น หรือโดยผ่านอะไรก็ตาม เป็นต้น เช่น การสัมผัสโดยไม่ใช้ส่วนอื่นใดของร่างกาย ได้แก่ Sex toy อุปกรณ์ที่ใช้กระตุ้นอารมณ์ทางเพศ เพื่อใช้การลวนลามผู้อื่น เป็นต้น ศาลอุทธรณ์เคยมีคำพิพากษาในคดี R v H (Karl Anthony) (2005) EWCA Crim 732 มีนาย ก. ได้เข้าไปใกล้หญิงสาวผู้หนึ่งและถามคำถามต่อไปในทางเพศ ก่อนที่จะจับชุดวอร์มของเธอด้านล่างแล้วดึงเข้ามาหา นาย ก. พิจารณาว่าการกระทำนั้นถือเป็นการสัมผัสเสียของบุคคลซึ่งไปกว่านั้นผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องรู้ตัวจากการลวนลามเช่น นาย ก. นำอวัยวะเพศของตัวเองออกมาจากกางเกงแล้วสำเร็จความใคร่ใส่หญิงที่นาย ก. เจตนาถูกตัวหญิงผู้นั้นที่ในศาลกลับ Bounekhla [2006] EWCA Crim 1217 ซึ่งเข้ามาตรานี้ และการกระทำนั้นเห็นได้ว่าเป็นการกระทำไปในทางเพศ ตามมาตรานี้หากปราศจากความยินยอมของผู้ถูกกระทำย่อมเป็นความผิดอีกด้วย แต่ยังมีข้อถกเถียงกันทางวิชาการอยู่ว่าการสำเร็จความใคร่ด้วยน้ำอสุจิใส่ผู้อื่น โดยไม่สัมผัสร่างกายเลยจะเป็นความผิดฐานนี้หรือไม่¹⁰

⁸ Sexual Offences Act 2003. Section 3

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

(a) he intentionally touches another person (B),

(b) the touching is sexual,

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

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

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

⁹ From *Criminal Law* (p. 349) by Card, R., 2012.

¹⁰ Blackstone's Criminal Practice 2012 (p. 310). Op.cit.

4) การก่อให้เกิดบุคคลอื่นมีส่วนในกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม (Causing a Person to Engage in Sexual Activity Without Consent) ในบทบัญญัติมาตรา 4¹¹ ได้บัญญัติว่า

“...ผู้กระทำ A กระทำผิดอาญา ถ้า

- (a) ถ้าผู้กระทำโดยเจตนา ก่อให้บุคคลอื่น B เข้าร่วมในกิจกรรม
- (b) กิจกรรมนั้นเป็นไปในลักษณะทางเพศ
- (c) ผู้ถูกกระทำ B ไม่ได้ยินยอมเข้าร่วมกิจกรรมเช่นนั้น และ
- (d) ผู้กระทำ A โดยปราศจากเหตุผลอันควรเชื่อว่า ผู้ถูกกระทำ B ยินยอม

...มาตรา 75 และ 76 นำมาใช้ภายใต้มาตรานี้ด้วย...

... ผู้กระทำผิดตามมาตราที่ต้องถูกระวางโทษหากมีการก่อให้เกิดการ

- (a) สอดไปในทวารหนักหรือช่องคลอดของผู้ถูกกระทำนั้น
- (b) สอดไปในปากของผู้ถูกกระทำนั้นด้วยองศาติของบุคคลใดก็ตาม
- (c) สอดไปในช่องคลอดหรือทวารหนักของบุคคลอื่น โดยใช้ส่วนอื่นใดของร่างกาย

ของผู้ถูกกระทำเองหรือสิ่งอื่น

- (d) สอดไปในปากของบุคคลใดโดยองศาติของผู้ถูกกระทำซึ่งความผิดต้องระวางโทษ

จำคุกตลอดชีวิต...”

¹¹ Sexual Offences Act 2003. Section 4

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

- (a) he intentionally causes another person (B) to engage in an activity,
- (b) the activity is sexual,
- (c) B does not consent to engaging in the activity, and
- (d) A does not reasonably believe that B consents.

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

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

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

- (a) penetration of B’s anus or vagina,
- (b) penetration of B’s mouth with a person’s penis,
- (c) penetration of a person’s anus or vagina with a part of B’s body or by B with anything else, or
- (d) penetration of a person’s mouth with B’s penis, is liable, on conviction on indictment, to

imprisonment for life...”

ในเรื่องนี้นักวิชาการอังกฤษให้ความเห็นว่า การข่มขืนโดยใช้อาวุธหรือวัตถุต้องเป็นกรณีการใช้ของชาติสอดเข้าไปในช่องคลอดทวารหนัก หรือปากของบุคคลอื่น ถ้าหากมีหญิงสาวมาบังคับผู้ชายให้อาวุธหรือวัตถุสอดเข้าไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือปากของผู้เสียหายโดยปราศจากความยินยอมของผู้ชาย จะไม่เป็นความผิดฐานข่มขืน แต่อาจผิดฐานก่อให้เกิดบุคคลอื่นมีส่วนในกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม¹² มาตรา 4 นี้ค่อนข้างครอบคลุมการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในเหตุการณ์ปัจจุบัน เพราะมาตรานี้ครอบคลุมกรณีที่ ก. ก่อให้ ข. กระทำกิจกรรมทางเพศใดๆ ต่อ ก. โดยปราศจากความยินยอม เพื่อให้ ก. เพลิดเพลินทางเพศ อาทิเช่น การก่อกวนบุคคลอื่นกระทำการสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง ร่วมเพศกับผู้อื่น หรือกับสัตว์เป็นต้น ผู้กระทำจะต้องระวางโทษจำคุกหากปรากฏว่ามีเหตุฉกรรจ์เกิดขึ้นตามที่ระบุไว้ในเหตุ (a) ถึง (d) หรือมีเช่นนั้นแล้วอาจต้องจำคุกไม่เกิน 10 ปี เป็นต้น

นอกจากนี้ยังมีการคุ้มครองทางเพศเกี่ยวกับผู้พิการ เด็กและเยาวชน เช่น การชำเราเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี มีมาตรา 5 ถึง มาตรา 8 โดยแบ่งออกเป็น 4 ระดับเช่นกัน แต่การข่มขืนไม่ว่าจะมีความยินยอมของเด็กหรือไม่ก็ย่อมเป็นความผิดเสมอ ซึ่งหากปรากฏว่ามีเหตุฉกรรจ์เกิดขึ้นตามที่ระบุไว้ในกฎหมายจะมีโทษหนักถึงชีวิต เป็นต้น

3.1.2 ขอบเขตของการให้ความยินยอม

ความหมายของ “ความยินยอม” ปรากฏในเรื่องความยินยอมในกฎหมายอาญาจากกฎหมายในต่างประเทศ อาทิเช่น ประเทศอังกฤษในพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำผิดทางเพศ Sexual Offences Act 2003 มาตรา 74¹³ ได้บัญญัติไว้ทำนองว่า “เพื่อวัตถุประสงค์แห่งหมวดนี้ ความยินยอมของบุคคล ถ้าเขาตกลงให้ความยินยอมโดยมีตัวเลือก และมีความเป็นอิสระและความสามารถที่จะตัดสินใจให้ความยินยอม” กล่าวคือ “ความยินยอม” (Consent) มีความแตกต่างกับ “การยอมจำนน” (Submission) เพราะคำแรกมีลักษณะความเป็นอิสระไม่อยู่ภายใต้การบังคับที่จะให้ความยินยอม แต่อย่างหลังนั้นมีลักษณะที่ผู้ให้ความยินยอมมีฐานะด้อยกว่า หรืออ่อนแอกว่า เป็นต้น

ความยินยอมในพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำผิดทางเพศ Sexual Offences Act 2003 ก่อนมีพระราชบัญญัตินี้ มีคดี Regina v Olugboja¹⁴ จำเลยขับรถพาผู้เสียหายไปยังกะโลแห่ง

¹² Criminal Law (p. 349). Op.cit.

¹³ Sexual Offences Act 2003.

Section 74 “Consent” For the purposes of this Part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice.

¹⁴ Regina v Olugboja [1982] QB 320, (Court of appeal).

หนึ่งซึ่งเป็นไปในทิศทางที่ตรงกันข้ามที่ผู้เสียหายอาศัยอยู่ แสดงให้เห็นว่าจำเลยจงใจจะพาไปสถานที่นั้น จำเลยปิดไฟห้องนั่งเล่นและบอกว่าเขากำลังจะร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย จำเลยขอให้ผู้เสียหายถอดกางเกงออก ผู้เสียหายทำตามเพราะ ผู้เสียหายกลัว ทั้งร้องไห้และห้องก็มืด จากนั้นจำเลยผลักผู้เสียหายลงบนเก้าอี้ยาวและร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย ภายในเวลาไม่นานผู้เสียหายไม่ต่อต้านไม่ขัดขืน และไม่ร้องขอความช่วยเหลือใดๆ ภายหลังตัวผู้เสียหายได้ร้องขอให้หยุด จำเลยหยุดกระทำหลังจากนั้น ตำรวจสอบปากคำจำเลยว่า จำเลยยอมรับว่าได้ร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย และตำรวจได้ถามจำเลยว่า “ผู้เสียหายยินยอมหรือไม่” จำเลยตอบว่า “ผู้เสียหายไม่ยินยอมในตอนแรก แต่จำเลยสามารถโน้มน้าวผู้เสียหายได้” ภายหลังจบการสอบปากคำของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ผู้เสียหายแจ้งแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจว่าจำเลยร่วมประเวณีโดยขโมยใจผู้เสียหายคดีนี้ผู้พิพากษาคำวินิจฉัยการพิจารณาโดยมีคณะลูกขุนและอธิบายสรุปประเด็นแก่ลูกขุนในความยินยอมว่า

“ขออนุญาตเตือนลูกขุนทั้งหลายว่าในกรณีที่จำเลยยกประเด็นที่ว่า ผู้เสียหายไม่ได้ร้องขอความช่วยเหลือหรือขัดขืน ลูกขุนต้องพิจารณาข้อเท็จจริงว่ามีการใช้กำลังบังคับข่มขู่หรือความรุนแรง หรือวิธีใดๆ ในทำนองเดียวกันหรือไม่ ที่จำเลยอ้างว่า หญิงนั้นยินยอมถอดกางเกงเป็นข้อเท็จจริงในตัวของมันเองในการเชื่อเชิญให้มีเพศสัมพันธ์หรือไม่ ทั้งนี้ทั้งนั้นขึ้นอยู่กับสถานการณ์และอะไรเป็นแวดล้อมกรณีที่ทำให้ผู้หญิงถอดกางเกง เช่นนี้หญิงนั้นยินยอมถอดกางเกงเองหรือถอดเพราะความกลัว นั้นหมายถึงปราศจากความยินยอมหรือไม่ ลูกขุนต้องเป็นผู้ตัดสิน...”

จำเลยถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นแต่จำเลยอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์เห็นว่า ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยที่หญิงนั้นให้ความยินยอมเพราะการใช้กำลังบังคับ ข่มขู่ หลอกลวงเพื่อให้ได้ความยินยอม ย่อมเป็นความผิด ศาลไม่รับฟังกรณีที่จำเลยกล่าวอ้าง พนักงานอัยการจะต้องไม่พิสูจน์เพียงประเด็นที่จะให้ปรากฏว่าในขณะที่มีการร่วมประเวณีหญิงนั้นให้ “ได้ยินยอมหรือไม่” เท่านั้น แต่ความจริงหากมีความยินยอมจริง เพียงเพราะจำยอมโดยถูกบังคับโดยความกลัว โดยการหลอกลวง ปัจจุบันเหล่านี้ แทบไม่ต้องสงสัยเลยว่าเป็นปัจจัยที่สำคัญในการแสดงให้ว่ามีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น “ความยินยอม” เป็นคำที่ว่าๆ ไปครอบคลุมความต้องการของเจตจำนงในบริบทของการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิง แต่ความต้องการต้องเกิดขึ้นจริงๆ ไม่ใช่ที่เกิดโดยนึ่งเฉยไม่เต็มใจ

ศาลเห็นว่า ความแตกต่างระหว่างความยินยอม (Consent) และความจำยอม (submission) ลูกขุนควรได้รับคำแนะนำในการพิจารณาทันทีเกี่ยวกับเจตจำนงของผู้ให้ความยินยอมก่อนขึ้นตอนการร่วมประเวณีและเหตุแวดล้อมกรณีทั้งหลาย เหตุการณ์ต่างๆ ที่นำไปสู่การตัดสินใจยอมกระทำและจากผลกระทบภายนอกทั้งหลายที่มีผลต่อเจตจำนงของผู้เสียหายมีปฏิกริยา

ตอบสนองที่แสดงออกอย่างไร การยอมโดยนิ่งเฉย (acquiescence) เมื่อมีการร่วมประเวณีไม่จำเป็นต้องถือว่าเป็นความยินยอมเสมอไป

ต่อมาพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำผิดทางเพศ Sexual Offences Act 2003 ดังกล่าวได้นิยาม “ความยินยอม” เอาไว้โดยเป็นความยินยอมโดยทั่วไปในมาตรา 74

“เพื่อวัตถุประสงค์แห่งหมวดนี้ ความยินยอมของบุคคล คือ การตกลงให้ความยินยอมโดยมีตัวเลือก และมีความเป็นอิสระภาพและความสามารถที่จะตัดสินใจให้ความยินยอม”¹⁵

อธิบายได้ว่า “ความยินยอม” (Consent) มีความแตกต่างกับ “การยอมจำนน” (submission) เพราะคำแรกมีลักษณะความเป็นอิสระไม่อยู่ภายใต้การบังคับที่จะให้ความยินยอม แต่อย่างหลังนั้นมีลักษณะที่ผู้ให้ความยินยอมมีฐานะด้อยกว่า¹⁶ หรืออ่อนแอกว่าทำให้ทั้งหมดจะต้องคำนึง “ความสามารถในการเลือก” (choice) และ “อิสระภาพ” (freedom) คือคุณลักษณะของความยินยอม พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงได้บัญญัติความเข้าใจเรื่องความยินยอมในบทบัญญัติมาตรา 74 นิยามไว้ว่าความยินยอมต้องให้โดยเจตจำนงอันเป็นอิสระ มีเสรีภาพแห่งการเลือกได้ แต่ก็ยังเป็นที่ยกเถียงทางวิชาการในเรื่องการตีความอยู่บ้าง เช่น นางสาว A. ได้ดื่มสุราเข้าไปจำนวนมากก่อนมีเพศสัมพันธ์ ถ้าเธอเต็มใจดื่มจนเมา และสูญเสียความสามารถที่จะยินยอมหรือไม่ยินยอมใดๆ จะถือได้ว่าเธอยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์ด้วยหรือไม่ ดังนั้นปรากฏว่าก่อนดื่มสุราหากเธอไม่ได้ยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์ด้วย การยินยอมดื่มสุราไม่ได้ทำให้เธอยินยอมมีเพศสัมพันธ์ด้วยแต่อย่างใด¹⁷ การเต็มใจดื่มสุราหรือเสพยาเสพติดซึ่งทำให้มีผลกระทบต่อสติปัญญา อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่ากฎหมายจะได้บัญญัติถึงความสามารถและความอิสระในการให้ความยินยอมแต่ก็มีปัญหาในการพิสูจน์ว่าโจทก์มีเมาระดับใดที่จะถือว่าพอเพียงให้โจทก์รู้ถึงสถานการณ์และเข้าใจในเวลาตัดสินใจ¹⁸ อีกทั้งปัญหาการตัดสินใจจะตกไปอยู่ที่ถูกขุ่นว่าจะเชื่อหรือไม่ ทำให้ตกอยู่แก่ความสามารถของทนายความในการว่าแก้ต่างคดีด้วย

¹⁵ Sexual Offences Act 2003. Section 74

“For the purposes of this Part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice.”

¹⁶ From “The Concept of Consent Under The Sexual Offences Act 2003”, by Elvin, J. 2008. *Journal of Criminal Law*, 72 (6), 522.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ From “Alcohol-related Rape Cases: Barristers’ Perspectives on the Sexual Offences Act 2003 and Its Impact on Practice”, by Gunby, C., Carline, A. and Beynon, C., 2010, *Journal of Criminal Law*, 74 (6), 580-582.

นักวิชาการกล่าวว่าแท้จริงแล้วบทนิยาม “ความยินยอม” มีได้อยู่ในเพียงมาตรา 74 เท่านั้น แต่รวมมาตรา 75 และ 76 ไปด้วย เช่น บทนิยามมาตรา 74 ไม่ได้บัญญัติว่าชำระหญิงพิการอาจเป็นการข่มขืน แต่มาตรา 75(2)(e) ผู้กระทำได้กระทำได้ชำระโดยอาศัยเหตุเพราะผู้อื่นมีร่างกายทุพพลภาพ หรือเพราะความไม่สามารถสื่อสารให้ความยินยอมให้เข้าใจในขณะนั้นแก่ผู้กระทำได้ในขณะกระทำ กฎหมายให้สันนิษฐานว่า ไม่มีความยินยอมของหญิงเว้นแต่ฝ่ายผู้กระทำจะพิสูจน์ว่ามีความยินยอม ดังนั้นมาตรา 75 แสดงให้เห็นว่าจะอะไรคือการขาดความยินยอม¹⁹ เพราะข้อเท็จจริงตามมาตรานี้ชี้ให้เห็นถึงสภาพของเหยื่อที่ไม่อาจให้ความยินยอมได้โดยอิสระนั่นเอง จึงตกเป็นเหยื่อทางเพศได้ง่าย

ตามบทนิยามได้มีการกล่าวถึงความสามารถ (Capacity) ที่ซึ่งมีอยู่ขณะให้ความยินยอมซึ่งมีผลในทางกฎหมายด้วย แต่ความยากในการตีความในเรื่องความสามารถ (Capacity) ว่าในขณะให้ความยินยอมบุคคลนั้นมีเพียงพอหรือไม่ โดยปกติบุคคลอาจไม่มีความสามารถที่เพียงพอเพราะเหตุอายุหรือสภาพแห่งจิตไม่ปกติ และถ้าหากผู้เสียหายไม่ยินยอมที่อยากดื่มสิ่งมีเมาหรือสารเสพติดจนหมดสติในมาตรา 75 ได้บัญญัติข้อสันนิษฐานเอาไว้ซึ่งถือว่าโจทก์ไม่ได้ให้ความยินยอมในเรื่องเพศอีกด้วย²⁰ และความสามารถในการให้ความยินยอมจะเกี่ยวข้องในขณะเวลานั้นผู้ให้ความยินยอมเข้าใจโดยธรรมชาติและสิ่งที่จะเกิดขึ้นภายหลังอย่างมีเหตุผลของข้อเท็จจริงและสามารถสื่อสารออกมาเป็นความยินยอมได้²¹ ซึ่งรายละเอียดที่เหลือจะตกไปสู่การพิจารณาคดีแบบลูกขุนที่จะตัดสินในข้อเท็จจริงนั้นๆ

¹⁹ From “Rape Without Consent”, by Tadros, V., 2006, *Oxford Journal of Legal Studies*, 26 (3), 525-526.

²⁰ From “The Case for a Rational Reconstruction of Consent in Criminal Law”, by Elliott, C. and De Than, C., 2007, *Modern Law Review*, 70 (2), 240.

²¹ Ibid.

3.1.3 ข้อสันนิษฐานที่อาจหักล้างได้และไม่อาจหักล้างได้

1) ข้อสันนิษฐานที่อาจหักล้างได้

ข้อสันนิษฐานที่อาจหักล้างได้ (rebuttable presumption) ในเรื่องความยินยอมในบทบัญญัติมาตรา 75²² ได้บัญญัติทำนองว่า

“ข้อสันนิษฐานบางประการเกี่ยวกับพยานหลักฐานในเรื่องความยินยอม

(1) ถ้าในระหว่างกระบวนการพิจารณาการกระทำผิดซึ่งพิสูจน์ได้ว่า

(a) ว่าผู้กระทำได้กระทำการที่เกี่ยวข้องตามกฎหมาย

²² Sexual Offences Act 2003. Section 75

“Evidential presumptions about consent

(1) If in proceedings for an offence to which this section applies it is proved—

(a) that the defendant did the relevant act,

(b) that any of the circumstances specified in subsection (2) existed, and

(c) that the defendant knew that those circumstances existed, the complainant is to be taken not to have consented to the relevant act unless sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether he consented, and the defendant is to be taken not to have reasonably believed that the complainant consented unless sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether he reasonably believed it.

(2) The circumstances are that—

(a) any person was, at the time of the relevant act or immediately before it began, using violence against the complainant or causing the complainant to fear that immediate violence would be used against him;

(b) any person was, at the time of the relevant act or immediately before it began, causing the complainant to fear that violence was being used, or that immediate violence would be used, against another person;

(c) the complainant was, and the defendant was not, unlawfully detained at the time of the relevant act;

(d) the complainant was asleep or otherwise unconscious at the time of the relevant act;

(e) because of the complainant’s physical disability, the complainant would not have been able at the time of the relevant act to communicate to the defendant whether the complainant consented;

(f) any person had administered to or caused to be taken by the complainant, without the complainant’s consent, a substance which, having regard to when it was administered or taken, was capable of causing or enabling the complainant to be stupefied or overpowered at the time of the relevant act.

(3) In subsection (2) (a) and (b), the reference to the time immediately before the relevant act began is, in the case of an act which is one of a continuous series of sexual activities, a reference to the time immediately before the first sexual activity began”.

(b) พฤติการณ์แวดล้อมใดๆ ที่ระบุไว้ในอนุมาตรา (2) ยังคงมีอยู่

(c) ผู้กระทำได้รู้ข้อเท็จจริงว่าสถานการณ์นั้นมีอยู่ให้ถือว่าผู้อื่นหรือผู้เสียหายไม่ได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำของผู้กระทำใดๆ เลย เว้นแต่ผู้กระทำมีหลักฐานเพียงพอที่จะอ้างว่าผู้อื่นได้ให้ความยินยอม หรือเว้นแต่มีหลักฐานเพียงพอที่จะอ้างถึง ที่จะยกประเด็นปัญหาว่าเขาเชื่อโดยสมเหตุสมผลว่ามีความยินยอมแล้ว

(2) พฤติการณ์แวดล้อมได้แก่

(a) บุคคลใดๆ ก่อนที่เกิดเหตุการณ์ใช้ความรุนแรงขจัดจิตใจผู้อื่น หรือ ก่อให้ผู้อื่นเกิดความกลัวว่าในทันทีทันใดจะเกิดภัยอันตรายแก่ผู้เสียหาย

(b) บุคคลใดๆ ที่ได้อยู่ในเหตุการณ์ หรือ โดยทันทีก่อนที่เกิดเหตุการณ์ก่อให้ผู้อื่นเกิดความกลัวภัยอันตราย หรือ ในทันทีทันใดจะเกิดภัยอันตรายแก่บุคคลอื่นๆ

(c) ผู้อื่น ถูกคุมขังโดยผิดกฎหมายโดยผู้กระทำ

(d) ผู้อื่นหลับอยู่หรือไม่ได้สติในขณะที่กระทำผิดนั้น

(e) เหตุเพราะผู้อื่นมีร่างกายทุพพลภาพ หรือเพราะความไม่สามารถสื่อสารให้ความยินยอมให้เข้าใจในขณะนั้นแก่ผู้กระทำได้ ในขณะที่กระทำ

(f) บุคคลใดๆ ได้ให้ยาหรือก่อให้เกิดการดำเนินการให้ยาโดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกกระทำ ซึ่งเป็นสารเคมีที่มีฤทธิ์ก่อให้เกิดหรือทำให้ผู้ถูกกระทำมีเมาน้ำหรือหมดทางสู้ในเวลาที่เกิดการกระทำที่เกี่ยวข้อง...”

มาตรา 75 และ 76 ได้ขยายนิยามมาจากมาตรา 74 แต่มาตรา 75 เป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อสันนิษฐานที่อาจหักล้างได้ (rebuttable presumption) เกี่ยวกับความยินยอมและเหตุผลอันควรเชื่อว่าจะมีความยินยอม โดยภายใต้มาตรา 75 เป็นข้อสันนิษฐานโดยกฎหมายที่สันนิษฐานว่าโจทก์ไม่ได้ให้ความยินยอมและจำเลยได้กระทำผิด โดยปรากฏว่ามีการใช้กำลังหรือบังคับข่มขู่ว่าจะเกิดภัยอันตรายต่อโจทก์หรือบุคคลที่สาม หรือวางยา ทำให้หลับหรือมึนสติหรืออื่นๆ²³ ตามอนุมาตรา 75 (2) ซึ่งผลของการบัญญัติเช่นนี้ ฝ่ายโจทก์มีหน้าที่เพียงแค่พิสูจน์หลักฐานตามอนุมาตรา 75(2) โดยเพียงแสดงให้เห็นว่าจำเลยได้กระทำการที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายนี้และอยู่ในพฤติการณ์แวดล้อมใดๆ ที่บัญญัติไว้ 75(2) และจำเลยรู้ถึงสถานการณ์เช่นนี้ ถ้าโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ถึงเพียงนี้ ภาระการพิสูจน์จะตกอยู่กับจำเลย²⁴ ทำให้จำเลยต้องพิสูจน์โดยนำพยานหลักฐานมาหักล้างว่าจำเลยเชื่อว่า

²³ From “The Case for a Rational Reconstruction of Consent in Criminal Law”, by Elliott, C. and De Than, C., 2007, *Modern Law Review*, 70 (2), 243.

²⁴ From “The Concept of Consent under the Sexual Offences Act 2003”, by Elvin, J., 2008, *Journal of Criminal Law*, 72 (6), 530.

