

การกำหนดเหตุการณ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

นภสร เพชรพลอย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
พ.ศ. 2559

The Provision of Gravity on Rape Offence

Napasorn Phetphloy

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

2016

ไม่มีเอกสารจากต้นฉบับ
หน้า ในบรรดงวิทยานิพนธ์

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การกำหนดเหตุการณ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา
ชื่อผู้เขียน	นภสร เพชรพลอย
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2558

บทคัดย่อ

จากการศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับเหตุการณ์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย ปรากฏว่ามีเหตุการณ์บัญญัติไว้ในสองมาตรา ได้แก่ มาตรา 276 วรรคสาม ซึ่งกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกันกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องได้รับโทษหนักขึ้นกว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราธรรมดา และมาตรา 277 วรรคสาม ซึ่งกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราต่อเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี และมาตรา 277 วรรคสี่ ซึ่งกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามวรรคก่อน โดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกันกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน ต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการข่มขืนกระทำชำเราธรรมดาอย่างน้อยลดหลั่นกันไปนั้น

เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัตินี้ดังกล่าวข้างต้นแล้ว จะเห็นว่ากฎหมายไทยในปัจจุบันยังไม่ครอบคลุมการกระทำที่ควรถือเป็นเหตุการณ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอีกหลายประการ อาทิ การข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำต่อผู้เสียหายโดยมีลักษณะโหดร้ายทารุณ, การกระทำต่อผู้เสียหายที่เป็นบุพการี, การกระทำต่อผู้เสียหายที่ไม่มีหนทางต่อสู้ เช่น หญิงมีครรภ์, คนชรา และผู้มีความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจ นอกจากนี้ยังขาดเหตุการณ์เกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราในสถานที่ซึ่งไม่เหมาะสม และการกระทำโดยล่อลวงผู้เสียหายให้มาพบโดยเหตุแห่งการโฆษณา ประกาศ หรือกระทำด้วยประการใดๆ ให้แพร่หลายซึ่งข้อความแก่บุคคลทั่วไปผ่านทางเครือข่ายคอมพิวเตอร์ (Computer Network) ผลจากการที่กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นเหตุการณ์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษเช่นเดียวกับการข่มขืนกระทำชำเราธรรมดา โดยไม่สอดคล้องกับลักษณะความรุนแรงของการกระทำความผิด

จากการศึกษาเหตุการณ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของกฎหมายต่างประเทศ คือ อังกฤษและฝรั่งเศส พบว่ากฎหมายต่างประเทศได้กำหนดถึงพฤติการณ์อันเป็นเหตุยกเว้นโทษอย่างกว้างขวางและชัดเจนกว่าที่ปรากฏในกฎหมายไทย เช่น การข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำต่อผู้เสียหายโดยมีลักษณะโหดร้ายทารุณ การกระทำต่อผู้เสียหายที่เป็นบุพการี การกระทำต่อผู้เสียหายที่ไม่มีหนทางต่อสู้ เช่น หญิงมีครรภ์ คนสูงอายุ และผู้ที่มีความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจ และยังมีการกำหนดเหตุยกเว้นโทษเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราในสถานที่ซึ่งไม่เหมาะสม และการกระทำโดยล่อลวงผู้เสียหายให้มาพบโดยเหตุแห่งการโฆษณา ประกาศ หรือกระทำด้วยประการใดๆ ให้แพร่หลายซึ่งข้อความแก่บุคคลทั่วไปผ่านทางเครือข่ายคอมพิวเตอร์ (Computer Network) ด้วย โดยกำหนดบทลงโทษผู้กระทำความผิดที่รุนแรงกว่าการข่มขืนกระทำชำเราธรรมดา ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญาของไทยควรจะได้รับแก้ไขเพิ่มเติมโดยกำหนดเหตุยกเว้นโทษให้มีความครอบคลุมและชัดเจนยิ่งขึ้นเพื่อให้มีการกำหนดบทลงโทษที่เหมาะสมได้สัดส่วนต่อลักษณะของการกระทำความผิด



Thesis Title	The Provision of Gravity on Rape Offence
Author	Napasorn Phetphloy
Thesis Advisor	Associate Professor Achariya Chutinun
Department	Law
Academic Year	2015

ABSTRACT

The study of grave offense of rape according to Thai Law could be seen that the grave offense of rape subject to Criminal Code section 276 was referred to as the action with firearm or explosives or mutual offence in the manner of sexually assaulting a woman or man in the same way. Besides, the offense grave of child sexual abuse in accordance with section 277 was referred to as action to the child under thirteen years old or mutual conviction in the manner of outrage to girls or boys in the same way or actions with firearm or explosives or any weapons.

In case of considering the grave offense, existing law is not appropriate to define the grave offense with “weapons”. In addition, the conduct of severe offence has not been regulated in Thai Law as grave offense resulting in the fact that the culprit is convicted with ordinary sanction, including sexually assault with the cruel conduct or maltreatment to the victim or raping parents or sexually abuse to people with physical or mental infirmity who cannot prevent themselves from sexual threat such as disabled person, person with physical impairment, person with unsound mind, pregnant woman or elderly people etc. It includes the case of sexual assault in improper places or that the victim meets the culprit as a result of publication, advertisement or any actions to propagate messages to general people through computer network. Such causes are the reason why the wrongdoer should be chastised with more severe penalty but this matter has not been regulated as grave offense in Thailand.

After studying the grave offense in case of sexual assault subject to foreign law, it was found that the foreign law consisted of the definition related to conducts with more severe penalty provisions and the victims with special protection. Accordingly, Thai Law should be properly regulated in terms of grave offense of sexual assault to cover conducts or people who

should receive more protection clearly and broadly in order that offenders will be punished proportionally to the offence committed.



กิตติกรรมประกาศ

ในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนต้องกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชุตินันท์ เป็นอย่างสูง ที่ได้กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาให้กับผู้เขียน คอยให้ความช่วยเหลือ ให้คำปรึกษา ให้คำแนะนำ และให้กำลังใจ อีกทั้งยังสละเวลาอันมีค่าในการชี้แนะแนวทางและ ตรวจทานจนวิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จไปได้ด้วยดี

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ประธานกรรมการ สอบวิทยานิพนธ์ พร้อมกันนี้ผู้เขียนขอกราบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อม ศรีสนิท และ อาจารย์ ดร. กรรภิรมย์ โกมลารชุน กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่ได้ให้ความกรุณาสละเวลาอันมีค่า มาเป็นประธานและกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ให้กับผู้เขียน อีกทั้งยังให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์ ชี้แนะข้อบกพร่อง และให้แนวทางการแก้ไขให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์และสำเร็จลุล่วง ไปได้ด้วยดี

ผู้เขียนขอกราบพระคุณบิดา มารดา ที่ให้การเลี้ยงดู ให้ความรัก ให้กำลังใจ ส่งเสริม ส่งเสีย และสนับสนุนผู้เขียนมาเป็นอย่างดีโดยตลอด ขอขอบพระคุณคุณตา คุณยายและญาติพี่น้องของ ผู้เขียนทุกท่านที่คอยให้กำลังใจผู้เขียนเสมอมา และขอขอบคุณเพื่อนของผู้เขียนที่คอยเป็นแรงกระตุ้น คอยให้คำแนะนำ และให้ความช่วยเหลือผู้เขียนในค้นหาข้อมูล ตรวจทาน และคอยให้กำลังใจ ผู้เขียนเสมอมา

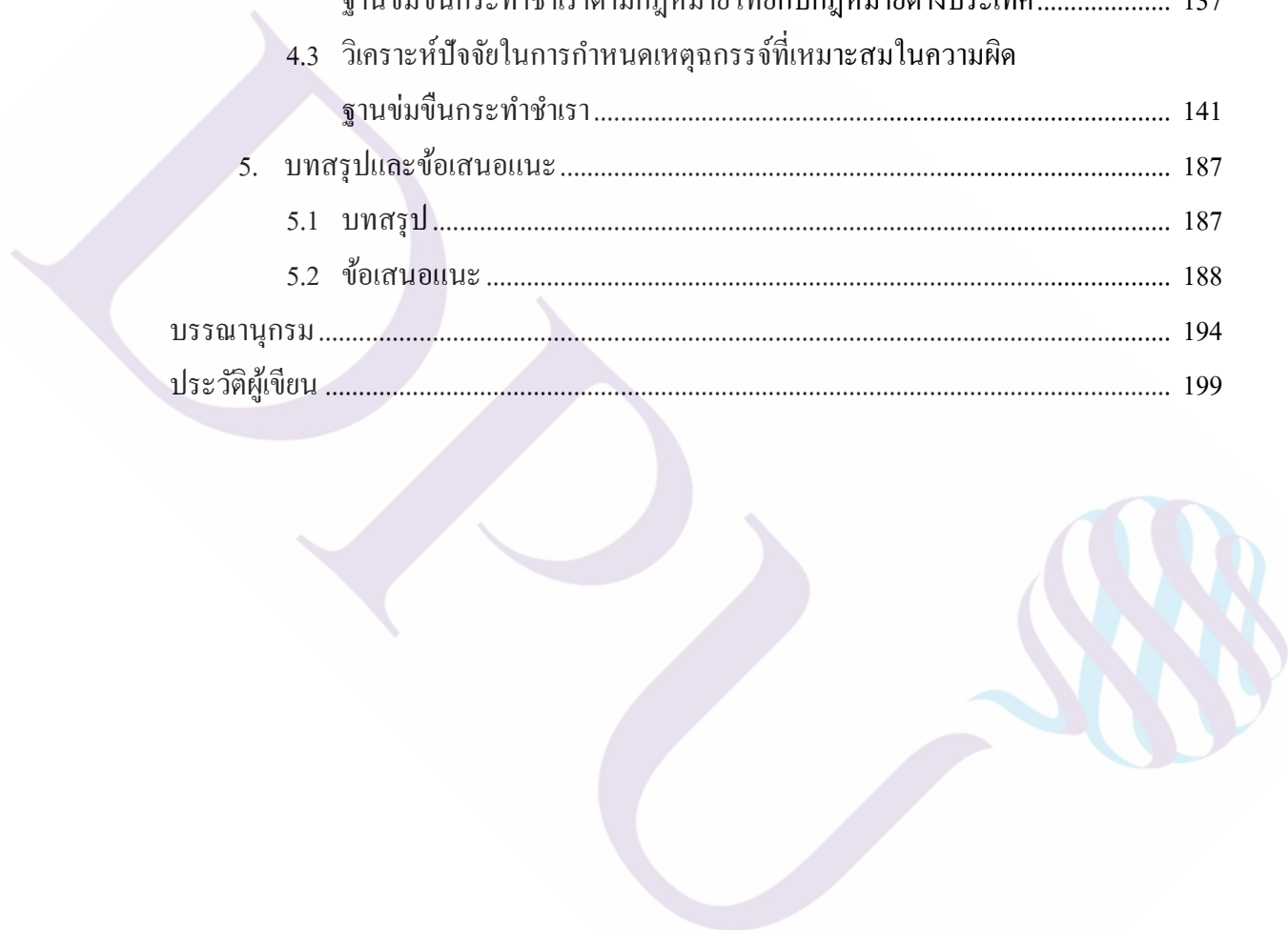
ท้ายที่สุดนี้ผู้เขียนหวังว่าวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะเป็นประโยชน์กับผู้ที่ต้องการศึกษา เรื่องนี้ และหวังว่าจะสามารถนำไปใช้ให้เกิดประโยชน์ต่อกระบวนการยุติธรรมได้ไม่มากนักน้อย คุณประโยชน์และสาระจากวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้เขียนขอมอบให้มารดาผู้เขียนที่ล่วงลับไปแล้ว ซึ่งเป็นผู้ผลักดันให้ผู้เขียนเรียนปริญญาโท และคอยให้กำลังใจผู้เขียนมาตลอด แม้ววันนี้มารดาจะไม่ได้ อยู่คู่ความสำเร็จของผู้เขียน แต่ผู้เขียนเชื่อว่ามารดารับรู้ถึงความตั้งใจและความสำเร็จของผู้เขียน และขอมอบคุณงามความดีให้กับผู้แต่งหนังสือ บทความ และวิทยานิพนธ์ทุกท่านที่ผู้เขียนได้ใช้อ้างอิงในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หากมีข้อผิดพลาดประการใดผู้เขียนใคร่ขอน้อมรับไว้แต่เพียง ผู้เดียว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
สารบัญตาราง	๘
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	7
1.3 สมมุติฐานของการศึกษา.....	7
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	8
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา	8
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	9
2. แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดเหตุการณ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา	10
2.1 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความผิดอาญาและโทษทางอาญา	10
2.2 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษและวัตถุประสงค์ของการลงโทษ	28
2.3 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุการณ์	51
2.4 คุณธรรมทางกฎหมาย	66
2.5 วิวัฒนาการความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเรา	71
2.6 เหตุการณ์ เหตุเพิ่มโทษ และผลเหตุการณ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา	90
3. การกำหนดเหตุการณ์ในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามกฎหมายต่างประเทศ.....	106
3.1 การกำหนดเหตุการณ์ในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามกฎหมายระบบ Common Law.....	106
3.2 การกำหนดเหตุการณ์ในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามกฎหมายระบบ Civil Law	120
4. วิเคราะห์เปรียบเทียบการกำหนดเหตุการณ์ที่เหมาะสมในความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเรา	130

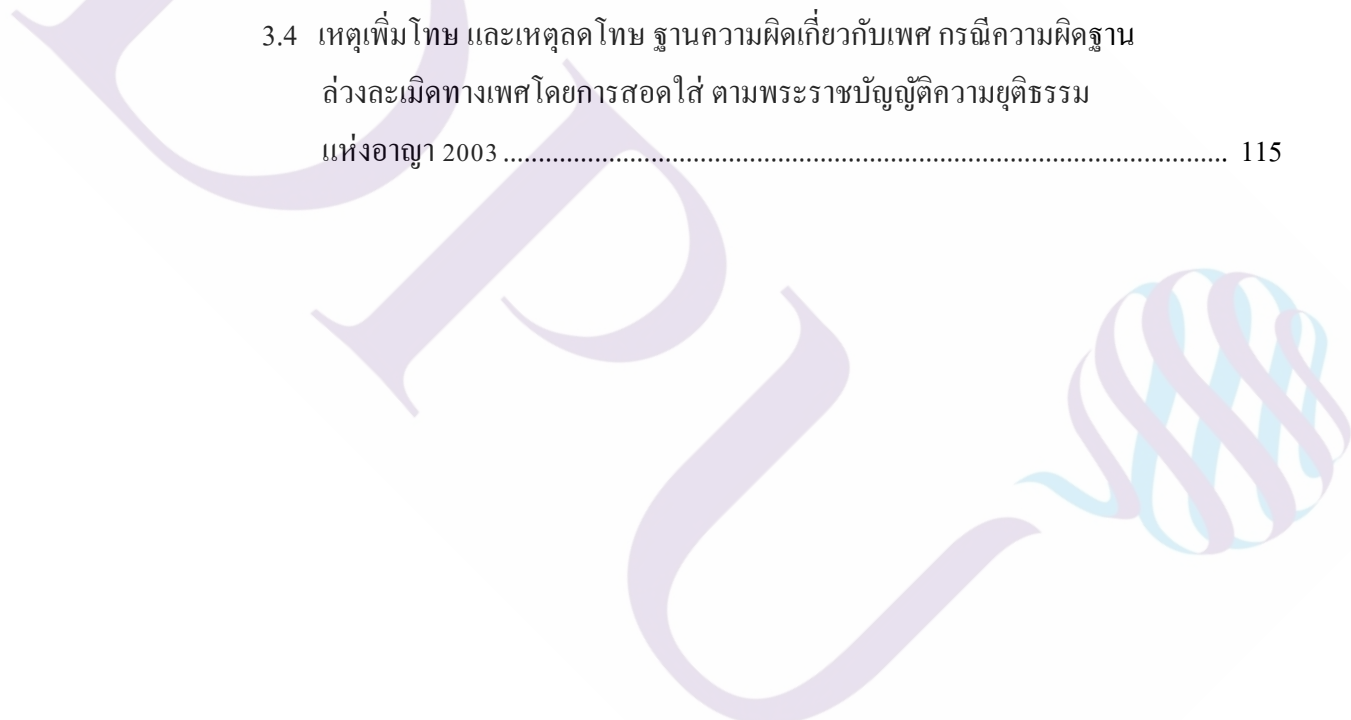
สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4.1 วิเคราะห์ปัญหาในการกำหนดเหตุจรรยาในความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายไทย.....	130
4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบการกำหนดเหตุจรรยาและเหตุเพิ่มโทษในความผิด ฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ.....	137
4.3 วิเคราะห์ปัจจัยในการกำหนดเหตุจรรยาที่เหมาะสมในความผิด ฐานข่มขืนกระทำชำเรา.....	141
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ	187
5.1 บทสรุป.....	187
5.2 ข้อเสนอแนะ	188
บรรณานุกรม.....	194
ประวัติผู้เขียน	199



สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
3.1 หลักเกณฑ์ในการกำหนดบทลงโทษผู้ที่กระทำความผิดอาญา ในเหตุกรรจ์ ฐานความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามพระราชบัญญัติความยุติธรรมแห่งอาญา 2003	110
3.2 เหตุเพิ่มโทษ และเหตุลดโทษ ฐานความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณีความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเรา ตามพระราชบัญญัติความยุติธรรมแห่งอาญา 2003	111
3.3 หลักเกณฑ์ในการกำหนดบทลงโทษผู้ที่กระทำความผิดอาญาในเหตุกรรจ์ ฐานความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ ตามพระราชบัญญัติความยุติธรรมแห่งอาญา 2003	114
3.4 เหตุเพิ่มโทษ และเหตุลดโทษ ฐานความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณีความผิดฐาน ล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ ตามพระราชบัญญัติความยุติธรรม แห่งอาญา 2003	115



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

กรณีใดจะเป็น “ความผิดอาญา” กฎหมายจะกำหนดโดย “การกระทำ” ใดๆก็ตาม ความผิดอาญา ก็เป็นผลงานของมนุษย์หรือของผู้กระทำความผิด และในผลของการกระทำความผิดนั้น แสดงให้เห็นถึงพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดนั้นด้วย ปัญหาของการบัญญัติกฎหมายอาญา จึงมีว่าควรจะบัญญัติกฎหมายอาญาโดยการกำหนดเงื่อนไขของการลงโทษตามลักษณะของการกระทำ หรือควรจะบัญญัติกฎหมายอาญาโดยการกำหนดเงื่อนไขของการลงโทษตามลักษณะพฤติกรรมของผู้กระทำความผิด กฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันเป็น “กฎหมายอาญาบนพื้นฐานของการกระทำ” คือการลงโทษจะผูกไว้โดยตรงกับการกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่การที่จะลงโทษสำหรับการกระทำใดได้หรือไม่ นั้น ย่อมจะต้องขึ้นอยู่กับว่าจะตำหนิผู้กระทำความผิดอันเนื่องมาจากการกระทำนั้นได้หรือไม่ กล่าวคือ การลงโทษจะเป็นเรื่องของ “ความชั่วของการกระทำ” ใดๆก็ตาม ในบางกรณีกฎหมายก็จะบัญญัติโดยคำนึงถึงตัวผู้กระทำความผิดด้วย ในกรณีนี้ ความสำคัญของการการตำหนิได้จะอยู่ที่ว่าผู้กระทำความผิดนั้นมีพฤติกรรมที่เป็นอันตรายหรือมีพฤติกรรมที่เป็นอาชญากรหรือไม่¹

การบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดตามกฎหมาย ซึ่งจะบัญญัติไว้เป็นความผิดฐานต่าง ๆ ก็เพื่อประสงค์จะคุ้มครองการอยู่ร่วมกันในสังคมของมนุษย์ หรือเรียกว่า "คุณธรรมทางกฎหมาย" มนุษย์ทุกคนจะอยู่เป็นปกติสุขได้ก็ต่อเมื่อทุกคนเคารพและไม่ละเมิดสิทธิ และประโยชน์ของผู้อื่น ประโยชน์ดังกล่าวจึงเป็นปทัสถาน และความผิดอาญาก็มาจากปทัสถานเหล่านั้น ดังนั้น คุณธรรมทางกฎหมายจะต้องพิเคราะห์จากตัวบทว่าแท้จริงแล้วกฎหมายอาญามาตรานั้น ๆ มุ่งประสงค์จะคุ้มครองสิ่งใด สำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำเรานั้น มนุษย์ทุกคนมีเสรีภาพในการที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงเป็นเสรีภาพในการตัดสินใจประกอบกิจในทางกาม ดังนั้นหากผู้ถูกกระทำไม่ยินยอม หรือถูกหลอกให้ร่วมประเวณีด้วย ย่อมเป็นการฝ่าฝืนต่อเสรีภาพในการตัดสินใจดังกล่าว

¹จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น.56), โดย คณิต ฅ นคร, 2554, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ผู้กระทำจึงมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่หากผู้ถูกกระทำยินยอมด้วย เสรีภาพในการตัดสินใจประกอบกิจในทางกามก็ไม่ถูกทำลาย จึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา การบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดอาญาก็เพื่อประสงค์คุ้มครองเสรีภาพของผู้ถูกระทำ และจะเห็นได้ว่าการข่มขืนกระทำชำเราไม่ได้กระทบต่อเสรีภาพของผู้ถูกระทำเท่านั้น แต่บางรายจะกระทบต่อร่างกาย ชื่อเสียง และอาจถึงขั้นเสียชีวิต ดังนั้นกฎหมายอาญาจำเป็นจะต้องมีการบัญญัติเหตุฉกรรจ์ ซึ่งเป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น หากมีการกระทำที่ร้ายแรงไม่สมควร หรือมีการกระทำที่กระทบต่อร่างกาย หรือชีวิตของผู้ถูกระทำ

บทบัญญัติของกฎหมายในความผิดเกี่ยวกับเพศถูกบัญญัติขึ้นเป็นนครั้งแรกในกฎหมายตราสามดวง ตามพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน โดยมิเจตนาารมณ์ที่จะมุ่งคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดา มารดาของผู้เสียหายที่อาจถูกรหาหรือถูกนินทา และคุ้มครองเกียรติยศหรือศักดิ์ศรีของชายผู้เป็นสามีมากกว่าที่จะมุ่งปกป้องหญิงหรือเด็กหญิงที่ตกเป็นผู้เสียหายจากการถูกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารโดยตรง ซึ่งกฎหมายดังกล่าวไม่ได้ให้ความคุ้มครองหญิงผู้เสียหายแต่อย่างใด ต่อมาได้มีการประกาศใช้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 เนื่องจากกฎหมายเดิมที่ว่าด้วยการข่มขืนกระทำชำเราหญิงยังมีความบกพร่องอยู่หลายประการเป็นเหตุให้เกิดความสงสัย ในการพิจารณาพิพากษาคดีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ทำให้ต้องมีการแก้ไขกฎหมายใหม่ ให้ชัดเจนขึ้น โดยพระราชกำหนดดังกล่าวมุ่งที่จะลงโทษพฤติกรรมการกระทำ ความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถูกระทำมากกว่าการป้องกันการล่วงละเมิดอำนาจปกครองหญิง ส่วนความผิดฐานกระทำอนาจารนั้น ไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติไว้ในพระราชกำหนดฉบับนี้ หรือรวบรวมประกาศ ใช้เป็นกฎหมายเฉพาะ จึงยังคงใช้บทบัญญัติที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนบังคับ อย่างไรก็ตาม การบัญญัติกฎหมายในความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายทั้งสองฉบับยังไม่สอดคล้องกับหลักความยุติธรรม ประกอบกับประเทศไทยต้องการยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตของชาวต่างประเทศ จึงได้มีการตรากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ขึ้นใช้บังคับ ส่งผลให้บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารตามพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนและพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ถูกยกเลิกทุกมาตรา โดยกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 แบ่งความผิดทางเพศออกเป็น 2 หมวด ได้แก่ความผิดฐานกระทำอนาจารอันเกี่ยวแก่สาธารณชนและความผิดฐานข่มขืนทำชำเราปัจจุบันบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศถูกบัญญัติไว้ในภาค 2 ภาคความผิดลักษณะ 9 ของประมวลกฎหมายอาญา โดยนับตั้งแต่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาเป็นต้นมา บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ

ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอีกหลายครั้ง ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขเรื่องอัตราโทษหรืออายุของเด็กในการให้ความยินยอม²

จนกระทั่งปี พ.ศ.2550 สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้แก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และมาตรา 277 โดยเฉพาะการขยายความหมายของคำว่า "กระทำชำเรา" ให้กว้างขวางมากยิ่งขึ้น ทำให้มาตรา 276³ มีความหมายเปลี่ยนไปมาก เนื่องจากเดิมบทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุในความแตกต่างในเรื่องเพศ ที่คุ้มครองเฉพาะผู้ถูกระทำที่เป็นผู้หญิงเท่านั้น จึงมีการแก้ไขให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง

ต่อมาล่าสุดสภานิติบัญญัติแห่งชาติ โดยการเสนอของคณะรัฐมนตรี ได้มีการเพิ่มบทบัญญัติมาตรา 285/1 ในกรณีหากเป็นการกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็ก ห้ามผู้กระทำอ้างความไม่รู้เรื่องอายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิด โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่สร้างความเสียหายมากที่สุดต่อผู้ถูกระทำ เป็นความผิดต่อเสรีภาพ ต่อร่างกาย และอาจนำไปสู่ความผิดต่อชีวิต ส่งผลกระทบต่อร่างกาย ซื่อเสียด เกียรติยศ และสภาพจิตใจของผู้ถูกระทำเป็นอย่างมาก ผู้ถูกระทำจะรู้สึกหวาดกลัว วิตกกังวล อับอาย มีปมด้อย หรือเป็นโรคซึมเศร้า จนไม่สามารถใช้ชีวิตในสังคมได้ตามปกติ ทั้งยังมีความเสี่ยงที่จะตั้งครรภ์ และเสี่ยงที่จะติดเชื้อโรค HIV หรือโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์อื่น ๆ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดเหตุฉกรรจ์ที่เหมาะสม เพื่อให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ซึ่งกฎหมายอาญาในปัจจุบันได้กำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดข่มขืนกระทำชำเราไว้ในมาตรา 276 วรรคสาม⁴ คือ 1) กรณีที่กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธ

² ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต), โดย สุมณัส ตั้งเจริญกิจกุล, 2552, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้นั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้นั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่ากระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”.

⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสาม “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำ

ป็นหรือวัตถุระเบิด 2) กรณีที่กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน และหากเป็นการกระทำกับเด็กก็จะกำหนด เหตุกรณจ้ไว้ในมาตรา 277 วรรคสาม คือ กรณีกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมเด็กหญิง หรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน 2) กรณีที่กระทำโดยมิหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด 3) กรณีที่ได้กระทำโดยใช้อาวุธ และกฎหมายได้กำหนดความผิดที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น เนื่องจากผลหากการข่มขืนกระทำชำเราเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำได้รับอันตรายสาหัส หรือถึงแก่ ความตาย ซึ่งผู้กระทำอาจต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือประหารชีวิต ไว้ในมาตรา 277 ทวิ⁵ และ มาตรา 277 ตริ⁶ และมีเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว ถ้าเป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ที่อยู่ในความ คูแดูแล ผู้อยู่ในความดูแลควบคุมหน้าที่ราชการหรือผู้ที่อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือ ในความอนุบาล ซึ่งทำให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม ไว้ ในมาตรา 285⁷

แต่จะเห็นได้ว่าในปัจจุบันเกิดการล่วงละเมิดทางเพศมากขึ้นเรื่อย ๆ เนื่องจากสภาพ สังคมที่เปลี่ยนแปลงไปเป็นยุคเทคโนโลยี โดยเฉพาะอย่างยิ่งสื่อสังคมออนไลน์ ทำให้การเข้าถึง สื่อลามก อนุจารต่าง ๆ ทำได้ง่ายขึ้น ทั้งยังสามารถเข้าถึงได้ทุกเพศ ทุกวัย สิ่งยั่วยุเหล่านี้เป็นปัจจัย ที่จะกระตุ้นอารมณ์ทางเพศ จึงเห็นได้ว่ามีข่าวข่มขืนเกิดขึ้นทุกวัน วันละหลาย ๆ ราย และจะเห็น

กับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่น บาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”.

⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ทวิ “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง หรือมาตรา 277 วรรคหนึ่งหรือวรรคสาม เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำ

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่สามหมื่น บาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต.

⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ตริมาตรา 277 “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคสาม หรือมาตรา 277 วรรคสี่ เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำ”

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต.

⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้ที่อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือใน ความอนุบาล ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม”.

ได้ว่า ในปัจจุบันการข่มขืนกระทำชำเรา นับวันยิ่งจะทวีความรุนแรงขึ้นเรื่อย ๆ และมีลักษณะการกระทำที่ชั่วร้ายขาดศีลธรรม เช่น ข่มขืนและทำร้ายร่างกายจนพิการ ข่มขืนโดยวิธฐาน โดยทรมาน ทารุณ โหดร้าย ข่มขืนผู้สูงอายุ ข่มขืนหญิงตั้งครรภ์ ข่มขืนเด็กทารก ข่มขืนคนพิการ หรือ คนวิกลจริต ข่มขืนแล้วฆ่าอย่างโหดร้ายทารุณ จะเห็นได้ว่าเหยื่ออาชญากรรมเป็นปัจจัยสำคัญ ที่มีผลต่อการก่อให้เกิดอาชญากรรม ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยกลุ่มบุคคลที่ตกเป็นเหยื่อได้ง่ายคือ เหยื่อที่มีความอ่อนแอในทางชีวภาพ (Biologically Weak Victims) เหยื่อประเภทนี้อ่อนแอทั้งทางร่างกายและจิตใจ เป็นผลให้อาชญากรรมมีความคิดที่จะกระทำร้ายต่อเขา เช่น คนแก่ เด็ก ผู้หญิง คนเจ็บป่วยทางจิต ถือว่าเป็นเหยื่อที่มีความอ่อนแอในทางชีวภาพ แม้ว่าคนพวกนี้จะไม่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมก็ตาม ก็นับว่าเป็นเหยื่อของอาชญากรรม แม้กฎหมายจะพยายามขยายความรับผิดชอบ และสร้างความคุ้มครองให้กับผู้ถูกกระทำ หรือเหยื่อมากขึ้น แต่จะเห็นว่าสังคมจะมุ่งคุ้มครองเด็ก เนื่องจากเห็นว่าเด็กมีอายุน้อยที่ไม่สามารถรับรู้ หรือป้องกันตัวเองได้จากภัยอันตรายทั้งใกล้ตัว และไกลตัว จึงมีการกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อนุาจารเด็ก เป็นความผิดแยกออกมาจากความผิดข่มขืนกระทำชำเราในบททั่วไป ตามมาตรา 276 หากลองมองสภาพสังคมในปัจจุบันยังมีบุคคลอื่นกลุ่มหนึ่งที่ตกอยู่ในสภาวะอ่อนแอ คือโอกาส ไร้ความสามารถ ไม่อาจช่วยเหลือหรือป้องกันตัวเองให้พ้นจากภัยข่มขืนได้ คือ ผู้พิการทุพพลภาพ คนวิกลจริต หญิงมีครรภ์ หรือแม้แต่คนสูงอายุ ซึ่งมีข่าวออกมาให้เห็นกันอยู่บ่อย ๆ ว่ามีการข่มขืนบุคคลคนเหล่านี้ ซึ่งผู้กระทำความผิดควรได้รับโทษที่หนักกว่าการข่มขืนบุคคลธรรมดา เนื่องจากบุคคลพิการ มีร่างกายที่ไม่ปกติเหมือนบุคคลทั่วไป หรือคนวิกลจริตที่ไม่สามารถรับรู้ได้ตามปกติ สตรีมีครรภ์ คนติดยาเสพติดที่สมองถูกทำลายจนไม่สามารถมีสติ หรือคิดอ่านได้เหมือนเช่นคนทั่วไป หรือคนชราที่มีร่างกายไม่แข็งแรง บุคคลเหล่านี้ล้วนเป็นบุคคลที่ไม่สามารถช่วยเหลือปกป้องตัวเองได้เหมือนเช่นคนปกติ การข่มขืนบุคคลเหล่านี้ถือว่าการกระทำที่ร้ายแรง ทั้งยังเป็นการซ้ำเติมบุคคลที่มีความผิดปกติทางร่างกาย หรือจิตใจ เช่นที่ปรากฏในข่าว กรณีข่มขืนหญิงสาวพิการซ้ำซ้อน ขาดใจ เดินไม่ได้ ทั้งยังเป็นไปช่วยเหลือตนเองไม่ได้ จนตั้งครรภ์⁸ หรือกรณีที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราบุพการี ซึ่งเป็นบุคคลที่ให้กำเนิด หรือเลี้ยงดูผู้กระทำมา แม้กฎหมายจะกำหนดเหตุเพิ่มโทษเฉพาะไว้ในมาตรา 285 กรณีที่เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ที่อยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความดูแลควบคุมหน้าที่ราชการหรือผู้ที่อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ซึ่งทำให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม ก็เป็นการเพิ่มโทษแก่บุคคลที่ใช้อำนาจ

⁸ จาก *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (น.60), 2557, โดย อัจฉริยา ชูตินันท์, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁹ *สาวพิการซ้ำซ้อน ถูกข่มขืนจนท้องไร้คนเหลียวแล*. โดย ไทยรัฐ, 2556, สืบค้น จาก <http://www.thairath.co.th/content/110249>.

ปกครองตามกฎหมายในการกระทำทางเพศต่อผู้อยู่ในอำนาจปกครอง ก็ยังไม่ได้คุ้มครองไปถึงการเพิ่มโทษให้กับผู้กระทำที่กระทำต่อผู้พิการทุพพลภาพ บุคคลวิกลจริต หญิงมีครรภ์ หรือผู้สูงอายุทั่ว ๆ ไป ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นเหยื่อที่อยู่ภายใต้อำนาจปกครอง หรือดูแลของผู้กระทำ หรือกรณีเหตุฉุกเฉินตามมาตรา 276 วรรคสาม ที่กำหนดให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นหากเป็นการข่มขืนกระทำชำเราโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ซึ่งจะเห็นได้ว่าผู้กระทำจะรับโทษหนักขึ้นต่อเมื่อมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ซึ่งการบัญญัติให้กรณีดังกล่าวเป็นเหตุฉุกเฉินเนื่องจากเห็นว่าอาวุธปืน หรือวัตถุระเบิดเป็นอาวุธร้ายแรง ซึ่งหมายความว่าหากผู้กระทำ มีหรือใช้อาวุธอย่างอื่นที่ไม่ใช่ปืนหรือวัตถุระเบิดก็จะไม่เข้าเหตุฉุกเฉินตามมาตรา 276 วรรคสาม ซึ่งอาวุธที่อาจทำให้ผู้ถูกกระทำกลัวว่า จะได้รับอันตรายต่อร่างกายหรือชีวิต จนยอมให้ผู้กระทำข่มขืนกระทำชำเราตนได้อาจเป็นอาวุธอย่างอื่นที่ไม่ใช่ปืนหรือวัตถุระเบิด เช่น มีดสปาด้า มีดสปริง เหล็กขูดซาร์ป หรืออาวุธอื่น ๆ ก็สามารถทำให้เหยื่อกลัวและใช้ทำอันตรายกับเหยื่อให้ถึงแก่ชีวิตได้เช่นกัน หรือกรณีข่มขืนในสถานที่ซึ่งไม่สมควร เช่น ข่มขืนบนรถไฟ ท่าอากาศยาน เป็นต้น สถานที่เหล่านี้ล้วนเป็นสถานที่ซึ่งมีคนพลุกพล่าน การก่อเหตุในสถานที่เช่นนี้ ถือเป็นกระทำที่อุกอาจและไม่สมควร หรือกรณีที่ผู้กระทำรู้ว่าตนเองเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์แล้วไปกระทำการข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ทำให้ผู้ถูกกระทำต้องได้รับความทุกข์ทรมานจากการติดเชื้อนั้นไปด้วย

ซึ่งเดิมคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้น คือมุ่งคุ้มครองเสรีภาพในการตัดสินใจ แต่จริง ๆ แล้วกฎหมายควรคุ้มครองถึงร่างกาย และชีวิตของผู้ถูกกระทำด้วย จึงเห็นได้ว่ายังมีเหตุ หรือปัจจัยอื่น ๆ ของผู้กระทำ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่สมควรกำหนดเป็นเหตุฉุกเฉินให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้น โดยพิจารณาจากพฤติการณ์ชั่วร้ายของผู้กระทำ หรือพิจารณาจากความสัมพันธ์ของผู้กระทำกับผู้ถูกกระทำ หรือพิจารณาจากบุคคลที่ควรได้รับความคุ้มครอง หรือพิจารณาจากปัจจัยอื่น ๆ ดังนั้นจึงสมควรกำหนดเหตุฉุกเฉินเพิ่มเติมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเพื่อคุ้มครองเหยื่อที่มีความอ่อนแอ และด้วยโอกาสในการป้องกันตัว ซึ่งตกเป็นเหยื่อของอาชญากรได้ง่าย รวมทั้งการกำหนดการกระทำที่มีความโหดร้ายหรือทารุณร่วมด้วย หรือกำหนดความผิดเรื่องการมีอาวุธนอกเหนือจากอาวุธปืนให้เป็นเหตุฉุกเฉินหรือเหตุอื่น ๆ เป็นต้น เพื่อเป็นการป้องกันการก่อให้เกิดอาชญากรรม ที่นับวันจะมีความรุนแรงมากขึ้นเรื่อย ๆ โดยศึกษาเปรียบเทียบกับความผิดเกี่ยวกับเพศของต่างประเทศที่มีการกำหนดเหตุฉุกเฉินเพิ่มเติมเกี่ยวกับความผิดของเพศไว้หลายกรณี เพื่อนำมาปรับใช้กับประเทศไทยให้ครอบคลุมและเหมาะสม สอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบันมากยิ่งขึ้น

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ และการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นอันเนื่องมาจากเหตุฉกรรจ์ ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา รวมถึงคุณธรรมทางกฎหมาย และประวัติความเป็นมาของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายไทย

2. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดจากการบัญญัติกฎหมายที่จะลงโทษกับผู้กระทำความผิดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นนั้น มีขอบเขตความรับผิดชอบซึ่งยังไม่เหมาะสมและไม่ครอบคลุมการกระทำความผิดกรณีกระทำต่อผู้บุพการี กระทำต่อบุคคลที่มีสภาพความอ่อนแอทางร่างกาย หรือจิตใจ กรณีที่ผู้กระทำความผิดมีการฉ้อโกงรุนแรง หรือชั่วร้าย กรณีกระทำในสถานที่ซึ่งไม่ควร และกรณีกระทำโดยรู้ย่อว่าผู้ถูกกระทำจะต้องได้รับผลกระทบที่เลวร้าย เป็นต้น

3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาตลอดจนลักษณะเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ

4. เพื่อเสนอมาตรการทางกฎหมาย หรือแนวทางที่เหมาะสมในการปรับปรุงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยการแก้ไขและกำหนดเหตุฉกรรจ์เพิ่มเติมสำหรับกรณีกระทำต่อผู้บุพการี กระทำต่อบุคคลที่มีสภาพความอ่อนแอทางร่างกาย หรือจิตใจ กรณีที่ผู้กระทำความผิดมีการฉ้อโกงรุนแรง หรือชั่วร้าย กรณีกระทำในสถานที่ซึ่งไม่สมควร และกรณีกระทำโดยรู้ย่อว่าผู้ถูกกระทำจะต้องได้รับผลกระทบที่เลวร้าย เพื่อให้มีความเหมาะสม และครอบคลุมกับสถานการณ์ในปัจจุบัน

1.3 สมมุติฐานของการศึกษา

บทบัญญัติในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 ตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งได้กำหนดถึงเหตุฉกรรจ์ ซึ่งมีเพียง 2 กรณี คือ กรณีการกระทำข่มขืนกระทำชำเราที่มีลักษณะเป็นการโทรมหญิงและชาย และกรณีการข่มขืนกระทำชำเราโดยมีมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด เท่านั้น แม้กฎหมายจะมีการเพิ่มโทษเฉพาะตัวตามมาตรา 285 ถ้าเป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ที่อยู่ในความดูแล ผู้ที่อยู่ในความดูแลควบคุมหน้าที่ราชการหรือผู้ที่อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ก็ยังไม่ครอบคลุมกรณีการข่มขืนกระทำชำเราบุพการี หรือกลุ่มบุคคลที่ตกอยู่ในสถานะที่อ่อนแอทางร่างกาย หรือจิตใจ ไร้ความสามารถจึงไม่อาจป้องกันตัวเองให้พ้นจากภัยข่มขืนได้ เช่น ผู้พิการผู้ทุพพลภาพ คนวิกลจริต หญิงมีครรภ์ หรือแม้แต่นักสูงอายุ ซึ่งไม่ได้จำกัดว่าผู้ถูกกระทำจะต้องเป็นเหยื่อที่อยู่ภายใต้อำนาจปกครองของผู้กระทำความผิด หรือกรณีที่ผู้กระทำความผิดมีการฉ้อโกงรุนแรง หรือชั่วร้าย เช่น การข่มขืนกระทำชำเรา

โดยทรมาน หรือทารุณ โหดร้าย กรณีการกระทำความผิดโดยมีหรือใช้อาวุธอื่นที่ไม่ใช่อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด กรณีการกระทำความผิดในสถานที่ซึ่งไม่สมควร หรือกรณีกระทำโดยรู้หรือว่าผู้ถูกกระทำจะต้องได้รับผลกระทบที่เลวร้าย เป็นต้น

จึงควรมีการกำหนดเหตุจรรยาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราให้มีความเหมาะสมและครอบคลุมกับสถานการณ์ในสังคมไทย เพื่อเป็นการยับยั้งข่มขู่ และป้องปรามการกระทำความผิดในกรณีร้ายแรงของอาชญากรทางเพศ

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

จะทำการศึกษาในเรื่องวัตถุประสงค์ของการลงโทษ แนวความคิดในการกำหนดความผิด และกำหนดโทษเกี่ยวกับการกระทำความผิดซึ่งเป็นแนวทางในการกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นอันเนื่องมาจากเหตุจรรยา และศึกษาวิวัฒนาการ คุณธรรมทางกฎหมาย ขอบเขตความรับผิดชอบ รวมทั้งเหตุจรรยาที่ทำให้ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษหนักขึ้นในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยจะทำการศึกษาเปรียบเทียบระหว่างบทบัญญัติในความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราของต่างประเทศ เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขการกำหนดเหตุจรรยาเพิ่มเติมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 ให้มีความเหมาะสม และครอบคลุมกับสถานการณ์สังคมไทยในปัจจุบัน

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์เล่มนี้เป็นการศึกษาค้นคว้าทางเอกสาร (Documentary Research) ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ รวมทั้งข้อมูลจากทางอินเทอร์เน็ต โดยค้นคว้าจากตัวบทกฎหมาย หนังสือ จุลสาร วารสาร บทความ ความเห็นของนักวิชาการต่าง ๆ และคำพิพากษาของศาล โดยนำข้อมูลมารวบรวม เรียบเรียง วิเคราะห์ และนำมาซึ่งข้อสรุปเกี่ยวกับแนวทางการแก้ไข ปรับปรุงบทบัญญัติของประมวลอาญาในการกำหนดเหตุจรรยาที่เกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ในมาตรา 276 และความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ และการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นอันเนื่องมาจากเหตุการณ์ ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา รวมถึงคุณธรรมทางกฎหมาย และประวัติความเป็นมาของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายไทย

2. ทำให้ทราบปัญหาถึงที่เกิดจากการบัญญัติกฎหมายที่จะลงโทษกับผู้กระทำความผิดให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้นนั้น มีขอบเขตความรับผิดชอบซึ่งยังไม่เหมาะสมและไม่ครอบคลุมการกระทำความผิดกรณีกระทำต่อผู้บุพการี กระทำต่อบุคคลที่มีสภาพความอ่อนแอทางร่างกายหรือจิตใจ กรณีที่ผู้กระทำมีพฤติการณ์รุนแรงหรือชั่วร้าย กรณีกระทำในสถานที่ซึ่งไม่ควร และกรณีกระทำโดยรู้ว่าคุณผู้ถูกกระทำจะต้องได้รับผลกระทบที่เลวร้าย เป็นต้น

3. ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาตลอดจนลักษณะเหตุการณ์ ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ

4. ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมาย หรือแนวทางที่เหมาะสมในการปรับปรุงบทบัญญัติ ในประมวลกฎหมายอาญา ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยการแก้ไขและกำหนดเหตุการณ์เพิ่มเติมในกรณีกระทำต่อผู้บุพการี กระทำต่อบุคคลที่มีสภาพความอ่อนแอทางร่างกายหรือจิตใจ กรณีที่ผู้กระทำมีพฤติการณ์รุนแรง หรือชั่วร้าย กรณีกระทำในสถานที่ซึ่งไม่ควร และกรณีกระทำโดยรู้ว่าคุณผู้ถูกกระทำจะต้องได้รับผลกระทบที่เลวร้าย เป็นต้น เพื่อให้มีความเหมาะสมและครอบคลุมกับสถานการณ์ในปัจจุบัน

บทที่ 2

แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดเหตุการณ์ในความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเรา

บทนี้เป็นการศึกษาถึงแนวคิดทฤษฎีพื้นฐานเกี่ยวกับการกำหนดความผิดและโทษทางอาญา ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษและวัตถุประสงค์ของการลงโทษ แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุการณ์ คุณธรรมทางกฎหมาย รวมทั้งวิวัฒนาการความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพื่อจะนำไปเป็นแนวทางในการพัฒนา ปรับปรุงแก้ไข และเพิ่มเติมการกำหนดเหตุการณ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต่อไป

2.1 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความผิดและโทษทางอาญา

การกำหนดความผิดและโทษทางอาญา หรือทฤษฎีอาญา จะศึกษาถึงศาสตร์ทั้งหลายที่ว่าด้วยการนิบัญญัติทางอาญา การนิบัญญัติทางอาญานั้น แบ่งออกเป็นสองส่วนด้วยกัน¹ คือ

1. ส่วนของสารบัญญัติ ประกอบด้วยกำหนดความผิด ซึ่งเป็นเรื่องของการให้คำนิยามแก่พฤติกรรมที่ต้องห้าม พร้อมกันนั้นก็กำหนดผลลัพธ์ของพฤติกรรม หรือการกำหนดโทษให้ความผิดนั้น ๆ เช่น การลงโทษ หรือมาตรการอื่นใดที่เหมาะสม อันถือว่าเป็นสภาพบังคับ

2. ส่วนของวิธีบัญญัติ หมายถึง การกำหนดถึงกระบวนการหรือวิธีการที่จะบังคับหรือดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายสารบัญญัติ เช่นการกำหนดขั้นตอนวิธีการในการได้ตัวผู้กระทำความผิดตามที่กฎหมายสารบัญญัติกำหนดไว้มาลงโทษ

ดังนั้นในการกำหนดความผิดและโทษจึงอยู่ในส่วนของสารบัญญัติ ที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำใดบ้างเป็นความผิด และความผิดนั้นสมควรจะลงโทษอย่างไร เท่าไรจึงจะเหมาะสมกับการกระทำความผิดนั้น

หลักกฎหมายอาญาตามแนวคิดของซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria) นักปรัชญาด้านกฎหมายอาญาคณสำคัญในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 18 ได้เสนอแนวคิดที่เป็นการวางรากฐานกฎหมาย

¹ จาก ทฤษฎีอาญา (น.49-50), โดย อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, 2548, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

อาญาไว้ว่า การที่รัฐสามารถออกกฎหมายกำหนดการกระทำใดที่รัฐห้ามมิให้กระทำเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวมได้นั้น เนื่องจาก “ทฤษฎีสัญญาประชาคม” (Social Contract) ที่ประชาชนยินยอมพร้อมในกันยกอำนาจของตนให้กับรัฐ เพื่อให้รัฐเป็นตัวแทนของตนในการทำหน้าที่ดูแลรักษาความสงบเรียบร้อย ประชาชนจึงต้องยินยอมที่จะจำกัดเสรีภาพของตนเองบางประการ โดยให้สัญญาว่าจะไม่กระทำการบางอย่าง หรืออาจต้องกระทำการบางอย่างที่จำเป็นต่อการรักษาความสงบของสังคมส่วนรวม เสรีภาพที่ประชาชนยอมเสียสละนี้รัฐได้บัญญัติออกมาเป็นสิ่งที่เรียกว่า “กฎหมาย” เพื่อกำหนดสิ่งที่ห้ามกระทำ และสิ่งที่บังคับให้กระทำ หากฝ่าฝืนจะมีบทลงโทษ รัฐจึงมีอำนาจที่จะออกกฎหมายเพื่อกำหนดข้อห้ามเพื่อควบคุมความประพฤติของมนุษย์ในสังคมไว้ หากผู้ใดฝ่าฝืนจะถูกลงโทษ เบ็ดเตล็ดอย่างได้อธิบายกรอบจำกัดของรัฐในการออกกฎหมายไว้ด้วยว่ารัฐมีอำนาจและขอบเขตอำนาจดังนี้

(1) รัฐได้รับข้อสัญญาประชาชนแต่ละคน ประชาชนได้จัดตั้งรัฐของพวกเขาเพื่อที่จะปกป้องข้อสัญญาร่วมกันของประชาชน โดยกฎหมายและการลงโทษ รัฐจึงมีความชอบธรรมโดยความยินยอมของประชาชน

(2) แม้รัฐจะมีความชอบธรรม แต่รัฐบาลไม่อาจใช้อำนาจกระทำทุกสิ่งทุกอย่างตามอำเภอใจ อำนาจนี้ถูกจำกัดโดย “สัญญาประชาคม” (social contract) เบ็ดเตล็ดอย่างว่า ประชาชนต้องการเสรีภาพมากที่สุดเท่าที่จะมากได้ และยินยอมที่จะจำกัดเสรีภาพของตนเพียงเพื่อความมั่นคงปลอดภัยของประชาชนเท่านั้น ดังนั้น รัฐซึ่งมีหน้าที่ป้องกันความมั่นคงปลอดภัยของประชาชนจะสามารถละเมิดล่วงล้ำเสรีภาพของประชาชนได้แต่เพียงเท่าที่จำเป็นอย่างยิ่งเท่านั้น

จากแนวคิดเรื่องสัญญาประชาคมดังกล่าว รัฐได้ใช้อำนาจตามฉันทานุมัติที่ได้รับจากประชาชนนำมาออกกฎหมายเพื่อควบคุมความประพฤติของคนในสังคม เพื่อคุ้มครองป้องกันภัยที่เกิดขึ้นแก่สังคม เพื่อให้สังคมโดยรวมเกิดความสงบสุข สำหรับการควบคุมความประพฤติของคนในสังคมโดยการออกข้อกำหนดที่เป็นข้อห้ามมิให้ปฏิบัติ หากผู้ใดฝ่าฝืนข้อห้ามนั้นจะถูกลงโทษ เรียกว่าเป็นการกำหนดกฎหมายอาญา ซึ่งจะมีการกำหนดไว้ว่าการกระทำอย่างไรบ้างที่จะเป็นความผิดอาญา

2.1.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความผิดอาญา

แนวคิดในการบัญญัติความผิดอาญามีขึ้นเพื่ออธิบายว่าการกระทำใดควรเป็นความผิดทางอาญา การกำหนดความผิดทางอาญามีวิวัฒนาการ 3 ช่วง คือช่วงใช้เกณฑ์ทางศีลธรรม ช่วงใช้เกณฑ์ทางสังคม และช่วงใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย

การใช้เกณฑ์ทางศีลธรรม ในสังคมดั้งเดิมการกำหนดว่าพฤติกรรมใดควรเป็นความผิดทางอาญาจะใช้มาตรวัดทางศีลธรรมกำกับ กล่าวคือ การใดเป็นการผิดศีลธรรม การนั้นคือการ

กระทำที่ผิดกฎหมายอาญาและจะถูกลงโทษ การใช้เกณฑ์ดังกล่าวสามารถใช้ได้ดีกับสังคมพื้นฐานที่ยังไม่มีผู้คนอยู่มากนัก เพราะความจำเป็นในการใช้กฎหมายเทคนิคเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยยังไม่มี ความจำเป็น ดังนั้นในยุคนี้การผิดศีลธรรมกับการผิดกฎหมายอาญาจึงเป็นเรื่องเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตามเมื่อสังคมพัฒนาขึ้น มีผู้คนมากขึ้น ความจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายอาญาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมจึงเกิดขึ้น กฎหมายจึงค่อย ๆ เคลื่อนตัวออกจากศีลธรรม แต่ก็ไม่ได้แยกออกจากกันเด็ดขาด จนทำให้เกิดสถานะของกฎหมายและศีลธรรมมีความสัมพันธ์ แบบ Intersection กัน

การใช้เกณฑ์ทางสังคม มองว่าการกระทำผิดคือการกระทำที่กระทบ กระเทือนสังคม ซึ่งการพิจารณาว่าอะไรคืออาชญากรรมก็มองจากการกระทำที่ทำให้สังคมเสียหาย Durkheim เสนอว่าอาชญากรรมคือ การกระทำที่ทำลายสภาพสังคมที่เข้มแข็งของการรับรู้ร่วมกัน อาชญากรรมจึงเป็นสิ่งที่สังคมรับรู้ร่วมกันว่าการกระทำนั้นคืออาชญากรรม แต่อย่างไรก็ดี แนวคิดนี้ ยังสร้างความไม่แน่นอนให้กับกฎหมายอาญา เพราะเวลาเกิดการกระทำใดเกิดขึ้นแล้วยากที่จะหาตัวแทนสังคมมาชี้ว่าการกระทำนั้นเป็นอาชญากรรมและควรถูกลงโทษหรือไม่

การใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย แนวคิดเสรีนิยมประชาธิปไตยมองว่ากฎหมายที่ลงโทษผู้กระทำความผิดต้องออกมาจากรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนประชาชน ดังนั้น เมื่อรัฐสภาออกกฎหมายที่กำหนดความผิดต้องออกมาแล้ว กฎหมายนั้นจะใช้บังคับได้ตามความประสงค์ของประชาชน แม้ว่ากฎหมายที่กำหนดความผิดฐานใหม่ขึ้นมาจะไม่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมเลยก็ตาม การใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย โดยยึดถือว่ารัฐสภาเห็นว่าการกระทำใดควรลงโทษ การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา อาจทำให้เกิดสภาวะการณ์ที่เรียกว่ากฎหมายอาญาเพื่อ ซึ่งในปัจจุบันฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดให้พฤติกรรมใดเป็นความผิดอาญาโดยดูจากการกระทำนั้นต้องขัดกับความสงบเรียบร้อยของสังคม²

สรุปได้ว่าแม้รัฐจะมีอำนาจในการกำหนดกฎหมายที่จะใช้เพื่อความปลอดภัยสังคม ภัยอันตรายต่าง ๆ เพื่อให้สังคมมีความสงบเรียบร้อย แต่ก็มิใช่ว่ารัฐจะสามารถกำหนดกฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายอาญาได้ตามใจชอบ การที่รัฐจะกำหนดว่าการกระทำอย่างใดเป็นความผิดอาญามีความเกี่ยวข้องกับหลักศีลธรรม จารีตประเพณี และความคิดเห็นของสังคมโดยรวมที่นำเสนอผ่านทางตัวแทนของประชาชนที่ไปทำหน้าที่ออกกฎหมาย³ และแม้ว่าจะอาศัยหลักศีลธรรมและจารีตประเพณีมาเป็นแนวทางในการกำหนดกฎหมาย แต่การกระทำบางอย่างที่ถึงแม้ว่าจะผิดศีลธรรมหรือจารีตประเพณีมากมายเพียงใด แต่ไม่จำเป็นว่าจะต้องผิดกฎหมายอาญาเสมอไป ซึ่งมีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องดังนี้

² จาก กฎหมายอาญาชั้นสูง (น.19-21), โดย ปกป้อง ศรีสนิท, 2559, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

³ ทฤษฎีอาญา (น.49-50). เล่มเดิม.

(1) ทฤษฎีการป้องกันการกระทำที่อาจเป็นอันตรายต่อผู้อื่น

ศาสตราจารย์ เอช แอล เอ ฮาร์ท (H.L.A. Hart) แห่งมหาวิทยาลัยออกซ์ฟอร์ดได้นำแนวคิดเสรีนิยมของ (John Stuart Mill) ที่เขียนไว้ในหนังสือชื่อ On Liberty มาอธิบาย โดยศาสตราจารย์ฮาร์ทได้หยิบยกคากล่าวของมิลล์มากกล่าวอ้างในหนังสือของตนเองชื่อ Law, Liberty and Morality ไว้ว่า“...เหตุผลในการใช้อำนาจเหนือบุคคลในสังคมที่เจริญแล้วมีอยู่เพียงประการเดียวเท่านั้นคือ เพื่อป้องกันภัยอันจะเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น...” การที่จะใช้อำนาจโดยอ้างเหตุว่า“...เพื่อให้กายและใจของบุคคลนั้นดีขึ้น ย่อมไม่เป็นการเพียงพอ บุคคลไม่อาจที่จะถูกบังคับโดยชอบธรรมให้กระทำหรือละเว้นกระทำโดยอ้างว่าจะทำให้เขาดีขึ้น หรือจะทำให้เขามีความสุขขึ้น หรือในสายตาของผู้อื่นการกระทำหรือละเว้นการกระทำ จะทำให้บุคคลนั้นฉลาดหรือถูกต้องขึ้น...”⁴

จากข้อความดังกล่าวจะเห็นได้ว่าแนวคิดของจอห์น สจวต มิลล์ (John Stuart Mill) ยึดถือหลักการป้องกันภัยที่จะเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น เป็นหลักในการพิจารณาว่ารัฐควรจะกำหนดกฎหมายอาญามุ่งคุ้มครองการกระทำนั้นหรือไม่เพียงใด กล่าวได้ว่า การมีกฎหมายอาญานี้ก็เพื่อเป็น “การป้องกันการกระทำที่อาจเป็น “อันตรายต่อผู้อื่น” (Harm to others) มาใช้เป็นหลักในการพิจารณาว่ากระทำลักษณะใดควรเป็นความผิดอาญา แต่กรณีที่เราจะถือเอาหลักการเป็นอันตรายต่อผู้อื่น เท่ากับว่าเราปฏิเสธหลัก “ความยินยอมไม่ยกเว้นความผิด” เพราะหากเราถือว่าผู้ถูกระทำผิดยินยอม การกระทำของผู้กระทำก็ไม่เป็นภัยต่อผู้ถูกระทำผิดอีกต่อไป อย่างไรก็ตาม การที่เราจะถือว่าการกระทำที่ได้รับความยินยอมนั้น ไม่เป็นความผิดจะต้องหรือไม่ ซึ่งเป็นปัญหาที่นักกฎหมายต้องพิจารณาต่อไป

กล่าวโดยสรุป ในการกำหนดการกระทำใดควรเป็นความผิดอาญา และรัฐนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายอาญาเพื่อคุ้มครองป้องกันสังคม รัฐอาศัยหลักการป้องกันอันตรายต่อผู้อื่น (Harm to others) มาใช้ในสนับสนุนการบัญญัติกฎหมายอาญา

ศาสตราจารย์ ไนเจล วอล์กเกอร์ (Nigel Walker) ได้อธิบายไว้ว่าการบัญญัติกฎหมายอาญาต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ตามหลักที่ว่า กฎหมายอาญานั้นต้องการที่จะทำให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์อย่างน้อย 6 ประการดังนี้คือ

1) คุ้มครองป้องกันตัวบุคคล จากการกระทำโดยเจตนาอันเป็นการโหดเหี้ยมทารุณ หรือการประกอบกรรมทางเพศ ด้วยวิธีการอันไม่พึงประสงค์ต่าง ๆ คุ้มครองป้องกันบุคคลจากภัยบางประการ อันเกิดจากการกระทำโดยไม่เจตนาคุ้มครองป้องกันกลุ่มบุคคลที่อาจชักจูงให้หลงผิดได้โดยง่ายจากการทำร้าย กดขี่หรือขูดรีดอันจะเกิดแต่บุคคลหรือทรัพย์สินของบุคคลเหล่านั้น

⁴ แหล่งเดิม.

2) คุ่มครองป้องกันสภาวะจิตใจของสมาชิกให้รอดพ้นจากความกระทบ กระเทือนจากการกระทำที่ถึงแม้ว่าจะเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคล และยินยอมต่อการกระทำนั้น แต่ถือว่าผิดธรรมชาติ (เช่น การร่วมประเวณีระหว่างพี่น้อง) ป้องกันการกระทำบางประเภท ซึ่งเมื่อได้กระทำขึ้นท่ามกลางสาธารณชนแล้ว จะกระทบกระเทือนใจบุคคลอื่นเป็นอย่างมาก รวมทั้งป้องกันพฤติกรรมบางประเภทอันอาจยั่วยุให้เกิดความไม่สงบขึ้นในหมู่ประชาชน

3) คุ่มครองป้องกันซึ่งทรัพย์สินส่วนบุคคลจากการลักขโมย การฉ้อโกง หรือการทำให้เสียทรัพย์สิน และกรณีอื่น ๆ

4) คุ่มครองป้องกันสาธารณชนจากความไม่สะดวกสบายต่าง ๆ รวมทั้งใช้สภาพบังคับทางอาญาเพื่อเก็บรวบรวมภาษีอากร

5) เพื่อป้องกันรักษาไว้ซึ่งสถาบันทางสังคม รวมทั้งบังคับให้เกิดความเมตตากรุณาที่จำเป็น

6) เพื่อบังคับใช้วิธีการต่าง ๆ ที่จะทำให้อัตถุประสงค์ทั้งหลายเหล่านี้บรรลุผล⁵

(1) ทฤษฎีหลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัด

หลักเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ 6 ประการของกฎหมายอาญาดังกล่าวค่อนข้างกว้างและครอบคลุมพฤติกรรมแทบทุกชนิดของบุคคล จึงมีผู้คิดค้นวิธีการกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญาให้ชัดเจนยิ่งขึ้น หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัด (Limiting Principles) มีแนวคิดว่าการใช้โทษทางอาญาต้องมีข้อจำกัด ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อวัตถุประสงค์บางประการ มีหลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัดดังนี้คือ⁶

1) กฎหมายอาญาไม่ควรรวมเอาไว้ซึ่งข้อห้ามที่มีจุดประสงค์เพียงเพื่อให้บุคคลเชื่อฟัง และผลของการไม่เชื่อฟังคือผลร้ายในทางแก้แค้นตอบแทนเท่านั้น แต่คำพิงข้อห้ามนั้นเองปราศจากอรรถประโยชน์ที่เป็นแก่นสาร แนวคิดนี้เป็นของ ซีซาร์ เบ็คคาเรีย ผู้ยึดถือในแนวทางอรรถประโยชน์นิยม ที่เคยยื่นข้อเสนอไว้ว่า “การป้องกันอาชญากรรมย่อมดีกว่าการลงโทษผู้กระทำความผิด สิ่งนี้ควรเป็นเป้าหมายอุดมคติของการออกกฎหมายที่ดี”

2) ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อลงโทษพฤติกรรมที่ปราศจากพิษภัย หลักเกณฑ์ข้อนี้เบนซัมได้ขยายความเพิ่มเติมต่อจากหลักเกณฑ์ของเบ็คคาเรีย ถ้าการกระทำนั้นมิได้มีความชั่วอยู่ในตัวแล้ว การใช้กฎหมายอาญาลงโทษการกระทำนั้น ย่อมถือได้ว่าเป็นการไม่สมควรอย่างยิ่ง

⁵ ทฤษฎีอาญา (น.52-53). เล่มเดิม.

⁶ แหล่งเดิม.

แต่หลักเกณฑ์ข้อนี้ยังมีปัญหาว่าจะตัดสินใจได้อย่างไรว่าพฤติกรรมเช่นนั้นมิใช่หรือยัง เป็นชั้น จึงได้ปรับปรุงหลักเกณฑ์ของตนต่อไปอีก

3) ไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อเป็นวิธีการที่นำไปสู่จุดประสงค์ที่สามารถทำให้บรรลุถึงซึ่งจุดประสงค์ได้เช่นเดียวกัน ด้วยวิธีการอื่นที่ทำให้เกิดความทุกข์เวทนาน้อยกว่า หลักเกณฑ์ข้อนี้เป็นชั้นได้ปรับปรุงให้ดียิ่งขึ้นแต่ก็ยังมีข้อบกพร่องเขาจึงปรับปรุงหลักเกณฑ์อีกครั้ง

4) ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้ เมื่อผลร้ายที่เกิดจากการกระทำผิดนั้นน้อยกว่าผลร้ายที่เกิดจากการลงโทษ หลักเกณฑ์ข้อนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่พัฒนาล่าสุดของเบ็นซัม แต่ก็ยังคงมีปัญหาอยู่ตรงที่เราไม่สามารถจะวัดได้ว่าผลร้ายอันเกิดจากการกระทำผิดและผลร้ายอันเกิดจากการลงโทษนั้นประการไหนจะมากกว่ากัน และผลร้ายที่จะนำมาวัดนั้นยังเกิดต่อบุคคลที่แตกต่างกัน

5) ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้บังคับให้บุคคลประพฤติตามแนวทางที่จะนำไปให้เกิดผลประโยชน์แก่ผู้ปฏิบัติตนเอง หลักเกณฑ์ข้อนี้เป็นของ จอห์น สจ๊วต มิลล์ โดยมิลล์ ยึดหลักว่า อิสรภาพของบุคคลย่อมอยู่เหนือสิ่งอื่นใด แม้ว่าการกระทำของบุคคลจะผิดศีลธรรมหรือไม่ก็ตาม แต่ถ้าการกระทำนั้นมิได้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนให้แก่บุคคลอื่น รัฐก็ไม่ควรจะไปยุ่งเกี่ยว จอห์น สจ๊วต มิลล์ เขียนเรียงความชื่อว่า “เสรีภาพ” (1859) มีข้อความว่า “วัตถุประสงค์ของเรียงความนี้ เพื่อที่จะเสนอหลักเกณฑ์ที่ง่ายสักหลักเกณฑ์หนึ่ง ซึ่งเหมาะสมที่จะนำมาใช้ในการที่สังคมจะควบคุมบุคคลในสังคมด้วยวิธีการต่าง ๆ ไม่ว่าวิธีการที่สังคมนั้น ใช้อยู่ จะเป็นวิธีการใช้กำลังในรูปของโทษตามกฎหมาย หรือการบังคับทางศีลธรรมโดยประจักษ์ หลักเกณฑ์นี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ปกป้องตนเอง เป็นหลักเกณฑ์ที่มีเป้าหมาย เพื่อคุ้มครองมนุษยชาติ ไม่ว่าจะป็นรายบุคคล หรือโดยส่วนรวมจากการถูกข่มขู่เรื่องเสรีภาพ โดยการกระทำของบุคคลในสังคมนั้น ในสังคมที่เจริญแล้วนั้น การใช้กำลังอำนาจเหนือสมาชิกในสังคมของตน จะถือเป็นการถูกต้องก็ต่อเมื่อมีจุดประสงค์เพื่อที่จะป้องกันภัยอันตรายอันจะเกิดต่อบุคคลอื่นในสังคมนั้น ภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นแต่ตนเองโดยมิได้มีบุคคลอื่นเป็นผู้ก่อให้เกิด ไม่ว่าจะป็นทางกายภาพหรือทางจริยธรรมแล้ว ย่อมไม่อาจถือป็นข้ออ้างที่เพียงพอสำหรับการจำกัดเสรีภาพจากการกระทำของมนุษย์”

ความผิดอาญาอาจแบ่งพิจารณาออกเป็น 4 ประเภท คือ ความผิดอาญาในแง่ของกฎหมาย ความผิดอาญาในแง่ของการกระทำ ความผิดอาญาในแง่ของเจตนา ความผิดอาญาในแง่ของการดำเนินคดี ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้⁷

⁷ ทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญา. โดย ฉ.รัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2558, สืบค้น จาก www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/41716_2.pdf.

(1) ความผิดอาญาในแง่ของกฎหมาย

ความผิดอาญา หมายถึง การกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายอาญา ซึ่งความผิดอาญาในแง่ของกฎหมายแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ความผิดในตัวเอง เรียกว่า “มาลาอินเซ” (Mala in se) และความผิดที่กฎหมายห้าม เรียกว่า “มาลาโพรฮิบิต้า” (Mala prohibita)

1. ความผิดในตัวเอง (Mala in se) ความผิดซึ่งโดยลักษณะและการกระทำที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าเกิดจากจิตใจหรือเจตนาชั่วร้ายของผู้กระทำ โดยธรรมชาติแล้วผู้กระทำย่อมรู้ได้เองว่าอะไรเป็นความผิดไม่จำเป็นที่ความผิดประเภทนี้จะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดทุก ๆ คน ก็ควรต้องรู้ได้เองตามธรรมชาติว่าการกระทำเช่นนี้เป็นความผิด การกระทำที่เป็นความผิดเช่นนี้เรียกว่า “มาลาอินเซ” (Mala in se) ความหมายตามตัวอักษรหมายถึง “สิ่งที่เป็นความชั่วร้ายในตัวเอง” (Evil in itself) การกระทำเช่นนี้เมื่อมีผู้ใดกระทำขึ้น สังคมจะถือว่าเป็นการฝ่าฝืนต่อความรู้สึกทางศีลธรรมของคนในสังคม เพราะเหตุว่าสังคมถือว่สิ่งนั้นเป็นความชั่วร้ายและเป็นความผิด เช่น การฆ่าคนตาย การทำร้ายร่างกาย การปล้นทรัพย์ การข่มขืนกระทำชำเรา และการลักทรัพย์ เป็นต้น ดังนั้น ความผิดประเภทนี้ในทางอาชญาวิทยาถือว่เป็นการประกอบอาชญากรรม

2. ความผิดเพราะกฎหมายห้าม (Mala prohibita) การกระทำความผิดอีกประเภทหนึ่งคือ การกระทำที่เรียกว่า “มาลาโพรฮิบิต้า” (Mala prohibita) หมายถึงความผิดทางอาญาที่เกิดขึ้นจากข้อห้ามที่กำหนดโดยสังคม ซึ่งบางกรณีการกระทำบางอย่างในตัวของมันเอง ไม่เป็นความผิด แต่เนื่องจากสังคมบอกว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิด การกระทำเช่นนั้น จึงต้องถือว่เป็นความผิด ความผิดประเภทนี้บางครั้งผู้กระทำความผิดอาจจะไม่ทราบว่ากระทำเช่นนั้นเป็นความผิด เมื่อสังคมเป็นฝ่ายกำหนดข้อห้าม จึงจำเป็นที่จะต้องมีการบัญญัติเป็นกฎหมายและระบุถึงโทษที่ผู้กระทำจะได้รับไว้

(2) ความผิดอาญาในแง่ของการกระทำ

การกระทำ หมายถึง การเคลื่อนไหว หรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก กล่าวคือ อยู่ภายในบังคับของจิตใจ ความผิดอาญาในแง่ของการกระทำจึงแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

1. ความผิดโดยการเคลื่อนไหวร่างกายและความผิดโดยการไม่เคลื่อนไหวร่างกาย ความผิดโดยการเคลื่อนไหวร่างกาย หมายความว่า การเคลื่อนไหวร่างกายของผู้กระทำก่อให้เกิดความผิดขึ้น ความผิดโดยการไม่เคลื่อนไหวร่างกาย หมายความว่า แม้ว่าผู้กระทำจะไม่เคลื่อนไหว แต่ก็ก่อให้เกิดความผิดขึ้นมาได้ แบ่งออกเป็น 2 ชนิดคือ⁸

1) ความผิดที่เกิดจากการงดเว้น หมายความว่า การให้เกิดผลอันใดขึ้นโดยการงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้น

⁸ แหล่งเดิม.