ความยินยอมมีอยู่จริงและเชื่อไปโดยสุจริต ซึ่งถ้าหากพิสูจน์หักล้างพยานโจทก์ไม่ได้ จำเลยอาจถูกตัดสินว่ามีความผิด อย่างไรก็ตาม โจทก์หรือพนักงานอัยการจะต้องระมัดระวัง การพิสูจน์เพื่อไม่ให้มีข้อสงสัยหรือความแน่นอนของพยานหลักฐานในเรื่องความยินยอม เพราะความผิดพลาดของรูปคดี อาจทำให้ต้องยกประ โยชน์แห่งความสงสัยนั้นแก่จำเลยได้ ดังนั้นจึงต้องปฏิบัติตามมาตรา 75 อย่างรอบคอบเพราะมาตรา 75 ยังมีข้อสันนิษฐานที่อยู่ติดกฎหมาย จึงยังสามารถนำสืบหักล้างได้และโดยวิธีพิจารณาที่มีลูกขุนอยู่ด้วยอาจทำให้การคาดเดาผลของคดีเป็นไปโดยยาก²⁵

2) ข้อสันนิษฐานที่ไม่อาจหักล้างได้

ข้อสันนิษฐานที่ไม่อาจหักล้างได้ (irrebuttable presumption) ในบทบัญญัติมาตรา 76 ได้บัญญัติกำหนดว่า

“(1) ถ้าในระหว่างกระบวนการพิจารณา การกระทำผิดกฎหมายซึ่งบทบัญญัตินี้ได้ถูก พิสูจน์ให้เห็นว่าจำเลยได้กระทำการที่เกี่ยวข้องตามกฎหมาย และพฤติการณ์แวดล้อมได้เกิดขึ้น ตามที่ระบุไว้ในอนุมาตรา 2 จะถูกสันนิษฐานไว้ก่อนอย่างแน่ชัดว่า

- (a) ผู้เสียหายมิได้ให้ความยินยอม
- (b) ผู้กระทำมิได้หลงเชื่อผู้เสียหายยินยอม

(2) พฤติการณ์แวดล้อมได้แก่

- (a) ผู้กระทำมีเจตนาหลอกลวงผู้เสียหาย
- (b) ผู้กระทำมีเจตนาทำให้ผู้เสียหายยินยอมโดยปลอมตัวเป็นบุคคลที่ผู้เสียหาย

รู้จัก”

ในส่วนของมาตรา 76 นั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อสันนิษฐานที่ไม่อาจหักล้างได้ ในเรื่อง ความยินยอมซึ่งได้แบ่งออกเป็นสองสถานการณ์ที่จะทำให้อันเป็นที่ยุติ คือ กรณีที่ โจทก์มิได้ให้ความยินยอมและจำเลยก็ทราบคืออยู่แล้วว่าโจทก์มิได้ให้ความยินยอม และประกอบกับ ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นจำเลยมีเจตนาหลอกลวงโจทก์ หรือปลอมตัวเป็นคนที่ไม่อาจให้ความ ยินยอม เป็นข้อเท็จจริงตามมาตรา 76 (2) ซึ่งกฎหมายบัญญัติเพื่อมิให้เกิดข้อโต้แย้งอีกต่อไปว่าหาก เกิดกรณีเช่นนี้จึงถือว่ากระทำโดยปราศจากความยินยอม ในกรณีกลับกันหากจำเลยมิได้หลอกลวง แต่เป็นเพราะโจทก์สำคัญผิดไปเองหรือเพราะความผิดพลาดของฝ่ายโจทก์ จะใช้ข้อสันนิษฐานตาม บทบัญญัติข้อนี้ไม่ได้ แต่หากจำเลยรู้ถึงความผิดพลาดเช่นนั้นและนำมาใช้เป็นประ โยชน์ซึ่งมีผลให้ โจทก์ยินยอม ถือว่าเป็นอาชญากรรมฉวยโอกาส ซึ่งควรได้รับการลงโทษ ซึ่งน่าจะเข้าข่ายมาตรานี้²⁶

²⁵ From “The Case for a Rational Reconstruction of Consent in Criminal Law”, by Elliott, C. and De Than, C., 2007, *Modern Law Review*, 70 (2), 243.

²⁶ Ibid.

กล่าวโดยสรุป การบัญญัติพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวเป็นการ บัญญัติเพื่อยุติข้อถกเถียงที่มีมาแต่ก่อนทั้งเพิ่มบทนิยาม ความยินยอมในเรื่องเพศ ได้เพิ่มคำว่า ความสามารถและนิยามถึงความเป็นอิสระ แต่ก็ยังมีปัญหาอยู่ในทางปฏิบัติเพราะการจะพิสูจน์ได้ขนาดไหนว่าโจทก์มีความสามารถระดับใดขณะให้ความยินยอมและอาจนำไปสู่การยกประโยชน์แห่งข้อสงสัยแก่จำเลย อย่างไรก็ตามกรณีที่โจทก์เสียเปรียบรวมถึงการเพิ่มข้อสันนิษฐานเพื่อผลลัพท์ไปยังจำเลย ซึ่งเป็นการช่วยเหลือเหยื่อผู้เสียหายเพื่อความสะดวกในกระบวนการยุติธรรม เลี่ยงความเสี่ยงของผลคดีที่คณะลูกขุนและกระบวนการยุติธรรมไม่ได้เอื้ออำนวยมาแต่ก่อนนั่นเอง

3.1.4 ขอบเขตของการบอกถอนความยินยอม

การพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายอาญาของอังกฤษจะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ของ Actus reus และ Mens rea ดังนั้นในส่วนของ Actus reus คือ การที่ผู้กระทำล่วงล้ำไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือปากของบุคคลอื่น ด้วยองค์ชาติ และโดยปราศจากความยินยอมซึ่งเป็นส่วนสำคัญ ในส่วนขององค์ประกอบภายใน (Mens rea) คือ มีเจตนาที่จะรุกล้ำเข้าไปและผู้กระทำทราบว่าโจทก์ไม่ยินยอม ซึ่งพนักงานอัยการหรือโจทก์จะต้องพิสูจน์องค์ประกอบของฐานความผิดทั้งหมด

โครงสร้างองค์ประกอบความผิดภายนอก (Actus reus) นั้น มีปัญหาที่น่าสนใจว่า “นายเอ ได้รับความยินยอมให้ร่วมประเวณีและกำลังร่วมประเวณีกับนางสาว บี ภายหลังได้มีการล่วงล้ำเข้าไปขององคชาติแล้ว นางสาว บี เกิดเปลี่ยนใจ และได้บอกให้นาย เอ หยุดกระทำและถอยออกไป ซึ่งนาย เอ จะถือว่าเป็นการข่มขืนหรือไม่หาก นายเอไม่เชื่อฟังและกระทำต่อไป”

ในพระราชบัญญัติความผิดอันเกี่ยวกับเพศ Sexual Offences Act 2003 ได้บัญญัติในมาตรา 79 ถึงบทนิยามและการตีความไว้ว่า “...Penetration is a continuing act from entry to withdrawal” หรืออาจแปลเป็นภาษาไทยได้ในทำนองที่ว่า “การล่วงล้ำคือการนับการกระทำจากเข้าไปจนถอนออก” ซึ่งได้มีคดีของ Kaitamaki v R [1985] AC 147. “คดีนี้จำเลยได้อุทธรณ์ในข้อหาข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในนิวซีแลนด์ ซึ่งเป็นคดีที่จำเลยถูกกล่าวหาว่าบุกรุกเข้าไปในบ้านของโจทก์และข่มขืนกระทำชำเราโจทก์สองครั้ง จำเลยต่อสู้ว่าโจทก์ได้ให้ความยินยอมแล้วหรือเขาเชื่อโดยสุจริตว่าโจทก์ยินยอม แต่การร่วมประเวณีในโอกาสที่สองหลังจากองคชาติได้ล่วงล้ำไปในช่องคลอดแล้ว จำเลยได้ทราบภายหลังว่าโจทก์ไม่ยินยอม แต่จำเลยก็ไม่หยุดกระทำชำเรา ศาลได้ตัดสินว่าการล่วงล้ำเป็นการกระทำนับเป็นครั้ง ถ้าจำเลยได้กระทำต่อไปด้วยการร่วมประเวณีโดยรู้ว่าโจทก์ไม่ยินยอม จำเลยมีความผิดฐานข่มขืน”²⁷

²⁷ From *Criminal Law Directions* (pp. 176-178), By Monaghan, N., 2012.

3.2 ขอบเขตความรับผิดชอบขั้นกระทำความชำเราผู้อื่นในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกามีรากฐานเดิมมาจากระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law Rape) แบบดั้งเดิมของอังกฤษในสมัยก่อนที่เน้นการข่มขืนต้องเกิดขึ้นระหว่างชายกับหญิง โดยใช้กำลัง อิทธิพลแบบจารีตประเพณีนี้นำไปสู่การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเอาผิดผู้ชำเราเด็กอายุไม่เกิน 10 ปีไม่ว่าจะมีความยินยอมหรือไม่ก็ตามเป็นความผิด เรียกกันว่า Statutory Rape ต่อมาด้วยความเก่าแก่ของระบบแบบอังกฤษที่ล้าสมัยจนเกินไปที่ยอมรับกันในปัจจุบันทำให้ประเทศอเมริกาเองต้องปรับปรุงแนวคิดใหม่ในการข่มขืน เช่นสามีข่มขืนภรรยาที่มีความผิด และการกำหนดความผิดการชำเราเด็กอายุไม่เกิน 16 ปีหรือ 17 ปีหรือ 18 ปีเป็นความผิด ด้วยเหตุผลที่ว่าวัยดังกล่าวไม่อาจให้ความยินยอมเพราะภาวะแห่งวัย เพื่อการปกป้องพรหมจรรย์ การป้องกันการตั้งครรภ์โดยไม่จำเป็น อีกทั้งได้มีการปฏิรูปความผิดฐานข่มขืนกระทำความชำเราเป็นลายลักษณ์อักษร กำหนดนิยามขยายวิธีการข่มขืนที่เป็นความผิดแบบใหม่ที่รวมไปถึงการใช้วิธีอื่นใดเพื่อกระทำทางปากและทวาร²⁸

3.2.1 ขอบเขตอายุที่สามารถให้ความยินยอม

สถาบันกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (American Law Institute) ได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายอาญาตัวอย่างที่มีชื่อว่า Model penal code ขึ้น ความผิดฐานข่มขืนกระทำความชำเราเป็นความผิดที่มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายของรัฐบาลกลางแต่เป็นเพียงความผิดฐานข่มขืนกระทำความชำเราหญิงเท่านั้น และแต่ละมลรัฐก็จะนำกฎหมายอาญาตัวอย่างดังกล่าวไปปรับปรุงให้เหมาะสมและบัญญัติเป็นกฎหมายของแต่ละมลรัฐต่อไป

ในประมวลกฎหมายอาญาตัวอย่างของประเทศสหรัฐอเมริกา (Model Penal Code) บัญญัติเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำความชำเราไว้ทำนองว่า

“การข่มขืนกระทำความชำเรา คือ การมีเพศสัมพันธ์กับหญิงอื่นที่มีอายุของตนในกรณีดังต่อไปนี้

- 1) หญิงไม่ได้ให้ความยินยอม ไม่ว่าจะเพราะเป็นบ้าหรือวิกลจริตซึ่งมีลักษณะถาวรหรือชั่วคราว หรือ
- 2) หญิงได้ข่มขืนแต่ถูกชายใช้กำลังบังคับ หรือ
- 3) หญิงถูกทำให้มีนเมาจนไม่สามารถทรงสติได้ หรือ

²⁸ From *Criminal Law and Procedure* (pp. 156-158), by Scheb, J. M., 2010.

4) หญิงในขณะนั้นหมดสติสัมปชัญญะที่จะรับรู้ถึงการกระทำของตน หรือ ชายได้หลอกลวงด้วยประการใดๆ จนหญิงเชื่อว่าเป็นสามีของตน²⁹

5) การกระทำแก่หญิงอายุต่ำกว่า 10 ขวบ จะได้รับโทษหนักขึ้นตั้งแต่จำคุกตลอดชีวิตถึงประหารชีวิต

ในกรณี 1 ถึง 5 นี้ สามารถกล่าวได้ว่าเป็นกรณีการมีเพศสัมพันธ์กับหญิงโดยที่หญิงนั้นมิได้ยินยอมพร้อมใจ”

ในสหรัฐอเมริกา ถือว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดต่อศีลธรรมอย่างร้ายแรง เป็นความผิดขั้นร้ายแรงที่เรียกกันว่า ความผิดขั้น Felony เหตุนี้ศาลจึงมักตีความองค์ประกอบความผิดอย่างกว้างขวาง เช่น คดี Lewis v. The State ศาลรัฐอลาบามาได้วินิจฉัยว่าเมื่อใดก็ตามที่จำเลยวิ่งไล่ตามผู้เสียหายเพื่อข่มขืนกระทำชำเรา แม้จะยังไม่ประชิดตัวหญิงนั้นก็ถือได้ว่าจำเลยพยายามกระทำความผิดแล้ว นอกจากนั้นในการพิจารณาจำเลยกระทำอนาจารหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรา นั้น ศาลสหรัฐอเมริกาถือเอาเจตนาของจำเลยเป็นสำคัญ ในเรื่องดังกล่าวนี้ศาลอเมริกามีความเห็นต่างกันในเรื่องของเจตนาของจำเลยที่จำเป็นต้องมี เพื่อให้จำเลยมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ศาลบางท้องที่ก็เห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่ต้องมีเจตนาอื่นนอกเหนือไปจากการมีพยานหลักฐานว่ามีการกระทำชำเรากี่เพียงพอแล้ว ศาลบางแห่งก็ตัดสินว่าต้องมีเจตนาเฉพาะ (Specific Intent) เพื่อข่มขืนกระทำชำเรา เช่น ศาลรัฐนิวเม็กซิโก วินิจฉัยว่าเมื่อใดก็ตามที่จำเลยหย่อนสมรรถภาพทางเพศยอมแสดงอยู่ในตัวว่าจำเลยขาดเจตนาข่มขืน เป็นต้น

3.2.2 ขอบเขตของการให้ความยินยอม

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) รูปแบบการตีความและระบบกฎหมาย สหรัฐอเมริกาได้นำรูปแบบของอังกฤษมาใช้ ซึ่งนักกฎหมายได้ยึดถือองค์ประกอบหลักๆ ในความผิดฐานข่มขืน คือ มีการร่วมประเวณี การใช้กำลัง และการขาดความยินยอม จนกระทั่งสิทธิสตรีได้ถูกหยิบยกมาเป็นประเด็น ทำให้ต้องมีการปฏิรูปกฎหมายความผิดฐานข่มขืน

ความยินยอม เป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นองค์ประกอบความผิดที่สำคัญที่ทำให้ชายต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้น ในกรณีกลับกันกรณีที่ได้รับ ความยินยอมจากหญิงในการร่วมประเวณีจึงไม่ใช่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่ถ้าหากว่าความยินยอมของหญิงนั้นเกิดจากการที่ชายใช้กำลังบังคับหรือขู่เข็ญหรือหลอกลวงหญิงจนหญิงไม่สามารถขัดขืนได้หรือหลงเชื่อตามที่ถูกลอกลวง หรือชายได้ปลอมหรือแสดงตนว่าเป็นสามีของหญิงจนหญิงนั้นหลงเชื่อว่าเป็นสามี

²⁹ จาก *ความคิดเกี่ยวกับเพศ กรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา* (น. 85), โดย สุชาดา เหล่าพลสุข, 2548, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

หรือหญิงเป็นผู้บ่มพร่องในการแสดงเจตนา หรือฉวยโอกาสขณะที่หญิงกำลังหลับ หรือทำให้หญิงเกิดอาการมึนเมาแล้วถือโอกาสเช่นนี้มีเพศสัมพันธ์กับหญิง กรณีเหล่านี้ล้วนแล้วแต่ปราศจากความยินยอมของหญิงทั้งสิ้น ถือว่า เป็นความผิดฐานข่มขืน ในขณะที่เดียวกันศาลอเมริกันบางท้องที่ก็มีปัญหาเกี่ยวกับคำว่า “กำลัง” (Force) และคำว่า “ความยินยอม” (Consent) ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Forcible rape) เพราะบางแห่งศาลได้ตัดสินว่า การจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หญิงต้องขัดขืนถึงที่สุด (Resist of the utmost) คดีต่อๆ มาในภายหลังศาลตัดสินว่าระดับของการขัดขืน ไม่ถือเป็นเรื่องเด็ดขาด ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมของเหตุการณ์ อย่างไรก็ตามศาลก็ยังเห็นว่าการขัดขืนจะต้องเป็นอะไรที่มากกว่าการตอบปฏิเสธด้วยวาจา (Negative Verbal Response)

3.2.3 ขอบเขตของการบอกถอนความยินยอม

1) การพิจารณาประเด็นเรื่องการ “ยินยอม” และการ “ปฏิเสธ” ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำชำเราแล้วจะเห็นได้ว่าอาจแบ่งความเป็นไปได้ของกรณีที่จะเกิดขึ้นออกได้เป็น 4 กรณีที่แตกต่างกันก็คือ

(1) ผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมทั้งขณะเริ่ม การกระทำชำเรา และหลังกระทำชำเราเริ่มจนกระทั่งกระทำชำเราจบสิ้นลง

หากเป็นกรณีเช่นนี้แล้ว ย่อมไม่มีปัญหาทางข้อกฎหมายแต่ประการใด เมื่อผู้ถูกกระทำยินยอมตลอดเวลาตั้งแต่ขณะเริ่มการกระทำชำเรา ย่อมไม่เป็นการกระทำชำเราที่ฝ่าฝืนความยินยอมของผู้ถูกกระทำไปได้ ผู้กระทำจึงไม่มีทางมีความรับผิดชอบทางอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเรา ไปได้ แต่หากผู้ถูกกระทำอายุน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด ผู้กระทำก็อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กได้

(2) ผู้ถูกกระทำปฏิเสธให้ความยินยอมทั้งขณะเริ่มการกระทำชำเรา และหลังกระทำชำเราเริ่มจนกระทั่งการกระทำชำเราจบสิ้นลง

กรณีนี้ไม่มีปัญหาในทางข้อกฎหมายแต่ประการใด เพราะเมื่อผู้ถูกกระทำไม่เคยให้ความยินยอมในการกระทำชำเรานั้นเลย การกระทำดังกล่าวจึงเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยชัดเจน ประเด็นมีเพียงว่าจะต้องรับโทษจรรยาจรรยาขืนหรือไม่เท่านั้น

(3) ผู้ถูกกระทำปฏิเสธให้ความยินยอมขณะเริ่มการกระทำชำเรา แต่เปลี่ยนเป็นให้ความยินยอมหลังการกระทำชำเราจนกระทั่งการกระทำชำเราจบสิ้นลง

กรณีนี้เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า เมื่อผู้ถูกกระทำไม่ได้ให้ความยินยอมในขณะที่เริ่มการกระทำชำเรา กรณีนี้จึงเป็นกรณีที่ความผิดได้สำเร็จลงไปแล้วในวินาทีที่เริ่มการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของผู้ถูกกระทำ ดังนั้นแม้ภายหลังผู้ถูกกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของผู้ถูกกระทำนั้น องค์ประกอบความผิดของกฎหมายอาญาก็ไม่ถูกระทบกระเทือน เทียบได้กับความผิด

ฐานหลักทรัพย์ ที่เมื่อเป็นหลักทรัพย์สำเร็จแล้วแม้ผู้กระทำจะได้นำทรัพย์มาคืนหรือวางทรัพย์ทิ้งไว้ที่เดิม โดยยังไม่ทันพ้นประตูบ้านของผู้เสียหาย หรือผู้เสียหายให้อภัยอย่างไร ความผิดของผู้กระทำก็ยังคงมีอยู่ ไม่ได้ถูกลบไป เพราะการกระทำ หรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังความสำเร็จอยู่ดี เพียงแต่หากพิจารณาตามกฎหมายวิธีสบัญญัติแล้ว ประเด็นดังกล่าวอาจถูกนำมาพิจารณาได้ว่า ความยินยอมที่ให้อภัยหลังนั้น เป็นการยอมความ หรือเป็นเหตุบรรเทาโทษแก่ผู้กระทำเท่านั้น แต่ความผิดที่เกิดขึ้นไปแล้ว ไม่ได้ถูกลบไป

(4) ผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมขณะเริ่มกระทำชำเรา แต่เปลี่ยนเป็นปฏิเสธให้ความยินยอมหลังการกระทำชำเราจนกระทั่งการกระทำชำเราจบสิ้นลง

ในเหตุการณ์ทั้ง 3 กรณี ในกรณีแรกนั้นไม่มีประเด็นปัญหาใดๆ ในทางกฎหมาย แต่ในกรณีสุดท้ายนี้ยังมีประเด็นที่น่าจะต้องพิจารณาว่า ในกรณีที่การกระทำชำเราเริ่มต้นขึ้นด้วยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย แต่ขณะที่การกระทำชำเรากำลังดำเนินไปภายใต้ความยินยอมร่วมกันนั้น เกิดมีฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่จะกระทำชำเราต่อไป ไม่ว่าจะเกิดจากความเจ็บปวด หรือทราบข้อเท็จจริงบางประการเพิ่มเติมกะทันหัน เช่น ทราบว่าอีกฝ่ายเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ร้ายแรง มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนในทางเพศ นิยมความรุนแรง หรือไม่ว่าโดยเหตุผลใดๆ ก็ตาม แต่เมื่อปฏิเสธไม่ให้มีการกระทำชำเราต่อไปแล้ว อีกฝ่ายหนึ่งกลับไม่ยอมหยุดการกระทำชำเราในทันที จะถือได้หรือไม่ว่าเป็นการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอม ของอีกฝ่ายในกรณีนี้ เป็นการกระทำ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งเป็นความผิดที่รุนแรง และทำลายความสงบเรียบร้อยของสังคมอย่างมากจนต้องมีการกำหนดพระราชโทษที่สูงเท่ากับข่มขืนกระทำชำเราในกรณีทั่วไป³⁰

2) การตีความระบบกฎหมาย และแนวคำพิพากษาของศาลประเทศสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาได้นำรูปแบบของอังกฤษมาใช้ ซึ่งนักกฎหมายได้ยึดถือองค์ประกอบหลักๆ ในความผิดฐานข่มขืน คือ มีการร่วมประเวณี การใช้กำลัง และการขาดความยินยอม จนกระทั่งสิทธิสตรีได้ถูกหยิบยกมาเป็นประเด็น ทำให้ต้องมีการปฏิรูปกฎหมายความผิดฐานข่มขืน โดยหลักการต่างๆ ในการตัดสินคดีก็ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น รวมถึงพิสูจน์พยานหลักฐานในศาลและความเห็นของคณะลูกขุน (Jury) ที่จะมีส่วนในการตัดสินว่าจำเลยในคดีมีความผิดจริงตามฟ้องหรือไม่

(1) แนวคำพิพากษาคดีเกี่ยวกับการบอกถอนความยินยอมขณะประเวณี

³⁰ จาก “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหลังการกระทำชำเราด้วยความยินยอม”, โดย รัชกรณ์ บุญมี, 2553, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 39 (4), 777-779.

คดีระหว่าง People v. John Z.³¹ เป็นคดีที่ John Z. ได้กระทำผิดฐานข่มขืน จำเลยอ้างว่าการใช้กำลังข่มขืนจะไม่เป็นความผิดถ้าหากมีความยินยอมของผู้เสียหายในตอนเริ่มแรกของการร่วมประเวณีอย่างไรก็ตาม หลังจากนั้นฝ่ายหญิงได้มีการถอนความยินยอม แต่ฝ่ายชายได้ดำเนินการร่วมประเวณีนั้นต่อโดยขึ้นใจฝ่ายหญิง³² จึงมีคำถามตามมาว่า การถอนความยินยอมเป็นการบอกถึงความยินยอมเดิมและหากฝ่ายชายได้กระทำต่อไปจะเป็นการข่มขืนหรือไม่ แต่ได้มีหลักฐานที่แสดงให้เห็นชัดว่า ฝ่ายหญิงได้ให้ความยินยอมมาแต่แรกแต่ภายหลังฝ่ายหญิงได้สื่อสารทั้งคำพูดและการกระทำที่แสดงว่าเป็นการถอนความยินยอม ฝ่ายชายได้เข้าใจและมีเวลาเหลือเพื่อขอร่วมประเวณีอยู่นั้นแต่ปฏิเสธที่จะยุติการสอดใส่ ศาลจึงได้ตัดสินว่าเป็นการข่มขืนศาลสูงแคลิฟอร์เนียได้มีความเห็น 6 ต่อ 1 ในคดีของ John Z. ว่าเป็นการข่มขืน ในรัฐแคลิฟอร์เนีย ให้นิยามการข่มขืนคือการกระทำที่เกี่ยวกับการร่วมประเวณี โดยลักษณะของการข่มขืน โดยใช้กำลัง ความรุนแรง การกดขี่ การคุกคาม หรือก่อให้เกิดความกลัวว่าตนเองนั้นจะเกิดอันตรายต่อร่างกายต่อผู้นั้นหรือผู้อื่นอย่างไรก็ตาม รัฐแคลิฟอร์เนียเป็น 1 ใน 7 รัฐ (รัฐที่มีกฎหมายในเรื่องความยินยอมคล้ายคลึงกัน Alaska, California, Connecticut, Kansas, Maine, South Dakota และ Illinois) ที่ศาลได้ขยายหลักนิยามของการข่มขืนโดยการตีความที่รวมถึงการถอนความยินยอมภายหลังหรือขอร่วมประเวณี และคดีดังกล่าวได้ทำให้ รัฐอิลลินอยส์ได้นำไปปรับใช้ภายหลัง³³ บางรัฐที่ได้มีการปรับการตีความนี้ไปใช้ได้พยายามผ่อนหลักเรื่องเวลาสำหรับให้ออกาสฝ่ายชายในการยุติการสอดใส่ภายหลังที่ได้มีการบอกถอนความยินยอม ซึ่งเรียกว่าเวลาที่สมเหตุสมผล (Reasonable Time)

คดีที่สอง Baby v. State³⁴ ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดฐานข่มขืนโดยฝ่ายหญิงหรือเหยื่อเบิกความว่า นายเบบี้ได้ชำเราเธอต่อไป 5 ถึง 10 วินาที ภายหลังที่เธอได้บอกให้หยุดการร่วมประเวณี คดีนี้ได้ดำเนินไปโดยที่อยู่บนพื้นฐานของความยินยอม หากขาดไปจึงเป็นการข่มขืน คณะลูกขุนได้เดินตามคำแนะนำของศาล นายเบบี้จึงถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานข่มขืนในปี ค.ศ. 2005 คดีดังกล่าวได้ถูกตั้งฉายาว่า “กฏห้าวิ” เพราะมีความยากในการเข้าใจปัญหาการตีความว่าเป็นการข่มขืนหรือไม่ และฝ่ายชายหากเป็นพวกที่ไม่อาจหยุดกิจกรรมทางเพศได้โดยพลันอาจต้องตกอยู่ภายใต้ความผิดฐานข่มขืนได้ ต่อมาในปี ค.ศ. 2008 ศาลสูงในแมริแลนด์ (Maryland) ได้บัญญัติ (Ruled) กฎหมายว่า

³¹ People v. John Z., 60 P.3d 183, 184 (Cal. 2003).

³² From *Criminal Law: Keyed to Courses Using Dressler's Cases and Materials on Criminal law* (p. 73) by Publishers, A., 2007.

³³ From “No Means No: Withdrawal of Consent during Intercourse and the Continuing Evolution of the Definition of Rape”, by Lyon, R. M., 2004, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 95 (1), 279.

³⁴ State v. Baby, 946 A.2d 463, 486 (2008).

ฝ่ายหญิงสามารถถอนความยินยอมภายหลังหรือกำลังร่วมประเวณีอยู่ได้ ภายหลังจากนั้นหากได้มีการสอดใส่อยู่หรือกระทำต่อไป ไม่ว่าจะใช้กำลังหรือข่มขู่ อาจถือว่าเป็นการข่มขืน

ศาลสูงของแคนซัส ได้นำความเห็นในคดีของ ของ John Z. มาปรับใช้และไปไกลกว่าในหลักของการใช้กฎหมาย กล่าวคือเมื่อมีการบอกถอนความยินยอม อีกฝ่ายยังคงกระทำต่อไปซึ่งเป็นการร่วมประเวณีเกิน 5 ถึง 10 วินาทีนี้แล้ว ไม่ถือว่าเป็นช่วงเวลาที่เหมาะสมผลที่จะอ้างว่าได้หยุดการกระทำนั้นแล้วและถือเป็นการข่มขืน ดังนั้นศาลในแคนซัสก้าวไปไกลกว่าศาลใดๆ ถึงขนาดกำหนดระยะเวลาลงไปในการพิจารณาคดี³⁵ ในขณะที่รัฐอื่นๆ ใช้การปรับกฎหมายเป็นรายคดีไปตามแต่ละสภาพแวดล้อมของเหตุการณ์

(2) แนวคำพิพากษาเกี่ยวกับความยินยอมที่รวมการกระทำและตัวผู้กระทำด้วย

คดี United States v. Traylor³⁶ ในปี 1994 เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลทหารถึงในชั้นอุทธรณ์ ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับทหารกระทำผิด การที่ ก. เป็นผู้หญิงได้ยินยอมมีเพศสัมพันธ์กับ ข. ทางด้านหลัง เช่นนี้ยอมทำให้ ก. ไม่ทราบว่าการร่วมประเวณีมี จำเลย เข้ามาแทนที่ ข. โดยไม่รู้ตัว เมื่อ ก. หันไปถึงกับตกใจ เสร้าและเสียใจ และพยายามหนีแต่จำเลยจับตัว ก. ไว้ จำเลยอ้างว่าความยินยอมในการร่วมประเวณีเกิดขึ้นแล้วตามที่มีกับ นาย ข. จำเลยเพียงแค่กระทำการแทน ศาลไม่เห็นด้วยกับคำกล่าวอ้างของจำเลย อย่างไรก็ตามศาลได้วางหลักว่า ความยินยอมไม่เพียงรวมถึงการอนุมัติให้แก่การกระทำเกี่ยวกับการร่วมประเวณี แต่ยังรวมไปถึงตัวบุคคลที่ผู้ยินยอมอนุมัติเป็นรายบุคคลด้วย กล่าวคือ ความยินยอมต่อบุคคลใดไม่อาจ โอนไปยังผู้อื่นได้เพราะเป็นเรื่องคุณสมบัติเฉพาะที่ผู้ให้ความยินยอมตั้งใจให้ (Identity of partner) เว้นแต่ผู้ให้ความยินยอมต้องการใครก็ได้³⁷

³⁵ From “No Means No: Withdrawal of Consent during Intercourse and the Continuing Evolution of the Definition of Rape”, by Lyon, R. M., 2004, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 95 (1), 305.

³⁶ United States v. Traylor, 40 M.J. 248, 249 (C.M.A. 1994).

³⁷ From “Sex Without Consent”, by Tuerkheimer, D., 2013, *The Yale Law Journal*, 123 (335), 346-347.

3.3 ขอบเขตความรับผิดชอบข้ามขึ้นกระทำชำเราผู้อื่นในประเทศเยอรมนี

ในสมัยยุคกลางของทางยุโรป การลงโทษที่มีความผิดฐานข้ามขึ้นกระทำชำเรา จะถูกลงโทษอย่างทารุณตามแต่ความร้ายแรง โดยกฎหมายเกี่ยวกับการลงโทษและการทรมานกรรม และง่ายที่จะถูกสั่งให้ประหารชีวิต จึงแสดงให้เห็นว่าในยุคกลางได้เห็นความสำคัญของภัยคุกคามจากการข้ามขึ้นกระทำชำเรา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่มีอิทธิพลของศาสนาคริสต์โดยองค์กษัตริย์และนักบวชเป็นตัวจักรขับเคลื่อนกฎหมายอย่างเข้มงวด แต่ด้วยความที่เทศาภิบาลในสมัยนั้นสิทธิต่างๆ ยังคงตกอยู่ภายใต้อำนาจการดูแลของฝ่ายชายเป็นหลัก³⁸ และความยินยอมของฝ่ายหญิงก็ไม่ใช่ที่ยอมรับ ซึ่งต่อให้ฝ่ายหญิงยินยอมให้มีการลักพาตัวไปและร่วมประเวณีผู้กระทำก็สามารถถูกตั้งข้อหาข้ามขึ้นโดยสามีหรือผู้เป็นบิดาก็ได้

ในการฟ้องคดีพนักงานอัยการจะต้องมีหลักฐานหรือพิสูจน์ว่าผู้กระทำได้ใช้ “กำลัง” ในระหว่างการข้ามขึ้นหรือ มีการข่มขู่ผู้เสียหาย อย่างไรก็ตามศาลในเยอรมนีก็ยังมีความเห็นว่าการใช้กำลังบังคับยังไม่สามารถที่จะแสดงให้เห็นว่าผู้เสียหายไม่ให้ความยินยอม³⁹ ซึ่งรายละเอียดจะได้อธิบายในหัวข้อขอบเขตของการให้ความยินยอมต่อไป

3.3.1 ขอบเขตของการให้ความยินยอมในประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

หลักการให้ความยินยอมในประมวลกฎหมายของประเทศเยอรมนี เกี่ยวพันกับแนวความคิดในการที่จะสละคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) โดยคุณธรรมทางกฎหมายแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

1) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม มุ่งคุ้มครองสังคมให้เกิดความเป็นระเบียบ ความสงบและความยุติธรรมในสังคมลักษณะของกฎหมายประเภทนี้ปัจเจกบุคคลจะสละความคุ้มครองโดยการสมัครใจยินยอมไม่ได้ความยินยอมดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อย

2) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลกฎหมายมุ่งคุ้มครองโดยส่วนของเอกชน ตัวอย่างแท้จริง⁴⁰

คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล ผู้กระทำอาจยกเอาความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นข้ออ้างเพื่อลบล้างความผิดได้แต่ในกรณีที่กฎหมายมิได้มุ่งคุ้มครองเพียงเอกชนเท่านั้นหากแต่ยังรวมการคุ้มครองสังคมที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม รวมอยู่ด้วยแล้วความยินยอม

³⁸ From *Sexual Violence and Rape in the Middle Ages: A Critical Discourse in middle ages* (p. 5), by Classen, A., 2011.

³⁹ From *Prosecutorial Discretion in Germany's Rechtsstaat: Varieties of Practice and the pursuit of truth* (p. 194), by Boyne, S., 2007.

⁴⁰ จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 155), โดยคณิต ฅ นคร ค, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ของผู้เสียหายในส่วนที่กระทบต่อสังคมย่อมไม่อาจสละได้ ผู้กระทำจึงยังมีความผิดกฎหมายถึงแม้จะมีความยินยอมของผู้เสียหายก็ตาม ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี มาตรา 228⁴¹ บัญญัติไว้ทำนองว่า “การกระทำอันตรายเป็นต่อร่างกายผู้อื่นถ้าขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แม้ผู้กระทำจะได้รับความยินยอมจากผู้ถูกระทำ การกระทำนั้นเป็นความผิดกฎหมาย”⁴² ถึงแม้ว่าในสังคมในปัจจุบันจะยึดหลักสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกและสามารถบริหารสิทธิด้วยตนเองได้ (Autonomy) แต่ไม่ได้หมายความว่า จะกระทำในสิ่งที่กระทบกระเทือนผลประโยชน์ของรัฐ โดยรวมได้ทำให้มาตรานี้ถือเป็นบทนิยามของความยินยอมที่แฝงหลักการที่ต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี (Good morals) ไว้ภายในซึ่งการทำร้าย เช่น ขอมให้ฟันแทงต่อร่างกายโดยขาดเหตุผลทางประเพณีและศีลธรรมสนับสนุนยอมทำให้ความยินยอมนั้นไม่เป็นเหตุลบล้างความผิด ยิ่งไปกว่านั้นการุณยฆาต (Euthanasia หรือ Mercy Killing) กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด ผู้ใดฆ่าผู้อื่นโดยแม้ว่าผู้นั้นยินยอมและร้องขอให้ฆ่าเสีย มีโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 5 ปี ตามมาตรา 216 เพราะถือว่าขัดต่อศีลธรรมอันดี⁴³

การที่ผู้สละคุณธรรมทางกฎหมายกระทำเพราะถูกหลอกลวงหรือบีบบังคับให้ทำ ความยินยอมสละคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลนั้นยอมใช้ไม่ได้

ในปัจจุบันประเทศเยอรมนีได้ก้าวข้ามข้อจำกัดและอุปสรรคทางกฎหมายหลายประการเพื่อยกระดับสิทธิของเพศหญิงและกำหนดให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนั้นมีความชัดเจนมากขึ้น แต่ในทางปฏิบัติที่จะพิสูจน์ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนี้พนักงานอัยการจะต้องมีหลักฐานและสามารถพิสูจน์ได้อย่างเพียงพอว่าผู้กระทำผิดได้ใช้กำลังบังคับ ทำร้าย บังคับข่มขู่ หรือกระทำใดๆ เพื่อการข่มขืนการข่มขืนกระทำชำเราเพื่อให้ศาลเห็น เพราะศาลมักจะตีความว่าเพียงการใช้กำลังบังคับ ยังไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นการที่ผู้เสียหายไม่ยินยอมให้กระทำชำเรา อันจะเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบของความผิด⁴⁴

⁴¹ German Criminal Code. Section 228

“Whosoever causes bodily harm with the consent of the victim shall be deemed to act lawfully unless the act violates public policy, the consent notwithstanding.”

⁴² From *Criminal Law: A Comparative Approach* (p. 468), by Dubber, M. and Hörnle, T., 2014.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ From *Prosecutorial discretion in Germany's Rechtsstaat : varieties of practice and the pursuit of truth* (p. 193-195), by Boyne, S.M., 2007.

นักกฎหมายเยอรมันได้อธิบายเกี่ยวกับการใช้กำลังว่า ในทาง “ภาวะวิสัย” (Objective) ผู้กระทำได้ใช้กำลังบังคับ ส่วนในทาง “อัตวิสัย” (Subjective) ผู้กระทำรู้ว่าผู้เสียหายไม่ยินยอม และยังคงตั้งใจที่จะใช้กำลังบังคับจิตใจผู้เสียหาย⁴⁵ ในการพิสูจน์ความผิดในศาลการแสดงให้เห็นว่าเพียงการใช้กำลังอันเป็นเพียงองค์ประกอบภายนอกเท่านั้น จึงยังไม่เพียงพอที่ศาลจะเชื่อ ดังนั้นพนักงานอัยการจะต้องนำสืบตัวผู้กระทำให้เห็นอย่างชัดเจนว่าผู้กระทำมีเจตนาด้วย

ความยินยอมในเรื่องเพศนักวิชาการเห็นว่า “ความยินยอม” นั้น ถ้าอายุของผู้ให้ไม่ต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดก็จะไม่มีปัญหาอะไร แต่ในเนื้อหาของการจะเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์นั้น ต้องเกิดจากความสามารถในการให้ความยินยอมที่ได้ให้โดยอิสระและไม่ขัดต่อกฎหมาย อีกทั้งมีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์เข้าใจสถานะสถานการณ์นั้นๆ โดยผู้ให้ความยินยอมรู้ถึงผลใดๆ ที่จะตามมาภายหลังการให้ความยินยอม ดังนั้นความสามารถในการให้ความยินยอมได้ต้องการความมีวุฒิภาวะพอสมควรกฎหมายจึงได้บัญญัติข้อจำกัดอายุไว้สำหรับผู้ที่ยังต่ำกว่า 14 ปี แม้ว่าในเรื่องอื่นๆ ผู้ปกครองอาจให้ความยินยอมแทนได้ แต่กฎหมายไม่ยินยอมให้มีการอนุญาตให้กระทำชำเราผู้เยาว์ได้⁴⁶

3.3.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนีมีบัญญัติบทนิยามอยู่ในมาตรา 177 อีกทั้งได้มีการรวบรวมเอา (Sexual assault) และ (Rape) มาไว้ด้วยกันในมาตราเดียว กล่าวคือ การข่มขืน (Sexual assault) หมายถึง การกระทำทางเพศใดๆ ที่ดำเนินการโดยคนคนหนึ่ง หรือหลายคน ต่ออีกคนหนึ่งโดยปราศจากความยินยอม โดยเป็นผลมาจากการขู่เข็ญหรือใช้กำลังคุกคาม หรือจากการที่ผู้ถูกกระทำไร้ความสามารถในการป้องกันตัวเอง ส่วน Rape ซึ่งหมายความรวมถึง การการล่วงล้ำเข้าไปในทวารต่างๆ ของร่างกาย อาทิเช่น ปาก ช่องคลอด ทวารหนัก อย่างไรก็ตาม ก็เป็นความผิดฐานข่มขืนตามมาตรา 177 แต่มีความแตกต่างกันในสถานของไทย⁴⁷

⁴⁵ The definition of violence in § 177 of the Criminal Code. Retrieved January 27, 2014 from <http://auspofersicht.wordpress.com/2012/08/05/die-definition-von-gewalt-bei-§177-stgb/>

⁴⁶ From “Sexual Abuse of Children Abroad – A German Perspective on the Antalya Case”, by Kirchner, S., 2007, *German Law Journal*, 8, 781.

⁴⁷ Vergewaltigung. Retrieved January 27, 2014 from <http://de.wikipedia.org/wiki/Vergewaltigung>

1.1 ความผิดฐานข่มขืนตามกฎหมายเยอรมนีในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 177⁴⁸ (The German Criminal Code section 177) ได้บัญญัติครอบคลุมการกระทำเกี่ยวกับการข่มขืนไว้ ดังนี้

“ผู้ใดก็ตามข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยใช้กำลัง หรือโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆว่าจะมีอันตรายที่ใกล้จะถึงกับชีวิต ร่างกายหรือ หรือใช้ประโยชน์ (Exploiting) จากสถานการณ์ที่เหยื่อไม่สามารถขัดขืนได้ เพื่อสนองความใคร่ของตนเองหรือผู้อื่น”

ตามกฎหมายเกี่ยวกับเพศมีหลายมาตรา แต่โดยหลักแล้วจะอยู่ที่มาตรา 177 โดยมีรายละเอียดดังนี้

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี มาตรา 177 บัญญัติถึง “การใช้กำลังบังคับในทางเพศ (Sexuelle Nötigung) และการข่มขืนกระทำชำเรา (Vergewaltigung)”

1) บุคคลใดบังคับบุคคลอื่น

ก. โดยใช้กำลังบังคับ

ข. โดยการข่มขู่ว่าจะทำให้เกิดอันตรายอันใกล้จะถึงแก่ชีวิตหรือร่างกาย หรือ

ค. อาศัยโอกาสที่ผู้เสียหายไม่มีทางสู้และอยู่ในภาวะจำยอมของผู้กระทำ

เพื่อบังคับให้ตนทุกข์ต่อกิจกรรมในทางเพศโดยผู้กระทำผิดหรือโดยบุคคลที่สามหรือให้มีการเข้ามีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับผู้กระทำผิดหรือบุคคลที่สาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหนึ่งปี

2) ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสองปี หากมีเหตุฉกรรจ์ โดยเหตุฉกรรจ์ได้แก่

⁴⁸ German Criminal Code (Strafgesetzbuch) Section 177

“(1) Whosoever coerces another person

1. by force;

2. by threat of imminent danger to life or limb; or

3. by exploiting a situation in which the victim is unprotected and at the mercy of the offender, to suffer sexual acts by the offender or a third person on their own person or to engage actively in sexual activity with the offender or a third person, shall be liable to imprisonment of not less than one year.

(2) In especially serious cases the penalty shall be imprisonment of not less than two years. An especially serious case typically occurs if

1. the offender performs sexual intercourse with the victim or performs similar sexual acts with the victim, or allows them to be performed on himself by the victim, especially if they degrade the victim or if they entail penetration of the body (rape); or

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

ก. ผู้กระทำความผิดได้ล่วงประเวณีผู้เสียหาย (Vergewaltigung) หรือ

ข. ได้มีการร่วมกันกระทำความผิดในลักษณะโทรมหญิง โดยมีผู้กระทำความผิดตั้งแต่สองคนขึ้นไป

3) ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสามปีถ้าผู้กระทำความผิด

ก. มีอาวุธหรือเครื่องมือที่เป็นอันตรายอื่นๆ

ข. ฯลฯ

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนีมาตรา 178⁴⁹ บัญญัติถึงบทลงโทษที่หนักขึ้นหากผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตายจากการกระทำในมาตรา 177

1.2 บทบัญญัติอันเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นที่อยู่ในภาวะที่ไม่อาจช่วยเหลือตนเองได้

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี มาตรา 179⁵⁰ บัญญัติถึงกระทำเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศบุคคลผู้ไร้ความสามารถในการป้องกันตัวบัญญัติดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ปกป้องผู้ถูกกระทำที่ไม่สามารถปกป้องตนเองได้ ไม่ว่าจะเกิดจากความพิการหรืออยู่ในภาวะไม่ได้สติ จึงขาดความสามารถในการให้ความยินยอมได้จึงเป็นความผิดอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

⁴⁹ German Criminal Code (Strafgesetzbuch) Section 178 “Sexual assault by use of force or threat of force and rape causing death

If the offender through sexual assault or rape (section 177) causes the death of the victim at least by gross negligence the penalty shall be imprisonment for life or not less than ten years.

⁵⁰ German Criminal Code (Strafgesetzbuch). Section 179

“(1) Whosoever abuses another person who is incapable of resistance

1. because of a mental illness or disability including an addiction or because of a profound consciousness disorder; or

2. is physically incapable, and by exploiting the incapability to resist engages in sexual activity with the person or allows them actively to engage in sexual activity on his person shall be liable to imprisonment from six months to ten years.

(2) Whosoever abuses a person incapable of resistance (subsection (1) above), by inducing the person, under exploitation of the incapability of resistance, to engage actively in sexual activity with a third person or to allow a third person to engage in sexual activity with them, shall incur the same penalty.

(3) In especially serious cases the penalty shall be imprisonment of not less than one year.

(4) The attempt shall be punishable...”

มาตรา 179 บัญญัติว่า

“(1) ผู้ใดล่วงละเมิดผู้อื่นที่ไม่มีความสามารถในการป้องกันช่วยเหลือตนเอง

1. เพราะความเจ็บป่วยทางจิตหรือความพิการรวมทั้งการติดยาเสพติดหรือเพราะความผิดปกติเกี่ยวกับความรู้สึกทางจิตประสาท หรือ

2. ไร้ความสามารถทางด้านร่างกายและใช้ประโยชน์จากความไม่สามารถที่จะป้องกันช่วยเหลือตนเองเพื่อปฏิบัติกิจกรรมทางเพศกับบุคคลขาดความสามารถนั้น หรือช่วยให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับบุคคลขาดความสามารถนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี

(2) ผู้ใดเป็นธุระจัดหา หรือล่อลวงทำต่อบุคคลที่ขาดความสามารถตามวรรคแรก เพื่อมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับบุคคลที่สามหรือนุญาตให้บุคคลที่สามจะต้องได้รับโทษเหมือนวรรคแรก

(3) กรณีร้ายแรง จะต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหนึ่งปี

(4) ความพยายามความผิดฐานนี้ สามารถลงโทษได้...”

3) บทบัญญัติอื่นเกี่ยวกับอายุขั้นต่ำในการให้ความยินยอม (Age of Consent) ของการกระทำผิดอาญาทางเพศเกี่ยวกับเด็ก

นอกจากนี้ ได้บัญญัติอายุขั้นต่ำในการให้ความยินยอม (Age of Consent) ของการกระทำผิดอาญาทางเพศเกี่ยวกับเด็ก มาตรา 176 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับกรณีที่ยังไม่ถึงขั้นร่วมเพศว่า การอนาจารเด็กหรือมีกิจกรรมทางเพศใดๆ กับเด็ก หรือแสดงภาพถ่ายเกี่ยวกับเด็ก (Pornographic picture) ซึ่งเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี เป็นความผิดอาญาและไม่มีบทบัญญัติให้ความยินยอมเป็นเหตุยกเว้นความผิดและโทษไว้ ดังนั้นไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ จึงเป็นความผิดอาญาอีกทั้งการให้ความยินยอมนั้นขัดต่อศีลธรรมอันดีที่ขยายมาจากหลักในมาตรา 228⁵¹ และตามมาตรา 176 ความต้องการขององค์ประกอบของการกระทำ “การสอดใส่” (Penetration) ไม่จำเป็นต้องมี เพราะการสอดใส่ หรือการกระทำในลักษณะโทรมเด็กได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 176a (2) แล้ว การสอดใส่หรือข่มขืนจึงจะเป็นความผิดตามมาตรา 176a⁵²

มาตรา 177 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี นี้มีการแก้ไขครั้งล่าสุดเมื่อปี ค.ศ.1997 หลักการสำคัญในการแก้ไขกฎหมายครั้งนี้มีทั้งหมด 3 ประเด็นด้วยกัน กล่าวคือกรณีแรก ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตัดถ้อยคำที่ว่า “นอกสมรส” ออก จึงทำให้สามีมีความผิดฐานข่มขืนภรรยาได้หากเป็น

⁵¹ From *The legal process and victims of rape* (p. 225), by Bacik, I., Maunsell, C. and Gogan, S., 1998.

⁵² From “Sexual Abuse of Children Abroad – A German Perspective on the Antalya Case”, by Kirchner, S., 2007, *German Law Journal*, 8, 778-779.

การฝ่าฝืนจรรยา อย่าง ไรก็ตามข้อเสนอที่จะให้มีการลดโทษหรือยกเว้นโทษเพื่อประโยชน์ในการที่จะยังคงความเป็นสามีภรรยาต่อไปไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมาย กรณีที่สองฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดให้องค์ประกอบความผิดในส่วนของเพศของเหยื่อที่ถูกกระทำตามมาตรา 177 มีความเป็นกลางๆ (Geschlechtsneutral) โดยผลของการแก้ไขดังกล่าวจึงทำให้ผู้ชายได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับผู้หญิงและในประการสุดท้ายฝ่ายนิติบัญญัติได้ขยายขอบเขตของการกระทำชำเราให้กว้างขึ้นโดยให้ถือว่าการกระทำในทางเพศที่คล้ายคลึงกันที่เกี่ยวข้องกับการรูดผ้าเข้าไปในร่างกายให้มีฐานะเดียวกันกับการข่มขืนกระทำชำเรา เช่น การร่วมเพศทางปากและทางทวารหนัก รวมทั้งการนำวัตถุใดๆ เช่น เทียน หรือส่วนอื่นๆ ของร่างกายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนัก แต่หากเป็นการกระทำต่อส่วนของร่างกายที่ไม่ใช่ส่วนเปิดของร่างกายแล้วแม้ว่าจะมีมูลเหตุจูงใจในทางเพศก็ไม่เข้ามาตรา 177 เช่น การใช้เข็มแทง การนำวัตถุเข้าไปในปากหรือนำส่วนอื่นๆ ของร่างกายเข้าไปในปากรวมทั้งการจูบปากไม่ถือว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา แนวคำพิพากษาศาลฎีกาของเยอรมันเองที่ถือว่าการข่มขืนกระทำชำเราแล้ว ตัวอย่างเช่น การใช้นิ้วสอดเข้าไปในทวาร (BGH NStZ-RR 1999,325 Nr.24)⁵³ การเอานิ้วใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิงจนมิดนิ้ว (LG Augsburg NStZ1999,307)⁵⁴ เหตุผลที่ฝ่ายนิติบัญญัติขยายขอบเขตของการข่มขืนดังกล่าวข้างต้น มีเหตุผลมาจากเหตุผลทางอาชญาวิทยาที่พิสูจน์แล้วว่า การที่เหยื่อถูกกระทำในทางเพศในลักษณะที่มีการเกี่ยวข้องกับการรูดผ้าเข้าไปในร่างกายนั้นความรู้สึกของเหยื่อจะมีความรู้สึกที่แย่มากๆ กับการที่เหยื่อถูกข่มขืนกระทำชำเรา⁵⁵

จากการศึกษาหลัก “ความยินยอม” พบว่าในกฎหมายต่างประเทศได้มีการอธิบายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีบทบัญญัตินิยามความหมายของ “ความยินยอม” (Consent) เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติและการตีความในการนำไปใช้ เพราะกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มุ่งประสงค์เพื่อลงโทษผู้กระทำผิดฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายเป็นสำคัญเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ การที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดผู้ใดได้ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ถึงความผิดที่เกิดจากการกระทำนั้น ตามหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” (Nullum crimen, nulla poena sine lege) กฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันและเพื่อสร้างความมั่นคงในสังคมไม่ให้เกิดการกระทบกระเทือนจากการกระทำของบุคคลในสังคม ฉะนั้น กล่าวโดยทั่วไปแล้วความยินยอมของผู้เสียหายจึงไม่ใช่หลักที่จะยกเว้นให้การกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดซึ่งหลัก

⁵³ คดี BGH NStZ-RR 1999,325 Nr.24.