2) ความผิดที่เกิดจากการละเว้น หมายความว่า ความผิดอันเกิดจากการไม่กระทำ เช่น ไม่ช่วยผู้ที่ตกอยู่ในอันตรายแห่งชีวิต (ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 374)

2. ความผิดที่ต้องมีผลปรากฏและความผิดที่ไม่ต้องมีผลปรากฏ

1) ความผิดที่ต้องมีผลปรากฏ เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ตามมาตรา 288

2) ความผิดที่ไม่ต้องมีผลปรากฏ เช่น ความผิดฐานแจ้งความเท็จแก่เจ้าพนักงาน ตามมาตรา 137 เมื่อมีการแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงานแล้ว ก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จแล้ว โดยไม่ต้องคำนึงว่าเจ้าพนักงานจะเชื่อหรือไม่

3. ความผิดธรรมดาและความผิดซับซ้อน

ความผิดธรรมดา คือ ความผิดที่เกิดจากการกระทำอันเดียว หรือเป็นความผิดที่เกิดขึ้นและสิ้นสุดลงในขณะที่เดียวกับที่ได้กระทำการนั้นเอง

ความผิดซับซ้อน แบ่งออกเป็น

1) ความผิดต่อเนื่อง คือ ความผิดที่เกิดจากการกระทำที่เป็นความผิดติดต่อกันเนื่องกันอยู่ชั่วระยะเวลาหนึ่ง เช่น ความผิดฐานมีอาวุธปืนไว้ในความครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาต ความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยป้ายโฆษณา แต่ความผิดฐานบุกรุกไม่ถือว่าเป็นความผิดต่อเนื่อง

2) ความผิดที่ยืดออกไป ได้แก่ ความผิดที่เข้าหลักเกณฑ์ดังนี้

1. มีการกระทำความผิดหลายอันโดยผู้กระทำความผิดคนเดียว
2. มีการละเมิดกฎหมายในฐานะความผิดอันเดียวกัน และ
3. มีจุดประสงค์อันเดียวกันในการกระทำหลายอันนั้น

ตัวอย่างเช่น นายเมธีข่มขืนนางสาววนิดาติดต่อกันสามวัน รวม 9 ครั้ง ถือเป็นความผิดที่ยืดออกไป ครอบคลุมหลักเกณฑ์ทั้งสามข้อ โดยถือเป็นการกระทำความผิดกรรมเดียว

3) ความผิดเป็นปกติธุระ คือ ความผิดที่ต้องมีการกระทำซ้ำ ๆ กัน จึงจะเป็นความผิด เช่น ความผิดฐานให้ที่พำนักซ่อนเร้นแก่ผู้ร้ายเป็นปกติธุระ

4) ความผิดซ้อน มีได้หลายประการ

1. การกระทำความผิดกรรมเดียว แต่โดยการกระทำหลายอัน เช่น ทำร้ายร่างกายผู้เสียหายหลาย ๆ ครั้ง

2. การกระทำความผิดกรรมเดียว แต่ละเมิดต่อกฎหมายหลายบท เช่น แดงยิงปืนใส่คำ 1 นัด กระสุนถูกคำบาดเจ็บ และกระสุนเลยไปถูกขาตาย

3. ความผิดอันเดียวเกิดจากการกระทำหลายอัน เช่น ฉ้อโกงตามมาตรา 341 มีการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ และได้รับทรัพย์ไป ซึ่งการกระทำแต่ละอันไม่เป็นความผิดเมื่อรวมกันเข้าจึงเป็นความผิด

4. ความผิดซึ่งเกิดขึ้นเพราะรวมการกระทำแต่ละอันซึ่งเป็นความผิดในตัวเองเข้าด้วยกัน เช่น ความผิดฐานชิงทรัพย์ เกิดขึ้นเพราะมีการลักทรัพย์ รวมกับการทำร้ายร่างกาย

(3) ความผิดอาญาในแง่ของเจตนา

ความผิดอาญาในแง่ของเจตนาแบ่งออกเป็น

1) ความผิดที่กระทำโดยเจตนา เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาตามมาตรา 288
2) ความผิดที่กระทำโดยประมาท เช่น ความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 291

3) ความผิดที่ไม่ต้องมีเจตนา และไม่ต้องประมาท เช่น ความผิดลหุโทษ ตามมาตรา 380

4) ความผิดนอกเหนือเจตนา เช่น ความผิดฐานไม่ได้มีเจตนาฆ่าแต่ทำร้ายผู้อื่นจนถึงแก่ความตายมาตรา 290

5) ความผิดที่ต้องรับผิดในผลสุดท้ายแห่งเจตนา เช่น ตามมาตรา 224

(4) ความผิดอาญาในแง่ของการดำเนินคดี

ความผิดอาญาในแง่ของการดำเนินคดีแบ่งออกเป็น

1) ความผิดอันยอมความไม่ได้ (ความผิดอาญาแผ่นดิน) เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ตามมาตรา 288

2) ความผิดอันยอมความได้ เช่น ความผิดตามมาตรา 333

สรุปได้ว่า การกระทำใดจะต้องรับผิดทางอาญานั้น การกระทำดังกล่าวจะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดตามหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ หากไม่มีกฎหมาย” (NO crime nor punishment without law)⁹ ผู้ใดจะต้องรับผิดทางอาญานั้นจะต้องพิจารณาว่ามีการกระทำความผิดประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งการกำหนดความผิด ทั้งนี้การกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาขึ้นอยู่กับเงื่อนไข ดังต่อไปนี้¹⁰

1. การกระทำหรือพฤติกรรมนั้นก่อให้เกิดความเสียหาย อันมีผลกระทบต่อความรู้สึกและอารมณ์ของคนในสังคม รวมทั้งประโยชน์ของสังคม

2. ความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องมีการกำหนดห้ามไว้ในกฎหมายอาญา การกระทำใด แม้จะถูกต่อต้านจากสังคม หากกฎหมายไม่ได้กำหนดว่าเป็นความผิด การกระทำนั้นย่อมไม่เป็นความผิดอาญา เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา

⁹ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (น.16), โดย เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, 2556, กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์.

¹⁰ เหตุผลกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์), โดย ทวีพร คงแก้ว, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

การกระทำที่ควรกำหนดเป็นความผิดอาญา

หลักการพิจารณาว่าการกระทำใดควรจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่นั้น นักกฎหมายคนสำคัญท่านหนึ่งคือ เฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer) ได้อธิบายหลักการเรื่องนี้ไว้ในหนังสือชื่อ “The Limits of the Criminal Sanction” โดยวางหลักการไว้ 6 ประการ ดังนี้¹¹

1) การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่คนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่คนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น

2) ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่าง ๆ

3) การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือ การถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญา จะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป

4) หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน

5) การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ

6) ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

จะเห็นได้ว่าการกระทำผิดในความผิดประเภท มาลาอินเซ (mala in se) เช่น การฆ่าคนตาย การปล้นทรัพย์ การลักทรัพย์ การข่มขืน เป็นความผิดที่มีความชั่วร้ายในตัวเอง หรือเห็นได้ในตัวเอง ข้อมเข้าข่ายหลักทั้ง 6 ประการของแพ็กเกอร์

หลักการเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอาญาเพื่อกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา

การกำหนดความผิดทางอาญานั้น จะต้องพิจารณาถึงหลักการใช้กฎหมายอาญาดังต่อไปนี้

1) กฎหมายอาญายึดมั่นในหลักการเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาที่เป็นสากลว่า “Nullum crimen nulla poena sine lege” หรือแปลความเป็นภาษาอังกฤษว่า “No crime no punishment without law” หรือแปลความเป็นภาษาไทยว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีกฎหมาย ไม่มีโทษ” ตามมาตรา 2 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายอาญา

2) กฎหมายอาญาย้อนหลังให้ผลร้ายมิได้ ตามมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

3) การใช้กฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัด จะนำหลักจารีตประเพณี หรือบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยืมมาใช้ลงโทษผู้กระทำผิดมิได้ ซึ่งมีหลักการดังนี้

¹¹ ทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญา .(น. 52-53). เล่มเดิม.

(1) จะอาศัยการเทียบเคียง (Analogy) บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างย้งมาใช้ให้เป็นผลร้ายมิได้

(2) จะนำจารีตประเพณีมาใช้ให้เป็นผลร้ายมิได้

(3) จะนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ให้เป็นผลร้ายมิได้

4) โดยหลักทั่วไปความผิดทางอาญาจะถือว่าเป็นความผิดอันยอมความไม่ได้ (ความผิดอาญาแผ่นดิน) ทั้งสิ้น ยกเว้นความผิดต่อส่วนตัวหรือความผิดอันยอมความได้ ถือเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไป แต่ที่สำคัญคือจะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะเจาะจง ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 โดยมีมาตรา 333 ระบุให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ความผิดฐานฉ้อโกง โดยมีมาตรา 348 ระบุให้เป็นความผิดอันยอมความได้

5) ความผิดอันยอมความได้ หรือ ความผิดต่อส่วนตัว หากผู้เสียหายไม่ใส่ใจเอาความรัฐจะไม่สามารถดำเนินคดีต่อไปได้โดยลำพัง

6) ความผิดอันยอมความไม่ได้ (ความผิดอาญาแผ่นดิน) แม้ผู้เสียหายไม่คิดในเอาความรัฐก็ต้องดำเนินคดีและบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย ความเห็นชอบของผู้เสียหายไม่เป็นเงื่อนไขในการดำเนินคดีอาญาของรัฐ

7) กฎหมายอาญาไม่ยอมรับหลักความยินยอมในอันที่จะนำมาใช้เพื่อยกเว้นความผิด กฎหมายอาญายอมรับหลักในเรื่องความยินยอมเฉพาะกรณีที่ความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีงาม

8) ความผิดฐานลหุโทษ ในภาค 3 ของประมวลกฎหมายอาญา แม้จะถือว่าเป็นความผิดเล็กน้อยและมีอัตราโทษเพียงเล็กน้อย แต่ก็ไม่อาจยอมความกันได้

9) การกระทำความผิดบางชนิด แม้ผู้กระทำไม่มีเจตนาและไม่ได้ประมาท แต่ยังคงต้องรับผิดชอบทางอาญา เรียกว่า “ความรับผิดโดยเด็ดขาด” (Strict Liability)

10) ความรับผิดในการกระทำของผู้อื่น (Vicarious Liability) ก็เป็นความผิดทางอาญาในหลายกรณี ตัวอย่างเช่น ความรับผิดของบรรณาธิการหนังสือพิมพ์ต่อการตีพิมพ์บทความข้อเขียนของบุคคลอื่นต้องรับผิดชอบทางอาญาเมื่อเกิดการหมิ่นประมาทผู้อื่น

11) โทษทางอาญาระงับไปด้วยความตายของผู้กระทำความผิด

12) กระบวนการบังคับใช้กฎหมายอาญาต้องหลีกเลี่ยงการนำตัวผู้บริสุทธิ์มาลงโทษให้มากที่สุด การบังคับใช้กฎหมายจึงต้องมีความเป็นธรรม

2.1.2 แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดความผิดอาญาตามหลักนิติเศรษฐศาสตร์¹²

นิติเศรษฐศาสตร์ (Economic analysis of law) เป็นแนวคิดใหม่ที่น่าหลักพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์มาอธิบายกฎหมาย โดยกำหนดให้รัฐก็เป็นผู้เล่นหนึ่งในสังคม และหากรัฐจะกำหนดความผิดอาญา รัฐจะต้องคำนึง “ผลประโยชน์” และ “ต้นทุน” เช่นเดียวกัน บัจเจกชนที่คำนึงถึงปัจจัยทั้งสองด้านเมื่อจะดำเนินกิจกรรมใด ๆ หากพิจารณาจากหลักเกณฑ์ทางเศรษฐศาสตร์ การกำหนดว่าพฤติกรรมใดควรเป็นความผิดอาญาควรพิจารณาจากประโยชน์สังคม (Social Benefits) และต้นทุนของสังคม (Social Costs) เป็นสำคัญ กล่าวคือ การกระทำใดที่ได้ประโยชน์สังคมมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสังคม การกระทำนั้นไม่ควรเป็นความผิดอาญา ดังนั้น การกระทำที่สร้างความเสียหายต่อสังคมมากกว่าผลประโยชน์ที่สังคมได้รับ การกระทำนั้นจะถูกกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา ดังนั้น แนวคิดนี้จะกำหนดให้รัฐจะกำหนดความผิดอาญา ดังนั้น แนวคิดนี้จะกำหนดให้รัฐจะกำหนดความผิดทางอาญาเมื่อการกระทำนั้นสร้างต้นทุนให้มากกว่าประโยชน์สังคม และรัฐจะไม่กำหนดความผิดอาญาเมื่อการกระทำนั้นสร้างประโยชน์ให้กับสังคมมากกว่าต้นทุน

2.1.2.1 การบัญญัติความผิดเมื่อต้นทุนสังคมมากกว่าประโยชน์สังคม

การกระทำใดที่สร้างต้นทุนสังคมมากกว่าประโยชน์สังคม การกระทำนั้นจะถูกกำหนดเป็นความผิดอาญา ดังสมการ Criminalization = Social Costs > Social Benefits

ในฐานะความผิดอาญาทั่วไป เช่น การฆ่าคนตายโดยเจตนา การลักทรัพย์ สังคมไม่ได้ประโยชน์ และสังคมเสียหายเป็นอย่างมากจากการกระทำนั้น จึงถูกกำหนดเป็นความผิด นอกจากนี้ ในความผิดอาญาเทคนิค ก็อธิบายได้จากหลักเดียวกัน เช่น ยาเสพติด สังคมไม่ได้ประโยชน์จากการค้ายาเสพติด และสังคมจะเสียหายจากพฤติกรรมค้ายาเสพติด จึงกำหนดเป็นความผิดอาญา

2.1.2.2 การบัญญัติความผิดเมื่อต้นทุนสังคมมากกว่าประโยชน์สังคม

การกระทำใดที่สร้างประโยชน์สังคมมากกว่าต้นทุนทางสังคม การกระทำนั้นจะไม่ถูกกำหนดเป็นความผิดอาญา ดังสมการ Non-Criminalization = Social Costs > Social Benefits

การประกอบอาชีพสุจริต สร้างประโยชน์ให้กับสังคมมากกว่าต้นทุนของสังคม ดังนั้นจึงไม่เป็นความผิดอาญา การผิดสัญญาทางแพ่ง แม้จะเป็นการก่อให้เกิดต้นทุนกับเจ้าหนี้ในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน แต่ก็ไม่ก่อให้เกิดต้นทุนหรือประโยชน์สังคม เพราะเป็นความผูกพันของคู่สัญญาสองคน ผิดสัญญาทางแพ่งจึงเป็นความผิดอาญา การฝ่าฝืนกฎเกณฑ์เล็กน้อยเพื่อทำสิ่งที่สังคมปรารถนา ก็จะไม่เป็นความผิดผิดหรือมีความผิดแต่ไม่ต้องรับโทษ เช่น

¹² กฎหมายอาญาชั้นสูง (น.22-25). เล่มเดิม.

ฝ่าสัญญาฉ้อโกงเพื่อจะนำคนป่วยไปโรงพยาบาล ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น (1) เพราะอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือ (2) เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากอันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ เมื่ออันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้ว ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ” หาก ก. ใช้ปืนจ่อศีรษะ ข. และบังคับให้ ข. ทำร้าย ค. กรณีดังกล่าว ข. ทำร้ายร่างกายด้วยความจำเป็นที่พอสมควรแก่เหตุ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67 (1) ซึ่งเทียบเคียงได้กับ Duress หากพิจารณาในมุมมองต้นทุนและประโยชน์ของสังคม การกระทำของ ก. มิได้สร้างต้นทุนสังคมและไม่ก่อประโยชน์ ก. จึงต้องถูกลงโทษ ส่วน ข. แม้สร้างต้นทุนสังคมในกรณีทำร้ายร่างกาย ค. แต่เป็นต้นทุนสังคมที่ยังน้อยกว่าทางเลือกที่ยอมให้ตนเองตาย ซึ่งเป็นต้นทุนสังคมที่หนักกว่า ข. จึงไม่ควรถูกลงโทษ เช่นเดียวกันกับ ถ้า ก. ไล่ยิง ข. และ ข. ต้องทำลายประตูบ้าน ค. และเข้าไปหลบภัยในบ้าน ค. กรณีนี้ ข. ทำให้เสียทรัพย์และบุกรุก ค. ด้วยความจำเป็นที่พอสมควรแก่เหตุ เทียบได้กับ Necessity¹³ ข. ได้สร้างประโยชน์สังคมจากการเอาตัวรอด มากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นคือบุกรุกและทำให้เสียทรัพย์ ดังนั้น ข. ก็ไม่ควรได้รับโทษเช่นนั้น

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 193¹⁴ ยกเว้นโทษให้กับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 184 มาตรา 189 และมาตรา 192 ที่เป็นการกระทำเพื่อช่วยบิดา มารดา บุตร สามีหรือภริยาของผู้กระทำ ซึ่งถือว่าเป็นญาติใกล้ชิด เช่น ก. หลบหนีมาจากเรือนจำ ข. ซึ่งเป็นบุตร รู้ว่า ก. หนีมาจากเรือนจำแต่ก็ยังช่วยให้ที่พักกับ ก. เช่นนี้ แม้ ข. จะกระทำความผิดตามมาตรา 192¹⁵ แต่ ข. ได้รับยกเว้นโทษโดยผลของมาตรา 193 อธิบายได้ว่า ข. ทำสิ่งที่เป็นประโยชน์ต่อสังคม คือ การกระทำเพื่อความกตัญญู ซึ่งมากกว่าความเสียหายเชิงรับ ที่ ข. ก่อขึ้น คือ ซ่อนตัวผู้กระทำความผิดหากเทียบกับกรณี ที่ ข. ซึ่งเป็นบุตรได้บุกรุกไปในเรือนจำและจัดห้องขังช่วย ก. ซึ่งเป็นบิดาออกจากเรือนจำ

¹³ ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 122-7 “บุคคลไม่มีความรับผิดชอบทางอาญา หากเผชิญหน้ากับอันตรายที่ใกล้จะถึงที่มาสู่ผู้นั้น บุคคลที่สามหรือต่อทรัพย์สิน และได้กระทำการที่จำเป็นเพื่อให้บุคคลหรือทรัพย์สิน และได้กระทำการที่จำเป็นเพื่อให้บุคคลหรือทรัพย์สินพ้นจากอันตราย เว้นแต่มีความไม่ได้สัดส่วนเกิดขึ้นระหว่างวิธีการที่ใช้กระทำกับความรุนแรงของอันตรายที่คุกคาม”.

¹⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 193 ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวมาใน มาตรา 184 มาตรา 189 หรือมาตรา 192 เป็นการกระทำเพื่อช่วยบิดา มารดา บุตร สามี หรือภริยาของผู้กระทำ ศาลจะไม่ลงโทษก็ได้.

¹⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 192 ผู้ใดให้พำนัก ซ่อนเร้นหรือช่วยด้วยประการใดให้ ผู้ที่หลบหนีจากการคุมขังตามอำนาจของศาลของพนักงานสอบสวน หรือของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจสืบสวนคดีอาญา เพื่อไม่ให้ถูกจับกุม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ.

กรณีนี้ ข. จะมีความผิดตามมาตรา 191¹⁶ และไม่ได้รับยกเว้นตามมาตรา 193 เหตุผลในทางต้นทุนและประโยชน์ของสังคมอธิบายได้ว่า แม้การบุกรุกไปช่วย ก. ที่เรือนจำ เป็นการกระทำด้วยความกตัญญู

2.1.3 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญา

เมื่อกฎหมายอาญาได้กำหนดว่าพฤติกรรมใดควรบัญญัติเป็นความผิดอาญาแล้ว การฝ่าฝืนความผิดนั้นจะต้องมีสภาพบังคับหรือเรียกว่าบทกำหนดโทษนั่นเอง ในประมวลกฎหมายอาญาสมัยใหม่ แบบแผนของการลงโทษ หรือคำขู่ว่าจะลงโทษและตัวโทษ เปรียบเสมือนแรงกระตุ้นให้สมาชิกของสังคมนั้น ๆ ประพฤติปฏิบัติต่อสังคมในวิถีทางที่กำหนดไว้

ในประมวลกฎหมายอาญาเดิม การกำหนดโทษใช้ระบบที่เรียกว่า “แก้แค้นตอบแทน” ซึ่งมีมาตรฐานการวัดอัตราส่วนของโทษจากความผิดของผู้กระทำ ทฤษฎีนี้เริ่มต้นมาจากความสำนึกของมนุษย์ที่จะตอบสนองต่อการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ในปัจจุบันยังมีหลายประเทศที่ใช้ทฤษฎีนี้อยู่ แต่มิได้หมายความว่าเพียงใช้หลัก “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” แต่หมายความว่าถึงการที่จะกำหนดกฎเกณฑ์หรือมาตรวัด เพื่อให้การลงโทษนั้นทำได้ตามความเหมาะสม ศาสตราจารย์ทาเกชินักนิติศาสตร์ชาวญี่ปุ่น อธิบายว่า “องค์มติเช่นนี้ (การที่จะกำหนดกฎเกณฑ์การลงโทษนั้น ทำได้แต่พอเหมาะสม) ทำให้เกิดความคิดหนึ่งขึ้นว่า การลงโทษทัณฑ์นั้น จะทำได้ก็ต่อเมื่อผู้กระทำความผิดได้กระทำการโดยมีจิตใจอันชั่วร้าย และโทษที่จะลงไคนั้นจะต้องเป็นโทษที่เหมาะสมกับความรับผิดชอบทางอาญาของผู้กระทำผิด” คำว่า “ความรับผิดชอบ” ของผู้กระทำความผิดในที่นี้มีความหมายเป็นพิเศษ แต่คำว่า “ความรับผิดชอบ” ที่ใช้อยู่ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันนั้น ผู้ร่างกฎหมายของเยอรมันอธิบายว่า องค์มติของคำว่า “ความรับผิดชอบ” นั้นมิได้มีความหมายเช่นเดียวกับจิตใจชั่วร้าย และมีได้หมายความว่ารวมถึงการที่จะวัดสภาพจิตใจว่าความสัมพันธ์ต่อผลของการกระทำอย่างไร แต่ความรับผิดชอบที่ใช้อยู่เป็นบรรทัดฐานว่าด้วยความรับผิดชอบ ซึ่ง ดร.เครห์ ได้สรุปถึงบรรทัดฐานว่าด้วยความรับผิดชอบไว้ดังนี้ “ความรับผิดชอบในที่นี้คือ ความเหมาะสมที่จะถูกกล่าวโทษในทางจริยธรรมของสังคมส่วนใหญ่ ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบ ถ้าในทางจริยธรรมแล้วเขาสมควรที่จะถูกกล่าวโทษนี้เอง ที่เป็นตัวแทนที่จะชี้ให้เห็นถึงมาตราส่วนที่จะวัดความรับผิดชอบซึ่ง เมื่อลงโทษแล้วจะให้เกินนี้ไม่ได้” ดังนั้นเมื่อบุคคลได้กระทำการอันสมบูรณ์ตามองค์ประกอบของคำนิยามของกฎหมาย ซึ่งพอที่จะเรียกได้ว่าเข้าองค์ประกอบของตัวกฎหมายแล้ว และพอจะกล่าวได้ว่าบุคคลนั้นได้ทำสิ่งที่ผิดกฎหมาย แต่ต้องพิจารณาต่อไปว่า บุคคลผู้นี้สมควรหรือไม่ที่ถูกกล่าวโทษ เมื่อเห็นว่าสมควรแล้วจะพิจารณาต่อไปว่า ความสมควรที่ถูกกล่าวโทษนี้มีความสูงต่ำอย่างไร สรุปแล้วทฤษฎี

¹⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 191 ผู้ใดกระทำความผิดโดยประการใดให้ผู้ที่ถูกคุมขังตามอำนาจของศาล ของพนักงานอัยการ ของพนักงานสอบสวน หรือของเจ้าพนักงาน ผู้มีอำนาจสืบสวนคดีอาญา หลุดพ้นจากการคุมขังไป ต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ.

แก้แค้นตอบแทนย่อมมีผลทั้งในด้านความกรุณาปราณี และส่วนแก้แค้นตอบแทน ตลอดจนตัวผู้กระทำความผิดที่ยินดีที่จะรับโทษตามสัดส่วนของความผิดที่ได้กระทำลง¹⁷

ในปัจจุบันพอจะเห็นได้ว่า มีเงื่อนไขในการกำหนดโทษที่มีอยู่ตามกฎหมายอาญา 2 ประเภท

1. ประเภทแรกเป็นเงื่อนไขตามทฤษฎีแก้แค้นตอบแทนเรื่องความเหมาะสมที่จะถูกลงโทษของผู้กระทำความผิด

2. ประเภทที่สองเป็นเงื่อนไขที่ว่าด้วยการแก้ไขผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดี โดยบำบัด ตัดโอกาส หรือจำกัดความสามารถในการกระทำความผิด

โทษอาญา แบ่งได้เป็น 4 ประเภท คือ

(1) โทษที่กระทบต่อชีวิตของผู้กระทำความผิด โทษประเภทนี้ได้แก่ การประหารชีวิต ใช้กับความผิดที่รุนแรงมาก หรือมีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างมาก เพื่อให้สาสมกับความร้ายแรง หรือความชั่วของการกระทำความผิด ยับยั้งป้องกันการเอาเยี่ยงอย่างและกันผู้ร้ายออกจากสังคมอย่างถาวร เช่น คดีฆาตกรรม คดีฆ่าข่มขืน เป็นต้น

(2) โทษที่กระทบต่อเสรีภาพของผู้กระทำความผิด โทษประเภทนี้ได้แก่ การจำคุก และกักขัง วัตถุประสงค์เพื่อเป็นการตัด หรือกั้นผู้กระทำความผิดออกจากสังคมโดยชั่วคราว กรณีที่มีกำหนดเวลา หรือเป็นการถาวรกรณีจำคุกตลอดชีวิต และอาศัยช่วงเวลาดังกล่าวเพื่อตัดนิสัย และพฤติกรรมก่อนที่จะกลับคืนสู่สังคม

(3) โทษที่กระทบต่อการดำรงชีวิตตามปกติของผู้กระทำความผิด โทษประเภทนี้ ได้แก่ การสั่งให้ทำงานเพื่อสังคม ในเรื่องต่าง ๆ โดยมีวัตถุประสงค์ให้ผู้กระทำความผิดที่ไม่มีเจตนาร้าย ได้รู้สำนึกในการกระทำของตนและหลาบจำ การลงโทษประเภทนี้สามารถใช้ได้กับบุคคลธรรมดา และนิติบุคคลด้วย อย่างไรก็ตามสำหรับประเทศไทยมาตรการนี้ไม่ถือเป็นโทษ เพียงแต่นำมาใช้ประกอบกับวิธีการคุมประพฤติ

(4) โทษที่กระทบต่อทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด โทษประเภทนี้ ได้แก่ การปรับและริบทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด การปรับเป็นโทษที่บังคับเอาทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดตามที่ศาลกำหนด โดยมักจะกำหนดโทษปรับเป็นจำนวนเงินที่แน่นอนซึ่งเป็นโทษที่ใช้กันทั่วไปในความผิดที่ไม่รุนแรง¹⁸

¹⁷ ทฤษฎีอาญา. (หน้า 86-94). เล่มเดิม.

¹⁸ ทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญา. เล่มเดิม.

จึงเห็นได้ว่า ตามประมวลกฎหมายอาญามีโทษอย่างต่ำบ้าง และไม่มีโทษอย่างต่ำบ้าง การที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้ เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายได้คำนึงถึงว่า ความผิดอย่างใดที่กฎหมายถือว่าร้ายแรงควรกำหนดโทษไม่น้อยกว่าเท่านั้นเท่านี้ จึงกำหนดโทษอย่างต่ำตามความประสงค์ไว้ และความผิดอย่างใดที่กฎหมายไม่ถือว่าร้ายแรงตามสภาพปกติของความผิดนั้น จะลงโทษมากน้อยเท่าไรก็ได้ตามพฤติการณ์แห่งคดี จึงไม่ได้กำหนดอัตราโทษอย่างต่ำไว้ เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ ตามมาตรา 334 กำหนดโทษจำคุกไม่เกินสามปี และปรับไม่เกินหกพันบาท ความผิดฐานลักทรัพย์ ในเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 335 กำหนดโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงห้าปี และปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงหนึ่งหมื่นบาท การที่ความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 334 มิได้กำหนดอัตราโทษอย่างต่ำไว้ และยอมให้อยู่ในดุลพินิจของศาลจะกำหนดโทษหนักหรือเบาได้ตามเหตุผลในคดีที่ปรากฏต่อศาล ส่วนความผิดฐานลักทรัพย์ในเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 335 สภาพแห่งความผิดร้ายแรงยิ่งกว่ากฎหมายจึงกำหนดอัตราโทษอย่างต่ำไว้ด้วย แต่ศาลยอมทรงไว้ซึ่งอำนาจที่จะวางกำหนดโทษหนักเบาได้ระหว่างอัตราอย่างต่ำกับอัตราอย่างสูง เพียงแต่จะให้เป็นน้อยไปยิ่งกว่าอัตราโทษอย่างต่ำที่กำหนดไว้ในกฎหมายไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับเหตุพิเศษลดหย่อนผ่อนโทษ เช่น มีเหตุบรรเทาโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 เป็นต้น และในเรื่องความผิดต่อชีวิต ตามมาตรา 288 ผู้ใดฆ่าผู้อื่นต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี ดังนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายให้อำนาจศาลไว้อย่างกว้างขวางในการที่จะใช้ดุลพินิจกำหนดโทษตั้งแต่หนักสุด ประหารชีวิตจนถึงจำคุก 15 ปี หรือเพียง 7 ปีครั้ง ในกรณีที่มีเหตุบรรเทาโทษ แต่ในขณะที่เดียวกันก็ได้กำหนดไว้เป็นอย่างหนักที่สุดเพียงสถานเดียว คือประหารชีวิตในกรณีที่การฆาตกรรม มีลักษณะพิเศษ 7 ประการ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 289

ตามที่กล่าวมานี้จะเห็นได้ว่า ศาลยอมทรงไว้ซึ่งอำนาจที่จะวางกำหนดโทษหนักเบาตามดุลพินิจของศาลเป็นกรณี ๆ ไป ฉะนั้น จึงจำเป็นต้องทราบว่าการใช้ดุลพินิจของศาลมีหลักเกณฑ์อย่างไร ในเรื่องนี้ต้องระลึกถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษประกอบด้วย วัตถุประสงค์ของการลงโทษในทางอาญาอาจแยกไปได้เป็น 4 ประการ คือ 1. เพื่อเป็นการปราบปราม 2. เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ความผิดเกิดขึ้นอีก 3. เพื่อเป็นการคัดค้านคน และ 4. เพื่อเป็นการชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้น ในการลงโทษจึงควรพิจารณาถึงลักษณะแห่งความผิดที่จำเลยได้กระทำลงและให้เหมาะสมกับตัวจำเลยเอง ทั้งเป็นการคัดค้านคน และเพื่อป้องกันการกระทำความผิดด้วย¹⁹

อย่างไรก็ตามการกำหนดโทษควรจะต้องคำนึงให้มีความเหมาะสมกับความร้ายแรงของการกระทำความผิดและตัวผู้กระทำความผิดด้วย สำหรับองค์ประกอบสำคัญในการกำหนดโทษประกอบด้วย

¹⁹ แหล่งเดิม.

(1) ส่วนของข้อเท็จจริงแห่งคดี ได้แก่ พฤติการณ์แห่งคดีและประวัติภูมิหลังของผู้กระทำผิด

(2) ส่วนของหลักทฤษฎี ได้แก่ ทฤษฎีการลงโทษเพื่อทดแทน ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกัน ทฤษฎีการลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไขฟื้นฟู และทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันสังคม การนำทฤษฎีการลงโทษมาใช้ในการกำหนดโทษนั้น ควรจะต้องนำทฤษฎีการลงโทษมาใช้ร่วมกัน โดยให้ยึดทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งเป็นหลักและนำทฤษฎีอื่นมาเสริม ซึ่งความผิดที่มีความรุนแรงมากใช้ทฤษฎีการลงโทษเพื่อทดแทนเป็นหลักสำหรับความผิดที่มีความรุนแรงน้อยใช้ทฤษฎีการลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไขฟื้นฟูเป็นหลัก ส่วนผู้กระทำผิดซ้ำใช้ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันเป็นหลัก

เมื่อนำมาประยุกต์ใช้กับผู้กระทำผิดในแต่ละประเภทได้แก่ผู้กระทำผิดที่เป็นผู้ร้ายและผู้กระทำผิดโดยพลั้งพลาดแล้วจะได้แนวทางในการกำหนดโทษแตกต่างกันเป็นกรณี ๆ ไป เช่น ผู้กระทำผิดที่มีการกระทำความผิดหรือเกิดผลของการกระทำความผิดที่มีความร้ายแรงมากโดยหลักแล้วควรกำหนดโทษให้สูง เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา จะเห็นว่าเป็นความผิดที่ร้ายแรง หรือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตาย แม้ผู้กระทำจะไม่ได้มีเจตนาให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตาย แต่ผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดถือเป็นผลที่ร้ายแรงเนื่องจากการกระทำความผิด เป็นต้น และในทางตรงกันข้ามหากการกระทำความผิดมีความรุนแรงน้อย โดยหลักแล้วควรกำหนดโทษต่ำตามสัดส่วนของการกระทำความผิด เช่น ทำร้ายผู้อื่นแต่ไม่ถึงกับเป็นอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจ เว้นแต่ผู้กระทำผิดกระทำโดยบันดาลโทสะ การกำหนดโทษ ไม่จำเป็นต้องเป็นสัดส่วนกับการกระทำความผิดสำหรับผู้กระทำผิดซ้ำหรือซ้ำซากนั้น โดยหลักควรกำหนดโทษให้สูงกว่าปกติหรือสูงสุดแล้วแต่กรณีไป เป็นต้น หรือในกรณีที่กฎหมายคำนึงถึงภัยที่จะเกิดขึ้น แม้ว่ากระทำความผิดนั้นจะยังไม่เกิดผล แต่ผลของการกระทำความผิดนั้นอาจเกิดขึ้นได้ หากเป็นผลที่ร้ายแรง ควรต้องกำหนดโทษไว้ ซึ่งกฎหมายจะใช้คำว่า “มีลักษณะอันน่าจะเป็นอันตราย” เช่น มาตรา 220 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้เกิดเพลิงไหม้แก่วัตถุใด ๆ แม้จะเป็นของตนเองจนน่าจะเป็นอันตรายแก่บุคคลอื่นหรือทรัพย์สินของบุคคลอื่น ต้องระวางโทษ...”²⁰

ดร. หยุต แสงอุทัย กล่าวว่าในการที่ประมวลกฎหมายอาญากำหนดโทษสำหรับความผิดนั้น ได้ใช้ระบบสองระบบ คือ²¹

(1) ระบบค้ำึงถึงผล (Erfolgsstrafrecht) คือ ถ้าผลของการกระทำเกิดขึ้นร้ายแรงมากย่อมจะต้องกำหนดโทษหนักขึ้นตามส่วนของผลการกระทำ เช่น ความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 302 วรรคสองและสาม และมาตรา 303 วรรคสองและสาม ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้

²⁰ มาตราการทางกฎหมายในการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต), โดย ดลนภัส ดิษฐสี, 2557, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

²¹ จาก การกำหนดโทษสำหรับความผิดในประมวลกฎหมายอาญา. (น.932-935), โดย หยุต แสงอุทัย.

หญิงได้รับอันตรายสาหัสอย่างอื่น หรือเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ย่อมมีโทษสูงขึ้น ในทางตรงกันข้าม ถ้าผลแห่งการกระทำเกิดขึ้นเป็นผลเล็กน้อย ย่อมกำหนดโทษให้น้อยลง ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 223 เป็นต้น นอกจากนี้จะเห็นได้จากการที่ประมวลกฎหมายอาญากำหนดโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดน้อยกว่าโทษสำหรับการกระทำความผิดสำเร็จ ในครั้งอดีตการกำหนดโทษสำหรับความผิดต่าง ๆ ได้คำนึงถึงผลร้ายแรงของการกระทำความผิดเป็นส่วนมาก ความจริงการที่กฎหมายกำหนดโทษหนักเบาตามส่วนสำคัญของผลเสียหายที่เกิดขึ้น คือใช้ระบบคำนึงผลไม่ใช่หลักการที่ดี เพราะความชั่วของบุคคลอยู่ที่จิตใจ ความผิดจึงมีโทษหนักหรือเบาสุดแท้แต่ผู้กระทำมีจิตใจชั่วมากหรือน้อย เช่นเจตนาชั่วมากหรือช้วน้อย ประมาทมากหรือน้อย ไม่ใช้อยู่ที่ผลที่เกิดขึ้น แต่ประมวลกฎหมายอาญามีอาจหลีกเลี่ยงการกำหนดโทษหนัก เมื่อผลของการกระทำความผิดร้ายแรงได้ เพราะประชาชนทั่วไปยังมีความรู้สึกที่ว่าควรเป็นเช่นนั้น มันเป็นความคิดเรื่องการตอบแทนแก่แค้นซึ่งสืบเป็นนิสัยของมนุษย์มาแต่โบราณ ดังนั้นการกำหนดโทษจึงจำเป็นต้องคำนึงถึงว่า เมื่อศาลลงโทษไปแล้วจะเป็นที่พอใจของประชาชนทั่ว ๆ ไปอีกด้วย โดยต้องวางกำหนดโทษให้ศาลใช้ดุลพินิจในข้อนี้ได้

(2) ระบบคำนึงถึงจิตใจ (Willenstrafrecht) คือถ้าจิตใจชั่วมากกฎหมายย่อมกำหนดโทษหนักมากตามส่วนของความชั่วของจิตใจ เช่น การใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นโดยไม่ถึงกับเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ถ้าผู้กระทำมีเจตนาที่จะทำร้ายร่างกายบุคคลตามปกติ ผู้กระทำย่อมผิดตามมาตรา 391 แต่ถ้าผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนา ที่จะต่อสู้หรือขัดขวางเจ้าพนักงาน หรือผู้ซึ่งต้องช่วยเจ้าพนักงานตามกฎหมาย ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 138 ซึ่งมีโทษสูงขึ้น และถ้ากระทำโดยเจตนาที่จะล้มล้างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร หรืออำนาจตุลาการแทนรัฐธรรมนูญ หรือที่จะให้ใช้อำนาจดังกล่าวแล้วไม่ได้ หรือที่จะแบ่งแยกราชอาณาจักรหรือยึดอำนาจปกครองในส่วนหนึ่งส่วนใดแห่งราชอาณาจักร ผู้กระทำย่อมมีความผิดตามมาตรา 113 ซึ่งมีโทษหนัก ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าการกระทำอย่างเดียวกัน โทษย่อมแตกต่างกันแล้วแต่จิตใจของผู้กระทำ กล่าวคือผู้กระทำมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลร้ายแรงเพียงใดหรือไม่ และโดยที่ประมวลกฎหมายอาญาจึงมิได้กำหนดว่าจะต้องเป็นการกระทำอย่างไร เช่น

มาตรา 119 ผู้ใดกระทำการใด ๆ เพื่อให้ราชอาณาจักรหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของราชอาณาจักรตกอยู่ใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐต่างประเทศ หรือเพื่อให้เอกราชของรัฐเสื่อมเสียไป ...

มาตรา 123 ผู้ใดกระทำการใด ๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อความ เอกสาร หรือสิ่งใด ๆ อันปกปิดไว้เป็นความลับสำหรับความปลอดภัยของประเทศ...

ความผิดดังกล่าว ไม่จำกัดการกระทำ เพราะกฎหมายใช้คำว่า “กระทำการใด ๆ” อาจเป็นการร้องเพลง การเต้นรำ การเชิญมารับประทานอาหาร เป็นต้น ก็ได้ ความสำคัญอยู่ที่จิตใจของผู้กระทำ กล่าวคือ ถ้าได้กระทำด้วยมูลเหตุซึ่งจงใจพิเศษตามที่มาตรานั้น ๆ กำหนดไว้

ระบบค่านึงถึงจิตใจนี้ ประมวลกฎหมายอาญาได้นำมาใช้เฉพาะกรณีความผิดที่กระทำโดยเจตนาธรรมดา หรือโดยเจตนาพิเศษ จะไม่นำมาใช้ในเรื่องประมาท กล่าวคือกฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติที่จะกำหนดโทษสูงขึ้นในกรณีที่ผู้กระทำประมาทมาก หรือกำหนดโทษน้อยลงในกรณีที่ผู้กระทำประมาทน้อย ตรงกันข้ามเรื่องประมาท จะใช้ระบบค่านึงถึงผล กล่าวคือแม้ผู้กระทำจะประมาทน้อย แต่ถ้าการประมาทส่งผลร้ายแรงให้เกิดขึ้น คือความตาย กฎหมายอาญาย่อมกำหนดโทษสูง

2.2 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษและวัตถุประสงค์ของการลงโทษ

การลงโทษทางอาญาเป็นการลงโทษที่รุนแรงและกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของผู้กระทำความคิด เพื่อแสดงถึงการตำหนิว่าผู้นั้นได้กระทำการที่ไม่สมควร จึงต้องรับผลในสิ่งที่ตนกระทำ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้สาสมกับความร้ายแรงของการกระทำ เพื่อตัดนิสัยของผู้กระทำผิด เพื่อป้องปรามมิให้ผู้อื่นเอาเป็นเยี่ยงอย่าง และเพื่อตัดผู้กระทำออกไปจากสังคม

2.2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษผู้กระทำความผิด

การลงโทษ หมายถึง การกระทำที่เป็นผลร้ายแก่ผู้ที่ต้องรับโทษซึ่งอาจจะเป็นผลร้ายต่อร่างกาย จิตใจ หรือทรัพย์สิน ซึ่งการลงโทษนั้นเปรียบเสมือนเครื่องมือของการตัดสินของสาธารณะ ซึ่งประกอบด้วยประเด็นสำคัญคือ การลงโทษได้แก่ วิธีการที่เกี่ยวข้องกับความเจ็บปวดหรือการทรมานซึ่งเป็นผลจากการตัดสินโดยค่านิยมบางอย่างของสังคม²² ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่าในประมวลกฎหมายอาญาสมัยใหม่นั้น เป็นแบบแผนของการลงโทษ หรือคำขู่ว่าจะลงโทษและตัวโทษนั่นเอง เปรียบเสมือนแรงกระตุ้นให้สมาชิกของสังคมนั้น ๆ ประพฤติปฏิบัติต่อสังคมในวิถีทางที่กำหนดไว้ และวิถีทางของสังคมนี้นี้ผู้ร่างกฎหมายได้กล่าวเอาไว้โดยแจ้งชัดในบทบัญญัติทั่วไปของประมวลกฎหมายอาญา²³

แนวคิดในการลงโทษซึ่งถือเป็นหลักในการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด ในสมัยโบราณยังไม่มีหลักเกณฑ์กลางที่ให้สังคมยอมรับและถือปฏิบัติ การลงโทษจะเป็นเรื่องราวของการแก้แค้น

²² จาก สังคมวิทยาว่าด้วยอาชยกรรมและการลงโทษ (น.126), โดย ผจงจิตต์ อธิคมนันท์, 2532, กรุงเทพฯ: วิญญชน.

²³ ทฤษฎีอาญา. (น.86). เล่มเดิม.

ตอบแทนระหว่างคูร์ณีและพรรคพวกของคูร์ณี ต่อมาเมื่อบ้านเมืองมีการปกครองที่ดี มีแบบแผน สังคมมีระบบกฎหมายที่มีข้อห้ามที่มีประสิทธิภาพ รัฐก็จะยื่นมือเข้ามาตัดสินข้อพิพาทเพื่อให้เกิดความยุติธรรมขึ้น และเป็นการยุติการแก้แค้นกันเองโดยถือว่าผู้กระทำความผิดก่ออาชญากรรมขึ้น นั้นมิได้ทำให้เกิดความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายเท่านั้น แต่ยังทำความเสียหายทำลายความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชนและส่วนรวมอีกด้วย จึงต้องเป็นหน้าที่ของฝ่ายบ้านเมือง เข้ามาปราบปรามจับกุมและตัดสินลงโทษดำเนินการต่อผู้กระทำความผิดเพื่อให้สังคมปลอดภัย ส่วนวิธีการลงโทษจะใช้มาตรการรุนแรง ทารุณ เพื่อเป็นการข่มขู่ให้หวาดกลัว และเข็ดหลาบ และไม่เอาเยี่ยงอย่าง โทษสมัยโบราณจึงมีลักษณะป่าเถื่อน และไร้มนุษยธรรม ซึ่งเป็นแนวคิดในการลงโทษที่ถือปฏิบัติสืบมาจนถึงราวศตวรรษที่ 18

ในอดีตก่อนการกำเนิดขึ้นของสำนักอาชญาวิทยาตั้งเดิมนั้น การบังคับใช้กฎหมายอาญามีลักษณะคลุมเครือ ไม่แน่นอน และมีช่องว่างในทางปฏิบัติหลายประการ ซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการลงโทษทางอาญา ทั้งนี้ เห็นได้จากการเปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาหรือ ผู้มีอำนาจซึ่งส่วนใหญ่เป็นพระหรือบาทหลวงสามารถใช้ดุลพินิจในการตีความและบังคับใช้กฎหมายโดยปราศจากขอบเขตหรือ ข้อจำกัดที่ชัดเจน ด้วยเหตุนี้การใช้และการตีความกฎหมายจึงขึ้นอยู่กับความคิดเห็นส่วนตัวเป็นสำคัญก่อให้เกิดความลำเอียงและความไม่เป็นธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดี และนำไปสู่การบังคับใช้กฎหมายอาญาที่มีลักษณะของ “การใช้สองมาตรฐาน” (Double standards) อันส่งผลให้ในการกระทำความผิดเดียวกัน จะพบว่าชนชั้นต่ำในสังคมมักจะได้รับบทลงโทษที่หนักกว่าชนชั้นกลางและชนชั้นสูง นอกจากนี้ การแสดงความคิดเห็นงานเขียนและการแสดงออกใดก็ตามที่ขัดต่อหลักปฏิบัติหรือคำสอนของศาสนา จะถูกถือว่าขัดต่อพระเจ้า และถูกตราหน้าว่าพวกชาตาน พ่อมด หมอผี ซึ่งนำไปสู่การลงโทษอย่างรุนแรง ทารุณและโหดร้าย ด้วยการทรมานในรูปแบบต่าง ๆ เนื่องจากเป็นยุคที่ศาสนาอิสลามมีอิทธิพลในการปกครองอย่างมาก

เป็นที่น่าสังเกตว่าในสังคมมนุษย์ที่เจริญขึ้น นอกจากจะมีการปกครองที่เป็นระเบียบเรียบร้อยแล้ว ผู้ปกครองของสังคมยังได้รับอำนาจในการลงโทษผู้กระทำความผิดต่อสังคมอย่างเป็นทางการและสถาบันขึ้น ซึ่งโดยปกติจะกระทำโดยผ่านทางกระบวนการยุติธรรมทางอาญา กรณีดังกล่าวจึงต่างจากการตอบแทนผู้กระทำความผิดในสังคมดั้งเดิม คงปล่อยให้เป็นที่ของผู้เสียหายหรือญาติพี่น้องของผู้เสียหายแก้แค้นระหว่างกันเอง²⁴ โดยทั่วไปแล้วถือกันว่าครอบครัวเป็นหน่วยทางสังคมดั้งเดิม ส่วนใหญ่บิดามักจะเป็นหัวหน้าครอบครัว และมีอำนาจปกครองตลอดจนควบคุมดูแลสมาชิกในครอบครัวที่กฎหมายโรมันเรียกว่า The Patria Protestas อำนาจปกครอง ของบิดาที่มีต่อบุตรนี้กว้างขวางและไม่มีข้อจำกัดการใช้ดุลพินิจขึ้นอยู่กับความพึงพอใจ

²⁴ *Punishment*, (p.17), by Hans Von Hentig, 1937, London: willam Hodge and Ccompany Limited.

ของบิดาตลอดจนไม่อาจอุทธรณ์โต้แย้งได้ อำนาจดังกล่าวอาจกำหนดความเป็นความตายของบุตรได้ การที่บิดาลงโทษบุตรจึงเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจนี้โดยถือเป็นการดูแลสั่งสอนเพื่อให้บุตรเชื่อฟังและปฏิบัติตามคำสั่งของตน การลงโทษแบบนี้เรียกว่า Parental punishment ต่อมาเมื่อครอบครัวขยายตัวเป็นเผ่า ซึ่งเกิดจากหลาย ๆ ครอบครัวมารวมกัน โดยมีความสัมพันธ์ในทางเครือญาติ อำนาจในการดูแลสมาชิกจึงตกแก่หัวหน้าเผ่า อำนาจของหัวหน้าเผ่าเกิดจากการผสมผสานระหว่างอำนาจปกครองของบิดาต่อบุตรกับอำนาจของญาติ²⁵ ซึ่งเป็นความเชื่อของมนุษย์ในสมัยโบราณว่าญาติมีอำนาจบันดาลให้เกิดสิ่งลึกลับต่าง ๆ ซึ่งในปัจจุบันเราเรียกว่าปรากฏการณ์เหนือธรรมชาติ และเชื่อว่าอำนาจเหล่านี้จะทำอันตรายแก่ผู้ล่วงละเมิดหรือแสดงอาการไม่เคารพนับถือ ดังนั้นหัวหน้าเผ่าจึงเป็นผู้บงการให้สมาชิกประพฤติปฏิบัติตนให้ไม่ละเมิดต่อญาติเหล่านี้ และถ้ามีผู้ใดฝ่าฝืนก็จะนำผู้นั้นไปลงโทษเพื่อส่งเวทย์ให้แก่สิ่งศักดิ์สิทธิ์ มิฉะนั้นแล้วสังคมจะได้รับความพินาศจากภัยพิบัติเพราะอำนาจของญาตินั้น

ต่อมาคนอาศัยอยู่ในสังคมกันเป็นปึกแผ่นและได้รับอิทธิพลของคริสต์ศาสนาซึ่งมีผลต่อการกำหนดแบบแผนความประพฤติของคนในสังคมตะวันตก ความเชื่อที่ว่าทุกสิ่งทุกอย่างกำหนดโดยพระเจ้ามีอิทธิพลต่อแนวความคิดในการลงโทษบุคคล กล่าวคือพระเจ้าเป็นผู้กำหนดกฎหมายหรือแบบแผนความประพฤติ ถ้าผู้ใดฝ่าฝืนจะถือว่าเป็นบาปและจะต้องได้รับโทษเพื่อไถ่บาป ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายและการลงโทษจึงกระทำโดยพระเจ้าโดยผ่านตัวแทนของพระองค์ ซึ่งได้แก่บาทหลวง หรือกษัตริย์ ดังนั้นอำนาจของกษัตริย์ในการลงโทษเป็นอำนาจที่มาจากความเชื่อในเรื่องอำนาจพระเจ้าและคำตัดสินของพระองค์ก็ถือเป็นคำตัดสินของพระเจ้านั่นเอง การลงโทษในลักษณะนี้เรียกว่า Divine punishment อนึ่ง แนวคิดสำคัญเกี่ยวกับการลงโทษผู้กระทำความผิดในยุคแรกนี้ มี 2 แนวคิด คือ

1. แนวคิดเกี่ยวกับจิตวิญญาณ (Spiritual approach)

แนวคิดเกี่ยวกับจิตวิญญาณ (Spiritual approach) เป็นแนวคิดที่ทอมัส อควีนาส (Thomas Aquinas, 1225-1274) ได้นำเสนอไว้ก่อนการรับกำเนิดขึ้นของสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิมถึง 500 ปี โดยอ้างอิงความเชื่อทางศาสนา ทั้งนี้แนวคิดหลักที่สำคัญ คือ ความเชื่อว่าพระเจ้าได้มอบกฎหมายธรรมชาติ (Nature Law) ให้กับมนุษย์ เพื่อให้ผู้ที่มีความเชื่อมั่นในพระเจ้าได้กระทำแต่ความดีและละเว้นการกระทำความชั่วซึ่งกฎหมายอาญาได้ถือกำเนิดขึ้นเพื่อสะท้อนให้เห็นถึงการยืนยันกฎธรรมชาตินั่นเอง ด้วยเหตุนี้จึงต้องถือว่าผู้ที่ประกอบอาชญากรรม ซึ่งเป็นผู้ที่กระทำการอันละเมิดต่อกฎหมายธรรมชาติ และเมื่อการก่ออาชญากรรมถูกมองว่าเป็นการกระทำบาป ดังนั้นใน

²⁵ *Punishment and Reformation* (p.27), by Frederick Howard Wines, 1983, New York: Da capo Press.

กระบวนการยุติธรรมจึงมอบหมายให้รัฐ ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการรักษาศีลธรรมอันดีเป็นผู้ลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยวิธีการลงโทษที่โหดร้ายรุนแรง

2. แนวคิดเกี่ยวกับกฎธรรมชาติ (Naturalistic approach)

โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes, 1588-1678) เชื่อว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมาพร้อมกับความเห็นแก่ตัว ทำให้มนุษย์มีนิสัยโดยธรรมชาติ คือ การมุ่งแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวมากกว่าการเอาใจใส่ต่อความเดือดร้อนของผู้อื่น ด้วยเหตุนี้ มนุษย์จึงไม่สนใจว่าการกระทำของตนจะส่งผลกระทบต่ออันเป็นความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือสังคมหรือไม่ ทุกคนต่างคิดว่าตนมีสิทธิตามธรรมชาติอย่างเท่าเทียมกัน ธรรมชาติได้สร้างให้คนเรามีความเท่าเทียมกันทั้งในทางกายและในทางใจ ความเท่าเทียมกันดังกล่าวนี้ นำพามาซึ่งความยุ่งยาก ก่อให้เกิดความขัดแย้งซึ่งกัน ดังนั้นเมื่อต้องการสิ่งใดมาเป็นของตนเองก็ต้องต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งสิ่งนั้น โดยต่างหวังอย่างเท่าเทียมกันว่าต่างจะได้มานั่นเอง ในการแก่งแย่งดังกล่าวย่อมต้องมีผู้ผิหวังและผู้สมหวังปะปนกันไป ทุกคนต่างกลัวการผิหวัง ดังนั้นต่างก็พยายามหาทุกวิถีทางที่จะทำให้ตนเองสมหวังด้วยการเอาชนะกันและกันให้ได้ สภาวะดังกล่าวก่อให้เกิดข้อพิพาทกันขึ้นและความมั่นคง ความปลอดภัยในชีวิตของทุกคนต่างตกอยู่ในสภาวะอันตราย สภาวะอันตรายดังกล่าวนี้เองที่มนุษย์ไม่มีสังคม เป็นสภาวะตามธรรมชาติที่ไม่มีระเบียบหรือกฎเกณฑ์ใด ๆ มาควบคุม²⁶ เป็นการแปรสภาวะตามธรรมชาติมาเป็นสภาวะทางสังคม และเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงสภาวะดังกล่าวนี้เอง มนุษย์ทุกคนต่างตระหนักและต้องการขจัดสภาวะดังกล่าวให้หายไปและให้สันติภาพเกิดขึ้นทุก ๆ คน ในประชาคมนั้น จึงต้องก่อพันธะสัญญาตนเองขึ้นมาให้ยับยั้งซึ่งกันและกันเพื่อให้มีสันติภาพเกิดขึ้น กล่าวคือทุกคนต้องสละเสรีภาพส่วนที่เป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่น เสรีภาพส่วนที่สละนี้ จะมีค่าเท่ากับสิทธิของตนที่จะไม่ถูกผู้อื่นละเมิด ต่างคนต่างรักษาสีทธิของตน ทุกคนต่างเป็นปัจเจกชนไม่สามารถควบคุมการละเมิดสิทธิดังกล่าวได้ ดังนั้นการรักษาสีทธิส่วนนี้ของทุกคนจึงต้องรวมกันเข้าเป็นพลังอันมหาศาลที่จะใช้รักษาสีทธิของทุกคน โดยผ่านรัฐ ผู้ที่ละเมิดสิทธิของผู้อื่นจึงถูกลงโทษด้วยพลังดังกล่าวอันเป็นอำนาจของรัฐนั่นเอง²⁷ เมื่อมนุษย์ได้เข้าใจและตระหนักถึงผลเสียของธรรมชาติในข้อนี้ จึงพร้อมใจกันมอบอำนาจในส่วนของตนให้แก่รัฐ เพื่อให้รัฐทำหน้าที่ในการควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคมแทน ซึ่งการมอบอำนาจดังกล่าวเป็นการทำสัญญาร่วมกันระหว่างผู้ที่อาศัยอยู่ในสังคม หรือระหว่างประชาชนกับรัฐ จึงเรียกสัญญานี้ว่า “สัญญาประชาคม” ทั้งนี้

²⁶ จาก *ปรัชญาแห่งอุดมการณ์ทางการเมือง* (น.125), โดย ปรีชา ช้างขวัญยืน, 2538, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

²⁷ *แนวความคิดว่าด้วยรัฐ (ตอนที่ 1)*, โดย เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2558, สืบค้น จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=295#s9>.

แนวคิดนี้ยังได้รับการสนับสนุนอย่างดีจากนักปราชญ์ที่มีชื่อเสียง เช่น จอห์น ล็อก (John Locke, 1632-1704) มอนเตสกีเยอ (Montesquien, 1689-1755) วอลแตร์ (Voltaire, 1694-1778) และ จัง จาร์กส์ รูสโซ (Jean-Jacques Rousseau, 1712- 1778) การลงโทษอย่างรุนแรงและปราศจากกฎเกณฑ์ที่แน่นอน เริ่มได้รับการต่อต้านจากนักคิดและนักปราชญ์ในสาขาวิชาต่าง ๆ โดยสามารถอธิบายถึงวิวัฒนาการทางความคิด ทฤษฎี และหลักปรัชญาที่น่าสนใจ รวมถึงสาเหตุในการกระทำความคิด

สรุปได้ว่าเมื่อสังคมเจริญขึ้น เข้าสู่ยุคฟื้นฟูศิลปวัฒนธรรม ความเชื่อในเรื่องอำนาจพระเจ้าเริ่มเสื่อมลง มนุษย์เริ่มให้เหตุผลแก่ปรากฏการณ์ต่าง ๆ ดังนั้นแนวความคิดในเรื่องอำนาจรัฐมาจากพระเจ้า จึงเปลี่ยนเป็นอำนาจมาจากประชาชนทุกคน และประชาชนใช้อำนาจดังกล่าวโดยผ่านตัวแทน อำนาจอธิปไตยนี้อาจแยกออกเป็นอำนาจอธิปไตยบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจอตุลาการ ประชาชนใช้อำนาจนี้โดยองค์กรที่เป็นตัวแทนของประชาชน คือ สภานิติบัญญัติ รัฐบาล และศาล ตามลำดับ การลงโทษโดยรัฐจึงเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจอธิปไตยซึ่งมาจากปวงชนโดยรัฐ จะต้องกระทำเพื่อให้ก่อให้เกิดความสงบสุขในบ้านเมือง จึงเกิดความยินยอมของประชาชนโดยทั่วไปที่มอบหมายอำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยให้กับรัฐตามหลักสัญญาประชาคม โดยถือว่าบุคคลที่ฝ่าฝืนกฎหมายเป็นการฝ่าฝืนความเห็นร่วมของคนส่วนใหญ่ในสังคม จึงควรถูกลงโทษ ซึ่งกระทำโดยองค์กรที่บริหารกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

2.2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาตามหลักนิติเศรษฐศาสตร์

นิติศาสตร์ หมายถึง ศาสตร์ว่าด้วยกฎหมาย การปฏิบัติ แบบแผน ระเบียบ ขนบธรรมเนียม ประเพณี วิถีปกครอง เครื่องแนะนำ และความเป็นธรรม

เศรษฐศาสตร์ หมายถึง ศาสตร์ที่ว่าด้วยการจัดสรรทรัพยากรที่อยู่อย่างจำกัดให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด เพื่อให้เกิดสวัสดิการทางสังคมและมองว่ามนุษย์เป็นสัตว์ที่มีเหตุผล

นิติเศรษฐศาสตร์ (Law and Economics) เป็นศาสตร์ว่าด้วยการศึกษาประเด็นสำคัญทางกฎหมาย ทฤษฎีกฎหมาย การตีความกฎหมาย การออกแบบกฎหมาย การประเมินคุณค่าของกฎหมาย และผลกระทบของกฎหมายต่อพฤติกรรมของตัวละครที่เกี่ยวข้องและสังคม โดยใช้ระเบียบวิธีหรือวิธีวิทยา (Methodology) ทางเศรษฐศาสตร์นีโอคลาสสิก (Neoclassical Economics) ซึ่งสร้างทฤษฎีขึ้นจากข้อสมมติฐานตั้งต้นว่า คนเป็นสัตว์เศรษฐกิจ (Homo Economics) มีพฤติกรรมในการแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตนสูงสุดภายใต้ความจำกัดและเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ตนเผชิญ เป็นกรอบและเครื่องมือมาตรฐานในการวิเคราะห์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งแบบจำลองว่าด้วยการเลือกอย่างมีเหตุผล โดยให้ความสำคัญกับมิติด้านประสิทธิภาพของกฎหมาย ระบบกฎหมาย และกระบวนการยุติธรรม และมีเป้าหมายเพื่อบรรลุสวัสดิการสังคมสูงสุด โดยมุ่งเน้นการศึกษาผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างสิ่งจูงใจ หรือกฎกติกา ต่อพฤติกรรมของคน ทั้งผู้บังคับ

ของกฎหมาย รวมถึงการออกแบบกฎหมายให้สามารถใช้กำกับควบคุมพฤติกรรมของคนในโลกแห่งความเป็นจริงได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อยกระดับสวัสดิการของสังคม

กฎหมายในมุมมองของนิติเศรษฐศาสตร์คือเครื่องมือในการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของคนในสังคมไปสู่แนวทางที่สังคมพึงปรารถนา เช่น ไม่สร้างความเดือดร้อนแก่สังคม ไม่ทำอันตรายต่อชีวิตและทรัพย์สินของผู้อื่น ออกแบบสัญญาที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ เป็นต้น และป้องปรามยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่พึงปรารถนาของสังคม ผ่านบทลงโทษทางกฎหมาย ทั้งการลงโทษที่เป็นตัวเงิน ได้แก่ค่าปรับ และการลงโทษที่ไม่เป็นตัวเงิน เช่น การจำคุก การภาคทัณฑ์ การกักบริเวณ การประหารชีวิต หรือการประจานต่อสาธารณะ เป็นต้น²⁸

แนวคิดหลักทางนิติเศรษฐศาสตร์ในการวิเคราะห์การกระทำความผิดคือ ทฤษฎีการก่ออาชญากรรม โดยเลือกอย่างมีเหตุผล (Rational choice theory of crime) ซึ่งกล่าวว่า บุคคลจะตัดสินใจกระทำความผิดต่อเมื่อประโยชน์ที่เขาคาดคะเน (expected benefits) จากการกระทำความผิดสูงกว่าต้นทุนที่คาดว่าจะเกิดขึ้น (expected costs) การที่เราใช้ค่าคาดคะเน (expected value) เนื่องจากการกระทำความผิดมีความไม่แน่นอน (uncertainty) จากการดำเนินการสำเร็จ และการถูกลงโทษ จึงต้องนำความน่าจะเป็นที่ประโยชน์และต้นทุนจะเกิดขึ้นมาพิจารณาด้วย โดยประโยชน์ที่คาดคะเนไว้ก็คือประโยชน์ที่บุคคลคาดว่าจะได้จากการกระทำผิด เช่น การลักทรัพย์ ประโยชน์ที่คาดคะเนคือมูลค่าทรัพย์สินกับความน่าจะเป็นที่จะลักทรัพย์ผู้อื่นสำเร็จ เป็นต้น ส่วนต้นทุนที่คาดว่าจะเกิดขึ้นคือ ความน่าจะเป็นที่บุคคลที่กระทำความผิดจะถูกจับกุมด้วยบทลงโทษสำหรับฐานความผิดที่กระทำ เช่น ค่าปรับ หรือต้นทุนจากการถูกจำคุก เป็นต้น นอกจากนี้ ต้นทุนของผู้กระทำความผิดยังอาจรวมถึงต้นทุนค่าเสียโอกาสจากเวลาที่ใช้ไปในการเตรียมการและกระทำความผิด และรายจ่ายที่ใช้ในการเตรียมการกระทำความผิด เช่น ปืน หน้ากาก บัตรประจำตัวปลอม เป็นต้น ตามแนวคิดดังกล่าว แนวทางในการป้องปรามการกระทำความผิดคือการลดประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดคาดหวังและการเพิ่มต้นทุนที่คาดว่าจะเกิดขึ้น ทั้งนี้ การเพิ่มต้นทุนที่คาดว่าจะเกิดขึ้นแก่ผู้กระทำความผิดอาจทำได้โดยการเพิ่มการลงโทษให้หนักขึ้นหรือการเพิ่มความน่าจะเป็นในการจับกุมผู้กระทำความผิดให้สูงขึ้น อย่างไรก็ตาม ในขณะที่การเพิ่มการลงโทษในบางรูปแบบ เช่น การปรับไม่ได้เพิ่มต้นทุนของรัฐ การเพิ่มความน่าจะเป็นในการจับกุมจะก่อให้เกิดต้นทุนมาก เนื่องจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญามีต้นทุนเกิดขึ้นในทุกขั้นตอน นับตั้งแต่การจับกุม การฟ้องคดี การลงโทษ ซึ่งมีทั้งต้นทุนภาครัฐและเอกชนเกิดขึ้น คำถามสำคัญ

²⁸ จาก ความรู้เบื้องต้นว่าด้วยนิติเศรษฐศาสตร์ สัมมนาเรื่อง การวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้านเศรษฐศาสตร์ (น.1-2), โดย ปกป้อง จันวิทย์, กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยและพัฒนาสังคม สำนักงานยุติธรรม มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย.

คือรัฐควรจัดสรรทรัพยากรเพื่อใช้ในการจับกุมผู้กระทำผิดมากน้อยเพียงใด และบทลงโทษที่เหมาะสมควรเป็นอย่างไรเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด การวิเคราะห์ทางนิติเศรษฐศาสตร์ข้างต้น ยังชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างของการดำเนินคดีทางแพ่งและการดำเนินคดีทางอาญาด้วย ในกรณีที่ผู้เสียหายสามารถเลือกดำเนินคดีได้ทั้งทางแพ่งและทางอาญา การตัดสินใจของผู้เสียหายว่าจะเลือกดำเนินคดีอย่างไร จะขึ้นอยู่กับต้นทุนและประโยชน์ที่ได้รับในแต่ละแนวทางในด้านหนึ่ง การดำเนินคดีทางอาญาจะช่วยลดต้นทุนในการดำเนินคดีของผู้เสียหาย เพราะจะมีกลไกของรัฐทั้งตำรวจและอัยการเข้ามาช่วยเหลือ ซึ่งทำให้ผู้เสียหายมีแรงจูงใจในการดำเนินคดีมากกว่าระดับที่ไม่ได้รับการสนับสนุนจากรัฐในอีกด้านหนึ่ง ในการดำเนินคดีทางอาญาผู้เสียหายมักจะไม่ได้รับการเยียวยาที่ชดเชยความเสียหายของตนเมื่อชนะคดี เพราะการลงโทษทางอาญามักทำโดยการปรับหรือการจำคุก ในขณะที่ผู้เสียหายสามารถเรียกค่าเสียหายได้จากการดำเนินคดีทางแพ่งได้ ในทางปฏิบัติผู้เสียหายจึงอาจเลือกดำเนินคดีทางแพ่งและทางอาญาควบคู่กันไป โดยอาจเลือกฟ้องทางอาญา ซึ่งมีอายุความสั้นกว่าไปก่อน และถ้าเห็นว่าตนมีโอกาสจะชนะคดีสูงก็จะฟ้องแพ่งต่อไป หรือมิฉะนั้นผู้เสียหายก็อาจใช้สิทธิที่จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนในคดีอาญาที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ได้ โดยผู้เสียหายยื่นคำร้องต่อศาลที่พิจารณาคดีอาญาขอให้บังคับจำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ตนแทนที่จะไปฟ้องร้องเป็นคดีแพ่งต่างหาก

1. การป้องปรามโดยการลงโทษที่เป็นตัวเงิน (Deterrence with monetary sanction)²⁹

สมมติว่ามีการกระทำความผิด โดยประโยชน์ (gain) ต่อผู้กระทำความผิดนั้นคือ 80 หน่วยและความเสียหายที่เกิดขึ้น (harm) คือ 100 หน่วย ในกรณีนี้ ความเสียหายสูงกว่าประโยชน์จากการกระทำความผิด ในทางนิติเศรษฐศาสตร์ รัฐจึงควรป้องปรามการกระทำความผิดนี้ สมมติให้ความน่าจะเป็นในการจับกุมผู้กระทำผิดมาลงโทษเท่ากับ 1 ซึ่งหมายความว่าจับกุมได้แน่นอน ค่าปรับสำหรับการกระทำความผิดนี้ที่เหมาะสมที่สุดทางทฤษฎี จะเท่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้นคือ 100 หน่วย

อย่างไรก็ตาม ความน่าจะเป็นในการจับกุมผู้ฝ่าฝืนกฎหมายมาลงโทษมักน้อยกว่า 1 เช่น สมมติให้ความน่าจะเป็นในการจับกุมผู้ฝ่าฝืนกฎหมายเท่ากับร้อยละ 50 และให้ค่าปรับเท่ากับ 100 หน่วย ดังนั้น ค่าปรับที่ผู้กระทำความผิดคาดคะเนไว้ (expected fine) จะเท่ากับ 50 หน่วย จะเห็นว่าในกรณีนี้ ประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดคาดคะเนไว้สูงกว่าต้นทุนที่คาดคะเนว่าจะเกิดขึ้น ซึ่งทำให้เกิดแรงจูงใจในการทำผิด ดังนั้น เพื่อจะป้องปรามไม่ให้มีการกระทำความผิด รัฐควรตั้งค่าปรับไว้ที่ 200 หน่วยหรือเท่ากับความเสียหายหารด้วยความน่าจะเป็นในการจับกุมผู้กระทำผิดมาลงโทษ

²⁹ แหล่งเดิม.

สำหรับผู้กระทำความคิดที่เป็นกลางต่อความเสี่ยง (risk neutral) ส่วนผสมของการลงโทษปรับและความน่าจะเป็นในการจับกุมมาลงโทษที่ให้ผลลัพธ์เป็นค่าคาดคะเนที่เท่ากันจะส่งผลกระทบต่อความน่าจะเป็นในการจับกุมผู้กระทำผิดมาลงโทษเท่ากับร้อยละ 50 ค่าปรับควรจะเท่ากับ 200 หน่วย แต่หากความน่าจะเป็นในการจับกุมลดลงเหลือร้อยละ 10 ค่าปรับควรจะเพิ่มขึ้นเป็น 1,000 หน่วย ซึ่งจะทำให้บุคคลที่เป็นกลางต่อความเสี่ยงไม่รู้สึกแตกต่าง (indifferent) ระหว่าง 2 กรณีข้างต้น เพราะการลงโทษที่คาดว่าจะเกิดขึ้นเท่ากับ 100 หน่วยเท่ากันทั้งสองกรณี

ผลกระทบสำคัญของการใช้บทลงโทษที่ใช้ค่าปรับ คือการมีต้นทุนทางสังคมเกิดขึ้นต่ำ เนื่องจากการปรับเป็นเพียงการโอน (transfer) ทรัพย์สินจากผู้กระทำผิดไปให้แก่รัฐ ซึ่งมีต้นทุนในการจัดเก็บไม่สูงมากนัก โดยเฉพาะเมื่อเทียบกับการจำคุก ดังนั้น บทลงโทษที่มีประสิทธิภาพในทางทฤษฎีคือการปรับให้สูงที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ และความน่าจะเป็นในการจับกุมต่ำที่สุดเพื่อลดต้นทุนเช่น รัฐควรปรับผู้กระทำผิด 1,000 หน่วยด้วยความน่าจะเป็นในการจับกุมร้อยละ 10 มากกว่าที่จะปรับ 200 หน่วยด้วยความน่าจะเป็นร้อยละ 50 เพราะในสายตาของผู้กระทำผิดที่เป็นกลางต่อความเสี่ยง ทั้งสองกรณีมีผลป้องกันไม่แตกต่างกัน แต่สำหรับรัฐแล้ว กรณีแรกจะมีต้นทุนต่ำกว่ากรณีที่สอง ดังนั้น ในทางทฤษฎีแล้ว ค่าปรับควรจะเพิ่มให้สูงสุดจนกระทั่งเท่ากับทรัพย์สินทั้งหมดของผู้กระทำผิด เนื่องจากความน่าจะเป็นในการจับกุมมักจะมีค่าต่ำ และการเพิ่มขึ้นของค่าปรับไม่ได้เพิ่มต้นทุนแก่สังคมแต่อย่างใด

2. การป้องปราม โดยการลงโทษที่ไม่เป็นตัวเงิน (Deterrence with non-monetary sanction)³⁰

การลงโทษที่ไม่ใช่ตัวเงิน ได้แก่ การจำคุก การภาคทัณฑ์ การประหารชีวิต การระงับใบอนุญาต การลงโทษโดยชุมชน การเปิดเผยชื่อของผู้กระทำผิดเพื่อประจานให้เกิดความอับอาย เป็นต้น ทั้งนี้รูปแบบของการลงโทษที่ไม่ใช่ตัวเงินที่นิยมใช้มากที่สุดคือ การจำคุกการลงโทษที่ไม่ใช่ตัวเงินแตกต่างจากการลงโทษด้วยการปรับ ในแง่ที่ทำให้เกิดต้นทุนทางสังคม (social cost) ในการบังคับใช้ โดยเฉพาะการจำคุกจะก่อให้เกิดต้นทุนสูงเพราะจะต้องสร้างเรือนจำเพื่อคุมขังนักโทษ ตลอดจนมีค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในระหว่างที่นักโทษถูกคุมขัง นอกจากนี้ โดยทั่วไปแล้วต้นทุนความทุกข์ยาก (disutility) ของผู้ถูกลงโทษจากการจำคุกมักจะสูงกว่าโทษปรับ อีกทั้งนักโทษที่ถูกคุมขังยังถูกแยกออกจากตลาดแรงงาน ซึ่งทำให้เกิดต้นทุนค่าเสียโอกาส (opportunity cost) จากกำลังแรงงานที่หายไปจากระบบเศรษฐกิจ นอกจากนี้ นักโทษมักจะมีผลผลิตในการผลิต (productivity) น้อยลงหลังจากที่ได้รับการปล่อยตัวจากคุก เนื่องจากถูกแยกออกจากตลาดแรงงาน

³⁰ แหล่งเดิม.

เป็นเวลานานและมีตราบาป (stigma) จากการที่เคยถูกจำคุกซึ่งส่งผลให้หางานได้ยาก การลดลงของผลิตภาพในการทำงานและการหางานได้ยากอาจทำให้ลดต้นทุนค่าเสียโอกาสของการกระทำอาชญากรรมและเพิ่มความน่าจะเป็นที่บุคคลจะกลับไปประกอบอาชญากรรมอีกครั้ง โดยหลักแล้วการลงโทษที่ไม่เป็นตัวเงิน ควรใช้เสริมกับการลงโทษด้วยการปรับเท่านั้นเนื่องจากการลงโทษที่ไม่เป็นตัวเงิน โดยเฉพาะการจำคุกจะก่อให้เกิดต้นทุนทางสังคมที่สูง กล่าวคือ หากผู้กระทำความผิดมีทรัพย์สินมากกว่าค่าปรับที่เหมาะสมที่สุด ผู้กระทำความผิดนั้นควรถูกลงโทษด้วยการปรับเท่านั้น อย่างไรก็ตาม หากผู้กระทำความผิดมีทรัพย์สินน้อยกว่าค่าปรับที่เหมาะสมที่สุดบทลงโทษที่ควรใช้ก็คือการปรับทรัพย์สินทั้งหมดบวกกับการลงโทษ โดยการจำคุก กรณีนี้หลังมักเกิดขึ้นหากการกระทำผิดก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมาก เช่นการก่ออาชญากรรมต่าง ๆ จ่ายค่าปรับอย่างเดียวอาจไม่สามารถป้องปรามได้ หรือกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นคนยากจน

สรุปได้ว่าเป้าหมายหลักของระบบยุติธรรมทางอาญาคือ การป้องปรามไม่ให้เกิดอาชญากรรม (Deterrence) ผ่านบทลงโทษทางกฎหมายทั้งบทลงโทษที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงิน โดยบุคคลจะตัดสินใจกระทำความผิดหากประเมินว่าผลประโยชน์คาดคะเนของการกระทำ ความผิดสูงกว่าต้นทุนคาดคะเนของการกระทำความผิด ระบบการลงโทษที่เหมาะสมจึงต้องสามารถป้องปรามการกระทำความผิด โดยมีเป้าหมายเพื่อเพิ่มต้นทุนคาดคะเนของการกระทำความผิด และลดประโยชน์คาดคะเนของการกระทำความผิดได้แก่

1. การเพิ่มบทลงโทษให้สูงขึ้น เช่น การเพิ่มโทษปรับให้สูงขึ้น หรือเพิ่มโทษจำคุกให้สูงขึ้น หรือแม้กระทั่งเพิ่มโทษประหารชีวิต กรณีที่เป็นความผิดที่มีความร้ายแรงมาก
2. การเพิ่มโอกาสจับกุมให้มากขึ้น เช่น การเพิ่มกำลังเจ้าหน้าที่ตำรวจในการกวาดค้นมากขึ้น ติดตั้งกล้องวงจรปิด หรือใช้เทคโนโลยีขั้นสูง เพื่อติดตามคนร้าย เป็นต้น³¹

2.2.3 ทฤษฎีที่เกี่ยวกับการลงโทษผู้กระทำความผิด

ทฤษฎีการลงโทษมี 4 ทฤษฎีใหญ่ด้วยกันคือ ทฤษฎีการลงโทษเพื่อ แก้แค้นทดแทน ทฤษฎีการลงโทษแบบอรรถประโยชน์ ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitative Theory) และทฤษฎีการลงโทษเพื่อคุ้มครองสังคม (Social Protection Theory)

1. ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory)

เป็นปฏิกริยาของสังคมที่มีต่อพฤติกรรมที่ขัดต่อกฎหมายในลักษณะแก้แค้นทดแทนเกิดขึ้นในสภาวะธรรมชาติของคนในความสัมพันธ์กับโลกภายนอกและมีมาตั้งแต่โบราณกาล การลงโทษที่ชอบธรรมตามหลักของทฤษฎีทดแทนนี้จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ประการ คือ

³¹ แหล่งเดิม.

(1) การลงโทษต้องเป็นการทดแทนความเสียหาย (Vindication) หมายถึง ความถูกต้องของการลงโทษจะต้องกระทำลงไปเพื่อเป็นการทดแทน หรือแก้แค้นให้แก่ผู้เสียหายจากการที่ผู้กระทำความผิดได้ทำให้เกิดความเสียหายขึ้น ยิ่งไปกว่านั้นจะต้องเป็นการทำให้ผู้เสียหายรู้สึกพอใจ และคิดว่าเป็นการกระทำที่ยุติธรรมแล้ว ทฤษฎีนี้ชี้ว่าการละเลยเรื่องความรู้สึกของผู้เสียหายที่ต้องการแก้แค้นแก่ผู้กระทำความผิดนั้นเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง เพราะจะทำให้ผู้เสียหายหรือญาติพี่น้องของเขา รู้สึกเสื่อมศรัทธาที่มีต่อรัฐ ว่าไม่อาจเยียวยาความเสียหายให้เขาได้ การลงโทษโดยคำนึงถึงความพึงพอใจของผู้เสียหายนี้จะทำให้ผู้เสียหายยอมรับว่าการลงโทษโดยรัฐเป็นความชอบธรรมและยอมรับว่าการแก้แค้นผู้กระทำความผิดไม่ใช่หน้าที่ของเอกชน แต่เป็นหน้าที่ของรัฐ³²

(2) การลงโทษต้องกระทำเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม (Fairness) มีหลักว่าการจะให้กฎหมายมีผลคุ้มครองประโยชน์สุขแก่ส่วนรวม คนทุกคนจะต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย การที่ผู้กระทำความผิดฝ่าฝืนกฎหมายอาญาแต่ละครั้ง เท่ากับว่าผู้กระทำความผิดเอาเปรียบบุคคลอื่นที่เชื่อฟังกฎหมายและข้อได้เปรียบเสียเปรียบ ด้วยเหตุนี้การลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด จึงควรมีความรุนแรงเทียบเท่ากับความได้เปรียบที่ผู้กระทำได้รับการฝ่าฝืนกฎหมายนั้น โดยถือว่าผู้กระทำความผิดได้จำหน้อันเกิดจากการกระทำความผิดให้แก่ทุกคนที่เชื่อฟังกฎหมายซึ่งเป็นสมาชิกในสังคมนั้น และเมื่อจ่ายแล้วเขาก็กลับคืนสู่สังคมในฐานะที่เป็นเป็นพลเมืองดีและมีฐานะเท่าคนอื่น³³

(3) การลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับความผิด (Proportionality of punishment) ทฤษฎีนี้เห็นว่าจำนวนโทษที่ผู้กระทำความผิดควรจะได้รับจะต้องเท่ากับความเสียหายที่เขาได้กระทำความผิดจากการกระทำผิดนั้น อย่างไรก็ดี อาจมีข้อยกเว้นจากหลักดังกล่าวได้ 2 กรณี คือ กรณีที่การลงโทษสูงกว่าความเสียหาย ที่ผู้กระทำก่อขึ้นนั้นสามารถกระทำได้ในกรณีของการลงโทษจำคุกตลอดชีวิตแก่ผู้กระทำความผิดที่เป็นอันตรายต่อสังคมที่เป็นอันตรายต่อสังคม เพื่อปกป้องสังคมให้ปลอดภัยยิ่งขึ้น ในทางตรงกันข้ามการลงโทษอาจต่ำกว่าสัดส่วนแห่งความผิด ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่มีโอกาสที่จะกระทำความผิดนั้นอีก ดังนั้นผู้กระทำจะได้รับการลดโทษ หรือรอการลงโทษ และให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขการคุมประพฤติ ปัญหาว่าจะถือหลักใดมาพิจารณาว่าโทษจำนวนเท่าใดจึงจะ ได้สัดส่วนกับความผิดที่ผู้กระทำได้ก่อให้เกิดขึ้น Immanuel Kant เห็นว่า โทษที่ผู้กระทำได้รับ

³² จาก กฎหมายอาญาว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย, โดย ณรงค์ ใจหาญ, 2543, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

³³ *Justice and Therapy*, (p.84), by Jeffrie G. Murphy, Retribution, 1979, Dordrecht: D, Reidel Publishing Company.

จะต้องได้สัดส่วนพอดีทั้งสภาพ และความหนักเบาของความรับผิดชอบ³⁴ สภาพความหนักเบาของความผิดนี้พิจารณาได้จาก ความร้ายแรงทางศีลธรรมของความผิดแต่ละฐานและพิจารณาจากความนำคำหนักจากพฤติการณ์ของการกระทำความผิดในแต่ละเรื่อง นอกจากนี้ยังรวมถึงความร้ายแรงที่ผู้กระทำก่อให้เกิดขึ้นอันเกิดจากการกระทำโดยเจตนา ประมาท ดังนั้น หลักการพิจารณาในเรื่องสัดส่วนของโทษจะต้องพิจารณาถึงสภาพและความหนักเบาของความผิดซึ่งประกอบด้วย ความร้ายแรงของความเสียหายในทางการกระทำและผลต่อสังคมอันเกิดจากการกระทำผิดนั้น

จากหลักเกณฑ์ของการลงโทษตามทฤษฎีนี้ มีข้อสังเกตว่าการที่ทฤษฎีแก้แค้นทดแทนพยายามจะกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความผิดที่ผู้กระทำได้กระทำโดยพิจารณาจากความนำคำหนักทางศีลธรรมประกอบกับความเสียหายที่เกิดขึ้นในแต่ละฐานความผิด จึงเป็นที่น่าสงสัยว่าพื้นฐานการกำหนดโทษดังกล่าวมีเหตุผลที่หนักแน่นเพียงพอที่จะถือเป็นเหตุลงโทษบุคคลหรือไม่ และมีผู้ที่โต้แย้งทฤษฎีนี้ว่า เป็นแนวความคิดที่ไม่ได้คำนึงถึงประโยชน์ในอนาคตในด้านการป้องกันการกระทำผิดขึ้นอีก และมีได้พิจารณาว่าบุคคลผู้ต้องถูกลงโทษยังคงเป็นอันตรายต่อสังคมอยู่หรือไม่ นอกจากนี้ในการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความผิดนั้นเป็นสิ่งที่กระทำได้ยากเพราะมนุษย์ไม่อาจวัดความร้ายแรงของความผิดแต่ละเรื่องและกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความผิดนั้น ๆ ได้อย่างแท้จริง³⁵

โดยสรุปนักทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนนี้ไม่ได้สนใจต่ออนาคตของผู้ถูกลงโทษหรือของสังคม สนใจแต่เพียงอย่างเดียวต่อพฤติกรรมหรือการกระทำในอดีตของผู้กระทำความผิด เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นไม่ว่าร้ายแรงมากน้อยประการใด ผู้กระทำความผิดสมควรได้รับโทษตามนั้น ในปัจจุบันนี้การลงโทษตามทฤษฎีนี้ มีแนวโน้มจะนำกลับมาใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกาอีก เพราะเหตุว่าการลงโทษเพื่อวัตถุประสงค์ประการอื่น เช่น เพื่อแก้ไขฟื้นฟูไม่ได้ผลในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเท่าที่ควร

2. ทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarian Theories)

แนวคิดของทฤษฎีนี้ คือ คนเรากระทำผิดโดยเจตนา และก่อนจะลงมือกระทำนั้นก็ได้พิจารณาใคร่ครวญถึงผลดีผลเสียแล้วจึงลงมือทำ เพราะฉะนั้นรัฐจึงควรออกกฎหมายกำหนดความผิดและโทษสำหรับความผิดนั้นไว้ให้ชัดเจน และเปิดเผยต่อสาธารณชน เพื่อป้องกันความผิดที่จะเกิดขึ้น โดยคำนึงถึงหลักการของความสุขชั้นชมยินดี และความเจ็บปวดทุกข์ทรมานมาประกอบการพิจารณาเพื่อควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ด้วย เมื่อมีผู้กระทำความผิด หรือฝ่าฝืนกฎหมาย

³⁴ จาก กฎหมายอาญา ภาค 1 (น.20), โดยอุทิศ แสน โกติก ,2525, กรุงเทพฯ: ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กองวิชาการ กรมอัยการ.

³⁵ แหล่งเดิม.

ก็จะต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ทั้งนี้การลงโทษจะต้องกระทำอย่างรวดเร็ว แน่นอน เสมอภาคกัน และรุนแรงตามความเหมาะสมของโทษที่กำหนดไว้ การลงโทษดังกล่าวย่อมจะมีประโยชน์ต่อสังคม ในด้านการลดอาชญากรรม และส่งเสริมให้คนทั่วไปเคารพ และปฏิบัติตามกฎหมาย

แนวคิดการลงโทษตามทฤษฎีอรรถประโยชน์มีรากฐานมาแต่โบราณ ในยุคกรีก Plato ได้กล่าวว่า “การที่บุคคลใดถูกลงโทษมิใช่เป็นเพราะเขาได้กระทำผิด เนื่องจากการกระทำที่ได้กระทำไปแล้ว มีอาจบดล้างให้กระทำได้อีก แต่ที่บุคคลนั้นถูกลงโทษ เพราะเพื่อผลในอนาคตแก่ตัวเขาเองและแก่ผู้อื่นที่เห็นว่าการกระทำนั้นควรได้รับการแก้ไข และลดอัตราการทำผิดที่ผู้อื่นก่อให้เกิดขึ้น” ต่อมานักปรัชญาชื่อ Thomas Hobbes กล่าวว่า “การแก้แค้น หรือลงโทษบุคคลไม่ควรจะพิจารณาถึงความร้ายแรงอันเกิดจากความน่าตำหนิของผู้ในอดีต แต่ควรพิจารณาถึงผลดีที่สุดที่ตามมาจากการลงโทษ ดังนั้น การลงโทษจะกระทำได้เฉพาะแต่ในกรณีที่จะแก้ไขผู้กระทำผิด หรือตักเตือนมิให้ผู้อื่นเอาเยี่ยงอย่างผู้กระทำผิด”

แนวคิดของการลงโทษตามทฤษฎีอรรถประโยชน์ ได้มีการพัฒนาเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน การลงโทษที่ดีตามแนวคิดนี้ ต้องประกอบด้วยหลักการดังนี้³⁶

(1) การลงโทษผู้กระทำความผิด มิได้มุ่งถึงการลงโทษสิ่งผิดที่ผู้กระทำมาแล้วในอดีตแต่เป็นการลงโทษเพื่อป้องกันการที่ผู้กระทำผิด หรือบุคคลอื่นในสังคมจะกระทำความผิดขึ้นมาใหม่

(2) กล่าวอีกนัยหนึ่ง การลงโทษการกระทำที่เป็นความผิด จะมีความชอบธรรม ถ้าได้กระทำเพื่อเป็นการป้องกันการกระทำผิดที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

(3) วิธีการลงโทษอันจะมีผลเป็นการป้องกันนี้ คือ การลงโทษเพื่อเตือนให้ผู้กระทำผิด และผู้อื่นตระหนักถึงผลการฝ่าฝืนกฎหมาย ดังนั้น ผู้บัญญัติกฎหมายจึงต้องคำนึงถึงผลของวิธีการลงโทษผู้กระทำผิดว่า จะต้องสามารถป้องกันการกระทำผิดอันมีลักษณะทั่วไปด้วย มิใช่แต่เพียงการที่ยับยั้งผู้กระทำผิดเท่านั้น

(4) การลงโทษผู้กระทำผิดจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดที่เขาควรจะได้รับจากรัฐ เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ๆ ดังนั้น ผู้กระทำผิดจะต้องได้รับการเยียวยารักษา การที่เขามีการกระทำอันเป็นการต่อต้านสังคมปัจจุบัน เพื่อให้เขาสามารถมีชีวิตอย่างมีความสุขได้กับคนส่วนใหญ่ของสังคม

(5) ความชอบธรรมของระบบการลงโทษจึงมิใช่การลงโทษที่รุนแรง ดังเช่น ในอดีต แต่เป็นวิธีการที่อยู่บนพื้นฐานของความมีมนุษยธรรม

³⁶ กฎหมายอาญา ว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย (น.27). เล่มเดิม.

หากเปรียบเทียบทฤษฎีการลงโทษแบบอรรถประโยชน์กับทฤษฎีการลงโทษเพื่อทดแทน จะพบว่ามีหลักเกณฑ์แตกต่างกัน คือ ทฤษฎีการลงโทษแบบอรรถประโยชน์มองว่าการลงโทษควรจะมีไปในอนาคต มากกว่ามองย้อนหลังไปในอดีต ส่วนทฤษฎีการลงโทษเพื่อทดแทน จะมองแต่เฉพาะในอดีตเท่านั้น ในส่วนจุดมุ่งหมายการลงโทษ ทฤษฎีการลงโทษเพื่อทดแทน เห็นว่า โทษที่จะลงต้องเหมาะสม และได้สัดส่วนกับความผิด ในขณะที่ทฤษฎีการลงโทษแบบอรรถประโยชน์ มีหลักเกณฑ์ว่า จะต้องลงโทษเพื่อป้องกันสังคม และจำนวนโทษต้องมากพอที่จะป้องกันสังคมได้ แต่ปริมาณโทษต้องไม่มากเกินไปกว่าที่จำเป็นในการบรรลุผลในการป้องกันด้วย โดยจะกำหนดโทษให้สูงตามความพอใจไม่ได้ ต้องพิจารณาให้เหมาะสมไม่มากหรือน้อยเกินไป

ทฤษฎีอรรถประโยชน์ถือว่า การลงโทษก่อให้เกิดผลดีอันเกิดจากการลงโทษเพราะทำให้อาชญากรรมลดลงอย่างหนึ่งอย่างใดใน 3 ประการ³⁷ คือ

1) ประการแรก การลงโทษจะมีผลยับยั้ง มิให้การกระทำผิดอาญาโดยจะมีผลเป็นการยับยั้งทั้งแก่ตัวผู้กระทำผิด และแก่บุคคลทั่วไป

2) ประการที่สอง การลงโทษจะมีผลเป็นการแก้ไข (reformatory effect) และฟื้นฟู (rehabilitative effect) ผู้กระทำผิดโดยทำให้ผู้กระทำผิดเปลี่ยนทัศนคติ และค่านิยมที่จะเชื่อฟัง และไม่ฝ่าฝืนกฎหมาย

3) ประการที่สาม การลงโทษจะมีผลเป็นการตัดโอกาสมิให้ผู้นั้นกระทำผิดขึ้นอีก (incapacitative effect) โดยการลงโทษจำคุกเป็นการแยกผู้กระทำผิดออกไปจากสังคมผู้กระทำผิดจึงไม่มีโอกาสก่ออาชญากรรมขึ้นอีกในสังคม

การลงโทษเพื่อข่มขู่หรือยับยั้ง มีพื้นฐานจากความเชื่อที่ว่า การที่คนคิดจะกระทำผิดหรือไม่นั้น เขาจะต้องคำนึงถึงผลเสียจากการที่ลงมือกระทำผิด เมื่อพิจารณาแล้ว เห็นว่า การกระทำผิดจะเกิดผลดีมากกว่า ก็จะตัดสินใจกระทำผิด ถ้าเห็นว่าเกิดผลเสียมากกว่า ก็จะไม่วางใจกระทำผิดด้วยเหตุนี้วิธีการป้องกันมิให้คนกระทำผิดจึงต้อง “กำหนดอัตราโทษซึ่งก่อให้เกิดผลเสียแก่ผู้กระทำผิดมากกว่าผลดีที่เขาจะได้รับจากการกระทำผิดนั้น เพื่อให้เขาล้มเลิกความตั้งใจที่จะกระทำผิด” ทั้งนี้เพราะคนทุกคนมักมีธรรมชาติที่หลีกเลี่ยงความเจ็บปวด หรือไม่สะดวกสบาย และแสวงหาความพอใจและความสุข

³⁷ แหล่งเดิม.

เป็นแถม กล่าวด้วยว่า การกระทำให้ประชาชนกลัว ไม่กล้ากระทำความผิดอาญานั้น จะต้องบังคับโทษ โดยมีลักษณะ 4 ประการ ดังนี้

1) การลงโทษจะต้องแน่นอน (certainty) หมายความว่า จะต้องลงโทษแก่บุคคลทุกคนที่ฝ่าฝืนกฎหมาย ดังนั้นบุคคลใดที่ทำความผิดจะต้องถูกฟ้อง และลงโทษตามกฎหมาย

2) การลงโทษจะต้องมีความรุนแรง (severity) หมายความว่า ความร้ายแรงของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดจะต้องร้ายแรงพอที่จะยับยั้งความต้องการในการทำผิด

3) การลงโทษต้องกระทำโดยฉับไว (celerity) หมายความว่า กระบวนการพิจารณา และลงโทษนั้นจะต้องกระทำไปโดยรวดเร็ว มิใช่รอเป็นเวลานาน จนคนทั่วไปคิดว่าบุคคลนี้ได้กระทำความผิดอย่างไร

4) การลงโทษต้องกระทำโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน (publicity) หมายความว่า การลงโทษจะต้องกระทำให้สาธารณชนได้เห็นหรือรับทราบ เพื่อผลของการข่มขู่บุคคลทั่วไป³⁸

กล่าวโดยสรุป ทฤษฎีการลงโทษแบบบรรณาการประ โยชน์นี้มีวัตถุประสงค์ประสงค์ในการลงโทษเพื่อป้องกันหรือข่มขู่ยับยั้งไม่ให้ผู้กระทำความผิดหันไปกระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก และขณะเดียวกันก็ป้องกันหรือข่มขู่ยับยั้งไม่ให้บุคคลอื่นเอาเยี่ยงอย่างด้วย นอกจากนี้ยังมีวัตถุประสงค์ในการปรับปรุงแก้ไขให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดีอีกด้วย หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าเป็นการป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรมโดยลงโทษผู้กระทำความผิด ซึ่งมุ่งเน้นไปเพื่อประโยชน์ 3 ประการคือ

1) เพื่อป้องกันอาชญากรรมอย่างถาวร หรือชั่วคราว ซึ่งได้แก่ การลงโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุก หรือกักขังตามระยะเวลาที่ศาลกำหนดไว้

2) เพื่อข่มขู่ยับยั้ง ได้แก่ การลงโทษเพื่อให้มีผลป้องกันแก่ตัวผู้กระทำความผิดเอง (Special Prevention or Individual Deterrence or Specific Deterrence) คือ ทำให้ผู้กระทำความผิดที่ถูกลงโทษมีความเกรงกลัว เช็ดหลาบ ไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก และ/หรือ การลงโทษเพื่อเป็นตัวอย่างแก่บุคคลทั่วไป (General Prevention or General Deterrence) คือ ทำให้บุคคลทั่วไปเห็นว่า เมื่อผู้ใดกระทำความผิดแล้วจะต้องได้รับโทษ ทำให้เกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิด

3) เพื่อปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิด ได้แก่ การแก้ไขปรับปรุงที่เกิดจากการลงโทษโดยตรง และแก้ไขปรับปรุงอันเป็นส่วนที่เกิดสืบเนื่องมาจากการลงโทษ และการลงโทษจะต้องมีปริมาณโทษมากพอที่จะบรรลุผลเป็นการป้องกันการกระทำความผิดแต่ต้องไม่มากเกินไปจนเป็นการที่จะบรรลุผลนั้น การลงโทษที่มีประสิทธิภาพจะต้องมีความแน่นอน เสมอภาค และรวดเร็ว เพื่อให้ผู้กระทำความผิดและบุคคลอื่นเห็นผลเสียจากการกระทำความผิดนั้น

³⁸ กฎหมายอาญาว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย (น. 29-30). เล่มเดิม.

3. ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitative Theory)

แนวคิดพื้นฐานของทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดคือ ผู้กระทำความผิดเป็นผู้ป่วย การแก้ไขผู้กระทำความผิดให้เป็นคนดี ต้องมีขั้นตอนหลายขั้นตอน คือ ขั้นตอนแรก ตรวจสอบหาสาเหตุของปัญหา ขั้นตอนที่สอง วิเคราะห์สาเหตุ และขั้นตอนสุดท้าย รักษาหรือแก้ไขที่สาเหตุนั้น ทฤษฎีนี้มีความมุ่งหมายเพียงจะป้องกันไม่ให้บุคคลที่ได้กระทำความผิดมาแล้วกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก ไม่ได้มุ่งหมายจะให้ผลถึงบุคคลอื่นโดยตรง วิธีการตามทฤษฎีนี้คือ นอกจากจะพยายามหาทางให้ผู้ที่ได้กระทำความผิดมาแล้วเกิดความประสงค์ที่จะยับยั้งไม่กระทำความผิดซ้ำอีกแล้ว ยังจะต้องทำให้ผู้นั้นเกิดความสามารถที่จะยับยั้งเช่นนั้นด้วย มีผู้เห็นว่า ไม่ควรใช้คำว่า การลงโทษ (Punishment) แต่ควรใช้คำว่า การบำบัดรักษา (treatment) แทนการลงโทษเพื่อให้ได้รับการเจ็บปวดทรมาน³⁹

วิธีการปรับปรุงแก้ไขที่สำคัญ ๆ ซึ่งประเทศต่าง ๆ นำมาใช้มีดังนี้⁴⁰

(1) พยายามหลีกเลี่ยงไม่ให้ผู้กระทำความผิดประสบกับสิ่งที่จะทำให้ลายคุณลักษณะประจำตัวของเขาทั้งนี้เพราะเมื่อผู้กระทำความผิดได้มาถูกคุมขังอยู่ในเรือนจำ อย่างน้อยก็ทำให้ฐานะและชื่อเสียงของเขาเสื่อมลงในสายตาของผู้อื่น ทำให้โอกาสที่จะกลับตัวได้ลดน้อยถอยลง และที่สำคัญก็คือเมื่อผู้กระทำความผิดที่ยังพอมีโอกาสจะกลับตัวได้ต้องมาอยู่ปะปนกับผู้กระทำความผิดชนิดที่เป็นอาชญากร อาชีพอิทธิพลของคนพวกหลังก็จะครอบงำคนจำพวกแรก เพราะคนเรานั้นเลวลงได้ง่ายกว่าดีขึ้น มีผลทำให้ผู้ที่พอจะกลับตัวได้หมดโอกาสที่จะทำเช่นนั้นวิธีการป้องกัน

(2) วิธีการปรับปรุงผู้ต้องโทษในระหว่างคุมขัง

1) ฝึกหัดอาชีพ มีนักอาชญาวิทยาอ้างว่าความยากจนเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้มีการกระทำความผิด และความยากจนมักจะเนื่องมาจากการทำงานหาเลี้ยงชีพโดยสุจริตเพราะขาดความรู้ความชำนาญในอาชีพ การฝึกหัดอาชีพย่อมเป็นวิธีการป้องกันการกระทำความผิดที่ได้ผล เมื่อผู้ต้องโทษได้รับความรู้ในการประกอบอาชีพไปเมื่อพ้นโทษแล้วก็มีโอกาสใช้ความรู้นั้นไปหากินในทางสุจริตได้ เป็นการเพิ่มโอกาสที่จะกลับตัวไม่ประพฤติดีกต่อไป

2) การศึกษาทั่วไป การให้การศึกษาแก่ผู้ต้องโทษก็เป็นส่วนหนึ่งในการเพิ่มความสามารถของผู้ต้องโทษในอันจะหาเลี้ยงชีพโดยสุจริตเมื่อพ้นโทษไปแล้ว

³⁹ แหล้มเดิม.

⁴⁰ จาก มาตรการลงโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิดในคดีสิ่งแวดล้อม. โดย อนันต์ สิริธชนสมบัติ, 2557, การอบรมหลักสูตร “ผู้พิพากษาผู้บริหาร ในศาลชั้นต้น รุ่นที่ 13 สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม”.

3) การอบรมทางศีลธรรม และศาสนา ทฤษฎีปรับปรุงแก้ไขมุ่งที่จะทำให้ผู้กระทำผิดมาแล้วกลับตัวได้ไม่กระทำผิดซ้ำอีก โดยให้ผู้นั้นเกิดความรู้สึกผิดชอบในตัวเองว่า การกระทำผิดเป็นของไม่ดี

4) การรักษาพยาบาล นักอาชญาวิทยาบางคนมีความเห็นว่า การกระทำผิดทั้งสิ้น มีสาเหตุมาจากความผิดปกติของร่างกายและจิตใจ ฉะนั้น การป้องกันการกระทำผิดที่ได้ผลจริง ๆ ก็คือ ให้การรักษาพยาบาลผู้กระทำผิดเพื่อแก้ไขความผิดปกติดังกล่าว แต่บางกรณีการกระทำผิดก็มีสาเหตุเนื่องมาจากความผิดปกติในทางร่างกายและจิตใจ ซึ่งอาจจะแก้ไขได้ และในกรณีเช่นนี้ ก็ควรจะได้รับการรักษาไม่ว่าจะทางยา หรือทางศัลยกรรมก็ตาม เพื่อเป็นการตัดสาเหตุอันจะทำให้ผู้นั้นกระทำผิดซ้ำขึ้นอีก

(3) การให้ความช่วยเหลือหลังจากพ้นโทษ ผู้ที่พ้นโทษมาใหม่ ๆ ย่อมต้องการคำแนะนำในการดำเนินชีวิต และความช่วยเหลือในการหาอาชีพ และที่สำคัญก็คือ ต้องการทรัพย์ เพื่อที่จะจับจ่ายก่อนที่จะมีงานทำและรายได้ หากไม่ได้รับการช่วยเหลือในเรื่องเหล่านี้ แม้ผู้พ้นโทษมาอยากจะทำอาชีพโดยสุจริต ก็อาจจะเกิดความจำเป็นที่จะหันไปหาทางทุจริตอีก ในบางแห่งจึงมีการตั้งเงินทุนไว้ก่อนหนึ่ง ให้ผู้ที่พ้นโทษกู้ยืมไปใช้ในการก่อสร้างตัว และมีบริการให้คำแนะนำและจัดหาอาชีพให้ด้วย⁴¹

กล่าวโดยสรุป ทฤษฎีการลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไข ฟันฟู มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไข ผู้กระทำผิดให้เป็นคนดีไม่หวนไปกระทำผิดซ้ำขึ้นอีก การลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไขโดยใช้โทษจำคุก เป็นแนวคิดของสำนักคลาสสิก ด้วยเหตุผลที่ว่า การลงโทษจะทำให้เกิดความกลัว และทำให้เกิดสำนึกว่าการกระทำผิดให้ประโยชน์ไม่คุ้มกับโทษที่ได้รับ ถ้าเป็นโทษจำคุกระยะยาว จะมีผลต่อการปรับปรุงมากยิ่งขึ้น คือ ผู้กระทำผิดเคยชินที่จะไม่ฝ่าฝืนกฎหมาย จนกลายเป็นนิสัยส่วนการลงโทษเพื่อแก้ไขฟันฟู เป็นแนวคิดของสำนักโพซิทิฟ ที่เห็นว่า ผู้กระทำผิดไม่มีเจตนาในการประกอบอาชญากรรม แต่กระทำผิดไปเพราะถูกกำหนดโดยปัจจัยที่เกี่ยวกับความบกพร่องทางสภาพร่างกาย จิตใจ และสิ่งแวดล้อม การปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดต้องหาสาเหตุของการกระทำผิดก่อน เมื่อพบสาเหตุจึงแก้ไขที่สาเหตุนั้น โดยดำเนินการแก้ไขผู้กระทำผิดทั้งเป็นรายบุคคล และเป็นรายกลุ่ม ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขภายในสถานที่ยกขัง หรือในชุมชน ผู้ที่ทำหน้าที่ในการแก้ไขปรับปรุงฟันฟูนั้น ควรจะต้องมีความรู้และความชำนาญในการแก้ไขสาเหตุที่เกิดขึ้นตามแขนงสาขาวิชาที่ได้ศึกษามาด้วย เช่น นักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ เป็นต้น เมื่อแก้ไขผู้กระทำผิดได้สำเร็จแล้ว ผู้กระทำผิดก็จะไม่ไปกระทำความผิดซ้ำขึ้นอีกต่อไป แต่สำหรับผู้กระทำผิดที่แก้ไขไม่ได้ต้องกำจัดให้พ้นไปจากสังคม เช่น การประหารชีวิต หรือ จำคุก

⁴¹ แหล่งเดิม.

ตลอดชีวิต เป็นต้น กล่าวโดยสรุปคือต้องลงโทษผู้กระทำผิดให้เหมาะสมเป็นรายบุคคลไป ส่วนวิธีการแก้ไขฟื้นฟู อาจทำเป็นรายบุคคล หรือรายกลุ่ม และก่อนทำการแก้ไขฟื้นฟูควรศึกษาสาเหตุของปัญหาโดยใช้วิธีทางวิทยาศาสตร์เพื่อแก้ปัญหาให้ถูกต้อง

4. ทฤษฎีการลงโทษเพื่อคุ้มครองสังคม (Social Protection Theory)

นักอาชญาวิทยาสำนักป้องกันสังคม (Social Defence School) ซึ่งมีฟิลิปโป กรามาติกา (Pilipo Gramatica) และมาร์ค แอนเซล (Marc Ancel) เป็นผู้นำ มีทัศนะเกี่ยวกับอาชญากรรม เช่นเดียวกับนักอาชญาวิทยาสำนักโพซิทิฟ แต่มีทัศนะในการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิด ต่างจากสำนักโพซิทิฟตรงที่นำกฎหมายอาญาเข้ามาเป็นเครื่องมือในการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด และแตกต่างไปจากนักอาชญาวิทยาสำนักคลาสสิกในแง่ที่ว่าเน้นการคุ้มครองสังคมโดยการแก้ไขปรับปรุงและอบรมบ่มนิสัยผู้กระทำความผิด มากกว่าการลงโทษ ทฤษฎีคุ้มครองสังคมนี้มีมานานแล้ว และแนวความคิดนี้ได้พัฒนาเรื่อยมาจนเป็นสำนักป้องกันสังคม ปัจจุบันนักอาชญาวิทยาของสำนักป้องกันสังคมให้ความสนใจในสิ่งสำคัญ คือ บุคลิกภาพของผู้กระทำผิด กฎหมายอาญา และการควบคุมสิ่งแวดล้อม เพื่อให้สังคมดีขึ้นและเพื่อป้องกันอาชญากรรม ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ได้พัฒนาเป็นแนวคิดพื้นฐานของทฤษฎีการลงโทษเพื่อปกป้องคุ้มครองสังคม โดยมีหลักการที่สำคัญคือ

(1) ควรจะมีการมองวิธีดำเนินการกับผู้กระทำความผิดอย่างเป็นระบบ โดยมุ่งคุ้มครองสังคมจากอาชญากรรมมากกว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล

(2) การลงโทษผู้กระทำผิด ไม่อาจใช้หลักกฎหมายเพียงอย่างเดียวได้ จำเป็นจะต้องศึกษาพฤติกรรมของผู้กระทำผิดเป็นรายบุคคล และสถานการณ์ของอาชญากรรม เพื่อนำมาประกอบการพิจารณาด้วยกันด้วย

กล่าวโดยสรุป ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันสังคมมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัย โดยวิธีแยกผู้กระทำผิดออกจากสังคมเพื่อตัดโอกาสไม่ให้ผู้กระทำผิดได้กระทำผิดขึ้นอีก สำหรับการลงโทษเพื่อคุ้มครองสังคมนั้น มีหลักการสำคัญคือ การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด และอบรมบ่มนิสัย มากกว่าการลงโทษ โดยเน้นการคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรม ส่วนการลงโทษจะเน้นให้เหมาะสมกับผู้กระทำผิดเป็นรายบุคคล เพื่อให้มีการปรับปรุงแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดให้เป็นคนดี โดยบัญญัติหลักเกณฑ์ในการป้องกันควบคุม และการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำผิดไว้ในกฎหมายอาญาด้วย เช่น หลักเกณฑ์การนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้กับผู้กระทำผิด เป็นต้น วัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อคุ้มครองสังคมจึงเป็นมาตรการเสริมที่สำคัญ อันจะนำมาใช้ในการแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำผิดที่กลับตัวเป็นคนดียาก

2.2.4 แนวคิดเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษผู้กระทำความผิด

เมื่อมีการกระทำความผิดขึ้นในสังคม สังคมจะต้องหาวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งในการจัดการกับคนที่ทำผิด ละเมิดกฎเกณฑ์ของสังคมเพราะหากสังคมไม่จัดการกับคนที่ทำผิดก็เท่ากับว่าสังคมยอมรับการกระทำความผิดดังกล่าว การที่สังคมจะจัดการกับคนที่ทำผิดอย่างไรนั้นขึ้นอยู่กับความเชื่อของสังคมในแต่ละยุคแต่ละสมัยเกี่ยวกับสาเหตุของการกระทำความผิดและเหตุผลที่จะต้องจัดการหรือปฏิบัติกับคนที่ทำผิด ซึ่งจะเปลี่ยนไปตามยุคตามสมัยตามสถานการณ์ของแต่ละยุค โดยสังคมแต่ละยุคแต่ละสมัยจะมีจุดเน้นในวัตถุประสงค์และวิธีการที่จะปฏิบัติต่อคนที่ทำผิดหรือการลงโทษผู้กระทำความผิดที่แตกต่างกันไป อย่างไรก็ตามวัตถุประสงค์ในการปฏิบัติหรือการลงโทษผู้กระทำความผิดที่เกิดขึ้นในยุคต่าง ๆ ที่ผ่านมามาจนถึงปัจจุบันพอสรุปได้ดังนี้คือ

1. การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retribution)

การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนเป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่เก่าแก่มีมาแต่สมัยที่มนุษย์ยังเป็นสังคมดั้งเดิมโดยมีความเชื่อกันว่าผู้ที่ทำผิดเป็นผู้ที่มีความชั่วร้าย จึงเป็นที่ต้องลงโทษให้สาสมกับความชั่วร้าย รูปแบบการลงโทษจึงมีลักษณะรุนแรง ป่าเถื่อน เช่น การตัดอวัยวะ การเขียนตี ทรมาน และการประหารชีวิต แต่การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนก็เป็นวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับความรู้สึกของผู้เสียหายและประชาชน โดยทั่วไปที่ต้องการจะเห็นคนที่ทำร้ายผู้อื่นได้รับผลร้ายตอบแทนเช่นกันจึงจะเกิดความยุติธรรม โดยเป็นการลงโทษที่ทดแทนและสาสมกับความผิด ตามหลัก “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” (An eye for an eye, a tooth for a tooth) คือ เมื่อไปปฏิบัติต่อผู้อื่นอย่างไรก็ควรได้รับการปฏิบัติเช่นกันตอบแทน วัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนนั้น โทษที่ลงควรจะต้องได้สัดส่วนกับความผิดด้วย เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย โทษตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายนั้น มี 3 ประเภท คือ ประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่ 45 ปี ถึง 20 ปี ดังนั้นการกำหนดโทษ ก็ควรจะต้องให้ได้สัดส่วนกับความผิดและตัวผู้กระทำความผิดด้วย หากผู้กระทำความผิดโดยการฆ่าที่ทารุณโหดร้าย ไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย ดังนั้นการลงโทษก็ควรจะต้องเลือกใช้ประเภทของโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือประหารชีวิต เป็นต้น⁴²

ในปัจจุบันการลงโทษ โดยถือหลักการแก้แค้นตอบแทน ได้วิวัฒนาการไปตามแนวความคิดทางอาชญาวิทยาสมัยใหม่ คือ หลีกเลียงเลิกใช้วิธีการทารุณทรมานร่างกายจึงใช้โทษจำคุกแทนมาก หรือน้อยขึ้นอยู่กับลักษณะความหนักเบาแห่งการกระทำความผิด แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่าสังคมปัจจุบันยังคงมีแรงกระตุ้นเตือนในการแก้แค้นผู้กระทำความผิด ซึ่งการมีบทลงโทษต่าง ๆ

⁴² วัตถุประสงค์ในการลงโทษ โดย นัทธี จิตสว่าง, 2556, สืบค้น จาก <https://www.gotoknow.org/posts/454719>.

เป็นการเปิดโอกาสให้แก่ชุมชนได้แก่แก่นผู้กระทำความผิดโดยผ่านทางกฎหมาย กฎหมายจึงเปรียบเสมือนเครื่องมือเพื่อการลงโทษแทน⁴³

2. การลงโทษเพื่อยับยั้งการกระทำความผิด (Deterrence)

แนวความคิดของวัตถุประสงค์ของการลงโทษแบบนี้ เป็นผลมาจากแนวความคิดของสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิม (Classical School) ซึ่งเชื่อว่าการกระทำผิดเกิดขึ้นจากคนไม่เกรงกลัวกฎหมายหรือการบังคับใช้กฎหมายอ่อนแอ ทั้งนี้เพราะมนุษย์มีเหตุมีผล และมีเจตจำนงอิสระ (Free Will) ที่จะเลือกหรือไม่เลือกทำอะไรก็ได้ โดยเลือกทำในสิ่งที่จะทำให้ตนเองได้รับประโยชน์และพอใจ แต่ไม่เลือกทำสิ่งที่ทำให้เกิดความทุกข์และความเจ็บปวดมนุษย์จึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนเอง การทำความผิดจึงเกิดจากการเลือกกระทำของเขาเองเนื่องจากเห็นว่าได้ประโยชน์มากกว่าจึงกล้าเสี่ยงทำผิด การลงโทษจึงควรมีขึ้นเพื่อป้องกันการกระทำความผิดโดยการทำให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกว่าการกระทำก่อให้เกิดความเจ็บปวดและไม่ก่อให้เกิดผลดีเลย เมื่อมนุษย์ได้รับความเจ็บปวดจากการกระทำความผิดมากกว่าได้รับความพอใจแล้ว เขาก็จะหลีกเลี่ยงที่จะกระทำความผิด แนวความคิดของสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิมนั้นการลงโทษเพื่อป้องกันการอาชญากรรมหรือข่มขวนยับยั้งไม่ให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นอีกในอนาคต ซีซาร์ เบ็คคาเรีย กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า การลงโทษต้องมุ่งผลในการป้องกัน ซึ่งผลของการลงโทษก่อให้เกิดการข่มขวนยับยั้ง 2 ลักษณะ คือ การข่มขวนยับยั้งโดยทั่วไป (General Deterrence) และการข่มขวนยับยั้งเฉพาะราย (Special Deterrence)

การข่มขวนยับยั้งโดยทั่วไปเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อข่มขวนหรือป้องกันไม่ให้คนอื่นในสังคมกระทำความผิดแบบเดียวกัน เพราะเกรงกลัวต่อการลงโทษ เช่น การลงโทษจำคุกจะทำให้คนทั่วไปเห็นว่าทำผิดแล้วต้องติดคุก ต้องลำบาก ทำให้เกิดความเกรงกลัวไม่กล้าทำผิดเพราะเห็นแบบอย่าง ส่วนการข่มขวนยับยั้งเฉพาะรายเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อให้ผู้กระทำความผิดนั้นเจ็บปวดต่อการลงโทษ และไม่กล้ากลับมากระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก เนื่องจากได้รู้รสของความยากลำบากหรือความเจ็บปวดจากการถูกลงโทษ เป็นผลให้ต้องไตร่ตรองในการกระทำความผิดว่าจะคุ้มค่าหรือไม่กับความเจ็บปวดที่เคยได้รับมา อย่างไรก็ตามข้อที่ควรตระหนักก็คือ การยับยั้งหรือข่มขวนนี้มีได้ขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของโทษที่กำหนดไว้ในแต่ละฐานความผิดแต่เพียงอย่างเดียว แต่ขึ้นอยู่กับความแน่นอน และรวดเร็วในการลงโทษผู้กระทำความผิดทุกคน⁴⁴ ดังเช่นที่เรย์ เจฟเฟอร์รี่ กล่าวไว้ว่า จะต้องมีความแน่นอน รวดเร็ว เสมอภาค และโทษที่เหมาะสม กล่าวคือ มีลักษณะ 4 ประการ

⁴³ อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (น. 131). เล่มเดิม.

⁴⁴ จาก กฎหมายอาญา ภาค 1(น.32), โดย อุทิศ แสน โกศิก, 2525, กรุงเทพฯ: ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กองวิชาการ กรมอัยการ.

1) การลงโทษต้องมีความแน่นอนในการนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ กล่าวคือเมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้นแล้วจะต้องทำให้ผู้กระทำผิดมีโอกาสหลุดรอดจากการถูกจับกุมลงโทษไปได้ยาก ซึ่งจะมีผลในการข่มขู่และยับยั้งให้คนทั่วไปและผู้กระทำผิดเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเสี่ยงกระทำผิดขึ้นอีก

2) การลงโทษจะต้องกระทำได้อย่างรวดเร็ว เมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้นแล้วจะต้องสามารถนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษได้อย่างรวดเร็วให้ “เห็นผลทันตา” จึงจะทำให้ผู้กระทำผิดและคนทั่วไปเห็นเป็นตัวอย่างว่าเมื่อกระทำผิดแล้วจะได้รับผลร้ายเช่นไร ดังนั้น หากเป็นกรณีการกระทำผิดในคดีที่สะท้อนขวัญประชาชนหรือคดีที่ประชาชนให้ความสนใจกระบวนการยุติธรรมโดยตำรวจ อัยการ ศาล อาจร่วมมือกันในการเร่งดำเนินคดี เพื่อให้ผู้ต้องหาได้รับการพิจารณาตัดสินโดยเร็ว ก็จะทำให้การลงโทษมีผลในการข่มขู่ยับยั้งมากขึ้น

3) การลงโทษต้องมีความเสมอภาค โดยผู้ที่กระทำผิดจะต้องถูกลงโทษเท่าเทียมกัน ไม่มีการเลือกปฏิบัติ ซึ่งจะมีผลให้ผู้กระทำผิดหรือผู้ที่คิดจะทำผิดไม่มีโอกาสแก้ตัว หรือหาทางหลีกเลี่ยงหรือหาข้อยกเว้นจากการถูกลงโทษถ้าทำผิด การลงโทษจึงจะมีผลในการข่มขู่ยับยั้ง หากเมื่อมีการกระทำผิดแล้วบางคนได้รับโทษ บางคนมีข้อยกเว้น ก็จะทำให้การลงโทษไม่ศักดิ์สิทธิ์ ทำให้ต่างหาช่องทางที่จะหลบหลีกหรือหาข้อยกเว้นที่ไม่ต้องรับโทษทำให้ไม่มีความเกรงกลัวต่อโทษ

4) การลงโทษต้องมีบทลงโทษที่เหมาะสมและตัดเทียบกับความผิด หากบทลงโทษเบาเกินไปไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำผิด ก็จะทำให้ผู้กระทำผิดและคนทั่วไป ไม่เกิดความเกรงกลัว และคุ้มค่าที่จะเสี่ยงกระทำผิด แต่หากบทลงโทษหนักเกินไป ก็จะทำให้ผู้กระทำผิดพยายามปกปิดการกระทำผิดของตนเอง โดยการทำร้ายเหยื่อหรือทำให้เหยื่อได้รับผลร้ายมาก ดังนั้น โทษจึงต้องมีความเหมาะสมและตัดเทียบกับการกระทำผิด จึงจะมีผลในการข่มขู่ยับยั้ง⁴⁵

3. การลงโทษเพื่อตัดโอกาสกระทำผิด (Incapacitation)

การลงโทษเพื่อตัดโอกาสมุ่งป้องกันการกระทำผิดซ้ำโดยการทำให้เขาหมดโอกาสที่จะกระทำผิดขึ้นได้ ซึ่งวิธีการที่จะขจัดผู้กระทำผิดอาจทำได้โดยวิธีประหารชีวิต จำคุก กักขัง หรือการเนรเทศเพื่อป้องกันสังคมจากอาชญากรโดยการกักอาชญากรไปอยู่ที่อื่นเพื่อให้สังคมปลอดภัย เช่น อังกฤษเคยส่งนักโทษไปไว้ที่ออสเตรเลีย หรือโดยการทำลายอวัยวะเพื่อตัดโอกาสผู้กระทำผิดในการประกอบอาชญากรรม สำหรับวิธีการลงโทษที่สนองต่อวัตถุประสงค์นี้ และใช้กันแพร่หลายในปัจจุบันก็คือ การจำคุกโดยการกักผู้กระทำผิดออกไปจากสังคมให้สังคมปลอดภัย แต่การจำคุกเป็นวิธีที่แยกผู้กระทำผิดออกจากสังคมเป็นการชั่วคราวหรืออาจถาวร (จำคุกตลอดชีวิต หรืออาจจะ

⁴⁵ วัตถุประสงค์ในการลงโทษ (น.23-26). เล่มเดิม.

ประหารชีวิตก็ได้) เพราะการลงโทษจำคุกเพื่อสนองต่อวัตถุประสงค์นี้ไม่ได้เป็นวิธีที่ดีที่สุด เนื่องจากผู้กระทำผิดยังคงต้องกลับมาอยู่ในสังคมในท้ายที่สุด แม้จะเป็นโทษจำคุกตลอดชีวิต ซึ่งมักจะมีการลดโทษ และเมื่อกลับมาแล้วผู้กระทำผิดอาจมีความโกรธแค้นสังคมมากยิ่งขึ้น เป็นผลต่อเนื่องจากการลงโทษที่เขาได้รับ หรือปรับตัวเข้ากับสังคมยากขึ้น เพราะสังคมไม่ยอมรับเนื่องจากมีตราบาป

4. การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitation)

แนวความคิดเกี่ยวกับการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดเป็น แนวคิดของสำนักอาชญาวิทยา ปฏิฐานนิยม (Positive School) ซึ่งเชื่อในเรื่องเกี่ยวกับเจตจำนงกำหนด (Determinism) กล่าวคือ การกระทำของมนุษย์ถูกกำหนดจากปัจจัยต่าง ๆ มนุษย์ไม่สามารถเลือกกระทำได้อย่างอิสระ ใช้เหตุผลในการเลือก แต่มนุษย์ถูกกดดัน หล่อหลอมจากสิ่งแวดล้อมและปัจจัยต่าง ๆ จนมีบุคลิกภาพที่บกพร่องและหันไปสู่การกระทำผิด ดังนั้น การกระทำของมนุษย์เป็นผลมาจากปัจจัยหลายอย่างรวมกัน ได้แก่ ปัจจัยทางจิตวิทยา ปัจจัยทางชีวภาพ และปัจจัยเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมทางสังคม ปัจจัยเหล่านี้อยู่นอกเหนือการควบคุมของมนุษย์ ดังนั้น การกระทำผิดจึงเกิดจากปัจจัยหลายอย่างร่วมกันด้วย ซึ่งอาจแตกต่างกันไปในแต่ละบุคคล การลงโทษจึงไม่ควรมุ่งเน้นที่การกระทำผิดเป็นหลัก แต่ควรพิจารณาจากสาเหตุที่ทำให้เกิดการกระทำผิดและการแก้ไขไปที่สาเหตุนั้น

การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด จึงเน้นที่ตัวผู้กระทำผิดมากกว่าการกระทำผิด โดยการเน้นการศึกษาผู้กระทำผิดเป็นรายบุคคลหรือการจำแนกลักษณะ เพื่อหาสาเหตุการกระทำผิดและแนวทางแก้ไข ทั้งนี้เพราะสังคมจัดให้มีการลงโทษขึ้นก็เพื่อเปิดโอกาสให้สังคมได้แก้ไขผู้กระทำผิด ดังนั้น ระยะเวลาของการลงโทษจำคุกขึ้นอยู่กับความสามารถของผู้กระทำผิดที่จะแก้ไขตนเอง เช่น ผู้ต้องขังคดีฆ่า อาจได้รับการปล่อยตัวก่อน ผู้ต้องขังคดีลักทรัพย์ที่กระทำผิดซ้ำซาก ถ้าผู้ต้องขังสามารถสำนึกผิดและมีพฤติกรรมตามที่สังคมต้องการและมีแนวโน้มว่าจะไม่กระทำผิดซ้ำอีก แนวความคิดในการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูจึงเป็นแนวคิดที่ให้โอกาสคนกลับตัวให้โอกาสแก้ไขปรับปรุงตัวโดยการทำให้คนที่ทำผิดไม่ให้ถลำตัวลึกไปสู่การกระทำผิดมากขึ้น ทั้งนี้โดยการพยายามหลีกเลี่ยงไม่ให้ผู้กระทำผิดถูกลงโทษในลักษณะที่เป็นการทำลายคุณลักษณะหรือศักยภาพในการกลับเข้าสู่สังคมของเขา โดยการใช้มาตรการเลี้ยงโทษจำคุก เช่น การรอกการลงอาญาโดยมีการคุมประพฤติ การใช้โทษปรับและการใช้มาตรการในชุมชนอื่น ๆ ทั้งนี้ เพื่อมิให้ผู้กระทำผิดได้รับผลกระทบในทางลบในเรือนจำ นอกจากนี้ยังใช้วิธีการเลี้ยงโทษจำคุกในกรณีที่ได้เข้าไปปรับโทษในเรือนจำระดับหนึ่งแล้วก็ให้อยู่ในเรือนจำให้น้อยที่สุดเพื่อให้ได้รับผลกระทบน้อยที่สุดเช่นกัน โดยใช้วิธีการพักการลงโทษ การลดวันต้องโทษ หรือการทำงานสาธารณะและ

ศูนย์ควบคุม ในขณะที่พวกเขาใช้วิธีการจำคุกในเรือนจำก็ให้การอบรมแก้ไขโดยการฝึกวิชาชีพ ให้การศึกษา การอบรมทางศีลธรรมและศาสนา การจัดสวัสดิการ การให้การบำบัดแก้ไขเป็นกลุ่ม และรายบุคคล ทั้งนี้เพื่อมุ่งแก้ไขสาเหตุที่ทำให้ผู้กระทำผิดมีความบกพร่องและเป็นเหตุให้กระทำผิด⁴⁶

5. เพื่อเป็นการป้องกันอาชญากรรม (Prevention of Crime)

กล่าวคือ การลงโทษมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันให้ชุมชน หรือสังคมนั้นปลอดจากอาชญากรรม และเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก และได้แก้ไขฟื้นฟูในระหว่างต้องโทษ พร้อมทั้งให้การศึกษาฝึกอาชีพเมื่อพ้นโทษแล้วจะได้กลับตนและประกอบอาชีพในทางสุจริต เพื่อเป็นแนวทางป้องกันมิให้อาชญากรรมเกิดขึ้นอีก

มาร์ค แอนเซล (Marc Ancel) เป็นนักอาชญาวิทยาที่มีชื่อเสียงของประเทศฝรั่งเศสได้ให้คำนิยามของ “การป้องกันสังคม” ว่าหมายถึง การปกป้องคุ้มครองสังคมที่เพียบพร้อมบริบูรณ์ด้วยปัจจัยจำเป็นยิ่งต่อการธำรงรอดด้านอาชญากรรมโดยยึดหลักความถูกต้องชอบธรรม อย่างไรก็ตามนโยบายในการรักษาความสงบสุขและความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมสามารถแบ่งเป็นขั้นตอน ดังนี้

(1) การวางแผนในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม ได้แก่ เร่งรัดเจ้าหน้าที่ป้องกันและปราบปรามโจรผู้ร้าย ขอความร่วมมือจากราชกรรมาศาสมัครควบคุมการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ในการป้องกันอาชญากรรม สอดส่องดูแลการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ในการป้องกันอาชญากรรม สอดส่องดูแลการปฏิบัติงานพร้อมทั้งความประพฤติ จัดวางสายงานการให้ข่าวกรองที่เชื่อถือได้ ให้มีการประเมินผล

(2) ให้การศึกษาแก่ประชาชนในเรื่องการป้องกันทรัพย์สินและความปลอดภัย

(3) จริยธรรมของผู้ปฏิบัติงานในกระบวนการยุติธรรม

(4) การประสานงานของสถาบันที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรม

จะเห็นได้ว่า สังคมจะปลอดจากอาชญากรรมได้นั้น จำเป็นจะต้องเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดเพื่อให้ผู้กระทำผิดกลับตนเป็นคนดี⁴⁷

ภารกิจของกฎหมายอาญา

ตามลัทธิเสรีนิยม ถือว่าบุคคลมีเสรีภาพ แต่หากทุกคนใช้เสรีภาพหรือประพฤติดนกระทบกระเทือนผลประโยชน์ของบุคคลอื่น ๆ จนเป็นผลเสีย สังคมก็ย่อมมีกฎหมายลงโทษได้

⁴⁶ แหล่งเดิม.

⁴⁷ อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (น. 133). เล่มเดิม.

โดยมีมุ่งหมายคุ้มครองป้องกันประชาชน และรักษาไว้ซึ่งความสันติในหมู่ชน⁴⁸ เพื่อให้การอยู่ร่วมกันในสังคมเป็นไปโดยมีระเบียบเรียบร้อย กฎหมายอาญาสมัยใหม่ จึงมีภารกิจดังนี้

1. คุ้มครองสังคมป้องกันประโยชน์ของสังคม

กฎหมายอาญามีภารกิจในการคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมอันเป็นภารกิจพื้นฐานของกฎหมายอาญา เพราะมนุษย์ไม่อาจอยู่ได้ด้วยลำพังตนเองคนเดียวตลอดไปและโดยธรรมชาติมนุษย์มีความจำเป็นต้องอยู่ร่วมกัน เมื่อมนุษย์จำเป็นต้องอยู่ร่วมกัน การกระทบกระทั่ง กันไม่ทางใดก็ทางหนึ่งต้องเกิดขึ้นเป็นเรื่องธรรมดา กฎหมายอาญาในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองจึงมีความสำคัญมาก แม้ระเบียบสังคมจะเป็นเครื่องมือควบคุมความประพฤติของมนุษย์ แต่การใช้ระเบียบสังคมเป็นเรื่องของความสมัครใจของแต่ละบุคคล โดยปราศจากสภาพบังคับจากภายนอก ระเบียบสังคมอย่างเดียวยังไม่เพียงพอที่จะทำให้ความมั่นใจว่าสังคมจะมีความสงบและความเป็นระเบียบเรียบร้อยอย่างแท้จริง เหตุนี้จึงจำเป็นกฎหมายที่มีสภาพเชิงบังคับที่รุนแรงที่สุด

การใช้กฎหมายอาญาเพื่อเป็นเครื่องมือคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมต้องกระทำเฉพาะเท่าที่จำเป็นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น เพราะหากมีการบัญญัติกฎหมายอาญาขึ้นใช้อย่างพร่ำเพรื่อแล้ว สิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะได้รับความกระทบกระเทือนจนเกินความจำเป็น กฎหมายอาญาไม่เพียงแต่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเท่านั้น แต่กฎหมายอาญาจะต้องเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย⁴⁹ และในแง่ของการบังคับใช้กฎหมายอาญาหากรัฐมุ่งแต่จะควบคุมความประพฤติของสมาชิกในสังคม โดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือ โดยไม่พิจารณาประสิทธิภาพและความสามารถของกลไกของรัฐที่จะใช้บังคับกฎหมายแล้ว กฎหมายก็จะไร้ความหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์ และเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานของรัฐที่ประพฤติไม่ชอบมีโอกาสแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเองจากกฎหมายเหล่านี้ หรืออาจมีการใช้กฎหมายหมายเลือกปฏิบัติซึ่งจะทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้กฎหมายและชุมชนเสื่อมเสียได้⁵⁰

2. คุ้มครองประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายรับรอง

ปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมมีอยู่มากมาย การจะใช้กฎหมายอาญาจัดการกับปัญหาทุกอย่างย่อมเป็นการไม่ถูกต้อง เพราะถ้าเป็นปัญหาเล็กน้อย ก็ไม่สมควรใช้กฎหมายอาญาจัดการ กฎหมายอาญาควรจำกัดตัวเองอยู่ที่การคุ้มครองคุณค่าพื้นฐานของ

⁴⁸ จาก *กฎหมายอาญาภาค 1* (น.1), โดยเสริม วินิจฉัยกุล, 2482, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง.

⁴⁹ *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น.41). เล่มเดิม.

⁵⁰ *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (น.7). เล่มเดิม.

ระเบียบสังคมเท่านั้น ไม่ชอบที่จะขยายขอบเขตไปมากกว่านี้ คุณค่าของการอยู่ร่วมกัน แบ่งเป็น คุณค่าของการอยู่ร่วมกันส่วนบุคคล เช่น เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ เป็นต้น และคุณค่าของการอยู่ร่วมกัน ส่วนรวม เช่นความปลอดภัยในการจราจร ความบริสุทธิ์สะอาดของอำนาจรัฐในความผิดต่อ ตำแหน่งหน้าที่ราชการ เป็นต้น บทบัญญัติกฎหมายอาญาในความผิดต่าง ๆ เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณค่าของการอยู่ร่วมกันไม่ให้ป็นอันตรายหรือไม่ถูกคุกคามให้ตกอยู่ในอันตราย⁵¹

3. ปราบปรามและป้องกันการกระทำความผิด

การใช้กฎหมายอาญาต้องใช้ให้บรรลุผลเป็นการป้องกันโดยตรง กล่าวคือจะต้องใช้ บรรลุผลการป้องกันสำหรับผู้กระทำความผิดบางคนที่มีลักษณะอันตรายอันเป็นที่คาดหมายได้ว่า เขาจะก่อเหตุการณ์อันไม่พึงปรารถนาขึ้นอีก การใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำผิด จะต้องกระทำเพื่อให้เกิดความรู้สึกรู้สึกต่อทั้งตัวผู้กระทำความผิดและบุคคลทั่วไป กล่าวคือต้องกระทำ เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเห็นว่าสังคมไม่ยอมรับการกระทำของเขา และขณะเดียวกันก็ต้องกระทำ เพื่อเตือนบุคคลทั่วไปด้วยว่าถ้ามีการกระทำเช่นนั้นเกิดขึ้น ก็จะต้องใช้กฎหมายอาญาในการ ปราบปราม และการปราบปรามยังเป็นการกระทำเพื่อป้องกันมิให้ความผิดนั้นเกิดขึ้นก็จะต้อง ลงโทษเช่นเดียวกัน การใช้กฎหมายอาญาก็จะบรรลุวัตถุประสงค์ของการป้องกันทั่วไป (General prevention) ของกฎหมายอาญาอันเป็นการป้องกันโดยอ้อม และเพื่อให้ภารกิจคุ้มครองสังคมของ กฎหมายอาญาได้บรรลุเป้าหมายอย่างแท้จริง อาจมีความจำเป็นต้องใช้มาตรการบังคับทางอาญาอื่น ที่มีโทษทางอาญาในกฎหมายอาญาสมัยใหม่คือการบังคับที่เรียกว่าวิธีการเพื่อความปลอดภัย การ ป้องกันในแง่นี้เรียกว่า การป้องกันพิเศษ (Special prevention)

กฎหมายอาญาสมัยใหม่จึงมีมาตรการบังคับทางอาญาสองประการ แต่วิธีการเพื่อความปลอดภัยก็ไม่ใช่มาตรการบังคับทางอาญาที่เป็นอิสระหรือเป็นเอกเทศโดยตัวเอง แต่เป็นมาตรการที่ ขึ้นอยู่กับการกระทำความผิดอาญา เพราะการใช้วิธีเพื่อความปลอดภัยต้องสืบเนื่องมาจากการกระทำ ความผิดอาญาเท่านั้น ถ้าไม่มีการกระทำความผิดอาญาแล้วย่อมจะใช้วิธีเพื่อความปลอดภัยไม่ได้⁵²

2.3 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุฉกรรจ์

“เหตุฉกรรจ์” เป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น หรือเพิ่มขึ้น เนื่องจากมิใช่การกระทำอย่างธรรมดาสามัญ แต่เป็นการกระทำความผิดที่มีความร้ายแรงมากขึ้น โดยประกอบด้วยพฤติการณ์และข้อเท็จจริงต่าง ๆ หรือลักษณะที่ร้ายแรง หรือฉกรรจ์ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของผู้กระทำ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำความผิดโดยมีเจตนาร้ายแรงเป็นพิเศษ หรือ

⁵¹ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น.35). เล่มเดิม.

⁵² จาก กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น.33), โดย ชีสุวัฑน์ พันธุ์ฤทธิ, 2555, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

มีความมองอาจเก่งกล้าโดยขาดความเฉลียวแลต่อประชาชนส่วนรวม หรือได้กระทำผิดโดยไม่คำนึงถึงประโยชน์ของส่วนรวม ถ้าพฤติกรรมหรือลักษณะของการกระทำผิดมีผลกระทบต่อประชาชนเพียงใด การกำหนดโทษก็จะสูงตามไปด้วย

แนวคิดในการกำหนดให้ต้องรับโทษหนักขึ้นได้ปรากฏขึ้นในกฎหมายโรมัน โຕะที่ 8 ว่าด้วยการละเมิดโดยการลักทรัพย์ในเวลากลางวันไม่ให้ลงโทษถึงประหารชีวิต ในขณะที่ลักทรัพย์ที่กระทำในเวลากลางคืนให้นำตัวผู้กระทำความผิดไปฆ่าเสีย ซึ่งถือว่าในเวลากลางคืนเป็นพฤติกรรมที่ทำให้ผู้กระทำความผิดนั้นได้รับโทษหนักขึ้น สำหรับในประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดโทษให้หนักขึ้นสำหรับการกระทำผิดบางอย่าง เช่นในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยใช้สารพิษ หรือการฆ่าบุคคลสำคัญ เช่นพนักงานอัยการ หรือผู้พิพากษา โดยกฎหมายได้กำหนดไว้ให้เป็นบทที่จะต้องรับโทษหนักขึ้นโดยระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต ในประเทศฝรั่งเศสกำหนดไว้ว่าความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ถ้าการกระทำนั้นเป็นการกระทำต่อเด็กอายุกว่า 15 ปี หรือผู้ที่อ่อนแอไม่ว่าจากอายุ ความเจ็บป่วย กฎหมายก็กำหนดโทษให้หนักขึ้นโดยจำคุกตลอดชีวิต ส่วนประเทศไทยก็ได้กำหนดโทษให้หนักขึ้นเช่นกัน เช่นในกฎหมายลักษณะตีค่า ที่บัญญัติถึงการทำร้ายบิดามารดาให้ได้รับบาดเจ็บสาหัส จะต้องรับโทษให้ปกเกล้ามือเสียทั้ง 10 นิ้ว จองจำไว้ 6 เดือน แล้วเอาขึ้นข่าหยั่งประจาน 3 วัน ทวนด้วยลวดหนั่ง 30 ที แต่ถ้าทำให้ถึงแก่ความตายกฎหมายได้กำหนดไว้ให้ฆ่ามันให้ตายตกไปตามกัน⁵³

การที่กฎหมายกำหนดให้ต้องรับโทษหนักขึ้นก็เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ หรือจุดประสงค์ในการลงโทษ เนื่องจากการอยู่ร่วมกันในสังคมย่อมต้องมีการกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อควบคุมความประพฤติของคนในสังคม การฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ย่อมต้องได้รับโทษ ซึ่งมีทฤษฎีอยู่ 2 ทฤษฎี⁵⁴ คือ

1. ทฤษฎีเด็ดขาด (Absolute theory)

ทฤษฎีเด็ดขาดเป็นทฤษฎีที่มีจุดประสงค์การลงโทษที่ถือว่าการที่กฎหมายอาญากำหนดว่าการกระทำ หรือไม่กระทำการเป็นความผิด โดยมีการบัญญัติเป็นกฎหมายว่ามีความผิดอาญา และกำหนดให้ลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น ก็เป็นเพราะเหตุที่ได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นอย่างเดียวโดยไม่คำนึงถึงกาลเทศะหรือพฤติกรรมแวดล้อมใด ๆ ทั้งสิ้น ซึ่งการลงโทษเป็นสิ่งที่มิได้อยู่ทั่วไป

⁵³ เหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต), โดย ทวีพร คงแก้ว, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁵⁴ มาตราการทางกฎหมายในการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต), โดย ดลนภัส ดิษฐสี, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ตามธรรมชาติของสังคมมนุษย์ที่อยู่ร่วมกัน คือเมื่อมีผู้ใดกระทำความผิด ผู้นั้นก็ต้องถูกลงโทษ ซึ่งเป็นผลจากการกระทำความผิดนั้น

ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีการลงโทษที่มีจุดประสงค์เพื่อให้มีการแก้แค้นทดแทน ตอบแทนต่อผู้กระทำความผิดให้ต้องได้รับโทษจากการกระทำผิดนั้นเมื่อได้กระทำความผิด โดยในทฤษฎีนี้มีผู้ที่มีความเห็นเช่นเดียวกันดังนี้

ค่านท์ (Kant) เห็นว่าโทษเป็นสิ่งจำเป็นในทางความรู้สึกผิดชอบ โทษเป็นการตอบแทนความยุติธรรมที่ถูกประทุษร้าย ดังนั้นเพื่อความยุติธรรมผู้ที่กระทำความผิดจะต้องถูกลงโทษจากการกระทำความผิด และการลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดโดยจะไม่มีกรณีการลงโทษผู้กระทำความผิดไม่ได้ มีเช่นนั้นผู้ที่กระทำความผิดก็จะไม่ได้รับผลตอบแทนจากการกระทำผิดนั้น และเท่ากับว่าเป็นการสนับสนุนให้บุคคลนั้นกระทำความผิดในครั้งนี้อีก และต่อไปในอนาคตจนก่อให้เกิดผลเสียหายมากมายตามมาในสังคมในการที่มนุษย์จะอยู่ร่วมกัน เมื่อผู้กระทำความผิดเห็นว่าเมื่อกระทำความผิดแล้ว ไม่ต้องรับโทษจากการกระทำความผิดของตน ซึ่งการลงโทษผู้กระทำความผิดจะต้องเกิดขึ้นจากการที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดเท่านั้น

เฮเกิล (Hegel) เห็นว่าการกระทำความผิดอาญาเป็นการปฏิเสธกฎหมาย ฉะนั้น จึงเป็นความจำเป็นจะต้องตอบแทนต่อผู้ปฏิเสธกฎหมายด้วยการลงโทษ

2. ทฤษฎีสัมผัส (relative theory)

ทฤษฎีสัมผัสไม่ได้พิจารณาในแง่การกระทำความผิด แต่ได้พิจารณาในแง่ที่ว่าควรจะลงโทษอย่างไรจึงจะเกิดประโยชน์แก่ผู้กระทำความผิดเอง และสังคมโดยรวม และโดยเหตุนี้ การลงโทษจึงต้องคำนึงถึงตัวผู้กระทำความผิด กาลเทศะ และพฤติกรรมสภาพแวดล้อมอื่น ๆ ด้วย โทษนั้นควรจะมีผลเป็นการทำให้ผู้กระทำความผิดหวาดกลัว ทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตน เป็นคนดี หรือทำให้สังคมปลอดภัยจากการกระทำความผิด ซึ่งต่างกับทฤษฎีเด็ดขาดที่มีวัตถุประสงค์เป็นการแก้แค้นทดแทน ซึ่งเป็นการคำนึงถึงการกระทำของผู้ที่กระทำความผิดว่าต้องรับโทษ แต่ในอนาคตผู้นั้นจะกระทำความผิดอีกหรือไม่ ไม่ได้มีการคำนึงถึงเรื่องดังกล่าว แต่ทฤษฎีสัมผัส เป็นการป้องกันขัดขวางมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นอีก

การที่จะป้องกันขัดขวางมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นอีก มี 2 ประการ⁵⁵ กล่าวคือ

1) ป้องกันทั่วไป กล่าวคือ เป็นบทบัญญัติกฎหมายไว้ว่า ถ้ามีการกระทำความผิดต้องมีการลงโทษ และจะต้องมีการลงโทษตามกฎหมายนั้น ๆ จากการกระทำความผิดตามกฎหมาย การลงโทษเป็นการป้องกันมิให้บุคคลทุก ๆ คนหวาดกลัวไม่กล้ากระทำความผิดอย่างเดียวกันขึ้นอีก หรืออีกอย่างหนึ่งก็คือ จะต้องลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อให้เป็นแบบอย่างซึ่งบังคับจิตใจ

⁵⁵ จาก หลักกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก, โดย ธาณี วรภัทร์, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

บุคคลทั่วไปที่จะคิดกระทำความผิดอย่างเดียวกันในห้วงวันความคิดนั้น ๆ เสีย เป็นการป้องกันในเบื้องต้น เมื่อมีบุคคลใดมีความคิดที่จะกระทำความผิด แต่เมื่อบุคคลนั้นได้เห็นผลลัพธ์จากการทำความผิด คือได้รับโทษจากการกระทำความผิดนั้นย่อมทำให้บุคคลอื่นเกิดความเกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิด เพราะกลัวจะต้องได้รับโทษเช่นเดียวกัน

2) การป้องกันพิเศษ กล่าวคือ เป็นการที่ป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดแล้วนั้นกระทำความผิดซ้ำอีก เป็นการป้องกันบุคคลผู้กระทำความผิดเองไม่ให้ทำความผิดนั้นอีกเป็นการป้องกันที่ตัวผู้กระทำความผิด และรวมไปถึงสังคมโดยรวม เมื่อผู้กระทำความผิดเดิมไม่มีการกระทำความผิดอีกก็เป็นการลดปัญหาได้อย่างหนึ่งที่จะก่อให้เกิดขึ้นในสังคมได้ และไม่เป็นภาระให้กับสังคมในการที่จะต้องระวังหรือเกรงกลัวกับบุคคลที่เคยได้กระทำความผิดนั้นมาก่อน

2.3.1 การกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุฉกรรจ์

การกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุฉกรรจ์นั้นมีที่มาจากแนวความคิดทางอาชญาวิทยา และแนวคิดในเรื่องวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ที่มีมาจากแนวความคิดทางอาชญาวิทยาและแนวคิดในเรื่องวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการลงโทษมีวิธีที่แตกต่างกันไปตามยุคสมัยของแต่ละสังคม อีกทั้งการกำหนดโทษจะต้องได้สัดส่วนกับความผิด เพราะสภาพแห่งความผิด⁵⁶ อาจมีความร้ายแรงที่แตกต่างกัน หากมีการกำหนดโทษตายตัวในความผิดแต่ละฐาน โดยมีได้กำหนดโทษหนักขึ้นในกรณีมีพฤติการณ์ที่ร้ายแรงก็อาจทำให้ผู้กระทำความผิดแต่ละฐาน โดยมีได้กำหนดโทษหนักขึ้นในกรณีที่มีพฤติการณ์ที่ร้ายแรงก็อาจทำให้ผู้กระทำความผิดกระทำการฉกรรจ์ได้โดยชะล่าใจ กฎหมายอาญาจึงได้มีการกำหนดให้มีการรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุฉกรรจ์มานับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน

ทั้งนี้ความผิดอาญาได้มีการแบ่งความผิดออกเป็นหลายระดับ ซึ่งมีทั้งความผิดที่ร้ายแรงและความผิดที่ไม่ร้ายแรงในความผิดที่ร้ายแรงนั้น อาจพิจารณาได้จากความเสียหายหรือภัยอันตรายกับการถูกดำเนินหรือถูกประณามจากสังคม โดยในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการแบ่งระดับความผิดออกเป็นความผิดฉกรรจ์ (Felony) อันเป็นความผิดที่มีความร้ายแรง เช่น การฆาตกรรม การปล้นทรัพย์ การวางเพลิง โดยกำหนดประหารชีวิต หรือจำคุกระยะยาว และความผิดอาญาที่ไม่ร้ายแรง (Misdemeanors) เช่น การลักทรัพย์ หรือการทำร้ายร่างกาย โดยกำหนดโทษปรับ คุมประพฤติ หรือการจำคุกในระยะสั้น และในความผิดสองประเภทนี้ยังมีการแบ่งความผิดออกเป็นระดับต่าง ๆ ตามความร้ายแรงอีกด้วย ส่วนในระบบซีวิลลอว์ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ได้แบ่งระดับของความผิดออกเป็น ความผิดอุกฤษฏ์โทษ ซึ่งเป็นความผิดที่มีความ

⁵⁶ ความสัมพันธ์ระหว่างอัตราโทษกับการกระทำความผิด (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์), โดยสมหมาย จันทร์เรือง, 2525, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ร้ายแรง ความผิดชั้นมัชฌิมโทษ และความผิดชั้นลหุโทษ⁵⁷ การแบ่งความผิดอาญาจากความผิดที่มีระดับความร้ายแรงไปจนถึงระดับที่ไม่มีมีความร้ายแรง ทำให้การกำหนดโทษจะเพิ่มขึ้นตามระดับความร้ายแรงของความผิด ซึ่งขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ของการกระทำความผิดว่าจะก่อให้เกิดความเสียหาย หรือเกิดอันตราย รวมทั้งได้รับการดำเนินหรือถูกดำเนินจากสังคมเพียงใด

ทั้งนี้ การกำหนดให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้นตามพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริง หรือตามเหตุอันเป็นเหตุฉกรรจ์ ทั้งตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ นับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ล้วนมีเจตนารมณ์ของกฎหมายในการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน และยับยั้งชั่งมือป้องปราบอาชญากรรมอันเป็นวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ที่ถือเป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบภายในสังคม

จะเห็นได้ว่าในปัจจุบันแม้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะส่งเสริมการลงโทษแบบฟื้นฟูผู้กระทำความผิด เพื่อให้ผู้กระทำความผิดกลับใจเป็นคนดี แต่สิ่งที่ปฏิเสธไม่ได้คืออาชญากรรมในปัจจุบันนับวันจะยิ่งทวีความรุนแรงขึ้นเรื่อง ๆ การบัญญัติเหตุให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้นตามพฤติการณ์จึงเป็นสิ่งจำเป็น ความรู้สึกของคนในสังคมก็ยังคงต้องการให้อาชญากรได้รับผลร้ายจากการกระทำความผิด โดยจะต้องได้รับโทษหนักพอกับความร้ายแรงที่ผู้กระทำได้ก่อ กฎหมายจึงมีอาชญากรรมที่วัตถุประสงค์ในการแก้แค้นทดแทน หรือชั่งมือเพื่อป้องกันอาชญากรรมได้ แต่ทั้งนี้จะต้องใช้มาตรการต่าง ๆ ควบคู่กันไปอย่างเหมาะสม

2.3.2 ปัจจัยในการกำหนดเหตุฉกรรจ์

การกำหนดเหตุฉกรรจ์ตามประมวลกฎหมายไทยในความผิดฐานต่าง ๆ มีปัจจัยหลายประการที่นำมาพิจารณา ซึ่งปัจจัยเหล่านี้ล้วนเป็นเหตุอันมีลักษณะพฤติการณ์ที่มีความร้ายแรงของการกระทำ โดยอาจแบ่งปัจจัยในการกำหนดเหตุฉกรรจ์ได้ดังนี้

(1) ความชั่วร้ายของจิตใจ (Willenstrafrecht)

การกำหนดเหตุฉกรรจ์โดยพิจารณาจากความชั่วร้ายของจิตใจของผู้กระทำความผิด เป็นการกำหนดโทษโดยคำนึงจิตใจของผู้กระทำ หากผู้กระทำมีเจตนาที่ชั่วร้าย หรือมีจิตใจที่ชั่วร้ายมากกว่าปกติแล้วย่อมได้รับโทษหนักขึ้น ดังนั้นแม้การกระทำนั้นมีลักษณะเดียวกัน แต่มีความชั่วร้ายแรงของจิตใจแตกต่างกันก็ย่อมต้องรับโทษแตกต่างกัน ทั้งนี้หลักนี้จะนำมาใช้เฉพาะในกรณีของการกระทำความผิดโดยเจตนาธรรมดา และเจตนาพิเศษเท่านั้น แต่มิได้นำมาใช้กับการกระทำความผิดโดยประมาท ทั้งนี้เพราะการกระทำโดยประมาทเป็นการกระทำที่ปราศจากเจตนา การพิจารณาความชั่วร้ายของจิตใจได้นั้นจึงต้องมีเจตนาในการกระทำเสียก่อน ในกรณีประมาท

⁵⁷ จาก บันทึกของนายชอร์ซ ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยาม เกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (น.1-38), โดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, *วารสารนิติศาสตร์* 18,2 (มิถุนายน 2531).