⁵⁴ คดี LG Augsburg NStZ1999,307.

⁵⁵ จาก “หมายเหตุท้ายฎีกาที่ 3577/2551 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคสอง”, โดย สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์. สืบค้นจาก <http://www.lawyerthai.com/forum2/4794.html>

“Volenti non fit injuria” เป็นหลักที่ใช้ในคดีละเมิด มีหลักต่างๆ ที่แตกต่างกับหลักในทางอาญามาก การปรับใช้ต้องมีการนำมาเพียงเท่าที่ปรับได้ และปรับใช้ภายในขอบเขตของกฎหมายอาญา

นอกจากนี้บทบัญญัติของกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศ คຸ້ມครองสิทธิของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพื่อให้ไม่ให้จำเลยหรือผู้กระทำผิด อาศัยช่องว่างของกฎหมายมาเป็นข้ออ้างเพื่อไม่ต้องรับผิดชอบ โดยเฉพาะประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย จารีตประเพณีที่มุ่งเน้นต่างก็เห็นความสำคัญของความยินยอมจนถึงวางเป็นแนวทางในการพิจารณา ขอบเขตของความยินยอมและผลของการบอกถอนความยินยอม เพื่อนำไปพิจารณาความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเราในแต่ละคดี ซึ่งจะได้วิเคราะห์เปรียบเทียบกับขอบเขตของการให้ความยินยอม และการบอกถอนความยินยอมในประเทศไทยในบทต่อไป

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตการให้ความยินยอมและการบอกถอนความ ยินยอมกับความรับผิดชอบข้ามจีนกระทำซ้ำเราผู้อื่นตามกฎหมายไทยและ กฎหมายต่างประเทศ

ประเทศไทยใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) การใช้กฎหมายเพื่อพิจารณาและตัดสินอรรถคดีจะยึดบทบัญญัติของประมวลกฎหมายเป็นหลัก ซึ่งแตกต่างจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ที่ยึดแนวคำพิพากษาศาลสูงเป็นแนวทางในการพิจารณาและตัดสินอรรถคดี แม้ว่าในทางปฏิบัติประเทศไทยจะได้รับอิทธิพลจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีและระบบประมวลกฎหมาย แต่การบังคับใช้กฎหมายต้องอาศัยบทบัญญัติในประมวลกฎหมาย โดยเฉพาะการบังคับใช้กฎหมายอาญา ดังนั้นบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาจึงต้องมีความชัดเจนและแน่นอน ปัญหาขอบเขตการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความรับผิดชอบข้ามจีนกระทำซ้ำเราผู้อื่นเป็นปัญหาในการพิจารณาความผิดของผู้กระทำ ซึ่งในเบื้องต้นกฎหมายอาญาควรบัญญัติขอบเขตในเรื่องนี้ไว้ให้ชัดเจนเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหาย

4.1 ปัญหาขอบเขตการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความรับผิดชอบข้ามจีนกระทำซ้ำเราผู้อื่น

ความไม่ชัดเจนของขอบเขตการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ของไทยที่ไม่มีบทบัญญัติขอบเขตหรือบทนิยาม “ความยินยอม” ของผู้เสียหาย ซึ่งจะนำไปสู่ปัญหาในการพิจารณาตัดสินคดีในศาล การกำหนดโทษและความรับผิดชอบผู้กระทำผิดต่อไป รวมถึงในการสืบหาพยานหลักฐานในความผิดฐานนี้มักมีปัญหาในการสืบหาข้อเท็จจริงทั้งสิ้น เพราะหากความยินยอมที่เกิดจากความสำคัญผิด การจำยอม หรือการข่มขู่แล้ว ความยินยอมของผู้เสียหายถือเป็นประเด็นและภาระนำสืบของผู้เสียหายเองที่จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำที่มีความผิดฐานนี้ ซึ่งไม่เป็นธรรมกับผู้เสียหาย ดังนั้นการวิเคราะห์ขอบเขตของการให้ความยินยอมในความผิดฐานข้ามจีนกระทำซ้ำเราผู้อื่นจึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงว่า ความยินยอมนั้นเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย

หรือไม่ อย่างไรก็ตามจะถือว่าเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายและถือว่าเป็นความยินยอมอย่างแท้จริงของผู้เสียหาย (Real consent) ในบทนี้ผู้เขียนจึงไม่ขอกล่าวถึงองค์ประกอบความผิดทั้งหมด แต่จะวิเคราะห์ส่วนที่เกี่ยวกับปัญหาขอขมขื่นการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

4.1.1 วิเคราะห์ขอขมขื่นการให้ความยินยอม

เดิมความยินยอมกับความผิดฐานข่มขืนในอดีตของไทยในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนร่วมประเวณี รัตนโกสินทร์ศก 118 มาตรา 3 ซึ่งกฎหมายบัญญัติคำว่า “หญิงมิยินยอม”¹ ต่อมาได้มีการแก้ไข โดยประมวลกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 243 ใช้คำว่า “ใช้อำนาจด้วยกำลังกายหรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำชำเราหญิง” และต่อมาประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ในปัจจุบันที่ได้มีการแก้ไขใหม่² บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” กฎหมายยังคงใช้คำว่า “โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ” หรือ “โดยใช้กำลังประทุษร้าย” หรือ “โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” และ “โดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” เมื่อพิจารณาจากคำในตัวของมาตรา 276 แล้ว ล้วนเป็นถ้อยคำที่แสดงให้เห็นการฝืนใจและไม่มี ความยินยอมแทบทั้งสิ้น แต่การไม่มีการบัญญัติขอขมขื่นและลักษณะของการให้ความยินยอมและขอขมขื่นของการบอกถอนความยินยอมเอาไว้อย่างชัดเจนทำให้นักกฎหมายต้องมาตีความกันทั้งในชั้นสอบสวนและการพิสูจน์พยานหลักฐานในศาลว่า ความยินยอมที่ผู้กระทำหรือผู้ต้องหาอ้างเพื่อให้ตนพ้นผิดนั้นเป็น “ความจำยอม” ของผู้เสียหายหรือไม่

¹ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนร่วมประเวณี รัตนโกสินทร์ศก 118 มาตรา 3. อ้างถึงใน ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (น. 19), โดยประสิทธิ์ พัฒนอมร, 2522, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 (แก้ไขใหม่) “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดย การใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมิหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิง หรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกันต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต...”

1) วิเคราะห์ขอบเขตกรณีผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถจัดขึ้นได้

“ความจำยอม” เกี่ยวพันและคาบเกี่ยวกับกรณี “โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถจัดขึ้นได้” เพราะปัจจัยภายนอกทั้งหลายรวมทั้งสภาพแวดล้อมและสภาพร่างกายและจิตใจของผู้เสียหาย มีผลต่อการเข้าใจถึงสาระของเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นและส่งผลกระทบต่อตัดสินใจของผู้เสียหายทั้งสิ้น จึงไม่อาจถือว่ามีความยินยอมโดยที่ “ความจำยอม” นั้นและคำว่า “ภาวะที่ไม่สามารถจัดขึ้นได้” ไม่มีบทนิยามและคำอธิบายไว้ในประมวลกฎหมายอาญา

นักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่ตีความว่า “ภาวะที่ไม่สามารถจัดขึ้นได้” อาจเป็นเรื่องของกายภาพที่ผิดปกติหรือร่างกายป้องกันตัวไม่ได้ชั่วคราว อาทิเช่น การไม่ได้สติเพราะมีนเมา การถูกสะกดจิต หรือสมองพิการ กรณีมีกายพิการ เป็นอัมพาต ป่วยเจ็บหรือเจ็บป่วย หรือแม้กระทั่งการมีร่างกายปกติแต่ถูกมัดตัวไม่ให้จัดขึ้น เป็นต้น แต่ในชีวิตจริงการจำยอมหรือภาวะที่ไม่สามารถจัดขึ้นได้นั้นมิได้เกิดเพราะผลกระทบทางกายเพียงประการเดียว แต่อาจเป็นเพราะแวดล้อมเหตุการณ์ภายนอกที่ถึงขนาดมีอิทธิพลส่งผลกระทบต่อเจตจำนงภายในของผู้เสียหายที่มีร่างกายและสติสมบูรณ์ทุกประการ จึงต้องจำยอม อาทิเช่น หญิงที่ตกอยู่ในอิทธิพลของชายจนต้องจำยอม หรือกรณีตกอยู่ในอิทธิพลของผู้กระทำและพรรคพวกหลุดหญิงเข้าไปในป่า หญิงไม่มีทางที่จะจัดขึ้นหรือได้รับการช่วยเหลือจากผู้ใด หญิงจึงจำยอมให้กระทำ จึงไม่ถือว่าหญิงนั้นยินยอม

ดังเช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 142/2454 เหตุการณ์แวดล้อมภายนอกทั้งหลายเมื่อแต่ละอย่างเล็กน้อยแต่รวมกันก็ถือว่าหนักหนาต่อผู้เสียหายพอสมควร เพราะหากไม่จำยอมให้กระทำซ้ำแล้วก็จะเกิดอันตรายต่อชีวิตของผู้เสียหายได้ เป็นต้น

กรณีที่ผู้เสียหายเป็นผู้ที่ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอม อาทิเช่น ไม่สามารถรู้ผิดชอบ ไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิต จิตฟั่นเฟือน มีนเมาเพราะเสพย์สุรา หรือสิ่งมีนเมาอื่น ดินยาเสพติด มีร่างกายพิการ เป็นอัมพาต ป่วยเจ็บหรือเจ็บป่วย ร่างกายไม่สมบูรณ์เพราะไม่มีแขนหรือไม่มีขา ร่างกายอ่อนแรง กล้ามเนื้ออ่อนแรง เป็นต้น อาจเรียกได้ว่าเป็นผู้ที่อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถจัดขึ้นได้ แต่กฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติขอบเขตความสามารถหรือผลของการกระทำซ้ำเร้าของผู้กระทำที่กระทำต่อผู้เสียหายที่เป็นผู้ที่ไม่มีความสามารถในการกระทำเหล่านี้ไว้ ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติเพียงแต่บัญญัติกรณีผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่มีความบกพร่องในเรื่องสามารถไว้เท่านั้น ซึ่งเห็นว่าเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติคุ้มครองเฉพาะกรณีผู้กระทำความผิดเป็นผู้ที่บกพร่องด้านความสามารถในการกระทำความผิด แต่หากเกิดกรณีผู้เสียหายเป็นผู้ที่มีความ

บกพร่องในเรื่องความสามารถแล้ว กฎหมายจะนำบทบัญญัติใดมาปรับใช้เพื่อให้เกิดความยุติธรรมกับผู้เสียหาย ดังจะเห็นได้จากในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65³ และมาตรา 66⁴

ดังนั้นหากจะแบ่งผู้เสียหายที่เป็นผู้ที่ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมข้างต้น⁵ แล้ว อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

(1) กรณีผู้เสียหายที่มีสภาพร่างกายไม่สมบูรณ์และหรือผู้เสียหายมีจิตบกพร่องด้วยตัวของเขาเองอยู่ก่อนการถูกข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งหากจะพิจารณาอย่างละเอียดแล้วกรณีนี้อาจสามารถแบ่งผู้เสียหายที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ 2 กรณี คือ

กรณีแรก คือ ผู้เสียหายที่มีสภาพร่างกายไม่สมบูรณ์และหรือมีจิตบกพร่อง เช่น พิกัดซ้าซ้อ เป็นต้น

กรณีที่สอง คือ ผู้เสียหายที่มีสภาพร่างกายไม่สมบูรณ์และมีจิตปกติ เช่น เป็นอัมพาตแต่มีจิตปกติ ร่างกายไม่สมบูรณ์แต่มีจิตใจที่ปกติ เป็นต้น

(2) กรณีที่ผู้เสียหายเป็นผู้ที่มีร่างกายปกติสมบูรณ์ มีจิตปกติแต่ถูกผู้กระทำความผิดหรือจำเลยกระทำให้อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขจัดขึ้นได้

2) วิเคราะห์ขอบเขตกรณีของปัญหาการตีความเรื่องความยินยอมโดยสมัครใจของศาลและความเห็นของนักวิชาการ

ยกตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 634/2516 “วินิจฉัยว่าผู้เสียหายเป็นหญิงมีสามีแล้วสมัครใจให้จำเลยที่ 1 กระทำชำเรา ขณะกระทำชำเราจำเลยที่ 2 มาเห็นเข้าจำเลยที่ 2 ชูผู้เสียหายว่า ถ้าไม่ยอมให้จำเลยที่ 2 กระทำชำเราต่อก็จะไปโฆษณาให้ชาวบ้านฟัง ผู้เสียหายกลัวว่าจำเลยที่ 2 จะไปโฆษณาจึงยอมให้จำเลยที่ 2 กระทำชำเราศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ผู้เสียหายยินยอมให้จำเลยที่ 2 กระทำ

³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 ผู้ใดกระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือ จิตฟั่นเฟือนผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น

แต่ถ้าผู้กระทำความผิดยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น แต่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้

⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 66 ความมีเมินเพราะเสพยาหรือสิ่งเมาอย่างอื่นจะ ยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวตาม มาตรา 65 ไม่ได้ เว้นแต่ความมีเมินนั้น จะได้เกิดโดยผู้เสพยาไม่รู้ว่าสิ่งนั้นจะทำให้มีเมิน หรือได้เสพยาโดย ถูกขืนใจให้เสพยาและได้กระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ ผู้กระทำความผิดจึงจะได้รับการยก เว้นโทษสำหรับความผิดนั้นแต่ถ้าผู้นั้นยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้างหรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่ กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้

⁵ ไม่สามารถรู้ผิดชอบ ไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิต จิตฟั่นเฟือน มีเมินเพราะเสพยาหรือสิ่งเมาอื่น ดิทยาเสพติด มีร่างกายพิการ เป็นอัมพาต ป่วยเจ็บหรือเจ็บป่วย ร่างกายไม่สมบูรณ์เพราะไม่มีแขนหรือไม่มีขา ร่างกายอ่อนแรง กล้ามเนื้ออ่อนแรง เป็นต้น

ชำระโดยสมัครใจ จำเลยที่ 1 ไม่มีความผิด ส่วนจำเลยที่ 2 นั้นศาลฎีกาเชื่อว่าผู้เสียหายกล่าวเรื่องจะอื้อฉาวรู้ไปถึงสามีนั่น จึงยอมให้จำเลยที่ 2 กระทำชำระเราเพื่อให้จำเลยที่ 2 ปกปิดเรื่องไว้จึงไม่ได้คืนรนต์ต่อสู้เป็นการสมัครใจ จำเลยที่ 2 จึงไม่มีความผิดเช่นกัน”

ผู้เขียนเห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลฎีกาในกรณีของจำเลยที่ 1 ดังกล่าว แต่กรณีของคำพิพากษาของจำเลยที่ 2 หากพิจารณาประกอบกับความเห็นของท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฌนกร ที่ท่านได้อธิบายว่า ความยินยอมของผู้เสียหายที่จะเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย ต้องเป็นความยินยอมที่ไม่มีข้อบกพร่องใดๆ ในการแสดงเจตจำนงในการให้ความยินยอม ดังนั้นความยินยอมของผู้เสียหายที่เกิดจากการบังคับขู่เข็ญหรือหลอกลวง จึงไม่เป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย ฉะนั้นความยินยอมของผู้เสียหายที่ชอบด้วยกฎหมายจึงต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริง และเป็นความยินยอมที่เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ⁶ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 มีองค์ประกอบภายนอก ได้แก่ “การกระทำ” คือ การข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งหมายความว่า ได้กระทำชำเราโดยผู้อื่นมิได้สมัครใจ ฉะนั้นถ้าผู้อื่นยินยอมข่มขืนผิด กรณีตามคำพิพากษานี้เป็นกรณีที่ผู้เสียหายยอมให้จำเลยที่ 2 กระทำชำระเราโดยผู้เสียหายกล่าวว่าจำเลยที่ 2 จะนำเรื่องของผู้เสียหายร่วมประเวณีกับจำเลยที่ 1 ไปโฆษณาให้ชาวบ้านฟังและเรื่องนี้รู้ไปถึงสามีของหญิงผู้เสียหาย หากพิจารณาว่า หากจำเลยที่ 2 ไม่ข่มขืนผู้เสียหายเช่นนั้น ผู้เสียหายจะยอมให้จำเลยที่ 2 กระทำชำระเราโดยสมัครใจหรือไม่ กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่ากรกระทำของจำเลยที่ 2 เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นเพราะขาดความยินยอม⁷ ที่แท้จริงของผู้เสียหาย เหตุเพราะจำเลยที่ 2 ทำให้หญิงผู้เสียหายกลัวจึงจำยอมให้กระทำชำระเรา แต่ทั้งนี้ข้อเท็จจริงของคดีขึ้นอยู่กับหน้าที่ของคู่ความที่จะนำเข้ามาสู่ศาลจะมากจะน้อยแล้วแต่ความสามารถของคู่ความ ศาลจึงรับรู้แค่เพียงเท่าที่คู่ความนำสืบเท่านั้นและในทางปฏิบัติศาลไม่ได้มีบทบาทกระตือรือร้นแต่อย่างใด

กรณีแวดล้อมเช่นคดีนี้จึงขึ้นอยู่กับรูปแบบและวิธีการสืบคดีในศาล อาจกลายเป็นอิทธิพลที่ต้องเกิดความจำยอมได้ก็ต้องพิจารณาเป็นรายคดีไป โดยทนายความและพนักงานอัยการจะเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการชี้ให้เห็นถึงประเด็นสำคัญแก่ศาล การตกลงประเด็นที่สำคัญเพียงเพราะพนักงานสอบสวนมองข้าม พนักงานอัยการไม่กระตือรือร้น หรือทนายความไม่มีความเชี่ยวชาญในการถามพยาน ประเด็นที่ปรากฏต่อศาลจึงมีน้อย ด้วยเหตุที่กฎหมายไม่ได้มีบทนิยามและลักษณะขอบเขตความยินยอมไว้ย่อมมีผลต่อการตีความและการนำไปใช้ทั้งภาระพิสูจน์ต้องตกอยู่แก่ฝ่ายที่เสียหายซึ่งส่วนใหญ่เป็นผู้หญิงผู้หญิงยอมไม่ได้รับการอำนวยความสะดวกเป็นธรรมชาติที่เพียงพออย่างมาก

⁶ จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 269), โดยคณิต ฌนกร ก, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁷ จาก *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (น. 416), โดยคณิต ฌนกร ข, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

4.1.2 วิเคราะห์ภาระการพิสูจน์คดีของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

การดำเนินคดีในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนี้ ในทางความเป็นจริงผู้เสียหายมักต้องแบกรับภาระการพิสูจน์คดีเอง ภาระการพิสูจน์คดีในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นยังคงใช้หลักการการพิสูจน์คดีที่ว่า “ผู้ใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงใด ผู้นั้นมีภาระการพิสูจน์” เมื่อผู้เสียหายกล่าวอ้างว่าการกระทำของผู้กระทำได้กระทำชำเราโดยปราศจากความยินยอมหรือผู้เสียหายจำยอมนั้น ไม่ใช่ยินยอมโดยใจที่บริสุทธิ์ ฉะนั้นผู้เสียหายจึงต้องนำสืบและพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าเป็นจริงตามที่ผู้เสียหายกล่าวอ้าง ดังนั้นไม่ว่าผู้เสียหายจะอ้างข้อเท็จจริงใดเพื่อเอาผิดกับจำเลยในความผิดฐานนี้ ผู้เสียหายจึงมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่าข้อเท็จจริงที่ผู้เสียหายกล่าวอ้างนั้นจำเลยมีผิดจริงตามที่ผู้เสียหายกล่าวอ้าง

ปัญหาที่เกิดขึ้นในการพิสูจน์คดีของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 เป็นภาระของผู้เสียหายนับตั้งแต่เริ่มต้นดำเนินคดีชั้นแรกกับพนักงานสอบสวน ได้แก่ การแจ้งความร้องทุกข์และการสืบสวนสอบสวนคดีซึ่งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนั้นหลักฐานส่วนใหญ่อยู่ที่ตัวของผู้เสียหาย กล่าวได้ว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำความผิดที่ผู้กระทำผิดสร้างบาดแผลทั้งทางด้านจิตใจและร่างกายไปในคราวเดียวกัน และกฎหมายอาญาถือว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดที่มีความร้ายแรงมากดังจะเห็นได้จากอัตราโทษที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แต่ถึงอย่างนั้นผู้กระทำความผิดก็ไม่ได้กลัวเกรงต่อโทษที่ตนจะได้รับจากการกระทำความผิดฐานนี้

ในการพิสูจน์หาพยานหลักฐานจะต้องมีการตรวจชันสูตรร่างกายโดยแพทย์ผู้ที่มีความชำนาญและให้ความเห็นว่า เกิดมีการชำเราเกิดขึ้นหรือไม่มีบาดแผลภายในลักษณะใด แต่แพทย์ไม่สามารถให้ความเห็นได้ว่าบาดแผลภายในอวัยวะที่ถูกกระทำชำเรานั้นเกิดจากการข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่ ซึ่งเป็นหน้าที่ที่ผู้เสียหายต้องมาพิสูจน์ให้ศาลเห็นต่อไปเองว่าเกิดมีการข่มขืนกระทำชำเราเกิดขึ้นจริง แต่ทั้งนี้การดำเนินคดีในชั้นศาลเป็นเรื่องที่ผู้เสียหายเท่านั้นที่จะทราบถึงเหตุการณ์ทั้งหมดที่เกิดขึ้นรวมถึงตัวผู้กระทำความผิดด้วย ระยะเวลาที่ศาลจะพิจารณาและตัดสินคดีจนกระทั่งมีคำพิพากษาว่าจะผู้กระทำความผิดกระทำความผิดจริงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่นั้นก็ต้องใช้เวลานานหลายเดือนหลายปีกรณีที่มีผู้เสียหายไม่ว่าจะเป็นผู้ใดถูกข่มขืนกระทำชำเราสังคมมักมองว่าเป็นเรื่องร้ายแรงและไม่อาจยอมรับการกระทำดังกล่าวได้ การสืบพยานในชั้นศาลก็อาจเรียกได้ว่าเป็นการข่มขืนซ้ำสอง เพราะการสืบพยานหลักฐานต้องอาศัยการซักถามพยานซึ่งพยานที่สำคัญที่สุดก็ได้แก่ผู้เสียหายในการที่จะเอาผิดผู้กระทำผิดมาลงโทษ แต่ในบางกรณีที่ผู้กระทำความผิดมีความชำนาญในการก่ออาชญากรรมในลักษณะนี้ การต่อสู้คดีของผู้เสียหายมักเป็นไปด้วยความยากลำบาก เพราะผู้กระทำความผิดบางรายมักมีประสบการณ์ในการ

กระทำความผิดซึ่งมักจะมีช่องทางในการหลบหลีกและหาช่องว่างของกฎหมายเพื่อไม่ให้ตนต้องรับโทษ

ผู้เขียนเห็นควรว่า ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ควรบัญญัติกฎหมายให้มีความชัดเจนในเรื่องขอบเขตการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมลงไป ในบทบัญญัติของกฎหมาย เพื่อจะเป็นแนวทางในการอำนวยความสะดวก อำนาจความยุติธรรม คู่คุ้มครองสิทธิผู้เสียหายในคดีลักษณะนี้นับตั้งแต่ด้านแรกของการดำเนินคดี เป็นต้นว่าจะนำไปสู่การพิจารณาคดีชั้นสืบพยานว่าความยินยอมนั้นเป็นความยินยอมที่แท้จริงของผู้เสียหายหรือไม่ หรือการกระทำชำเรานั้นเกิดจากการจำยอมของผู้เสียหาย

4.1.3 วิเคราะห์ขอบเขตการบอกถอนความยินยอม

คำว่า “บอกถอนความยินยอม” ตามประมวลกฎหมายอาญาไทยไม่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ ทั้งที่องค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 เป็นการกระทำที่ผู้กระทำผิดกระทำชำเราโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย นักวิชาการบางท่านมีความเห็นว่า ความยินยอมในการกระทำชำเรานั้นจะต้องมีตลอดเวลาที่การกระทำชำเราเริ่มขึ้นและสิ้นสุดลง หากฝ่ายที่ไม่ได้ถอนความยินยอมไม่ยอมหยุดการกระทำฝ่ายนั้นย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น และหากมีการบอกถอนความยินยอมจากฝ่ายหนึ่ง อีกฝ่ายหนึ่งจะต้องยุติและหยุดการกระทำนั้นทันที เรื่องการบอกถอนความยินยอมไม่ปรากฏว่ามีคำพิพากษาของศาลฎีกาของไทย ท่านยังมีความเห็นต่อไปอีกว่าหากมีกรณีผู้เสียหายบอกถอนความยินยอมและผู้กระทำยังคงกระทำชำเราต่อไปและผู้เสียหายมาฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลแล้วศาลไทยจะนำหลักเกณฑ์ใดมาพิจารณาและตัดสินคดี เพราะกฎหมายไทยก็ไม่มีบทบัญญัติไปถึงกรณีดังกล่าว แต่ในประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีอย่างอเมริกาก็กลับเห็นว่าเป็นประเด็นสำคัญและได้บัญญัติขอบเขตความรับผิดชอบในเรื่องนี้ไว้เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

การบอกถอนความยินยอมของฝ่ายที่ต้องการบอกถอนความยินยอมที่เคยยินยอมร่วมประเวณี เป็นการแสดงเจตนายกเลิกความยินยอมที่ได้ให้ไว้ จึงเป็นการแสดงเจตนายกเลิกและขอให้ยุติการกระทำชำเราทันที ในการร่วมประเวณีบุคคลทั้งสองฝ่ายย่อมมีอิสระในการตัดสินใจและอาจเปลี่ยนแปลงเจตจำนงภายในจิตใจของตนเองหรือบอกยกเลิกสิ่งใดๆ ได้อย่างอิสระ ผู้ที่ต้องการบอกถอนความยินยอมที่เคยให้ไว้ก่อนมีการร่วมประเวณีย่อมสามารถบอกถอนความยินยอมของตนได้ทันที และอีกฝ่ายหนึ่งที่ได้รับคำบอกถอนนั้นจะต้องยุติการกระทำชำเราทันที มิเช่นนั้นย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราที่ฝ่าฝืนความยินยอมของผู้อื่นหรือกระทำชำเราโดย

⁸ จาก “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหลังการกระทำชำเราด้วยความยินยอม”, โดย รณกรณ์ บุญมี, 2553, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 39 (4), 769-787.