กฎหมายอาญาจึงได้นำหลักในเรื่องของการคำนึงถึงผลของการกระทำมาใช้ในการลงโทษที่หนักขึ้น เช่น การขับรถโดยประมาทจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ย่อมได้รับโทษหนักกว่าการขับรถโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ เป็นต้น

(2) ตัวผู้กระทำความผิด

การกำหนดเหตุฉกรรจ์โดยพิจารณาจากตัวผู้กระทำความผิดสามารถแบ่งออกได้เป็น

1. พิจารณาจากตัวผู้กระทำความผิด โดยดูจากบทบาทของผู้กระทำความผิด ซึ่งหากผู้กระทำความผิดนั้นมีบทบาทที่สำคัญ เช่น เป็นหัวหน้า เป็นผู้จัดการ ในภาวะกระทำความผิด ก็จะได้รับโทษหนักขึ้น เช่น ในความผิดฐานเป็นอั้งยี่

2. พิจารณาจากการกระทำ โดยดูจากลักษณะของการกระทำว่ามีความร้ายแรงกว่าปกติ หรือมีลักษณะของการกระทำที่อุกอาจหรือไม่ เช่น หากเป็นการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือกระทำโดยโหดร้ายทารุณ กระทำโดยมีอาวุธหรือวัตถุระเบิด กระทำโดยได้ตรองไว้ก่อน ช่มชู้ โดยมิมีลักษณะเป็นการรวมทโรม เป็นต้น ก็จะต้องรับโทษหนักขึ้น

3) ตัวผู้ถูกระทำความผิด หรือตัวทรัพย์สินที่ถูกกระทำความผิด

การกำหนดเหตุฉกรรจ์โดยพิจารณาจากตัวผู้ถูกระทำความผิดหรือตัวทรัพย์สินที่ถูกกระทำ โดยถ้าผู้ถูกระทำความผิดนั้นเป็นผู้ที่อ่อนแอ หรือไร้ความสามารถที่จะป้องกันหรือต่อสู้กับผู้กระทำความผิดได้ เช่น เด็ก คนชรา คนพิการ หรือคนวิกลจริต เป็นต้น โดยผู้กระทำความผิดอาศัยความอ่อนแอของเหยื่อในความสะดวกที่จะกระทำความผิด เนื่องจากเหยื่อไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้เพียงพอที่จะให้ตนเองพ้นจากอันตรายที่เกิดจากความผิดได้ อีกทั้งยังเป็นการซ้ำเติมบุคคลอ่อนแอเหล่านี้ให้มีความทุกข์ยิ่งขึ้น เช่น กระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ผู้กระทำความผิดก็สมควรจะต้องรับโทษหนักขึ้น

นอกจากนี้ตัวทรัพย์สินที่ถูกกระทำก็เป็นปัจจัยหนึ่งในการกำหนดเหตุฉกรรจ์ โดยพิจารณาจากความสำคัญของทรัพย์สินที่ถูกกระทำ เช่น การลักทรัพย์หากทรัพย์สินที่กระทำนั้นเป็นทรัพย์สินที่ใช้หรือมีไว้เพื่อเป็นสาธารณะสถาน ผู้กระทำความผิดก็จะต้องรับโทษหนักขึ้น

(4) ความสัมพันธ์ของผู้กระทำความผิดกับผู้ถูกระทำความผิด

การกำหนดเหตุฉกรรจ์โดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ของผู้กระทำความผิด ได้แก่ ความสัมพันธ์ในฐานะที่ผู้ถูกระทำความผิดเป็นบุพการี เช่น ความผิดฐานฆ่าบุพการี เนื่องจากบุพการีเป็นผู้ที่ให้กำเนิด เลี้ยงดูผู้กระทำมา จึงต้องให้ความเคารพ ความผิดฐานลักทรัพย์นายจ้าง เนื่องจากนายจ้างเป็นผู้ที่ให้หน้าที่การงานและมอบความไว้วางใจในการดูแลงานและทรัพย์สินให้กับผู้กระทำ ความผิดฐานช่มชู้กระทำชำเราผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล เนื่องจากบุคคล

เหล่านี้ อยู่ในความดูแล หรืออยู่ภายใต้อำนาจของผู้กระทำ กระทำอาศัยความไว้นับเชื่อใจ โดยอาศัยความใกล้ชิด สนับสนุน หรืออาศัยอำนาจของผู้กระทำที่มีต่อผู้ถูกกระทำเป็นเครื่องมือในการกระทำ ความผิด ผู้กระทำความผิดก็จะต้องรับโทษหนักขึ้น

(5) เหตุจงใจหรือจุดมุ่งหมายในการก่อให้เกิดการกระทำความผิด

การกำหนดเหตุฉกรรจ์โดยพิจารณาจากเหตุจงใจหรือจุดมุ่งหมายในการก่อให้เกิดการกระทำความผิด เป็นเรื่องทางจิตใจของผู้กระทำ เช่น ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ถ้าการกระทำความผิดเป็นการเตรียมการ หรือเพื่อปกปิดความผิด หรือเพื่อหลีกเลี่ยงให้พ้นจากความผิด ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษหนักขึ้น

(6) ลักษณะของการกระทำความผิด

การกำหนดเหตุฉกรรจ์โดยพิจารณาจากลักษณะของการกระทำความผิดนั้น มีเหตุเนื่องมาจากการกระทำความผิดมีรูปแบบ หรือวิธีการที่มีความหลากหลายแตกต่างกันไป ซึ่งวิธีการหรือลักษณะการกระทำความผิดบางอย่างอาจแสดงถึงความรุนแรง เช่น การกระทำความผิดโดยมีอาวุธ หรือโดยการใช้กำลังประทุษร้าย หรือโดยร่วมกระทำความผิดกันหลายคน หรือก่อให้เกิดความสะดวกในการกระทำความผิด เช่น การกระทำความผิดโดยใช้ความเป็นมืออาชีพ หรือโดยการไตร่ตรองไว้ก่อน หรือโดยการทรยศต่อการไว้นับเชื่อใจ ดังนั้นการกำหนดความหนักเบาของโทษก็ต้องพิจารณาจากลักษณะของการกระทำความผิดเช่นกันว่า เป็นการกระทำที่มีลักษณะที่มีความรุนแรงหรือก่อให้เกิดความสะดวกหรือไม่ ถ้าเป็นลักษณะที่มีความรุนแรงไม่ว่าทางด้านความร่างกาย หรือต่อความรู้สึกของคนในสังคม หรือก่อให้เกิดความสะดวกในการกระทำความผิด กฎหมาย ก็จะกำหนดโทษหนักขึ้น

(7) สถานที่

การกำหนดเหตุฉกรรจ์โดยพิจารณาจากสถานที่ที่กระทำความผิด เพราะบางสถานที่ เป็นสถานที่สำคัญ หรือเป็นสาธารณสถาน เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ในสถานที่บูชาสาธารณะ หรือ สถานีรถไฟ ท่าอากาศยาน ที่จอดรถ หรือเรือสาธารณะ สถานที่ราชการ เป็นต้น กฎหมายก็จะกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นตามความสำคัญของสถานที่

(8) โอกาสในการกระทำความผิด

โอกาสในการกระทำความผิดเป็นปัจจัยหนึ่งในการกำหนดเหตุฉกรรจ์ ทั้งนี้เพราะโอกาสนั้นถือได้ว่าเป็นการเอื้อประโยชน์ต่อการกระทำความผิด อันจะทำให้เป็นการกระทำความผิดสามารถทำได้สะดวกขึ้น หรือมีความสำเร็จมากขึ้นเช่นลักทรัพย์ในเวลากลางคืน หรือเนื่องจากผู้เสียหายขาดความระมัดระวัง หรืออาศัยโอกาสที่ประชาชนกำลังตื่นกลัวภัยอันตราย ทั้งยังเป็นการซ้ำเติม

ความทุกข์ผู้ถูกระทำ เช่น การลักทรัพย์ในที่บริเวณที่มีเหตุเพลิงไหม้ การระเบิด อุทกภัย หรือ บริเวณที่เกิดอุบัติเหตุ เหตุทุกข์ภัยแก่รถไฟ หรือยานพาหนะอื่นที่ประชาชนโดยสาร

(9) ความผิดที่เกิดขึ้นบ่อย ๆ

การกำหนดโทษให้มีความรุนแรงมากขึ้นในกรณีที่มีความผิดที่กระทำนั้นเป็นความผิดซึ่งเกิดขึ้นอยู่บ่อย ๆ มีแนวคิดมาจากวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อยับยั้ง หรือข่มขู่ อันเนื่องมาจากการลงโทษตามปกติ ไม่สามารถที่จะยับยั้งการทำความผิดที่เกิดขึ้นได้⁵⁸ เช่น กรณีความผิดฐานลักทรัพย์นายจ้าง เนื่องจากนายจ้างจะมอบหมายให้ลูกจ้างดูแลทรัพย์สินของนายจ้าง อาจเป็นทรัพย์สินที่ขาย ทรัพย์สินให้เช่า หรือทรัพย์สินที่ใช้ประกอบการงาน ทรัพย์สินเหล่านี้จะอยู่ในความดูแลและครอบครองของลูกจ้างทำให้เกิดการฉวยโอกาสลักทรัพย์นั้นได้ง่ายกว่าทรัพย์สินของผู้อื่น หากไม่กำหนดโทษให้หนักกว่าการลักทรัพย์ธรรมดา ลูกจ้างก็จะสามารถกระทำความผิดลักทรัพย์นายจ้างได้บ่อย จึงต้องกำหนดโทษให้ผู้กระทำความผิดดังกล่าวต่อกฎหมาย และสามารถลดปริมาณการทำความผิดลงได้

นอกจากนี้ นักกฎหมายไทยได้เสนอแนวความคิดเกี่ยวกับปัจจัยในการกำหนดเหตุฉกรรจ์ ได้แก่

1. แนวความคิดที่ 1 ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ได้แบ่งเหตุฉกรรจ์ออกเป็น 2 ประเภท⁵⁹ คือ

- 1) เหตุฉกรรจ์ที่เกี่ยวข้องกับลักษณะของการกระทำ
- 2) เหตุฉกรรจ์ที่เป็นจุดมุ่งหมายของอาชญากรรม

เหตุฉกรรจ์ที่เกี่ยวข้องกับลักษณะของการกระทำ เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ “ความยึดถือในทางศีลธรรมของมนุษย์” จึงมีลักษณะเป็นข้อเท็จจริงภายในเกี่ยวกับผู้กระทำความผิด กรณีจึงเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบภายใน เช่น เหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น โดยไตร่ตรองไว้ก่อน ตามมาตรา 289 (4) เป็นการฆ่าภายหลังที่ผู้กระทำชั่งน้ำหนักผลได้ผลเสียในการที่จะฆ่าบุคคลอื่น และได้ตัดสินใจไปในทางฆ่าและได้ฆ่าตามที่ได้อ้างอิงใจ หรือเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น โดยกระทำทารุณโหดร้าย ตามมาตรา 289 (5) เป็นการฆ่าโดยวิธีโหดร้ายกว่าปกติ ทำให้ผู้ถูกฆ่าได้รับความเจ็บปวด ทุกข์ทรมาน จนถึงแก่ความตายด้วยความยากลำบาก เป็นต้น

เหตุฉกรรจ์ที่เป็นจุดมุ่งหมายของอาชญากรรม เช่น เหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น เพื่อเตรียมการ เพื่อความสะดวกในการที่จะกระทำความผิดอย่างอื่น เพื่อปกปิดความผิดของตน เพื่อจะเอาหรือเอาไว้ซึ่งประโยชน์อันเกิดแต่การที่ตนได้กระทำความผิดอย่างอื่น หรือเพื่อหลีกเลี่ยงให้พ้นอาญาในความผิดอื่นที่ตนได้กระทำไว้ ตามมาตรา 289 (6)(7) เป็นต้น

⁵⁸ เหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย. เล่มเดิม.

⁵⁹ จาก กฎหมายอาญาภาคความผิด (น.100), โดย คณิต ณ นคร, 255), กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

2. แนวความคิดที่ 2 อาจารย์เสริม วินิจฉัยกุล ได้แบ่งเหตุผลการจ้อออกไว้เป็น 4 ประเภท⁶⁰ คือ

- 1) เหตุผลการจ้อที่เกี่ยวกับลักษณะของผู้กระทำ
- 2) เหตุผลการจ้อที่เกี่ยวกับเจตนาของผู้กระทำ
- 3) เหตุผลการจ้อที่เกี่ยวกับวิธีกระทำ
- 4) เหตุผลการจ้อที่เกี่ยวกับมูลเหตุจูงใจ

จึงอาจสรุปได้ว่า “เหตุผลการจ้อ” หมายถึง พฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงประกอบการกระทำ ความผิดอันเป็นมูลเหตุทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น โดยอาศัยปัจจัยต่าง ๆ เช่น การกระทำ ผู้กระทำ ผู้ถูกกระทำ เจตนา มูลเหตุจูงใจ เป็นต้น การที่กฎหมายกำหนดให้เหตุต่าง ๆ เช่นนี้ เป็นเหตุผลการจ้อก็เพื่อแก้แค้นทดแทน และเพื่อเป็นการขู่และยับยั้งอาชญากรรม

2.3.3 การบัญญัติเหตุผลการจ้อตามกฎหมายอาญา

จากความมุ่งหมายในการบัญญัติเหตุผลการจ้อของประมวลกฎหมายอาญาไทย มีปัจจัยที่แตกต่างกัน จึงมีการบัญญัติเหตุผลการจ้อไว้ในแต่ละฐานความผิดแตกต่างกัน โดยมีหลักพื้นฐานในการบัญญัติเหตุผลการจ้อ ดังนี้

เหตุผลการจ้อถูกบัญญัติไว้ในลักษณะของ “บทการจ้อ” ซึ่งมีลักษณะ คือ

- (1) บทการจ้อจะต้องมีพื้นฐานมาจากบทธรรมดา
- (2) บทการจ้อจะต้องเป็นบทกฎหมายที่กำหนดให้มีโทษสูงขึ้นตามพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงประกอบการกระทำ ความผิดที่มีความร้ายแรงมากขึ้นจากบทธรรมดาซึ่งเป็นบทหลักทั่วไปและมีความร้ายแรงเป็นปกติธรรมดา⁶¹

(3) การกระทำ ความผิดจะต้องมีโครงสร้างความรับผิดชอบอาญา เช่นเดียวกับบทธรรมดา อยู่เสมอ เพียงแต่พฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงประกอบความผิดนั้นมีความร้ายแรงมากขึ้น ดังนั้น ถ้าการกระทำ ความผิดตามบทธรรมดา แล้วก็ย่อมจะไม่ใช่ความผิดตามบทการจ้อ

ตัวอย่าง “บทการจ้อ” เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ ตามมาตรา 334 “ผู้ใดเอาทรัพย์ของผู้อื่น หรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์” ซึ่งเป็นบทธรรมดา แต่หากเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบของความผิดลักทรัพย์ตามมาตรา 334 แล้ว แต่ได้กระทำในเวลากลางคืน เช่นนี้จะต้องรับผิดตามมาตรา 335 (1) ซึ่งถือว่าบทการจ้อ

⁶⁰ จาก *กฎหมายอาญาภาคปลาย*, โดย เสริม วินิจฉัยกุล, 2482, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง.

⁶¹ จาก *ถาม-ตอบประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิด: ความผิดเกี่ยวกับการปกครองและความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม* (น.16-19), โดย เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, 2546, กรุงเทพฯ: จีรัชการพิมพ์.

การบัญญัติ “บททรรจ์” ตามกฎหมายประมวลอาญาไทยแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ

(1) บททรรจ์แยกออกจากบทธรรมดาเป็นอีกมาตราหนึ่ง

กฎหมายได้บัญญัติบททรรจ์แยกออกจากบทธรรมดาเป็นอีกมาตราหนึ่ง โดยกฎหมายจะกำหนดความรับผิดในบทธรรมดาไว้ในมาตราหนึ่ง และถ้าหากเป็นกรณีที่ต้องรับโทษหนักขึ้นก็จะกำหนดบททรรจ์ไว้ในอีกมาตราหนึ่ง เช่น ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น เป็นบทธรรมดาจะอยู่ในมาตรา 288 และมีบททรรจ์ ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 289 หรือความผิดฐานลักทรัพย์เป็นบทธรรมดาจะอยู่ในมาตรา 334 และมีบททรรจ์ ตามมาตรา 335

(2) บททรรจ์กับบทธรรมดาอยู่ในมาตราเดียวกัน

กฎหมายได้บัญญัติบททรรจ์กับบทธรรมดาอยู่ในมาตราเดียวกัน แต่จะมีการบัญญัติบททรรจ์ให้อยู่ในวรรคถัดไปของความผิดนั้น ๆ และการกำหนดโทษของวรรคถัดไปของความผิดนั้นก็จะมีโทษที่หนักขึ้นกว่าวรรคแรก หรือวรรคก่อนด้วย⁶² เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 วรรคแรก บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้นั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้นั้นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท” ส่วนวรรคสามบัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต” จะเห็นได้ว่าวรรคแรกเป็นการบัญญัติความผิดในบทธรรมดา ส่วนวรรคสามเป็น “บททรรจ์” ของวรรคแรกเพราะเป็นกรณีที่มีเหตุให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ทำให้โทษของวรรคสามหนักกว่าวรรคแรก แต่อย่างไรก็ตามการบัญญัติแบ่งความหนักเบาของโทษในวรรคถัดไป มิได้หมายความว่า จะมีโทษหนักกว่าเสมอไป ซึ่งในบางฐานความผิดก็ได้กำหนดให้วรรคถัดไปมีโทษน้อยกว่า เช่น มาตรา 224⁶³ ซึ่งเป็นเรื่องวิธีการบัญญัติกฎหมายที่แตกต่างกันออกไป

⁶²จาก คำถามและแนวคำตอบกฎหมายอาญา (น. 141), โดย เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ และทวีเกียรติ มินะกนิษฐ์, 2547, กรุงเทพฯ: จีรัชการพิมพ์.

⁶³ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 224 ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 217 มาตรา 218 มาตรา 221 หรือมาตรา 222 เป็นเหตุให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต.

ถ้าเป็นเหตุให้บุคคลอื่นรับอันตรายสาหัส ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี.

อย่างไรก็ตามมีข้อเท็จจริงที่ควรพิจารณาอีกประการหนึ่งในการกำหนดเหตุฉกรรจ์ตามประมวลกฎหมายอาญานั้นก็คือ “เหตุฉกรรจ์” และ “ผลฉกรรจ์” นั้นมีความแตกต่างกัน โดยการกำหนดให้รับโทษหนักขึ้นเนื่องจาก “ลักษณะฉกรรจ์” หมายความว่ารวมถึงลักษณะที่เป็น “เหตุฉกรรจ์” และลักษณะที่เป็น “ผลฉกรรจ์” ทั้งนี้เหตุฉกรรจ์ โดยพฤติการณ์จะต้องมีลักษณะเป็น “เหตุ” อันเกี่ยวเนื่องกับ ตัวผู้กระทำ การกระทำ วัตถุที่ถูกกระทำ และเจตนา ซึ่งผู้กระทำต้องรู้ถึงเหตุอันร้ายแรงดังกล่าวในขณะที่กระทำ ปัจจัยในการกำหนดเหตุฉกรรจ์จึงไม่รวมถึงผลร้ายแรงอันเกิดจากการกระทำ หรือเรียกว่า “ผลฉกรรจ์” แม้ว่าผลร้ายแรงของการกระทำจะทำให้ผู้กระทำรับโทษหนักขึ้นก็ตาม โดยหลักในการกำหนดโทษตามระดับความร้ายแรงของความผิดซึ่งคำนึงถึงผลของการกระทำอยู่แล้ว ไม่ว่าจะการกระทำความผิดนั้นจะเกิดโดนเจตนาหรือประมาทก็ตาม ทั้งนี้การกำหนดโทษตาม “ผลฉกรรจ์” นั้นจะกำหนดโทษโดยคำนึงถึงปริมาณความเสียหายที่เกิดขึ้น เช่น ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ หรือเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส หรือเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ซึ่งถือว่าผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดดังกล่าว มิใช่เหตุฉกรรจ์ ตัวอย่างเช่นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 เป็นบทธรรมดา แต่ถ้าผู้กระทำทำร้ายร่างกายอันมีลักษณะประการใดประการหนึ่งตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 289⁶⁴ เช่น ทำร้ายร่างกายบุพการี ทำร้ายร่างกายเจ้าพนักงานซึ่งกระทำการตามหน้าที่ เป็นต้น กรณีนี้เรียกว่า “เหตุฉกรรจ์” ผู้กระทำก็ต้องรับผิดฐานทำร้ายร่างกายในเหตุฉกรรจ์ ตามมาตรา 296 แต่ถ้าผู้กระทำความผิดได้เจตนาทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำร้ายได้รับอันตรายสาหัส⁶⁵ ต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 297 กรณีนี้เป็น “ผลฉกรรจ์”

⁶⁴ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 298 ผู้ใด

- (1) นำบุพการี
- (2) นำเจ้าพนักงาน ซึ่งกระทำการตามหน้าที่ หรือเพราะเหตุที่จะกระทำ หรือได้กระทำการตามหน้าที่
- (3) นำผู้ช่วยเหลือเจ้าพนักงาน ในการที่เจ้าพนักงานนั้นกระทำการตามหน้าที่ หรือเพราะเหตุที่บุคคลนั้นจะช่วยเหลือได้ช่วยเจ้าพนักงานดังกล่าวแล้ว
- (4) นำผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน
- (5) นำผู้อื่นโดยทรมาณหรือโดยกระทำทารุณโหดร้าย
- (6) นำผู้อื่นเพื่อเตรียมการ หรือเพื่อความสะดวกในการที่จะกระทำความผิดอย่างอื่น หรือ
- (7) นำผู้อื่นเพื่อจะเอา หรือเอาไว้ซึ่งผลประโยชน์อันเกิดแต่การที่ตนได้กระทำความผิดอื่น เพื่อปกปิดความผิดอื่นของตน หรือเพื่อหลีกเลี่ยงให้พ้นอาญาในความผิดอื่นที่ตนได้กระทำไว้

ต้องระวางโทษประหารชีวิต.

⁶⁵ อันตรายสาหัส นั้น คือ

- (1) ตาบอด หูหนวก ลิ่นขาด หรือเสียอวัยวะ

ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดเรื่องเหตุกรรจ์ไว้ในภาค 2 หรือภาคความผิด โดยได้แบ่งความผิดออกเป็น 12 ลักษณะ⁶⁶ และได้บัญญัติเรื่องเหตุกรรจ์ของความผิดในแต่ละลักษณะไว้แยกจากกัน โดยมีความผิดที่มีได้บัญญัติเรื่องเหตุกรรจ์ไว้คือ ในลักษณะที่ 4 ความผิดเกี่ยวกับศาสนา และในลักษณะที่ 8 ความผิดเกี่ยวกับการค้า ดังนั้นสรุปได้ว่าการกำหนดเหตุกรรจ์ในความผิดฐานต่าง ๆ จะกำหนดขึ้นโดยพิจารณาจากพฤติการณ์ที่ประกอบการกระทำผิดตามปัจจัยที่กล่าวมา เช่น พิจารณาจากฐานะความสัมพันธ์ของผู้กระทำกับผู้ถูกระทำ ได้แก่ การกระทำต่อบุพการี กระทำต่อนายจ้าง พิจารณาจากพฤติการณ์ที่มีลักษณะของความชั่วร้ายของผู้กระทำ ได้แก่ กระทำโดยมีอาวุธ หรือพิจารณาจากพฤติการณ์ที่ทำให้มีโอกาสดังกล่าวที่ผู้กระทำความผิดลงมือสำเร็จมากขึ้น เช่นการลงมือกระทำความผิดในเวลากลางคืน เป็นต้น⁶⁷

นอกจากนี้ยังมีความเห็นของนักวิชาการเกี่ยวกับ “บทกรรจ์” กับ “บทหนัก” ตามความเห็นของนักวิชาการ และศาลฎีกา ดังนี้

ดร. กรรภิรมย์ โกมลารชุน เห็นว่า บททั่วไปบทเฉพาะ หมายถึง กรณีที่ความผิดบทเฉพาะ มีองค์ประกอบความผิดทุกประการที่ความผิดบททั่วไปมี ดังนั้นเมื่อใดที่เกิดข้อเท็จจริงครบองค์ประกอบความผิดบทเฉพาะ ย่อมต้องเกิดข้อเท็จจริงครบองค์ประกอบของความผิดบททั่วไปด้วย เช่น ผู้กระทำความผิดใดก็ตามที่กระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายบทหนักก็จะต้องกระทำ

(2) เสียอวัยวะสืบพันธุ์ หรือความสามารถสืบพันธุ์

(3) เสียแขน ขา มือ เท้า นิ้วหรืออวัยวะอื่นใด

(4) หน้เสียโฉมอย่างติดตัว

(5) แผลงู

(6) จิตพิการอย่างติดตัว

(7) ทุพพลภาพ หรือป่วยเจ็บเรื้อรังซึ่งอาจถึงตลอดชีวิต

(8) ทุพพลภาพ หรือป่วยเจ็บด้วยอาการทุกขเวทนาเกินกว่าสี่สิบวันหรือจนประกอบกรณีกิจตามปกติไม่ได้เกินกว่าสี่สิบวัน.

⁶⁶ ลักษณะ 1 ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ลักษณะ 1/1 ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ลักษณะ 2 ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง ลักษณะ 3 ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม ลักษณะ 4 ความผิดเกี่ยวกับศาสนา ลักษณะ 5 ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน ลักษณะ 6 ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชน ลักษณะ 7 ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง ลักษณะ 8 ความผิดเกี่ยวกับการค้า ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ ลักษณะ 10 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ลักษณะ 11 ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง ลักษณะ 12 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน.

⁶⁷ เหตุกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต), โดยทวิพร คงแก้ว, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ความผิดฐานทำร้ายร่างกายบททั่วไปไปด้วยในตัว ตัวอย่างเช่น นาย ก. ใช้มีดพร้าฟันแขนนาย ต. ขาด เป็นการกระทำความผิดหลายฐานที่เกิดจากกรรมเดียว แต่ไม่ใช่กรณีหลายบท ในคำพิพากษาจะปรากฏเพียงว่านาย ก. กระทำความผิดตามมาตรา 297 ฐานเดียว ทั้งนี้เพราะระหว่างความผิดฐานทำร้ายร่างกายบททั่วไปกับฐานทำร้ายร่างกายบทหนัก ปรากฏความสัมพันธ์พิเศษนี้ขึ้น โดยบททั่วไป บทเฉพาะ แบ่งออกเป็น 2 กรณี ได้แก่บทหลักกับบทหนัก และ บทหลักกับบทเบา

“บทหลักกับบทหนัก” เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย (มาตรา 295) กับความผิดฐานทำร้ายร่างกายบทหนัก (มาตรา 296) ความผิดฐานลักทรัพย์ (มาตรา 334) กับความผิดฐานลักทรัพย์บทหนัก (335) หรือกับความผิดฐานชิงทรัพย์ (มาตรา 336) เป็นต้น ส่วน “บทหลักกับบทเบา” เช่น ความผิดฐานหลบหนีออกจากที่คุมขัง (มาตรา 190) กับความผิดฐานหลบหนีจากสถานพยาบาล (มาตรา 195) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (มาตรา 276) กับความผิดฐานทำอนาจาร (มาตรา 278) เป็นต้น เช่นนี้ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบแต่เพียงตามบทเฉพาะเท่านั้น ซึ่งศาลฎีกานิยามใช้คำว่า “บทจรรยา” มากกว่าคำว่า “บทหนัก” ซึ่งก็ไม่ใช่เรื่องที่ควรนำคำนิยามแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม เมื่อศาลฎีกาเลือกใช้คำว่า “บทจรรยา” สำหรับฐานความผิดที่มีโทษหนักกว่าบทหลักแล้ว ก็ควรจะมีอีกคำไว้ใช้สำหรับฐานความผิดที่มีโทษเบากว่าบทหลักด้วย ซึ่งก็ไม่ควรใช้คำว่า “บทเบา” เพราะถ้อยคำจะไม่สอดคล้องกัน ครอบคลุมที่ยังไม่มีถ้อยคำใดมาแทนคำว่าบทเบา การใช้คำว่า “บทหนัก” ก็น่าจะเป็นคำที่เหมาะสมที่สุด⁶⁸

ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้ให้ความเห็นกรณี “บทจรรยา” กับ “บทหนัก” ว่า “บทจรรยา” มิใช่ “บทหนัก” ตามความหมายของมาตรา 90 เพราะไม่ใช่การกระทำความผิดกฎหมายหลายบทโดยบทหนึ่งเป็น “บทเบา” และอีกบทหนึ่งเป็น “บทหนัก” ซึ่งตามมาตรา 90 จะต้องลงโทษบทหนัก เช่น จำเลยบุกรุกเพื่อฆ่าคน จำเลยมีความผิดฐานบุกรุก และความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ศาลจะลงโทษบทหนักคือความผิดฐานฆ่าผู้อื่น แต่หากเป็นกรณีที่เป็นการกระทำความผิดที่เข้าทั้งบทธรรมดา และบทจรรยา ศาลจะพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตาม “บทจรรยา” ไปได้เลย โดยไม่ต้องอ้างมาตราที่เป็น “บทธรรมดา” เช่น ความผิดฐานฆ่าบุพการี ศาลจะพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามมาตรา 289 (1) โดยไม่ต้องกล่าวถึงมาตรา 288 แต่อย่างไรก็ตาม “บทจรรยา” บางมาตรามีได้บัญญัติความผิดไว้ชัดแจ้งในตัว ในการวินิจฉัยความผิดศาลจึงต้องอ้างมาตราของทั้งบทธรรมดา และบทจรรยา⁶⁹

⁶⁸ จาก “ว่าด้วยการกระทำความผิดหลายบทหลายกระทงตามความเห็นของศาลฎีกา โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักเจตนาเดียว,” โดย กรรภิรมย์ โคมลารชุน, 2556, *นิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์*, ปีที่ 1 ฉบับที่ 4, น.105-107.

⁶⁹ *กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม ๑* (น. 24) . เล่มเดิม.

2.3.4 อัตราโทษและความรับผิดเกี่ยวกับเหตุการณ์

การกำหนดอัตราโทษของเหตุการณ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มีการกำหนดใน 3 ลักษณะคือ⁷⁰

(1) การกำหนดเด็ดขาดหรือแน่นอนตายตัว เป็นการกำหนดเฉพาะเจาะจง ศาลไม่อาจใช้ดุลพินิจได้เลย เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเหตุการณ์ ตามมาตรา 289 กำหนดอัตราโทษประหารชีวิตสถานเดียว

(2) การกำหนดไว้อย่างสัมพันธ์ เป็นกรณีที่กำหนดกรอบของการลงโทษ และให้ศาลใช้ดุลพินิจภายในกรอบของโทษ แยกได้เป็น 2 ลักษณะ ดังนี้

1. อัตราโทษที่กฎหมายกำหนดขั้นสูงไว้ แต่มิได้กำหนดขั้นต่ำไว้ เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยมีเหตุการณ์ ตามมาตรา 296 กำหนดอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี ปรับไม่เกิน 6,000 บาท ศาลมีอำนาจลงโทษจำคุกวันเดียวหรือสูงกว่านั้นแต่ไม่เกิน 3 ปี

2. อัตราโทษที่กฎหมายกำหนดทั้งขั้นสูงและขั้นต่ำ เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกายให้ได้รับอันตรายสาหัสโดยมีเหตุการณ์ ตามมาตรา 298 กำหนดอัตราโทษจำคุกตั้งแต่ 2 ปี ถึง 10 ปี ซึ่งศาลจะลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดไม่ต่ำกว่า 2 ปี แต่ไม่เกิน 10 ปี

(3) ไม่กำหนดแน่นอน กฎหมายกำหนดแต่ชนิดของโทษแต่ไม่ระบุกำหนดอัตราโทษ ซึ่งไม่มีการบัญญัติอัตราโทษประเภทนี้ในเหตุการณ์

ความรับผิดของเหตุการณ์ตามประมวลกฎหมายอาญา จะต้องมีส่วนฐานมาจากบทธรรมดา เพียงแต่พฤติกรรมหรือข้อเท็จจริงประกอบความผิดนั้นมีความร้ายแรงมากขึ้น ดังนั้นถ้าการกระทำไม่มีความผิดตามบทธรรมดาแล้วก็ไม่จำเป็นต้องรับผิดตามบทกรณี

ความรับผิดในเหตุการณ์มีองค์ประกอบ เงื่อนไข เหตุจูงใจ และผลของการกระทำ ความผิดที่ต้องพิจารณาดังนี้⁷¹

(1) องค์ประกอบของความผิด

ความรับผิดทางอาญาประกอบด้วยองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน องค์ประกอบภายนอกคือ สิ่งที่เป็นส่วนประกอบภายนอกในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง ซึ่งประกอบด้วย ผู้กระทำความผิด การกระทำ และกรรมของการกระทำ และองค์ประกอบภายในคือสิ่งที่เป็นส่วนของจิตใจ เช่นเจตนา หรือประมาท ความรับผิดในเหตุการณ์อันเป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น เนื่องจากพฤติกรรมหรือข้อเท็จจริงที่มีความร้ายแรงในการกระทำ

⁷⁰ จาก ความสัมพันธ์ระหว่างอัตราโทษกับการกระทำความผิด (น. 10-20), โดย สมหมาย จันทรเรือง.

⁷¹ เหตุการณ์ในความผิดฐานลักทรัพย์. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์), โดย พิชัย ดำเนินพัฒนามงคล 2548, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ความผิด ซึ่งข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์นี้ถือว่าเป็นองค์ประกอบภายนอก ที่จะทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้น ซึ่งตามมาตรา 62 วรรคท้ายบัญญัติว่า“บุคคลจะต้องรับโทษหนักขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงใด บุคคลนั้นจะต้องรู้ข้อเท็จจริงนั้น” ดังนั้นหากผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดของเหตุกรรณนั้น ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับโทษหนักขึ้น และจะถือว่าผู้กระทำมีเจตนาในเหตุกรรณนั้นไม่ได้ คงมีแค่เจตนากระทำความผิดตามบทธรรมดาเท่านั้น เช่น กรณีผู้กระทำฆ่าบุพการี ซึ่งเป็นความผิดฐานฆ่าในเหตุกรรณ ตามมาตรา 289 แต่หากผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงว่าบุคคลที่ตนฆ่าคือบุพการี ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดฐานฆ่าผู้อื่น ในเหตุกรรณ คงรับผิดฐานฆ่าผู้อื่นในบทธรรมดาตามมาตรา 288 เท่านั้น

(2) เจื่อนใจแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย

อย่างไรก็ตามบางกรณีแม้ผู้กระทำความผิดไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดของเหตุกรรณนั้น แต่ผู้กระทำความผิดก็อาจจะต้องรับโทษหนักขึ้นตามเจื่อนใจแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย “เจื่อนใจแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” คือ ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำที่เป็นความผิดอาญานั้น แต่ไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่อยู่ในสาระสำคัญทั้งสามประการของความผิดอาญา เจื่อนใจแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย นี้ไม่ใช่ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ดังนั้นการรับโทษจึงไม่ได้ขึ้นอยู่กับความรู้ถึงเจื่อนใจดังกล่าวหรือไม่ เช่น ในความผิดฐานปล้นทรัพย์ตามมาตรา 340 วรรคสอง อันเป็นเหตุกรรณซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าในการปล้นทรัพย์ ผู้กระทำแม้แต่คนหนึ่งคนใดมีอาวุธติดตัวไปด้วยผู้กระทำต้องระวางโทษ...” ข้อเท็จจริงที่เป็นเจื่อนใจแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย คือการมีอาวุธติดตัวไปด้วยในการปล้นทรัพย์ ดังนั้นแม้ผู้ร่วมกันกระทำความผิดในการปล้นทรัพย์จะไม่ว่ามีตัวการร่วมมีอาวุธปืนติดตัวไปด้วยก็ต้องรับผิดในเหตุกรรณเช่นกัน หรือกรณีการข่มขืนกระทำชำเราโดยมีอาวุธปืนอันเป็นเหตุกรรณตามมาตรา 276 วรรคสาม แม้ผู้ลงมือข่มขืนกระทำชำเราจะไม่มีปืน แต่ผู้ร่วมกระทำมีปืนโดยบังคับไม่ให้คนอื่นช่วยหญิง ผู้ลงมือก็มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้อาวุธปืนตามมาตรา 276 วรรคสาม ศาลก็วินิจฉัยว่าจำเลยมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้กำลังขู่เข็ญประทุษร้ายและได้ร่วมกระทำโดยมี หรือใช้อาวุธปืนตามมาตรา 276 วรรคสาม แม้ไม่ได้ใช้ก็ผิด เป็นต้น

(3) เหตุจูงใจ หรือเจตนาพิเศษ

เหตุจูงใจหรือเจตนาพิเศษ คือเจตนาให้เกิดผลโดยตรงเท่านั้น ไม่มีการเล็งเห็นผลดังเช่นเจตนาธรรมดา⁷² หรือเจตนาทั่วไป เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 เจตนาพิเศษคือ “เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ” หากเป็นการทำเพื่อความสนุกสนาน ก็ไม่ผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือความผิดฐานทำให้เกิดอุทกภัย ตามมาตรา 228 เจตนาพิเศษ คือ “เพื่อให้เกิด

⁷² คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. (น.125). เล่มเดิม.

อุทกภัย หรือเพื่อให้เกิดขัดข้องแก่การใช้น้ำซึ่งเป็นสาธารณูปโภค” ถ้าผู้กระทำไม่มีเจตนาโดยตรงให้เกิดอุทกภัย ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบแม้จะสังเกตเห็นได้ว่าผลของการกระทำนั้นจะก่อให้เกิดอุทกภัยก็ตาม

(4) ผลของการกระทำความผิด

ผลที่เกิดจากการกระทำความผิดจะต้องเป็นผลธรรมดา อันจะทำให้ผู้กระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 63 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าผลของการกระทำความผิดใด ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ผลของการกระทำความผิดนั้นต้องเป็นผลที่ธรรมดาย่อมเกิดขึ้นได้” ผลธรรมดาที่ย่อมเกิดขึ้นได้ คือผลปกติที่เกิดขึ้นจากการกระทำในพฤติการณ์เช่นนั้น โดยผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ถึงผลนั้น หรือผลที่ผู้กระทำคาดเห็นความเป็นไปได้ของผลนั้น แต่ไม่ต้องถึงขั้นเล็งเห็นผลนั้น

2.4 คุณธรรมทางกฎหมาย

การบัญญัติความผิดฐานต่าง ๆ ตามประมวลกฎหมาย เป็นการรวบรวมเอาพื้นฐานพฤติกรรม ความประพฤติและการปฏิบัติของการอยู่ร่วมกันในสังคมมาบัญญัติเป็นระเบียบแบบแผนให้คนในสังคมได้ยึดถือปฏิบัติต่อกัน เพื่อรักษาความสงบในสังคม โดยการบัญญัติความผิดอาญาฐานต่าง ๆ นั้น จะมีสิ่งทีกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองแฝงอยู่อันเป็นสภาพที่กฎหมายต้องการคุ้มครองการถูกล่วงละเมิด เรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย”⁷³ ซึ่งเป็นพื้นฐานในทางความคิด ไม่ว่าผู้บัญญัติจะได้คำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายก่อนการบัญญัติหรือไม่เพราะความผิดอาญา (Verbrechen) มาจาก “ปทัสถาน” (Norm) และ “ปทัสถาน” มาจาก “คุณธรรมทางกฎหมาย” เช่น ปทัสถานมิว่าการไม่สมควรที่จะฆ่ามนุษย์ เพราะชีวิตมนุษย์เป็นสิ่งที่พึงหวงแหนและชีวิตมนุษย์เป็นสิ่งหรือคุณค่าที่สำคัญที่ขอบจะได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายอาญา จึงทำให้ต้องบัญญัติมาตรา 288 ขึ้น เป็นต้น ในปทัสถานนั้น มี “คุณธรรมทางกฎหมาย” แฝงอยู่การประพฤติดิปปทัสถานบางอย่างอาจยังไม่กระทบต่อการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมที่ร้ายแรงพอที่สมควรกำหนดเป็นความผิดอาญา⁷⁴ คุณธรรมทางกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่สำคัญและจำเป็นสำหรับการอยู่ร่วมกันในสังคมของมนุษย์ด้วยเหตุนี้จึงต้องมีการคุ้มครองสิ่งที่เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญนั้น โดยกฎหมายอาญา

กฎหมายเป็นข้อบังคับของรัฐ ที่กำหนดความประพฤติภายนอกของมนุษย์ซึ่งแสดงออกมาในรูปของการกระทำที่กฎหมายห้ามมิให้กระทำหรือการละเว้นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติ

⁷³ ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต), โดย สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล, 2552, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁷⁴ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น.145). เล่มเดิม.

ให้กระทำเพื่อดำรงไว้ซึ่งความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม ผู้ฝ่าฝืนจะต้องได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ โดยรัฐเป็นผู้กำหนดสภาพบังคับ ดังนั้น ความผิดอาญาแต่ละฐานจึงถูกบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งอาจมีอันเดียวหรือหลายอัน จากการทำอันตรายหรือก่ออันตรายต่อกรรมของการกระทำที่บทบัญญัติของกฎหมายอาญาต้องการจะคุ้มครองให้เกิดความมั่นคง ซึ่งเป็นการก่อให้เกิดผลที่ไม่พึงปรารถนาหรือผลที่ไม่เป็นธรรมขึ้น คุณธรรมทางกฎหมายจึงเป็นแนวความคิดหนึ่งในทางกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย ซึ่งสามารถใช้เป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายให้ถูกต้องและชัดเจนขึ้นช่วยในการแบ่งแยกจัดหมวดหมู่ประเภทของความผิดเพื่อการศึกษา ช่วยในการวินิจฉัยปัญหาเรื่องผู้เสียหายในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และช่วยในการวินิจฉัยปัญหาความยินยอมของผู้เสียหาย⁷⁵

2.4.1 ความหมายและประเภทของคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมาย หมายถึง ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง หรือประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง เพราะในการที่จะอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมให้มีความเป็นปกติสุข มนุษย์ทุกคนต้องเคารพและไม่ละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกัน การละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันจึงเป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย⁷⁶

กฎหมายอาญาได้บัญญัติคุ้มครองชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ หรือกรรมสิทธิ์ไว้เป็นความผิดฐานต่าง ๆ ได้แก่ความผิดเกี่ยวกับชีวิต เช่น ฐานฆ่าผู้อื่น โดยเจตนา ฐานฆ่าผู้อื่นโดยประมาท ความผิดเกี่ยวกับร่างกาย เช่น ฐานทำร้ายความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ เช่น ฐานกักขังหน่วงเหนี่ยว ฐานพรากผู้เยาว์ ฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน เช่น ฐานลักทรัพย์ ทำให้เสียหาย หนี้อ โกง เป็นต้น ผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมายก็จะได้รับการลงโทษทางอาญา คือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์ แล้วแต่ความร้ายแรงของการกระทำความผิดแตกต่างกันไป ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420⁷⁷ ได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิของการกระทำละเมิดต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างอื่น ผู้ที่ล่วงละเมิดจะต้องรับผิดชอบชดใช้ในทางแพ่ง จะเห็นได้ว่าการคุ้มครองนั้นไม่ได้คุ้มครองเฉพาะการกระทำที่กระทำโดยเจตนาเท่านั้น แต่ยังคุ้มครองไปถึงการกระทำที่ประมาทด้วย

⁷⁵ จาก “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา,” โดย คณิต ณ นคร, 2523, อัยการ, 1(3), น.57-60.

⁷⁶ จาก *กฎหมายอาญากฎทั่วไป* (น.149), โดยคณิต ณ นคร, 2554 (พิมพ์ครั้งที่ 4), กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁷⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นกระทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น.

คุณธรรมทางกฎหมายไม่ใช่สิ่งที่จับต้องได้ แต่เป็นคุณค่าในทางความคิดของระเบียบสังคมซึ่งเกี่ยวพันถึงมั่นคง ความอยู่ดีและเกียรติภูมิของความเป็นอยู่ในสังคม วัตถุประสงค์เฉพาะสิ่งที่ถูกกระทำเป็นกรรมของการกระทำ ซึ่งกรรมของการกระทำอาจเป็นไปในรูปแบบต่าง ๆ กัน เช่น เป็นศูนย์รวมของชีวิต (ร่างกายและชีวิตมนุษย์) เป็นคุณค่าในทางเศรษฐกิจ (ทรัพย์สิน) เป็นทรัพย์สิน (สัตว์ที่ถูกล่า) เป็นสภาพที่แท้จริงที่คงอยู่ (การใช้ได้ของวัตถุ) เป็นต้น คุณธรรมทางกฎหมายกับกรรมของการกระทำจึงต่างกัน ทำนองความคิดกับสภาพที่ปรากฏ ผลที่ไม่เป็นธรรมของความผิดอาญาอยู่ที่การรบกวนกรรมของการกระทำประการหนึ่ง กับการทำร้ายคุณธรรมทางกฎหมายอีกประการหนึ่ง⁷⁸

คุณธรรมทางกฎหมายกับกรรมของการกระทำเป็นคนละอย่างและแตกต่างกัน ในขณะที่คุณธรรมทางกฎหมายเป็นคุณค่าในทางอุดมคติที่อยู่เบื้องหลังของความผิดฐานต่าง ๆ แต่กรรมของการกระทำเป็นวัตถุที่ถูกกระทบจากการกระทำที่ละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมายแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individualrechtsgut) เช่น ชีวิต ร่างกาย และกรรมสิทธิ์ และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut) เช่น ความปลอดภัยในการจราจร ความมั่นคงเชื่อถือของระบบแลกเปลี่ยน (เงินตรา) และเอกภาพของดินแดน ในส่วนของคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลนั้น แบ่งย่อยออกได้เป็น คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้ เช่น เกียรติ ความปลอดภัยของร่างกาย แต่การแบ่งแยกตอนนี้เป็นการพยายามแยกแยะให้เห็นเด่นชัดเท่านั้น โดยทั่วไป คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่ผู้เป็นเจ้าของสถานะได้ แต่สำหรับชีวิตมนุษย์แม้จะเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลแต่ก็ไม่อาจสถานะได้⁷⁹

2.4.2 คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แบ่งออกได้เป็น 2 ฐาน คือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 และมาตรา 277 เมื่อพิจารณาจากจุดมุ่งหมายหลักของกฎหมายอาญาในการบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือ การคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศ⁸⁰ ด้วยเหตุผลที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีเสรีภาพในการที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานข่มขืน

⁷⁸ เหตุการณ์ในความคิดฐานผู้อื่น: ศึกษาขอบเขตที่เหมาะสมและการกำหนดเหตุการณ์เพิ่มเติมตาม มาตรา 289 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์), โดย ภูริพัฒน์ น้อยวิเศษ, 2557, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

⁷⁹ จาก กฎหมายอาญาภาคความผิด, โดย คณิศ ฌ นกร, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁸⁰ แหล่งเดิม.

กระทำชำเราจึงเป็นเสรีภาพในการตัดสินใจประกอบกิจในทางกาม ดังนั้นหากผู้ถูกระทำไม่ยินยอม หรือถูกหลอกให้ร่วมประเวณีด้วย ย่อมเป็นการฝ่าฝืนต่อเสรีภาพในการตัดสินใจดังกล่าว ผู้กระทำจึงมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่หากผู้ถูกระทำยินยอมด้วย เสรีภาพในการตัดสินใจประกอบกิจกรรมกามก็ไม่ถูกทำลาย จึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา การบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดอาญาก็เพื่อประสงค์คุ้มครองเสรีภาพของผู้ถูกระทำ แม้ความผิดฐานนี้จะไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับศีลธรรมโดยตรงแต่ก็เป็นความผิดที่มีเรื่องศีลธรรมรวมอยู่ด้วย⁸¹ การล่วงละเมิดทางเพศผู้อื่นสังคมไทยถือว่าเป็นการกระทำที่ขาดศีลธรรม⁸² คนไทยมีขนบธรรมเนียมและค่านิยมในเรื่องการมีเพศสัมพันธ์อย่างเคร่งครัด โดยสังคมไทยจะใช้คำสอนที่ว่า “รักนวลสงวนตัว” ดังนั้น การมีเพศสัมพันธ์ก่อนแต่งงานถือเป็นเรื่องที่ไม่สมควร ผิดประเพณี ผู้หญิงก่อนแต่งงานจะต้องยังไม่สูญเสียความบริสุทธิ์ให้กับชายอื่นนอกจากผู้ที่จะเป็นสามีของตนในอนาคต หากหญิงผู้นั้นสูญเสียความบริสุทธิ์ไปแล้ว ก็จะถูกสังคมมองว่าเป็นผู้หญิงที่ไม่รักนวลสงวนตัว ไม่บริสุทธิ์ มีมลทินติดตัว ผู้หญิงที่ผ่านการร่วมประเวณีมาแล้วไม่ว่าจะโดยสมัครใจหรือไม่ก็ตาม จะทำให้คุณค่ารวมถึงความยอมรับนับถือในสังคมของหญิงนั้นลดลง ประกอบกับในปัจจุบันการทำกิจกรรมทางเพศ และผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเราอาจได้รับบาดเจ็บอย่างรุนแรงและอาจประสบความผิดปกติที่เกิดหลังความเครียดที่สะเทือนใจ นอกเหนือไปจากความเสียหายทางจิตวิทยาอันเกิดจากการกระทำดังกล่าวแล้ว การกระทำชำเราอาจก่อการบาดเจ็บทางกาย หรือมีผลอย่างอื่นต่อผู้เสียหาย เช่น ได้รับการติดเชื้อทางเพศสัมพันธ์หรือตั้งครรภ์ ยิ่งไปกว่านั้น หลังการข่มขืนกระทำชำเรา ผู้เสียหายยังอาจเผชิญความรุนแรงหรือการข่มขู่จากผู้ข่มขืน ดังนั้น จึงเป็นการสมควรที่กฎหมายจะต้องคุ้มครองให้บุคคลทุกคนในสังคมมีเสรีภาพที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนเอง

ปัจจุบันการร่วมประเวณีไม่ได้จำกัดว่าต้องเป็นการกระทำระหว่างชายและหญิง เพื่อเป็นการคุ้มครองเหยื่อที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศ กฎหมายจึงกำหนดให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มิได้จำกัดว่าผู้กระทำหรือผู้ถูกระทำต้องเป็นเพศหรือวัยใด อาจเป็นชายหรือหญิง หญิงแปลงเพศหรือชายแปลงเพศ หรืออาจเป็นสามีภริยากันก็ได้ กฎหมายจึงบัญญัติใช้คำว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น...” อีกทั้ง

⁸¹ แหล่งเดิม.

⁸² “ศีลธรรม” หมายถึงความประพฤติที่ดีที่ชอบทั้งศีล และธรรม ส่วน “ศีลธรรม” ในคำวิเศษณ์หมายถึงเบญจศีล และเบญจธรรม (ศีล 5 และ ธรรม 5) ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ของสังคมระดับต้นสำหรับให้สมาชิกสังคมประพฤติปฏิบัติเพื่อให้เกิดความสงบสุข ไม่หว่านกระแวงภัย.

กิจกรรมทางเพศของคนสามารถกระทำได้หลายรูปแบบ กฎหมายจึงต้องขยายขอบเขตความรับผิดชอบ เพื่อให้ครอบคลุมลักษณะการกระทำชำเรามากยิ่งขึ้น โดยไม่จำกัดเฉพาะการกระทำอวัยวะเพศกับอวัยวะเพศเท่านั้น กฎหมายจึงบัญญัติว่า “ การกระทำชำเรา” หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้อวัยวะอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

และการที่กฎหมายได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กแยกออกไปจากความผิดข่มขืนทั่วไปนั้น ก็เพื่อที่จะคุ้มครองความไร้เดียงสาของเด็ก ไม่ให้ต้องประสบกรรมทางเพศก่อนวัยอันควร เนื่องจากเด็กยังอยู่ในวัยเจริญเติบโตทั้งทางร่างกายและพัฒนาการทางด้านต่าง ๆ เช่น จิตใจ สติปัญญา และอารมณ์ ซึ่งการกระทำชำเราเด็กก่อนวัยและเวลาอันสมควรอาจขัดขวางพัฒนาการทางด้านต่าง ๆ ของเด็ก⁸³ อีกทั้งสรีระร่างกายเด็กที่ยังมีพัฒนาการทางด้านร่างกายไม่เต็มที่ การกระทำชำเราเด็กจะส่งผลให้เกิดการบาดเจ็บที่รุนแรง ในบางรายอาจได้รับอันตรายสาหัส หรือถึงขั้นเสียชีวิต และหากเด็กเกิดการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ขึ้นจะทำให้เด็กเสียโอกาสทางการศึกษาและอาจเกิดภาวะในการเลี้ยงดูบุตร เนื่องจากเด็กยังไม่สามารถที่จะเลี้ยงดูตัวเองได้ยังต้องอยู่ในความดูแลและการอุปการะเลี้ยงดูของบิดามารดา การที่กฎหมายบัญญัติให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักกว่าปกติก็เพื่อลงโทษผู้กระทำผิดที่อาศัยความไร้เดียงสา หรือเหยื่อที่มีความอ่อนแอทางชีวภาพ เพื่อตอบสนองอารมณ์ทางเพศของตน ทำให้สามารถล่อลวง และกระทำการข่มขืนกระทำชำเราได้ง่ายกว่าผู้ใหญ่ โดยเฉพาะในเด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี กฎหมายไม่ต้องการความยินยอมของเด็กมาเป็นองค์ประกอบของความรับผิด ดังนั้นหากเด็กมีอายุไม่เกิน 15 ปีแล้วไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ยินยอมผู้กระทำก็มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอยู่ดี อีกทั้งในปัจจุบันกฎหมายได้มีการบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในมาตรา 285/1⁸⁴ ห้ามผู้กระทำอ้างความไม่รู้เรื่องอายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความรับผิด

การข่มขืนกระทำชำเรา เป็นการทำให้ร้ายร่างกายทางเพศ ซึ่งการกระทำดังกล่าวอาจจะมี การใช้กำลังทางกาย การบีบบังคับร่วมด้วย ผู้กระทำอาจใช้การขู่เข็ญ และทำให้ร้ายร่างกายผู้เสียหาย เพื่อให้สามารถกระทำชำเราได้สำเร็จ การมีอาวุธ หรือการใช้อาวุธจึงถือเป็นเครื่องอำนวยความสะดวกในการกระทำความผิด และเป็นการเสี่ยงว่าหากผู้เสียหายไม่ยินยอม ผู้กระทำผิดอาจจะ

⁸³ ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต), โดย สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล, 2552, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁸⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285/1 “การกระทำความผิดตามมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรคสาม และมาตรา 283 ทวิ วรรคสอง หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น”.

ใช้อาวุธทำร้ายร่างกาย และก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกาย หรือชีวิตได้ กฎหมายจึงต้องบัญญัติให้การใช้อาวุธปืนร่วมในการกระทำของเราเป็นเหตุยกเว้นทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น เพื่อคุ้มครองชีวิตและร่างกายของผู้เสียหาย

2.5 วิวัฒนาการความผิดเกี่ยวกับพศฐานข่มขืนกระทำชำเรา

เมื่อปี พ.ศ. 2347 รัชกาลที่ 1 ทรงมีพระบรมราชโองการโปรดให้มีการชำระและรวบรวมกฎหมายเก่าตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาที่ถูกลบหายไปหลายเสียใหม่ เนื่องจากทรงเห็นว่ามีการตัดสินคดีด้วยความวิปลาศ คลาดเคลื่อนจากความยุติธรรม เมื่อมีการตรวจความถูกต้องและป้องกันการปลอมแปลง และเรียกกฎหมายฉบับดังกล่าวว่า "กฎหมายตราสามดวง"

ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 เมื่อมีการเปิดประเทศค้าขายกับต่างชาติมากขึ้น จำเป็นต้องมีการปรับปรุงกฎหมายให้มีความทันสมัยทัดเทียมกับอารยประเทศ แต่การจัดทำประมวลกฎหมายให้เป็นแบบสมัยใหม่เป็นเรื่องที่ต้องใช้เวลานาน จึงทรงโปรดให้มีการประกาศใช้กฎหมายเป็นการเฉพาะเรื่องขึ้นก่อน เพื่อแก้ไขปัญหาความบกพร่องของกฎหมายบางลักษณะ กฎหมายที่ทรงประกาศใช้เป็นการเฉพาะฉบับหนึ่งคือ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ซึ่งบังคับแทนกฎหมายฉบับเดิมที่มีข้อบกพร่องอยู่หลายประการ ประกอบกับพระองค์ทรงเห็นความสำคัญด้านกฎหมายและเพื่อให้ระบบศาลไทยเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ทรงโปรดให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายต่าง ๆ ให้มีความสมบูรณ์และเป็นไปในเชิงนิติศาสตร์มากขึ้น จึงมีการจัดทำประมวลกฎหมายและประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของประเทศ ทั้งนี้เนื่องมาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร เป็นกฎหมายที่มีการรวบรวมไว้เป็นหมวดหมู่ชัดเจน จึงเหมาะสมกับประเทศที่อยู่ในระหว่างการพัฒนาอย่างประเทศไทย ที่จำเป็นต้องอาศัยความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย และเพื่อให้เป็นที่ยอมรับของประเทศยุโรปซึ่งใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกัน

กฎหมายลายลักษณ์อักษร ร.ศ. 127 ใช้บังคับเรื่อยมาจนกระทั่งถึงสมัยรัชกาลที่ 9 จึงได้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายครั้งใหญ่ขึ้นอีกครั้ง โดยเรียกประมวลกฎหมายที่มีการแก้ไขขึ้นใหม่ว่าประมวลกฎหมายอาญาใช้บังคับแทนกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ที่ใช้บังคับมานานและไม่ทันยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป

เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายในแต่ละยุคแต่ละสมัย ความผิดเกี่ยวกับพศฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารได้มีการเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย โดยรายละเอียดของความผิดเกี่ยวกับพศฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารในแต่ละยุคแต่ละสมัยมีดังต่อไปนี้

2.5.1 ตามกฎหมายตราสามดวง : พระอัยการลักขณะผัวเมีย

ความคิดเกี่ยวกับเพศกบฏบัญญัติไว้ในพระอัยการลักขณะผัวเมีย ซึ่งบทบัญญัติลักษณะหนึ่งในกฎหมายตราสามดวง ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในครอบครัว ได้แก่ สามี ภริยา บุตร บิดามารดา โดยรวมบทบัญญัติทั้งในทางแพ่งและทางอาญา เช่นการสมรส การเป็นคู่ (ใช้เฉพาะหญิงผู้เป็นภริยามีคู่) การข่มขืนกระทำชำเราหญิงและเด็กหญิง ทรัพย์สินระหว่างสามี ภริยา การชดใช้ค่าเสียหาย และการลงโทษในกรณีละเมิดข้อห้ามต่าง ๆ ทางกฎหมาย⁸⁵ เหตุที่กฎหมายนำบทบัญญัติในความคิดเกี่ยวกับเพศมารวมไว้ในหมวดพระอัยการลักขณะผัวเมีย ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา เพราะเห็นว่าการล่วงละเมิดอำนาจปกครองหรือเกียรติยศของสามี

ความคิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระอัยการลักขณะผัวเมีย บัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 1 “ชายใดข่มขืนภริยาท่านถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณมผิดเมียทวีคูณ ถ้าข่มขืนมิได้ถึงชำเราให้ไหมโดยปรณผิดเมีย”

มาตรา 76 “ชายใดมีเมียแล้ว ข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ไหมชายนั้น กิ่งประณมผิดเมีย ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ไหมกิ่งถึงชำเรา”

มาตรา 77 “ชายหาเมียมิได้ ข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ไหมชายนั้น กิ่งเบี่ยชายมีเมียแล้ว ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ไหมกิ่งถึงชำเรา”

มาตรา 78 “ชายใดข่มขืนหญิงเดกไม่รู้เดียงษา มิถึงชำเราให้ไหมเถ่าเบี่ยประณมผิดเมีย ถ้าข่มขืนถึงชำเราโลหิดไหลด ให้ไหมเท่าเบี่ยประณมผิดเมียทวีคูณ ถ้าตบตีหญิงทำให้บาดเจ็บด้วย ท่านให้ไหมชายนั้น โดยบาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง”

จะเห็นได้ว่าผู้กระทำผิดที่สามารถลงโทษฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้น จะเป็นเฉพาะผู้ชายเท่านั้น เพราะกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนว่า “ชายใดข่มขืน” “ชายใดมีเมียแล้ว” และ “ชายใดหาเมียมิได้” ส่วนความแตกต่างของบทลงโทษจะหนักหรือเบาพิจารณาจากความแตกต่างของผู้เสียหาย ผู้ถูกข่มขืน มีสถานะเป็นเช่นใด ผู้เสียหายจากความผิดฐานนี้สามารถแบ่งออกเป็นสามประเภทด้วยกัน คือ 1. มีสถานะเป็นภรรยาผู้อื่น 2. มีสถานะเป็นลูกหรือหลานสาวผู้อื่น 3. มีสถานะเป็นหญิงหม้าย

โดยโทษฐานข่มขืนกระทำชำเราลูกสาว หรือหลานสาวคนอื่น คือครั้งหนึ่งของการข่มขืนกระทำชำเราภรรยาผู้อื่น และโทษฐานกระทำชำเราหญิงหม้าย คือ 4 ใน 5 ส่วนของโทษฐานของการข่มขืนภรรยาผู้อื่น ถ้าผู้เสียหายเป็นเด็กหญิงยังไรเดียงสา โทษของการกระทำผิดคือ

⁸⁵ จาก “บทบัญญัติต่าง ๆ ในกฎหมายตราสามดวง,” โดย กฤษณา บุญยสมิต, 2547, สารานุกรมสำหรับเยาวชน 99, (30), หน้า 114.

โทษเดียวกันกับโทษฐานข่มขืนภรรยาผู้อื่น และหากข่มขืนโดยใช้กำลังขบตี ทำให้เด็กหญิงได้รับบาดเจ็บจะต้องชดใช้ค่าเสียหายทางแพ่งอีกกระทงหนึ่งด้วย การลงโทษให้เบาลงหากว่าชายผู้กระทำผิดยังไม่แต่งงาน ซึ่งโทษฐานข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายลักษณะอาญาคือ โทษทางแพ่งไม่ใช่โทษทางอาญา เพราะโทษของความผิดฐานนี้ คือ ปรับไหม

2.5.2 ตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118

หลังจากมีการปรับปรุงระบบบริหารราชการแผ่นดินและปฏิรูปการศาลในสมัย รัชกาลที่ 5 แล้ว สิ่งที่จะต้องดำเนินการต่อไปคือการปรับเปลี่ยนกฎหมายให้เข้าสู่รูปแบบของกฎหมายสมัยใหม่ อันถือเป็นความจำเป็นที่จะต้องรีบทำในเวลานั้น เพื่อขอแก้ไขข้อเสียเปรียบในเรื่อง สิทธิสภาพนอกอาณาเขต แต่การที่จะเปลี่ยนแปลงกฎหมายทั้งหมดหรือจัดทำประมวลกฎหมายให้เป็นแบบสมัยใหม่เป็นเรื่องที่ต้องใช้เวลานาน การแก้ปัญหานั้นในระยะแรกจึงเป็นการประกาศใช้กฎหมายเป็นเรื่อง ๆ ไป หรือนำหลักกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งส่วนใหญ่ก็คือหลักกฎหมายอังกฤษมาใช้ในการพิพากษาคดี⁸⁶

พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 เป็นกฎหมายฉบับที่ประกาศใช้ในช่วงเวลาที่ประเทศไทยมีการติดต่อกับต่างชาติต่างประเทศมากขึ้น เนื่องจากกฎหมายที่เกี่ยวกับการข่มขืนล่วงประเวณีเดิมยังมีข้อบกพร่องหลายประการอันอาจเป็นเหตุให้เกิดความสงสัยในการพิจารณาพิพากษาคดีที่กล่าวหากันว่าข่มขืนกระทำชำเรา จึงสมควรมีการแก้ไขกฎหมายการประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ส่งผลให้บทบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ปรากฏในพระราชบัญญัติลักษณะผิดเมียทุกมาตราถูกยกเลิกไป และกำหนดโทษผู้ข่มขืนกระทำชำเราหญิงอันมิใช่ภริยาตน และผู้กระทำชำเราผิดธรรมดาโลกย์ นับได้ว่าพระราชกำหนดฉบับนี้ ได้นำเอาหลักความรับผิดชอบ Sodomy⁸⁷ ของฝรั่งมาบัญญัติเป็นกฎหมายว่าด้วยการทำชำเราผิดธรรมดาเป็นครั้งแรก⁸⁸ แต่ในขณะนั้นมิได้มีการแก้ไขกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำอนาจาร ความผิดทางเพศที่เกี่ยวกับการกระทำอนาจารจึงยังคงใช้บังคับตามลักษณะผิดเมีย

ความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามที่ปรากฏในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 มีดังนี้

มาตรา 3 “ชายใดชำเราด้วยหญิง ในเหตุ 4 ประการ ดังที่จะกล่าวต่อไปข้างล่างนี้ ท่านว่าชายผู้นั้นข่มขืนทำชำเราหญิง คือ

⁸⁶ จาก *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (The Thai Legal History)*, (น.196), โดย แสง บุญเฉลิมวิภาส, 2523, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁸⁷ Sodomy หมายถึง การเล่นสวาทระหว่างผู้ชายกับผู้ชาย.

⁸⁸ จาก “ตำนานรักร่วมเพศ,” โดย กิตติศักดิ์ ปรกติ, 2556, *นิติศาสตร์* 2(13) , น.93.

ข้อ 1 ขื่นใจหญิง

ข้อ 2 หญิงมิยินยอม

ข้อ 3 หญิงยินยอมด้วยชายขู่จะทำร้ายแก่ร่างกายแลชีวิตหญิง หญิงมีความกลัวจึงยอม

ข้อ 4 หญิงยินยอมก็ดี ถ้าไม่ยินยอมก็ดี แต่หญิงนั้นยังมีอายุต่ำกว่า 12 ปี ลงมา”

มาตรา 4 “ชายใดข่มขืนชำเราหญิง ดังเช่นว่าไว้ในมาตรา 3 พิจารณาเป็นสัจให้ลงโทษจำคุกไว้ตั้งแต่ 10 ปี ลงมา กับให้ทำการหนักมากก็ได้ ถ้ามิให้ทำการหนักด้วยก็ได้ แล้วจะปรับเป็นเงินทำขวัญให้แก่หญิงตั้งแต่ 1,000 บาทลงด้วยก็ได้ อนึ่งผู้ใดได้รับโทษฐานข่มขืนชำเราครั้งหนึ่งแล้ว ภายหลังยังกลับข่มขืนกระทำผิด ลงอีกเป็นครั้งที่ 2 ที่ 3 ต่อไปจะลงโทษเข็ญตั้งแต่ 60 ที่ลงมาเพิ่มเข้ากับโทษจำคุก และปรับด้วยอีกก็ได้”

การกระทำชำเราตามกฎหมายนี้จึงหมายถึงการที่ผู้ชายกระทำชำเราผู้หญิง โดยผู้หญิงขัดขืน หรือ ไม่ได้ยินยอมให้ผู้ชายกระทำชำเราด้วย หรือผู้หญิงไม่ได้เต็มใจจะให้ผู้ชายกระทำชำเรา แต่ผู้ชายได้ขู่ว่าจะทำร้ายร่างกายหรือชีวิต ทำให้ผู้หญิงเกิดความกลัวจึงยอมให้ผู้ชายกระทำชำเรา ความแตกต่างระหว่าง ขื่นใจหญิงและหญิงไม่ยินยอมนั้น กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์อธิบายว่า ข้อที่ 1 (ขื่นใจหญิง) กับ ข้อที่ 2 (ฝืนไม่ยินยอม) แตกต่างกันคือ ข้อที่ 1 ต้องใช้กำลังที่หนัก ถ้าทำอะไรไม่พ้น ข้อ 2 มัดชายปลอมตัวเป็นผิว หญิงไม่รู้สีก ถ้าโดยให้ยาเพื่อเมากินไม่มีสติ และ ข้อ 4 ผู้ถูกกระทำชำเราเป็นเด็กหญิงที่มีอายุต่ำกว่า 12 ปี แม้เด็กหญิงนั้นยินยอม ชายก็ผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอยู่ดี

ในมาตรา 4 นอกจากกำหนดโทษจำคุก และโทษปรับฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้แล้ว ยังมีการกำหนดให้เพิ่มโทษหากเป็นกรณีที่มีการข่มขืนกระทำชำเราอีกเป็นครั้งที่ 2 หรือต่อ ๆ ไป โดยจะเพิ่มโทษเข็ญอีกด้วย

มาตรา 5 “ผู้ใดทำชำเราทางเวจมรรคก็ดี ถ้าทำชำเราด้วยสัตว์เดรฉานผิดธรรมดาโลกย์ก็ดี พิจารณาเป็นสัจให้ลงโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีลงมา กับให้ทำการหนักด้วยก็ได้ ถ้ามิได้ทำการหนักด้วยก็ได้”

การชำเราผิดธรรมดาตามมาตรานี้แยกได้เป็น 2 คือการชำเราทางเวจมรรค หมายถึง การร่วมประเวณีทางทวารหนัก กับการชำเราด้วยสัตว์เดรฉาน ซึ่งเป็นการชำเราด้วยสัตว์ทางเวจมรรคหรือทวารหนัก หรือการร่วมเพศกับสัตว์เป็นความผิด เนื่องจากสังคมสมัยนั้นเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมอันควรลงโทษผู้กระทำ ซึ่งโทษที่ผู้กระทำจะได้รับ ในความผิดฐานชำเราผิดธรรมดาเท่ากับ โทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงโดยเห็นว่าการชำเราทางเวจมรรคหรือการชำเราด้วยสัตว์ เป็นการกระทำที่มีความผิดที่มีความร้ายแรงเทียบเท่ากับ

การข่มขืนกระทำชำเราหญิง นอกจากนี้ยังมีการกำหนดโทษผู้ที่พยายามข่มขืนกระทำชำเราหรือ
 ชำเราผิดธรรมดา และผู้ที่สนับสนุนผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือชำเราผิดธรรมดา
 ด้วย

พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ใช้บังคับมาจนกระทั่งถึง ร.ศ. 127
 จึงถูกยกเลิกไป

2.5.3 ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

เมื่อประเทศไทยตกลงทำสนธิสัญญาเบาริงกับประเทศอังกฤษใน พ.ศ. 2398 และ
 กับประเทศอื่น ๆ ในลักษณะเดียวกันอีกหลายประเทศ ก่อให้เกิดปัญหาเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณา
 เขตของคนในบังคับชาติต่าง ๆ โดยกฎหมายไทยไม่สามารถใช้บังคับกับคนเหล่านั้นได้ รัชกาลที่ 5
 จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้มีการปฏิรูประบบบริหารราชการแผ่นดิน โดยทรงเห็นความ
 จำเป็นที่จะต้องปรับปรุงระบบกฎหมายกฎหมายไทย ให้มีความเหมาะสมและทันสมัยมากขึ้น
 อันนำไปสู่การขอยกเลิกสภาพนอกอาณาเขต⁸⁹ จึงทรงตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อตรวจชำระและ
 ร่างกฎหมาย โดยมีนายออร์ซ ปาดู (Georg Padoux) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส เป็นที่ปรึกษาและ
 ประธานในการร่างกฎหมายประมวลกฎหมายฉบับนี้เรียกว่า “กฎหมายอาญา ร.ศ. 127” กฎหมาย
 ฉบับนี้ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในภาค 2 ว่าด้วยลักษณะความผิด ตั้งแต่มาตรา 240 – 246
 ซึ่งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้แก่ ความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ความผิดฐานข่มขืน
 กระทำชำเรา

1. ความผิดฐานชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์

มาตรา 242 “ผู้ใดทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดี หรือทำชำเราด้วยสัตว์
 เดียวกันก็ดี ท่านว่ามีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี และให้
 ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

ความผิดธรรมดาตามนุษย์เป็นบทบัญญัติที่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็น
 ความผิด เพราะถือว่าการชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์เป็นการล่วงความเจริญของบ้านเมืองในทางอ้อม
 นอกจากเป็นการลามกแล้วยังทำให้เสียพืชพันธุ์ไปโดยไร้ประโยชน์ เพราะถ้ากระทำตามธรรมดา
 มนุษย์แล้ว การขยายเผ่าพันธุ์มนุษย์เพิ่มมากขึ้น เมื่อผู้คนพลเมืองมากขึ้นก็จะทำให้บ้านเมืองเจริญ
 ขึ้นตามส่วน เพราะฉะนั้นจึงมีการบัญญัติลงโทษผู้ที่ชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ เช่นเดียวกับพระราช
 กำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ซึ่งบัญญัติห้ามมิให้มีการชำเราผิดธรรมดา แต่มีการ

⁸⁹ “บทบัญญัติต่าง ๆ ในกฎหมายตราสามดวง” (น.124). เล่มเดิม.

กำหนดโทษมากกว่ากฎหมายลักษณะอาญาฉบับนี้⁹⁰

การกระทำความผิดฐานนี้จะเป็นความผิดสำเร็จ เมื่ออวัยวะสืบพันธุ์เข้าไปในร่างกายของคนหรือสัตว์ ไม่ว่าน้ำอสุจิจะเคลื่อนหรือความใคร่บำบัดแล้วหรือไม่ ผู้ที่กระทำชำเราโดยผิดธรรมชาติมนุษย์ จะมีความผิดตามมาตรานี้ด้วยกันทั้งผู้กระทำและผู้ที่ยินยอมให้กระทำ เพราะต้องร่วมกันจึงจะกระทำได้ แม้จะเป็นการกระทำระหว่างผิวเมื่อก็คือเป็นความผิด ถ้ายินยอมด้วยกันทั้งสองฝ่าย เว้นแต่ฝ่ายใดถูกบังคับจายอมให้อีกฝ่ายกระทำ เช่นนี้สามารถนำมาเป็นข้อแก้ตัวได้ ส่วนการชำเรากับสัตว์ไม่ได้เกิดขึ้นบ่อย ประกอบกับในการบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศมุ่งหมายที่จะคุ้มครองบุคคล สังคม และป้องกันหรือปราบปรามอาชญากรรมเป็นสำคัญมากกว่าการที่จะเอาผิดกับผู้ที่มีทัศนคติผิดไปจากปกติ อย่างไรก็ตามการชำเราด้วยสัตว์มักจะเป็นเครื่องหมายแสดงว่าผู้นั้นมีอาการวิกลจริตอยู่บ้าง⁹¹

โดยที่ความผิดฐานนี้เป็นของใหม่สำหรับวัฒนธรรมไทย นักกฎหมายในสมัยนั้นบางท่านจึงพยายามอธิบายถึงมูลแห่งความผิดฐานนี้ว่าเหตุที่ผู้กระทำต้องรับผิดเพราะการกระทำดังกล่าวเป็นการถ่วงความเจริญของบ้านเมืองหรือทำให้เสียชื่อเสียงไปโดยไร้ประโยชน์ ซึ่งก็คงจะไม่เป็นที่เข้าใจหรือยอมรับกันได้อย่างเต็มที่ ดังนั้นต่อมาภายหลังเมื่อมีการตรวจชำระประมวลกฎหมายลักษณะอาญาและจัดทำประมวลอาญาฉบับใหม่ซึ่งได้ประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2499 คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายจึงมีมติให้ยกเลิกความผิดฐานนี้เสีย เพราะไม่เกิดเป็นคดีขึ้นและเห็นว่าจะเป็นการเสื่อมเสียเกียรติยศของประเทศชาติ⁹²

2. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 243 บัญญัติว่า“ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกายหรือวาจา ขู่ข่มขู่กระทำชำเราขึ้นใจหญิง ซึ่งมีใช้ภรรยาของตนเอง ท่านว่าผู้นั้นข่มขืนทำชำเราต้องระวางโทษ จำคุกตั้งแต่ปีหนึ่งจนถึงสิบปีและให้ปรับตั้งแต่ ห้าสิบบาทขึ้นไป จนถึงห้าร้อยบาทอีกโสดหนึ่ง

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงชำเราขึ้นใจหญิง ซึ่งมีใช้ภรรยาของตนเอง ท่านว่ามันข่มขืนชำเรามีความผิด ต้องระวางโทษคุกกันกับที่ว่ามานั้น

ถ้าแลในการกระทำผิด เช่นว่าในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเรานั้น มีบาดเจ็บถึงสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึง

⁹⁰ การกระทำผิดทางเพศ: ศึกษาเฉพาะกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจวรรคและทางปาก ” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) โดย อรประภา สาครวาสี, 2539, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁹¹ ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร. เล่มเดิม.

⁹² “ตำนานรักร่วมเพศ” (น.93-94). เล่มเดิม.

สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้ข่มขืนนั้น ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สิบสองปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับ ตั้งแต่หนึ่งร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง”

การกระทำชำเราตามมาตรานี้ จะเป็นการผิดสำเร็จก็ต่อเมื่อของลับของชายเข้าไปในของลับของหญิง โดยหญิงซึ่งไม่ใช่ภริยาไม่ยินยอม อาจเป็นการใช้กำลังทำร้ายร่างกาย หรือขู่เข็ญบีบบังคับ หรือใช้อุบายหลอกล่อให้มีเพศสัมพันธ์ด้วย ซึ่งผู้ที่ใช้กำลังทำร้ายกับผู้กระทำชำเราอาจเป็นคนละคนกันก็ได้

กฎหมายฉบับนี้ ได้บัญญัติผลของการที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น หากเป็นกรณีที่ทำชำเราเป็นเหตุให้ผู้ถูกทำชำเราได้รับบาดเจ็บสาหัส หรือถึงแก่ความตาย และได้มีการกำหนดในความคิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กไว้ในมาตรา 244 ไว้ดังนี้

มาตรา 244 บัญญัติว่า “ผู้กระทำชำเราแก่หญิงอายุต่ำกว่าสิบสองปี ถึงหญิงนั้นยินยอมก็ตาม หรือมิได้ยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทจนถึงห้าร้อยบาทอีกโสดหนึ่ง

ถ้าแลการกระทำผิด เช่นว่าในมาตรานี้ เด็กหญิงที่ถูกชำเรานั้น มีบาดเจ็บสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำนั้นต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สามปีขึ้นไปจนถึงสิบห้าปี

แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทอีกโสดหนึ่งถ้าแลเด็ก หญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาทด้วย อีกโสดหนึ่ง”

จะเห็นได้ว่าหากหญิงผู้ถูกทำชำเราเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 12 ปี แม้เด็กนั้นจะยินยอม ผู้ทำชำเราก็มีความผิดตามมาตรานี้ ทั้งนี้กฎหมายฉบับนี้ยังได้บัญญัติเพิ่มโทษให้กับผู้ที่มีความสัมพันธ์พิเศษกับผู้ถูกชำเรา ไว้ในมาตรา 247

มาตรา 247 บัญญัติว่า “ความผิดอย่างใดใด ที่ว่ามาในมาตรา 243, 244, 245 และ 246 นั้น ถ้าผู้กระทำเป็นบิดามารดา หรือปู่ย่าตายายก็ดี ครูบาอาจารย์ที่รับเลี้ยงผู้กระทำร้ายก็ดี เจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ปกครอง รักษาผู้ถูกทำร้ายก็ดี ท่านว่าระวางโทษของมันผู้กระทำผิดมากกว่าที่บัญญัติไว้ใน 4 มาตราที่ว่านั้นหนึ่งในสามส่วน”

กฎหมายได้เพิ่มโทษให้ผู้ทำชำเรา 1 ใน 3 หากเป็นกรณีที่บิดามารดา กระทำชำเราบุตรก็ดี ปู่ย่าตายายกระทำชำเราหลานก็ดี ครูอาจารย์กระทำชำเราลูกศิษย์ก็ดี หรือเจ้าพนักงานกระทำชำเราผู้ใต้บังคับบัญชาที่ดี เพราะเหตุว่าผู้กระทำชำเราใช้โอกาสที่ตนเป็นผู้มีอำนาจปกครองกระทำต่อผู้อยู่ในความดูแลหรือได้อำนาจปกครอง กฎหมายจึงบัญญัติให้รับโทษเพิ่มขึ้น

มาตรา 248 บัญญัติว่า“การฟ้องเอาโทษผู้กระทำผิดกฎหมายหมิ่นดั้น ถ้าคดีเป็นข้อหาว่าใช้อำนาจด้วยกำลัง หรือขู่เข็ญทำชำเราขึ้นใจหญิง ดังว่าไว้ในตอนต้น แห่งมาตรา 243 ก็ดี หรือคดีมีข้อหาว่าใช้อุบาย หลอกลวงทำชำเราขึ้นใจหญิง ดังว่าไว้ในตอนสองแห่งมาตรา 243 นั้น ก็ดี ท่านว่าให้พิจารณาเหตุที่เกิดเหตุก่อน ถ้าเหตุมิได้ก่อต่อหน้าธารกำนัลให้ถือว่าต่อผู้ที่ถูกทำร้ายมาร้องทุกข์ จึงให้พนักงานเอาคดีนั้นขึ้นไปตามกระบิลเมือง”

กฎหมายได้กำหนดว่าความผิดฐานข่มขืนทำชำเราจะยอมความได้ หรือไม่นั้น ให้ดูว่าถ้าความผิดฐานข่มขืนทำชำเราไม่ได้เกิดขึ้นต่อหน้าธารกำนัล ให้เป็นความผิดที่สามารถยอมความได้

2.5.4 ตามประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญา เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดอาญาและโทษ เป็นประมวลกฎหมายอาญาฉบับที่สองของไทยคือพระราชบัญญัติให้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ต่อจากกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรก โดยได้บัญญัติให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอยู่ในภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 หมวดความผิดเกี่ยวกับเพศ หลังจากนั้นก็ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดเกี่ยวกับเพศหลายครั้ง ดังนี้

2.5.4.1 ประมวลกฎหมายอาญาก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

1) ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499

ประมวลกฎหมายอาญาฉบับนี้ได้ถูกประกาศในราชกิจจานุเบกษาในวันที่ 15 พฤศจิกายน พ.ศ. 2499 และมีผลใช้บังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 โดยมีการบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ดังนี้

มาตรา 276 “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิง ซึ่งมีใช้ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือ โดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท”

มาตรา 277 “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบสองปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นสี่พันบาท”

การข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ประมวลกฎหมายอาญาฉบับนี้ ไม่ได้ให้คำนิยามคำว่า “การกระทำชำเรา” เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลก็จะสรุปได้ว่า “การข่มขืนกระทำชำเรา” คือ การนำของลับ หรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชาย ล้วงเข้าไปในช่องสังวาส หรือ

อวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง⁹³ โดยหญิงไม่ยินยอม หรือยินยอมโดยสำคัญผิดในตัวของผู้กระทำ การกระทำเป็นความผิดสำเร็จทันทีแม้ผ่านเข้าไปเพียงเล็กน้อย ไม่ได้ผ่านเข้าไปทั้งหมดก็ตาม แม้ชายยังไม่สำเร็จความใคร่โดยน้ำอสุจียังไม่เคลื่อน เพราะของลับฝ่ายชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงแล้ว⁹⁴ แต่หากของลับของฝ่ายชายเพียงแต่ถูกลอยอยู่ที่ปากช่องคลอด ด้านนอก ยังไม่เข้าภายใน ศาลวินิจฉัยว่าเป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา⁹⁵ หรือแม่เจตนาให้ของลับล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด แต่เข้าไปไม่ได้จึงเข้าไปเพียงปากช่องคลอด แม้น้ำอสุจิกเคลื่อนแล้วเมื่อพรหมจารีขาดแล้วก็เป็นเพียงความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น⁹⁶

การจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้นั้น “ผู้ลงมือ” กระทำความผิดต้องเป็นผู้ชายเท่านั้น แต่ผู้ร่วมกระทำความผิดด้วยกันอาจเป็นชายด้วยกัน หรือเป็นหญิงก็ได้ เช่น ชายลงมือข่มขืนกระทำชำเราหญิง หญิงอีกคนช่วยจับแขนจับขาผู้ถูกกระทำเพื่อให้ชายลงมือได้สะดวก หญิงผู้ช่วยเหลือนั้นก็เป็นตัวการ ตามมาตรา 83 ในการกระทำความผิดของชายซึ่งเป็นผู้ลงมือ⁹⁷ ส่วน “ผู้ถูกกระทำ” ต้องเป็นผู้หญิงเท่านั้น และยังต้องมีชีวิตอยู่ ทั้งหญิงนั้นต้องไม่ใช่ภริยาของชายผู้กระทำ ดังนั้นหากสามีใช้กำลังบังคับร่วมประเวณีกับภริยา สามีจึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และการกระทำการข่มขืนกระทำชำเราจะต้องมีการขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ เช่นการกระทำให้หญิงกลัวว่าจะเป็นอันตราย ต่อชีวิต ร่างกาย ชื่อเสียง ทรัพย์สิน ของหญิงนั่นเอง รวมถึงของผู้อื่นด้วย เช่นชายบังคับให้หญิงร่วมประเวณีด้วย โดยหากหญิงนั้นขัดขืน ชายก็จะไปฆ่าบิดาของหญิงนั้น⁹⁸ หรือใช้กำลังประทุษร้าย เช่น ใช้กำลังจับขาจับแขน หรือโดยหญิงนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เช่น หมดสติ หรือ หญิงทำงานเป็นลูกจ้างอยู่ในบ้านของชายและถูกชายข่มขู่ว่าหากไม่ยินยอมให้ชายกระทำชำเราจะส่งตัวหญิงให้ตำรวจดำเนินคดีในข้อหาหลบหนีเข้าเมือง หญิงอยู่ในภาวะเสียเปรียบไม่อาจต่อขัดขืนชายซึ่งเป็นนายจ้างของตนได้ถือไม่ได้ว่าหญิงนั้นหญิงยอม⁹⁹ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น เช่น ทำให้หญิงซึ่งนอนหลับเข้าใจว่าตนเป็นสามีของหญิง หากหญิงยอมให้ชายร่วมประเวณี โดยสมัครใจ การกระทำของชายก็ไม่ใช่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

⁹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518.

⁹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1646/2532.

⁹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874/2491.

⁹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1706/2498.

⁹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 250/2510.

⁹⁸ คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1 (น. 739), โดย จิตติ ดิงศักดิ์, 2548, กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์.

⁹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7721/2549.

และหากเป็นการข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงซึ่งมีอายุไม่เกิน 13 ปี แม้เด็กจะยินยอมก็เป็นความผิดตามมาตรา 277 ซึ่งกฎหมายบัญญัติแยกออกมาจากมาตรา 276 โดยให้มีอัตราโทษที่สูงกว่าเพื่อคุ้มครองความไร้เดียงสาของเด็ก และเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดซึ่งอาศัยความไร้เดียงสาของเด็กในการบำบัดความต้องการทางเพศของตนเอง

ถ้าการข่มขืนกระทำชำเราหญิงตามมาตรา 276 และข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงตามมาตรา 277 เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำได้รับเจ็บสาหัส หรือถึงแก่ความตายก็จะต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 280¹⁰⁰ หรือหากเป็นการข่มขืนกระทำชำเราแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครองในความพิทักษ์หรือในความอนุบาลผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม ตามมาตรา 285¹⁰¹

กฎหมายกำหนดว่าการข่มขืนกระทำชำเราหญิงตามมาตรา 276 ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย มิได้เกิดขึ้น โดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิง หรือมิได้เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครองในความพิทักษ์หรือในความอนุบาลให้เป็นความผิดอันยอมความได้¹⁰² แต่ถ้าเป็นการข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงตามมาตรา 277 จะยอมความไม่ได้

¹⁰⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 280 “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 278 หรือมาตรา 279 เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำ

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสามหมื่นบาท

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบสองปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท”.

¹⁰¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครองในความพิทักษ์หรือในความอนุบาลผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม.

¹⁰² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 281 การกระทำความผิดตามมาตรา 276 หรือมาตรา 278 นั้น ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย มิได้เกิดขึ้น โดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิง หรือมิได้เป็นการกระทำแก่บุคคลดังระบุไว้ในมาตรา 285 เป็นความผิดอันยอมความได้.

2) ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 พ.ศ. 2514

ต่อมาได้มีการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 276 มาตรา 277 โดยประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 พ.ศ. 2514 โดยคณะปฏิวัติให้เหตุผลว่าอัตราโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดบางประเภทตามประมวลกฎหมายอาญายังไม่เพียงพอกับสถานการณ์ปัจจุบัน เป็นดังนี้

มาตรา 276 “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งไม่ใช่ภริยาของตน โดยขู่เช็ดด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปีและปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี”

มาตรา 277 “ผู้ใดกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน จะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบสองปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นสี่พันบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงและเด็กหญิงนั้น ไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี”

จะเห็นได้ว่าองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และมาตรา 277 ในวรรคแรกยังคงเดิม แต่มีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อกำหนดเหตุจูงใจให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นไว้ในวรรคสอง ได้แก่

1 กรณีการข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276

1.1 ได้กระทำโดย “มี” หรือ “ใช้” “อาวุธปืน” หรือ “วัตถุระเบิด” แม้ผู้ข่มขืนกระทำชำเราจะไม่มีปืน แต่ผู้ที่ร่วมกระทำมีปืนโดยบังคับไม่ให้คนอื่นช่วยหญิง ผู้ลงมือก็ผิดมาตรา 276 วรรคสอง¹⁰³

1.2 ได้กระทำโดยร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง หมายความว่ามีการร่วมผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป¹⁰⁴

¹⁰³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 891/2521.

¹⁰⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1202/2529.

2. กรณีการข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277

2.1 ได้กระทำโดย “มี” หรือ “ใช้” “อาวุธปืน” หรือ “วัตถุระเบิด”

2.2 ได้กระทำโดยร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ

โทรมเด็กหญิง

และให้แก้ไขเพิ่มเติมบทลงโทษให้นักขึ้นสำหรับกรณีที่ข่มขืนกระทำชำเราหญิงตามมาตรา 276 วรรคแรก หรือข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงตามมาตรา 277 วรรคแรก และเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำบาดเจ็บสาหัส หรือถึงแก่ความตายจากเดิมมาตรา 280 เป็นมาตรา 277 ทวิ¹⁰⁵ และหากเป็นกรณีที่เป็นกรณข่มขืนกระทำชำเราโดยเหตุฉกรรจ์ตามมาตราสองและเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำบาดเจ็บสาหัส หรือถึงแก่ความตายเพื่อให้สอดคล้องกับเหตุฉกรรจ์ที่กำหนดเพิ่มขึ้นจึงกำหนดเพิ่มมาตรา 277 ตรี¹⁰⁶

3) พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525

ต่อมาได้มีการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 276 มาตรา 277 และมาตราอื่น ๆ โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 โดยการแก้ไขเพิ่มเติมในความคิดเกี่ยวกับเพศครั้งนี้ เนื่องจากเห็นว่าในปัจจุบันอาชญากรรมบางประเภทโดยเฉพาะอย่างยิ่งอาชญากรรมที่เป็นความคิดเกี่ยวกับเพศได้ทวีความรุนแรงจึงสมควรเพิ่มอัตราโทษสำหรับผู้กระทำความผิดให้สูงขึ้น เพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด สมควรให้มีการแก้ไขดังนี้

มาตรา 276 “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งไม่ใช่ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

¹⁰⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ทวิ “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคแรก หรือมาตรา 277 วรรคแรก เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำ

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต.

¹⁰⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ตรี “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคสอง หรือมาตรา 277 วรรคสอง เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำ

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต”.

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

มาตรา 277 “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมเด็กหญิงและเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต”

จะเห็นได้ว่ามาตรา 276 และมาตรา 277 ที่แก้ไขเพิ่มเติมนี้ไม่ได้เปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ของความผิด เพียงแต่เพิ่มอัตราโทษจำคุกและโทษปรับให้สูงขึ้น

4) พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530

มีการแก้ไขบทเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 เนื่องจากกำหนดอายุเด็กที่จะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษตามกฎหมาย จากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ การกระทำความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ และการกระทำทารุณต่อเด็กไว้เพียงอายุไม่เกินสิบสามปีเท่านั้น ผู้กระทำผิดตามบทมาตราดังกล่าวจึงสามารถอ้างความยินยอมของเด็กอายุกว่าสิบสามปีขึ้นไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษตามกฎหมายได้ นับเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแสวงประโยชน์ในทางมิชอบจากเด็กอายุระหว่างสิบสามปีถึงสิบห้าปี ซึ่งส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่าง ๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษา อบรม และประสบการณ์ยังไม่เพียงพอ จึงสมควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 8 พ.ศ. 2530 ดังนี้

มาตรา 277 “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกหรือวรรคสองได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมเด็กหญิงและเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคแรก ถ้าเป็นการกระทำที่ชายกระทำกับเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป”

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 ที่แก้ไขเพิ่มเติมนี้มีการบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเด็กมากขึ้น คือ

1. แก้ไขจากการข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 13 ปี แม้เด็กยินยอมก็เป็นความผิด เป็นข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี แม้เด็กยินยอมก็เป็นความผิด (วรรคแรก)
2. กำหนดเพิ่มโทษสำหรับการข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 13 ปี โดยให้โทษสูงสุดถึงจำคุกตลอดชีวิต (วรรคสอง)
3. กำหนดเหตุยกเว้นโทษหากเป็นกรณีที่ชายข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงอายุมากกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กนั้นยินยอม ภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและหญิงนั้นสมรสกัน และต้องไม่ใช่กรณีที่เป็นการข่มขืนเด็กโดยเหตุฉกรรจ์ตามวรรคสาม (วรรคสี่)

มีการแก้ไขอัตราโทษสำหรับกรณีข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และมาตรา 277 และเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำบาดเจ็บสาหัส หรือถึงแก่ความตายในมาตรา 277 ทวิ¹⁰⁷ และมาตรา 277 ตรี ให้มีโทษสูงขึ้น¹⁰⁸

2.5.4.2 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

ต่อมาสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้แก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และมาตรา 277 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 19 พ.ศ. 2550 ได้ยกเลิกความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 มาตรา 277 ที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา

¹⁰⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ทวิ ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคแรก หรือมาตรา 277 วรรคแรกหรือวรรคสอง เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำ

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำได้ระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำได้ระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต.

¹⁰⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ตรีถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคสอง หรือมาตรา 277 วรรคสาม เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำ

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำได้ระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำได้ระวางโทษประหารชีวิต.

ฉบับที่ 5 และฉบับที่ 8 ทำให้ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ให้ความสำคัญคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่บทบัญญัติมาตรา 276 มาตรา 277 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ สมควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศที่เคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข มีสาระสำคัญดังนี้

(1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276

มาตรา 276 “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้นั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้นั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมิหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

สามารถสรุปความแตกต่างระหว่างมาตรา 276 ในกฎหมายเก่าและกฎหมายใหม่ได้ดังนี้

1. กฎหมายเดิม ใช้คำว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งไม่ใช่ภริยาของตน” หมายถึงผู้กระทำจะต้องเป็น “ชาย” และผู้ถูกกระทำจะต้องเป็น “หญิง” เท่านั้นจึงจะเป็นความผิด และหากเป็นการกระทำกับภริยาตัวเองก็ไม่ใช่ความผิด แต่กฎหมายใหม่ใช้คำว่า “ผู้ใด” ข่มขืนกระทำชำเรา “ผู้อื่น” ดังนั้น “ผู้ถูกกระทำ” และผู้กระทำจะเป็นเพศเดียวกัน หรือต่างเพศกัน ก็ได้ และอาจจะเป็นคู่สมรสกันก็ได้ ดังนั้น ชายกระทำต่อหญิง หรือชายกระทำต่อชาย หญิงกระทำต่อชาย หรือหญิง

กระทำต่อหญิง ชายกระทำต่อหญิงซึ่งเป็นภริยาก็ได้ หรือหญิงกระทำต่อชายซึ่งเป็นสามีก็ได้¹⁰⁹

2. “การกระทำชำเรา” ตามมาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่นี้ ได้ขยายความหมายไปจากกฎหมายเดิม ซึ่งแต่เดิมกฎหมายไม่ได้กำหนดคำนิยามคำว่ากระทำชำเราไว้ แต่พิจารณาได้จากคำพิพากษาของศาลได้ว่าการกระทำชำเราหมายถึงการนำอวัยวะเพศชาย “ล้วงล้า” เข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงซึ่งไม่ใช่ภริยาของตน¹¹⁰ แต่ตามกฎหมายใหม่นี้ ใช้คำว่า “ได้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” ดังนั้นการกระทำชำเราอวัยวะเพศไม่จำเป็นต้องมีการล้วงล้า หรือสอดใส่เข้าไปก็ได้ ก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว ซึ่งตามกฎหมายเดิมหากไม่มีการล้วงล้า จะเป็นเพียงความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น และอวัยวะของผู้ถูกกระทำไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศเสมอไป ดังนั้นหากชายนำอวัยวะเพศของตนล้วงล้าเข้าไปในทวารหนักของหญิงก็เป็นการข่มขืนกระทำชำเราแล้ว ซึ่งแต่เดิมถือเป็นเพียงกระทำอนาจารเท่านั้น¹¹¹ นอกจากนี้ตามกฎหมายใหม่ หากชายใช้อวัยวะเพศของตนถูไถกับทวารหนักหรือช่องปากของหญิง หากเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันเป็นความผิดสำเร็จ เพราะเป็นการใช้อวัยวะเพศของตนกระทำกับทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกกระทำ ทั้งนี้ผู้ถูกกระทำอาจจะเป็นผู้ชายด้วยกันก็ได้ หรืออาจจะเป็นผู้หญิงกระทำกับหญิงก็ได้ หรือหญิงกระทำกับชายก็ได้

ผู้กระทำอาจใช้ “สิ่งอื่นใด” นอกจากอวัยวะเพศของตน กระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น ดังนั้นหากชายใช้วัตถุใด ๆ สอดใส่หรือเพียงแต่กระทำกับอวัยวะเพศของเพศหญิงหรือทวารหนักก็เป็นการกระทำชำเราแล้ว แต่หากใช้สิ่งอื่นใด กระทำกับช่องปาก แม้จะเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำก็ไม่ใช่การกระทำชำเรา ทั้งนี้ “สิ่งอื่นใด” อาจหมายถึง มือหรือปากของผู้กระทำก็ได้ หรืออาจหมายถึงอวัยวะเพศเทียมก็ได้

3. เมื่อมีการขยายความหมายของ “กระทำชำเรา” ให้กว้างขวางยิ่งขึ้น มุ่งจำกัดเฉพาะการนำอวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น กฎหมายจึงกำหนดด้วยการกระทำใน

¹⁰⁹ จาก *กฎหมายอาญา* ภาคความผิด เล่ม 2 (น. 306), โดย เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, 2550, กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย).

¹¹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518.

¹¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1839/2538 วินิจฉัยว่าชายนอนทับหญิงแล้วใช้อวัยวะเพศของชายตีมาอวัยวะเพศของหญิง กับใช้นิ้วสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิงและชายสำเร็จความใคร่ด้วยตัวเอง เช่นนี้ ชายหาได้มีเจตนาดันอวัยวะเพศของชายเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง (เด็กอายุ 4 ปีเศษ) ซึ่งมีขนาดเล็กไม่ จึงฟังไม่ได้ว่าชายพยายามกระทำชำเราหญิง การกระทำจึงเป็นการอนาจารตามมาตรา 279 วรรคแรกเท่านั้น.

รูปแบบต่าง ๆ จะเป็นการกระทำชำเรา จะต้องมิเจตนาพิเศษ คือเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของกระทำ มิใช่เพื่อความสนุกสนาน หรือเพื่อทำร้ายร่างกาย¹¹²

4. กฎหมายมาตรา 276 เดิมบัญญัติเหตุจรรยาแต่เรื่องการกระทำโดยมีหรือใช้อาวุธหรือวัตถุระเบิด และการกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ “โทรมหญิง” มาตรา 276 ใหม่ ได้บัญญัติเพิ่มถึงการร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ “โทรมหญิงหรือกระทำกับชาย”

5. เพิ่มเติมว่าหากการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำระหว่างคู่สมรส ถ้าคู่สมรสนั้นยังประสพจะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา มาตรา 276 วรรคสี่ ให้อำนาจศาลที่จะดำเนินการดังนี้

- 1) ลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือ
- 2) ไม่ลงโทษก็ได้ โดยต้องกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤติด้วย

(2) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277

มาตรา 277 “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึง สี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี กระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป”

¹¹² กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2. (น. 310). เล่มเดิม.

และสามารถสรุปความแตกต่างระหว่างมาตรา 277 ในกฎหมายเก่าและกฎหมายใหม่ได้ ดังนี้

1. ตามกฎหมายใหม่ ผู้ถูกกระทำ คือเด็ก ซึ่งจะเป็นเด็กหญิง หรือเด็กชายก็ได้ และเป็นเด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งเดิมกฎหมายเก่าจะต้องเป็นชาย หรือกระทำต่อเด็กหญิงเท่านั้น ดังนั้น ผู้กระทำอาจเป็นชาย หรือเด็กชาย หญิงหรือเด็กหญิงกระทำกับเด็กชายหรือเด็กหญิงก็ได้ จึงเห็นได้ว่าหากเด็กชายอายุไม่เกิน 13 ปี ร่วมประเวณีกับเด็กหญิงอายุไม่เกิน 13 ปี แม้จะด้วยความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย ทั้งเด็กชายและเด็กหญิงต่างก็มีความผิดตามมาตรา 277

2. ความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” มีความหมายกว้างขึ้นดังที่กล่าวมาแล้วในมาตรา 276 กฎหมายใหม่

3. กฎหมายมาตรา 277 เดิมบัญญัติเหตุฉกรรจ์ในเรื่องการกระทำโดยร่วมกระทำ ความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ “โทรมเด็กหญิงและเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม” กฎหมายใหม่ใช้คำว่าได้ร่วมกระทำ ความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ “โทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กนั้นไม่ยินยอม”

4. เหตุยกเว้น โทษกรณีที่อยู่หลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ หรือกรณีที่อยู่หลังศาลอนุญาตให้สมรสกันในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษให้ศาลปล่อยตัวผู้กระทำผิด ซึ่งตามมาตรา 277 วรรคสี่ เดิม กำหนดว่า “ผู้กระทำ” จะต้องเป็น “ชาย” (ไม่ได้จำกัดมีอายุ) กระทำกับเด็กหญิงซึ่งมีอายุกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี และเด็กหญิงนั้นยินยอม จึงจะเข้าหลักเกณฑ์ยกเว้น โทษดังกล่าว แต่ตามมาตรา 277 วรรคห้ากฎหมายใหม่ “ผู้กระทำ” จะต้องมิอายุไม่เกิน 18 กระทำกับเด็กซึ่งมีอายุกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี และเด็กนั้นยินยอม

ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมผลฉกรรจ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ในมาตรา 277 ทวิ¹¹³ และมาตรา 277 ตรี¹¹⁴ โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2550 เนื่องจากมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 276 และมาตรา 277 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

¹¹³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ทวิ ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง หรือมาตรา 277 วรรคหนึ่งหรือวรรคสาม เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำ

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต.

¹¹⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ตรี ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคสาม หรือมาตรา 277 วรรคสี่ เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำ

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต”.

ทำให้การอ้างถึงบทบัญญัติดังกล่าวในมาตรา 277 ทวิ และมาตรา 277 ตรี เปลี่ยนแปลงไป กรณีจึงมีความจำเป็นต้องปรับปรุงการอ้างถึงบทบัญญัติดังกล่าว ในมาตรา 277 ทวิ และมาตรา 277 ตรี ให้สอดคล้องกัน

2.5.4.3 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558

ต่อมาได้มีการยกเลิกมาตรา 277 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550¹¹⁵ โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) โดยมีการเพิ่มเติมอัตราโทษ และเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญในมาตรา 277 วรรคห้าเป็นดังนี้

มาตรา 277 “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้ สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็ก ซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กผู้ถูกระทำนั้นยินยอม ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชน และครอบครัวจะพิจารณาให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กผู้ถูกระทำหรือผู้กระทำความผิดตามกฎหมาย ว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก หรือจะอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน โดยกำหนดเงื่อนไขให้ต้องดำเนินการภายหลัง การสมรสก็ได้ และเมื่อศาลได้พิจารณามีคำสั่งอย่างใดแล้ว ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ในการพิจารณาของศาลให้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหาการศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิดและเด็กผู้ถูกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กผู้ถูกระทำ หรือเหตุอื่นอันควรเพื่อประโยชน์ ของเด็กผู้ถูกระทำความผิด”

เนื่องจากตามที่มาตรา 277 วรรคห้าเดิมกำหนดให้ผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราโดยบุคคลอายุไม่เกิน 18 ปี กระทำต่อเด็กเด็กอายุกว่า 13 ปีแต่ไม่เกิน 15 ไม่ต้องรับโทษ หากศาลอนุญาตให้ผู้กระทำความผิด สมรสกับผู้เสียหายที่เป็นเด็กนั้น ทำให้เกิดปัญหากรณีเด็กถูกบังคับให้ยินยอมสมรสกับผู้กระทำความผิด โดยศาลไม่อาจตรวจสอบได้ สมควรกำหนดให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีในลักษณะนี้ นำมาตราการคุ้มครอง

¹¹⁵ ข้อ 3 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558.

สวัสดิภาพตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กมาใช้ หรือ พิจารณาอนุญาตให้สมรสโดยกำหนดเงื่อนไขที่จะดำเนินการภายหลังการสมรสด้วย เพื่อให้มีการตรวจสอบ ความยินยอมของเด็กในการสมรสได้อย่างละเอียดรอบคอบยิ่งขึ้นและเป็นไปเพื่อประโยชน์ของเด็กอย่างแท้จริง และในกรณีที่ศาลมีคำสั่งอย่างใดแล้ว ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ เพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดใช้การสมรสเป็นเหตุให้ไม่ต้องรับโทษ¹¹⁶

และพระราชบัญญัติฉบับนี้ยังได้เพิ่มเติมมาตรา 285/1 ดังนี้

มาตรา 285/1 “การกระทำความผิดตามมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรคสาม และมาตรา 283 ทวิ วรรคสอง หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น”

เนื่องจากบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดต่อเสรีภาพที่กระทำต่อเด็ก ได้กำหนดให้อายุเด็กเป็นองค์ประกอบความผิดทำให้ผู้กระทำความผิดอ้างความสำคัญผิดหรือความไม่รู้ในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดเพื่อไม่ต้องรับผิด หรือได้รับยกเว้นโทษหรือได้รับโทษน้อยลงได้ สมควรกำหนดให้ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ หรือความผิดต่อเสรีภาพซึ่งได้กระทำต่อเด็กที่มีอายุไม่เกิน 13 ปี ไม่อาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความรับผิดทางอาญา ทั้งนี้ เพื่อให้เด็กได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย มากยิ่งขึ้น อีกทั้งสมควรปรับปรุงอัตราโทษปรับให้สอดคล้องกับสภาวการณ์ในปัจจุบัน จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้¹¹⁷

2.6 เหตุฉกรรจ์ เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว และผลฉกรรจ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

เหตุฉกรรจ์ เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว และผลฉกรรจ์ ล้วนมีผลให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักกว่าบทธรรมดา แต่จะมีความหมายแตกต่างกัน ซึ่งในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้น เหตุฉกรรจ์จะถูกกำหนดไว้ในมาตรา 276 และมาตรา 277 เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวจะกำหนดไว้ในมาตรา 285 และผลฉกรรจ์จะกำหนดไว้ในมาตรา 277 ทวิ และมาตรา 277 ตรี ดังนี้

2.6.1 เหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 และมาตรา 277

เหตุฉกรรจ์ คือ เหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น¹¹⁸ เป็นเหตุที่กฎหมายกำหนดไว้ในความผิดนั้น ๆ ให้มีโทษสูงขึ้นจากบทธรรมดา โดยพิจารณาจากพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงประกอบการกระทำความผิดที่มีความร้ายแรงมากขึ้นจากบทธรรมดาซึ่งเป็นบทที่เป็นหลักทั่วไป

¹¹⁶ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558.

¹¹⁷ แหล่งเดิม.

¹¹⁸ จาก *หลักกฎหมายอาญา ภาคความผิด* (น.150), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

และมีความร้ายแรงเป็นปกติธรรมดา อาจกำหนดรวมอยู่ในบทธรรมดา หรือแยกออกมาเป็นบทกรณณ์ก็ได้ และเหตุกรณณ์นั้นจะต้องเป็นข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำต้องรู้จึงจะมีความรับผิดชอบ กล่าวคือ ข้อเท็จจริง ที่เป็นองค์ประกอบเหตุกรณณ์ให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น มาตรา 62 วรรคสาม ได้กำหนดว่าบุคคลจะต้องรับโทษหนักขึ้น โดยอาศัยข้อเท็จจริงใด บุคคลนั้นจะต้องได้รู้ข้อเท็จจริงนั้น ถ้าบุคคลผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดเช่นว่านี้ก็ไม่ต้องรับโทษหนักขึ้น จะถือว่ามิเจตนากระทำความผิดในเหตุกรณณ์นั้นมิได้ คงมีเจตนากระทำความผิดในชั้นธรรมดาเท่านั้น¹¹⁹ เช่นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ตามมาตรา 288¹²⁰ เป็นความผิดบทธรรมดา ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี แต่หากเป็นการฆ่าบุพการี ฆ่าเจ้าพนักงานฯ ฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ฆ่าผู้อื่นโดยทรนหรือโดยกระทำทารุณโหดร้าย เป็นต้น ตามมาตรา 289¹²¹ เป็นต้น จะต้องระวางโทษประหารชีวิตสถานเดียว แต่ถ้าผู้กระทำความผิดฆ่าบุพการี โดยไม่รู้ว่าเป็นบุคคลที่ตนฆ่าเป็นบุพการี ผู้กระทำความผิดคงรับผิดชอบฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาตามมาตรา 288 ไม่ต้องรับผิดชอบฆ่าผู้อื่นโดยเหตุกรณณ์ตามมาตรา 289 (1) เนื่องจากผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด (ไม่รู้ว่าเป็นบุพการี)

เหตุกรณณ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะถูกกำหนดรวมอยู่ในบทธรรมดา ซึ่งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยเหตุกรณณ์จะปรากฏอยู่สองกรณี คือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 277 การจะต้องรับผิดชอบ

¹¹⁹ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญา หมวด 1 ตอน 1 (น.163), โดย จิตติ ดิงสภักดิ์, กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.

¹²⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี.

¹²¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 ผู้ใดมาตรา 289 ผู้ใด

- (1) ฆ่าบุพการี
 - (2) ฆ่าเจ้าพนักงาน ซึ่งกระทำการตามหน้าที่ หรือเพราะเหตุที่จะกระทำ หรือได้กระทำการตามหน้าที่
 - (3) ฆ่าผู้ช่วยเหลือเจ้าพนักงาน ในกรณีที่เจ้าพนักงานนั้นกระทำการตามหน้าที่ หรือเพราะเหตุที่บุคคลนั้นจะช่วยหรือได้ช่วยเจ้าพนักงานดังกล่าวแล้ว
 - (4) ฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน
 - (5) ฆ่าผู้อื่นโดยทรนหรือโดยกระทำทารุณโหดร้าย
 - (6) ฆ่าผู้อื่นเพื่อเตรียมการ หรือเพื่อความสะดวกในการที่จะกระทำความผิดอย่างอื่น หรือ
 - (7) ฆ่าผู้อื่นเพื่อจะเอา หรือเอาไว้ซึ่งผลประโยชน์อันเกิดแต่การที่ตนได้กระทำความผิดอื่น เพื่อปกปิดความผิดอื่นของตน หรือเพื่อหลีกเลี่ยงให้พ้นอาญาในความผิดอื่นที่ตนได้กระทำไว้
- ต้องระวางโทษประหารชีวิต.

ฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยเหตุฉกรรจ์นั้น การกระทำจะต้องครบองค์ประกอบของความผิดตามบท
 ธรรมดา ก่อน และจะต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดในเหตุฉกรรจ์ด้วย

1. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276

องค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ประกอบด้วย

1) องค์ประกอบภายนอก

(1) ผู้ใด

(2) ข่มขืนกระทำชำเรา

(ก) โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ

(ข) โดยใช้กำลังประทุษร้าย

(ค) โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือ

(ง) โดยทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

(3) ผู้อื่น

2) องค์ประกอบภายใน คือ เจตนา

องค์ประกอบภายนอกสามารถอธิบายได้ดังต่อไปนี้

องค์ประกอบภายนอกข้อที่ 1 ผู้กระทำ กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งหมายถึงจะเป็น
 เพศหญิง หรือชายก็ได้ จะมีอายุเท่าใดก็ได้

องค์ประกอบภายนอกข้อที่ 2 การกระทำ คือ การข่มขืนกระทำชำเรา กฎหมายใช้คำ
 ว่า “ข่มขืน” ซึ่งหมายถึงว่าผู้ถูกกระทำจะต้องไม่ยินยอม หากยินยอมโดยสมัครใจ การกระทำย่อม
 ไม่ใช่การข่มขืน¹²² “กระทำชำเรา” ตามมาตรา 276 วรรคสอง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนอง
 ความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ
 ช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ตามบทบัญญัติมาตรา 276 การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา
 ผู้อื่นได้ จะต้องกระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะ
 ที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

(ก) โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ คำว่า “ขู่เข็ญ” หมายความว่า ทำให้กลัวว่าจะได้รับ
 ภัยอันตรายในอนาคต ซึ่งอาจเป็นการขู่ว่าจะทำให้เกิดผลกับผู้ถูกกระทำ หรือต่อบุคคลที่สามก็ได้
 การขู่เข็ญตามมาตรา 276 นี้ไม่จำกัดเฉพาะขู่ว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย จึงหมายความรวมถึงอันตรายทั้ง

¹²² จาก ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษาขอบเขตของการให้ความยินยอมโดยผู้เสียหาย
 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์), โดย ฉัฐวรรณ ดวงวงใต้, 2558, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ปวงซึ่งผู้ถูกระทำขู่เชิญแสดงว่าจะทำให้เกิดแก่ผู้ถูกขู่เชิญ และผู้ถูกขู่เชิญกลัวว่าจะถูกระทำให้เป็นอันตราย ต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน สิทธิ ฐานะในสังคมก็ได้

(ข) โดยใช้กำลังประทุษร้าย คำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคลไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใดอันมีความหมายตามมาตรา 1 (6)

(ค) โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หมายถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในสภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เช่นการใช้ยาทำให้มึนเมา หรือมอมเหล้าสุราให้ผู้เสียหายมึนเมาไม่มีสติ¹²³ หรือสะกดจิตหรือวิธีการอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน หรือผู้อื่นนั้นไม่สามารถแสดงเจตจำนงออกมาได้ เนื่องจากพุดจาไม่ได้ หรือผู้อื่นนั้นวิกลจริตหรือปัญญาอ่อนด้วยถ้าผู้อื่นนั้นไม่รู้ความหมายของการร่วมประเวณี¹²⁴ เป็นต้น

(ง) โดยทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น หมายถึงเป็นการสำคัญผิดในตัวบุคคล เช่นทำให้ผู้ถูกระทำเข้าใจว่าเป็นสามีหรือคู่รักจึงยอมให้กระทำชำเรา เป็นต้น

องค์ประกอบภายนอกข้อที่ 3 กรรมของการกระทำ กฎหมายใช้คำว่า “ผู้อื่น” จึงหมายความว่า ผู้ถูกระทำจะเป็นหญิงหรือชายก็ได้ ดังนั้นผู้กระทำกับผู้ถูกระทำอาจเป็นเพศเดียวกันก็ได้ และแม้เป็นสามีภริยาหากเป็นการข่มขืนก็มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเช่นกัน

องค์ประกอบภายใน คือ เจตนาข่มขืนกระทำชำเรา และมีเจตนาพิเศษ คือเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของกระทำ มิใช่เพื่อความสนุกสนาน หรือเพื่อทำร้ายร่างกาย

เหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ถูกกำหนดไว้ในวรรคสาม ดังนี้

มาตรา 276 วรรคสาม “ ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษ....”

สามารถแยกเหตุฉกรรจ์ได้เป็น 3 กรณี ดังนี้

1. ได้กระทำโดย “มี” อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด
2. ได้กระทำโดย “ใช้” อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด
3. ได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน

¹²³ คำพิพากษาฎีกาที่ 2382/2522 ชำเราหญิงขณะเมาสุราหมดสติอยู่ในสภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายมาตรา 276.

¹²⁴ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น.417). เล่มเดิม.

เหตุจรรยาบรรณที่ 1 และบรรณที่ 2 ผู้กระทำได้ข่มขืนกระทำชำเราโดย “มี” หรือ “ใช้” “อาวุธปืน” หรือ “วัตถุระเบิด” นั้น สภาพความเป็นกรณีพิเศษเพราะการใช้อาวุธร้ายแรงเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดกรณีหนึ่ง กล่าวคือ การกระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดเป็นการซ้ำเติมความทุกข์ยากให้แก่หญิง¹²⁵ ซึ่งกฎหมายกำหนดอาวุธไว้ 2 เท่านั้น คือ “ปืน” และ “วัตถุระเบิด”

“อาวุธปืน” คืออาวุธที่มีกลไกในการใช้ยิง เป็นอาวุธโดยสภาพ และเมื่อเป็นอาวุธโดยสภาพแล้วแม้ไม่สามารถใช้ยิงได้ก็เป็นอาวุธตามความหมายของกฎหมาย¹²⁶

“วัตถุระเบิด” คือวัตถุเคมีเมื่อการทำให้ขยายตัวจะเกิดระเบิดขึ้น

อย่างไรก็ตามแม้ผู้ลงมือข่มขืนกระทำชำเราจะไม่มีปืน แต่ผู้ร่วมกระทำมีปืนโดยบังคับไม่ให้คนอื่นช่วยหญิง ผู้ลงมือก็มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้อาวุธปืนตามมาตรา 276 วรรคสาม หรือหากจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 บุกรุกเข้าไปในบ้านของผู้เสียหาย โดยจำเลยที่ 1 มีมิดส่วนจำเลยที่ 2 มีปืน จำเลยที่ 1 ใช้มีดบังคับข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายคนหนึ่ง ขณะเดียวกันจำเลยที่ 2 ก็ใช้ปืนบังคับข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายอีกคนหนึ่งที่นอนอยู่บนเตียงเดียวกัน ศาลวินิจฉัยว่าจำเลยที่ 1 มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้กำลังขู่เชือดประทุษร้าย และได้ร่วมกระทำโดยมี หรือใช้อาวุธปืน ตามมาตรา 276 วรรคสาม และเมื่อมีอาวุธปืนแล้วมิได้ใช้ก็เป็นความผิดฐานข่มขืนโดยเหตุจรรยาบรรณแล้ว¹²⁷

เหตุจรรยาบรรณที่ 3 “ได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน” หมายความว่า มีการร่วมกันผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป¹²⁸ เดิมกฎหมายใช้คำว่า “ได้ร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ “โทรมหญิง” แต่กฎหมายใหม่แก้ไขเป็น “โทรมหญิงหรือกระทำกับชาย” ในลักษณะเดียวกัน ดังนั้นผู้ถูกกระทำที่ถูกโทรมจะเป็นหญิงหรือชายก็ได้ไม่ได้จำกัดอยู่ที่เพศหญิงอย่างเดียว

ซึ่งการกระทำนี้แม้กระทำเพียงชั้นพยายามก็เป็นการโทรมหญิงในความหมายของกฎหมาย¹²⁹ และเมื่อได้ข่มขืนกระทำชำเราหญิงโดยชายสองคนแล้ว คนอื่น ๆ ที่ร่วมกระทำความผิดที่ยังไม่ทันลงมือข่มขืนกระทำชำเราก็คือต้องรับผิดฐานเป็นตัวการโทรมหญิงด้วย¹³⁰ แต่หากชายสอง

¹²⁵ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น.421). เล่มเดิม.

¹²⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1459/2523.

¹²⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6336/2534.

¹²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1202/2529.

¹²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 30511/2525.

¹³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2521.

คนต่างข่มขืนกระทำชำเราหญิง ก็ไม่ใช่การโทรมหญิงเพราะการโทรมหญิงจะต้อง “ร่วมกระทำ ความผิดด้วยกัน” ในการข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้นหากชายคนที่สองเห็นหญิงอ่อนแรงเพราะถูก ชายคนแรกข่มขืน จึงถือโอกาสข่มขืนหญิง กรณีเช่นนี้ก็ไม่ถือว่าเป็นการโทรมหญิง¹³¹ และหากการ กระทำของชายคนแรกไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเพราะหญิงยินยอม แม้ชายคนแรกจะ เปิดประตูห้องหายคนที่สองเข้ามาข่มขืนกระทำชำเราหญิงคนเดียวก็ไม่ใช่เป็นการ “ร่วมกันกระทำ ความผิด” จึงไม่ใช่การโทรมหญิง ชายคนที่สองผิดตามมาตรา 276 วรรคแรก โดยชายคนแรกเป็นผู้สนับสนุนชายคนที่สองในการกระทำความผิดตามมาตรา 86

“ผลัดเปลี่ยนกันกระทำชำเรา” ตามกฎหมายใหม่ อาจมีความหมายแตกต่างจาก กฎหมายเดิมอย่างสิ้นเชิง เพราะตามกฎหมายใหม่ความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” เปลี่ยนแปลง ไปจากเดิมอย่างมากมาย ด้วยเหตุนี้ ข้อเท็จจริงดังตัวอย่างต่อไปนี้ ก็คงต้องถือว่าเป็นการโทรมหญิง ตามกฎหมายใหม่ได้แล้ว กล่าวคือ

1) กรณีที่ชายคนแรกข่มขืนกระทำชำเราหญิงด้วยการใช้อวัยวะเพศสอดใส่เข้าไปใน อวัยวะเพศหญิง แต่ชายคนที่สองผลัดเปลี่ยนกันกระทำชำเราโดยการใช้สิ่งอื่นใด (นอกจากอวัยวะ เพศ) กระทำกับ อวัยวะเพศ หรือทวารหนักของหญิง เช่นนี้ ก็คงต้องถือว่าเป็นการโทรมหญิงแล้ว

2) ชายสองคนผลัดเปลี่ยนกันใช้สิ่งอื่นใด (นอกจากอวัยวะเพศ) กระทำกับ อวัยวะ เพศหรือทวารหนักของหญิง เช่นนี้ ก็คงต้องถือว่าเป็นการโทรมหญิง เช่นกัน

เมื่อกฎหมายใหม่ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลง “ผู้กระทำ” และ “ผู้ถูกกระทำ” ในความผิด ฐานข่มขืนกระทำชำเราไปจากเดิม ดังนั้น “การโทรม” จึงอาจเปลี่ยนแปลง กฎหมายใหม่ใช้คำว่า “ผู้ร่วมผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราตั้งแต่สองคนขึ้นไป” ซึ่งแต่เดิมจะต้องเป็น “ชายสองคน ขึ้นไป” โดยตามกฎหมายใหม่นี้ ผู้กระทำคนแรกอาจเป็นชายโดยกระทำต่อหญิง แต่ผู้ร่วม ผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา (คนที่สอง) อาจเป็นหญิงก็ได้ เช่นนี้ก็มีความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราโดยร่วมกันกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิง ตามมาตรา 276 วรรคสาม (กฎหมายใหม่) นี้แล้ว¹³²

2. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277

องค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ประกอบด้วย

1) องค์ประกอบภายนอก

(1) ผู้ใด

(2) กระทำชำเรา

¹³¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1668/2532.

¹³² กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2 (น.313). เล่มเดิม.

(3) เด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี และไม่ใช้ภริยาหรือสามีของตน

(4) โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

2) องค์ประกอบภายใน คือ เจตนา

องค์ประกอบของความผิดสามารถอธิบายได้ดังต่อไปนี้

องค์ประกอบภายนอกข้อที่ 1 ผู้กระทำความผิด หมายความว่า “ผู้ใด” ซึ่งหมายถึงจะเป็นเพศหญิง หรือชายก็ได้ จะมีอายุเท่าใดก็ได้ จะเป็นเด็กกระทำกับเด็กก็ได้

องค์ประกอบภายนอกข้อที่ 2 การกระทำ คือ การ “กระทำชำเรา” ตามมาตรา 277 วรรคสอง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำความผิด โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

องค์ประกอบภายนอกข้อที่ 3 กรรมของการกระทำ คือ เด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี และไม่ใช้ภริยาหรือสามีของตน หมายความว่า “เด็ก” ดังนั้นผู้ถูกกระทำจะเป็นเด็กหญิง หรือเด็กชายก็ได้ และเด็กนั้นต้องไม่ใช้ภริยาหรือสามีของตน

องค์ประกอบภายนอกข้อที่ 4 โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ซึ่งผู้บัญญัติกฎหมายเห็นว่าไม่ควรให้ผู้กระทำความผิดอ้างความยินยอมของเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปีขึ้นเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษ เพราะเด็กอายุขนาดนี้ส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่าง ๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรมและประสบการณ์ยังไม่เพียงพอ ดังนั้น ความยินยอมของเด็กอายุระหว่างนี้จึงไม่ใช่ข้อสำคัญ กล่าวคือแม้เด็กจะยินยอมก็เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

องค์ประกอบภายใน คือเจตนากระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี กล่าวคือ การที่ผู้กระทำรู้ว่าเด็กนั้นอายุยังไม่เกิน 15 ปี และรู้ว่าไม่ใช้ภริยาหรือสามีของตน และผู้กระทำความผิดต้องการจะกระทำชำเราเด็กนั้น

“อายุเด็ก” เป็นข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของความผิด ผู้กระทำจึงต้องรู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุ จึงเห็นว่าการอ้างเรื่องความไม่รู้อายุของผู้ถูกกระทำขึ้นต่อศาล ทำให้ศาลไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็กได้ เพราะถือว่าชายเจตนากระทำชำเราเด็ก

อายุไม่เกิน 15 ปี¹³³ ต่อมาจึงมีการเพิ่มมาตรา 285/1 ว่าการกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็ก ห้ามผู้กระทำอ้างความไม่รู้เรื่องอายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิด¹³⁴

เหตุจรรยาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 ถูกกำหนดไว้ในวรรคสาม และวรรคสี่ ดังนี้

มาตรา 277 วรรคสาม “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษ...”

มาตรา 277 วรรคสี่ “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษ...”

สามารถแยกเหตุจรรยาได้เป็น 4 กรณี ดังนี้

1. ได้กระทำแก่เด็กอายุไม่เกิน 13 ปี
2. ได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน
3. ได้กระทำโดย “มี” อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด
4. ได้กระทำโดย “ใช้” อาวุธ

เหตุจรรยากรณีที่ 1 คือการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี จะต้องรับโทษหนักขึ้นกว่ากระทำกับเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ตามวรรคหนึ่ง เนื่องจากเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ยังมีอายุน้อยมาก ความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่าง ๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษา การอบรมยังน้อยมาก เมื่อถูกข่มขืนกระทำชำเราจะทำให้พัฒนาการเด็กหยุดชะงัก และยิ่งเด็กที่มีอายุน้อยการถูกข่มขืนจะทำให้เด็กได้รับบาดเจ็บรุนแรง ในบางรายอาจถึงแก่ชีวิต การที่ผู้กระทำข่มขืนเด็กซึ่งตนรู้ว่าเป็นเด็กและถือโอกาสแสวงหาผลประโยชน์ (เพื่อตอบสนองความใคร่) ของตนถือเป็นการกระทำที่ร้ายแรง และขาดศีลธรรม กฎหมายจึงกำหนดให้เป็นเหตุจรรยาที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นกว่ามาตรา 277 วรรคแรก

เหตุจรรยากรณีที่ 2 ได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน “โทรมเด็กหญิง” คือ การกระทำต่อ

¹³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6405/2539 จำเลยกระทำชำเราเด็กหญิงอายุ 14 ปี 4 เดือน โดยสำคัญผิดว่าอายุ 17 ปี เท่ากับไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ตามมาตรา 59 วรรคสาม ถือว่าไม่มีเจตนากระทำความผิดฐานนี้.

¹³⁴ ข้อ 4 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558.

เด็กโดยผู้กระทำหลายคนด้วยกัน ซึ่งการกระทำนี้แม้กระทั่งเพียงชั้นพยายาก็เป็นการโทรมเด็ก และเมื่อได้กระทำซ้ำเราเด็กโดยคนสองคนแล้ว คนอื่น ๆ ที่ร่วมกระทำความคิดที่ยังไม่ได้ลงมือกระทำซ้ำเราเด็กก็ต้องรับผิดชอบเป็นตัวละครโทรมเด็กด้วย

เหตุการณ์กรณีที่ 3 ได้กระทำโดย “มี” อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด

“อาวุธปืน” คืออาวุธที่มีกลไกในการใช้ยิง เป็นอาวุธโดยสภาพ และเมื่อเป็นอาวุธโดยสภาพแล้วแม้ไม่สามารถใช้ยิงได้ก็เป็นอาวุธตามความหมายของกฎหมาย

“วัตถุระเบิด” คือวัตถุเคมีเมื่อการทำให้ขยายตัวจะเกิดระเบิดขึ้น

จะเห็นว่ากฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นหากได้กระทำซ้ำเราเด็กโดยมีอาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด กฎหมายใช้คำว่า “มี” ดังนั้นหากผู้กระทำพกอาวุธปืน หรือวัตถุระเบิดติดตัวมาด้วยแม้ไม่ได้ใช้ก็เป็นความผิดในเหตุการณ์ตามมาตรา 277 วรรคสามนี้

เหตุการณ์กรณีที่ 4 ได้กระทำโดย “ใช้” “อาวุธ”

“อาวุธ” มีความหมายตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 1(5) กล่าวคือ หมายความรวมถึงสิ่งที่ไม่เป็นอาวุธโดยสภาพ แต่ซึ่งได้ใช้หรือเจตนาจะใช้ประทุร้ายร่างกายถึงอันตรายสาหัสอย่างอาวุธ

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ อธิบายว่า คำว่า อาวุธ แสดงอยู่ในตัวว่าต้องใช้ทำอันตรายแก่กายได้ และต้องถึงสาหัสด้วย ที่ว่าทำอันตรายถึงสาหัสได้อย่างอาวุธ ก็แสดงภาพของอาวุธอยู่ในตัว มิใช่ว่า “อาวุธโดยสภาพ” ทำอันตรายได้ไม่ถึงสาหัส ถือเป็นอาวุธ ส่วนสิ่งอื่นที่ไม่ใช่อาวุธโดยสภาพต้องใช้ทำอันตรายถึงสาหัสได้ก็เป็นอาวุธ¹³⁵

จะเห็นได้ว่าหากเป็นการกระทำซ้ำเราเด็กกฎหมายกำหนดให้เป็นเหตุการณ์หากเป็นการกระทำโดย “ใช้อาวุธ” ซึ่งไม่ได้จำกัดเฉพาะอาวุธปืน เหมือนกับเหตุการณ์ตามมาตรา 276 วรรคสาม

2.6.2 เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 285

เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว คือ การลงโทษผู้กระทำความคิดให้หนักขึ้นเพราะกรณีมี “เหตุแห่งการลงโทษเฉพาะตัว” ซึ่งในทางนิติบัญญัติกระทำได้สองทาง

(1) กระทำโดยการบัญญัติให้เป็นการกระทำนั้นเป็นฐานความผิดเป็นการเฉพาะ หรือมีฉะนั้นก็

(2) กระทำโดยการบัญญัติให้เป็น “เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว” ไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับการลงโทษผู้กระทำความคิดสำหรับความผิดเกี่ยวกับเพศให้หนักขึ้น เพราะกรณีมี “เหตุแห่งการลงโทษ

¹³⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 4155/2531 “มีดพกผลไม้” ที่จำเลยพาติดตัวไปในโรงพยาบาลนตร์ ไม่ใช่อาวุธโดยสภาพ แต่เมื่อจำเลยได้ใช้มีดดังกล่าวแทงผู้เสียหายจนได้รับบาดเจ็บสาหัส จึงเป็นอาวุธ.

เฉพาะตัว” นี้ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกระทำโดยการบัญญัติให้เป็นฐานความผิดเป็นการเฉพาะ กล่าวคือกระทำโดยการบัญญัติตามแนวทางที่ (1) แต่สำหรับประเทศไทยกระทำโดยการบัญญัติเป็น “เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว” คือกระทำโดยการบัญญัติตามแนวทางที่ (2)¹³⁶

เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวในความผิดเกี่ยวกับเพศถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 285 ดังนี้

มาตรา 285 “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตรี มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม”

จากการบัญญัติดังกล่าวแยกออกเป็นองค์ประกอบภายนอกได้ดังนี้

1. กระทำความผิด

- (1) ฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276
- (2) ฐานกระทำชำเราเด็ก ตามมาตรา 277
- (3) ฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง หรือกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 ตามวรรคหนึ่ง หรือวรรคสาม เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำบาดเจ็บสาหัส หรือถึงแก่ความตายตามมาตรา 277 ทวิ
- (4) ฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 วรรคสาม หรือกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 สี่ เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำบาดเจ็บสาหัส หรือถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 277 ตรี
- (5) ฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278
- (6) ฐานกระทำอนาจารเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 279
- (7) ฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 หรือกระทำอนาจารเด็กตามมาตรา 279 เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำบาดเจ็บสาหัส หรือถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 280
- (8) ฐานเป็นธุระจัดหาพานูกคนอื่นไปเพื่อการอนาจาร โดยผู้ถูกกระทำยินยอม ตามมาตรา 282

- (9) ฐานเป็นธุระจัดหาพานูกคนอื่นไปเพื่อการอนาจาร โดยขู่เข็ญ ตามมาตรา 283

2. เป็นการกระทำแก่

- (1) ผู้สืบสันดาน
- (2) ศิษย์ที่อยู่ในความดูแล
- (3) ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ

¹³⁶ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น.136). เล่มเดิม.

(4) ผู้อยู่ในความปกครอง

(5) ผู้อยู่ในความพิทักษ์

(6) ผู้อยู่ในความอนุบาล

1) “ผู้สืบสันดาน” หมายถึงผู้สืบสันดานในทางสายโลหิต เพราะ บทกฎหมายไม่ได้มุ่งลงโทษหนักขึ้นเฉพาะการกระทำแก่บุตรที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น จึงใช้คำว่ากระทำแก่ผู้สืบสันดาน

ผู้สืบสันดาน คือบุตร หลาน เหลน ถือเป็นแต่ไม่รวมถึงบุตรบุญธรรมเพราะเจตนาของบทบัญญัติของกฎหมายมาตรานี้ ซึ่งเป็นบททบทวนเพื่อลงโทษบุพการีที่กระทำต่อบุตรซึ่งเป็นบุตรของตนตามความเป็นจริงเท่านั้น เพราะการข่มขืนกระทำชำเราแก่ผู้สืบสันดานถือเป็นการกระทำที่ร้ายแรงและขาดศีลธรรมอันดี

2) “ศิษย์ที่อยู่ในความดูแล” ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย อธิบายว่าหมายถึงศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของผู้กระทำ คือไม่ใช่ผู้กระทำเป็นแต่เพียงครุมีหน้าที่สอนเลข ๆ ต้องมีหน้าที่ดูแลด้วย เช่น ดูแลนักเรียนกินนอน

ส่วนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัททิย์ อธิบายว่า ความดูแลไม่ได้หมายความถึงการสอน แต่หมายความถึงการควบคุมดูแลปกป้องรักษาตัวศิษย์ เช่นครูบาอาจารย์ที่ศิษย์กินนอนอยู่ด้วย ไม่ใช่ครูสอนแต่เพียงชั่วโมงของตารางสอน แต่มีคำพิพากษาฎีกาที่ 2693/2516 วินิจฉัยว่าจำเลยเป็นครูสอนเด็กหญิงและเป็นครูใหญ่ด้วย เด็กหญิงมาเรียนหนังสือในตอนเช้าตามปกติและกลับบ้านเมื่อเลิกเรียนแล้วการควบคุมดูแลปกป้องเด็กหญิงนั้นย่อมอยู่กับจำเลยตลอดระยะเวลาที่โรงเรียนเปิดทำการสอนอยู่ตามปกติ เมื่อจำเลยกระทำอนาจารแก่เด็กหญิงนั้นในระหว่างที่โรงเรียนเปิดทำการสอนอยู่ตามปกติย่อมถือได้ว่าจำเลยได้กระทำแก่ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285¹³⁷

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2353/2538 จำเลยกระทำชำเราเด็กหญิง อ.ผู้เสียหายซึ่งอายุยังไม่เกิน 13 ปีแต่จำเลยไม่เคยสอนในชั้นที่ผู้เสียหายเรียนจำเลยสอนเด็กเล็กทั้งจำเลยมิได้เป็นครูใหญ่ซึ่งโดยหน้าที่แล้วมีหน้าที่ดูแลรับผิดชอบนักเรียนทั้ง โรงเรียนหรือเป็นครูเวรหรือได้รับมอบหมายให้มีหน้าที่ดูแลผู้เสียหายในขณะที่เกิดเหตุจึงถือไม่ได้ว่าผู้เสียหายเป็นศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของจำเลยอันจะเป็นผลให้จำเลยต้องรับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 จำเลยคงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสองเท่านั้น

¹³⁷ เหตุเพิ่มโทษในความคิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหบัณฑิต), โดย อิศรล วัฒนศักดิ์, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

3) ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (21) คำว่า “ควบคุม” หมายถึง การควบคุม หรือกักขังผู้ถูกจับ โดยพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจในระหว่างสืบสวนหรือสอบสวน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2453/2525 จำเลยเป็นอธิบดี ผู้เสียหายเป็นหัวหน้าแผนกศาลฎีกา อธิบายว่า การกระทำอนาจารแก่ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ ตามมาตรา 285 นั้น หมายถึงผู้กระทำความผิดมีหน้าที่ควบคุมตามหน้าที่ราชการ และผู้ถูกกระทำอยู่ในความควบคุมด้วย การที่ข้าราชการชั้นผู้น้อยอยู่ในความบังคับบัญชาของอธิบดี ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการนั้น หากผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ ตามความหมายแห่งมาตรา 285 ไม่

4) “ผู้อยู่ในความปกครอง” ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 282 ต้องตีความโดยเคร่งครัด เมื่อกฎหมายมาตราดังกล่าว บัญญัติถึงความเป็นผู้ปกครอง หมายถึง ความปกครองตามกฎหมาย หากต้องการให้มีความหมายนอกเหนือ ไปถึงความปกครองโดยพฤตินัยด้วยแล้วก็ต้องบัญญัติไว้เป็นพิเศษ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 928/2508 บิดาเลี้ยงข่มขืนกระทำชำเราบุตรเลี้ยงมีความผิดตามมาตรา 277 แต่กรณีไม่ต้องตามมาตรา 285 เพราะอำนาจปกครองบุตรเลี้ยงตกอยู่กับมารดาของเด็กนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1540 (1566)¹³⁸ มิได้ตกอยู่ในความปกครองของบิดาเลี้ยง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1017/2538 วินิจฉัยว่าจำเลยกระทำชำเราเด็กอายุ 11 ปี ซึ่งมาอยู่ในความอุปการะเพราะไม่ทราบว่าเป็นมารดาอยู่ที่ใด อำนาจปกครองยังอยู่กับบิดามารดาเดิม จึงเพิ่มโทษจำเลยตามมาตรา 285 ไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7795/2538 ผู้เสียหายเป็นบุตรติดของ นาง ป. มาแล้วนาง ป. อยู่กินเป็นสามีภริยากับจำเลย ดังนี้อำนาจปกครองผู้เสียหายตกอยู่กับนาง ป. มารดา ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1568 (1566)

¹³⁸ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1566 บุตรซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะต้องอยู่ใต้อำนาจปกครองของ บิดามารดาอำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดาในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) มารดาหรือบิดาตาย
- (2) ไม่แน่นอนว่ามารดาหรือบิดามีชีวิตอยู่หรือตาย
- (3) มารดาหรือบิดาถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ
- (4) มารดาหรือบิดาต้องเข้ารับรักษาตัวในโรงพยาบาลเพราะจิตฟั่นเฟือน
- (5) ศาลสั่งให้อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดา
- (6) บิดาและมารดาตกลงกันตามที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ตกลงกันได้.