ปราศจากความยินยอมของอีกฝ่าย ซึ่งลักษณะของการบอกถอนความยินยอมในเรื่องนี้ไม่เหมือนกับ การบอกถอนความยินยอมในทางแพ่งที่อาจต้องมีลายลักษณ์อักษร แต่เป็นเพียงการกล่าววาจา ออกเป็นคำพูดหรือแสดงอาการที่ฝ่ายบอกถอนนั้นต้องแสดงให้อีกฝ่ายทราบถึงเจตนาของตนอย่าง ชัดแจ้งและพอเข้าใจ ได้ก็เพียงพอแล้วการให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีเป็นการให้ความ ยินยอมเฉพาะไม่ใช่ความยินยอมในลักษณะเป็นการทั่วไป

ปัญหาในกรณีนี้คือ การกระทำชำเราเริ่มต้นและเป็นไปด้วยความยินยอมพร้อมใจกัน ของทั้งสองฝ่าย แต่ขณะที่การกระทำชำเรากำลังดำเนินการไปนั้นฝ่ายหนึ่งกลับปฏิเสธที่จะดำเนิน ความสัมพันธ์ต่อไป และต้องการหยุดการร่วมประเวณีในทันทีโดยไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดๆ ก็ตาม การถอนความยินยอมนั้นทำให้อีกฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่ต้องหยุดการกระทำชำเราทันทีและต้องเคารพ ต่อการตัดสินใจของอีกฝ่าย ตามประมวลกฎหมายอาญาในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีต ประเพณีนั้น หากฝ่ายที่ถูกปฏิเสธไม่เคารพต่อการปฏิเสธนั้นและยังกระทำชำเราต่อไปผู้กระทำย่อม มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น การกำหนดขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ผู้อื่นไปถึงการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนการบอกถอนความยินยอมในการร่วมประเวณีของฝ่ายหนึ่ง นั้น เป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ที่จะตกเป็นผู้เสียหาย เป็นการมีบทบัญญัติที่ครอบคลุมไปถึงขนาดที่ ปกป้องสิทธิของบุคคลที่กฎหมายมองเห็นถึงพฤติการณ์ที่อาจเกิดขึ้นในระหว่างร่วมประเวณี และ อีกฝ่ายที่ได้รับคำบอกถอนนั้นต้องเคารพการตัดสินใจและหยุดการกระทำชำเราทันทีนั้นมิเช่นนั้น แล้วกฎหมายย่อมถือว่าเป็นการกระทำที่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

กรณีที่จะเป็นการบอกถอนความยินยอมได้นั้นผู้ร่วมประเวณีจะต้องตกลงให้ความ ยินยอมก่อนร่วมประเวณีหรืออย่างน้อยที่สุดคือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องให้ความยินยอมขณะร่วม ประเวณีและต่อมาเปลี่ยนใจปฏิเสธให้ความยินยอมนั้นซึ่งเป็นกรณีที่การกระทำชำเราเริ่มต้นขึ้นด้วย ความยินยอมของทั้งสองฝ่าย แต่ขณะที่การกระทำชำเรากำลังดำเนินการไปภายใต้ความยินยอมร่วมกัน นั้น เกิดมีฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่จะกระทำชำเราอีกต่อไป ไม่ว่าจะเพราะเกิดความเจ็บปวด หรือ ทราบข้อเท็จจริงบางประการเพิ่มเติมกะทันหัน เช่น ทราบว่าอีกฝ่ายนั้นเป็นโรคติดต่อทาง เพศสัมพันธ์ร้ายแรง มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนในทางเพศ นิยมความรุนแรง หรือไม่ว่าโดยเหตุผลใดๆ ก็ ตาม เป็นต้น แต่เมื่อปฏิเสธไม่ให้มีการกระทำชำเราต่อไปแล้ว หากว่าอีกฝ่ายหนึ่งกลับไม่ยอมหยุด การกระทำชำเราในทันที ตามหลักกฎหมายต่างประเทศถือว่าเป็นการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความ ยินยอม เป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ซึ่งเป็นความผิดที่รุนแรงและทำลาย ความสงบเรียบร้อยของสังคมอย่างมากจนต้องมีการกำหนดพระราชโทษที่สูงเท่ากับการข่มขืนกระทำ ชำเราในกรณีทั่วไป⁹

⁹ แหล่งเดิม.

วินิจฉัยปัญหาการบอกถอนความยินยอมในขณะที่มีการร่วมประเวณีกันภายหลังความยินยอมของทั้งคู่ แต่ในระหว่างการร่วมประเวณีนั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้บอกถอนความยินยอมหรือต้องการยุติการร่วมประเวณีนั้น ปัญหาในกรณีหลังจากนี้ที่ต้องมาวิเคราะห์ คือ กรณีหากฝ่ายที่ได้รับคำบอกถอนความยินยอมนั้น ไม่ยอมหยุดโดยไม่ว่าจะเป็นเพศไหนก็ตามยังคงกระทำชำเราต่อไปโดยไม่ยี่คิดต่อคำบอกถอนความยินยอมของอีกฝ่าย ตามหลักกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีถือว่า การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น และผู้กระทำไม่อาจจะเอาความยินยอมที่ให้ไว้ก่อนร่วมประเวณีมาเป็นข้ออ้างว่าการกระทำชำเรานั้นกระทำไปโดยมีความยินยอมของผู้เสียหาย

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับความเห็นของนักวิชาการที่ถือว่าการข่มขืนโดยการตีความที่รวมถึงการถอนความยินยอมภายหลังหรือขณะร่วมประเวณีและผู้เขียนเห็นว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นของไทย ควรบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนี้ครอบคลุมไปถึงกรณีการกระทำชำเราภายหลังมีการบอกถอนความยินยอมนี้ด้วย

4.2 วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเพื่อหาขอบเขตที่เหมาะสมของการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมกับความผิดทางอาญฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

การให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมกับความผิดทางอาญฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นมีนักวิชาการของประเทศไทยได้ให้ความเห็นไว้ ดังนี้

4.2.1 วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเพื่อหาขอบเขตที่เหมาะสมของการให้ความยินยอม

1) วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมายเพื่อหาขอบเขตที่เหมาะสมของการให้ความยินยอม

(1) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราก่อนที่จะมีการแก้ไขกฎหมาย จากคำว่า “หญิง” เป็น “ผู้อื่น” ได้อธิบายไว้ว่า “การข่มขืน หมายถึง หญิงยินยอมโดยสมัครใจ ซึ่งไม่มีความหมายยิ่งไปกว่าองค์ประกอบต่อไปประการใดประการหนึ่ง¹⁰คือ...”

(2) ความยินยอมของผู้เสียหายเกี่ยวข้องโดยตรงกับการสละคุณธรรมทางกฎหมายของผู้เสียหายซึ่ง ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนี้มีคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล การที่ผู้เสียหายสละการคุ้มครองโดยรู้ตัว กล่าวคือ ผู้เสียหายรู้ว่าจะเกิดผลอย่างไรแก่ตนในกรณีนั้น ฉะนั้นความยินยอมของผู้เสียหายจึงเกี่ยวข้องกับ “ผลของการกระทำ” มิใช่เกี่ยวข้องกับ “ตัวการกระทำ” แต่ความยินยอมของผู้วิกลจริตย่อมไม่มีผลเป็นความยินยอมรวมถึงความยินยอมของผู้ที่อยู่

¹⁰ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1 (น. 722), โดยจิตติ ดิงสภักดิ์ ก, 2543, กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.

ในอาการมีนเมายอมไม่อาจให้ความยินยอมได้¹¹ และความยินยอมของผู้เสียหายที่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริงและเป็นความยินยอมที่เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจความยินยอมนั้น จะต้องมียุ่ก่อนการกระทำหรืออย่างน้อยขณะกระทำ¹²

(3) ความผิดบางฐาน อาทิเช่น ความผิดต่อร่างกาย ตามมาตรา 295 มาตรา 297 และ มาตรา 290 แม้ผู้ถูกกระทำจะยินยอมโดยบริสุทธิ์ใจ การกระทำก็ครบองค์ประกอบของความผิด แต่ บางกรณีไม่เป็นความผิดหากความยินยอมนั้น “ไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี” เช่น การที่คนไข้ ยินยอมให้แพทย์ผ่าตัดอวัยวะเพื่อรักษาโรค แม้การกระทำของแพทย์จะครบองค์ประกอบความผิด ฐานทำร้ายร่างกาย แต่การกระทำของแพทย์ไม่มีความผิด เพราะความยินยอมของคนไข้เป็นเหตุ ยกเว้นความผิดของแพทย์ ความผิดอาญาบางประเภท หากผู้เสียหายยินยอมให้กระทำโดยบริสุทธิ์ ใจ การกระทำนั้นยอมไม่มีความผิด¹³ ความยินยอมทำให้การกระทำไม่มีความผิด เพราะขาด องค์ประกอบภายนอก เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276¹⁴

(4) ความยินยอมมีทั้งที่อยู่ใน โครงสร้างความผิดอาญาข้อแรกและทั้งที่อยู่ใน โครงสร้างความผิดอาญาข้อสอง ความยินยอมที่อยู่ใน โครงสร้างความผิดอาญาข้อแรก บางฐาน ความผิดกฎหมายจะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เลย แต่เป็นที่เข้าใจในเนื้อหาในความผิดฐานนั้นๆ ว่ามี องค์ประกอบภายนอกของ โครงสร้างความผิดอาญาข้อแรกในเรื่องความยินยอมแฝงอยู่ เช่น ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 เป็นต้น เป็นเรื่องของการสละคุณธรรมทางกฎหมายหรือการที่ ผู้เสียหายให้ความยินยอมเอง¹⁵

(5) ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้อาจเกิดจากตัวหญิงเองก็ได้¹⁶ เช่น หญิงป่วยเป็น อัมพาตเป็นต้น หรือมีร่างกายที่ไม่สามารถแสดงเจตจำนงออกมาได้ เช่น พิการทางด้านกรพูด เป็น ต้น

จากความเห็นของนักวิชาการดังกล่าวมาข้างต้นทั้งหมดนั้นเห็นได้ว่าเป็นการอธิบายถึง ขอบเขตความยินยอมของผู้เสียหายทั้งสิ้น นอกจากบทบัญญัติในมาตรา 276 วรรคสองได้นิยาม

¹¹ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 416). เล่มเดิม.

¹² กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 267). เล่มเดิม.

¹³ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป (น. 430), โดยเกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ก, 2551, กรุงเทพฯ: พลสยามพรีนติ้ง (ประเทศไทย).

¹⁴ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป (น. 435). เล่มเดิม.

¹⁵ จาก ความยินยอมในกฎหมายอาญา (น. 165), โดยกมลชัย รัตนสากววงศ์, 2524, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹⁶ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 334), โดยอัจฉริยา ชูตินันท์, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราไว้ ในมุมมองของนักวิชาการยังพิจารณาความผิดฐานนี้ไปถึงความยินยอมที่แท้จริงของผู้เสียหายด้วยว่าผู้กระทำได้กระทำไปโดยมีความยินยอมของผู้เสียหายหรือไม่ เมื่อความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดต่อส่วนตัว เป็นการที่ผู้เสียหายมีอำนาจสละคุณธรรมทางกฎหมายได้เอง ดังนั้นหากผู้เสียหายยอมสละคุณธรรมทางกฎหมายที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองนี้ผู้กระทำจึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น เพราะกระทำไปโดยมีความยินยอมของผู้เสียหาย ซึ่งความยินยอมในส่วนนี้เองที่ทำให้ขาดองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นแต่ความยินยอมที่ผู้กระทำจะนำมาเป็นข้ออ้างว่าได้กระทำชำเราไปโดยมีความยินยอมของผู้เสียหายนั้น จะต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริงของผู้เสียหายและเป็นความยินยอมจากผู้เสียหายด้วยความบริสุทธิ์ใจ

ความยินยอมเป็นการที่ผู้ให้ความยินยอมอนุญาตให้ผู้กระทำกระทำในสิ่งที่เป็นผลร้ายนั้นได้โดยผู้ให้ความยินยอมจะต้องยอมรับเอาซึ่งผลร้ายที่จะเกิดขึ้นความยินยอมของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการมาพิจารณาการครบองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ดังนั้นหากผู้เสียหายยินยอมยอมไม่เป็นความผิดฐานนี้จึงสามารถสรุปขอบเขตที่เหมาะสมของการให้ความยินยอมได้ดังนี้

ก. ความยินยอมจะต้องเป็นความยินยอมโดยสมัครใจ ยินยอมโดยบริสุทธิ์ใจต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริงและต้องไม่ใช่การจำยอมให้ยอม

ข. ความยินยอมของผู้ให้ความยินยอมเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมายส่วนบุคคลเท่านั้น

ค. ระยะเวลาในการให้ความยินยอมคือ ความคงอยู่ของการความยินยอมนั้น จากระยะเวลาหนึ่งถึงระยะเวลาหนึ่ง ไม่ใช่ตลอดชีวิตหรือตลอดไปการเคยให้ความยินยอมในครั้งหนึ่งก่อนหน้าจะนำมาเป็นความยินยอมกับการกระทำในครั้งหลังไม่ได้ความยินยอมนั้นจะต้องมีอยู่ก่อนการกระทำหรืออย่างน้อยขณะกระทำ

ง. ความสามารถของผู้ให้ความยินยอมคือ บุคคลต้องเป็นคนที่สติสัมปชัญญะ ไม่เป็นคนวิกลจริต ไม่เป็นผู้มีสติพันเพื่อน ผู้ที่มึนเมาสุรา หรือถูกสะกดจิต หรือผู้ป่วยเป็นอัมพาตที่ไม่อาจให้ความยินยอมได้ รวมไปถึงกรณีผู้พิการทางด้านการพูดไม่สามารถพูดหรือได้ยินได้ก็ไม่อาจให้ความยินยอมด้วยวาจาได้

2) ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติขอบเขตของความยินยอมไว้ จึงวิเคราะห์จากแนวคำพิพากษาฎีกาเพื่อหาขอบเขตที่เหมาะสมของการให้ความยินยอม ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปเรื่องความยินยอม

(1) คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ยึดถือเป็นแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย

คำพิพากษาฎีกาที่ 616/2482 วินิจฉัยว่า “ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อสำนึกศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนกระทั่งถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นย่อมเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิด”

ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508¹⁷ วินิจฉัยว่า “หลักทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญา” ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อ “สำนึกในศีลธรรมอันดี” และมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้น เป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้¹⁸

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวนั้น จึงกล่าวได้ว่าศาลฎีกาได้วางหลักเกณฑ์ความยินยอมให้การกระทำที่จะใช้เป็นเหตุยกเว้นความผิดได้จะต้องครบองค์ประกอบอยู่ 4 ประการ คือ

ประการแรก คือ ต้องเป็นการให้ความยินยอมของผู้เสียหาย

ประการที่สอง คือ ต้องเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์ ซึ่งต้องเป็นความยินยอมที่เกิดจากความสมัครใจ โดยเสรีปราศจากอำนาจครอบงำ จริใจและขัดแย้ง

ประการที่สาม คือ ต้องเป็นความยินยอมที่ให้ในขณะที่ให้ในขณะที่กระทำความผิดและความยินยอมนั้นมืออยู่ตลอดเวลาของการกระทำนั้น ซึ่งโดยทั่วไปความยินยอมจะต้องมีอยู่ในขณะกระทำไม่ว่าจะเป็นความยินยอมที่ผู้เสียหายแสดงออกในขณะที่มีการกระทำหรือแสดงออกก่อนการกระทำและยังคงมีผลอยู่มิได้ถอนความยินยอมก่อนการกระทำนั้นสิ้นสุด ดังนั้นการให้ความยินยอมภายหลังการกระทำผิดย่อมไม่ถือว่ามีกรให้ความยินยอมจะนำเอาการให้ความยินยอมภายหลังมาเป็นเหตุยกเว้นความผิดไม่ได้

ประการที่สี่ คือ ความยินยอมต้องไม่ขัดต่อความรู้สึกในศีลธรรมอันดีของประชาชน¹⁹

¹⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 (ประชุมใหญ่ครั้งที่ 17/2508).

¹⁸ จาก *รวมคำบรรยายเนติบัณฑิตภาค 1*, 66, 1 (น. 145), โดยเกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, 2556, กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

¹⁹ จาก *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1* (น. 760-776), โดยจิตติ ดิงศภัทย์ ข, 2529, กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

คำพิพากษาดังกล่าวเป็นการวางหลักเกณฑ์ของความยินยอมในกรณีความยินยอมที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดในบางฐานความผิดเท่านั้น ซึ่งไม่อาจนำหลักเกณฑ์ตามคำพิพากษานี้มาใช้กับความผิดทางอาญาในทุกฐานความผิดได้ เช่น ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 เหตุเพราะความผิดฐานนี้มีความยินยอมของผู้ต้องให้ความยินยอมเกี่ยวพันโดยตรงต่อการพิจารณาการองค์ประกอบของความผิดซึ่งความยินยอมในความผิดฐานนี้อยู่ในโครงสร้างความผิดอาญาข้อแรก เพราะหากมีความยินยอมก็ไม่อาจเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดได้ซึ่งเป็นการวิเคราะห์โครงสร้างความผิดกฎหมายอาญาที่แตกต่างจากความผิดอาญาฐานอื่นๆ ที่ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดกระทำได้ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 คือ กรณีที่ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นจะเห็นได้ว่าการกระทำชำเราดังที่กฎหมายบัญญัติลักษณะของการขัดขืนนั้นต้องเป็นการแสดงให้เห็นว่าผู้ที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราต้องไม่ยินยอมทั้งสิ้น หากการข่มขืนกระทำชำเราเกิดขึ้นโดยมีความยินยอมหรือกรณีที่ผู้ถูกข่มขืนสามารถขัดขืนได้ผู้กระทำความผิดย่อมไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นดังนั้นหากผู้เสียหายไม่ได้ให้ความยินยอม หรือไม่สามารถให้ความยินยอมได้เพราะเหตุต่างๆ ที่อาจมีขึ้นได้ไม่ว่าจะเพราะตัวผู้เสียหายเองหรือผู้กระทำความผิด จึงไม่อาจเรียกได้ว่าผู้เสียหายนั้นยินยอม

(1) คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ได้วินิจฉัยความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

กรณีผู้เสียหายอยู่ในภาวะจำต้องยอม

คำพิพากษาฎีกาที่ 142/2454 หญิงตกอยู่ในอิทธิพลของผู้กระทำผิดกับพรรคพวกที่ลุดเข้าไปในป่าไม่มีทางขัดขืนได้รับความช่วยเหลือจากผู้อื่น หญิงจึงจำต้องยอมให้กระทำเรา ไม่ถือว่าหญิงยินยอม และการที่หญิงใช้เท้าถีบก็แสดงอยู่ในตัวว่าหญิงมิได้ยินยอม

คำพิพากษาฎีกาที่ 2809/2516 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น แม้จำเลยจะไม่ได้พูดหรือมีอาวุธขู่เข็ญผู้เสียหายก็ตาม ถ้าตามพฤติการณ์ผู้เสียหายกลัวจำเลยตกอยู่ในอำนาจบังคับของจำเลย ไม่กล้าขัดขืนอยู่ในภาวะจำต้องยอมแล้ว จำเลยจะอ้างว่าผู้เสียหายยินยอมไม่ได้

กรณีผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 142/2454 หญิงตกอยู่ในอิทธิพลของผู้กระทำผิดกับพรรคพวกที่ลุดเข้าไปในป่าไม่มีทางขัดขืนได้รับความช่วยเหลือจากผู้อื่น หญิงจึงจำต้องยอมให้กระทำเราไม่ถือว่าหญิงยินยอมและการที่หญิงใช้เท้าถีบก็แสดงอยู่ในตัวว่าหญิงมิได้ยินยอม

คำพิพากษาฎีกาที่ 805/2490 ใช้กำลังจับแขนขาของหญิง แล้วกระทำชำเรา เป็นการใช้กำลังประทุษร้าย

คำพิพากษาฎีกาที่ 382/2522 จำเลยกระทำชำเราหญิงขณะหมดสติเพราะดื่มสุรากับจำเลยอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276

คำพิพากษาฎีกาที่ 2759/2532 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้น แม้จำเลยจะไม่ได้พูดหรือมีอาวุธขู่ขู่ผู้เสียหาย ถ้าตามพฤติการณ์ผู้เสียหายกลัวจำเลยตกอยู่ในอำนาจบังคับของจำเลยตกอยู่ในภาวะจำยอมไม่กล้าขัดขืนจะถือว่าผู้เสียหายยินยอมไม่ได้ จำเลยจึงต้องมีความผิด

คำพิพากษาฎีกาที่ 728/2540 จำเลยที่ 2 และผู้เสียหายรู้จักกันมาก่อนจำเลยทั้งสองชวนผู้เสียหายไปรับประทานอาหารด้วยความสนิทสนมคุ้นเคยกันเช่นนี้จึงเป็นธรรมดาที่ผู้เสียหายจะเชื่อถือและไว้วางใจจำเลยที่ 2 ไม่คิดว่าจะถูกจำเลยที่ 2 พาไปข่มขืนกระทำชำเราเมื่อผู้เสียหายนั่งซ้อนท้ายรถจักรยานยนต์ไปจึงยังไม่รู้และไม่ได้อำนาจขอความช่วยเหลือและเมื่อไปถึงบริเวณทุ่งนาที่เปลี่ยวจำเลยที่ 2 ทำร้ายร่างกายโดยตบหน้าผู้เสียหายและพูดขู่ว่าถ้าไม่ยอมให้ร่วมประเวณีก็จะพาเพื่อนอีก 10 คนมาร่วมกันข่มขืนผู้เสียหายจึงเกิดความกลัวไม่กล้าขัดขืนและร้องขอความช่วยเหลือและหากผู้เสียหายยินยอมจริงแล้วก็ไม่มิเหตุผลใดที่ทันทีที่พบบิดาผู้เสียหายผู้เสียหายก็เล่าเรื่องให้บิดาฟังและพาบิดาไปตามหาจำเลยที่ 2 จนพบและแจ้งเจ้าพนักงานตำรวจจับจำเลยที่ 2 จำเลยทั้งสองมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง

คำพิพากษาฎีกาในคดีหมายเลขคำที่ 506/2548 คดีนี้ศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามฟ้องลงโทษจำคุกเป็นเวลา 6 ปี ทางนำสืบของจำเลยเป็นประโยชน์ในการพิจารณาอยู่บ้าง มีเหตุบรรเทาโทษลดโทษให้หนึ่งในสี่ คงจำคุก 4 ปี 6 เดือน จำเลยยื่นอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์พิเคราะห์แล้ว เห็นว่า เมื่อวันที่ 7 มกราคม 2548 กลุ่มผู้เสียหายกับจำเลยไปเลี้ยงฉลองปีใหม่ที่ผับแห่งหนึ่งย่านพญาไท ผู้เสียหายดื่มสุราจนเมามายไม่ได้สติ กระทั่งเวลา 01.00 น. วันที่ 8 มกราคม จำเลยอาสาไปส่งผู้เสียหายโดยพาขึ้นรถแท็กซี่ไปด้วยความไว้วางใจเนื่องจากเป็นเพื่อนร่วมงานกันรู้จักไปมาหาสู่กันได้ราว 3 เดือน ระหว่างเดินทางกลับแฟนหนุ่มของผู้เสียหายพยายามโทรศัพท์สอบถามเป็นระยะแต่ผู้เสียหายไม่สามารถรับโทรศัพท์เองได้ กระทั่งผู้เสียหายรู้สึกตัวอีกครั้งเมื่อนอนอยู่ในโรงแรม่านรูดแห่งหนึ่ง ย่านซอยรางน้ำ เมื่อลืมตาขึ้นพบจำเลยพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ผู้เสียหายพยายามขัดขืนร้องขอ แต่จำเลยไม่หยุดการกระทำหลังจากแยกย้ายกลับบ้าน ผู้เสียหายนำเรื่องไปแจ้งให้แฟนหนุ่มทราบ จึงนำเรื่องเข้าแจ้งความร้องทุกข์ที่ สน.พญาไท พร้อมส่งตัวไปตรวจร่องรอยข่มขืน ทั้งนี้ ตามที่จำเลยขอให้ลงโทษสถานเบาอ้างว่า เป็นการสมยอมนั้น ศาลอุทธรณ์เห็นว่า เมื่อพิเคราะห์ตามพฤติการณ์แห่งคดีแล้ว ที่จำเลยอาศัยความมีนเมาของผู้เสียหาย ประกอบกับความไว้นื้อเชื่อใจ จำเลยปรารถนาพร้อมประเวณีเพื่อ