5) “ผู้อยู่ในความพิทักษ์” หมายถึง บุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ เช่น สติเฟื่องเพื่อน และอยู่ในความพิทักษ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้ ผู้พิทักษ์ในความหมายตามมาตรานี้ หมายถึงผู้พิทักษ์ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยคำสั่งศาลเท่านั้น

6) “ผู้อยู่ในความอนุบาล” หมายถึง บุคคลวิกลจริตซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถและอยู่ในความอนุบาลของผู้อนุบาล ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น ครูสอนวิชาคณิตศาสตร์ในชั้นเรียนผู้เสียหาย ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายเป็นศิษย์ที่อยู่ในความดูแลของจำเลยและต้องเชื่อฟังจำเลยด้วย

จะเห็นได้ว่าเหตุที่ต้องเพิ่มโทษเฉพาะตัวให้กับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือความผิดเกี่ยวกับเพศอื่น ๆ นั้น เพราะเป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้ที่อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำอาศัยความไว้นือเชื่อใจ โดยอาศัยความใกล้ชิดสนิทสนม หรืออาศัยอำนาจของผู้กระทำที่มีต่อผู้ถูกกระทำเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด เมื่อเป็นคนรู้จักทำให้ผู้ถูกกระทำขาดความระมัดระวัง ความสนิทใกล้ชิดกลายเป็นการเอื้อประโยชน์ให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสที่จะกระทำความผิดได้ง่ายกว่ากระทำกับบุคคลทั่วไป ด้วยเหตุผลดังกล่าวกฎหมายจึงกำหนดเพิ่มโทษให้ผู้กระทำอีก 1 ใน 3 ของความนั้น ๆ เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายที่อยู่ภายใต้อำนาจปกครอง

2.6.3 ผลกระทบในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 277 ทวิ และมาตรา 277 ตรี

ผลกระทบ คือ ผลจากการกระทำความผิดที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น หรือความผิดที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากผล¹³⁹ และผลนั้นจะต้องเป็นผลธรรมดา¹⁴⁰ ที่บุคคลทั่วไป ไปสามารถคาดเห็นได้อันมาจากโครงสร้างอาญาที่ว่า ผลของการกระทำต้องสัมพันธ์กับการกระทำ กล่าวคือการวินิจฉัยความรับผิดชอบของผู้กระทำที่ว่า ผู้กระทำต้องรับผิดชอบในผลอันปลายที่ตนได้ก่อขึ้นหรือไม่นั้นสามารถพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลของการกระทำ ซึ่งมีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องคือ ทฤษฎีเงื่อนไข และทฤษฎีเหมาะสม

ทฤษฎีเงื่อนไข (The Condition Theory) หรือหลักผลโดยตรง มีข้อพิจารณาอยู่ 2 กรณี¹⁴¹ คือ

¹³⁹ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. (198). เล่มเดิม.

¹⁴⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 63 ถ้าผลของการกระทำความผิดใดทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ผลของการกระทำความผิดนั้นต้องเป็นผลธรรมดาอันเกิดขึ้นได้.

¹⁴¹ จาก ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง (น. 148), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

กรณีที่ 1 คือ ถ้าไม่มีการกระทำผลก็จะไม่เกิด ถือว่าผลเกิดขึ้นเป็นผลโดยตรง จากการกระทำนั้น

เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4563/2543 จำเลยถอดกางเกงเดินเข้าไปเพื่อข่มขืนกระทำชำเราผู้ตายในขณะที่ผู้ตายไม่ได้สวมกางเกงและยื่นฟิงเกอร์กระเบียดอากาศซึ่งสูงเพียงระดับสะโพก โดยผู้ตายมิได้ยินยอม จำเลยข่มขืนเห็นได้ว่าหากผู้ตายหลบหลีกขจัดขืนมิให้ข่มขืนกระทำชำเราแล้วอาจจะตกลงไปจากระเบียดอากาศถึงแก่ความตายได้ เมื่อผู้ตายตื่นระแวงขจัดขืนเพื่อมิให้จำเลยข่มขืนกระทำชำเราจนผู้ตายพลัดตกลงไปจากระเบียดอากาศจนได้รับบาดเจ็บและตายในเวลาต่อมา จึงเป็นผลที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการกระทำของจำเลยอันเป็นการกระทำโดยเจตนาฆ่าผู้ตาย

กรณีที่ 2 คือ แม้ไม่มีการกระทำนั้นผลก็ยังเกิดอยู่ดี แสดงว่าผลไม่ได้เกิดจากการกระทำนั้น

เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 598/2538 รถยนต์คันที่ ส. ขับมีผู้ตายทั้งสองนั่งโดยสารมาด้วย ส. ขับรถชนท้ายรถบรรทุกห้องเย็นอย่างแรงแล้วจึงถูกรถจำเลยชนท้ายไม่รุนแรงนัก ก. และ ท. ที่นั่งโดยสารมากับรถจำเลยในที่นั่งตอนหน้าได้รับบาดเจ็บเพียงเล็กน้อยการที่ผู้ตายทั้งสองซึ่งนั่งอยู่หน้ารถ ส. อยู่ห่างไกลจุดชนมากกว่า ก. และ ท. กลับได้รับอันตรายถึงแก่ความตายเช่นนี้ย่อมแสดงว่าความตายของผู้ตายทั้งสองมิใช่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำโดยประมาทของจำเลยแต่น่าจะเป็นผลโดยตรงมาจากการที่ ส. ขับรถชนท้ายรถบรรทุกห้องเย็นมากกว่าจำเลยจึงไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291 แต่มีความผิดตามมาตรา 390

หลักผลกรรมคตามทฤษฎีเงื่อนไขสรุปได้ว่า ถ้าไม่มีการกระทำผลก็จะไม่เกิด ถือว่าผลที่เกิดขึ้นเป็นผลโดยตรงจากการกระทำนั้น แม้ผลนั้นจะต้องเกิดจากการกระทำอื่น ๆ ด้วยก็ตาม แต่ถ้าไม่มีการกระทำผลก็ยังเกิด ถือว่าผลที่เกิดขึ้นไม่ใช่ผลโดยตรงจากการกระทำนั้น ซึ่งการกระทำในที่นี้จะต้องผ่าน โครงสร้างความคิดในทางอาญา ได้แก่มีการกระทำนั้นครบองค์ประกอบทั้งภายนอกและภายในของความคิดแต่ละฐาน

ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม (Theory of Adequate Causation) มีหลักในการพิจารณาคือถือว่าเหตุที่เหมาะสมเพียงพอตามปกติที่จะเกิดผลขึ้นหรือไม่หากเพียงพอก็ต้องรับผิดชอบในผล หากไม่เพียงพอก็ไม่ต้องรับผิดชอบในผลนั้น "ผลกรรมค" ตามมาตรา 63 คือผลตามทฤษฎีเหตุที่เหมาะสมนั่นเอง

"ผลกรรมค" ตามมาตรา 63 นั้น หมายถึงผลที่ ผู้กระทำสามารถ "คาดเห็น" ความเป็นไปได้ของผลนั้น ซึ่งใช้มาตรฐานของ "วิญญูชน" เป็นหลักในการวินิจฉัยการ "คาดเห็น" นี้ไม่ใช่ "เจตนาเล็งเห็นผล" ตามมาตรา 59 ผู้กระทำอาจ "คาดเห็น" โดยไม่ "เล็งเห็นผล" ก็ได้เช่น ตัวอย่างแรกที่แดงเผาบ้านของดำและขาวซึ่งนอนอยู่ในห้องใต้ดินโดยที่แดงไม่รู้ ถูกไฟลอกตาย แแดงไม่รู้ก็

ถือว่าแดงไม่มีเจตนาฆ่าขาว ทั้งประสงค์ต่อผลและเล็งเห็นผล (มาตรา 59 วรรค 3)¹⁴² แต่คงต้องถือว่าแดง "คาดเห็น" ผลได้ เพราะเป็นการเผาบ้าน การที่ขาวซึ่งนอนในห้องใต้ดินถูกไฟคลอกตาย คงต้องถือว่าเป็น "ผลธรรมดา" แแดงจึงมีความผิดตาม มาตรา 224 วรรคแรก

เรื่องผลธรรมดานี้จะนำไปใช้เฉพาะกับกรณีความผิดที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น เพราะผลจากการกระทำเท่านั้น ไม่เกี่ยวกับเจตนาหรือความประมาทของผู้กระทำ เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ไม่ว่าจะโดยเจตนาหรือประมาท ทำให้เกิดผลเพียงบาดเจ็บ ต่อมาามีผลเป็นอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย หรือวางเพลิงเผาทรัพย์หรือหน่วงเหนี่ยวกักขังเป็นเหตุให้ผู้อื่น ถึงแก่ความตาย เป็นต้น ต้องใช้หลักผลธรรมดามาวินิจฉัยโดยไม่ต้องดูว่าผู้กระทำประสงค์จะให้เกิดผลที่หนักขึ้นหรือไม่ ในทางตรงกันตรงกันข้ามแม้ผู้กระทำจะประสงค์ให้ผลเกิด แต่หากผลไม่เกิด ผู้กระทำก็รับผลเกิดเท่านั้น¹⁴³

ผลกฤษฎีกาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเมื่ออยู่ 2 มาตรา ได้แก่

1. ผลกฤษฎีกาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 277 ทวิ

มาตรา 277 ทวิ บัญญัติว่า “มาตรา 277 ทวิ ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง หรือมาตรา 277 วรรคหนึ่งหรือวรรคสาม เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำ

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต”

กล่าวคือ ผู้กระทำต้องรับผิดชอบในผลที่ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัส หรือเสียชีวิต ตามมาตรา 277 ทวิ จาก 1) การข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง 2) การกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 277 วรรคหนึ่ง หรือกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ตามมาตรา 277 วรรคสาม

2. ผลกฤษฎีกาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 277 ตรี

มาตรา 277 ตรี บัญญัติไว้ว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคสาม หรือมาตรา 277 วรรคสี่ เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำ

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต

¹⁴² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม “ ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดจะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมนำผลของการกระทำนั้นมิได้”.

¹⁴³ หลักกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป (น.37), เล่มเดิม.

กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบในผลที่ผู้ถูกระทำได้รับอันตรายสาหัส หรือเสียชีวิต ตามมาตรา 277 ตรี จาก 1) การข่มขืนกระทำชำเราโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชาย ตามมาตรา 276 วรรคสาม 2) การกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 277 วรรคหนึ่ง หรือกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ตามมาตรา 277 วรรคสาม โดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ตามมาตรา 277 วรรคสี่

ดังนั้นสรุปได้ว่า “เหตุฉกรรจ์” คือ เหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น เนื่องจากการกระทำความผิดที่มีความร้ายแรงมากขึ้นกว่าความผิดธรรมดา โดยประกอบด้วยพฤติการณ์และข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่มีลักษณะร้ายแรง หรือได้กระทำโดยไม่คำนึงถึงความสงบสุขของสังคมส่วนรวม ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าโดยพฤติการณ์จะต้องมีลักษณะเป็น “เหตุ” อันเกี่ยวเนื่องกับตัวผู้กระทำ การกระทำ วัตถุที่ถูกกระทำ และเจตนา ซึ่งการกระทำนั้นย่อมส่งผลอันตรายร้ายแรงเป็นพิเศษต่อผู้ถูกระทำ ชุมชน หรือสังคม ยิ่งหากพฤติการณ์หรือลักษณะของความผิดเหล่านั้นมีผลกระทบต่อความรู้สึกของประชาชนรุนแรงเพียงใด การกำหนดโทษสำหรับความผิดนั้น ๆ ก็จะต้องสูงขึ้น เช่น เหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคสาม หรือมาตรา 277 วรรคสาม และวรรคสี่ ส่วน “เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว” เป็นกรณีที่ลงโทษผู้กระทำความผิดให้หนักขึ้นเพราะมี “เหตุแห่งการลงโทษเฉพาะตัว” ได้แก่ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำ และผู้ถูกระทำ กฎหมายก็จะกำหนดเพิ่มโทษให้ต้องรับโทษเพิ่มขึ้น เช่น กำหนดว่าให้รับโทษเพิ่มขึ้นอีก 1 ใน 3 สำหรับความผิดนั้น ๆ ตามมาตรา 285 ส่วน “ผลฉกรรจ์” เป็นผลที่เกิดจากการกระทำ ซึ่งผู้กระทำไม่จำเป็นต้องเจตนาให้เกิดผลนั้นแต่ แต่เป็นกรณีที่ได้กระทำความผิดแล้วเกิดผลที่ร้ายแรงตามมา เช่นกระทำความผิดจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส หรือเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ซึ่งถือว่าผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดดังกล่าว มิใช่ เหตุฉกรรจ์ เมื่อเกิดผลที่ร้ายแรงตามมา ผู้กระทำจึงต้องรับโทษหนักขึ้นในผลที่ตนได้กระทำลงไป เช่นตามมาตรา 277 ทวิ หรือ 277 ตรี ซึ่งจะเห็นได้ว่าทั้งเหตุฉกรรจ์ เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว และผลฉกรรจ์ ล้วนมีผลเป็นการกำหนดโทษให้หนักขึ้น มากกว่าธรรมดา แต่ความหมายที่ไม่เหมือนกัน ทั้งนี้ผู้เขียนต้องการจะศึกษาถึง “เหตุฉกรรจ์” ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพื่อหาแนวทางปรับปรุงเหตุฉกรรจ์ให้มีความเหมาะสมและครอบคลุมมากยิ่งขึ้น

บทที่ 3

การกำหนดเหตุการณ์ในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามกฎหมายต่างประเทศ

กฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศของต่างประเทศทั้งระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) และระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ได้มีการบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้เช่นกฎหมายไทย และมีการกำหนดเหตุการณ์ไว้ โดยแต่ละประเทศจะมีลักษณะของความผิดและมีเหตุการณ์ที่แตกต่างกันไปตามความเหมาะสม และสิ่งที่แต่ละประเทศต้องการคุ้มครองเป็นพิเศษ ดังนี้

3.1 การกำหนดเหตุการณ์ในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายระบบ Common Law

3.1.1 ประเทศอังกฤษ

ความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 (The Sexual Offences Act 2003) ประกาศใช้เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ. 2004 โดยความผิดเกี่ยวกับเพศถูกบัญญัติไว้ในบทที่ 42 โดยความผิดเกี่ยวกับเพศทั้งหมดเป็นการล่วงละเมิดทางเพศโดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำ

หลักการกำหนดโทษของความผิดเกี่ยวกับเพศ ที่ใช้ตามกฎหมายนี้จะพิจารณาจากการกำหนดโทษขั้นต้น ซึ่งขอบเขตการลงโทษจะมีความยืดหยุ่นและมีความหลากหลาย โดยพิจารณาเหตุเพิ่มโทษหรือเหตุลดโทษจากข้อเท็จจริงเป็นรายคดี เช่น การกระทำที่มีการสอดใส่อวัยวะเพศ มีความร้ายแรงกว่าการกระทำความผิดที่ไม่มีการสอดใส่อวัยวะเพศ หรือการกระทำความผิดโดยที่ผู้ถูกระทำไม่ยินยอมหรืออาจจะยินยอม แต่ความสามารถในการตัดสินใจของผู้ถูกระทำบกพร่อง กรณีเช่นผู้ถูกระทำเป็นเด็กหรือมีความพิการทางสมอง จะทำให้การกระทำมีความผิดมีความร้ายแรงมากขึ้น

หลักเกณฑ์การพิจารณาความร้ายแรงของการกระทำความผิดอาญาตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ ได้ถูกบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญา ค.ศ. 2003 (The Criminal Justice Act 2003) มาตรา 143 (1)¹ โดยพิจารณาจากปัจจัยได้แก่

1. ความรู้สึกถึงผลของการกระทำความผิด และ
2. อันตรายหรือความเสียหายที่เกิดหรืออาจจะเกิดจากการกระทำความผิด รวมถึงผลกระทบที่เกิดกับผู้ถูกระทำ

นอกจากนี้ยังได้บัญญัติบทกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำความผิด ที่ต้องรับโทษหนักขึ้น หรือกรณีที่เป็นเหตุจรรยาในความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 229 และมีการกำหนดกรอบแนวทางในการพิจารณาประกอบการตัดสินคดี โดยแนวทางการพิจารณาความร้ายแรงของความผิดเกี่ยวกับเพศตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 มีพื้นฐานมาจากแนวทางการตัดสินคดี ข่มขืนกระทำชำเรา Millberry and other ซึ่งศาลอุทธรณ์ได้วางหลักเกณฑ์การประเมินน้ำหนัก ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ว่าต้องพิจารณาจาก 3 มิติ ดังนี้

1. ระดับของความเสียหายหรืออันตรายที่เกิดขึ้นกับผู้ถูกระทำ
2. ความรู้สึกถึงผลของการกระทำความผิดของผู้กระทำ
3. ระดับความเสียหายที่ผู้กระทำความผิดจะก่อให้เกิดกับสังคม

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 แบ่งออกเป็น 2 มาตรา ได้แก่ มาตรา 1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และมาตรา 5 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี โดยมีหลายละเอียดดังต่อไปนี้

มาตรา 1² ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

¹ The Criminal Justice Act 2003

143 Determining the seriousness of an offence

(1) In considering the seriousness of any offence, the court must consider the offender's culpability in committing the offence and any harm which the offence caused, was intended to cause or might foreseeably have caused.

² The Sexual Offences Act 2003

1 Rape

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

- (a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis,
- (b) B does not consent to the penetration, and
- (c) A does not reasonably believe that B consents.

- (1) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้ ถ้า
- (a) ผู้กระทำให้เจตนาสอดใส่อวัยวะเพศของเขา (อวัยวะเพศชาย) เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น
 - (b) โดยผู้ถูกระทำให้ยินยอมให้ผู้กระทำการสอดใส่ และ
 - (c) ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกระทำให้ยินยอมให้ผู้กระทำการเช่นนั้น
- (2) เหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกระทำให้ความยินยอมหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากสภาพเหตุการณ์ทั้งหมดที่เกิดขึ้น ซึ่งรวมถึงทุกขั้นตอนที่ผู้กระทำให้เชื่อว่าการสอดใส่จะได้รับความยินยอม
- (3) นำมาตรา 75 และ 76 มาปรับใช้กับมาตรานี้ได้
- (4) ผู้กระทำความผิดฐานนี้ต้องระวางโทษสูงสุดไม่เกินจำคุกตลอดชีวิต³
- ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองเสรีภาพของผู้ถูกระทำให้การกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนเอง ผู้กระทำความผิดฐานนี้ต้องเป็นชายเท่านั้น เพราะกฎหมายใช้คำว่า “สอดใส่อวัยวะเพศชาย” เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ส่วนผู้ถูกระทำให้อาจเป็นหญิงหรือชายก็ได้ หรือคู่สมรสก็ได้ ส่วนการพิจารณาเรื่องความยินยอมหรือไม่ยินยอม กฎหมายได้กำหนดคำนิยามไว้ในมาตรา 74 ว่าบุคคลจะให้ความยินยอมได้ต้องมีอิสระเสรีภาพ และความสามารถในการตัดสินใจ และกำหนดบทสันนิษฐานเกี่ยวกับความยินยอมไว้ในมาตรา 75 ซึ่งสถานการณ์ที่ทำให้สันนิษฐานได้ว่าผู้ถูกระทำให้ไม่ได้ให้ความยินยอม เช่น ผู้กระทำให้ความรุนแรงต่อผู้ถูกระทำให้ หรือทำให้ผู้ถูกระทำให้รู้สึกกลัวว่าตนจะถูกใช้ความรุนแรงในทันทีทันใด หรือกลัวว่าบุคคลอื่นกำลังถูกใช้ความรุนแรงบังคับ หรือผู้ถูกระทำให้ถูกหน่วงเหนี่ยวกักขังโดยมิชอบ หรือผู้ถูกระทำให้กำลังหลับหรือหมดสติ เป็นต้น
- มาตรา 5⁴ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

(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.

³ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต), โดย สุมันต์ ตั้งเจริญกิจกุล, 2552, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁴ The Sexual Offences Act 2003.

5 Rape of a child under 13

(1) A person commits an offence if—

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

(1) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้ ถ้า

(a) ผู้กระทำมีเจตนาสอดใส่อวัยวะเพศของเขา (อวัยวะเพศชาย) เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น

(b) กระทำต่อบุคคลที่อายุต่ำกว่า 13 ปี

(2) ผู้กระทำความผิดฐานนี้ต้องระวางโทษสูงสุดไม่เกินจำคุกตลอดชีวิต⁵

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี บัญญัติแยกไว้เนื่องจากเด็กยังมีความไร้เดียงสา อาจไม่เข้าใจว่าการร่วมประเวณีคือสิ่งใด ดังนั้นแม้เด็กจะยินยอมให้ผู้ชายสอดใส่อวัยวะเพศ ผู้กระทำก็มีความผิด จึงไม่ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับความยินยอมเหมือนมาตรา 1

มาตรา 224 แห่งพระราชบัญญัติความยุติธรรมแห่งอาญา 2003 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการกำหนดบทลงโทษผู้ที่กระทำความผิดอาญา ในเหตุการณ์ฐานความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 1 และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ตามมาตรา 5 โดยผู้กระทำความผิดทั้งสองฐานต้องรับโทษสูงสุดไม่เกินโทษประหารชีวิต และต้องรับโทษหนักขึ้น หากมีเหตุการณ์เหล่านี้ประกอบ⁶

(b) the other person is under 13.

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

⁵ ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร. เล่มเดิม.

⁶ Form The Sentencing Guideline Council, The Sexual Offence 2003 Definitive Guideline, Published by Sentencing Guideline Secretariat, April 2007, p 26-26.

ตารางที่ 3.1 หลักเกณฑ์ในการกำหนดบทลงโทษผู้ที่กระทำความผิดอาญา ในเหตุการณ์ฐานความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามพระราชบัญญัติความยุติธรรมแห่งอาญา 2003

ลักษณะของการกระทำ	โทษขั้นต่ำ	ช่วงของการกำหนดโทษ
การข่มขืนกระทำชำเราเหยื่อคนเดิมซ้ำหลายครั้ง หรือการข่มขืนกระทำชำเราเหยื่อหลายคน	จำคุก 15 ปี	จำคุก 13 – 19 ปี
การข่มขืนกระทำชำเรา โดย 1. มีการหน่วงเหนี่ยวกักขัง 2. ผู้ต้องหารู้ว่าตนเองอาจแพร่โรคติดต่อได้ 3. รุมโทรม 4. การล่อลวง หรือ 5. การทำร้ายร่างกาย	-จำคุก 13 ปี ถ้าเหยื่ออายุต่ำกว่า 13 ปี -จำคุก 10 ปี ถ้าเหยื่ออายุมากกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 16 ปี -จำคุก 8 ปี ถ้าเหยื่ออายุมากกว่า 16 ปี	-จำคุก 11-17 ปี -จำคุก 8 – 13 ปี -จำคุก 6 – 11 ปี
การข่มขืนกระทำชำเรากรรมเดียวโดยผู้กระทำคนเดียว	-จำคุก 10 ปี ถ้าเหยื่ออายุต่ำกว่า 13 ปี -จำคุก 8 ปี ถ้าเหยื่ออายุมากกว่า 13 ปี แต่ไม่เกิน 16 ปี -จำคุก 5 ปี ถ้าเหยื่ออายุมากกว่า 16 ปี	-จำคุก 8 – 13 ปี -จำคุก 6 – 11 ปี -จำคุก 4 – 8 ปี

ตารางที่ 3.2 เหตุเพิ่มโทษ และเหตุลดโทษ ฐานความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามพระราชบัญญัติความยุติธรรมแห่งอาญา 2003

เหตุเพิ่มโทษ	เหตุลดโทษ
<ol style="list-style-type: none"> 1. ผู้ต้องหาหลั่งน้ำอสุจิ 2. การข่มขู่ คุกคาม 3. การมอมยา หรือเครื่องดื่มน้ำที่มีแอลกอฮอล์ 4. การข่มขู่ไม่ให้แจ้งความ 5. การหน่วงเหนี่ยวหรือกักขัง 6. ผู้ต้องหารู้ว่าตนเองเป็นพาหะในการแพร่โรคติดต่อ 7. ผู้เสียหายเกิดการตั้งครรภ์หรือโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ 	<ol style="list-style-type: none"> 1. กรณีที่ผู้เสียหายอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไป ผู้เสียหายยินยอมให้กระทำชำเราแล้วเปลี่ยนใจไม่ยินยอมก่อนที่จะมีการกระทำชำเราเกิดขึ้น 2. ในกรณีที่ผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่า 16 ปี เป็นการร่วมประเวณีกันระหว่างเด็ก 2 คน โดยต่างคนต่างยินยอม 3. มีเหตุควรเชื่อว่าผู้กระทำมีอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไป

รัฐสภาอังกฤษได้ให้ความเห็นชอบเกี่ยวกับการกำหนดโทษที่ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะได้รับโทษสูงสุดประหารชีวิต โดยไม่คำนึงว่าการข่มขืนกระทำชำเราจะได้ทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้กระทำ เพราะการตัดสินว่าการข่มขืนกระทำชำเราแบบใดเป็นการละเมิดเสรีภาพทางเพศของผู้ถูกกระทำมากกว่ากันเป็นสิ่งที่ตัดสินได้ยาก จึงสรุปโทษขั้นต้นของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราดังนี้

จำคุก 5 ปี ในกรณีที่ผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นผู้ใหญ่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยผู้ต้องหาคนเดียว เมื่อไม่มีเหตุเพิ่มโทษอื่นใด

จำคุก 8 ปี ถ้าการกระทำความผิดนั้นมีเหตุเพิ่มโทษใด ๆ ก็ตาม

จำคุก 10 ปี ในกรณีที่ผู้ถูกกระทำเป็นเด็กอายุไม่เกิน 16 ปี

จำคุก 13 ปี ในกรณีที่ผู้ถูกกระทำเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี และมีเหตุเพิ่มโทษอื่น

โดยโทษดังกล่าวเป็นการกำหนดโทษขั้นต้นเท่านั้น ถ้ามีเหตุเพิ่มโทษอื่น ผู้กระทำอาจจะได้รับโทษหนักขึ้น ดังนั้นโทษขั้นต้นของการข่มขืนกระทำชำเรา ไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกกระทำ ผู้กระทำจะต้องได้รับโทษเท่ากัน แต่หากมีการวางแผนเพื่อกระทำความผิด ผู้กระทำจะต้องได้รับโทษหนักขึ้น ซึ่งการตัดสินกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะพิจารณาจากความรู้สำนึกถึงการกระทำของผู้ถูกกระทำ โดยผู้ถูกกระทำไม่จำเป็นต้องรู้ถึงการถูกกระทำ เนื่องจากผู้ถูกกระทำอาจไม่รู้ว่าการมีเพศสัมพันธ์คืออะไร เช่น เด็ก หรือคนพิการทางจิต เป็นต้น

นอกจากจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศชาย ตามมาตรา 1 และมาตรา 5 แล้วนั้น กฎหมายยังมีความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศ โดยการสอดใส่โดยไม่ได้อำนาจว่าต้องเป็นเพียงอวัยวะเพศชายเท่านั้น ไว้ในมาตรา 2 และมาตรา 6 ดังนี้

มาตรา 2⁷ ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่

(1) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้ หาก

(a) ผู้กระทำเจตนาสอดใส่ส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือวัตถุอื่นใดเข้าไปในอวัยวะ เพศหญิงหรือทวารหนักผู้อื่น

(b) การสอดใส่นั้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ

(c) โดยผู้กระทำไม่ยินยอมให้ผู้ถูกระทำการสอดใส่ และ

(d) ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกระทำยินยอมให้ผู้ถูกระทำการเช่นนั้น

(2) เหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกระทำให้ความยินยอมหรือไม่ ต้องพิจารณาจากสภาพเหตุการณ์ทั้งหมดที่เกิดขึ้น ซึ่งรวมถึงทุกขั้นตอนที่ผู้กระทำเชื่อว่าผู้ถูกระทำยินยอม

(3) นำมาตรา 75 และมาตรา 76 มาปรับใช้กับมาตรานี้ได้

(4) ผู้กระทำความผิดฐานนี้ต้องรับโทษสูงสุดไม่เกินจำคุกตลอดชีวิต

มาตรา 6 ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่แก่เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

(1) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้ หาก

⁷ The Sexual Offences Act 2003.

2 Assault by penetration

(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,

(b) the penetration is sexual,

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

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

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

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

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

(a) ผู้กระทำความผิดสอดใส่ส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือวัตถุอื่นใดเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักผู้อื่น

(b) การสอดใส่นั่นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ

(c) กระทำต่อบุคคลที่อายุต่ำกว่า 13 ปี

(2) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้ต้องระวางโทษสูงสุดไม่เกินจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ตามมาตรา 2 และมาตรา 6 มุ่งคุ้มครองเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกาย และเสรีภาพในทางเพศของผู้ถูกระทำมิให้ผู้อื่นกระทำการละเมิดด้วยการสอดใส่ส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือวัตถุประสงค์ทางเพศ ซึ่งการกระทำความผิดฐานนี้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ถูกระทำเทียบเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากเป็นการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้ถูกระทำเช่นเดียวกัน ความผิดฐานนี้กฎหมายไม่ได้มิได้ระบุว่าผู้กระทำต้องเป็นเพศใด อาจเป็นการกระทำระหว่างชายกับหญิง หรือชายกับชาย หรือหญิงกับหญิงก็ได้ ซึ่งผู้ถูกระทำต้องไม่ยินยอมให้ทำการสอดใส่ และผู้ที่กระทำความผิดตามมาตรา 2 จะต้องรับโทษหนักขึ้นหากมีเจตนากระทำความผิดโดยรู้ว่าผู้ถูกระทำไม่ยินยอม หรือไม่สนใจว่าผู้ถูกระทำจะยินยอมหรือไม่ ประกอบกับต้องไม่มีเหตุอันควรเชื่อที่ผู้ถูกระทำยินยอมให้ผู้กระทำยินยอมกระทำการเช่นนั้น โดยบทสันนิษฐานหรือการวินิจฉัยว่ามีเหตุอันควรเชื่อหรือไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์เดียวกับการพิจารณาตามมาตรา 1⁹

มาตรา 224 แห่งพระราชบัญญัติความยุติธรรมแห่งอาญา 2003 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการกำหนดบทลงโทษผู้ที่กระทำความผิดอาญาในเหตุจรรยาบรรณความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ ตามมาตรา 2 และความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่เด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ตามมาตรา 6 โดยผู้กระทำความผิดทั้งสองฐานต้องรับโทษสูงสุดจำคุกตลอดชีวิต และต้องรับโทษหนักขึ้น หากมีเหตุจรรยาบรรณเหล่านี้ประกอบ¹⁰

⁸ ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร. เล่มเดิม.

⁹ แหล่งเดิม.

¹⁰ From The Sentencing Guideline Council, The Sexual Offence 2003 Definitive Guideline, Published by Sentencing Guideline Secretariat, April 2007, p 26-26.

ตารางที่ 3.3 หลักเกณฑ์ในการกำหนดบทลงโทษผู้ที่กระทำความผิดอาญาในเหตุจรรยาบรรณ ความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ ตามพระราชบัญญัติความ ยุติธรรมแห่งอาญา 2003

ลักษณะของการกระทำ	โทษขั้นต่ำ	ช่วงของการกำหนดโทษ
การสอดใส่โดยใช้วัตถุหรือส่วนใดส่วน หนึ่งของร่างกายประกอบกับ 1. มีการหน่วงเหนี่ยวหรือกักขัง ผู้ถูกกระทำ 2. มีผู้ร่วมกระทำความผิดมากกว่า 1 คน ขึ้นไป 3. กระทำต่อคนในปกครอง 4. กระทำโดยมีคติเกี่ยวกับเพศ ศาสนา ประสพการณ์ทางเพศ และความพิการ 5. มีการทำร้ายร่างกายผู้ถูกกระทำ	-จำคุก 13 ปี ถ้าเหยื่ออายุต่ำกว่า 13 ปี -จำคุก 10 ปี ถ้าเหยื่ออายุมากกว่า 13 ปี แต่ไม่ เกิน 16 ปี -จำคุก 8 ปี ถ้าเหยื่ออายุมากกว่า 16 ปี	-จำคุก 11-17 ปี -จำคุก 8 – 13 ปี -จำคุก 6 – 11 ปี
การสอดใส่โดยใช้วัตถุ ถ้าวัตถุนั้นยังมี ขนาดใหญ่ หรือยังเป็นอันตราย จะต้อง รับโทษหนักขึ้น	-จำคุก 7 ปี ถ้าเหยื่ออายุต่ำกว่า 13 ปี -จำคุก 5 ปี ถ้าเหยื่ออายุมากกว่า 13 ปี แต่ไม่ เกิน 16 ปี -จำคุก 3 ปี ถ้าเหยื่ออายุมากกว่า 16 ปี	-จำคุก 11 – 10 ปี -จำคุก 4 – 8 ปี -จำคุก 2 – 5 ปี
การสอดใส่โดยใช้ส่วนใดส่วนหนึ่งของ ร่างกาย (นิ้วมือ นิ้วเท้า หรือลิ้น) ซึ่งไม่ ทำให้ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บทาง กายภาพ	-จำคุก 5 ปี ถ้าเหยื่ออายุต่ำกว่า 13 ปี -จำคุก 4 ปี ถ้าเหยื่ออายุมากกว่า 13 ปี แต่ไม่ เกิน 16 ปี -จำคุก 2 ปี ถ้าเหยื่ออายุมากกว่า 16 ปี	-จำคุก 4 – 8 ปี -จำคุก 3 – 7 ปี -จำคุก 1 – 4 ปี

ตารางที่ 3.4 เหตุเพิ่มโทษ และเหตุลดโทษ ฐานความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณีความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ ตามพระราชบัญญัติความยุติธรรมแห่งอาญา 2003

เหตุเพิ่มโทษ	เหตุลดโทษ
1. มีการข่มขู่ หรือบังคับ 2. การใช้ยาเสพติด หรือเครื่องดัดที่มีแอลกอฮอล์ช่วยในการกระทำความผิด 3. การข่มขู่ไม่ให้แจ้งความ 4. การหน่วงเหนี่ยวหรือกักขัง 5. ผู้ต้องหารู้ว่าตนเองเป็นพาหะในการแพร่โรคติดต่อ 6. เกิดการบาดเจ็บทางกายภาพจากการสอดใส่ 7. ผู้กระทำหลังอสุจิ หรือทำให้ผู้ถูกกระทำหลังน้ำอสุจิ	1. กรณีที่ผู้เสียหายอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไป ผู้เสียหายยินยอมให้กระทำชำเราแล้วเปลี่ยนใจไม่ยินยอมก่อนที่จะมีการกระทำชำเราเกิดขึ้น 2. ในกรณีที่ผู้เสียหายมีอายุต่ำกว่า 16 ปี - เป็นการร่วมประเวณีกันระหว่างเด็ก 2 คน โดยต่างคนต่างยินยอม - มีเหตุควรเชื่อว่าผู้กระทำมีอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไป

นอกจากนี้พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศยังได้บัญญัติคุ้มครองทางเพศแก่บุคคลที่มีความบกพร่องทางจิต ซึ่งอาจทำให้เขาไม่สามารถเข้าใจ หรือรับรู้ถึงการละเมิดทางเพศได้ เช่น มาตรา 30¹¹ กิจกรรมทางเพศกับผู้ที่มีความบกพร่องทางจิต

¹¹ The Sexual Offences Act 2003

30 Sexual activity with a person with a mental disorder impeding choice

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

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

(b) the touching is sexual,

(c) B is unable to refuse because of or for a reason related to a mental disorder, and

(d) A knows or could reasonably be expected to know that B has a mental disorder and that because of it or for a reason related to it B is likely to

be unable to refuse.

(2) B is unable to refuse if—

(a) he lacks the capacity to choose whether to agree to the touching (whether because he lacks sufficient understanding of the nature or reasonably foreseeable consequences of what is being done, or for any other reason), or

(b) he is unable to communicate such a choice to A.

(3) A person guilty of an offence under this section, if the touching involved—

- (1) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้ หาก
- ตั้งใจสัมผัสผู้อื่น
 - สัมผัสเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ
 - ผู้ถูกระทำไม่สามารถปฏิเสธได้เนื่องจากความเจ็บป่วยทางจิต และ
 - ผู้กระทำรู้หรือคาดหมายได้ว่าผู้ถูกระทำมีความเจ็บป่วยทางจิต ซึ่งทำให้
 - ผู้ถูกระทำไม่สามารถปฏิเสธได้
- (2) ผู้ถูกระทำไม่สามารถปฏิเสธ หาก
- บกพร่องในความสามารถในการเลือกที่จะยอมให้สัมผัส (ไม่ว่าจะเป็นเพราะขาดความเข้าใจที่เพียงพอในสภาพโดยธรรมชาติหรือในผลลัพธ์ที่สามารถคาดการณ์ล่วงหน้าในสิ่งที่กำลังถูกระทำ หรือด้วยเหตุผลอื่นใด) หรือ
 - ไม่สามารถสื่อสารความต้องการกับผู้กระทำ
- (3) ผู้กระทำมีความผิดตามมาตรานี้ ถ้าการกระทำนั้น
- เป็นการล่วงล้ำเข้าไปในทวารหนัก หรืออวัยวะเพศหญิงของผู้ถูกระทำ ด้วยอวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของผู้กระทำ หรือด้วยสิ่งอื่นใด
 - เป็นการล่วงล้ำเข้าไปในปากของผู้อื่น ด้วยอวัยวะเพศชายของผู้กระทำ
 - เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำสอดใส่อวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของผู้ถูกระทำเอง หรือวัตถุอื่นใดเข้าไปในทวารหนัก หรืออวัยวะเพศหญิงของผู้อื่น
 - เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำสอดใส่อวัยวะเพศชายของผู้ถูกระทำเข้าไปในช่องปากของผู้อื่น
- ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษสูงสุดไม่เกินจำคุกตลอดชีวิต
- (4) การกระทำความผิดตามมาตรานี้ นอกเหนือจาก (3) ถูกลำมาใช้ ผู้กระทำต้องรับโทษดังนี้

(a) penetration of B's anus or vagina with a part of A's body or anythingelse,
 (b) penetration of B's mouth with A's penis,
 (c) penetration of A's anus or vagina with a part of B's body, or
 (d) penetration of A's mouth with B's penis, is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

- (4) Unless subsection (3) applies, a person guilty of an offence under this section is liable—
- on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or to a fine not exceeding the statutory maximum or both;
 - on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years.

(a) กรณีผู้พิพากษาคนเดียวพิจารณา ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกเป็นเวลาไม่เกิน 6 เดือน หรือการปรับไม่เกินอัตราสูงสุดตามกฎหมายหรือทั้งจำทั้งปรับ

(b) กรณีคณะลูกขุนพิจารณา ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกเป็นเวลาไม่เกิน 14 ปี
มาตรา 31¹² การเป็นเหตุหรือกระตุ้นผู้ที่มีความบกพร่องทางจิตซึ่งไม่มีทางเลือกให้มีกิจกรรมทางเพศ

(1) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้ หาก

(a) ตั้งใจเป็นเหตุหรือกระตุ้นผู้อื่นให้มีส่วนร่วมในกิจกรรม

(b) กิจกรรมดังกล่าวส่อไปในทางเพศ

(c) ผู้ถูกกระทำไม่สามารถปฏิเสธได้เนื่องจากความเจ็บป่วยทางจิต และ

¹² The Sexual Offences Act 2003

31 Causing or inciting a person, with a mental disorder impeding choice, to engage in sexual activity

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

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

(b) the activity is sexual,

(c) B is unable to refuse because of or for a reason related to a mental disorder, and

(d) A knows or could reasonably be expected to know that B has a mental disorder and that because of it or for a reason related to it B is likely to be unable to refuse.

(2) B is unable to refuse if—

(a) he lacks the capacity to choose whether to agree to engaging in the activity caused or incited (whether because he lacks sufficient understanding of the nature or reasonably foreseeable consequences of the activity, or for any other reason), or

(b) he is unable to communicate such a choice to A.

(3) A person guilty of an offence under this section, if the activity caused or incited 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.

(4) Unless subsection (3) applies, a person guilty of an offence under this section is liable—

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

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years.

(d) ผู้กระทำรู้หรือคาดหมายได้ว่าผู้ถูกระทำมีความเจ็บป่วยทางจิต ซึ่งทำให้ผู้ถูกระทำไม่สามารถปฏิเสธได้

(2) ผู้ถูกระทำไม่สามารถปฏิเสธ หาก

(a) บกพร่องในความสามารถในการเลือกที่จะยอมให้สัมผัส (ไม่ว่าจะเป็นเพราะขาดความเข้าใจที่เพียงพอในสภาพโดยธรรมชาติหรือในผลลัพธ์ที่สามารถคาดการณ์ล่วงหน้าในสิ่งที่กำลังถูกระทำ หรือด้วยเหตุผลอื่นใด) หรือ

(b) ไม่สามารถสื่อสารความต้องการกับผู้กระทำ

(3) บุคคลมีความผิดในการกระทำผิดภายใต้หมวดนี้ หากการสัมผัสเกี่ยวข้องกับ

(a) การล่วงล้ำเข้าไปในทวารหนัก หรือช่องคลอดของผู้อื่น

(b) การล่วงล้ำเข้าไปในปากของผู้อื่น ด้วยอวัยวะเพศชายของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง

(c) การล่วงล้ำเข้าไปในทวารหนักหรือช่องคลอดของบุคคลใดบุคคลหนึ่งด้วยอวัยวะเพศชายของผู้ถูกระทำ หรือด้วยสิ่งอื่นโดยผู้ถูกระทำ

(d) การล่วงล้ำเข้าไปในปากของบุคคลใดบุคคลหนึ่งด้วยอวัยวะเพศชายของผู้ถูกระทำต้องรับผิดชอบทางกฎหมาย เมื่อถูกพิสูจน์ว่ากระทำผิดตามข้อกล่าวหา โดยการถูกจำคุกตลอดชีวิต

(4) เว้นแต่ข้อย่อย (3) ถูกนำมาใช้ บุคคลซึ่งกระทำความผิดภายใต้หมวดนี้ต้องรับผิดชอบทางกฎหมาย

(a) กรณีผู้พิพากษาคนเดียวพิจารณา ผู้กระทำผิดต้องระวางโทษจำคุกเป็นเวลาไม่เกิน 6 เดือน หรือการปรับไม่เกินอัตราสูงสุดตามกฎหมายหรือทั้งจำทั้งปรับ

(b) กรณีคณะลูกขุนพิจารณา ผู้กระทำผิดต้องระวางโทษจำคุกเป็นเวลาไม่เกิน 14 ปี
มาตรา 34¹³ การโน้มน้าว ข่มขู่ หรือหลอกลวง ให้นำมาซึ่งกิจกรรมทางเพศกับผู้ที่มีความบกพร่องทางจิต

¹³ The Sexual Offences Act 2003.

34 Inducement, threat or deception to procure sexual activity with a person with a mental disorder

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

(a) with the agreement of another person (B) he intentionally touches that person,

(b) the touching is sexual,

(c) A obtains B's agreement by means of an inducement offered or given, a threat made or a deception practised by A for that purpose,

(d) B has a mental disorder, and

(e) A knows or could reasonably be expected to know that B has a Mental Disorder

- (1) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้ หาก
 - (a) ตั้งใจสัมผัสผู้อื่นโดยความยินยอมของผู้นั้น
 - (b) การสัมผัสดังกล่าวส่อไปในทางเพศ
 - (c) ผู้กระทำได้รับความยินยอมจากผู้ถูกระทำโดยการโน้มน้าว ช่มชู้ หรือ หลอกลวงของผู้กระทำเพื่อจุดประสงค์นั้น
 - (d) ผู้ถูกระทำมีความป่วยทางจิต
 - (e) ผู้กระทำรู้หรือสามารถคาดหมายได้ว่าผู้ถูกระทำมีความป่วยทางจิต
- (2) บุคคลมีความผิดในการกระทำภายใต้หมวดนี้ หากการสัมผัสเกี่ยวข้องกับ
 - (a) การล้วงล้ำเข้าไปในทวารหนักหรือช่องคลอดของผู้ถูกระทำด้วยอวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของผู้กระทำ หรือด้วยสิ่งอื่นใด
 - (b) การล้วงล้ำเข้าไปในปากของผู้ถูกระทำด้วยอวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของผู้ถูกระทำ หรือ
 - (c) การล้วงล้ำเข้าไปในปากของผู้กระทำด้วยอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำต้องรับพิศชอบทางกฎหมาย เมื่อถูกพิสูจน์ว่ากระทำผิดตามข้อกล่าวหา โดยการถูกจำคุกตลอดชีวิต
- (3) เว้นแต่ข้อย่อย (2) ถูกนำมาใช้ บุคคลซึ่งกระทำความผิดภายใต้หมวดนี้ต้องรับพิศชอบทางกฎหมาย
 - (a) กรณีผู้พิพากษาคนเดียวพิจารณา ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกเป็นเวลาไม่เกิน 6 เดือน หรือการปรับไม่เกินอัตราสูงสุดตามกฎหมายหรือทั้งจำทั้งปรับ
 - (b) กรณีคณะลูกขุนพิจารณา ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกเป็นเวลาไม่เกิน 14 ปี

-
- (2) A person guilty of an offence under this section, if the touching involved—
 - (a) penetration of B’s anus or vagina with a part of A’s body or anything else,
 - (b) penetration of B’s mouth with A’s penis,
 - (c) penetration of A’s anus or vagina with a part of B’s body, or
 - (d) penetration of A’s mouth with B’s penis, is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.
 - (3) Unless subsection (2) applies, a person guilty of an offence under this section is liable—
 - (a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both;
 - (b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years.

3.2 การกำหนดเหตุการณ์ในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายระบบ Civil Law

3.2.1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแยกการละเมิดบทกฎหมายออกเป็นสองชนิด คือ การกระทำความผิดอาญา และการกระทำผิดกฎหมาย การกระทำผิดกฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อความสะดวก ในการปกครอง เช่น ความผิดเกี่ยวกับกฎจราจร โดยสภาพมีผลกระทบต่อสังคมไม่มากนัก แต่การกระทำความผิดอาญามีผลกระทบต่อความสงบสุขของสังคมมากกว่า สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้วางหลักเกณฑ์การกำหนดโทษจำเลยตามมาตรา 46 และมาตรา 47 ดังนี้¹⁴

1. หลักการกำหนดโทษตามมาตรา 46¹⁵

(1) ความชั่วของผู้กระทำความผิดจะเป็นพื้นฐานในการกำหนดโทษ ทั้งนี้จะต้องพิจารณาถึงผลซึ่งเกิดจากโทษที่กำหนดนี้ว่าจะกระทบถึงการดำเนินชีวิตในสังคมของผู้กระทำความผิดในอนาคต

(2) ในการกำหนดโทษนี้ ศาลจะชั่งน้ำหนักจากข้อเท็จจริง ทั้งที่เป็นส่วนดีและส่วนเสียของผู้กระทำความผิด ได้แก่มูลเหตุของการกระทำความผิด เป้าหมายของผู้กระทำความผิด ความรู้สึกนึกคิดซึ่งเห็นได้จากการกระทำ และจิตใจที่มีอยู่ในการกระทำ ความร้ายแรงของการกระทำผิดหน้าที่ ลักษณะของการกระทำความผิด แผลที่สะท้อนให้เห็นถึงความชั่วของการกระทำความผิด ประวัติของผู้กระทำความผิด สถานภาพของบุคคลในสังคม และฐานะทาง

¹⁴เหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต), โดย อิศรล วัฒนศักดิ์, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

¹⁵ GERMAN CRIMINAL CODE

Section 46 Principles of Determining Punishment

(1) The guilt of the perpetrator is the foundation for determining punishment. The effects which the punishment will be expected to have on perpetrator's future life in society shall be considered.

(2) In its determination the court shall counterbalance the circumstances which speak

For and against the perpetrator. In doing so consideration shall be given in particular to: the motives and aims of the perpetrator; the state of mind reflected in the act and the willfulness involved in its commission; the extent of breach of any duties; the manner of execution and the willfulness of the act; the perpetrator's prior history' his personal and financial circumstances; as well as his conduct after act, particularly his efforts to make restitution for the harm caused as well as the perpetrator's efforts to achieve mediation with the aggrieved party

(3) Circumstances which are already statutory element of the offense may not be considered.

เศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด รวมทั้งความประพฤติภายหลังการกระทำความผิด ความพยายามที่จะเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นของผู้กระทำความผิด

(3) พฤติการณ์ซึ่งเป็นลักษณะขององค์ประกอบความผิดไม่จำเป็นต้องนำมาพิจารณา

2. หลักการกำหนดโทษทางอาญา มาตรา 47¹⁶

(1) การลงโทษจำคุกระยะเวลาอันสั้น จะกระทำเฉพาะในกรณีข้อยกเว้นดังต่อไปนี้ ศาลจะลงโทษจำคุกในระยะต่ำกว่าหกเดือน ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงพิเศษเกี่ยวกับการกระทำ หรือลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิด และมีความจำเป็นเพื่อจะรักษาระเบียบกฎหมายของบ้านเมือง หรือเพื่อความเหมาะสมของผู้กระทำความผิด

(2) ภายในบังคับของวรรคแรก ถ้ากฎหมายไม่ได้กำหนดโทษปรับไว้ และโทษจำคุกหกเดือนไม่ใช่ข้อที่จะนำมาพิจารณา ศาลจะลงโทษปรับสถานเดียว ถ้ากฎหมายกำหนดโทษจำคุกขั้นต่ำโทษปรับจะต้องได้สัดส่วนกับอัตราโทษจำคุกขั้นต่ำ

ในสมัยยุคกลางของทางยุโรป การลงโทษความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จะถูกลงโทษอย่างทารุณตามแต่ความร้ายแรง โดยกฎหมายเกี่ยวกับการลงโทษและการทารุณกรรม และง่ายที่อาจจะถูกประหารชีวิต จึงแสดงให้เห็นว่าในยุคกลางได้เห็นความสำคัญของภัยคุกคามจากการข่มขืนกระทำชำเรา โดยเฉพาะการมีอิทธิพลของศาสนาคริสต์โดยองค์พระและนักบวชเป็นตัวจักรขับเคลื่อนกฎหมายอย่างเข้มงวด และด้วยความที่เพศหญิงในสมัยนั้นสิทธิต่าง ๆ ยังตกอยู่ภายใต้อำนาจฝ่ายชายเป็นหลัก¹⁷

ในปัจจุบันความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ถูกกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 177 ถึง มาตรา 179 ดังนี้

¹⁶ GERMAN CRIMINAL CODE

Section 47 Short terms of imprisonment as the exception

(1) The court shall not impose a term of imprisonment of less than six months unless special circumstances exist, either in the offence or the person of the offender, that strictly require the imposition of imprisonment either for the purpose of reform of the offender or for reasons of general deterrence.

(2) If the law does not provide for a fine and a term of imprisonment of six months or more is not to be imposed, the court shall impose a fine unless the imposition of a sentence of imprisonment is strictly required pursuant to subsection (1) above. If the law provides for an increased minimum term of imprisonment, the minimum fine in cases covered by the 1st sentence of this subsection shall be determined by the minimum term of imprisonment; thirtydaily units shall correspond to one month's imprisonment.

¹⁷ความคิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษาขอบเขตของการให้ความยินยอมโดยผู้เสียหาย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติ), โดย ณัฐวรรณ ดวงวงใต้, 2558, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

มาตรา 177¹⁸ การใช้กำลังบังคับในทางเพศ หรือการข่มขืนกระทำชำเรา

(1) บุคคลใดบังคับบุคคลอื่น

1. โดยใช้กำลังบังคับ

2. โดยการข่มขู่ว่าจะทำให้เกิดอันตรายอันใกล้จะถึงแก่ชีวิตหรือร่างกาย หรือ

3. อาศัยโอกาสที่ผู้เสียหายไม่มีทางสู้และอยู่ในภาวะจำยอมของผู้กระทำ เพื่อบังคับให้ตนทุกข์ต่อกิจกรรมในทางเพศโดยผู้กระทำหรือโดยบุคคลที่สาม หรือให้มีการเข้ามามี

¹⁸ GERMAN CRIMINAL CODE

Section 177 Sexual assault by use of force or threats; rape

(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.

(3) The penalty shall be imprisonment of not less than three years if the offender

1. carries a weapon or another dangerous instrument;

2. otherwise carries an instrument or other means for the purpose of preventing or overcoming the resistance of another person through force or threat of force; or

3. by the offence places the victim in danger of serious injury.

(4) The penalty shall be imprisonment of not less than five years if

1. the offender uses a weapon or another dangerous instrument during the commission of the offence; or if

2. the offender

(a) seriously physically abuses the victim during the offence; or

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

(5) In less serious cases under subsection (1) above the penalty shall be imprisonment from six months to five years, in less serious cases under subsections (3) and (4) above imprisonment from one to ten years

ส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับผู้กระทำความผิดหรือบุคคลที่สาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปี

(2) ต้องระวางโทษไม่น้อยกว่า 2 ปี หากมีเหตุฉกรรจ์ โดยเหตุฉกรรจ์ได้แก่

1. ผู้กระทำได้ล่วงประเวณีผู้เสียหายอย่างเสร็จสมบูรณ์ หรือมีเพศสัมพันธ์กับผู้เสียหายในลักษณะคล้ายคลึงกัน หรืออนุญาตให้การกระทำเกิดขึ้นกับตนเองโดยผู้เสียหาย ซึ่งทำให้ผู้เสียหายเสื่อมเสีย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อถูกทำร่วมกับการล่วงล้ำทางร่างกาย

2. ได้มีการร่วมกันกระทำความผิดในลักษณะ โทรมหุยิง โดยมีผู้กระทำผิดตั้งแต่สองคนขึ้นไป

(3) ต้องระวางโทษไม่น้อยกว่า 3 ปี ถ้าผู้กระทำความผิด

1. มีอาวุธหรือเครื่องมือที่เป็นอันตรายอื่น ๆ

2. มีเครื่องมือหรือปัจจัยเพื่อป้องกันหรือเอาชนะการขัดขืนของอีกบุคคลหนึ่งผ่านการใช้กำลังหรือการข่มขู่ว่าจะใช้กำลัง

3. ทำให้ผู้เสียหายได้รับอันตรายสาหัส

(4) ต้องระวางโทษไม่ต่ำกว่า 5 ปี ถ้าผู้กระทำความผิด

1. ใช้อาวุธหรือเครื่องมือที่เป็นอันตรายระหว่างก่อเหตุ หรือ

2. ทารุณทางร่างกายผู้เสียหายอย่างรุนแรงจากการกระทำนั้น หรือทำให้ผู้เสียหายได้รับอันตรายถึงแก่ชีวิตจากการกระทำนั้น

(5) ในกรณีที่รุนแรงน้อยกว่าภายใต้ (1) จะต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 5 ปี ส่วนในกรณีที่รุนแรงน้อยกว่าภายใต้ (3) และ (4) จะต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ถึง 10 ปีและหากผู้กระทำความผิดตามมาตรา 177 เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 178¹⁹

นอกจากนี้ยังได้บัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศผู้อื่นที่อยู่ในสภาวะซึ่งไม่อาจขัดขืน หรือช่วยเหลือตนเองได้ ไว้ในมาตรา 179 ดังนี้

การล่วงละเมิดทางเพศต่อบุคคลซึ่งไม่สามารถขัดขืนได้ มาตรา 179²⁰

¹⁹ GERMAN CRIMINAL CODE

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.

²⁰ GERMAN CRIMINAL CODE

Section 179 Abuse of persons who are incapable of resistance

(1) ผู้ใดได้กระทำการล่วงละเมิดบุคคลอีกบุคคลหนึ่งที่ไม่สามารถจัดขึ้นได้

1. เนื่องจากความป่วย หรือพิการทางจิตใจหรือ รวมถึงการติดยาเสพติด หรือ ความผิดปกติด้านสติสัมปชัญญะ หรือ

2. พิการทางร่างกาย โดยการอาศัยประโยชน์จากความอ่อนแอของผู้เสียหาย เมื่อกระทำการทางเพศต่อบุคคลนั้นหรือยินยอมให้ตนเองถูกระทำโดยบุคคลนั้น จะต้องระวางโทษ จำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 10 ปี

(2) ผู้ใดได้กระทำการล่วงละเมิดบุคคลที่ไร้ความสามารถในการจัดขึ้น ตาม (1) โดยการอาศัยประโยชน์จากความอ่อนแอ ในการโน้มน้าวบุคคลนั้นให้กระทำทางเพศต่อบุคคล ที่สาม หรือยินยอมให้บุคคลนั้นถูกระทำโดยบุคคลที่สาม ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับ (1)

(3) ในกรณีที่มีความรุนแรงต้องระวางอย่างต่ำไม่น้อยกว่า 1 ปี

(4) การพยายามกระทำความผิดก็ควรได้รับโทษเช่นเดียวกัน

(5) จะต้องระวางโทษไม่น้อยกว่า 2 ปี หาก

1. ผู้กระทำความผิดมีเพศสัมพันธ์กับผู้เสียหายหรือกระทำทางเพศในลักษณะ คล้ายคลึงกันอย่างสมบูรณ์ ซึ่งรวมถึงการล่วงล้ำทางร่างกาย หรือยินยอมให้ตนเองถูกระทำโดย เหยื่อ

2. การกระทำถูกระทำขึ้นร่วมกันโดยบุคคลมากกว่าหนึ่งคน หรือ

(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.

(5) The penalty shall be imprisonment of not less than two years if 1. the offender performs sexual intercourse or similar sexual acts with the victim which include penetration of the body, or allows them to be committed on himself by the victim; 2. the offence is committed jointly by more than one person; or 3. by the offence the offender places the victim in danger of serious injury or substantial impairment of his physical or emotional development.

(6) In less serious cases under subsection (5) above the penalty shall be imprisonment from one to ten years.

3. การกระทำของผู้กระทำความผิดทำให้ผู้เสียหายอยู่ในความเสี่ยงต่อความเสียหายทางร่างกายอย่างรุนแรงหรือการสูญเสียสำคัญทางร่างกาย หรือการพัฒนาทางอารมณ์ บัญญัติ ในมาตรา 179 ถูกบัญญัติขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ปกป้องผู้ถูกกระทำซึ่งไม่สามารถปกป้อง หรือช่วยเหลือตนเองให้พ้นจากการล่วงละเมิดทางเพศได้ ไม่ว่าจะเพราะเหตุความพิการ หรืออยู่ในภาวะไม่ได้สติ

นอกจากนี้ยังมีเหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีอื่น ๆ เช่น การข่มขืนกระทำชำเราในเครือญาติ มีบัญญัติไว้ในมาตรา 173²¹ โดยกำหนดให้ผู้กระทำชำเราผู้สืบสันดาน ซึ่งมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตจะต้องถูกลงโทษจำคุกสูงสุดสามปีขึ้นไป หรือถูกปรับ หรือกรณีกระทำชำเราบุพการีที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตจะต้องถูกลงโทษจำคุกสูงสุดสองปีขึ้นไป หรือถูกปรับ การล่วงละเมิดทางเพศผู้ซึ่งอยู่ใต้การปกครอง โดยกระทำต่อเด็กที่อยู่ใต้การปกครองหรือให้การดูแลหรือให้การศึกษา หรือกระทำต่อผู้ซึ่งได้รับการช่วยเหลือหรือสนับสนุนในหน้าที่การงาน โดยใช้อำนาจในทางมิชอบ บัญญัติไว้ในมาตรา 174²² หรือการทำละเมิดต่อทางเพศ

²¹ GERMAN CRIMINAL CODE

Section 173 Incest

(1) Whosoever performs an act of sexual intercourse with a consanguine descendant shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

(2) Whosoever performs an act of sexual intercourse with a consanguine relative in an ascending line shall be liable to imprisonment not exceeding two years or a fine; this shall also apply if the relationship as a relative has ceased to exist. Consanguine siblings who perform an act of sexual intercourse with each other shall be similarly punished.

(3) Descendants and siblings shall not be liable pursuant to this provision if they were not yet eighteen years of age at the time of the act.

²² GERMAN CRIMINAL CODE

Section 174 Abuse of position of trust

(1) Whosoever engages in sexual activity

1. with a person under sixteen years of age who is entrusted to him for upbringing, education or care;

2. with a person under eighteen years of age who is entrusted to him for upbringing, education or care or who is his subordinate within an employment or a work relationship, by abusing the dependence associated with the upbringing, educational, care, employment or work relationship; or

3. with his biological or adopted child not yet eighteen years of age, or allows them to engage in sexual activities with himself, shall be liable to imprisonment from three months to five years.

ต่อนักโทษหรือผู้ที่อยู่ในความควบคุมดูแล บัญญัติไว้ในมาตรา 174 a²³ หรือกรณีการอาศัยประโยชน์จากการได้รับความไว้วางใจในการให้คำปรึกษา การรักษาหรือการดูแลอื่นใด แก่ผู้ป่วยหรือคนพิการ รวมไปถึงผู้ป่วยโรคจิต บัญญัติไว้ในมาตรา 174c เป็นต้น

3.2.2 ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสแบ่งความร้ายแรงของความผิด โดยพิจารณาจากผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ ซึ่งสามารถแบ่งความร้ายแรงของความผิดได้ 3 ประเภท ได้แก่ ความผิดลหุโทษ ความผิดโทษชั้นกลางหรือความผิดที่กระทำโดยอาชญากรเล็ก ความผิดโทษชั้นสูงหรือความผิดที่กระทำโดย อาชญากรส่วนใหญ่²⁴

(2) Whosoever, under the conditions of subsection (1) Nos 1 to 3 above

1. engages in sexual activity in the presence of the person; or

2. induces the person to engage in sexual activity in his presence, in order to obtain sexual gratification for himself or the person shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

(3) The attempt shall be punishable.

(4) In cases under subsection (1) No 1 above, or subsection (2) above in conjunction with subsection (1) No 1, the court may order a discharge under this provision if taking into consideration the conduct of the person the harm of the offence is of a minor nature.

²³ GERMAN CRIMINAL CODE

Section 174a Sexual abuse of prisoners, patients and institutionalised persons

(1) Whosoever engages in sexual activity with a prisoner or a person detained by order of a public authority, who is entrusted to him for upbringing, education, supervision or care, by abusing his position, or allows them to engage in sexual activity with himself shall be liable to imprisonment from three months to five years.

(2) Whosoever abuses a person who has been admitted to an institution for persons who are ill or in need of assistance and are entrusted to him for supervision or care, by engaging in sexual activity with the person by exploiting the person's illness or need of assistance, or allows them to engage in sexual activity with himself shall incur the same penalty.

(3) The attempt shall be punishable.

²⁴ เหตุผลกรรจ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของประเทศไทย: ศึกษากรณีผู้เสียหายที่เป็นสตรีมีครรภ์ ผู้สูงอายุ ผู้พิการทางร่างกายและผู้พิการทางจิตใจ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี), โดย ชนารัตน์ ก้นประเสริฐ, 2556, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

1. ความผิดหุโทษ (contravention) เป็นความผิดที่กระทำโดยฝ่าฝืนคำสั่งของเจ้าพนักงานหรือขัดต่อระเบียบหรือคำสั่งต่าง ๆ ของรัฐ ซึ่งถือว่าความผิดประเภทนี้ไม่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อย

2. ความผิดโทษชั้นกลาง หรือความผิดที่กระทำโดยอาชญากรเล็ก ความผิดประเภทนี้เป็นความผิดส่วนใหญ่ของประเทศฝรั่งเศส โดยจะเห็นได้ว่ามีโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี เนื่องจากผู้กระทำความผิดเป็นอาชญากรเล็กในความผิดที่ถือว่าไม่มีผลกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยของสังคมเท่าใดนัก เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์หรือความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ทั่ว ๆ ไป เป็นต้น

3. ความผิดขั้นสูงหรือความผิดที่กระทำโดยอาชญากรส่วนใหญ่ ความผิดประเภทนี้ถือว่าเป็นความกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของรัฐหรือความสงบเรียบร้อยของสังคมอย่างรุนแรง ความผิดประเภทนี้จะมีโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไป เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ความผิดฐานก่อการร้าย ความผิดเกี่ยวกับเพศ เป็นต้น

ความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศฝรั่งเศสถูกบัญญัติอยู่ใน French Penal Code มาตรา 222-23 ถึง 222-30 โดยมีรายละเอียดดังนี้

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น (Rape) กำหนดไว้ในมาตรา 222-23

มาตรา 222-23²⁵ การกระทำการล่วงล้ำทางเพศใด ๆ ไม่ว่าในลักษณะใด ที่กระทำต่อบุคคลหนึ่งด้วยความรุนแรง การบีบบังคับ การข่มขู่ หรือการจู่โจมโดยไม่ให้ตั้งตัว คือการข่มขืน การข่มขืน มีโทษจำคุก 15 ปี

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรานี้ จะต้องมีการล่วงล้ำทางเพศ กล่าวคือ การล่วงล้ำทางเพศจะต้องมีการสอดใส่ อาจเป็นการร่วมประเวณีโดยวิธีธรรมชาติ ได้แก่ การใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่ หรือล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของหญิง หรือเป็นการร่วมประเวณีโดยวิธีผิดธรรมชาติ ได้แก่การใช้สิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้เสียหาย เป็นต้น จะเห็นได้ว่าผู้กระทำ หรือผู้ถูกกระทำอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้ ซึ่งการข่มขืนกระทำชำเรา นั้น อาจกระทำโดยวิธีการใช้ความรุนแรง การบีบบังคับ หรือการจู่โจมไม่ให้ตั้งตัว โดยผู้เสียหายไม่ยินยอมให้กระทำ

²⁵ PENAL CODE

ARTICLE 222-23 Any act of sexual penetration, whatever its nature, committed against another person by violence, constraint, threat or surprise, is rape.

Rape is punished by fifteen years' criminal imprisonment.

เหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา กำหนดไว้ในมาตรา 222-24

มาตรา 222-24²⁶ การข่มขืนมีโทษจำคุก 20 ปี

- (1) เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำพิการหรือทุพพลภาพถาวร
- (2) กระทำต่อผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี
- (3) กระทำต่อบุคคลที่มีความอ่อนแอเนื่องจากอายุ ความเจ็บป่วย ความทุพพลภาพ ความพิการทางร่างกายหรือจิตใจ หรือการตั้งครรภ์ เป็นที่ปรากฏหรือเป็นที่รับรู้ต่อผู้กระทำความผิด
- (4) กระทำต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีตามความเป็นจริง หรือเป็นการกระทำต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการี โดยการรับเป็นบุตรบุญธรรม หรือโดยบุคคลใด ๆ ก็ตามซึ่งมีอำนาจเหนือผู้ถูกกระทำ
- (5) กระทำต่อบุคคลใด ๆ โดยใช้อำนาจในตำแหน่งโดยไม่ชอบ
- (6) กระทำโดยบุคคลสองคนหรือมากกว่า ไม่ว่าจะโดยการเป็นตัวการหรือผู้สนับสนุน
- (7) กระทำโดยใช้อาวุธ หรือขู่เข็ญโดยใช้อาวุธ
- (8) กระทำโดยการโฆษณาหรือประกาศข้อความซึ่งไม่เจาะจงตัวผู้รับสารเพื่อชักนำให้เหยื่อได้ติดต่อกับผู้กระทำ
- (9) กระทำอันเนื่องมาจากรสนิยมทางเพศของเหยื่อ

²⁶ PENAL CODE

ARTICLE 222-24

Rape is punished by twenty years' criminal imprisonment

1° where it causes mutilation or permanent disability;

2° where it is committed against a minor under the age of fifteen years;

3° where it is committed against a person whose particular vulnerability, due to age, sickness, an infirmity, a physical or psychological disability or to pregnancy, is apparent or known to the perpetrator;

4° where it is committed by a legitimate, natural or adoptive ascendant, or by any other person having authority over the victim

5° where it is committed by a person misusing the authority conferred by his position;

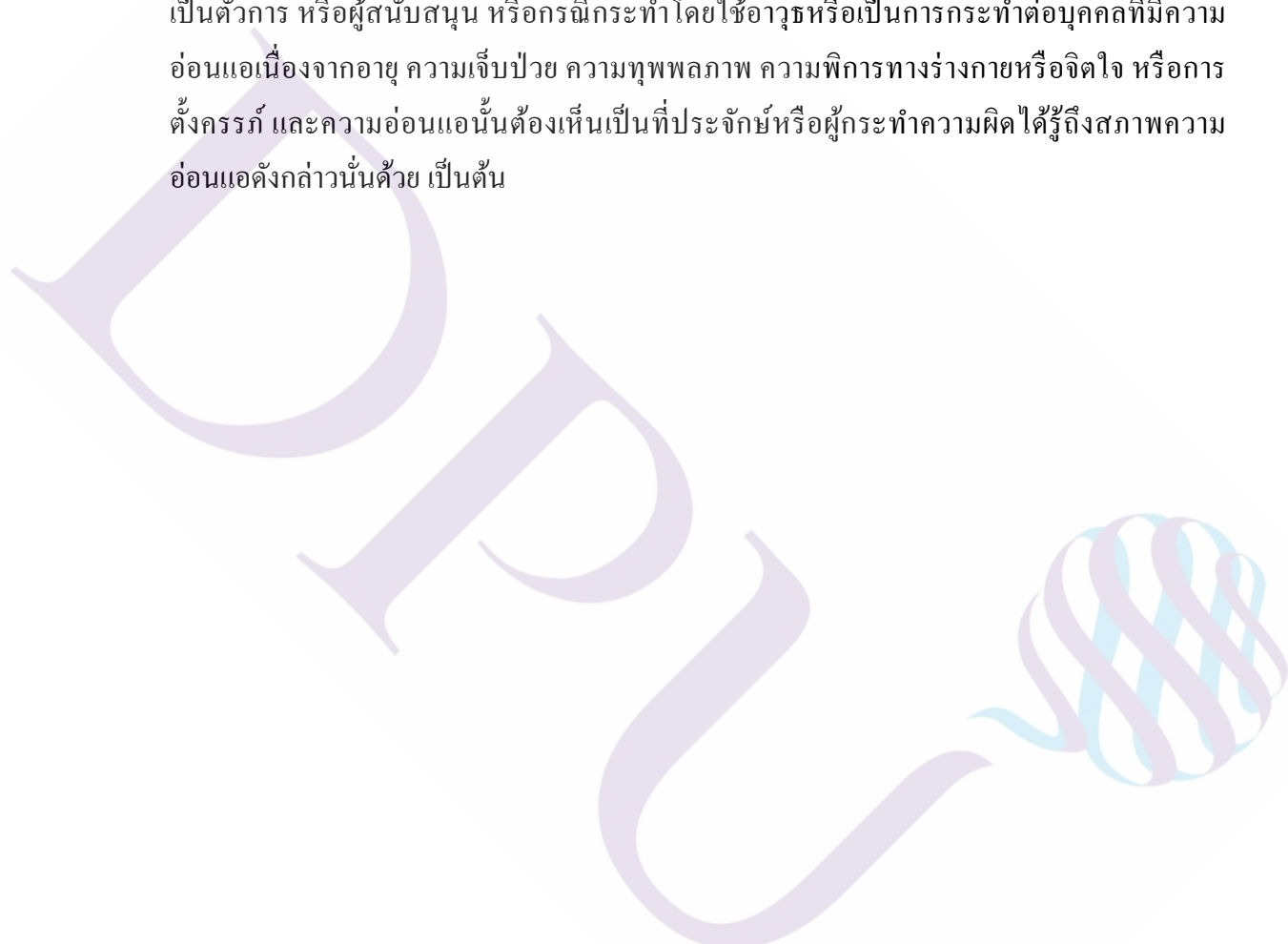
6° where it is committed by two or more acting as perpetrators or accomplices;

7° where it is committed with the use or threatened use of a weapon;

8° where the victim has been brought into contact with the perpetrator of these acts through the use of a communications network, for the distribution of messages to a non-specified audience;

9° where it is committed because of the sexual orientation of the victim.