ความสุขของจำเลยเอง อันเป็นความคิดและการกระทำที่เห็นแก่ตัว เห็นแก่ได้ฝ่ายเดียว มิได้คำนึงถึงจิตใจของผู้เสียหาย จึงเป็นความคิดที่เป็นอันตรายต่อสังคมอย่างยิ่ง ที่ศาลชั้นต้นพิพากษามานั้นชอบแล้วศาลอุทธรณ์พิพากษายืน จำเลยฎีกา

ศาลฎีกาตรวจสำนวนแล้ว เห็นว่า ฎีกาของจำเลยที่ว่าผู้เสียหายยินยอมให้ร่วมประเวณีขอให้ลงโทษสถานเบา นั้น เห็นว่า เป็นฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริงที่ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยไว้ชอบแล้ว ไม่มีเหตุเปลี่ยนแปลงผลฎีกาของจำเลยไม่เป็นสาระอันควรแก่การพิจารณา ศาลฎีกาไม่รับคดีไว้พิจารณาพิพากษา จึงมีคำสั่งให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ ลงโทษตามที่ศาลอุทธรณ์พิพากษาให้จำคุกเป็นเวลา 4 ปี 6 เดือน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7008/2554 ผู้เสียหายเบิกความเป็นพยานว่า ขณะจำเลยกระทำชำเราผู้เสียหาย ผู้เสียหายไม่ได้ขัดขืนเพราะเห็นว่าจำเลยเป็นบิดา แต่ให้การตามบันทึกคำให้การต่อหน้าบุคคลที่ผู้เสียหายร้องขอ พนักงานอัยการ และนักสังคมสงเคราะห์ว่า ขณะจำเลยกระทำชำเราผู้เสียหาย ผู้เสียหายได้ร้องขอไม่ให้จำเลยทำ จำเลยไม่ฟังและผู้เสียหายก็มีร่างกายไม่สมประกอบ ไม่มีแรงที่จะขัดขืน ผู้เสียหายเป็นบุตรจำเลยและเบิกความตอบทนายจำเลยถามค้านว่า ผู้เสียหายยังรักจำเลยและไม่ประสงค์จะเอาเรื่องจำเลย เชื่อว่าผู้เสียหายเบิกความในชั้นพิจารณาเพื่อช่วยเหลือจำเลย คำให้การชั้นสอบสวนของผู้เสียหายจึงน่าเชื่อว่าคำเบิกความ แม้คำให้การในชั้นสอบสวนจะเป็นพยานบอกเล่าแต่เมื่อพิจารณาตามสภาพ ลักษณะ แหล่งที่มาและข้อเท็จจริงแวดล้อมของพยานบอกเล่า น่าเชื่อว่า จะพิสูจน์ความจริงได้ ประกอบเป็นเรื่องผิดปกติกับเป็นวิสัยที่บุตรจะยินยอมให้บิดากระทำชำเรา คำให้การชั้นสอบสวนของผู้เสียหายจึงมีเหตุผลหนักแน่นรับฟังได้

จากคำพิพากษาของศาลฎีกาดังที่กล่าวมาข้างต้นนั้น พอสรุปได้ว่า ในการพิจารณาว่ากรณีใดเป็นกรณีที่ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้นั้น ศาลได้พิเคราะห์ในเรื่องพฤติการณ์แวดล้อมและเหตุแห่งผู้เสียหายเองว่าขัดขืนได้หรือไม่ จากพฤติการณ์ตามแนวคำพิพากษาที่ปรากฏเป็นกรณีผู้เสียหายขัดขืนไม่ได้ เพราะอยู่ในภาวะที่ผู้เสียหายกลัวที่จะขัดขืน เพราะเกรงว่าจะเกิดอันตราย อาทิเช่น อยู่ในป่า อยู่ในที่ลับตาผู้คน²⁰ ผู้เสียหายถูกจับแขนจับขาคืนรนไม่ได้²¹ ถูกกระทำชำเราขณะที่ผู้เสียหายหมดสติเพราะดื่มสุรา²² ผู้เสียหายกลัวจำเลยตกอยู่ในอำนาจบังคับของจำเลย²³ ถูกจำเลยทำร้ายร่างกายโดยตบหน้าผู้เสียหายและพูดขู่ว่าถ้าไม่ยอมให้ร่วม

²⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 142/2454

²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 805/2490

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 382/2522

²³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2759/2532

ประเวณีก็จะพาเพื่อนอีก 10 คนมาร่วมกันข่มขืนผู้เสียหายจึงเกิดความกลัว²⁴ ผู้เสียหายตีมสรุจจนเมามายไม่ได้สติ เมื่อลืมตาขึ้นพบจำเลยพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ผู้เสียหายพยายามขัดขืนร้องขอแต่จำเลยไม่หยุดการกระทำ²⁵ ขณะจำเลยกระทำชำเราผู้เสียหาย ผู้เสียหายได้ร้องขอไม่ให้จำเลยทำจำเลยไม่ฟังและผู้เสียหายก็มีร่างกายไม่สมประกอบไม่มีแรงที่จะขัดขืน²⁶ เป็นต้น จากกรณีดังกล่าวปรากฏในคำพิพากษาหากผู้เสียหายขัดขืนอาจเกิดอันตรายกับชีวิต จึงยอมจำนนให้ผู้กระทำกระทำชำเราทั้งสิ้น ความจำยอมในลักษณะดังที่กล่าวมาตามพฤติการณ์ตามคำพิพากษา เห็นได้ชัดว่าศาลฎีกาพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมที่จำเลยกระทำต่อผู้เสียหายที่ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้เนื่องจากกลัวหรือไม่มีแรงขัดขืนจึงต้องจำยอมศาลจึงถือว่าไม่เป็นความยินยอมที่แท้จริงของผู้เสียหายได้ นอกจากนี้เห็นได้ชัดว่า ความยินยอมของผู้ที่หมดสติเพราะฤทธิ์ของยากล่อมประสาทหรืออยู่ในอาการมึนเมา ผู้เสียหายยอมไม่อยู่ในภาวะที่ให้ความยินยอมได้ เพราะไม่มีสติและไม่ทราบถึงอันตราย หรือไม่สามารถรับรู้ถึงสิ่งที่ตนจะเข้าเสี่ยงภัยนั้น การที่ผู้กระทำอาศัยจังหวะดังกล่าวจึงไม่อาจถือว่ากระทำไปโดยมีความยินยอมของผู้เสียหายได้

กรณีที่ผู้เสียหายขัดขืนไม่ได้นี้อาจรวมไปถึงกรณีที่ผู้เสียหายมีร่างกายที่ไม่สามารถขัดขืนได้ด้วย ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้เสียหายมีร่างกายที่ไม่สมประกอบ ศาลได้พิเคราะห์ถึงสิ่งทีนอกเหนือจากการกระทำของผู้กระทำผิดที่เป็นบิดาและผู้เสียหายเกรงกลัวในอำนาจของการเป็นบิดา แต่สิ่งทีนอกเหนือจากการกระทำของผู้กระทำผิดนั้น ผู้เขียนเห็นว่าศาลได้พิเคราะห์ถึงความสามารถของผู้เสียหายไปด้วย ในกรณีที่ผู้เสียหายมีร่างกายที่ไม่สมประกอบจึงอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถขัดขืนการกระทำของผู้กระทำได้จึงต้องยอมจำนนให้ผู้กระทำกระทำชำเราซึ่งสภาพร่างกายของผู้ให้ความยินยอมที่ไม่เอื้อต่อการขัดขืนไม่สามารถป้องกันตัวได้ด้วยกำลัง มีเพียงหนทางเดียว คือ การร้องขอด้วยวาจาว่าไม่ให้ยินยอมให้กระทำเมื่อพิเคราะห์จากลักษณะทางกายภาพของผู้เสียหายก็เพียงพอที่จะเรียกได้ว่าไม่ยินยอมแล้ว

หากพิจารณาถึงกรณีที่ศาลฎีกามีคำพิพากษาถึงกรณีของความยินยอมของผู้เสียหายไม่ใช่กรณีหลอกลวง ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 828/2486 พิพากษาว่า “ผู้เสียหาย อายุ 14 ปี ขอใบสุทธิจากจำเลยซึ่งเป็นครู จำเลยหลอกว่าต้องตรวจร่างกายก่อน แล้วครูช่วยกามารมณ์ของเด็ก โดยเด็กรู้อยู่เช่นนั้นจนถึงขนาดแล้วจำเลยจึงกระทำชำเรา ดังนี้ไม่เป็นการกระทำชำเรา ดังนี้เป็นการยินยอมไม่ใช่หลอกลวงข่มขืน ไม่เป็นความผิดฐานนี้” จากคำพิพากษาดังกล่าวเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติอายุของหญิงในการร่วมประเวณีได้คืออายุขั้นต่ำ 13 ปีตามคำพิพากษาของศาลฎีกาข้างต้นศาลได้

²⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 728/2540

²⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาในคดีหมายเลขคำที่ 506/2548

²⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7008/2554

วิเคราะห์ถึงความสามารถในการรับรู้เรื่องความสัมพันธ์ทางเพศ แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าครูได้ย้ำกามารมณ์เด็กก็ตาม แต่เด็กก็รู้ถึงจุดมุ่งหมายของครูว่าการยั่วนั้นเพื่อให้เด็กมีอารมณ์ร่วมตามและเด็กมีอารมณ์ร่วมตามโดยเด็กนั้นรู้อยู่ตลอด โดยหากพิจารณาแล้วพบว่า การที่ศาลตัดสินว่าการที่เด็กยินยอมนั้น ไม่ใช่การหลอกลวงข่มขืนก็เป็นที่ยืนยันอยู่แล้วว่า ความยินยอมของผู้ที่ต้องให้ความยินยอมโดยไม่ได้มาจากการล่อลวงเพราะผู้ที่ต้องให้ความยินยอมนั้นรู้ถึงสาระของการที่ต้องให้ความยินยอมนั้นจึงยินยอม การกระทำของผู้กระทำจึงไม่อาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นได้

4.2.2 วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมายเพื่อหาขอบเขตที่เหมาะสมของการบอกถอนความยินยอม

เนื่องจากการบอกถอนความยินยอมในการร่วมประเวณีนี้เป็นเรื่องใหม่ของประเทศไทย โดยมีนักวิชาการที่ให้ความเห็นไว้เพียงท่านเดียวเท่านั้น ซึ่งนักวิชาการของไทย²⁷ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า “หากผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมขณะเริ่มกระทำชำเรา แต่เปลี่ยนเป็นปฏิเสธให้ความยินยอมหลังการกระทำชำเราจนกระทั่งการกระทำชำเราจบสิ้นลง” ประเด็นที่ว่าในกรณีที่การกระทำชำเราเริ่มต้นขึ้นด้วยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย แต่ขณะที่การกระทำชำเรากำลังดำเนินไปภายใต้ความยินยอมร่วมกันนั้น เกิดมีฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่จะกระทำชำเรากันต่อไป ไม่ว่าจะเกิดเพราะเกิดความเจ็บปวด หรือทราบข้อเท็จจริงบางประการเพิ่มเติมกะทันหัน เช่น ทราบว่าอีกฝ่ายเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ร้ายแรง มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนในทางเพศ นิยมความรุนแรง หรือไม่ว่าโดยเหตุผลใด ๆ ก็ตาม แต่เมื่อปฏิเสธไม่ให้มีการกระทำชำเราต่อไปแล้ว อีกฝ่ายหนึ่งกลับไม่ยอมหยุดการกระทำชำเราในทันที ถือว่าเป็นการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของอีกฝ่าย

ความเห็นนักวิชาการ“ความยินยอมในการกระทำชำเรานั้นจำเป็นต้องมีตลอดเวลาที่การกระทำชำเราเริ่มขึ้นและดำเนินไปจนจบ หากฝ่ายที่ไม่ได้ถอนความยินยอม ไม่ยอมหยุดการกระทำฝ่ายนั้นย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและถ้าหากฝ่ายหนึ่งถอนและยุติความยินยอม อีกฝ่ายหนึ่งจะต้องหยุดการกระทำทันที”

หากจะพิจารณาตามความเห็นของนักวิชาการ²⁸ ซึ่งเห็นว่า “ถ้าหากฝ่ายหนึ่งถอนและยุติความยินยอม อีกฝ่ายหนึ่งจะต้องหยุดการกระทำทันทีหากฝ่ายที่ไม่ได้ถอนความยินยอม ไม่ยอมหยุดการกระทำฝ่ายนั้นย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา”

จากความเห็นของนักวิชาการที่กล่าวมาข้างต้นจึงอาจกล่าวสรุปได้ว่า หากมีการถอนและยุติความยินยอม อีกฝ่ายหนึ่งต้องหยุดทันทีที่ได้รับคำบอกถอนนั้น หากไม่หยุดทันทีและยัง

²⁷ จาก “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหลังการกระทำชำเราด้วยความยินยอม”, โดยรณกรณ์ บุญมี, 2553, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 39 (4), 769-787.

²⁸ แหล่งเดิม.

กระทำชำเราต่อไปไม่ว่าจะนานเพียงใดก็ตามการกระทำภายหลังการบอกถอนนั้นย่อมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น กรณีดังที่ได้กล่าวมานั้นนักวิชาการได้ให้ความเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญาของไทยมีการรับรองหลักการที่จะยอมให้มีการอ้างความยินยอมมาปฏิเสธความรับผิดชอบทางอาญาเพราะขาดองค์ประกอบความผิด เฉพาะขณะที่ผู้ถูกระทำยังให้ความยินยอมอยู่เท่านั้น แต่หากเกิดกรณีที่ผู้ถูกระทำให้ความยินยอมขณะเริ่มกระทำชำเรา แต่มีการเปลี่ยนเจตนายินยอมนั้นขณะมีการร่วมประเวณีการถอนความยินยอมจะต้องเป็นการถอนโดยชัดแจ้งให้อีกฝ่ายที่กำลังชำเราทราบถึงสาระที่ต้องการถอนความยินยอมนั้นทันทีการถอนความยินยอมจะมีผลทำให้ความยินยอมที่มีอยู่ก่อนหน้าสิ้นผลลงทันที และผู้ที่กำลังกระทำการอันล่วงประเวณีนั้นจะต้องยุติการกระทำทันทีโดยไม่มีข้ออ้างที่ชอบด้วยกฎหมายอีกต่อไป

กรณีการบอกถอนความยินยอมภายหลังการร่วมประเวณีนี้อาจเกิดขึ้นในชีวิตจริงของสังคมไทยอยู่แต่เพียงอาจไม่เป็นคดีความเท่านั้น แต่ในบางกรณีก็ปรากฏเป็นข่าวเช่นกรณีสามีมีความต้องการทางเพศสูง หรือดื่มสุราจนเมาและต้องการมีเพศสัมพันธ์ทั้งที่ฝ่ายภรรยาไม่ยินยอมหรือไม่พร้อมร่วมประเวณี จนถึงขั้นที่ภรรยาทนไม่ได้ต้องทำร้ายสามีจนสามีถึงแก่ความตาย ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นเหตุที่ผู้เสียหายทนไม่ได้้ออันต้นใจเพราะมีปัญหาเช่นนี้มานาน ทั้งประชาชนส่วนใหญ่อาจไม่เข้าใจและทราบถึงสิทธิของการไม่ยินยอมหรือการปฏิเสธในการร่วมหลับนอนระหว่างสามีภรรยา แม้ว่าประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ได้บัญญัติแก้ไขว่าการข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนั้น แม้คำว่า “ผู้อื่น” จะรวมถึงสามีหรือภรรยาของผู้กระทำด้วยก็ตาม แต่เรื่องการบอกถอนความยินยอมในระหว่างร่วมประเวณีนี้ก็ป็นสิทธิที่มนุษย์ทุกคนย่อมกระทำได้ตามหลักสิทธิมนุษยชนและสอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบัน ดังนั้นกฎหมายควรมีบทบัญญัติที่ชัดเจนไว้เป็นแนวทางในการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ในลักษณะนี้ด้วย

4.3 เปรียบเทียบขอบเขตความยินยอม ภาวะพิสูจน์ และการถอนความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ ซึ่งจะนำมาเฉพาะจุดเด่นของระบบกฎหมายของประเทศนั้นๆ เท่านั้น มาเปรียบเทียบกับของไทย

4.3.1 เปรียบเทียบบทนิยามความยินยอมตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้มีการบัญญัติบทนิยามความหมายคำว่า “ความยินยอม” เอาไว้ การใช้หลักความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 จะใช้ตามหลักการจากคำพิพากษาฎีกาและวิเคราะห์ตามองค์ประกอบภายนอกเท่านั้น

เนื่องจากกฎหมายไทยไม่มีบทนิยามความหมายให้ความหมายไว้ในประมวลกฎหมายอาญา จึงเห็นเป็นข้อแตกต่างจากกฎหมายของต่างประเทศ ที่ได้มีบทบัญญัติ ความหมายของ “ความยินยอม” ไว้ชัดเจน เช่น

1) เปรียบเทียบตามกฎหมายไทยและกฎหมายอังกฤษ

กฎหมายอาญาของอังกฤษมีบทนิยามของการข่มขืนในพระราชบัญญัติความผิดทางเพศ Sexual Offences Act 2003 มาตรา 1 เช่นเดียวกับบทนิยามการข่มขืนกระทำชำเราของประมวลกฎหมายอาญาไทยในมาตรา 276

พระราชบัญญัติพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำผิดทางเพศ Sexual Offences Act 2003 ของประเทศอังกฤษ ได้บัญญัติถึงความยินยอมของผู้ถูกระทำเอาไว้โดยชัดเจนและแตกต่างออกไป อยู่ในมาตรา 74²⁹ ได้บัญญัติไว้ทำนองว่า “เพื่อวัตถุประสงค์แห่งหมวดนี้ ความยินยอมของบุคคล ถ้าเขาตกลงให้ความยินยอมโดยมีตัวเลือก และมีความเป็นอิสระและความสามารถที่จะตัดสินใจให้ความยินยอม” และบทนิยามมิได้อยู่ในเพียงมาตรา 74 เท่านั้น แต่รวมมาตรา 75 และ 76 คือบทบัญญัติอธิบายบทนิยามด้วยไปด้วย เช่น บทนิยามมาตรา 74 ไม่ได้บัญญัติว่าชำเราหญิงพิการอาจเป็นการข่มขืน แต่มาตรา 75 (2)(e) ผู้กระทำได้กระทำชำเราโดยอาศัยเหตุเพราะผู้อื่นมีร่างกายทุพพลภาพ หรือเพราะความไม่สามารถสื่อสารให้ความยินยอมให้เข้าใจในขณะนั้นแก่ผู้กระทำได้ ในขณะที่กระทำ กฎหมายให้สันนิษฐานว่าไม่มีความยินยอมของหญิงเว้นแต่ฝ่ายผู้กระทำจะพิสูจน์ว่ามีความยินยอม ดังนี้ มาตรา 75 แสดงให้เห็นว่าอะไรคือการขาดความยินยอม เพราะข้อเท็จจริงตามมาตรานี้ชี้ให้เห็นถึงสภาพของเหยื่อที่ไม่อาจให้ความยินยอมได้โดยอิสระนั่นเอง จึงตกเป็นเหยื่อ

²⁹ Sexual Offences Act 2003 Section 74 “For the purposes of this Part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice.”

ทางเพศได้ง่าย³⁰ด้วยการบัญญัติเช่นนี้ทำให้ “ความยินยอม” (Consent) ทางเพศที่อยู่ภายใต้อิทธิพลของบุคคลอื่นโดยไม่เป็นอิสระ และที่ไม่มีความสามารถรับรู้ตัดสินใจ ไม่เป็นความยินยอมทั้งสิ้น แต่ประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่มีบทนิยามดังกล่าวและไม่มีบทบัญญัติอธิบายบทนิยามด้วย

2) เปรียบเทียบตามกฎหมายไทยและกฎหมายสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่มีบทนิยาม “ความยินยอม” ไว้เหมือนกับของประเทศไทย ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้คำพิพากษาวางบรรทัดฐานแทน เช่น หากความยินยอมของหญิงนั้นเกิดจากการที่ชายใช้กำลังบังคับหรือขู่ข่มขู่หรือหลอกลวงหญิงจนหญิงไม่สามารถขัดขืนได้หรือหลงเชื่อตามที่ถูกล่อลวง หรือชายได้ปลอมหรือแสดงตนว่าเป็นสามีของหญิงจนหญิงนั้นหลงเชื่อว่าเป็นสามี หรือหญิงเป็นผู้บกพร่องในการแสดงเจตนา หรือฉวยโอกาสขณะที่หญิงกำลังหลับ หรือทำให้หญิงเกิดอาการมึนเมาแล้วถือโอกาสเช่นนี้มีเพศสัมพันธ์กับหญิง หรือโดยหญิงถูกพาไปยังกะโลแห่งหนึ่งโดยไม่สมัครใจโดยทั้งที่ไม่รู้ว่าอยู่ที่ไหนห่างไกลจากที่อยู่อาศัยมากและเป็นเวลากลางคืน เมื่อพยายามหนีแต่ฝ่ายชายไปตาม หญิงได้ปฏิเสธการร่วมประเวณีในตอนแรก และฝ่ายชายขู่ว่าจะไม่ไปส่งที่บ้านถ้าหากไม่ยอมมีเพศสัมพันธ์ จนฝ่ายหญิงยินยอมอดกางเกงของตัวเองออกเอง และนอนลงยอมให้ฝ่ายชายกระทำ เมื่อภายหลังจากนั้นไม่นานฝ่ายหญิงขอให้หยุดกระทำ ลูกขุนตัดสินให้ฝ่ายชายมีความผิดเพราะถือว่าหญิงนั้น “จำยอม” ซึ่งเป็นคดีระหว่าง Regina v Olugboja (1982) กรณีเหล่านี้ล้วนแล้วแต่ปราศจากความยินยอมของหญิงทั้งสิ้น ถือว่าเป็นความผิดฐานข่มขืน ในขณะที่เดียวกันศาลอเมริกันบางท้องที่ก็มีปัญหาเกี่ยวกับคำว่า “กำลัง” (Force) และคำว่า “ความยินยอม” (Consent) ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Forcible Rape) เพราะบางแห่งศาลได้ตัดสินว่า การจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงต้องขัดขืนถึงที่สุด (Resist Of The Utmost) คดีต่อๆ มาในภายหลังศาลตัดสินว่าระดับของการขัดขืนไม่ถือเป็นเรื่องเด็ดขาด ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมของเหตุการณ์ อย่างไรก็ตามศาลก็ยังเห็นว่าการขัดขืนจะต้องเป็นอะไรที่มากกว่าการตอบปฏิเสธด้วยวาจา (Negative Verbal Response) โดยรวมแล้วบทนิยามการข่มขืนกระทำชำเราไม่ได้มีความแตกต่างในสาระสำคัญกับของประมวลกฎหมายอาญาไทยในมาตรา 276 เลย เพียงแต่ไม่ได้กำหนดบทนิยาม ความยินยอม ไว้ในกฎหมาย

ขอบเขตและคำวินิจฉัยคดีของศาลสูงในสหรัฐอเมริกาไปไกลกว่าศาลไทย มีการอธิบายและพิเคราะห์ที่ละเอียด การอธิบายบทนิยามความหมายต่าง ๆ ที่ศาลในคดีต่อมาในเรื่องเดียวกันสามารถนำมาเป็นแนววินิจฉัยได้อย่างสมบูรณ์ ทั้งนี้ก็เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้เสียหายและ

³⁰ From “Rape Without Consent”, by Tadros, V., 2006, *Oxford Journal of Legal Studies*, 26 (3), 525-526.

จำเลยในคดีมากที่สุด ดังเช่นในคดี Babe ที่ศาลได้วินิจฉัยเรื่องการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหายไว้อย่างชัดเจนถึงความเหมาะสมของระยะเวลาที่จะถือได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการบอกถอนความยินยอมแล้วเวลานานเท่าไรที่การล่วงประเวณีควรยุติลง ซึ่งศาลก็ไม่ได้วินิจฉัยจะตัดสินว่าต้องยุติทันทีที่มีการบอกถอนความยินยอม แต่ศาลก็ได้มีข้อสรุปออกมาว่าควรหยุดภายในเวลาเท่าใด ด้วยข้อต่อสู้ของจำเลยในคดีและข้อต่อสู้ของผู้เสียหายจึงได้ข้อยุติ ซึ่งนั่นถือเป็นแนวทางของการวินิจฉัยของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ซึ่งถือคำพิพากษาศาลสูงเป็นแนวทางในการพิจารณาคดีเปรียบได้ว่าคำพิพากษาศาลสูงเป็นกฎหมายที่สามารถยึดถือพิจารณาได้ดังเช่นประมวลกฎหมาย

การพิจารณาคดีในชั้นศาลของไทยเรานั้น ไม่ได้มีการอธิบายเรื่องของความหมายหรือกล่าวและอธิบายโดยละเอียดในเรื่องที่เป็นประเด็นสำคัญมากนัก เช่น คำว่า “ความยินยอม” และ คำว่า “การบอกถอนความยินยอม” อาจเนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายหรือระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ดังนั้นการจะบังคับใช้กฎหมายหรือการจะอธิบายความหมายอันเกี่ยวกับฐานความผิดใดๆ ก็ต้องมีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายที่แจ้งชัดเช่นกัน ในเรื่องความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมนั้นเมื่อไม่ได้บัญญัติเอาไว้ในประมวลกฎหมายอาญาอย่างชัดเจน จึงเป็นปัญหาในทางปฏิบัติที่ศาลจะต้องตีความและวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดี ดังนั้นอาจเกิดความไม่แน่นอนได้ทุกเมื่อเพราะไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจน อธิบายไว้ถึงความหมายที่แน่นอนและเป็นแนวทางที่ชัดเจน แต่เมื่อเปรียบเทียบกับความผิดอาญาฐานอื่นที่ไม่ใช่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในส่วนของบทนิยามศัพท์ก็มีการบัญญัติอธิบายไว้ เช่น คำว่า “ทุจริต” หากพิจารณาถึงประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ก็มีบทบัญญัติอธิบายไว้เพียงส่วนของคำว่า “การกระทำชำเรา” ในวรรค 2 เท่านั้น หากได้บัญญัติถึงความหมายของคำว่า “ความยินยอม” และ “การบอกถอนความยินยอม” ไม่

3) เปรียบเทียบตามกฎหมายไทยและกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ไม่มีบทนิยามความหมาย ความยินยอมในความผิดเกี่ยวกับเพศไว้และบทบัญญัติในมาตรา 177 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันก็มีเนื้อหาไม่แตกต่างกันกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ของไทย แต่ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมีบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้ที่อยู่ในภาวะที่ไม่อาจช่วยเหลือตนเองได้ ในมาตรา 179 ได้แก่ ผู้ที่เจ็บป่วยทางจิตหรือความพิการรวมทั้งการติดยาเสพติดหรือเพราะความผิดปกติเกี่ยวกับความรู้สึกทางจิตประสาท รวมถึงผู้ที่ไร้ความสามารถทางด้านร่างกาย ในที่นี้อาจหมายถึงผู้ป่วยอัมพาตก็ได้ ซึ่งกฎหมายเยอรมนีเกี่ยวพันกับหลักคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งเป็นสิ่งที่แยกออกจากกันไม่ได้ ซึ่งนัก

กฎหมายอาญาของไทยหลายท่านก็ได้อธิบายเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายนี้เมื่อวิเคราะห์กับ บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทย ไม่ปรากฏว่ากฎหมายไทยมีบทบัญญัติที่ชัดเจนไปถึง ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้ป่วยทางจิต ผู้พิการ ผู้ที่ติดยาเสพติด หรือผู้ที่ไร้ความสามารถ ทางด้านร่างกาย มีแต่เพียงคำพิพากษาของศาลฎีกาเท่านั้นที่มีคำพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิด ในลักษณะดังกล่าว โดยศาลไทยอาศัยการตีความตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 เท่านั้น ซึ่งเป็นการกระทำที่ผู้กระทำอาศัยเหตุที่ผู้เสียหายไม่สามารถปกป้องตนเองได้จากการ ข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วการกระทำความผิดในลักษณะนี้ ควรมีบทบัญญัติของ กฎหมายที่ลงโทษผู้กระทำความผิดให้ได้รับโทษที่หนักขึ้นกว่าการข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นที่เป็น คนปกติทั่วไป

ประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนีมีอิทธิพลต่อในการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญา ประมวลกฎหมายอาญาของไทยเป็นอย่างมาก แต่กฎหมายอาญาเยอรมนีได้พัฒนาและล้ำหน้าไป อย่างรวดเร็วตามยุคสมัยและปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน โดยเฉพาะการมุ่งคุ้มครองสิทธิของ ประชาชนภายในรัฐทุกเพศอย่างเท่าเทียม รวมไปถึงมีการบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้ ที่มีร่างกายหรือจิตใจที่บกพร่องไว้ด้วย ดังเช่นในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นประมวล กฎหมายอาญาเยอรมนีก็บัญญัติคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้ที่มีร่างกายและจิตใจไม่ปกติไว้อย่าง ชัดเจน

การพิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นของไทยนั้น มีหัวใจของการวินิจฉัย ความผิดฐานนี้อยู่ที่ “ความยินยอม” ของผู้เสียหายเป็นสำคัญ แต่ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้ บัญญัติขอบเขตของการให้ความยินยอมของผู้เสียหายเอาไว้อย่างชัดเจน ดังนั้นจึงมีปัญหาคือ ขอบเขตที่เหมาะสมของความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนั้นมีขอบเขตการให้ความยินยอมถึงเพียงใด ในประเทศที่ใช้ระบบประมวล กฎหมายนั้นความชัดเจนในบทบัญญัติกฎหมายเป็นสิ่งที่สำคัญ เพราะประมวลกฎหมายอาญาเป็น เครื่องมือที่สำคัญอย่างหนึ่งในการผดุงความยุติธรรมในการดำเนินคดีอาญาและการจะลงโทษตัว บุคคลในรัฐจะต้องมีความชัดเจนทางกฎหมาย (ภาวะวิสัย) มีเหตุผลที่สามารถอ้างและอธิบายได้ เสมอโดยต้องปราศจากข้อข้องใจสงสัย

4.3.2 เปรียบเทียบภาระพิสูจน์ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

ประเทศสหรัฐอเมริกาและเยอรมนีไม่ได้กำหนดข้อสันนิษฐานในเรื่องความยินยอมไว้ เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย

ประเทศอังกฤษได้บัญญัติข้อสันนิษฐานที่อาจหักล้างได้ (rebuttable presumption) ในเรื่องความยินยอมในบทบัญญัติมาตรา 75 พุทธการณั้แวดล่อมใจให้ถือว่าผู้อื่นหรือผู้เสียหายไม่ได้ให้ความยินยอม เช่น ใช้ความรุนแรงจัดขึ้นใจผู้อื่น หรือก่อให้ผู้อื่นเกิดความกลัวว่าในทันทีทันใดจะเกิดอันตรายแก่ผู้เสียหาย ผู้เสียหายหลับอยู่หรือไม่ได้สติในขณะกระทำผิดนั้นและข้อสันนิษฐานที่ไม่อาจหักล้างได้ (irrebuttable presumption) ในบทบัญญัติมาตรา 76 การหลอกลวงผู้เสียหายหรือการปลอมตัวเป็นบุคคลที่ผู้เสียหายคุ้นเคย จะถูกสันนิษฐานไว้ก่อนอย่างแน่ชัดว่าไม่มีความยินยอม จึงเห็นว่า มาตรา 75 และ 76 ได้ขยายนิยามมาจากมาตรา 74 ซึ่งผลของการบัญญัติเช่นนี้ ฝ่ายโจทก์มีหน้าที่นำสืบก่อนแต่เพียงแก่พิสูจน์หลักฐานตามอนุมาตรา 75 (2) โดยเพียงแสดงให้เห็นว่าจำเลยได้กระทำการที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายนี้และอยู่ในพุทธิการณั้แวดล่อมใจที่บัญญัติไว้ 75(2) และจำเลยรู้ถึงสถานการณ์เช่นนี้ ถ้าโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ถึงเพียงนี้ ภาระการพิสูจน์จะตกอยู่แก่จำเลย³¹ ทำให้จำเลยต้องพิสูจน์โดยนำพยานหลักฐานมาหักล้างว่าจำเลยเชื่อว่าความยินยอมมีอยู่จริงและเชื่อไปโดยสุจริต อย่างไรก็ตาม หากฝ่ายโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ให้หนักแน่นเหนือข้อสงสัย (beyond reasonable doubt) ในองค์ประกอบของการกระทำที่กฎหมายต้องการทั้งหมด และถึงแม้จำเลยไม่รู้ว่าจะเอาประเด็นอะไรมาสืบแก้ จำเลยยังเป็นผู้บริสุทธิ์อยู่³²

กฎหมายไทยตามหลักประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้บัญญัติเรื่องภาระการพิสูจน์เอาไว้โดยเฉพาะ จึงต้องอาศัยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 มาใช้บังคับเท่าที่จะใช้บังคับได้ กล่าวคือต้องใช้หลัก “คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำคู่ความของตนให้คู่ความฝ่ายนั้นมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น” เมื่อในคดีอาญา โจทก์เป็นฝ่ายกล่าวอ้างว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดอาญา โจทก์จึงต้องมีภาระการพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดอาญาตามที่ตนได้กล่าวอ้าง และในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศ โจทก์ต้องเป็นฝ่ายนำสืบและสืบให้สมปราสาจากข้อสงสัย ซึ่งเป็นภาระของผู้เสียหายมาก เช่น การจะพิสูจน์ได้ขนาดไหนว่าโจทก์มีความสามารถระดับใดขณะให้ความยินยอม และอาจนำไปสู่การยกประโยชน์แห่งข้อสงสัยแก่จำเลย อย่างไรก็ตามกรณีที่โจทก์เสียเปรียบรวมถึงการเพิ่มข้อสันนิษฐานเพื่อผลักภาระไปยังจำเลย

³¹ From “The Concept of Consent under the Sexual Offences Act 2003”, by Elvin, J., 2008, *Journal of Criminal Law*, 72 (6), 530.

³² From “Rape Without Consent”, by Tadros, V., 2006, *Oxford Journal of Legal Studies*, 26 (3), 531.

ซึ่งเป็นการช่วยเหลือเหยื่อผู้เสียหายเพื่อความสะดวกในกระบวนการยุติธรรม และเลี่ยงความเสี่ยงที่ผลของคดีที่ทนายจำเลยจะใช้กลวิธีด้วย

4.3.3 เปรียบเทียบการบอกถอนความยินยอมตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

ประเทศอังกฤษและเยอรมนียังไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองการบอกถอนความยินยอมอย่างชัดเจนแต่ประเทศอังกฤษมีบทนิยามมาตรา 79 (2) อีกทั้งนักวิชาการส่วนใหญ่ยอมรับในทางตำราด้านแนวคิดและคำพิพากษาคดี RvKaitamaki [1985] AC 147 ของประเทศนิวซีแลนด์มาปรับใช้ โดยคดีที่ทำเลยถูกตัดสินความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จำเลยต่อสู้ว่า โจทก์ได้ให้ความยินยอมแล้ว หรือ เขาเชื่อโดยสุจริตว่าโจทก์ยินยอม แต่ระหว่างร่วมประเวณี จำเลยได้ทราบภายหลังว่าโจทก์ไม่ยินยอม แต่จำเลยก็ไม่หยุดกระทำ ศาลได้วางหลักการล่งล้ำเข้าออกเป็นการกระทำนับเป็นครั้งแรก คือไม่ใช่การนับเป็นช่วงเวลา ถ้าจำเลยได้กระทำต่อไปด้วยการร่วมประเวณีโดยรู้ว่าโจทก์ไม่ยินยอม จำเลยมีความผิดฐานข่มขืนทันทีและมีคดี R v Cooper and Schaub [1994] Crim LR 531 (CA) ก็ได้วางหลักตามเช่นกัน จนกระทั่งพระราชบัญญัติเกี่ยวกับเพศ Sexual Offences Act 2003 มาตรา 79 (2) บัญญัตินิยามคำว่า “...Penetration is a continuing act from entry to withdrawal” หรืออาจแปลเป็นภาษาไทยได้ในทำนองที่ว่า “การล่งล้ำคือการนับการกระทำจากเข้าไปจนถอนออก” ซึ่งเป็นการยอมรับตามคำพิพากษาในคดีแรกเกี่ยวกับการบอกถอนความยินยอม และถ้าหากมีคดีขึ้นสู่ศาลในปัจจุบันเกี่ยวกับการบอกถอนความยินยอมทางเพศ มาตรานี้จะถูกนำมาใช้ตีความ นักวิชาการยังเห็นว่า สมควรเพิ่มเติมให้ชัดเจนเกี่ยวกับการถอนความยินยอมเข้าไปในพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศอีกด้วย³³

ประเทศสหรัฐอเมริกามีคำพิพากษาที่ศาลได้วางหลักเกี่ยวกับการบอกถอนความยินยอมไว้ซึ่งมีอิทธิพลถึง 7 มลรัฐที่ศาลแต่ละมลรัฐนั้นนำมาปรับใช้ เช่น แนวคำพิพากษาคดีเกี่ยวกับการบอกถอนความยินยอมขณะประเวณีระหว่าง People V. John ที่ฝ่ายหญิงได้มีการถอนความยินยอมแต่ฝ่ายชายได้ดำเนินการร่วมประเวณีนั้นต่อโดยขืนใจฝ่ายหญิง³⁴ ศาลจึงได้ตัดสินว่าเป็นการข่มขืนในรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้นิยาม “การข่มขืน” คือ การกระทำที่เกี่ยวกับการร่วมประเวณี โดยลักษณะของการข่มขืน โดยใช้กำลัง ความรุนแรง การกดดัน การคุกคาม หรือก่อให้เกิดความกลัวว่าทันทีใดนั้นจะเกิดอันตรายต่อร่างกายต่อผู้นั้นหรือผู้อื่น อย่างไรก็ตาม รัฐแคลิฟอร์เนียเป็น 1 ใน 7 รัฐ (รัฐที่มีกฎหมายในเรื่องความยินยอมคล้ายคลึงกัน Alaska, California, Connecticut, Kansas, Maine, South Dakota และ Illinois) ที่ศาลได้ขยายหลักนิยามของการข่มขืนโดยการตีความที่รวมถึงการ

³³ From *Modern Criminal Law: Fifth Edition* (p. 241), by Molan, M., 2003.

³⁴ From *Criminal Law: Keyed to Courses Using Dressler's Cases and Materials on Criminal law* (p. 73), by Publishers, A., 2007.

ถอนความยินยอมภายหลังหรือขณะร่วมประเวณี และคดีดังกล่าวได้ทำให้ รัฐอลิโนยส์ได้นำไปปรับใช้ภายหลัง³⁵ บางรัฐที่ได้มีการปรับการตีความนี้ไปใช้ได้พยายามผ่อนหนักเรื่องเวลาสำหรับให้โอกาสฝ่ายชายในการยุติการสอดใส่ภายหลังที่ได้มีการบอกถอนความยินยอม ซึ่งเรียกว่าเวลาที่สมเหตุสมผล (Reasonable Time)

คดีที่สอง *Baby v. State*³⁶ ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดฐานข่มขืนโดยฝ่ายหญิงเบิกความว่า นายBaby ได้ข่มขืนเธอต่อไป 5 ถึง 10 วินาที ภายหลังที่เธอได้บอกให้หยุดการร่วมประเวณี คดีนี้นายBaby จึงถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานข่มขืนในปี ค.ศ. 2005 คดีดังกล่าวได้ถูกตั้งฉายาว่า “กฎห้าวิ” ต่อมาในปี ค.ศ. 2008 ศาลสูงในแมริแลนด์ (Maryland) ได้บัญญัติ (Ruled) กฎหมายว่าฝ่ายหญิงสามารถถอนความยินยอมภายหลังหรือกำลังร่วมประเวณีอยู่ได้ ภายหลังจากนั้นหากได้มีการสอดใส่อยู่หรือกระทำต่อไป ไม่ว่าจะใช้กำลังหรือข่มขู่ อาจถือว่าเป็นการข่มขืน

ศาลสูงของแคนซัส ได้นำความเห็นในคดีของ John Z. มาปรับใช้และไปไกลกว่าในหลักของกรใช้กฎหมาย กล่าวคือเมื่อมีการบอกถอนความยินยอม อีกฝ่ายยังคงกระทำต่อไปซึ่งเป็นการร่วมประเวณีเกิน 5 ถึง 10 วินาทีนี้แล้ว ไม่ถือว่าเป็นช่วงเวลาที่เหมาะสมที่จะอ้างว่าได้หยุดการกระทำนั้นแล้วและถือว่าการข่มขืน ดังนั้นศาลในแคนซัสก้าวไปไกลกว่าศาลใด ๆ ถึงขนาดกำหนดระยะเวลาลงไปในการพิจารณาคดี³⁷ ในขณะที่รัฐอื่นๆ ใช้การปรับกฎหมายเป็นรายคดีไปตามแต่สภาพแวดล้อมของเหตุการณ์

เห็นได้ว่า แม้ว่าสหรัฐอเมริกาใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีจะไม่มีบทบัญญัติเป็นกฎหมายที่เป็นประมวลกฎหมายแต่ศาลมีอำนาจวางหลักถ้าสมเหตุสมผลศาลอื่นๆ ก็จะนำไปใช้จนแพร่หลายเป็นบรรทัดฐาน ทำให้เห็นว่าสหรัฐอเมริกาหลายรัฐยอมรับการบอก “ถอนความยินยอม” แต่ของศาลไทยยังไม่มียกขึ้นสู่ศาลฎีกาเพื่อวินิจฉัยเพื่อเผยแพร่และอีกทั้งไม่มีตัวบทกฎหมายที่บัญญัติการบอกถอนความยินยอมเอาไว้ยังคงเป็นเพียงกระแสที่ต้องได้รับแรงกระตุ้นในสังคม

³⁵ From “No Means No: Withdrawal of Consent during Intercourse and the Continuing Evolution of the Definition of Rape”, by Lyon, R. M., 2004, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 95 (1), 279.

³⁶ *State v. Baby*, 946 A.2d 463, 486 (2008).

³⁷ From “No Means No: Withdrawal of Consent during Intercourse and the Continuing Evolution of the Definition of Rape”, by Lyon, R. M., 2004, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 95 (1), 305.

4.4 เหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดขอบเขตที่เหมาะสมของการให้ความยินยอมและการบอก ถอนความยินยอมกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

การพิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นมีความยินยอมของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบความผิดภายนอกในการปฏิเสธการครอบงำประกอบของความผิดฐานนี้ ปัญหาการพิจารณาคดีในชั้นศาล นอกจากที่ศาลจะต้องวินิจฉัยถึงการครอบงำประกอบของความผิดฐานนี้แล้ว ในบางคดีศาลจำต้องพิจารณาให้ถึงถึงความยินยอมของผู้เสียหาย ว่าความยินยอมนั้นเป็นความยินยอมที่แท้จริงของผู้เสียหายหรือไม่ หรือเป็นการจำยอมตามสถานการณ์ที่บังคับให้ต้องจำยอมโดยสถานการณ์นี้อาจเกิดจากการกระทำของผู้กระทำเอง โดยพฤติการณ์ที่บ่งชี้ว่าผู้เสียหายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ที่เป็นการพิจารณาถึงการกระทำที่ผู้เสียหายไม่ยินยอมดังที่ได้กล่าวมาหรืออาจเป็นพฤติการณ์จากผู้เสียหายเองก็ได้แต่ข้อเท็จจริงในแต่ละคดี ในบางกรณีผู้เขียนเห็นว่าความยินยอมโดยการจำยอมซึ่งความจำยอมนี้ไม่อาจเรียกว่าเป็นความยินยอมที่แท้จริงของผู้เสียหาย แม้ไม่ถึงขนาดที่ผู้เสียหายต้องจำยอมแต่การจำยอมนั้นได้มาซึ่งการที่ผู้กระทำได้กระทำชำเราโดยผู้เสียหายไม่ได้ต้องการร่วมประเวณีด้วยแล้วนั้น จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมที่แท้จริงของผู้เสียหายซึ่งจะต้องถือเป็นการกระทำที่ครอบงำประกอบของความผิดฐานนี้

ปัญหาการบอกถอนความยินยอมภายหลังการร่วมประเวณี โดยเฉพาะในระหว่างการร่วมประเวณีนั้นอาจเกิดขึ้นได้และกฎหมายควรบัญญัติขอบเขตที่เหมาะสมของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นภายหลังผู้เสียหายได้บอกถอนความยินยอมไว้ด้วย เพื่อป้องกันการอาศัยความยินยอมที่ให้ไว้ในตอนแรกของผู้ให้ความยินยอมในการกระทำชำเราโดยไม่ยุติตามเจตนารมณ์ของผู้บอกถอนความยินยอม ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายอาญาควรบัญญัติให้ขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไปถึงกรณี “การกระทำชำเราภายหลังมีการบอกถอนความยินยอมว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น” ไว้ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นไว้ด้วย

ประมวลกฎหมายอาญาควรบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้ที่มีความบกพร่องในการให้ความยินยอม อาทิเช่น ไม่สามารถรู้ผิดชอบ ไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิต จิตฟั่นเฟือน มีนเมาเพราะเสพยาสุราหรือสิ่งมีนเมาอื่น ดินยาเสพติด มีร่างกายพิการ เป็นอัมพาต ป่วยเจ็บหรือเจ็บป่วย ร่างกายไม่สมประกอบเพราะไม่มีแขนและหรือไม่มีขา ร่างกายอ่อนแรง เป็นโรคกล้ามเนื้ออ่อนแรง ผู้ที่มีปัญหาเกี่ยวกับการพูดไม่ได้ เป็นใบ้ หรือกรณีที่ถูกกลจริต มีปัญหาทางด้านารรับรู้สติปัญญาไม่ดี เป็นต้น ไว้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิบุคคลผู้ที่มีความบกพร่องทางด้านร่างกายและหรือจิตใจดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อเป็นแนวทางเบื้องต้นในการป้องกันไม่ให้บุคคลผู้มีความบกพร่องทางด้านร่างกายและหรือจิตใจดังกล่าวมานี้ตกเป็นเหยื่อของผู้กระทำความผิด ทั้งยังเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองสิทธิผู้ที่เป็กลุ่มเปราะบางนี้ให้ชัดเจน

และขจัดข้อยุ่งยากในการวินิจฉัยคดีเบื้องต้นอันเป็นแนวทางในการผลักภาระการพิสูจน์คดีไปยังผู้กระทำความผิดหรือจำเลยแทนฝ่ายผู้เสียหายหรือโจทก์ แต่ทั้งนี้ก็ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นข้อสันนิษฐานที่เด็ดขาดเลยเสียทีเดียวเนื่องจากว่าในกรณีที่ผู้เสียหายที่มีร่างกายไม่สมประกอบแต่มีจิตใจที่ปกติดีอย่างคนปกติและสามารถรับรู้เข้าใจสาระของการร่วมประเวณีนั้นก็มีได้ ซึ่งกรณีบุคคลเช่นนี้ก็อาจให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีได้ ผู้กระทำผิดหรือจำเลยจึงมีหน้าที่ต้องนำสืบเพื่อให้ตนเองพ้นผิดหากมีข้อกล่าวอ้างว่าผู้กระทำผิดกระทำไปโดยมีความยินยอมของผู้เสียหายและผู้เสียหายมีจิตปกติทุกประการขณะร่วมประเวณี

ประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ในส่วนของบทบัญญัติ “โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้”³⁸ โดยนัยของคำว่า ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้นี้มีความหมายทั้งกรณีที่เนื่องจากตัวผู้กระทำความผิดเป็นผู้กระทำให้ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้และกรณีที่ผู้เสียหายเป็นผู้ที่มีสภาพร่างกายและหรือจิตใจที่ไม่สามารถขัดขืนได้เองอยู่ก่อนแล้ว

ผู้เขียนเห็นว่าหากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นของไทยได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมกล่าวคือ มีบทบัญญัติเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนผู้ที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ ไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิต จิตฟั่นเฟือน มึนเมาเพราะเสพย์สุราหรือสิ่งมึนเมาอื่น ดิทยาเสพติด มีร่างกายพิการ เป็นอัมพาต ป่วยเจ็บหรือเจ็บป่วย ร่างกายไม่สมประกอบเพราะไม่มีแขนและหรือไม่มีขา ร่างกายอ่อนแรง เป็น โรคกล้ามเนื้ออ่อนแรง ผู้ที่มีปัญหาเกี่ยวกับการพูดไม่ได้ เป็นใบ้ หรือกรณีที่ผู้วิกลจริตมีปัญหาทางการรับรู้สติปัญญาไม่ดี ฯลฯ ไว้เป็นความผิดอีกมาตราหนึ่งเพื่อเป็นข้อสันนิษฐานว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยไม่มีความยินยอมของผู้เสียหาย ก็จะทำให้ประมวลกฎหมายอาญามีความชัดเจนและคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายที่เป็นกลุ่มเปราะบางได้อย่างชัดเจน และบัญญัติเพิ่มเติมความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราในวรรคสองว่า “การข่มขืนกระทำชำเรารวมถึงการกระทำชำเราภายหลังการบอกถอนความยินยอม” ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับการที่กฎหมายไทยเป็นระบบประมวลกฎหมายและเพื่อเป็นประโยชน์ในการวินิจฉัยคดีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ซึ่งจะทำให้ประมวลกฎหมายอาญาของไทยมีความชัดเจนและสามารถคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายในรัฐได้อย่างแท้จริง

³⁸ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ไม่ได้บัญญัติบทนิยามความยินยอมของผู้เสียหายไว้ มีเพียงคำพิพากษาของศาลฎีกาที่เป็นหลักทั่วไป ที่กำหนดหลักเกณฑ์ของความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายไว้เท่านั้น ดังนั้นผู้เขียนจึงขอสรุปเป็นประเด็นต่างๆ ดังนี้

5.1.1 ความยินยอมเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด

1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 มีความยินยอมของผู้เสียหายเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดไม่ใช่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ความยินยอมของผู้เสียหายจะต้องเป็นการพิจารณาการครบองค์ประกอบของความผิดซึ่งหากพิจารณาได้ว่าผู้กระทำได้กระทำไปโดยที่ผู้เสียหายยินยอมก็ไม่ใช่เป็นความผิดฐานนี้เลย