จะเห็นได้ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศส หมายถึงการกระทำการล่วงล้ำทางเพศใด ๆ ไม่ว่าในลักษณะใด ที่กระทำต่อบุคคลอื่นด้วยความรุนแรง การบีบบังคับ การข่มขู่ หรือการจู่โจมโดยไม่ให้ผู้ถูกกระทำตั้งตัว โดยผู้กระทำความผิดอาจเป็นได้ทั้งชายและหญิง และกฎหมายยังกำหนดเหตุที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น จาก 10 ปี เป็น 15 ปี เช่นในกรณีที่มีการกระทำเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำต้องพิการอย่างถาวร หรือเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี หรือกรณีข่มขืนบุพการี เหนือเป็นการกระทำโดยร่วมกันหลายคน ไม่ว่าจะเป็นตัวการ หรือผู้สนับสนุน หรือกรณีกระทำโดยใช้อาวุธหรือเป็นการกระทำต่อบุคคลที่มีความอ่อนแอเนื่องจากอายุ ความเจ็บป่วย ความทุพพลภาพ ความพิการทางร่างกายหรือจิตใจ หรือการตั้งครรภ์ และความอ่อนแอ นั้นต้องเห็นเป็นที่ประจักษ์หรือผู้กระทำความผิดได้รู้ถึงสภาพความอ่อนแอดังกล่าวนั้นด้วย เป็นต้น



บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบการกำหนดเหตุผลการกระทำที่เหมาะสม ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในแต่ละประเทศจะมีลักษณะการกระทำที่แตกต่างกัน เช่น ลักษณะของการกระทำ ผู้กระทำ และผู้ถูกกระทำ เป็นต้น มาตรการในการกำหนดเหตุผลการกระทำของแต่ละประเทศจึงมีความแตกต่างกันไปด้วย โดยมาตรการในการกำหนดเหตุผลการกระทำขึ้นอยู่กับสิ่งที่ประเทศนั้นให้ความสำคัญ

4.1 วิเคราะห์ปัญหาการกำหนดเหตุผลการกระทำในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายไทย

เนื่องจากสถานการณ์ในปัจจุบันปัญหาการข่มขืนกระทำชำเรามีมากขึ้นเรื่อย ๆ และนับวันยิ่งจะทวีความรุนแรงขึ้น และสิ่งที่น่ากังวลมากคือผู้กระทำความผิดยังเป็นผู้ชาย แต่สามารถกระทำความผิดทางเพศที่ร้ายแรงได้โดยไม่เกรงกลัวต่อสังคม “ความผิดทางเพศที่ร้ายแรง” คือการข่มขืนกระทำชำเรา โดยใช้กำลังขู่เข็ญหรือใช้อาวุธ หรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือชายและหากผู้กระทำความผิดมีจิตใจชั่วร้าย โหดเหี้ยม ก็อาจจะทำให้ผู้เสียหายบาดเจ็บสาหัสหรือถึงแก่ความตายได้ แต่ถ้าหากเหยื่อที่ถูกข่มขืนกระทำชำเรามีชีวิตรอดมาได้ก็จะไม่ยอมปรากฏตัวหรือเข้าแจ้งความ เพราะสังคมไทยจะมองว่าการถูกข่มขืนเป็นเรื่องที่น่าอับอาย ทำให้ผู้ที่กระทำความผิดเกิดความหยาบใจ และกระทำความผิดซ้ำ การกระทำความผิดทางเพศที่รุนแรงเป็นภัยต่อความมั่นคงทางสังคม ถือเป็นคดีสะท้อนขวัญและกระทบกระเทือนต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน จากการศึกษาจะพบว่าลักษณะเด่นของความผิดส่วนใหญ่ คือ ผู้กระทำอาจไม่มีความสัมพันธ์ทางสังคมกับผู้เสียหายมาก่อน เขาไม่คิดว่าตนเองเป็นอาชญากร แม้ว่าจะรู้ว่าตนแตกต่างหรือผิดแปลกจากคนอื่น ทักษะคิดของเขาจะเป็นเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา ยกเว้นพฤติกรรมทางเพศที่ผิดปกติ บุคคลอื่นจะไม่สังเกตเห็นความผิดปกติทางเพศก่อนหน้าที่เขาจะกระทำความผิด จึงเป็นการยากที่ผู้เสียหายหรือใครจะคาดเดาได้ว่าเขาเป็นอาชญากร หรือเป็นคนที่จิตใจผิดปกติ ทำให้ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อไม่ทันระวังตัว และผู้เสียหายส่วนมากคือผู้หญิง เด็ก หรือบุคคลที่ไร้ความสามารถในการป้องกันตนเอง (วิกลจริต พิการทางจิตใจหรือร่างกาย) บุคคลเหล่านี้มีความอ่อนแอทางชีวภาพ จึงไม่สามารถต่อสู้ขัดขืนผู้กระทำความผิดได้ง่าย ยิ่งเกิดการข่มขืนมากเท่าไร

ยังเกิดอันตรายต่อชีวิตมากเท่านั้น เราจึงไม่สามารถรู้เลยว่าบุคคลใดเป็นบุคคลอันตราย เพราะแม้แต่คนใกล้ชิด เช่น บุพการีญาติพี่น้อง ครูอาจารย์ หรือเพื่อนซึ่งเราให้ความไว้วางใจได้ บุคคลเหล่านี้ก็สามารถทำร้ายได้เช่นกัน

สาเหตุของการกระทำความผิดข่มขืน ได้แก่ ความผิดปกติทางจิตใจ หรือจิตบกพร่อง อาจเกิดจากปมด้อยในอดีต หรือผิดปกติตั้งแต่กำเนิด ความผิดปกติทางด้านร่างกาย เช่น โรคสมองอักเสบ การเลี้ยงดูมาในสภาพแวดล้อมที่ไม่ดีเห็นผู้หญิงเป็นเพศที่อ่อนแอ หรืออาจไม่ได้รับการอบรมสั่งสอน หรือการเสพแอลกอฮอล์ซึ่งมีผลต่อความยับยั้งชั่งใจและไม่สามารถควบคุมสติได้ เป็นต้น “จิตบกพร่อง” ยังแบ่งย่อยเป็นหลายประเภท ได้แก่ จิตทรมาน จิตผันผวน ผิดปกติทางเพศ ปัญญาอ่อน และมีอาการวิปริตทางจิตอื่น ๆ¹

สำหรับพวกจิตทรมาน พวกนี้มิได้มีสติปัญญาเสื่อมแต่อย่างใด ถ้าดูจากภายนอกอาจจะเห็นว่าเป็นคนดี แต่ผู้ที่เป็โรคนี้เพียงแต่มีจิตใจที่ผิดไปจากธรรมดาซึ่งมีลักษณะไปในทางเลวร้าย รู้สึกเป็นศัตรูต่อสังคมและเห็นแก่ตัวอย่างรุนแรง ไม่มีความเห็นอกเห็นใจหรือเมตตาปราณี ไม่มีศีลธรรม คล้ายกับว่ามีปมด้อยหรือมีสิ่งกีดขวางอยู่ภายใน และระบายออกไปในทางที่ขัดหรือแย้งต่อสังคม เช่น พวกที่กระทำผิดทางเพศ อนาคต เราชอบทำร้ายคนด้วยวิธีโหดร้ายทารุณ

สำหรับพวกที่ผิดปกติทางเพศ ได้แก่ ผู้ที่มีความต้องการทางเพศที่ผิดปกติธรรมดา เช่น มีความต้องการทางเพศสูงและวิปริต ซึ่งอาจแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ซาดิสม์ (Sadism) เป็นพวกที่ชอบทำร้ายผู้อื่นจึงจะมีความสุขทางเพศ และพวกมาโซซิสม์ (Masochism) เป็นพวกที่ชอบถูกผู้อื่นทำร้ายจึงจะมีความสุขทางเพศ พวกโรคจิตประเภทนี้ หากมีอาการมากอาจจะเกิดอารมณ์รุนแรงจนก่ออาชญากรรมทางเพศ หรือฆ่าคนเพื่อความสุขทางเพศได้ ดังนั้นกฎหมายจึงต้องกำหนดเหตุการณ์ หรือเหตุที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นเพื่อเป็นมาตรการในการยับยั้งข่มขู่ผู้กระทำความผิดที่มีความชั่วร้าย²

จากการศึกษาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยได้มีการกำหนดเหตุการณ์โดยเริ่มตั้งแต่ตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 พ.ศ. 2514 กล่าวคือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงตามมาตรา 276 ได้มีการกำหนดเหตุการณ์ คือ กระทำความผิดโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษหนักขึ้นเป็นจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่

¹ จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา, โดย ประธาน วัฒนาวณิชย์, 2546, กรุงเทพฯ: ประกายพริ้ง.

² แหล่งเดิม.

10 ปี ถึง 20 ปี ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโทษในเหตุการณ์ดังกล่าวในปี พ.ศ. 2525 เป็นจำคุกตั้งแต่ 15 ปี ถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 30,000 บาท ถึง 40,000 บาท หรือจำคุกตลอดชีวิต แต่ไม่ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเหตุการณ์แต่อย่างใด

ส่วนความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 ได้มีการกำหนดเหตุการณ์ คือ กระทำความผิดโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิง และเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอมหรือได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่ 15 ถึง 20 ปี ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโทษในเหตุการณ์ ในปี พ.ศ. 2525 เหลือเป็นระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตสถานเดียว และเมื่อปี พ.ศ. 2530 ได้มีการขยายขอบเขตความรับผิดจากกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี เป็นอายุไม่เกิน 15 ปี ส่วนการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี จึงเป็นเหตุการณ์ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ต่อมาในปี พ.ศ. 2550 นอกจากจะมีการแก้ไขคำนิยาม และหลักเกณฑ์ของการกระทำชำเราแล้ว ยังได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเหตุการณ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 เป็นการกระทำความผิดโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงและเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต กล่าวคือมีการเพิ่ม “โดยใช้อาวุธ”

ซึ่งจะเห็นได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้ตระหนักถึงปัญหาการข่มขืนกระทำชำเรา เห็นได้จากเหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศ ที่มองเห็นถึงสภาพสังคมในปัจจุบันว่าอาชญากรรมบางประเภทโดยเฉพาะอย่างยิ่งอาชญากรรมที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศได้ทวีความรุนแรงขึ้น แต่ทางแก้ของฝ่ายนิติบัญญัติคือการเพิ่มอัตราโทษสำหรับผู้กระทำความผิดให้สูงขึ้น เพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด แม้ว่า การเพิ่มอัตราโทษให้สูงขึ้นเป็นวิธีการเพื่อยับยั้งข่มขืนผู้กระทำความผิดให้เกรงกลัวต่อโทษก็จริง แต่ถ้าพิจารณาจากกฎหมายต่างประเทศแล้วจะเห็นว่าต่างประเทศจะมีมาตรการการกำหนดเหตุการณ์เพื่อคุ้มครองผู้เสียหายให้มีความเหมาะสมและครอบคลุมมากกว่าประเทศไทย ผู้เขียนจึงเห็นถึงปัญหาการกำหนดเหตุการณ์ในความผิดฐานข่มขืนตามกฎหมายไทย โดยแยกเป็นดังนี้

1. ปัญหาความไม่เหมาะสมของการกำหนดเหตุการณ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอาญาไทยในปัจจุบัน กล่าวคือ เหตุการณ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคสาม ได้กำหนดเหตุการณ์เกี่ยวกับ “อาวุธ” ซึ่งกำหนดว่าผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นหากเป็นการกระทำความผิดโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด เนื่องจากกฎหมายเห็นว่าอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดเป็นอาวุธที่ร้ายแรง สามารถก่ออันตรายให้ผู้เสียหายบาดเจ็บสาหัสหรือถึงแก่ชีวิตได้ ซึ่งหากพิจารณาตามสถานการณ์จริงแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าอาวุธที่อาชญากรใช้ “ไม่ได้

มีแต่อาวุธปืน โดยส่วนใหญ่แล้วอาวุธอื่น ๆ เช่นมีด คัตเตอร์ หรือเหล็กขูดซาร์ป เป็นต้น ก็สามารถทำอันตรายผู้เสียหายได้ถึงแก่ความตายหรือบาดเจ็บสาหัสได้เช่นกัน อีกทั้งการมีอาวุธหรือเครื่องมือต่าง ๆ ที่สามารถทำอันตรายต่อผู้เสียหายได้ ย่อมทำให้เกิดการเสี่ยงภัยต่อผู้เสียหายตลอดเวลา การมีอาวุธ หรือการนำอาวุธมาขู่ว่าจะทำอันตรายต่อผู้เสียหายนั้น แม้ไม่ใช่อาวุธปืนก็ทำให้ผู้เสียหายกลัวจนไม่สามารถขจัดขึ้นการกระทำความผิดของอาชญากรได้ เพราะอาชญากรเหล่านี้จะพกอาวุธมาเพื่ออำนวยความสะดวกในการกระทำความผิดเสมอ และเมื่อพิจารณาเหตุการณ์เกี่ยวกับอาวุธในความผิดฐานกระทำความผิดตามมาตรา 277 ซึ่งกฎหมายได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเหตุการณ์กรรจ์ให้เหมาะสมมากกว่าเดิม คือนอกจากการมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดแล้ว จะเพิ่มการใช้อาวุธด้วย ก็ยังไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบันอยู่ดี ซึ่งจะเห็นได้ว่าความผิดฐานกรรจ์หรือความผิดฐานปล้นทรัพย์ ซึ่งเป็นความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและทรัพย์ หากได้กระทำโดยมีอาวุธติดตัวมาขู่เข็ญ หรือหากผู้กระทำความผิดคนหนึ่งคนใดมีอาวุธติดตัวไปด้วย ล้วนเป็นเหตุการณ์ในความผิดฐานนั้น และหากมีการใช้อาวุธผู้กระทำก็จะได้รับโทษหนักขึ้นอีก กฎหมายจะใช้คำว่า “มีอาวุธ” ซึ่งไม่ได้จำกัดเฉพาะอาวุธปืน เพราะกฎหมายเห็นว่ามีลักษณะพฤติการณ์ที่เป็นการเพิ่มอันตรายที่จะเกิดขึ้นในกรณีของการใช้อาวุธ ความผิดฐานข่มขืนกระทำความผิด เราจึงควรได้รับการคุ้มครองมากกว่าหรือเท่ากับการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ อีกทั้งกฎหมายต่างประเทศก็จะกำหนดเหตุการณ์กรรจ์ในกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำความผิดเกี่ยวกับอาวุธไว้เช่น กระทำความผิดโดยใช้อาวุธหรือขู่เข็ญโดยใช้อาวุธ กระทำความผิดโดยมีอาวุธหรือเครื่องมืออันตราย กระทำความผิดโดยใช้อาวุธหรือเครื่องมืออันตราย เป็นต้น ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3051/2525 วินิจฉัยว่าจำเลยที่ 2 ใช้อาวุธมีดบังคับผู้เสียหายซึ่งมีอายุ 12 ปีเศษให้ไปยังสถานที่เกิดเหตุเพื่อข่มขืนกระทำความผิด โดยจำเลยทั้งสองได้คบคิดกันมาก่อน แม้จำเลยแต่ละคนจะผลัดกันเข้ากระทำความผิดผู้เสียหาย ก็เป็นการร่วมกันกระทำความผิด และเมื่อจำเลยที่ 2 กระทำความผิดสำเร็จแล้ว แม้จะได้รับความว่าอวัยวะเพศของจำเลยที่ 1 ไม่ได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย จำเลยที่ 1 ก็ต้องรับผิดชอบเป็นตัวการในการข่มขืนกระทำความผิดร่วมกับจำเลยที่ 2 จำเลยที่ 2 ใช้อาวุธมีดบังคับขู่เข็ญผู้เสียหายให้ไปยังสถานที่เกิดเหตุซึ่งเป็นห้องในอาคารเรียน จากนั้นจำเลยทั้งสองบังคับผู้เสียหายให้นอนที่พื้นห้องเรียนและผลัดเปลี่ยนกันกระทำความผิดผู้เสียหายต่อเนื่องกันเป็นการรวมกันกระทำต่อผู้เสียหาย ถือได้ว่าเป็นการร่วมกันกระทำความผิดผู้เสียหายอันมีลักษณะเป็นการ โทรมเด็กหญิง ซึ่งจะเห็นได้ว่าเมื่อการกระทำความผิดของจำเลยเป็นการใช้อาวุธมีด จึงไม่เข้าลักษณะเหตุกรรจ์ หากพิจารณาจากพฤติการณ์ของจำเลยแล้ว

การที่จำเลยใช้อาวุธมีดจี้บังคับผู้เสียหายไปยังสถานที่เกิดเหตุเพื่อข่มขืน ก็ถือว่าเป็นพฤติการณ์ที่ร้ายแรงแล้ว จำเลยกระทำเพื่อให้กระทำความผิดสำเร็จจึงเห็นได้ว่า ไม่ว่าอาวุธมีดหรืออาวุธปืนก็ถือว่าอันตรายได้มีอยู่ทุกขณะที่จำเลยมีหรือใช้อาวุธนั้นแล้ว จำเลยสามารถทำอันตรายผู้เสียหายได้ตลอดเวลาหากผู้เสียหายมีการขัดขืน ไม่จำเป็นต้องเป็นการชูโดยใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดเท่านั้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3007/2532 วินิจฉัยว่าจำเลยกับพวกร่วมกันบุกรุกเข้าไปในบ้านของผู้เสียหายในเวลากลางคืน โดยจำเลยมีอาวุธมีด พวกของจำเลยมีอาวุธปืน แล้วจำเลยได้ใช้อาวุธมีดจี้บังคับกระทำชำเราผู้เสียหาย ในขณะที่เดียวกันนั้นพวกของจำเลยได้ใช้อาวุธปืนจี้บังคับข่มขืนกระทำชำเราพวกของผู้เสียหายอีกคนหนึ่งซึ่งนอนอยู่บนเตียงเดียวกันนั้น จำเลยมีความผิดฐานร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เชิญใช้กำลังประทุษร้ายและได้ร่วมกันกระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง จะเห็นได้ว่าหากพฤติการณ์ของจำเลยใช้อาวุธมีดจี้บังคับกระทำชำเราผู้เสียหายเพียงคนเดียว โดยพวกของจำเลยไม่ได้ใช้อาวุธปืนจี้บังคับข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายอีกคน ความผิดของจำเลยก็จะเป็นเพียงความผิดฐานกระทำชำเราในบทรกรรมดา ไม่เข้าลักษณะเหตุฉกรรจ์ และหากพิจารณาจากพฤติการณ์แล้วจำเลยใช้อาวุธมีดจี้ผู้เสียหายคนหนึ่ง และพวกของจำเลยก็ได้ใช้อาวุธปืนจี้ผู้เสียหายอีกคนหนึ่ง จุดมุ่งหมายของจำเลยและพวกคือต้องการไม่ให้ผู้เสียหายขัดขืนเหมือนกัน และผลที่ได้ก็คือผู้เสียหายเกิดความกลัวจำเลยและพวกก็สามารถกระทำชำเราผู้เสียหายได้สำเร็จเช่นกัน

ดังนั้นการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในเรื่องการมีหรือใช้อาวุธในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จึงยังไม่มี ความเหมาะสมกับสถานการณ์และสังคมในปัจจุบัน

2. ปัญหาความไม่ครอบคลุมของการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอาญาไทยให้มีความสอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบัน

ในปัจจุบันการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ และมีความร้ายแรงขึ้น แต่เหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายไทยที่มีอยู่ยังไม่ครอบคลุมกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน กล่าวคือในปัจจุบันมีพฤติการณ์การกระทำความผิดที่มีความร้ายแรง แต่กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดเป็นเหตุฉกรรจ์ไว้ ทำให้ผู้กระทำความผิดรับโทษแค่บทรกรรมดา เช่นการข่มขืนกระทำชำเราโดยมีพฤติการณ์ที่มีลักษณะโหดร้าย โดยกระทำทารุณผู้เสียหาย ทำให้ผู้เสียหายได้รับความเจ็บปวดอย่างทุกข์ทรมาน หรือกรณีการข่มขืนกระทำชำเราบุพการีซึ่งเป็นผู้ให้กำเนิดและเลี้ยงดูผู้กระทำมา อันคู่ควรแก่การให้ความเคารพและกตัญญู หรือกรณีการข่มขืนกระทำชำเราในกลุ่มบุคคลซึ่งมีสภาพความอ่อนแอทางร่างกายหรือจิตใจ ไร้ความสามารถในการป้องกันตนเองให้พ้นจากภัยข่มขืนกระทำชำเราได้ เช่น ข่มขืนกระทำชำเราผู้พิการทางร่างกาย พิการทางจิตใจ คนวิกลจริต คนชรา หรือหญิงมีครรภ์ เป็นต้น บุคคลเหล่านี้ควร

ได้รับการคุ้มครองให้มากยิ่งขึ้น เนื่องจากอาชญากรที่กระทำความผิดกับบุคคลเหล่านี้ย่อมมีจิตใจที่ชั่วร้าย ไร้คุณธรรม สามารถข่มขืนกระทำชำเราบุคคลที่ไม่มีทางสู้ การอาศัยประโยชน์จากความอ่อนแอเพื่อสนองความใคร่ของตนเอง กฎหมายควรลงโทษให้หนักกว่าการข่มขืนกระทำชำเราทั่วไป จะเห็นได้จากข่าวว่ามีเหตุการณ์ข่มขืนกระทำชำเราบุคคลกลุ่มนี้อยู่เรื่อย ๆ ซึ่งก่อให้เกิดความสลดใจกับสังคมเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการข่มขืนคนสูงอายุที่เกิดขึ้นมาขึ้นเรื่อย ๆ เพราะคนสูงอายุเหล่านี้จะอาศัยอยู่บ้านตามลำพังและไร้เรี่ยวแรงที่จะต่อสู้ หรือกรณีการข่มขืนในสถานที่ที่เป็นสถานสาธารณ ซึ่งเป็สถานที่ที่ไม่ควรเกิดเหตุการณ์การกระทำความผิดเช่นนี้ขึ้น เนื่องจากเป็นสถานที่สาธารณะมีผู้คนพลุกพล่าน อีกทั้งจะมีเจ้าหน้าที่ดูแลอยู่ หรือกรณีที่ผู้กระทำรู้ตัวอยู่แล้วว่าตนคิดเชื่อแต่กลับได้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราบุคคลอื่น ไม่ว่าจะเป็นการจงใจให้ผู้อื่นคิดเชื่อเหมือนตน หรือเพื่อสนองความใคร่ของตนจนไม่สนใจว่าจะส่งผลร้ายให้กับผู้เสียหายไปตลอดชีวิต เป็นต้น พฤติการณ์เหล่านี้ล้วนมีความโหดเหี้ยมผิดมนุษย์ แสดงให้เห็นถึงจิตใจที่ชั่วร้ายของผู้กระทำ แม้ว่ากฎหมายจะได้กำหนดเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตามมาตรา 285 นอกจากเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และมาตรา 277 แล้ว โดยกำหนดเพิ่มโทษอีกหนึ่งในสาม ในกรณีที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล แต่ก็เป็นการเพิ่มโทษเฉพาะการกระทำกับผู้อยู่ได้อำนาจปกครอง ยังไม่ครอบคลุมถึงบุพการี หรือกลุ่มบุคคลซึ่งมีสภาพความอ่อนแอทางร่างกายหรือจิตใจ

ซึ่งจากการศึกษากฎหมายต่างประเทศจะมีการกำหนดเหตุฉกรรจ์ที่ครอบคลุมและมีความเหมาะสมกับสถานการณ์ที่เลวร้ายในปัจจุบัน จากการศึกษาเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศอังกฤษจะพบว่ามีกำหนดเหตุฉกรรจ์ซึ่งทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น เช่น การข่มขืนกระทำชำเราเหยื่อคนเดิมซ้ำหลายครั้ง หรือการข่มขืนกระทำชำเราเหยื่อหลายคน การข่มขืนกระทำชำเรา โดยมีการหน่วงเหนี่ยวกักขัง โดยผู้ต้องหาเห็นว่าตนเองอาจแพร่โรคติดต่อได้ โดยการรุมโทรม โดยการล่อลวง หรือโดยการทำร้ายร่างกาย และมีเหตุเพิ่มโทษได้ หากผู้ต้องหาหลั่งน้ำอสุจิ มีการข่มขู่ คุกคาม มีการมอมยา หรือเครื่องดื่มที่มีแอลกอฮอล์ มีการข่มขู่ไม่ให้แจ้งความ มีการหน่วงเหนี่ยวหรือกักขัง ผู้ต้องหาเห็นว่าตนเองเป็นพาหะในการแพร่โรคติดต่อ หรือผู้เสียหายเกิดการตั้งครรภ์หรือโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์³ และจากการศึกษากฎหมายของ

³ From The Sentencing Guideline Council, The Sexual Offence 2003 Definitive Guideline, Published by Sentencing Guideline Secretariat, April 2007.

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะพบว่ามีกำหนดเหตุจรรยาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เช่น กรณีร่วมกันกระทำความผิดในลักษณะโทรมหญิง หรือมีผู้กระทำความผิดตั้งแต่สองคนขึ้นไป กรณีการกระทำความผิดโดยมีอาวุธหรือเครื่องมืออันตรายอื่น ๆ หรือปัจจัยเพื่อป้องกันหรือเอาชนะ การขัดขืนของผู้เสียหาย โดยการใช้กำลังหรือการข่มขู่ว่าจะใช้กำลัง และจะได้รับโทษหนักขึ้นอีก หากเป็นการกระทำความผิดโดยใช้อาวุธหรือเครื่องมือที่เป็นอันตรายระหว่างก่อเหตุ หรือการทารุณร่างกายผู้เสียหายอย่างรุนแรงจากการกระทำความผิด⁴ เป็นต้น อีกทั้งยังมีมาตรการคุ้มครองการล่วงละเมิดทางเพศกลุ่มบุคคลที่มีความอ่อนแอเปราะบาง อันเนื่องมาจากความป่วยหรือพิการทางจิตใจ หรือติดยาเสพติด หรือความผิดปกติด้านสติสัมปชัญญะ หรือพิการทางร่างกาย โดยอาศัยประโยชน์จากความอ่อนแอของผู้เสียหาย เป็นต้น⁵ และจากการศึกษากฎหมายของประเทศฝรั่งเศสจะพบว่ามี การกำหนดเหตุจรรยา เช่น กระทำต่อผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี หรือกระทำต่อบุคคลที่มีความอ่อนแอเนื่องจากอายุ ความเจ็บป่วย ความทุพพลภาพ ความพิการทางร่างกายหรือจิตใจ หรือการ ตั้งครรภ์ เป็นที่ปรากฏหรือเป็นที่รับรู้ต่อผู้กระทำความผิด หรือกระทำต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีตามความเป็นจริง หรือเป็นการกระทำต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีโดยการรับเป็นบุตรบุญธรรม หรือโดยบุคคลใด ๆ ก็ตามซึ่งมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำ หรือกระทำต่อบุคคลใด ๆ โดยใช้อำนาจในตำแหน่งโดยไม่ชอบ หรือกระทำโดยบุคคลสองคนหรือมากกว่า ไม่ว่าจะโดยการเป็นตัวการหรือผู้สนับสนุน หรือกระทำโดยใช้อาวุธ หรือขู่เข็ญโดยใช้อาวุธ หรือกระทำโดยการโฆษณา หรือประกาศข้อความซึ่งไม่เจาะจงตัวผู้รับสารเพื่อชักนำให้เหยื่อได้ติดต่อกับผู้กระทำ หรือกระทำอันเนื่องมาจากรสนิยมทางเพศของเหยื่อ เป็นต้น⁶

จะเห็นได้ว่ากฎหมายต่างประเทศมีการกำหนดเหตุจรรยาที่มีความเหมาะสมและครอบคลุมกว่ากฎหมายไทย ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าควรจะต้องแก้ไขเพิ่มเติมเหตุจรรยาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่มีอยู่แล้วให้มีความเหมาะสมและเพิ่มเติมเหตุจรรยาอื่น โดยพิจารณาจากปัจจัยและเหตุผลความจำเป็นต่าง ๆ และนำมาตราการกำหนดเหตุจรรยาในกฎหมายต่างประเทศที่สอดคล้องกับสถานการณ์ในประเทศไทยมาปรับใช้กับกฎหมายไทย เพื่อให้มีความครอบคลุมกับสถานการณ์การก่อเหตุอาชญากรรมข่มขืนกระทำชำเราในปัจจุบันให้มากยิ่งขึ้น

⁴ GERMAN CRIMINAL CODE Section 177.

⁵ GERMAN CRIMINAL CODE Section 179.

⁶ PENAL CODE Article 222-24.

4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบการกำหนดเหตุจรรยาและเหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

จากการศึกษาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายต่างประเทศมีทั้งส่วนที่เหมือนและส่วนที่แตกต่างกับกฎหมายไทย สำหรับประเทศฝรั่งเศสจะเห็นได้ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะต้องมีการล่วงล้ำทางเพศ กล่าวคือ การล่วงล้ำทางเพศจะต้องมีการสอดใส่ อาจเป็นการร่วมประเวณีโดยวิธีธรรมชาติ ได้แก่ การใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่ หรือล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของหญิง หรือเป็นการร่วมประเวณีโดยวิธีผิดธรรมชาติ ได้แก่การใช้สิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้เสียหาย ซึ่งจะคล้ายกับกฎหมายไทย คือมีการล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้เสียหาย ซึ่งผู้กระทำความผิดสามารถเป็นได้ทั้งชายและหญิง ส่วนลักษณะการกระทำจะต้องเป็นการกระทำโดยใช้ความรุนแรง บีบบังคับ ซึ่งผู้เสียหายไม่ยินยอม หากผู้เสียหายยินยอมผู้กระทำก็จะเป็นการกระทำโดยมิมีความผิด และประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ว่าหากการข่มขืนกระทำชำเรานั้นเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำพิการหรือทุพพลภาพถาวร หรือกระทำต่อผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี หรือกระทำต่อบุคคลที่มีความอ่อนแอเนื่องจากอายุ ความเจ็บป่วย ความทุพพลภาพ ความพิการทางร่างกายหรือจิตใจ หรือการตั้งครรภ์ เป็นที่ปรากฏหรือเป็นที่รับรู้ต่อผู้กระทำความผิด หรือกระทำต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีตามความเป็นจริง หรือเป็นการกระทำต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีโดยการรับเป็นบุตรบุญธรรม หรือโดยบุคคลใด ๆ ก็ตามซึ่งมีอำนาจเหนือผู้ถูกกระทำ หรือกระทำต่อบุคคลใด ๆ โดยใช้อำนาจในตำแหน่งโดยไม่ชอบ หรือกระทำโดยบุคคลสองคนหรือมากกว่า ไม่ว่าจะโดยการเป็นตัวการหรือผู้สนับสนุน หรือกระทำโดยใช้อาวุธ หรือขู่เชือดโดยใช้อาวุธ หรือกระทำโดยการโฆษณา หรือประกาศข้อความซึ่งไม่เจาะจงตัวผู้รับสารเพื่อชักนำให้เหยื่อได้ติดต่อกับผู้กระทำ หรือกระทำอันเนื่องมาจากกรณีทางเพศของเหยื่อ⁷ จะเห็นได้ว่ากรณีการข่มขืนกระทำชำเราเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำพิการหรือทุพพลภาพถาวร กรณีตามกฎหมายไทยถือว่าเป็นผลจรรยาซึ่งกฎหมายอาญาของประเทศไทยกำหนดไว้ในมาตรา 277 ทวิ และ มาตรา 227 ตริ เป็นกรณีที่กำหนดให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นหากการข่มขืนกระทำชำเราก่อให้เกิดผล คือผู้กระทำได้รับบาดเจ็บสาหัส หรือถึงแก่ความตาย ซึ่งประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้ต้องรับโทษหนักขึ้นหากการข่มขืนกระทำชำเราก่อให้เกิดผล คือ ผู้ถูกกระทำพิการหรือ ทุพพลภาพถาวร กรณีกฎหมายอาญาของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติผลดังกล่าวไว้ ส่วนกรณีกระทำต่อผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี

⁷ PENAL CODE Article 222-24.

กฎหมายของประเทศไทยได้กำหนดเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ตามมาตรา 277 ซึ่งแยกเป็นบทเฉพาะ กรณีการกระทำโดยบุคคลหรือมากกว่าไม่ว่าจะเป็นตัวการหรือผู้สนับสนุน กฎหมายของประเทศไทยกำหนดให้เป็นเหตุฉกรรจ์โดยใช้คำว่า “ได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน” กรณีกระทำโดยใช้อาวุธ หรือขู่เจ็ญโดยใช้อาวุธ กฎหมายไทยกำหนดให้เป็นเหตุฉกรรจ์หากเป็นการกระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด⁸ ส่วนเหตุฉกรรจ์อื่น ๆ เช่น กระทำต่อบุคคลที่มีความอ่อนแอ เนื่องจากอายุ ความเจ็บป่วย ความทุพพลภาพ ความพิการทางร่างกายหรือจิตใจ หรือการตั้งครรภ์ เป็นที่ปรากฏหรือเป็นที่รับรู้ต่อผู้กระทำความผิด หรือกระทำต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการี หรือกระทำต่อบุคคลใด ๆ โดยใช้อำนาจในตำแหน่งโดยไม่ชอบ ฯลฯ ซึ่งกฎหมายไทยไม่ได้กำหนดไว้เป็นเหตุฉกรรจ์

จากการศึกษากฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะเห็นว่าผู้ที่จะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราก็คือ ผู้ที่ข่มขืนใจผู้อื่นให้มีการกระทำชำเรานอกสมรสกับบุคคลนั้นเองหรือกับบุคคลที่สาม โดยใช้กำลังบังคับข่มขู่ว่าจะทำให้เกิดอันตรายอันใกล้จะถึงแก่ชีวิตหรือร่างกาย หรืออาศัยโอกาสที่ผู้เสียหายไม่มีทางสู้และอยู่ในภาวะจำยอมของผู้กระทำ ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปี และผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษไม่น้อยกว่า 2 ปี หากมีเหตุฉกรรจ์ โดยเหตุฉกรรจ์ ได้แก่ เป็นการกระทำโดยผู้กระทำได้ล่วงประเวณีผู้เสียหายอย่างเสร็จสมบูรณ์ หรือเป็นการร่วมกันกระทำความผิดในลักษณะโทรมหญิง โดยมีผู้กระทำผิดตั้งแต่สองคนขึ้นไป และผู้กระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้นอีก คือ ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 3 ปี หากกระทำโดยมีอาวุธหรือเครื่องมือที่เป็นอันตรายอื่น ๆ หรือ มีเครื่องมือหรือปัจจัยเพื่อป้องกันหรือเอาชนะการขัดขืนของอีกบุคคลหนึ่งผ่านการใช้กำลังหรือการข่มขู่ว่าจะใช้กำลัง หรือการกระทำเป็นเหตุให้ผู้เสียหายได้รับอันตรายสาหัส และผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 5 ปี ถ้าผู้กระทำความผิดได้ใช้อาวุธหรือเครื่องมือที่เป็นอันตรายระหว่าง ก่อเหตุ หรือกระทำทารุณทางร่างกายผู้เสียหายอย่างรุนแรงจากการกระทำนั้น หรือทำให้ผู้เสียหายได้รับอันตรายถึงแก่ชีวิตจากการกระทำนั้น⁹ และยังกำหนดความผิดสำหรับผู้กระทำการล่วงละเมิดบุคคลอีกบุคคลหนึ่งที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เนื่องจากความป่วย หรือพิการทางจิตใจหรือ รวมถึงการติดยาเสพติด หรือความผิดปกติด้านสติสัมปชัญญะ หรือ พิการทางร่างกาย โดยการอาศัยประโยชน์จากความอ่อนแอของผู้เสียหาย เมื่อกระทำการทางเพศต่อบุคคลนั้น

⁸ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสาม.

⁹ GERMAN CRIMINAL CODE Section 177.

หรือยินยอมให้ตนเองถูกระทำโดยบุคคลนั้น หรือโน้มน้าวบุคคลนั้นให้กระทำทางเพศต่อบุคคลที่สาม หรือยินยอมให้บุคคลนั้นถูกระทำโดยบุคคลที่สาม จะต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 10 ปี¹⁰ และยังกำหนดว่าแม้เป็นการพยายามกระทำความคิดก็ต้องได้รับโทษเช่นเดียวกัน และหากเป็นการกระทำถูกระทำขึ้นร่วมกัน โดยบุคคลมากกว่าหนึ่งคน หรือการกระทำของผู้กระทำ ความผิดทำให้ผู้เสียหายอยู่ในความเสียหายต่อความเสียหายทางร่างกายอย่างรุนแรงหรือการสูญเสียสำคัญทางร่างกาย หรือการพัฒนาทางอารมณ์ ผู้กระทำจะต้องถูกระวางโทษไม่น้อยกว่า 2 ปี นอกจากนี้กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังได้กำหนดความผิดการกระทำชำเรา ผู้สืบสันดานซึ่งมีความสัมพันธ์ทางสายเลือด จะต้องถูกระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 ปีขึ้นไป หรือผู้ซึ่งกระทำชำเราบุพการีตามความเป็นจริงจะต้องถูกระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 2 ปีขึ้นไป หรือกรณีการล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้ซึ่งอยู่ใต้การปกครอง การดูแล หรือให้การศึกษา ที่มีอายุไม่เกิน 16 ปี หรือ 18 ปี หรือการกระทำต่อผู้ให้การช่วยเหลือ หรือสนับสนุนต่อผู้กระทำในหน้าที่การงาน การจ้างงาน เป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้กำหนดขอบเขตการกระทำ ความผิดทางเพศที่กว้างกว่ากฎหมายไทย เนื่องจากการล่วงละเมิดทางเพศรวมถึงการที่ผู้เสียหาย ซึ่งมีความพิการทางจิต หรือร่างกายถูกผู้กระทำโน้มน้าว หรือบังคับให้กระทำต่อผู้กระทำหรือต่อบุคคลที่สามด้วย อีกทั้งยังมีกำหนดเหตุฉกรรจ์ซึ่งทำให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้นซึ่งมีการคุ้มครองมากกว่ากฎหมายไทย เช่น กระทำโดยมีอาวุธหรือเครื่องมือที่เป็นอันตรายอื่น ๆ และหากใช้อาวุธหรือเครื่องมือที่เป็นอันตรายระหว่างก่อเหตุก็จะได้รับโทษหนักขึ้นอีก ซึ่งประเทศไทยกำหนดไว้เฉพาะการกระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด ส่วนกรณีข่มขืนผู้สืบสันดาน การล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้ซึ่งอยู่ใต้การปกครอง การดูแล หรือให้การศึกษา กฎหมายไทยกำหนดให้เป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวตามมาตรา 285 ส่วนกรณีการข่มขืนบุพการี หรือกรณีกระทำทารุณทางร่างกายผู้เสียหายอย่างรุนแรง หรือการล่วงละเมิดทางเพศบุคคลที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เนื่องจากความป่วย หรือพิการทางจิตใจ หรือพิการทางร่างกาย โดยการอาศัยประโยชน์จากความอ่อนแอของผู้เสียหาย ในการยินยอมให้ผู้กระทำถูกระทำโดยผู้เสียหาย หรือโน้มน้าวผู้เสียหายให้กระทำทางเพศต่อบุคคลที่สาม หรือยินยอมให้ผู้เสียหายถูกระทำโดยบุคคลที่สามนั้น กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น

ส่วนผู้กระทำจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้น ผู้กระทำจะต้องกระทำโดยเจตนาสอดใส่อวัยวะเพศของเขา (อวัยวะเพศชาย) เข้าไปในอวัยวะเพศ

¹⁰ GERMAN CRIMINAL CODE Section 179.

หญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น โดยผู้ถูกระทำไม่ยินยอม และไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกระทำยินยอม¹¹ ซึ่งจะเห็นได้ว่าผู้กระทำความผิดฐานนี้ต้องเป็นชายเท่านั้น ส่วนผู้ถูกระทำอาจเป็นหญิงหรือชายก็ได้ หรือคู่สมรสก็ได้ จึงแตกต่างกับกรณีกฎหมายไทยซึ่งผู้กระทำความผิดจะเป็นชาย หรือหญิงก็ได้ ส่วนการพิจารณาว่าผู้เสียหายยินยอมหรือไม่ยินยอมนั้น กฎหมายอังกฤษกำหนดให้พิจารณาตามมาตรา 74 และ มาตรา 75 และแยกความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี¹² เป็นความผิดอีกฐานหนึ่ง คล้ายกับประเทศไทยที่แยกความผิดฐานกระทำชำเราเด็กเป็นความผิดต่างหากจากบททั่วไป ซึ่งกฎหมายไทยกำหนดอายุเด็กเป็น 2 กรณี คือข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี และจะรับโทษหนักขึ้นหากเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี และอังกฤษได้กำหนดความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ ซึ่งเทียบเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเรา คือการที่ผู้กระทำเจตนาสอดใส่ส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือวัตถุอื่นใดเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักผู้อื่น เพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ โดยผู้กระทำไม่ยินยอม ซึ่งกรณีประเทศไทยถือว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเราแล้ว นอกจากนี้กฎหมายของประเทศอังกฤษยังให้ความสำคัญคุ้มครองผู้พิการทางจิตเป็นพิเศษ เนื่องจากเห็นว่าผู้ถูกระทำไม่สามารถปฏิเสธได้เนื่องจากความเจ็บป่วยทางจิต แต่ผู้กระทำจะต้องรู้หรือคาดหมายได้ว่าผู้ถูกระทำมีความเจ็บป่วยทางจิต ซึ่งทำให้ผู้ถูกระทำไม่สามารถปฏิเสธได้ เพราะมีความบกพร่องทางจิต ไม่สามารถรับรู้ หรือเข้าใจความหมายของการมีเพศสัมพันธ์ กฎหมายอังกฤษจึงกำหนดให้มีความผิดฐานร่วมกิจกรรมทางเพศกับผู้ที่มีความบกพร่องทางจิต หรือกระตุ้น ให้บุคคลผู้มีความบกพร่องทางจิตเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศเพื่อคุ้มครองบุคคลผู้มีความอ่อนแอซึ่งอาจถูกผู้กระทำอาศัยความอ่อนแอของผู้ถูกระทำได้ และกฎหมายของประเทศอังกฤษได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการกำหนดบทลงโทษผู้ที่กระทำความผิดอาญาในเหตุฉกรรจ์ฐานความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 1 และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน สิบสามปี ตามมาตรา 5 โดยผู้กระทำความผิดทั้งสองฐานต้องรับโทษสูงสุดไม่เกินโทษประหารชีวิต และต้องรับโทษหนักขึ้นหากมีเหตุฉกรรจ์ คือ การข่มขืนกระทำชำเราเหยื่อคนเดิมซ้ำหลายครั้ง หรือการข่มขืนกระทำชำเราเหยื่อหลายคน การข่มขืนกระทำชำเราโดยมีการหน่วงเหนี่ยวกักขัง โดยผู้ต้องหาเห็นว่าตนเองอาจแพร่โรคติดต่อได้ โดยการรุมโทรมโดยการล่อลวง หรือโดยการทำร้ายร่างกาย และมีเหตุเพิ่มโทษได้หากผู้ต้องหาหลังน้ำอสุจิ มีการข่มขู่ คุกคาม มีการมอมยา หรือเครื่องดื่มน้ำที่มีแอลกอฮอล์ มีการข่มขู่ไม่ให้แจ้งความ มีการหน่วง

¹¹ The Sex Offence Act 2003 Sec. 1.

¹² The Sex Offence Act 2003 Sec. 5.

เหนียวหรือกักขัง ผู้ต้องหารู้ว่าตนเองเป็นพาหะในการแพร่โรคติดต่อ หรือผู้เสียหายเกิดการตั้งครรภ์ หรือโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ เหตุการณ์ที่เหมือนกับกฎหมายไทยคือ การกระทำความผิดโดยการโทรมผู้เสียหาย ส่วนกรณีข่มขืนกระทำชำเราโดยมีการหน่วงเหนี่ยวกักขัง ก็จะเป็นความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวกักขังอีกกระทงหนึ่ง กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดไว้เป็นเหตุฉกรรจ์ ส่วนกรณีการข่มขืนกระทำชำเราเหยื่อคนเดียวหลายครั้ง หรือการข่มขืนกระทำชำเราเหยื่อหลายคน หรือกรณีผู้ต้องหารู้ว่าตนเองเป็นพาหะในการแพร่โรคติดต่อ หรือผู้เสียหายเกิดการตั้งครรภ์หรือโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ นั้น ไม่ได้กำหนดไว้เป็นเหตุฉกรรจ์ในกฎหมายไทย

4.3 วิเคราะห์ปัจจัยในการกำหนดเหตุฉกรรจ์ที่เหมาะสมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยในปัจจุบันได้กำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ไว้ในมาตรา 276 และมาตรา 277 ซึ่งจะรวมเหตุฉกรรจ์ไว้ในมาตราเดียวกัน แต่เหตุฉกรรจ์ที่กำหนดไว้ยังไม่ครอบคลุม และยังไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบัน ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานดังกล่าวเพิ่มเติม เพื่อให้มีความเหมาะสมและสามารถใช้บังคับกับผู้กระทำความผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยพิจารณาจากปัจจัยและเหตุผลต่าง ๆ ดังนี้

4.3.1 ปัจจัยในการกำหนดเหตุฉกรรจ์โดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ในกรณีกระทำต่อผู้บุพการี

บุพการี¹³ หมายถึง ผู้ที่ทำอุปการะมาก่อน ญาติทางสายโลหิต โดยตรงขึ้นไป ได้แก่ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ทวด ทั้งนี้ ไม่ต้องคำนึงถึงความชอบด้วยกฎหมาย จะเห็นได้ว่า ตามประมวลกฎหมายอาญาไทย ได้มีการกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต่อบุพการีจะต้องได้รับโทษเพิ่มขึ้น เช่น ความผิดฐานฆ่าบุพการี ตามมาตรา 289 (1) ต้องระวางโทษประหารชีวิต ความผิดฐานทำร้ายบุพการี ตามมาตรา 296 ประกอบมาตรา 289 (1) เนื่องจากคุณธรรมทางกฎหมายที่กฎหมายต้องการคุ้มครองคือ ความกตัญญูรู้คุณ การกระทำความผิดต่อบุพการีเป็นการกระทำที่ไร้ซึ่งคุณธรรมในจิตใจ ออกตัญญูรู้คุณ บุพการีเป็นบุคคลที่ให้กำเนิด อุปการะเลี้ยงดูผู้กระทำ ความกตัญญู การรู้บุญคุณคน หรือรู้อุปการคุณที่ผู้อื่นทำให้ตน เป็นคุณธรรมพื้นฐานของมนุษย์ ในสังคมมนุษย์ต้องเกี่ยวข้องกับสิ่งอื่น ชีวิตด้านกายภาพดำรงอยู่ได้เพราะได้รับอุปการะเลี้ยงดูจากบุคคลต่าง ๆ มีบิดา มารดา ญาติพี่น้อง ในส่วนจิตใจมนุษย์ก็ได้รับการปลูกฝังอบรมคุณลักษณะคุณค่าทางจิตใจจาก

¹³ พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน.

บุคคลอื่น มีบิดามารดา เป็นผู้ให้ทัศนคติ ค่านิยม คุณธรรม จริยธรรม อันเป็นหลักสำคัญในการดำเนินชีวิตให้มีความเจริญรุ่งเรือง ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของมนุษย์

พุทธทาสภิกขุ ได้ให้ความหมายของกตัญญูไว้ว่า ความรู้และยอมรับรู้ในบุญคุณของผู้อื่นที่มีอยู่เหนือตนเรียกว่า กตัญญูตา (กตัญญู) การพยายามทำตอบแทนบุญคุณนั้น ๆ เรียกว่า กตเวทิตา (กตเวทิตี) คนที่รู้บุญคุณ คนที่ทำตอบแทน เรียกว่า คนกตเวทิตี กตัญญูกตเวทิตา หมายถึง ความรู้บุญคุณท่านแล้วทำตอบให้ปรากฏ นี่เป็นธรรมประคองโลกให้เป็นอยู่ได้ และอยู่ได้ด้วยความสงบสุข¹⁴

กฎหมายอาญามาตรา 285 ได้มีการกำหนดเหตุเพิ่มโทษสองในสาม สำหรับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ได้กระทำต่อผู้สืบสันดาน แต่ไม่ได้กำหนดคุ้มครองบุพการีไว้ หากเกิดการกระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเราบุพการี อาชญากรคงได้รับ โทษเพียงบทธรรมดาเท่านั้น จากการศึกษากฎหมายประเทศฝรั่งเศสพบว่าได้กำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีตามความเป็นจริง หรือเป็นการกระทำต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีโดยการรับเป็นบุตรบุญธรรม หรือโดยบุคคลใด ๆ ก็ตามซึ่งมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำ เป็นเหตุลดโทษอย่างหนึ่งในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นอกจากนี้ยังมีกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่กำหนดลงโทษการกระทำชำเราบุพการีตามความเป็นจริง ดังนั้นจากปัจจัยดังกล่าวข้างต้นผู้เขียนจึงเห็นควรกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราบุพการีเป็นเหตุลดโทษอย่างหนึ่ง

4.3.2 ปัจจัยในการกำหนดเหตุลดโทษโดยพิจารณาจากกรณีกระทำต่อบุคคลที่มีสภาพความอ่อนแอทางร่างกาย หรือจิตใจ

เหยื่อที่มีความอ่อนแอในทางชีวภาพ เหยื่อประเภทนี้อ่อนแอทั้งทางร่างกายและจิตใจ เป็นผลให้อาชญากรมีความคิดทำร้ายต่อเขา เช่นคนแก่ เด็ก ผู้หญิง คนเจ็บป่วยทางจิต เป็นต้น¹⁵ การข่มขืนกระทำชำเราในกลุ่มบุคคลที่มีสภาพอ่อนแอ เป็นการกระทำความผิดที่มีความร้ายแรงโดยพฤติการณ์ ทั้งนี้เพราะเป็นการกระทำโดยอาศัยสภาพความอ่อนแอของผู้ถูกระทำอีกทั้งยังเป็นการซ้ำเติมความเลวร้ายให้ผู้ถูกระทำมากยิ่งขึ้นอีกด้วย จึงถือได้ว่าผู้กระทำมีสภาพจิตใจที่ชั่วร้ายกว่าปกติธรรมดา

¹⁴ จาก กตัญญูกตเวทิตีเป็นร่วมโพธิ์ร่มไทรของโลก (น.2), โดย พุทธทาสภิกขุ, 2536, กรุงเทพฯ: ธรรมสภา.

¹⁵ จาก อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (น.60), โดย อัจฉริยา ชูตินันท์, 2557, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

4.3.2.1 ผู้พิการหรือผู้ทุพพลภาพ

พระราชบัญญัติการฟื้นฟูสมรรถภาพคนพิการ พ.ศ. 2534 ได้ให้ความหมาย “คนพิการ” ว่าเป็นคนที่มีความบกพร่องทางร่างกาย สติปัญญาหรือจิตใจ ตามประเภทหรือตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2537 ได้กำหนดประเภท และหลักเกณฑ์คนพิการออกเป็น 5 ประเภท ดังนี้

1. คนพิการทางการมองเห็น ได้แก่ คนที่มีสายตาข้างที่ต่ำกว่าเมื่อใช้แว่นตาธรรมดาแล้วมองเห็นน้อยกว่า 6/18 หรือ 20/70 ลงไปจนมองไม่เห็นแม้แต่แสงสว่าง หรือคนที่มีสายตาแคบกว่า 30 องศา

2. คนพิการทางการได้ยินหรือการสื่อความหมาย ได้แก่ คนที่ได้ยินเสียงที่ความถี่ 500 เฮิรตซ์ 1,000 เฮิรตซ์ หรือ 2,000 เฮิรตซ์ ในหูข้างที่ต่ำกว่าที่มีความดังเฉลี่ย ดังต่อไปนี้

(1) สำหรับเด็กอายุไม่เกิน 7 ปี เกิน 40 เดซิเบลขึ้นไป จนไม่ได้ยินเสียง

(2) สำหรับคนทั่วไปเกิน 55 เดซิเบลขึ้นไป จนไม่ได้ยินเสียงหรือคนที่มีความผิดปกติ ความบกพร่องในการเข้าใจหรือการใช้ภาษาพูดจนไม่สามารถสื่อความหมายกับคนอื่นได้

3. คนพิการทางกายหรือการเคลื่อนไหว ได้แก่ คนที่มีความผิดปกติหรือความบกพร่องของร่างกายที่เห็นได้ชัดเจนและไม่สามารถประกอบกิจวัตรหลักประจำวันได้ หรือคนที่มีการสูญเสียความสามารถในการเคลื่อนไหวมือ แขน ขา หรือลำตัว อันเนื่องมาจากแขนขาขาด ขาขาด อัมพาตหรืออ่อนแรง รวมทั้งโรคระบบเรื้อรังของระบบการทำงานของร่างกายอื่น ๆ ที่ทำให้สามารถประกอบกิจวัตรหลักประจำวันเพียงคนปกติได้

4. คนพิการทางจิตใจหรือพฤติกรรม ได้แก่ คนที่มีความผิดปกติ หรือความบกพร่องทางจิตใจหรือสมองในส่วนของการเรียนรู้ อารมณ์ ความคิด จนไม่สามารถควบคุมความประพฤติที่จำเป็นในการดูแลตนเองหรืออยู่ร่วมกับผู้อื่น

5. คนพิการทางสติปัญญาและการเรียนรู้ ได้แก่ คนที่มีความผิดปกติ หรือความบกพร่องทางสติปัญญาหรือสมองจนไม่สามารถเรียนรู้ด้วยวิธีการศึกษาปกติได้

คณะกรรมการร่วมองค์การกองทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ หรือ UNICEF กับองค์กรฟื้นฟูสมรรถภาพคนพิการระหว่างประเทศ ได้แบ่งประเภทของคนพิการตามลักษณะของความพิการ ดังนี้¹⁶

¹⁶ ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการศึกษาพิเศษ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารการศึกษา), โดย เกตุร วงศ์ก้อม, 2548, กรุงเทพฯ: กระทรวงศึกษาธิการ.

1. ตาบอด
2. มองเห็นได้อย่างเลือนราง หรือบางส่วน
3. มีความบกพร่องทางการได้ยิน
4. ปัญญาอ่อน
5. พิกัดเกี่ยวกับความเคลื่อนไหวซึ่งเกิดจากความพิการทางสมอง ความพิการทางแขนขา ลำตัว

6. มีความบกพร่องทางการพูด หรือการใช้ภาษา
7. มีปัญหาการเรียนรู้เฉพาะด้าน
8. มีปัญหาทางพฤติกรรมต่าง ๆ
9. เรียนหนังสือได้ช้า
10. มีปัญหาความพิการซ้ำซ้อน

“ทุพพลภาพ”¹⁷ หมายความว่า การสูญเสียอวัยวะหรือสูญเสียสมรรถภาพของอวัยวะหรือของร่างกาย หรือสูญเสียภาวะปกติของจิตใจจนไม่สามารถทำงานได้

ทั้งนี้ ทุพพลภาพถาวร หมายถึง ทุพพลภาพถึงขนาดที่ไม่สามารถประกอบอาชีพใดหรือทำงานใดเพื่อเลี้ยงตัวเองได้โดยสิ้นเชิงและตลอดไป ส่วนทุพพลภาพชั่วคราว หมายถึง ทุพพลภาพถึงขนาดที่ไม่สามารถประกอบหน้าที่การงานในอาชีพประจำตามปกติได้โดยสิ้นเชิงในช่วงระยะเวลาหนึ่ง

ความพิการนั้นสามารถเกิดขึ้นตั้งแต่กำเนิด และหลังกำเนิด อาจเกิดจากอุบัติเหตุ หรือเกิดจากโรคภัยต่าง ๆ ที่ไม่อาจรักษาให้หายขาดได้ แต่ไม่ว่าความพิการนั้นจะเกิดขึ้นมาจากสาเหตุใดหรือความทุพพลภาพทางร่างกาย ไม่ว่าจะทุพพลภาพถาวร หรือชั่วคราว ผู้พิการหรือทุพพลภาพก็ย่อมเกิดความรู้สึกไม่พอใจในสภาพร่างกายของตน เพราะมีสภาพร่างกายไม่เหมือนคนปกติ จนเกิดความรู้สึกน้อยใจในโชคชะตาที่ตนมีร่างกายผิดปกติ ส่งผลให้ไม่สามารถใช้ชีวิตได้อย่างคนปกติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคนที่พิการแขน หรือขา เขาก็อาจจะช่วยเหลือตนเองไม่ได้ เขาก็จะรู้สึกว่าตนเองเป็นภาระให้กับผู้อื่น หรือบางรายพิการทั้งแขน ขา และพิการทางการได้ยิน เขาก็จะทุกข์ทรมานทั้งจิตใจและร่างกายเนื่องจากไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้แล้ว ยังไม่สามารถสื่อสารกับผู้อื่นได้อีก การข่มขืนกระทำชำเราคนพิการ ไม่ว่าจะเป็นการพิการทางร่างกายหรือจิตใจ ย่อมเป็นการซ้ำเติม

¹⁷ คำว่า ทุพพลภาพ ความหมายคืออะไร มีกี่รูปแบบ, 2558, สืบค้น จาก <http://insurance-thai-knowledge.blogspot.com/2014/06/blog-post.html>.

ความทุกข์ให้บุคคลเหล่านี้เป็นอย่างมาก ผู้กระทำต้องมีจิตใจชั่วร้ายและขาดศีลธรรมสามารถอาศัยความอ่อนแอหรือไม่มีทางสู้ เพราะเห็นว่าผู้พิการอาจไม่สามารถขัดขึ้นได้ เช่น ข่มขืนคนเป็นใบ้เหยื่อยอมไม่อาจพูดหรือร้องให้ใครช่วยได้ หรือการข่มขืนคนพิการทางสมอง เขาไม่สามารถเข้าใจได้ว่าเพศสัมพันธ์คืออะไร หรือการข่มขืนคนพิการขาพิการเดินไม่ได้เหยื่อก็ไม่สามารถป้องกันภัยจากการคุกคามทางเพศได้ เป็นต้น จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศพบว่าประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดให้การกระทำต่อบุคคลที่มีความอ่อนแอเนื่องจากความทุพพลภาพ ความพิการทางร่างกายหรือจิตใจเป็นเหตุฉกรรจ์อย่างหนึ่งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ทั้งนี้สภาพความอ่อนแอต้องเป็นที่ปรากฏหรือเป็นที่รับรู้ต่อผู้กระทำความผิด ส่วนกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้กำหนดบทลงโทษสำหรับผู้กระทำการล่วงละเมิดบุคคลอีกบุคคลหนึ่งที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้ เนื่องจากความป่วย หรือพิการทางจิตใจหรือ รวมถึงการคิดยาเสพติด หรือความผิดปกติด้านสติสัมปชัญญะหรือพิการทางร่างกาย โดยการอาศัยประโยชน์จากความอ่อนแอของผู้เสียหาย ส่วนกฎหมายของประเทศอังกฤษก็ได้มีมาตรการคุ้มครองผู้พิการทางจิตเป็นพิเศษ เนื่องจากเห็นว่า กลุ่มบุคคลเหล่านี้เป็นบุคคลอ่อนแอไม่สามารถที่จะขัดขึ้นการคุกคามทางเพศได้ ซึ่งทำให้มักตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรมที่ไร้ซึ่งศีลธรรม

กฎหมายข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยไม่ได้กำหนดคุ้มครองกลุ่มอ่อนแอเปราะบางกลุ่มนี้ไว้เลย จากปัจจัยดังกล่าวเป็นข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรคุ้มครองกลุ่มบุคคลเหล่านี้โดยให้กำหนดเป็นเหตุฉกรรจ์อย่างหนึ่งในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่ทั้งนี้ความพิการหรือทุพพลภาพนั้นต้องเป็นที่ปรากฏหรือเป็นที่รับรู้ต่อผู้กระทำความผิด

4.3.2.2 บุคคลวิกลจริต

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงสภักดิ์¹⁸ อธิบายว่า บุคคลวิกลจริต คือบุคคลที่มีจิตไม่ปกติถึงขนาดไม่มีสติรู้สึกผิดชอบ จนอาจกระทำการเป็นที่เสียหายแก่ทรัพย์ หรือฐานะ หรืออาจจัดการงานไปในทางที่ไม่ถูกไม่ควร โดยภาวะจิตไม่ปกตินี้จะต้องเป็นอย่างรุนแรง และเป็นอยู่ประจำไม่ใช่เพียงครั้งคราว แต่ภาวะดังกล่าวไม่จำเป็นต้องเป็นอยู่ตลอดเวลา อาจมีบางช่วงเวลาที่มิอาจการปกติ ทั้งนี้ไม่ว่าอาการวิกลจริตจะมีมาโดยกำเนิดหรือจะด้วยสาเหตุจากโรคก็ตาม

¹⁸ จาก *กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล* (น.52) ,โดย จิตติ ดิงสภักดิ์, 2530, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ศาสตราจารย์ ดร. จี๊ด เศรษฐบุตร¹⁹ อธิบายว่า อาการวิกลจริต ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1) มีอาการจิตไม่ปกติอย่างรุนแรงถึงขาดไม่มีสติสัมปชัญญะโดยสิ้นเชิง ไม่รับรู้ในสิ่งต่าง ๆ ไม่อาจเข้าใจในสิ่งที่สนทนา ดังนี้เพียงสติพื้นเพื่อน หลงลืม หรือไร้สติในบางเรื่อง แต่เรื่องอื่น ๆ ยังคงมีสติเป็นปกติ ไม่ใช่อาการวิกลจริต ทั้งนี้ที่ว่าอาการจิตไม่ปกติต้องถึงขั้นรุนแรงนั้น ไม่จำเป็นจะต้องถึงขั้นถูกกักขัง คนบ้าที่ไม่มีอันตรายแก่ผู้ใดเลยก็ถือว่าเป็นอาการวิกลจริตเช่นกัน

2) อาการจิตไม่ปกติต้องอาการที่ปรากฏเนื่องจากสาเหตุที่อยู่ในตัวบุคคลนั้น ประจำ บุคคลที่หมดสติชั่วคราว เช่น คนไข้ที่ละเมอเพื่อคลั่งหมดสติในขณะที่มีอาการไข้ หรือบุคคลที่ไม่มีสติเนื่องจากฤทธิ์ของยาเสพติด เหล่านี้ไม่ใช่อาการวิกลจริตตามความหมายของมาตรา 28 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตามอาการวิกลจริตที่ปรากฏอยู่เป็นประจำไม่จำเป็นต้องมีอยู่ตลอดเวลา อาจมีบางช่วงที่มีอาการปกติ

ซึ่งได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาได้วินิจฉัยในประเด็นของคนวิกลจริตไว้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5466/2537 คำว่า "บุคคลวิกลจริต" ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 29 เดิม (มาตรา 28 ใหม่) นั้นมิได้หมายเฉพาะถึงบุคคลผู้มีจิตผิดปกติหรือตามที่เข้าใจกันทั่วไปว่าเป็นบ้า เท่านั้น แต่หมายรวมถึงบุคคลผู้มีกิริยาอาการผิดปกติเพราะสติวิปลาส คือ ขาดความรู้สึกรู้สึก และขาดความรับผิดชอบด้วย เพราะบุคคลดังกล่าวนี้ ไม่สามารถประกอบกิจการของตนหรือประกอบกิจการส่วนตัวของตนได้ จ. ไม่รู้สึกตัวเองและพูดจาไม่รู้เรื่องบ้างซึ่งแพทย์ให้การวินิจฉัยว่าเป็นโรคสมองฝ่อ หรือสมองเสื่อมขั้นรุนแรงไม่สามารถรักษาให้หายได้ ตลอดจนไม่อาจปฏิบัติภารกิจส่วนตัวได้แสดงให้เห็นว่า จ. เป็นคนไม่มีสติสัมปชัญญะไร้ความสามารถที่จะดำเนินกิจการทุกอย่างด้วยตนเองได้ พอถือได้ว่าเป็นบุคคลวิกลจริตตามความหมายแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 29 เดิม (มาตรา 28 ใหม่) แล้ว

กฎหมายหลายฉบับมักจะกล่าวถึงข้อยกเว้นหรือข้อห้ามสำหรับคนวิกลจริตอยู่เสมอ หนึ่งความบกพร่องทางจิตที่จะถือว่าวิกลจริตนั้นจะต้องเกิดขึ้นจริงโดยสภาพไม่ใช่เกิดขึ้นเพียงครั้งคราว เช่น การเสพยาเสพติด พิษไข้ หรือยา เป็นต้น

คนวิกลจริต หรือจิตบกพร่อง เขาเหล่านี้จะไม่สามารถสื่อสารกับคนทั่วไปได้อย่างปกติ และไม่สามารถทำนิติกรรมใด ๆ ได้ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงต้องให้มีผู้อนุบาลดูแล และอาจ

¹⁹ จาก *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้*, โดย จี๊ด เศรษฐบุตร, 2556, กรุงเทพฯ: คณะกรรมการบริหารทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ร้องขอต่อศาลให้กลายเป็นคนไร้ความสามารถ โดยศาลจะตั้งให้ผู้พิทักษ์ดำเนินการ หรือทำนิติกรรมแทน การข่มขืนคนวิกลจริตซึ่งรู้อยู่แล้วว่าเขาไม่ปกติ เป็นการกระทำที่แสดงออกถึงจิตใจที่ชั่วร้ายเป็นการซ้ำเติมบุคคลอ่อนแอจากการศึกษากฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายของประเทศอังกฤษจะให้ความคุ้มครองผู้มีความบกพร่องทางจิตเป็นพิเศษ เนื่องจากเห็นว่าผู้ถูกระงับไม่สามารปฏิบัติได้เนื่องจากความเจ็บป่วยทางจิต แต่ผู้กระทำจะต้องรู้หรือคาดหมายได้ว่าผู้ถูกระงับมีความเจ็บป่วยทางจิต ซึ่งทำให้ผู้ถูกระงับไม่สามารปฏิบัติ เพราะมีความบกพร่องทางจิต ไม่สามารรับรู้ หรือเข้าใจความหมายของการมีเพศสัมพันธ์ กฎหมายอังกฤษจึงกำหนดให้มีความผิดฐานร่วมกิจกรรมทางเพศกับผู้ที่มีความบกพร่องทางจิต หรือกระตุ้นให้บุคคลผู้มีความบกพร่องทางจิตเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ เพื่อคุ้มครองบุคคลผู้มีความอ่อนแอซึ่งอาจถูกผู้กระทำอาศัยความอ่อนแอของผู้ถูกระงับได้จากปัจจัยดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรคุ้มครองคนวิกลจริตโดยให้กำหนดเป็นเหตุจรรยาบรรณหนึ่งในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่ทั้งนี้ความวิกลจริตนั้นต้องเป็นที่ปรากฏหรือเป็นที่รับรู้ต่อผู้กระทำความผิด

4.3.2.3 หญิงมีครรภ์

วัฒนธรรมในสังคมส่วนใหญ่หญิงตั้งครรภ์จะมีสถานะพิเศษในสังคมและจะได้รับการดูแลอย่างระมัดระวังอย่างยิ่งเนื่องจากมนุษย์ต้องการมีทายาทเพื่อสืบทอดวงศ์ตระกูล การมีบุตรจึงเป็นสิ่งที่สำคัญ มารดา บิดา หรือครอบครัวต้องการให้บุตรที่ออกมาสุขภาพแข็งแรง พวกเขาจึงต้องดูแลหญิงที่ตั้งครรภ์อย่างระมัดระวัง เพราะหากเกิดอุบัติเหตุหรือโรคแทรกซ้อนจะส่งผลอันตรายต่อทารกในครรภ์ รวมถึงหญิงที่ตั้งครรภ์ด้วย ในระหว่างตั้งครรภ์ผู้หญิงจะต้องมีการเปลี่ยนแปลงทางสรีระวิทยามากมาย ซึ่งเป็นเรื่องปกติ รวมไปถึงหัวใจและหลอดเลือด การเผาผลาญของไต และระบบทางเดินหายใจ การเปลี่ยนแปลงเหล่านี้สำคัญอย่างมากในกรณีที่มีภาวะโรคแทรกซ้อน ร่างกายจะต้องเปลี่ยนทั้งสรีระวิทยาและร่างกายจะต้องรักษาความสมดุลกลไกของร่างกายไว้ให้คงที่เพื่อเตรียมไว้ให้ทารกระหว่างตั้งครรภ์ การเพิ่มขึ้นของระดับน้ำตาลในเลือด การหายใจและระดับการเต้นของหัวใจ ระดับฮอร์โมนที่เพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องตลอดการตั้งครรภ์ มีการรับการทำงานของแกนการประสานงานระบบประสาทและการมาของรอบประจำเดือน ทารกเมื่ออยู่ในครรภ์ของหญิงตั้งครรภ์แล้วจะดูเหมือนเป็นการปลูกถ่ายสิ่งมีชีวิตได้เสร็จสมบูรณ์แต่ก็ดูเหมือนเป็นสิ่งผิดปกติของหญิงตั้งครรภ์ เหตุผลหลัก ๆ ก็คือ เมื่อการตั้งครรภ์สำเร็จแล้วระบบภูมิคุ้มกันของแม่จะมีความทนทานมากขึ้นในระหว่างตั้งครรภ์ แต่ระบบภูมิคุ้มกันที่เพิ่มขึ้นมากในการตั้งครรภ์นี้อาจจะทำให้ร่างกายอ่อนแอและเกิดความรุนแรงของโรคติดเชื้อบางชนิด จึงจะเห็นว่าหากทารกได้รับการกระทบกระเทือน หรือเกิดโรคแทรกซ้อน ก็จะเกิดการแท้งบุตร

การตั้งครรภ์จะแบ่งออกเป็น 3 ช่วง หรือ 3 ไตรมาส ในแต่ละไตรมาสเวลาประมาณ 3 เดือน สตรีแพทย์กำหนดแต่ละไตรมาสเป็นเวลา 14 สัปดาห์ รวมทั้งหมด 42 สัปดาห์ ไตรมาสแรก ครรภ์จะโตขึ้นเท่าลูกมะนาวในช่วง 8 สัปดาห์ อาการและลำบากของการตั้งครรภ์หลาย ๆ อย่างจะปรากฏขึ้นในไตรมาสแรก ไตรมาสที่สอง มดลูกขยายจนเห็นได้ชัดเจนเห็นเด็กดิ้น ความเปลี่ยนแปลงจะปรากฏชัดในไตรมาสนี้ สัปดาห์ที่ 13 ถึง 28 (4 - 7 เดือน) ของการตั้งครรภ์จะเรียกว่า ไตรมาส 2 ทารกจะเริ่มมีเคลื่อนไหวที่เรียกว่ารวดเร็วขึ้น จนรู้สึกได้ ซึ่งมักจะเริ่มรู้สึกถึงการเคลื่อนไหวของทารกในเดือนที่สี่ และรู้สึกมากขึ้นเป็นพิเศษในช่วงสัปดาห์ที่ 20 ถึง 21 (5-6 เดือน) หญิงตั้งครรภ์ส่วนใหญ่จะเริ่มสวมชุดคลุมท้อง ไตรมาสที่สาม ช่วง 4 สัปดาห์สุดท้ายของการตั้งครรภ์ ซึ่งเป็นน้ำหนักที่ขึ้นมากที่สุดตลอดการตั้งครรภ์ ท้องผู้หญิงสามารถสามารถยกขึ้น และลงได้ ทารกในครรภ์สามารถเคลื่อนไหวย้ายไปมาได้จนแม่รู้สึกได้ การเคลื่อนไหวของทารกที่แข็งแรงรวดเร็วจนทำให้เกิดความเจ็บปวดกับหญิงตั้งครรภ์ได้

โดยหลักผู้หญิงตั้งครรภ์ส่วนใหญ่ยังสามารถมีกิจกรรมทางเพศได้ในตลอดการตั้งครรภ์ แม้เพศสัมพันธ์ในระหว่างตั้งครรภ์เป็นพฤติกรรมความเสี่ยงต่ำ แต่ก็ต้องยกเว้นต่อเมื่อแพทย์หรือแพทย์ที่ดูแลสุขภาพแนะนำว่าให้ควรหลีกเลี่ยงการมีเพศสัมพันธ์ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลทางการแพทย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ที่มีความเสี่ยง แต่ในสำหรับหญิงตั้งครรภ์ที่มีสุขภาพดีที่ไม่ได้ป่วยหรืออ่อนแอ ก็อาจจะไม่ปลอดภัยเมื่อใช้วิธีการที่ไม่ถูกต้อง เพื่อลดความเสี่ยง โดยให้คู่อภิเษกมีเพศสัมพันธ์ที่ไม่รุนแรง²⁰ ซึ่งหากมีการข่มขืนกระทำชำเราหญิงมีครรภ์นั้น ย่อมต้องก่อให้เกิดอันตรายทั้งต่อหญิงและทารกในครรภ์อย่างแน่นอน เนื่องจากไม่ได้เป็นการมีเพศสัมพันธ์ที่เต็มใจ และผู้กระทำจะต้องใช้ความรุนแรงข่มขืนใจหากมีการใช้ความรุนแรงก็อาจจะทำให้เกิดการแท้งบุตรได้ ซึ่งเมื่อเกิดการแท้ง หญิงจะต้องได้รับความช่วยเหลือจากแพทย์ในทันทีเพราะการแท้งจะมีเลือด น้ำคร่ำ และชิ้นส่วนของการตั้งครรภ์ เช่น ทารก รก ถุงน้ำคร่ำบางส่วนหลุดออกมา มีบางส่วนค้างอยู่ภายในมดลูก ซึ่งการแท้งชนิดนี้จะทำให้มดลูกบีบตัวได้ไม่ดี เลือดจะไหลออกมาไม่หยุดจนทำให้ซ็อกได้ ดังนั้นแพทย์จะให้ น้ำเกลือหรือให้เลือดเพื่อทดแทนปริมาตรของเลือดในระบบไหลเวียนเลือด แล้วทำการดูดเอาชิ้นส่วนที่เหลือออกมาให้หมด หลังจากนั้นมดลูกจะบีบตัวได้ดีขึ้นเลือดก็จะหยุดไหลไปเองแต่ถ้าหญิงนั้นไม่ได้รับความช่วยเหลืออาจส่งผลต่อชีวิตหญิงและทารกในครรภ์

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศจะเห็นว่าประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดการข่มขืนกระทำชำเราต่อบุคคลที่มีความอ่อนแอเนื่องจากการตั้งครรภ์ เป็นเหตุจรรยาอย่างหนึ่งในความผิดฐาน

²⁰การตั้งครรภ์, โดย Wikipedia, 2555, สืบค้น จาก <https://th.wikipedia.org/wiki/การตั้งครรภ์>.