2) ความยินยอมของผู้เสียหายจะเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายต้องเป็นความยินยอมที่ไม่ข้อบกพร่องใดๆ ในการแสดงเจตจำนงในการให้ความยินยอม กล่าวคือ จะต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริง (real consent) ของผู้เสียหายและเป็นความยินยอมที่เกิดขึ้นด้วยความใจสมัครด้วยความบริสุทธิ์ใจ และความยินยอมนี้ต้องไม่ใช่การยอมโดยการจำยอม (submission) ฉะนั้นความยินยอมที่เกิดขึ้นจากการขู่เข็ญด้วยประการใดๆ จึงไม่เป็นความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับความผิดฐานนี้และจะต้องไม่ใช่การจำยอมต่อสถานการณ์แวดล้อมที่เกิดจากการกระทำของผู้กระทำหรือตัวผู้เสียหายเอง เช่น ผู้เสียหายมีร่างกายพิการไม่สามารถช่วยเหลือตัวเองได้ เป็นต้น ความยินยอมจะเป็นความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่จะต้องพิจารณาถึงเรื่องความสามารถของผู้ให้ความยินยอมด้วย

การยินยอมในความผิดฐานนี้ผู้ให้ความยินยอมต้องให้ความยินยอมเป็นรายๆ หรือเป็นครั้งคราวไป การยินยอมเพียงครั้งหนึ่งครั้งใดยอมไม่ใช่การยินยอมโดยตลอดไป ดังนั้นการบอกถอนความยินยอมจึงเกิดขึ้นได้ภายหลังการให้ความยินยอมไปแล้ว ซึ่งการบอกถอนความยินยอมย่อมมีผลทำให้ความยินยอมนั้นสิ้นผลลง หากมีการกระทำชำเราโดยที่ยังไม่มีความยินยอมในครั้งใหม่หลังจากการบอกถอนความยินยอมนี้ผู้กระทำชำเราย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

ความยินยอมของบุคคลที่หนึ่งได้ให้ไว้แก่ผู้ใดผู้ที่ได้รับความยินยอมนั้น ไม่อาจโอนความยินยอมของบุคคลที่หนึ่งไปยังบุคคลอื่นได้เว้นแต่บุคคลผู้ให้ความยินยอมมีเจตจำนงเช่นนั้น

3) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 มีความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเงื่อนไขทางส่วนตัวของเจ้าของคุณธรรมทางกฎหมายคือ เสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง ซึ่งเป็นคุณธรรมทางกฎหมายส่วนตัว ผู้เป็นเจ้าของคุณธรรมทางกฎหมายนี้จึงมีอำนาจในการสละคุณธรรมทางกฎหมายนี้ได้เอง

5.1.2 การอำนวยความสะดวกแก่ผู้เสียหาย

การสืบพยานในชั้นศาลในความผิดฐานนี้อาจเป็นการข่มขืนซ้ำสอง เพราะกฎหมายไม่ได้อำนวยความสะดวกแก่ผู้เสียหายในวิธีพิจารณาความเกี่ยวกับภาวะพิสูจน์ เป็นเรื่องยากที่จะพิจารณาว่าการกระทำชำเราใดเป็นการกระทำที่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่เพราะในขณะที่เกิดการกระทำชำเรามีเพียงแต่คู่กรณีเท่านั้นที่อยู่ในเหตุการณ์และจำเลยอาจทราบถึงการกระทำที่ดีที่สุด เพราะในบางกรณีการกระทำชำเราอาจเกิดขึ้นขณะที่ผู้เสียหายไม่รู้สีกตัว ไม่มีสติ จึงควรบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมถึงช่องว่างที่เกิดขึ้นและทันต่อเหตุการณ์ในสังคมที่เปลี่ยนแปลงตามยุคสมัยในปัจจุบัน เพื่อเป็นเครื่องมือในการพิสูจน์ความยุติธรรมให้แก่ผู้เสียหายรวมถึงตัวจำเลยในการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตัวเองด้วย

การศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศทำให้ผู้เขียนเห็นความแตกต่างและแนวทางแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของไทย ได้แก่

ประเทศอังกฤษซึ่งเป็นระบบกฎหมายจารีตประเพณี ปัจจุบันได้มีการบัญญัติแก้ไขกฎหมายเพื่อให้เท่าทันสถานการณ์การและการเปลี่ยนแปลงของยุคสมัยมาก ในพระราชบัญญัติความผิดทางเพศ Sexual offences act 2003 มีนิยามความหมายของคำว่า “ความยินยอม” ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือในความผิดอันเกี่ยวกับเพศไว้ในมาตรา 74 มาตรา 75 และมาตรา 76 เพื่อความชัดเจนของบทบัญญัติของพระราชบัญญัติ กฎหมายของอังกฤษฉบับนี้ได้บัญญัติไปถึงข้อสันนิษฐานทางกฎหมายที่อาจโต้แย้งได้และไม่อาจโต้แย้งได้ เช่นการชำเราผู้พิการ และข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการกระทำต่อผู้พิการ กฎหมายอำนวยความสะดวกด้านภาวะพิสูจน์ไว้ดีกว่าบุคคลธรรมดาเพราะการชำเราผู้พิการอาจไม่รู้ตัว เพียงแต่ผู้กระทำผิดเท่านั้นรู้ดีที่สุดและเป็นเพียงผู้เดียวที่ทราบเหตุการณ์ ถ้าฝ่ายโจทก์ยังต้องเป็นฝ่ายหาหลักฐานมาสืบก่อน จึงดูไม่เป็นธรรมอย่างยิ่งเหมือนดังเช่นภาวะการพิสูจน์หาพยานหลักฐานของไทย เห็นว่าประเทศอังกฤษให้ความสำคัญที่ต้องจัดการอย่างจริงจังกับผู้กระทำผิดที่ก่อปัญหาความร้ายแรงด้านอาชญากรรมทางเพศ ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายไทยที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายแต่ไม่มีการบัญญัติกฎหมายในทำนองดังกล่าวมาของอังกฤษแต่อย่างใด

ประเทศสหรัฐอเมริกาในแต่ละมลรัฐการพิจารณาและตัดสินคดีความนั้นอาศัยคำพิพากษาของศาลสูงในแต่ละมลรัฐเป็นเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตความยินยอมและการบอกถอนความยินยอม แต่ก็ได้กำหนดขอบเขตไว้อย่างชัดเจน อาทิเช่น ศาลในรัฐแคลิฟอร์เนียได้ขยายหลักนิยามของการข่มขืน โดยการตีความที่รวมถึงการถอนความยินยอมภายหลังหรือขณะร่วมประเวณีด้วย และรวมถึงการวางหลักเรื่องความยินยอมต่อผู้ใด ไม่อาจโอนไปยังผู้อื่นได้ ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าแม้ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณียังมีการบัญญัติขอบเขตของความยินยอมไว้ชัดเจน หากประเทศไทยมีการบัญญัติขอบเขตความยินยอมในประมวลกฎหมายคงส่งผลดีต่อการพิจารณาคดีในลักษณะนี้ไม่น้อย เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายให้ได้รับความเป็นธรรมอย่างแท้จริงในกระบวนการยุติธรรม

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนีมีความเกี่ยวข้องกับคุณธรรมทางกฎหมายในการกำหนดสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองสูงสุด ซึ่งในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงมีคุณธรรมทางกฎหมายคือ เสรีภาพทางเพศ บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้ที่ไม่มีความสามารถในการป้องกันช่วยเหลือตนเองเหตุเพราะความเจ็บป่วยทางจิตหรือความพิการรวมทั้งการติดยาเสพติดหรือเพราะความผิดปกติเกี่ยวกับความรู้สึทางจิตประสาท หรือไร้ความสามารถทางด้านร่างกาย ซึ่งผู้กระทำใช้ประโยชน์จากความไม่สามารถที่จะป้องกันและช่วยเหลือตนเองของผู้อื่น เพื่อปฏิบัติกิจกรรมทางเพศกับบุคคลขาดความสามารถนั้น หรือช่วยให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับบุคคลขาดความสามารถนั้นไว้ในมาตรา 179 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ทั้งนี้การบัญญัติกฎหมายเช่นนี้ทำให้ศาลสะดวกในการพิจารณาคดีที่ไม่ต้องมีปัญหาเกี่ยวกับการนำข้อเท็จจริงปรับเข้ากับการตีความของบทบัญญัติกฎหมายซึ่งจะเป็นการอำนวยความสะดวกให้กับผู้เสียหายได้ในที่สุด ซึ่งหากประมวลกฎหมายอาญาของไทยบัญญัติเรื่องความสามารถของผู้ให้ความยินยอมเอาไว้ในประมวลกฎหมายก็จะเป็นการคุ้มครองสิทธิบุคคลได้อย่างเช่นเดียวกับกฎหมายอาญาเยอรมนีซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายต้นแบบของกฎหมายอาญาไทย

ผู้เขียนเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญาของไทยยังขาดความชัดเจนในขอบเขตความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น รวมทั้งบทบัญญัติในส่วนของบทนิยามความหมายความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายอาญา ซึ่งกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีบทลงโทษที่รุนแรงที่สุดในบรรดากฎหมายต่างๆ ภายในรัฐและยังเป็นกฎหมายที่มีส่วนช่วยให้รัฐเกิดความสงบสุขจากการปราบปรามอาชญากรรมเกิดขึ้น ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นก็เช่นกัน ตามบทบัญญัติที่กฎหมายบัญญัติโทษอย่างสูงถึง 20 ปีผู้เขียนเห็นว่ายังไม่อาจเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายได้อย่างแท้จริง โดยการบัญญัติขอบเขตความยินยอมและการบอกถอนความยินยอม ข้อสันนิษฐานทางกฎหมายในการพิสูจน์คดี ตลอดจนการบัญญัติ

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้ที่ไม่สามารถแสดงเจตจำนงได้ หรือแม้กระทั่งผลของการให้ความยินยอมของผู้ที่มีความบกพร่องทางร่างกายหรือไม่สามารถสามารถในการให้ความยินยอมเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นเหยื่ออาชญากรรมในลักษณะนี้ และเพื่อให้ผู้กระทำผิดเกรงกลัวต่อกฎหมายและได้รับโทษอย่างถูกต้องตามหลักกฎหมายอย่างยุติธรรม

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการที่ได้ศึกษาเปรียบเทียบขอบเขตของความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในการร่วมประเวณีของไทยและต่างประเทศเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญาของไทยยังขาดความชัดเจนของขอบเขตที่เหมาะสมของการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ซึ่งเป็นปัญหาในการพิจารณาการครบองค์ประกอบของความผิดและปัญหาในการตีความของศาล และกระทบต่อสิทธิของผู้เสียหายในคดีในการนำข้อเท็จจริงเพื่อมาพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำ จึงเห็นว่าควรปรับปรุงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทย ดังนี้

5.2.1 แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไปดังนี้

เพิ่มเติมบทบัญญัติความสามารถของผู้ให้ความยินยอมของกฎหมายอาญาให้มีความชัดเจนแน่นอน โดยสร้างหลักเกณฑ์เรื่องความสามารถของผู้ให้ความยินยอมในกฎหมายอาญา ซึ่งเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายอาญาเพื่อคุ้มครองบุคคลบางประเภทที่อาจมีความบกพร่องในการให้ความยินยอม อาทิเช่น บุคคลผู้ที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ ไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิต จิตฟั่นเฟือน มีนเมาเพราะเสพยาหรือสิ่งมีนเมาอื่น ดินยาเสพติด มีร่างกายพิการ เป็นอัมพาต ป่วยเจ็บหรือเจ็บป่วย ร่างกายไม่สมบูรณ์เพราะไม่มีแขนและหรือไม่มีขา ร่างกายอ่อนแรง เป็นโรคกล้ามเนื้ออ่อนแรง ผู้ที่มีปัญหาเกี่ยวกับการพูดไม่ได้ เป็นใบ้ หรือกรณีที่ถูกฉ้อโกง มีปัญหาทางการรับรู้สติปัญญาไม่ดี เป็นต้น โดยบัญญัติเรื่องความสามารถของผู้ให้ความยินยอมนี้ให้อยู่ในประมวลกฎหมายบทบัญญัติทั่วไป ทั้งนี้ก็เพื่อให้สอดคล้องกับกับการแก้ไขบทบัญญัติในภาคความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศตามข้อเสนอแนะข้อที่ 5.2.2 และเพื่อเป็นเครื่องมือในการพิสูจน์ความยุติธรรมหากเกิดกรณีปัญหาเกี่ยวกับความยินยอมในกฎหมายอาญา ความผิดเกี่ยวกับเพศและเป็นมาตรการป้องกันไม่ให้บุคคลผู้มีความบกพร่องทางด้านร่างกายและสติปัญญาดังกล่าวมานี้ให้ไร้ผลอย่างชัดเจน ป้องกันการตกเป็นเหยื่อของผู้กระทำความผิด

5.2.2 แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายอาญาภาคความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ

1) ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายอาญาควรบัญญัติให้ขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนั้นรวมถึงกรณี “การกระทำชำเราภายหลังมีการบอกถอนความยินยอมว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น” การบอกถอนความยินยอมภายหลังการร่วมประเวณี โดยเฉพาะในระหว่างการร่วมประเวณีนั้นอาจเกิดการบอกถอนความยินยอมขึ้นได้และกฎหมายควรบัญญัติขอบเขตความรับผิดที่เหมาะสมของการกระทำชำเราภายหลังความยินยอมไว้ด้วย เพื่อป้องกันการอาศัยความยินยอมที่ให้ไว้ในตอนแรกของผู้ให้ความยินยอมในการกระทำชำเราโดยไม่ยุติตามเจตนารมณ์ของผู้บอกถอนความยินยอม

ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญาของไทยควรได้รับการแก้ไขเพิ่มเติม ในส่วนของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 บัญญัติเพิ่มเติมว่า ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเรา ในวรรคสองเพิ่มเติมเป็น “การข่มขืนกระทำชำเรารวมถึงการกระทำชำเราภายหลังการบอกถอนความยินยอม” เพื่อให้สอดคล้องกับการที่กฎหมายไทยเป็นระบบประมวลกฎหมายและเป็นประโยชน์ในการวินิจฉัยการครอบครองประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ซึ่งจะทำให้ประมวลกฎหมายอาญาของไทยมีความชัดเจนและสามารถคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายในรัฐได้อย่างแท้จริง

2) นอกจากข้อเสนอแนะแก้ไขบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาตามข้อ 1) แล้วประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ ควรปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติให้มีข้อสันนิษฐานของกฎหมายเกี่ยวกับข้อเท็จจริง วิสัยและพฤติการณ์ใดๆ ของการกระทำที่สื่อไปในทางที่ผู้กระทำน่าจะกระทำโดยที่ผู้เสียหายนั้นไม่ความยินยอม หากมีการกระทำชำเราบุคคล ดังต่อไปนี้ อาทิเช่น บุคคลผู้ที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ ไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิต จิตฟั่นเฟือน มึนเมาเพราะเสพยาสุราหรือสิ่งมึนเมาอื่น ดิคาเสพติด มีร่างกายพิการ เป็นอัมพาต ป่วยเจ็บหรือเจ็บป่วย ร่างกายไม่สมประกอบเพราะไม่มีแขนและหรือไม่มีขา ร่างกายอ่อนแรง เป็นโรคกล้ามเนื้ออ่อนแรง ผู้ที่มีปัญหาเกี่ยวกับการพูดไม่ได้ เป็นใบ้ หรือกรณีที่มีผู้วิกลจริตมีปัญหาทางด้าน การรับรู้สติปัญญาไม่ดี เป็นต้น โดยบัญญัติเป็นข้อสันนิษฐานเพิ่มเติมในมาตรา 276/1 ว่า

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276/1

“กรณีที่ผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ตามมาตรา 276 อาจหมายถึงกรณีดังต่อไปนี้

(1) เป็นผู้มีความเจ็บป่วยทางจิตหรือความพิการรวมทั้งการติดยาเสพติดหรือเพราะความผิดปกติเกี่ยวกับความรู้สึกทางจิตประสาท ในขณะที่ไม่สามารถรู้สึกชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือ จิตฟั่นเฟือน หรือกรณีที่ผู้วิกลจริตมีปัญหาทางด้านการรับรู้สติปัญญาไม่ดี หรืออยู่ในอาการมึนเมาเพราะเสพยาหรือสิ่งมึนเมาอื่น หรือ

(2) เป็นผู้ไร้ความสามารถทางด้านร่างกาย มีร่างกายพิการ เป็นอัมพาต ป่วยเจ็บหรือเจ็บป่วย มีร่างกายไม่สมประกอบ หรือเพราะไม่มีแขนและหรือไม่มีขา ร่างกายอ่อนแรง หรือเป็นโรคกล้ามเนื้ออ่อนแรง หรือผู้ที่มีปัญหาเกี่ยวกับการพูดไม่ได้ เป็นใบ้ โดยผู้กระทำอาศัยประโยชน์จากความไม่สามารถที่จะป้องกันช่วยเหลือตนเองของผู้อื่นดังที่กล่าวมานั้น เพื่อปฏิบัติกิจกรรมทางเพศกับบุคคลผู้ขาดความสามารถนั้น หรือช่วยให้ผู้อื่นมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับบุคคลผู้ขาดความสามารถนั้น”

กรณีมีข้อสันนิษฐานของกฎหมายข้างต้น ก็เพื่ออำนวยความสะดวกแก่ผู้เสียหายและเป็นการลดภาระการพิสูจน์ให้ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิด ให้เป็นผู้มีหน้าที่ในการพิสูจน์และหาพยานหลักฐานว่าการกระทำชำเรานั้นมีความยินยอมของผู้เสียหายหรือไม่อย่างไร การบัญญัติเช่นนี้ไม่เพียงช่วยเรื่องการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมอย่างยุติธรรม แต่ยังเป็นการช่วยผู้เสียหายลดภาระค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดีและสู้คดีได้อย่างเป็นธรรมมากขึ้นกว่าเดิม ทั้งนี้เพื่อบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาจะได้มีความชัดเจนในส่วนขององค์ประกอบของความผิดฐานนี้และขจัดปัญหาการตีความตามพฤติการณ์ต่างๆ ตามแต่ละคดีไปอย่างไม่มีขอบเขต ซึ่งมีความยุ่งยากและซับซ้อนไม่เหมือนกัน การมีบทบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจนจะทำให้การดำเนินคดีในทุกชั้นเป็นไปด้วยความรวดเร็วและลดปัญหาการใช้ดุลยพินิจที่ไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนของศาลและอาจเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลาได้เป็นอย่างมาก ทั้งนี้ก็เป็นที่น่าคิดว่าขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่คู่ความมีความสามารถนำขึ้นสู่ศาลนั่นเอง



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2523). *ความยินยอมในกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิตย์). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์พลสยามพรีนติ้ง (ประเทศไทย).

_____. (2556). *รวมคำบรรยายเนติบัณฑิตภาค ภาค 1 สมัย 66 (1)*. กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตสภา.

คณิต ฒ นคร. (2553). *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

_____. (2556). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

_____. (2553). *ประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานความเข้าใจ* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

_____. (2553). *พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

จิตติ ดิงศภัทย์. (2529). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

_____. (2543). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1* (พิมพ์ครั้งที่ 7). สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

จิราพร ทิโน. (2547). *การคุ้มครองสิทธิหญิงผู้เสียหายในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิตย์). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2552). *กฎหมายอาญา ภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.

_____. (2553) *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.

_____. (2553). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.

_____. (2552). *สังคัมกับกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.

- ธีสุทธิ์ พันธุ์ฤทธิ์. (2555). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- ชานินทร์ ทรัพย์วิเชียร. (2551). “ความสำคัญของการตีความในวิชาชีพกฎหมาย” *ดุลพินิจ*, 55 (2).
- ปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศ.
- ประธาน วัฒนวานิชย์. (2520). “กฎหมายทดแทนความเสียหายแก่เหยื่ออาชญากรรม: แนวความคิดทางด้านรัฐสวัสดิการ” *วารสารนิติศาสตร์*, 9 (1). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ประพิณ ปรัชญาภรณ์. (2522). *ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำผิดอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.
- ประมวลกฎหมายอาญา.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. (2546). *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ประสิทธิ์ พัฒนอมร. (2522). *ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- หยุด แสงอุทัย. (2538). *กฎหมายอาญาเรียนด้วยตนเอง เล่ม 3* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.
- รณกรณ์ บุญมี. (2553). “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหลังการกระทำชำเราด้วยความยินยอม”. *วารสารนิติศาสตร์*, 39 (4). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- เวปไซต์วิกิพีเดีย. (ม.ป.ป). *สุขภาวะทางเพศ*. สืบค้น 17 กันยายน 2557 จาก <http://th.wikipedia.org/wiki/สุขภาวะทางเพศ>
- เวปไซต์ lawyerthai. *หมายเหตุท้ายฎีกาที่ 3577/2551 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคสอง โดย สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์*. สืบค้น 14 กันยายน 2557 จาก <http://www.lawyerthai.com/forum2/4794.html>
- ศิริพร โลหะปาน. (2555). *ความผิดฐานชำเราเด็กหญิง ศึกษากรณีการรับโทษตามกฎหมาย*. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- เศรษฐบุตร อิทธิธรรมวินิจ. (2553). *การศึกษาวิจัยเพื่อสนับสนุนมาตรการลดปริมาณคดี : ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดอันยอมความได้ตามประมวลกฎหมายอาญา*. กรุงเทพฯ: คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์.
- ศรีสมร ทองอินทร์. (2547). *การได้รับค่าตอบแทนผู้เสียหายจากรัฐ: กรณีความเสียหายจากทรัพย์สินอันเกิดจากการทำความผิดทางอาญาของผู้อื่น* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง

- สุชาดา เหล่าพูลสุข. (2548). *ความคิดเกี่ยวกับเพศ กรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิตย์). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- สุดสงวน สุธีสร. (2543). *เหยื่ออาชญากรรม*. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สมาคมวางแผนครอบครัวแห่งประเทศไทย. (2553). “รายงานสรุปผลการดำเนินงานปี พ.ศ. 2553”.
สมาคมวางแผนครอบครัวแห่งประเทศไทย เจ้าของลิขสิทธิ์.
- _____. *สิทธิทางเพศปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศ ฉบับย่อ*.
(ม.ป.ป). สืบค้น 14 กันยายน 2557 จาก www.ppat.or.th/i/prints/file0090.pdf
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2553). *ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับหัวเรื่องเรียงมาตรา แก้ไขเพิ่มเติม*
ล่าสุดตาม พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายประมวลอาญา (ฉบับที่ 21) พ.ศ. 2551.
กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2544). *หลักกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 3)*. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- อังกริยา ชูตินันท์. (2556). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 5)*. กรุงเทพฯ :
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.
- อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ.
- อามาตย์พระอินทปรีชา (เหยียนเลขะวณิช). (2469). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2*.
โสภณพิพรรฒธนากร.

ภาษาต่างประเทศ

- Bacik, I., Maunsell, C., & Gogan, S. (1998). *The legal process and victims of rape. Ireland : The Dublin Rape Crisis Centre.*
- Card, R. (2012). *Criminal Law*. United Kingdom: Ashford Colour Press.
- Dubber, M., & Hörnle, T. (2014). *Criminal Law: A Comparative Approach*. Oxford University :United kingdom.
- Hooper, A. (2012). *Blackstone's Criminal Practice 2012*. United Kingdom: Oxford University.
- Howitt, P., & Sheldon, K. (2007). *Sex Offenders and the Internet*. England: John Wiley & Sons Ltd.
- Molan, M. (2003). *Modern Criminal Law: Fifth Edition*. London: Cavendish Publishing.
- Monaghan, N. (2012). *Criminal Law Directions*. United Kingdom: Ashford Colour Press.

- Scheb, J. M. (2010). *Criminal Law and Procedure*. United states of America: Cengage Learning.
- Boyne, S. (2007). *Prosecutorial Discretion in Germany's Rechtsstaat: Varieties of Practice and the pursuit of truth*. Doctoral dissertation. United states : University of Wisconsin – Madison.
- Elliott, C., & De Than, C. (2007). “The Case for a Rational Reconstruction of Consent in Criminal Law.” *Modern Law Review*, 70 (2), 225-249.
- Elvin, J. (2008). “The Concept of Consent under the Sexual Offences Act 2003.” *Journal of Criminal Law*, 72 (6), 519-536.
- Gunby, C. Carline, A., & Beynon, C. (2010). “Alcohol-related Rape Cases: Barristers’ Perspectives on the Sexual Offences Act 2003 and Its Impact on Practice.” *Journal of Criminal Law*, 74 (6), 579-600.
- Howitt, P., & Sheldon, K. (2007). *Sex Offenders and the Internet*.
- Kirchner, S. (2007). “Sexual Abuse of Children Abroad – A German Perspective on the Antalya Case.” *German Law Journal*, 8, 781.
- Lyon, R. M. (2004). “No Means No: Withdrawal of Consent during Intercourse and the Continuing Evolution of the Definition of Rape.” *Journal of Criminal Law and Criminology*, 95 (1), 277-314.
- Tuerkheimer, D. (2013). “Sex Without Consent.” *The Yale Law Journal*, 123 (335). 335-352.
- Tadros, V. (2006). “Rape Without Consent.” *Oxford Journal of Legal Studies*, 2 (3). 515-543.
- The definition of violence in § 177 of the Criminal Code. Retrieved January 27, 2014 from <http://ausopfersicht.wordpress.com/2012/08/05/die-definition-von-gewalt-bei-§177-stgb/>
- Vergewaltigung*. Retrieved January 27, 2014 from <http://de.wikipedia.org/wiki/Vergewaltigung>
- Bounekhla [2006] EWCA Crim 1217
- R v H (Karl Anthony) (2005) EWCA Crim 732
- People v. John Z., 60 P.3d 183, 184 (Cal. 2003).
- Regina v Olugboja [1982] QB 320, (Court of appeal).
- State v. Baby, 946 A.2d 463, 486 (2008).

United States v. Traylor, 40 M.J. 248, 249 (C.M.A. 1994).

Kaitamaki v R [1985] AC 147.

R v Cooper and Schaub [1994] Crim LR 531 (CA)



ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล
ประวัติการศึกษา

นางสาวณัฐวรรณ ดวงกางใต้
พ.ศ. 2553 นิติศาสตรบัณฑิต
มหาวิทยาลัยรามคำแหง