ข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากเห็นว่าสตรีมีครรภ์เป็นบุคคลอ่อนแอที่ควรได้รับการคุ้มครอง ซึ่งการข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่ตั้งครรภ์นั้นเป็นการกระทำที่ชั่วร้าย ปราศจากศีลธรรมเป็นอย่างมาก เพื่อสนองความใคร่ของตนเองได้ก่ออาชญากรรมทางเพศโดยไม่สนถึงศีลธรรมอันดีงาม หรืออันตรายที่จะเกิดกับผู้เสียหายหรือทารกในครรภ์เลย จากปัจจัยดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรคุ้มครองหญิงที่ตั้งครรภ์โดยกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราหญิงมีครรภ์เป็นเหตุจรรยาอย่างหนึ่งในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่ทั้งนี้ การตั้งครรภ์ต้องเป็นที่ปรากฏหรือเป็นที่รับรู้ต่อผู้กระทำความผิด

4.3.2.4 ผู้สูงอายุ

ผู้สูงอายุ หมายถึงมนุษย์ที่มีอายุอยู่ในช่วงบั้นปลายของชีวิต เกณฑ์ในการนำมาพิจารณาว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้สูงอายุหรือไม่ โดยอาศัยหลักเกณฑ์การพิจารณาอยู่สองหลักเกณฑ์คือเกณฑ์ระดับของอายุ และเกณฑ์ของความบกพร่องทางร่างกาย โดยส่วนใหญ่ประเทศต่าง ๆ จะใช้เกณฑ์ระดับของอายุเป็นหลัก เช่นถ้าบุคคลนั้นมีอายุตั้งแต่ 60 ปีขึ้นไป หรือมีอายุตั้งแต่ 65 ปี ขึ้นไป จะถือว่าบุคคลนั้นเป็นผู้สูงอายุ ส่วนในบางประเทศที่ถือเอาหลักเกณฑ์ของความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจเป็นหลักในการพิจารณาซึ่งผู้สูงอายุจะถูกจัดรวมให้เข้าอยู่ในกลุ่มเดียวกับบุคคลที่มีความอ่อนแอประการบาง

ในการกำหนดความหมายของผู้สูงอายุได้มีการกำหนดความหมายไว้ในระดับสากล ปรากฏในการประชุมสมัชชาโลกว่าด้วยผู้สูงอายุ ณ กรุงเวียนนา ประเทศออสเตรีย ซึ่งในการประชุมครั้งนี้ ได้มีการกำหนดแผนปฏิบัติการระยะยาวต่อผู้สูงอายุ และสมาชิกที่เข้าร่วมประชุมได้มีมติให้ผู้สูงอายุ หมายถึงบุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 60 ปีขึ้นไป แต่สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น การกำหนดอายุผู้สูงอายุมีความแตกต่างกันออกไปแต่ละมลรัฐ เช่นในรัฐแคลิฟอร์เนียและรัฐฟลอริดา ผู้สูงอายุหมายถึงบุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 65 ปีขึ้นไป²¹ รัฐอิลลินอยส์ รัฐนิวยอร์ก และรัฐแมสซาชูเซตส์นั้น ผู้สูงอายุหมายถึงบุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 60 ปีขึ้นไป²² สำหรับประเทศไทยได้กำหนดความหมายของผู้สูงอายุไว้ในพระราชบัญญัติ ผู้สูงอายุ พ.ศ. 2546 ว่าหมายถึง บุคคลซึ่งมีอายุเกินหกสิบปีขึ้นไปและต้องมีสัญชาติไทย

²¹ California Code Penal Code section 368 (g) as used in this section “elder” means any person who is 65 years of age or older.

²² มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้สูงอายุจากการทารุณกรรม (ปริญญาานิพนธ์มหาบัณฑิต), โดย เฉลิมวุฒิ สารกิจ, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เมื่อชีวิตย่างเข้าสู่ความมีอายุจะเกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างก้าวหน้าและซับซ้อนในองค์ประกอบของเซลล์ และลดความสามารถในการทำงานของระบบอวัยวะต่าง ๆ เช่น²³

1) ผม เป็นสิ่งแรกของร่างกายที่เปลี่ยนแปลงให้เห็นได้ชัดเจนนอกจากสีเดิมเป็นสีขาวแห้งและร่วงง่าย เนื่องมาจากเนื้อเยื่อหนังศีรษะที่หย่อน การไหลเวียนของโลหิตลดลง เส้นผมได้อาหารไม่เพียงพอ และภาวะเครียดทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของเส้นผมได้ง่าย

2) ผิวหนัง เมื่ออายุมากขึ้น เนื้อเยื่อต่าง ๆ จะขาดความตึงตัว เนื่องจากการลดจำนวนน้ำในเซลล์ต่อมเริ่มเหี่ยว น้ำมันใต้ผิวหนังมีน้อย เลือดมาเลี้ยงบริเวณผิวหนังก็น้อยลงทำให้ผิวหนังเริ่มเหี่ยวแห้ง หยาบ การลดจำนวนไขมันใต้ผิวหนังทำให้ผิวหนังหย่อนยาน ปรากฏรอยย่นชัดเจน ฉะนั้นคนวัยนี้จึงรู้สึกหนาวง่าย เพราะไขมันใต้ผิวหนังน้อยลง

3) กระดูก วัยสูงอายุเป็นวัยที่กระดูกเปราะง่าย ถ้าได้รับอันตรายเพียงเล็กน้อยจะทำให้กระดูกหักได้ ทั้งนี้เนื่องมาจากมีการสลายตัวของแคลเซียมออกจากกระดูกมากขึ้น และอีกสาเหตุหนึ่งคือการขาดวิตามินดี เพราะผู้สูงอายุมักไม่ชอบแสงแดด จะอยู่แต่ภายในบ้าน และการกินอาหารไม่เพียงพอเพราะมีปัญหาเรื่องการเคี้ยว โอกาสขาดวิตามินดีจึงมีสูง เมื่ออายุ 60 ปีขึ้นไป หมอนรองของกระดูกสันหลังมักจะกร่อนและแบนลงมาก ทำให้หลังโก่งได้

4) เล็บ จะหนาแข็งและเปราะ เนื่องจากการไหลเวียนของโลหิตส่วนปลายน้อยลง ทำให้การจับตัวของแคลเซียมบริเวณเล็บลดลงด้วย

5) กล้ามเนื้อ ร่างกายประกอบด้วยกล้ามเนื้อที่สำคัญ คือกล้ามเนื้อลาย ซึ่งเป็นกล้ามเนื้อ คำจุน โครงสร้างของร่างกาย เช่น กล้ามเนื้อแขน ขา เมื่อกกล้ามเนื้อไม่แข็งแรง มีความเสื่อมสภาพเกิดขึ้นจะมีผลให้ความคล่องตัวในการทำกิจกรรมต่าง ๆ ที่ต้องใช้กล้ามเนื้อลดลงไปด้วย กล้ามเนื้ออีกชนิดหนึ่งคือกล้ามเนื้อเรียบ เช่น ลำไส้ กล้ามเนื้อชนิดนี้จะเคลื่อนไหวด้วยตัวเอง จะมีการเปลี่ยนแปลงน้อยกว่าพวกแรก และอาจทำงานปกติตลอดด้วยสูงอายุก็ได้

6) หู การได้ยินจะเริ่มเสียเมื่ออายุ 40 ปีขึ้นไป เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงของประสาทรับเสียงในหูชั้นใน ทำให้การส่งกระแสประสาทของเสียงไปยังอวัยวะรับการได้ยินซึ่งอยู่ในหูเสียไป อาการหูตึงในผู้สูงอายุจะพบมากเมื่ออายุ 65 ปีขึ้นไป

7) ตา ลักษณะตาของผู้สูงอายุจะเล็กลง เพราะจำนวนไขมันหลังลูกตาน้อยลง กระจกตาบนจะตกหรือดำเนื่องจากการยึดหยุ่นของหนังตาลดลง ตาลึก มีความเสื่อมโทรมของประสาทตา

²³ การเปลี่ยนแปลงของร่างกายและจิตใจของผู้สูงอายุ, 2553, สืบค้น จาก <http://www.doctor.or.th/article/detail/4930>.

มีความไวต่อแสงน้อยทำให้มองเห็นภาพใกล้ไม่ชัด การยืดหยุ่นของเลนส์เสียไป การเปลี่ยนแปลงนี้ทำให้ผู้สูงอายุมีสายตายาว นอกจากนี้จะมีวงแหวนขาวที่ขอบตาเกิดขึ้น แต่ไม่มีอันตรายใด ๆ และไม่มีผลต่อการเห็น

8) ระบบทางเดินหายใจ ความจุของปอดจะลดลง ทำให้มีปริมาตรของอากาศค้างในปอดเพิ่มมากขึ้น เนื่องมาจากความยืดหยุ่นของเนื้อปอด หลอดลมลดลง เชื้อหุ้มปอดแห้งที่บวมเป็นสาเหตุนำไปสู่การลดการขยายตัวของปอด ซึ่งเป็นสาเหตุส่งเสริมให้เกิดการคั่งของน้ำในปอดของ คนสูงอายุได้ง่าย นอกจากนี้จะมีการเกาะจับของแคลเซียมในกระดูกอ่อนของกระดูกซี่โครง และกระดูกสันหลัง ประกอบการทำงานของกล้ามเนื้อเสื่อมสภาพด้วย การเคลื่อนไหวของทรวงอกจึงถูกจำกัด การหายใจส่วนใหญ่จะต้องใช้กะบังลมช่วย ฉะนั้น ผู้สูงอายุมักจะเหนื่อยหอบได้ง่าย

9) ระบบทางเดินอาหาร ผู้สูงอายุมักจะมีปัญหา มาก นับตั้งแต่ปากซึ่งจะมีฟันที่โยกคลอน หักง่าย หรือใส่ฟันปลอม จึงมีปัญหาต่อการเคี้ยวมากและการรับรสจะไม่ดีเท่าที่ควร ผู้สูงอายุมักเลือกอาหารประเภทแข็งมากขึ้น เพราะเคี้ยวง่าย ทำให้ขาดสารอาหารที่จำเป็น เช่น โปรตีน วิตามิน เกลือแร่ นอกจากนี้การหลั่งน้ำย่อยของกระเพาะอาหารลดลง ทำให้การย่อยและการดูดซึมอาหารลดลงไปด้วย เกิดการขาดอาหาร การเคลื่อนไหวของกระเพาะอาหาร และลำไส้ลดลง ทำให้รู้สึกหิวบ่อยลง และมีปัญหาท้องผูก

10) ระบบการไหลเวียนของเลือด ความยืดหยุ่นของเส้นเลือดมีน้อยลงเนื่องจากมีการจับของแคลเซียมตามผนังเส้นเลือดมากขึ้น ทำให้เส้นเลือดแข็งตัว ความแรงของชีพจรจะลดลง รุขของเส้นเลือดก็แคบลงด้วย ทำให้มีแรงต้านทานการไหลเวียนของเลือดมากขึ้น ผู้สูงอายุจึงมักมีความดันเลือดสูงขึ้นกว่าปกติได้ ปริมาณเลือดไปเลี้ยงอวัยวะต่าง ๆ ลดลงเป็นผลให้เกิดการตาย และการเสื่อมของอวัยวะต่าง ๆ ได้ เช่น กล้ามเนื้อหัวใจตาย

11) ระบบทางเดินปัสสาวะ ขนาดของไตจะเล็กลงและอัตราการกรองของไตจะลดลงด้วย นอกจากนี้กล้ามเนื้อของกระเพาะปัสสาวะจะอ่อนกำลังลง ขนาดก็เล็กลงด้วย เป็นผลให้มีการขับถ่ายปัสสาวะบ่อยขึ้น ปัสสาวะมากขึ้น ในผู้ชายมักมีต่อมลูกหมากโตทำให้ถ่ายปัสสาวะลำบาก และถ่ายบ่อยขึ้น

12) ระบบต่อมไร้ท่อ ต่อมต่าง ๆ เช่น ต่อมใต้สมอง ต่อมไทรอยด์และต่อมเพศ ตับอ่อน ฯลฯ จะทำงานน้อยลง เป็นผลให้มีการผลิตฮอร์โมนน้อยลงด้วย เช่น ตับอ่อนผลิตอินซูลินน้อยลงจะทำให้ระดับน้ำตาลในเลือดสูงขึ้น ผู้สูงอายุจึงเป็นเบาหวานได้มาก

13) ต่อมเพศ ทำงานลดลง ในผู้หญิงรังไข่จะหยุดทำงาน ทำให้ไม่มีประจำเดือน มดลูก เต้านมจะเหี่ยวแฟบ บางคนจะอารมณ์หงุดหงิด โมโหง่าย ในผู้ชายก็มีการเปลี่ยนแปลงเช่นกัน แต่มักน้อยและช้ากว่าผู้หญิง

14) การเปลี่ยนแปลงทางด้านจิตใจและสังคม การเปลี่ยนแปลง ในวัยสูงอายุ ไม่เพียงแต่สภาพร่างกายเท่านั้น ยังมีการเปลี่ยนแปลงทางความรู้สึก การรับรู้ บุคลิกภาพ ความจำ ซึ่งการเปลี่ยนแปลงเหล่านี้มีผลทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางพฤติกรรมด้วย

15) ระบบประสาทและสมอง ประสิทธิภาพการทำงานของสมองต่ำ นอกจากนี้ยังมีการตายและแฟบของระบบเซลล์ประสาทเป็นอย่างมาก เป็นผลให้เส้นประสาทเสื่อมเสียความสามารถทางกิจกรรมและความรู้สึกได้ เซลล์ของประสาทและสมองจะลดลง ความรู้สึกความคิดจะช้า สติปัญญาจะเสื่อมถอยลง ความจำเสื่อม เกิดภาวะสมองจะเสื่อม โรคสมองเสื่อมหรือภาวะสมองเสื่อม เป็นภาวะความผิดปกติของสมองที่แสดงว่าผู้ป่วยมีระดับความสามารถทางความคิดและการแสดงออก คือ สมาธิ ความจำ ภาษา ความสามารถในการบอกทิศทาง การรับรู้วันเวลาสถานที่ การคิดคำนวณ การใช้เหตุผลและการตัดสินใจความคิดเชิงนามธรรม เป็นต้น อย่างน้อย 2 ด้าน เสื่อมถอยลงจากเดิมอย่างชัดเจน จนส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิตประจำวัน ที่เห็น ได้ชัดเจนคืออาการหลง ๆ ลืม ๆ หรือโรคอัลไซเมอร์ “โรคอัลไซเมอร์” คือ โรคของสมองที่มีการเสื่อมลงเรื่อย ๆ เริ่มจากสมองส่วนที่เกี่ยวข้องกับความจำ การเรียนรู้ ต่อมาถึงความคิดตลอดจนเหตุผล การตัดสินใจ การสื่อสาร และในที่สุดการเสื่อมลงเรื่อย ๆ นี้ ก็จะมีผลกระทบต่อการทำงานของสมองอย่างชัดเจน เมื่อถึงระยะนี้จะพบว่าผู้ป่วยคูมีบุคลิกภาพเปลี่ยนแปลงไป แต่ส่วนใหญ่จะพบว่าหงุดหงิดง่ายขึ้น อารมณ์ร้อน ระแวงง่าย บางคนมีหูแว่ว ไม่อยู่ในภาวะความเป็นจริง ในระยะสุดท้ายของโรคผู้ป่วย จะไม่สามารถช่วยเหลือตัวเองได้แม้การดูแลตัวเองอย่างง่าย ๆ เช่น อาบน้ำ แต่งตัว แปรงฟัน กินข้าว การพูดคุยบอกสิ่งที่ต้องการต่าง ๆ ผู้ป่วยอัลไซเมอร์มีชีวิตอยู่ได้ประมาณ 6-8 ปีหลังจากมีอาการ ความจำเสื่อม

จะเห็นว่าผู้สูงมีความอ่อนแอประบางอย่างมาก เนื่องจากเมื่อเข้าสู่วัยชราแล้วย่อมก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางร่างกายไปในทางที่แย่ลง คนชราจึงไม่มีเรี่ยวแรง หรือกำลังเทียบเท่าคนหนุ่มสาว หรือบางรายอาจไม่สามารถเคลื่อนไหว หรือเดินได้เลย โรคภัยไข้เจ็บต่าง ๆ ก็จะเข้ามารุมเร้า และโดยส่วนใหญ่ผู้สูงอายุก็จะไม่ได้ทำงาน จะอาศัยอยู่ที่บ้านเพียงลำพัง เพราะลูกหลานก็จะออกไปทำงาน ผู้สูงอายุจึงตกเป็นเป้าหมายของอาชญากรทางเพศที่ไม่สนว่าเหยื่อจะเป็นใคร มีอายุเท่าไร หน้าตาเป็นอย่างไร แต่เพื่อสนองความใคร่ของตนเองสามารถข่มขืนกระทำชำเราได้แม้กระทั่งผู้สูงอายุ ในปัจจุบันจะเห็นได้ว่ามีข่าวการข่มขืนผู้สูงอายุจำนวนมาก ตัวอย่างเช่น

คดีฆาตกรรมข่มขืนหญิงชราต่อเนื่อง 10 ราย²⁴

คนร้ายบุกรุกข่มขืนหญิงชราถึง 10 คดี ในเขตพื้นที่ สมุทรสาคร สมุทรสงคราม และ นครปฐม ตั้งแต่ปี 2553-2558 โดยมีผู้เสียชีวิต 2 ราย โดยคนร้ายรายนี้จะเลือกเหยื่อเป็นหญิงสูงวัยที่อยู่บ้านตามลำพัง มักจะเป็นบ้านสวนติดคลอง มีถนนตัดผ่าน คาดว่าคนร้ายอาจมาทางน้ำ หรือเลือกบ้านที่เป็นทางสัญจรปกติไม่เป็นที่สังเกตหากมีคนแปลกหน้าเข้าบ้านในยามวิกาล เพื่อไม่ให้ชาวบ้านผิติดสังเกต สำหรับคดีที่คนร้ายรายนี้ได้ก่อเหตุไว้มีทั้งหมด 10 คดี ดังนี้

1. วันที่ 26 กันยายน 2553 ท้องที่ สภ.บ้านแพ้ว จ.สมุทรสาคร คนร้ายบุกเข้าไปข่มขืนหญิงชราวัย 70 ปี ที่อยู่บ้านคนเดียว
2. วันที่ 10 พฤศจิกายน 2553 ท้องที่ สภ.นครชัยศรี จ.นครปฐม บุกเข้าไปข่มขืนหญิงชราวัย 71 ปี
3. วันที่ 8 มกราคม 2555 ท้องที่ สภ.บางคนที จ.สมุทรสงคราม คนร้ายเข้าไปข่มขืนหญิงชราวัย 61 ปี ที่อยู่บ้านเพียงลำพัง ซ้ำในเสียชีวิตในเวลาต่อมา
4. วันที่ 6 ธันวาคม 2555 ท้องที่ สภ.บางคนที จ.สมุทรสงคราม คนร้ายบุกเข้าไปข่มขืนสาวใหญ่วัย 59 ปี
5. วันที่ 8 ธันวาคม 2555 ท้องที่ สภ.บางคนที จ.สมุทรสงคราม ครั้งนี้คนร้ายข่มขืนหญิงชราวัย 70 ปี ที่บ้านกลางสวนผลไม้
6. วันที่ 16 ธันวาคม 2555 ท้องที่ สภ.บางคนที จ.สมุทรสงคราม คนร้ายบุกเข้าไปข่มขืนสาวใหญ่วัย 47 ปี แต่ผู้เสียหายรู้ตัวก่อนและแจ้งเจ้าหน้าที่ คนร้ายจึงไม่ได้กระทำการข่มขืนแต่ได้ขโมยทรัพย์สินและหลบหนีไป
7. วันที่ 23 มีนาคม 2556 ท้องที่ สภ.สามพราน จ.นครปฐม คนร้ายบุกรุกข่มขืนหญิงชราวัย 75 ปี
8. วันที่ 11 มิถุนายน 2556 ท้องที่ สภ.พุทธมณฑล จ.นครปฐม คนร้ายบุกเข้าไปข่มขืนแล้วฆ่าหญิงชราวัย 78 ปี
9. วันที่ 25 ธันวาคม 2557 ท้องที่ สภ.พุทธมณฑล จ.นครปฐม ข่มขืนหญิงวัย 39
10. วันที่ 25 มกราคม 2558 ท้องที่ สภ.นครชัยศรี จ.นครปฐม ก่อเหตุข่มขืนหญิงชราวัย 70 ปี ขโมยเงินจำนวน 5,000 บาท

²⁴เจาะลึก 10 คดี ฆาตกรรมข่มขืนหญิงชราต่อเนื่อง ,2559, สืบค้น จาก <http://highlight.kapook.com/view/114893>.

จะเห็นว่ากฎหมายอาญาไทยไม่ได้บัญญัติคุ้มครองการล่วงละเมิดทางเพศให้เป็นเหตุฉกรรจ์ ซึ่งในปัจจุบันมีการก่อเหตุข่มขืนกระทำชำเราผู้สูงอายุเป็นจำนวนมาก แต่กฎหมายก็ยังไม่มองข้ามการคุ้มครองผู้สูงอายุไป ซึ่งการล่วงละเมิดได้แม้กระทั่งผู้สูงอายุ ย่อมแสดงให้เห็นถึงจิตใจที่ชั่วร้าย ไร้ซึ่งศีลธรรม จากปัจจัยดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรคุ้มครองผู้สูงอายุโดยกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราผู้สูงอายุเป็นเหตุฉกรรจ์อย่างหนึ่งในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ทั้งนี้ ไม่ต้องคำนึงถึงอายุ ว่าผู้ถูกระทำจะต้องมีอายุ 60 ปีขึ้นไปหรือไม่ แต่ให้พิจารณาจากสภาพร่างกายที่แสดงให้เห็นเป็นที่ประจักษ์ว่าบุคคลนั้นเป็นผู้สูงอายุ มีสภาพร่างกายที่ไม่อาจปกป้องตนเองได้อย่างเช่นคนวัยหนุ่มสาว

4.3.3 ปัจจัยในการกำหนดเหตุฉกรรจ์โดยพิจารณาจากพฤติการณ์อันชั่วร้ายของผู้กระทำ

คำว่า “ความชั่ว” (Schuld) ในกฎหมายอาญาเป็นเรื่องความคิดของนักกฎหมายเยอรมัน ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ซึ่งเป็นผู้สำเร็จการศึกษาจากประเทศเยอรมนี จึงเป็นนักนิติศาสตร์ไทยคนแรกที่กล่าวถึง “ความชั่ว” ในกฎหมายอาญา โดยศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “ความชั่วร้าย” และอธิบายว่า

“ผู้กระทำจะมีความชั่วร้ายต่อเมื่อเขามีความรู้สึกผิดและชอบ ได้กระทำโดยเจตนาหรือประมาท และไม่มีเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษให้”²⁵

กฎหมายอาญาสมัยใหม่ของไทยเราเริ่มที่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 อันเป็นประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของไทยเรา ในประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกนี้มีการกล่าวถึง “ความไม่รู้สึกผิดชอบ” และประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันก็กล่าวถึงเรื่องดังกล่าว แต่ได้เรียกเสียใหม่ว่า “ความรู้สึกผิดชอบ” และความรู้สึกผิดชอบเป็นข้อสาระสำคัญในเรื่อง “ความชั่ว” หรือ “ความชั่วร้าย” ตามที่ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ดังนั้น แม้ประมวลกฎหมายอาญาของไทยของเราจะไม่ได้กล่าวไว้ในที่ใดโดยตรงว่า “ไม่มีโทษ โดยไม่มี ความชั่ว” หรือ “ความชั่วเป็นพื้นฐานของการลงโทษ” ดังเช่นในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน หรือในประมวลกฎหมายอาญาของออสเตรีย แต่ ดร.คณิต ฒ นคร ก็เห็นว่า กฎหมายอาญาของไทยก็เป็น “กฎหมายอาญาที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความชั่ว” (Schuldstrafrecht)

ความหมายของ “ความชั่ว” ในทางกฎหมายอาญา คำว่า “ความชั่ว” (Schuld) ในที่นี้ไม่ได้หมายถึง “ความชั่วในความหมายทั่วไป” กล่าวคือ ไม่ได้หมายถึงสภาพความไม่ดีไม่งาม

²⁵ จาก *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, โดย หยุด แสงอุทัย, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

อันเกิดจากการฝ่าฝืนศีลธรรม หรือขนบธรรมเนียม ประเพณีของสังคม “ความชั่วในความหมายทั่วไป” ดังกล่าว เป็นคนละเรื่อง “ความชั่ว” ในทางกฎหมายอาญา มีความแตกต่างในแง่สิ่งของ หรือวัตถุที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาหาความหมายของ “ความชั่วในความหมายทั่วไป” คือ ตัวศีลธรรม หรือขนบธรรมเนียมประเพณี แต่สิ่งที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาหาความหมายของ “ความชั่ว” ในทางกฎหมายอาญา คือ “การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ที่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย” การกระทำใดการกระทำหนึ่งที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ และเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย จะเป็นการกระทำที่ชั่วหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับ การตัดสินใจกระทำในการกระทำนั้นของผู้กระทำความผิดในขณะกระทำนั้น ผู้ที่มีความรู้สึกรู้ผิดชอบหรือผู้ที่รู้จักแยกแยะว่าอะไรผิดอะไรถูกและเป็นผู้ที่มีสติ ย่อมจะไม่กระทำการใดอันเป็นการผิดกฎหมาย แต่ถ้าผู้ใดขาดสติ และได้กระทำการใดอันเป็นการผิดกฎหมายลงไป ผู้นั้นก็ย่อมจะเป็นบุคคลที่จะต้องถูกดำเนินคดีจากสังคม และการกระทำของผู้นั้น ย่อมเป็นการกระทำที่ดำเนินได้ และด้วยเหตุนี้เอง ที่ในทางกฎหมายอาญาถือว่า ผู้กระทำนั้นได้กระทำชั่ว ดังนั้น “ความชั่ว” (Schuld) หมายถึง การดำเนินได้ของการกำหนดเจตจำนง

การพิจารณา “ความชั่ว” (Schuld) หรือ “การดำเนินได้” (Vorwerfbarkeit) ของการกระทำว่ามีอยู่หรือไม่นั้น ไม่ได้พิจารณาที่ตัวผู้กระทำในฐานะปัจเจกบุคคล แต่พิจารณาตามมาตรฐานของวิญญูชน ที่อยู่ในฐานะเช่นผู้กระทำความผิด ความช่วนั้นมีอยู่ทั้งในความผิดที่กระทำโดยเจตนา และในความผิดที่กระทำโดยประมาท²⁶

ในการกระทำความผิดของบุคคลนั้นต้องถือว่า “ความสามารถในการทำชั่ว” เป็นปัจจัยประกอบที่สำคัญที่สุด และเป็นปัจจัยประกอบประการแรกทีเดียว เพราะกฎหมายจะลงโทษเฉพาะบุคคลที่สามารถแยกแยะความผิดถูกของการกระทำของตนได้เท่านั้น การกระทำใดที่บุคคลใดได้กระทำลงไป โดยบุคคลนั้นไม่มี “ความสามารถในการทำชั่ว” การกระทำนั้นย่อมเป็นการกระทำที่ไม่สามารถถูกดำเนินได้ หรือการกระทำนั้นเป็นกระทำที่ปราศจาก “ความชั่ว” การกำหนดเหตุจรรยาจึงต้องดูจากพฤติการณ์ที่แสดงออกถึงความชั่วร้ายของผู้กระทำ ดังนี้

4.3.3.1 การกระทำโดยมีหรือใช้อาวุธ หรือวัตถุระเบิด

“อาวุธ” คือเครื่องมือที่ใช้ระหว่างการรบเพื่อสังหารหรือทำลายทรัพย์สินและทรัพยากร จนไม่สามารถใช้ประโยชน์จากทรัพยากรได้ อาจใช้ในการโจมตี การป้องกัน และการข่มขู่ ถูกแบ่งไว้ 2 ประเภทคือ (1) อาวุธที่เป็นอาวุธ โดยลักษณะ เช่น ดาบ หอก กระบี่ สนับมือ ปืน

²⁶ จาก กฎหมายอาญามาตราทั่วไป (น.277-280), โดย คณิต ณ นคร, 2554, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

เครื่องระเบิด เป็นต้น (2) อาวุธที่มีใช้อาวุธโดยลักษณะแต่ใช้ได้เสมือนดังอาวุธ มีบันทึกการใช้อาวุธปรากฏในภาพเขียนบนผนังถ้ำ การศึกษากระบวนการในการต่อสู้ ทำให้เกิดทั้งศิลปะการต่อสู้และหลักยุทธศาสตร์²⁷

พจนานุกรมไทยราชบัณฑิตยสถาน อาวุธ หมายถึง เครื่องมือที่ใช้ในการทำร้ายทำลาย ป้องกัน ต่อสู้ หรือฆ่า

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1 (5) “อาวุธ” หมายความว่า สิ่งซึ่งไม่เป็นอาวุธโดยสภาพ แต่ซึ่งได้ใช้หรือเจตนาจะใช้ประทุษร้ายร่างกายถึงอันตรายสาหัสอย่างอาวุธ

“อาวุธโดยสภาพ” หมายถึง สิ่งที่เป็นอาวุธโดยลักษณะทางกายภาพของตัวเอง โดยมีวัตถุประสงค์ในการผลิตจัดสร้าง หรือดัดแปลงขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการทำลายชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน เช่น มีดดาบที่ใช้ในการต่อสู้ สนับมือ อาวุธปืน วัตถุระเบิด เป็นต้น การเป็นอาวุธโดยสภาพ วัตถุดังกล่าวจะต้องทำหน้าที่เป็นอาวุธได้โดยสภาพของตนเอง เช่น ลูกกระสุนปืนไม่ใช่อาวุธโดยสภาพ และเมื่อเป็นอาวุธปืนโดยสภาพ ถึงแม้อาวุธดังกล่าวจะไม่สามารถใช้งานได้ แต่กฎหมายก็ถือว่าสภาพแห่งการเป็นอาวุธยังไม่สิ้นไป เช่น อาวุธปืนแม้ไม่มีลูกโม่และแกนลูกโม่ก็เป็นอาวุธโดยสภาพ²⁸

“สิ่งที่ไม่เป็นอาวุธโดยสภาพ” คือ โดยหลักแล้วสิ่งเหล่านี้จะไม่ใช้อาวุธ แต่หากได้ใช้ หรือเจตนาจะใช้ประทุษร้ายร่างกายถึงอันตรายอย่างอาวุธ หรือหากใช้แล้วสามารถสามารถก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายผู้อื่นได้ เช่น มีดหน้า 3 มีดขนาดเล็ก คัตเตอร์ กรรไกร เป็นต้น แต่สิ่งที่ใช้ทำอันตรายได้ แต่หากการใช้ เทียบไม่ได้อย่างอาวุธ แม้จะใช้ทำอันตรายถึงอันตรายสาหัสได้ ก็ไม่ถือเป็นอาวุธ เช่น ใช้เชือกรัดคอ ใช้ก้อนหินทุบ ใช้รถยนต์ชน

ตัวอย่างที่ถือเป็นอาวุธ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1400/2538 การพรากเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีไปเสียจากบิดามารดาผู้ปกครองหรือผู้ดูแลโดยปราศจากเหตุอันสมควรตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 นั้น ไม่ว่าจำเลยจะพรากไปจากใครคนใดคนหนึ่งดังกล่าว ก็มีความผิดทั้งสิ้นแม้โจทก์บรรยายฟ้องว่าจำเลยพรากผู้เสียหายไปเสียจากบิดามารดาผู้ปกครอง โดยมีได้บรรยายว่าพรากไปจากผู้ดูแลด้วยแต่ทางพิจารณาได้ความว่าพรากไปจากผู้ดูแลก็มีความผิดมิใช่เป็น

²⁷ อาวุธ, โดย wikipedia , สืบค้น จาก <https://th.wikipedia.org/wiki/%E0%B8%AD%E0%B8%B2%E0%B8%A7%E0%B8%B8%E0%B8%98>.

²⁸ ความผิดที่เป็นการก่ออันตราย: ศึกษากรณีการพกพาอาวุธปืน (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต), โดย เดชาชัย อินทรมณี, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

เรื่องข้อเท็จจริงในทางพิจารณาแตกต่างกับฟ้อง แม้มีคัตเตอร์จะ ไม่เป็นอาวุธ โดยสภาพแต่ทุกครั้งที่ จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายจำเลยเอามีดคัตเตอร์ที่จำเลยพาไปออกมาขู่ข่มขู่ผู้เสียหายแสดงว่า จำเลยพามีคัตเตอร์ไปโดยเจตนาจะใช้เป็นอาวุธจึงมีความผิดฐานพาอาวุธไปในเมือง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4155/2531 “มีดพกผลไม้” ที่จำเลยพาดัดตัวไปในโรง ภาพยนตร์ ไม่ใช่อาวุธโดยสภาพ แต่เมื่อจำเลยได้ใช้มีดดังกล่าวแทงผู้เสียหายจนได้รับบาดเจ็บสาหัส จึงเป็นอาวุธตามมาตรา 371 และเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายอีกกรรมหนึ่ง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4280/2531 ในการปล้นทรัพย์คนร้ายใช้กระบองไฟฟ้า เดินทางขนาด 3 ก้อน ที่มีติดตัวไปตีทำร้ายภรรยาผู้เสียหายจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กาย เป็นความผิดฐานปล้นทรัพย์โดยมีอาวุธติดตัวไปด้วย ตามมาตรา 340 วรรคสอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5161/2533 จำเลยใช้ “ลูกกัญแจ” จี้ที่เอวผู้เสียหายดึงเอา ปากกาเขียนแบบกับดินสอซึ่งมีราคาไม่มากนัก มิได้เอาทรัพย์อย่างอื่นไปด้วย เมื่อผู้เสียหายขอลิ้น จำเลยยอมคืนดินสอโดยดี ส่วนปากกาเขียนแบบจำเลยบอกให้ไปรับคืนที่โรงเรียน แสดงว่าจำเลย มิได้มีเจตนาลักทรัพย์ของผู้เสียหายจริงจึ่ง แต่เห็นได้ว่าเป็นการกระทำด้วยความคึกคะนองไม่เป็น ความผิดฐานชิงทรัพย์ แต่การที่จำเลยใช้ลูกกัญแจจี้ที่เอวผู้เสียหาย แล้วดึงปากกา กับดินสอ เห็นได้ ว่าจำเลยมีเจตนาใช้ลูกกัญแจ ดังกล่าวอย่างอาวุธ และมีเจตนาทำให้ผู้เสียหาย เกิดความเกรงกลัว ไม่กล้าขัดขืน ถือได้ว่าเป็นการข่มขืนใจผู้เสียหาย โดยทำให้เกิดความกลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ หรือทรัพย์สิน จำเลยจึงมีความผิดฐานทำให้เสื่อมเสียเสรีภาพ โดยใช้อาวุธ

ตัวอย่างที่ไม่ถือว่าเป็นอาวุธ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1154/2468 อาวุธปืนไม่มีซองกระสุน ไม่มีลูกกระสุนปืน ไม่เป็นเครื่องประหาร (อาวุธ)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 927/2519 พลูส่องแสง เป็นสิ่งที่ใช้ให้แสงสว่างไม่เป็น อาวุธตามมาตรา 1 (5) แม้พกพาไปที่ใด ก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 371

“อาวุธปืน”²⁹ หมายรวมตลอดถึงอาวุธทุกชนิดซึ่งใช้ส่งเครื่องกระสุนปืน โดยวิธีระเบิดหรือกำลังดันของแก๊สหรืออัดลมหรือเครื่องกลไกอย่างใดซึ่งต้องอาศัยอำนาจของ พลังงานและส่วนหนึ่งใดของอาวุธนั้น ๆ ซึ่งรัฐมนตรีเห็นว่าสำคัญและได้ระบุไว้ในกฎกระทรวง

²⁹ มาตรา 4 (1) พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิงและสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490.

นอกจากนี้ ข้อ 1 แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2491³⁰ ยังกำหนดว่าส่วนของอาวุธปืนซึ่งจะกล่าวต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็น "อาวุธปืน" ตามความ ในมาตรา 4 (1) คือ

- (1) ด้ามล้อง
- (2) เครื่องลูกเลื่อน หรือส่วนประกอบสำคัญของเครื่องลูกเลื่อน
- (3) เครื่องลั่นไก หรือส่วนประกอบสำคัญของเครื่องลั่นไก
- (4) เครื่องส่งกระสุน ชองกระสุน หรือส่วนประกอบสำคัญของสิ่งเหล่านี้

"วัตถุระเบิด"³¹ คือ วัตถุที่สามารถส่งกำลังดันอย่างแรงต่อสิ่งห่อหุ้มล้อมโดยฉับพลันในเมื่อระเบิดขึ้น โดยมีสิ่งเหมาะสมทำให้เกิดกำลังดัน หรือโดยการสลายตัวของวัตถุระเบิดนั้นทำให้มีแรงทำลายหรือแรงประหาร กับหมายความรวมถึงเชื้อประทูต่าง ๆ หรือวัตถุอื่นใดอันมีสภาพคล้ายคลึงกันซึ่งใช้หรือทำขึ้นเพื่อให้เกิดการระเบิด ซึ่งรัฐมนตรีจะได้ประกาศระบุไว้ในราชกิจจานุเบกษา

ทั้งในระบบคอมพิวเตอร์และชีวิลล์ลอร์ ต่างให้ความสำคัญกับการใช้อาวุธประกอบการกระทำความผิดฐานต่าง ๆ เนื่องจากการใช้อาวุธในการร่วมกระทำความผิดถือเป็นสิ่งที่ร้ายแรงกว่าการไม่ใช้อาวุธ ทั้งยังเป็นเครื่องอำนวยความสะดวกในการกระทำความผิดให้สำเร็จได้ง่ายขึ้น ที่ร้ายไปกว่านั้น หากได้ใช้อาวุธประทุร้ายต่อร่างกายแล้ว ก็จะเกิดอันตรายต่อร่างกายอาจถึงสาหัส หรือถึงแก่ชีวิตได้ กฎหมายจึงกำหนดให้การกระทำโดยมี หรือใช้อาวุธให้เป็นเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานต่าง ๆ ซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น

จากการศึกษาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคสามได้กำหนดให้การกระทำความผิดที่ได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดเป็นเหตุฉกรรจ์ซึ่งผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษหนักขึ้น โดยสามารถแยกเหตุฉกรรจ์ดังกล่าวได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

1. ได้กระทำโดย "มี" อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด
2. ได้กระทำโดย "ใช้" อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด

³⁰ข้อ 1 กฎกระทรวง ฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2491) ออกตามความในพระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490.

³¹ มาตรา 4 (3) พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิงและสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490.

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 891/2521 จำเลยข่มขืนชำเราหญิง โดยพวกของจำเลยมีปืนบังคับไม่ให้คนอื่นช่วยหญิง จำเลยร่วมกระทำกับพวกที่มีอาวุธปืนจำเลยต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 276 วรรคสาม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 227/2529 จำเลยที่ 1 ใช้อาวุธปืนข่มขืนบังคับหญิงผู้เสียหายให้ยอมให้จำเลยที่ 2 กระทำชำเราโดยจำเลยที่ 1 มิได้กระทำชำเราผู้เสียหายด้วยถือไม่ได้ว่าจำเลยทั้งสองได้ร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง แต่ถือเป็นตัวการร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย โดยมีหรือใช้อาวุธปืนอันเป็นความผิดตามมาตรา 276 วรรคสอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3007/2532 จำเลยกับพวกร่วมกันบุกรุกเข้าไปในบ้านของผู้เสียหายในเวลากลางคืน โดยจำเลยมีอาวุธมีด พวกของจำเลยมีอาวุธปืน แล้วจำเลยได้ใช้อาวุธมีดข่มขืนบังคับกระทำชำเราผู้เสียหาย ในขณะที่เดียวกันนั้นพวกของจำเลยได้ใช้อาวุธปืนข่มขืนบังคับกระทำชำเราพวกของผู้เสียหายอีกคนหนึ่งซึ่งนอนอยู่บนเตียงเดียวกันนั้น จำเลยมีความผิดฐานร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เชิญใช้กำลังประทุษร้ายและได้ร่วมกันกระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง เมื่อจำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายแล้ว พวกของจำเลยได้ผลจากพวกของผู้เสียหายมาข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายต่ออีก แม้พวกของจำเลยจะไม่สามารถสอดใส่อวัยวะเพศเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายได้ แต่ก็ได้ลงมือกระทำการข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายจนถึงขั้นพยายามแล้ว การที่จำเลยกับพวกผลัดเปลี่ยนกันกระทำชำเราผู้เสียหายต่อเนื่องกัน ถือได้ว่าเป็นการร่วมกันกระทำชำเราผู้เสียหายอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6336/2534 การกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคแรกกระทำโดยมีอาวุธปืน แต่มิได้ใช้ก็ดี กระทำโดยมีและใช้อาวุธปืนก็ดี ล้วนเป็นความผิดที่ต้องระวางโทษตามวรรคสองทั้งสิ้น ดังนั้น แม้จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายโดยมีอาวุธปืน แต่มิได้ใช้อาวุธปืนนั้น จำเลยก็ยังมีผิดต้องระวางโทษตามมาตรา 276 วรรคสองบัญญัติไว้

จะเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดเหตุจูงใจในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้เฉพาะการกระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดเท่านั้น เพราะกฎหมายเห็นว่าการใช้อาวุธร้ายแรงเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดเป็นการซ้ำเติมความทุกข์ยากให้แก่หญิง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าอาวุธปืนเป็นอาวุธที่ร้ายแรงซึ่งหากผู้กระทำความผิดได้ใช้แล้วทำให้เกิดอันตรายสาหัส หรือถึงแก่ชีวิตก็จริง แต่อาวุธอื่น ๆ ก็สามารถทำอันตรายให้ถึงสาหัส หรือถึงแก่ชีวิตได้เช่นเดียวกัน

ทั้งยังเป็นสิ่งที่ทำให้ผู้เสียหายหวาดกลัวว่าจะทำให้ตนเองได้รับอันตรายต่อร่างกายหรือชีวิตจนไม่สามารถขัดขืนผู้กระทำความผิด ซึ่งทำให้เกิดความสับสนในการข่มขืนกระทำชำเราได้เช่นกัน เช่น ใช้มีด หรือคัตเตอร์ขู่ว่าจะเชือดคอ ใช้ไม้ขนาดใหญ่ตีผู้เสียหายจนสลบ หรือใช้ขวดที่ทุบแตกจนมีความคม ขู่ว่าจะแทงผู้เสียหาย สิ่งเหล่านี้ล้วนก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายและชีวิตของผู้เสียหายได้เช่นกัน อีกทั้งสิ่งเหล่านี้ยังเป็นสิ่งที่สามารถพกพา หรือหาได้ง่ายกว่าอาวุธ

ทั้งนี้ กฎหมายอาญายังได้กำหนดให้การกระทำความผิดโดยมีอาวุธเป็นเหตุฉกรรจ์ เช่น

1. ความผิดฐานกรรโชก

มาตรา 337 ผู้ใดข่มขืนใจผู้อื่นให้ยอมให้หรือยอมจะให้ตนหรือผู้อื่นได้ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน โดยใช้กำลังประทุษร้ายหรือ โดยขู่จะก่ออันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียงหรือ ทรัพย์สินของผู้ถูกข่มขืนใจหรือของบุคคลที่สาม จนผู้ถูกข่มขืนใจยอมเช่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานกรรโชก ต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินห้าปี และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท

ถ้าความผิดฐานกรรโชกได้กระทำโดย

(1) ขู่ว่าจะฆ่า ขู่ว่าจะทำร้ายร่างกายให้ผู้ถูกข่มขืนใจหรือผู้อื่น ให้ได้รับอันตรายสาหัส หรือขู่ว่าจะทำให้เกิดเพลิงไหม้แก่ทรัพย์สินของ ผู้ถูกข่มขืนใจหรือผู้อื่น หรือ

(2) มีอาวุธติดตัวมาขู่ข่มขืน ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปี และปรับ ตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท

2. ความผิดฐานปล้นทรัพย์

มาตรา 340 ทวิ ถ้าการปล้นทรัพย์ได้กระทำต่อทรัพย์ตามมาตรา 335 ทวิ วรรคแรก ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการปล้นทรัพย์นั้นเป็นการกระทำในสถานที่ซึ่งที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 335 ทวิ วรรคสอง ด้วย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึง สี่หมื่นบาท

ถ้าการปล้นทรัพย์ตามวรรคแรกหรือวรรคสอง ผู้กระทำแม้แต่คนหนึ่งคนใด มีอาวุธติดตัวไปด้วย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี

3. ความผิดฐานบุกรุก

มาตรา 365 ถ้าการกระทำความผิดตาม มาตรา 362³² มาตรา 363³³ หรือ มาตรา 364³⁴ ได้กระทำ

- (1) โดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย
- (2) โดยมีอาวุธหรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป หรือ
- (3) ในเวลากลางคืน

ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือ ทั้งจำทั้งปรับ

ซึ่งจะเห็นได้ว่าความผิดฐานกรร โชกซึ่งเป็นความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและทรัพย์สิน หากได้กระทำมีอาวุธคิดตัวมาขู่เข็ญ หรือการกระทำความผิดฐานปล้นทรัพย์ซึ่งเป็นความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน หากผู้กระทำแม้แต่คนหนึ่งคนใดมีอาวุธติดตัวไปด้วย หรือความผิดฐานบุกรุกโดยมีอาวุธ ล้วนเป็นเหตุจรรยาในความผิดฐานนั้น ซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นกว่า ความผิดธรรมดา โดยกฎหมายจะใช้คำว่า “มีอาวุธ” ซึ่งไม่ได้จำกัดเฉพาะอาวุธปืน เพราะกฎหมาย เห็นว่ามีลักษณะพฤติการณ์ที่เป็นการเพิ่มอันตรายที่จะเกิดขึ้นในกรณีของการใช้อาวุธ ซึ่งสิ่งที่ ตามมาคือความเสียหายต่อร่างกายและชีวิต ซึ่งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราควรได้รับการ ค้ำครองมากกว่า หรือเท่ากับการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน เพราะความเสียหายต่อทรัพย์สิน คือ การสูญเสียทรัพย์สิน แต่ความเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นหมายถึง การสูญเสียความบริสุทธิ์ และผู้เสียหายจะต้องดิ้นรนและป้องกันตัวเองให้พ้นจากภัยข่มขืนจนถึง

³² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 362 ผู้ใดเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นเพื่อถือการ ครอบครอง อสังหาริมทรัพย์นั้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วน หรือเข้าไป กระทำการใด ๆ อันเป็นการรบกวนการครอบครอง อสังหาริมทรัพย์ ของเขาโดยปกติสุข ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับ ไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำ ทั้งปรับ.

³³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 363 ผู้ใดเพื่อถือเอาอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นเป็นของตน หรือของ บุคคลที่สาม ยักย้ายหรือทำลายเครื่องหมายเขตแห่ง อสังหาริมทรัพย์นั้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ต้องระวางโทษ จำคุก ไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ.

³⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 364 ผู้ใดโดยไม่มีเหตุอันสมควรเข้าไป หรือซ่อนตัวอยู่ใน เคหสถาน อาคารเก็บรักษาทรัพย์สินหรือสำนักงานในความครอบครอง ของผู้อื่น หรือ ไม่ยอมออกไปจากสถานที่เช่นนั้น เมื่อ ผู้มีสิทธิที่จะ ห้ามมิให้เข้าไปได้ไล่ให้ออก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือ ปรับไม่เกินสองพันบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ.

ที่สุด แน่แน่นอนว่าผู้กระทำความผิดจะต้องมีอาวุธติดตัวมาและ ส่วนใหญ่ก็จะเป็นอาวุธที่หาได้ง่าย เช่น มีด หรือคัตเตอร์ ซึ่งผู้เสียหายสามารถถูกทำร้ายได้ตลอดเวลา หากมีการขจัดขึ้น ความเสียหายที่จะตามมาคืออันตราย ถึงสาหัส หรือเสียชีวิตได้

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศต่างกำหนดให้การมีอาวุธ หรือใช้อาวุธร่วมในการข่มขืนกระทำชำเราเป็นเหตุลดบรรณการร้ายแรง เช่น ประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยใช้อาวุธ หรือขู่เชิญโดยใช้อาวุธ เป็นเหตุลดบรรณการหนึ่ง ประเทศเยอรมนีจะกำหนดเรื่องเหตุลดบรรณการในการใช้อาวุธ โดยหากเป็นการข่มขืนกระทำชำเราโดยมีอาวุธ หรือเครื่องมือที่เป็นอันตรายอื่น ๆ หรือมีเครื่องมือหรือปัจจัยเพื่อป้องกันหรือเอาชนะการขจัดขึ้นของอีกบุคคลหนึ่งผ่านการใช้อาวุธหรือการข่มขู่ว่าจะใช้อาวุธ ก็จะได้รับโทษหนักกว่าธรรมดา และหากผู้กระทำได้อาวุธหรือเครื่องมือที่เป็นอันตรายระหว่างก่อเหตุก็ต้องรับโทษหนักขึ้นไปอีก เป็นต้น จากปัจจัยดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรกำหนดให้การมีหรือการใช้อาวุธในการข่มขืนกระทำชำเราเป็นเหตุลดบรรณการอย่างหนึ่งในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยไม่ได้จำกัดเฉพาะแค่อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดเท่านั้น

4.3.3.2 กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน

“โทรม” แปลว่า พัง ทลาย เลื่อทราม ยุบลง รุมกัน ระดมกัน โทรมหญิงตามตัวอักษรแปลได้ว่า รุมกันทำให้หญิงเลื่อมโทรม ถ้าแปลตามทฤษฎีกฎหมายก็น่าจะหมายถึงการร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราให้หญิงเลื่อมทราม อย่างไรก็ตามเมื่อคำว่า โทรมหญิง ไม่มีบทนิยามไว้ การที่จะดูว่าพฤติการณ์อย่างไรเป็นการ โทรมหญิงนั้น จะต้องดูข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป ซึ่งมีคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1202/2529 วินิจฉัยไว้ว่า การร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิงนั้นต้องมีการร่วมกันผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราตั้งแต่สองคนขึ้นไปจำเลยที่ 1 ข่มขืนกระทำชำเรา ผู้เสียหายเพียงคนเดียวจำเลยที่ 2 ยังไม่ได้ข่มขืนกระทำชำเราด้วยเพียงแต่กอดจูบและกอดผู้เสียหายให้จำเลยที่ 1 ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายเท่านั้นลักษณะการกระทำดังกล่าวเป็นเพียงตัวการร่วมกระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเราด้วยกันกรณีจึงไม่เข้าลักษณะเป็นการ โทรมหญิง

จึงพอสรุปได้ว่า การ โทรมหญิง หมายความว่า มีการร่วมกันผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป และอาจมีบุคคลอื่นอีก ไม่ว่าชายหรือหญิงมีส่วนร่วมกระทำความผิดด้วยโดยทำหน้าที่อื่น เช่น ช่วยจับแขนขา ช่วยถอดเสื้อผ้า เป็นต้น และเมื่อกฎหมายใหม่แก้ไขเป็น “โทรมหญิงหรือกระทำกับชาย” ในลักษณะเดียวกัน ดังนั้นผู้ถูกกระทำที่ถูกโทรมจะเป็นหญิงหรือชายก็ได้ไม่ได้จำกัดอยู่ที่เพศหญิงอย่างเดียว

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาอื่น ๆ ที่การกระทำผิดมีลักษณะเป็นการโทรมหนิง เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1313/2533 จำเลยบอกผู้เสียหายว่า ป. กับ ย. ต้องการร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย ผู้เสียหายไม่ยินยอม จำเลยจึงลุกขึ้นไปนั่งตรงประตูห้องไว้ไม่ให้คนเปิดประตูมาเห็นเพื่อให้ ป. กับ ย. ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย โดยจำเลยมิได้ห้ามปรามคนทั้งสอง พฤติการณ์ดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าจำเลยร่วมมือกับ ป. และ ย. เพื่อให้คนทั้งสองข่มขืนกระทำชำเรา ผู้เสียหาย อันมีลักษณะเป็นการโทรมหนิงดังนี้ จำเลยเป็นตัวการร่วมในการกระทำความผิดดังกล่าวด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3007/2532 จำเลยกับพวกร่วมกันบุกรุกเข้าไปในบ้านของผู้เสียหายในเวลากลางคืน โดยจำเลยมีอาวุธมีด พวกของจำเลยมีอาวุธปืน แล้วจำเลยได้ใช้อาวุธมีดจี้บังคับกระทำชำเราผู้เสียหาย ในขณะที่เดียวกันนั้นพวกของจำเลยได้ใช้อาวุธปืนจี้บังคับข่มขืนกระทำชำเราพวกของผู้เสียหายอีกคนหนึ่งซึ่งนอนอยู่บนเตียงเดียวกันนั้น จำเลยมีความผิดฐานร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เข็ญใช้กำลังประทุษร้ายและได้ร่วมกันกระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง เมื่อจำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายแล้ว พวกของจำเลยได้ผลจากพวกของผู้เสียหายมาข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายต่ออีก แม้พวกของจำเลยจะไม่สามารถสอดใส่อวัยวะเพศเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายได้ แต่ก็ได้ลงมือกระทำการข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายจนถึงขั้นพยายามแล้ว การที่จำเลยกับพวกผลัดเปลี่ยนกันกระทำชำเราผู้เสียหายต่อเนื่องกัน ถือได้ว่าเป็นการร่วมกันกระทำชำเราผู้เสียหายอันมีลักษณะเป็นการโทรมหนิงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1558/2543 แม้จำเลยจะมีได้เป็นผู้ลงมือข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย แต่พฤติการณ์ที่จำเลยช่วยกันล่อลวงผู้เสียหายและช่วยกดคอและตบตีผู้เสียหายเพื่อให้พวกของจำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายในลักษณะโทรมหนิงนั้นถือได้ว่าจำเลยได้เป็นตัวการร่วมกระทำความผิดด้วยกันกับพวกของจำเลยแล้ว จำเลยจึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง ประกอบด้วยมาตรา 83

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1267/2536 จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายเสร็จแล้ว ออกจากห้องไป ว. เข้าไปข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายต่อจนเสร็จ แล้วจำเลยเข้ามาข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายอีก หลังจากนั้น ว. เข้ามาข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายอีกสลับกันไป การข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะเช่นนี้ แม้ว่าผู้กระทำมิได้อยู่ในห้องในขณะที่คนหนึ่งข่มขืนกระทำชำเราอยู่ แต่จำเลยกับพวกได้กระทำในลักษณะติดต่อกันเป็นการสมคบกันกระทำความผิดอันมีลักษณะเป็นการโทรมหนิง

จากคำพิพากษาของศาลจะเห็นได้ว่าพฤติการณ์ที่ถือว่าเป็นการโทรมหญิงนั้น ไม่ได้จำกัดว่าจะต้องเป็นการร่วมกันกระทำการลงมือข่มขืน 2 คน โดยต้องกระทำการข่มขืนสำเร็จทั้งหมด อีกคนอาจยังอยู่ในขั้นพยายามกระทำความผิด หรือแม้บุคคลนั้นไม่ได้ลงมือข่มขืน แต่ช่วยกันลุดผู้เสียหาย ช่วยกดคอ หรือตบตีผู้เสียหายเพื่อให้พวกลงมือข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย ก็ถือว่าเป็นความผิดเป็นตัวการร่วม หรือจำเลยลงมือกระทำชำเราผู้เสียหายเสร็จแล้วออกไปนอกห้อง ให้เพื่อนเข้ามากระทำชำเราผู้เสียหายต่อโดยจำเลยไม่ได้อยู่ในห้องด้วย การกระทำทั้งหมดนี้ศาลก็วินิจฉัยว่าเป็นการร่วมกันกระทำชำเราผู้เสียหายอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง เนื่องจากกฎหมายต้องการคุ้มครองผู้เสียหายที่เกิดจากการกระทำที่มีลักษณะเป็นการขู่ร้าย อันเป็นการลงมือข่มขืนกระทำชำเราร่วมกันมากกว่าหนึ่งคน ทำให้ผู้เสียหายอาจหมดหนทางที่จะต่อสู้ และได้รับความทุกข์ทรมานทั้งทางร่างกายและจิตใจมากยิ่งขึ้นอีกด้วย

จากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศพบว่า ทั้งประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีต่างกำหนดให้การกระทำความผิดโดยการโทรมผู้เสียหายเป็นเหตุจูงใจอย่างหนึ่งในความผิดฐานกระทำชำเรา ผู้เขียนจึงเห็นว่าการกำหนดเหตุจูงใจของกฎหมายไทยที่กำหนดให้การโทรมหญิงหรือขู่ร้ายเป็นเหตุจูงใจในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และมาตรา 277 มีความเหมาะสมแล้ว

4.3.3.3 การกระทำโดยทรมาน หรือทารุณโหดร้าย

ทรมาน³⁵ หมายถึง ทำให้ลำบาก, ทำทารุณ

ทารุณ³⁶ หมายถึง คุร้าย, โหดร้าย, ร้ายกาจ

ตามประมวลกฎหมายอาญาไทยจะเห็นได้ว่าการกระทำผิดทางอาญาโดยกระทำทารุณโหดร้าย ถือเป็นเหตุจูงใจซึ่งผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษหนักขึ้น ดังนี้³⁷

1. ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น โดยกระทำทารุณโหดร้าย เป็นความผิดประมวลกฎหมายอาญามาตรา 289 (5)³⁸ ต้องระวางโทษประหารชีวิต

³⁵ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542.

³⁶ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542.

³⁷ จาก “ทารุณโหดร้าย,” โดย สหส สิงหวิริยะ, 2535, กระทรวงยุติธรรม, 4 (39), น. 4-13.

³⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 ผู้ใด

....

(5) ฆ่าผู้อื่นโดยทรมานหรือโดยกระทำทารุณโหดร้าย

....

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายคำว่า “ฆ่าโดยทรมาน” หมายความว่า ฆ่าโดยการกระทำที่มีได้ตายในทันที แต่ทำให้ได้รับความลำบากจนตายลงในที่สุด ความลำบากที่ได้รับเป็นผลแห่งการกระทำก่อนตาย “ฆ่าโดยทารุณโหดร้าย” หมายความว่า ฆ่าโดยวิธีการที่ดูร้าย ยิ่งกว่าการกระทำให้ตายโดยทั่ว ๆ ไป ผู้ถูกฆ่าอาจตายในทันทีโดยไม่ได้รับความลำบากเลยก็ได้

ในการกระทำโดยทรมานหรือโดยทารุณ โหดร้ายนี้จะวินิจฉัยตามความรู้สึกของวิญญูชนว่าเป็นการทรมานหรือทารุณหรือไม่

ศาลฎีกาได้วางแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการฆ่าโดยทารุณ โหดร้ายจากคำพิพากษาศาลฎีกาต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 449/2536 จำเลยรู้เห็นเป็นใจกับพวกคนร้ายหลอกพาผู้ตายไปฆ่าโดยวิธีจุดไฟเผาทั้งเป็น โดยจับผู้ตายแก่ผ้าเอาเชือกมัดมือมัดเท้าเอาล้อยางรถยนต์สวมตัว กับเอาน้ำมันราดและจุดไฟเผาผู้ตาย ซึ่งผู้ตายจะไม่ตายในทันที แต่จะได้รับความเจ็บปวดและทรมานเป็นเวลานานก่อนจะสิ้นใจ แสดงให้เห็นว่าประสงค์ให้ผู้ตายได้รับความลำบากอย่างสาหัสก่อนตาย จึงเป็นการฆ่าโดยทรมาน ทารุณโหดร้าย และไตร่ตรองไว้ก่อน ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 83, 86, 289 (4), 289 (5)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2230/2521 ขณะเกิดเหตุที่โรงงานผู้ตายมีคนอยู่ด้วยกันเพียง 5 คนคือผู้ตายทั้งสามนาย ส.และจำเลย แม้โจทก์จะไม่มีประจักษ์พยานรู้เห็นว่าใครเป็นคนร้ายฆ่าผู้ตายทั้งสามและซึ่งทรัพย์ผู้ตายก็ตาม แต่ตามข้อเท็จจริงและพยานแวดล้อมกรณีรับฟังได้โดยปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยได้ร่วมกระทำผิดด้วย ศาลก็พิพากษาลงโทษจำเลย จำเลยได้ฆ่าผู้ตายคราวเดียว 3 คน คือ นาย ข.นางพ. และเด็กชาย น. นาง พ. เป็นหญิงมีครรภ์ถูกทำร้ายถึง 10 แห่ง ถึงแก่ความตายเนื่องจากกะโหลกศีรษะแตกร้าย เลือดออกในสมอง และจากบาดแผลถูกแทง เด็กชาย น. อายุเพียง 1 ปี 6 เดือน มีบาดแผลกะโหลกศีรษะแตกสมองได้รับกระทบกระเทือนอย่างแรง นาย ข.เป็นสามีนางพ. และเป็นบิดาเด็กชาย น. มีบาดแผลถึง 5 แห่ง เป็นการฆ่าให้ตายทั้งครอบครัว มีลักษณะกระทำทารุณโหดร้าย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 289 (5)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 576-577/2545 ผู้ตายทั้งสามมีบาดแผลที่บริเวณศีรษะเป็นจำนวนมากบาดแผลส่วนใหญ่เกิดจากการถูกตีด้วยของแข็งที่มีน้ำหนักมากจนกะโหลกศีรษะของแต่ละคนแตกกระจายทั่วไปเป็นชิ้นเล็กชิ้นน้อยมีเนื้อสมองออกมาจากบาดแผล สำหรับ ส. และ ช. ผู้ตายยังพบเศษดิน โคลนและน้ำในหลอดลมซึ่งแพทย์ลงความเห็นว่าคุณตายทั้งสามถึงแก่ความตาย

เนื่องจากสมองถูกทำลายจากของแข็งกระทบกระแทกและขาดอากาศหายใจจากการจมน้ำ ซึ่งให้เห็นว่าก่อนผู้ตายทั้งสามจะถึงแก่ความตายได้ถูกจำเลยที่ 1 ถึงที่ 4 กับพวกใช้ของแข็ง ไม่มีคมทุบตีบริเวณศีรษะอย่างรุนแรงหลายครั้งอย่างโหดเหี้ยมหลังจากนั้นยังถูกนำไปทิ้งน้ำ ทั้งยังมีชีวิตอยู่ แสดงว่ามีเจตนาฆ่าโดยการทรมานหรือกระทำทารุณโหดร้าย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289

2. ฆ่าผู้อื่นโดยไม่เจตนาโดยกระทำทารุณโหดร้าย เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 290 วรรคสอง³⁹ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงยี่สิบปี

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 699/2510 จำเลยและผู้ตายอยู่กินเป็นสามีภริยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส จำเลยได้ใช้มือและเท้าทำร้ายผู้ตาย โดยทำร้ายบ้างหยุดบ้างสลับกันเป็นระยะ ๆ รวมเวลาประมาณ 8 ชั่วโมงไม่ได้ความว่าจำเลยทำร้ายผู้ตายโดยลักษณะและความรุนแรงเพียงใด ลักษณะบาดแผลของผู้ตายที่แพทย์ว่าอาจทำให้ถึงตายได้ คือ หน้าบวม ศีรษะบวม และไตแตก ไม่มีเหตุพอจะให้พิจารณาประกอบบาดแผลว่า จำเลยได้กระทำโดยลักษณะและความรุนแรงที่อาจจะเห็นผลได้ว่าน่าจะทำให้ผู้ตายถึงแก่ความตาย ดังนี้ จำเลยมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนาโดยกระทำทารุณโหดร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 290 วรรคสอง

3. ทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำร้ายรับอันตรายสาหัสโดยกระทำทารุณโหดร้าย เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 298⁴⁰ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี

4. ความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวกักขังบุคคลใดเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าไถ่ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 313⁴¹ หากการกระทำความผิดดังกล่าวในวรรคแรกเป็นการกระทำโดยทารุณ

³⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 290 ผู้ใดมิได้มีเจตนาฆ่า แต่ทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้นั้น ถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี

ถ้าความผิดนั้นมีลักษณะประการหนึ่งประการใดดังที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 289 ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงยี่สิบปี.

⁴⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 298 ผู้ใดกระทำความผิดตาม มาตรา 297 ถ้าความผิด นั้นมีลักษณะประการหนึ่งประการใดดังที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 289 ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี.

⁴¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 313 ผู้ใดเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าไถ่

(1) เอาตัวเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีไป

(2) เอาตัวบุคคลอายุกว่าสิบห้าปีไป โดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำ ผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจ ด้วยประการอื่นใด หรือ

โศคร้ายจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำนั้นรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต

5. ความผิดฐานปล้นทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 340⁴² ถ้าเป็นการกระทำโดยแสดงความทารุณจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ใช้ปืนยิง ใช้วัตถุระเบิดหรือกระทำทารุณ ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี

6. ความผิดฐานปล้นทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 340 ทวิ⁴³ ถ้าการกระทำปล้นทรัพย์ตามวรรคแรกหรือวรรคสอง ได้กระทำโดยแสดงความทารุณจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ใช้ปืนยิง ใช้วัตถุระเบิดหรือกระทำทารุณ ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี

(3) หน่วงเหนี่ยวหรือกักขังบุคคลใด

...

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นเหตุให้ผู้ถูกเอาตัวไป ผู้ถูก หน่วงเหนี่ยวหรือผู้ถูกกักขังนั้นรับอันตรายสาหัสหรือเป็นการกระทำโดย ทรมานหรือ โดยทารุณ โศคร้าย จนเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำนั้นรับอันตรายแก่กาย หรือจิตใจ ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุก ตลอดชีวิต.

⁴² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 340 ผู้ใดชิงทรัพย์โดยร่วมกันกระทำความผิดด้วยกันตั้งแต่ สามคนขึ้นไป ผู้นั้นกระทำความผิดฐานปล้นทรัพย์ ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สิบปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาท ถึงสามหมื่นบาท

....

....

ถ้าการปล้นทรัพย์ได้กระทำโดยแสดงความทารุณ จนเป็นเหตุให้ ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ใช้ปืนยิง ใช้วัตถุระเบิดหรือกระทำ ทรมานผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี.

⁴³ มาตรา 340 ทวิ ถ้าการปล้นทรัพย์ได้กระทำต่อทรัพย์ตาม มาตรา 335 ทวิ วรรคแรก ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการปล้นทรัพย์นั้นเป็นการกระทำในสถานที่ตั้งที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 335ทวิ วรรคสอง ด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

...

...

ถ้าการปล้นทรัพย์ตามวรรคแรกหรือวรรคสอง ได้กระทำโดยแสดง ความทารุณจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ใช้ปืนยิง ใช้วัตถุระเบิดหรือกระทำทารุณ ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต

.....

จะเห็นได้ว่ามีความผิดหลายฐานที่กำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นหากเป็นการกระทำโดยทารุณ โหดร้าย หรือกระทำโดยแสดงความทารุณ ได้แก่ ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยกระทำทารุณ โหดร้าย ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไม่เจตนาโดยกระทำทารุณ โหดร้าย ความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำรับอันตรายสาหัสโดยกระทำทารุณ โหดร้าย ความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังบุคคลใดเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าไถ่โดยการกระทำทารุณ โหดร้ายจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ความผิดฐานปล้นทรัพย์ที่กระทำโดยแสดงความทารุณจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำรับอันตราย เนื่องจากการกระทำโดยทารุณ โหดร้าย เป็นการกระทำที่แสดงออกถึงความชั่วร้ายของผู้กระทำ กฎหมายจึงต้องกำหนดการกระทำโดยทารุณ โหดร้ายไว้เป็นเหตุฉกรรจ์ ซึ่งในความเป็นจริงแล้วในปัจจุบันมีการข่มขืนกระทำชำเราโดยกระทำทารุณ โหดร้ายกับผู้ถูกกระทำ ซึ่งทำให้ผู้ถูกกระทำได้รับความทรมานทั้งร่างกายและจิตใจ บางรายไม่สามารถทนกับการทรมานทารุณ ได้จนถึงแก่ความตาย ตัวอย่าง เช่น

คดีที่ 1 ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และ 289 พฤติการณ์ของผู้ต้องหากระทำทารุณและโหดร้าย เมื่อวันที่ 4 พฤษภาคม พ.ศ. 2520 เวลา 20.30 น. ขณะที่นางสาวอ (นามสมมติ) ออกจากบ้านพักในซอยเลียบบุญ เดินไปตามถนนจรุญสนิทวงศ์ เชียงสะพานคลองบางจาก นายคำ (นามสมมติ) ผู้ต้องหาได้ใช้ผ้ารัดคอผู้เสียหาย แล้วลากลงไปได้สะพานคลองบางจากเพื่อข่มขืนกระทำชำเรา เมื่อผู้เสียหายขัดขืนและดิ้นรนต่อสู้ก็ถูกผู้ต้องหาใช้กำลังประทุษร้ายจนหมดสติไป เมื่อผู้เสียหายหมดสติแล้วผู้ต้องหาก็ยังได้กระทำชำเราต่อไป เมื่อผู้เสียหายได้สติขึ้นมาอีกและดิ้นรนต่อสู้ขัดขวาง ผู้ต้องหาจึงใช้มือบีบคอจนถึงแก่ความตาย พฤติการณ์การกระทำ ความผิดควรสันนิษฐานได้ว่าผู้กระทำความผิดมีอารมณ์ทางเพศรุนแรง หรือผิดปกติทางเพศ⁴⁴

คดีที่ 2 เมื่อวันที่ 15 มิถุนายน 2549 เวลากลางคืน คนร้าย อายุ 33 ปี มีอาชีพขับวินจักรยานยนต์รับจ้าง ได้พาผู้ตาย ชื่อ นางสาวม (นามสมมติ) อายุ 16 ปี นักเรียนชั้นมัธยมศึกษาปีที่ 4 ขึ้นรถจักรยานยนต์ แล้วไปหยุดรถยังจุดใกล้ที่เกิดเหตุ แล้วลงมือชกท้องผู้ตาย ผู้ตายพยายามวิ่งหนี คนร้ายวิ่งไล่ตามไปทาง 2 ครั้ง ในขณะที่ผู้ตายพยายามขัดขืนดิ้นรนต่อสู้ คนร้ายจึงแทงซ้ำอีกจนร่างกายทรุดฮวบ จากนั้นคนร้ายจึงลงมือข่มขืน ต่อมามีคน ไปพบศพ ในที่เกิดเหตุเป็นหมู่บ้านจัดสรร อยู่ระหว่างก่อสร้าง โดยมีพังกว้างและต้นกรกชอยู่ด้านหลังกำแพงสังกะสี สูงประมาณ 3 เมตร สภาพศพนอนหงายอยู่ในพังกว้าง สวมชุดนักเรียน กระโปรงถูกถลกขึ้น ตรวจสอบสภาพศพ

⁴⁴ จาก “อาชญากรรมทางเพศ: กฎหมายกับพฤตินัยศาสตร์,” โดย ประธาน วัฒนวานิชย์, 2526, *นิติศาสตร์ธรรมศาสตร์*, 2 (13), น. 14-15.

มีเลือดไหลออกจากปาก จมูก และตามขา เนื้อตัวมอมแมม มีบาดแผลตามร่างกายถูกแทงทั้งหมด 6 แผล ที่เหนือราวนมขวา 1 แผล กลางหน้าอก 1 แผล ด้านหลัง 3 แผล และน่องซ้ายอีก 1 แผล ด้วยมีดปลายแหลงยาวประมาณ 7 นิ้ว พร้อมกับชิงทรัพย์เงินสดจำนวน 550 บาทแพทย์รายงานว่าผู้ตายยังมีได้ตายในทันทีที่ถูกแทง ขณะที่ข่มขืนผู้ตายยังมีชีวิตอยู่ คดีนี้ศาลชั้นต้น และศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษาให้ประหารชีวิต และปรับ 50 บาทฐานพกพาอาวุธฯ และให้จำเลยชดใช้เงินจำนวน 600,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี แก่ญาติของผู้เสียชีวิตด้วย จำเลยฎีกาขอลดโทษ อ้างว่าเนื่องจากเสพยาบ้าและดื่มสุราจนขาดสติ ไม่รู้สึกผิดชอบชั่วดี ศาลฎีกาเห็นว่าการที่จำเลยสมัครใจเสพยาเสพติด ย่อมทราบดีว่าจะเกิดอาการมึนเมา จำเลยจะอ้างว่าไม่สามารถควบคุมตัวเองนั้นไม่ได้ การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำความผิดหลายกรรม ถือเป็นความผิดร้ายแรง และเป็นการกระทำที่ไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย และในชั้นสอบสวนจำเลยยังให้การปฏิเสธ ศาลฎีกาจึงเห็นว่าการที่ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ลงโทษประหารชีวิตนั้นเหมาะสมกับพฤติกรรมแห่งรูปคดีแล้ว ฎีกาของจำเลยฟังไม่ขึ้น พิพากษายืน⁴⁵

จากข้อเท็จจริงข้างต้นผู้กระทำความผิด ได้กระทำกับเหยื่อโดยโหดร้าย อามหิต เนื่องจากได้กระทำกับเด็กที่อายุเพียง 16 ปี ทั้งยังใส่ชุดนักเรียนซึ่งคาดเดาได้ว่าผู้ตายยังเป็นผู้เยาว์ อีกทั้งผู้กระทำความผิดยังมีอาชีพรับวินจักรยานยนต์รับจ้างซึ่งอาจเคยพบเห็นผู้ตายมาก่อน แต่ถือเอาจังหวะที่ผู้ตายกลับบ้านดึก จึงสามารถลงมือกระทำความผิดได้ง่ายและไม่มีผู้พบเห็นผู้ตาย เป็นเพียงเด็กผู้หญิงตัวเล็ก โดยชกท้องก็พยายามที่จะคืนรินเอาตัวรอด แต่ผู้กระทำความผิดก็ยังวิ่งไล่ตามไปแทงถึง 2 ครั้ง เมื่อผู้ตายคืนอีกก็แทงซ้ำจนผู้ตายหมดแรงแล้วลงมือข่มขืนจนสำเร็จ และยังเอาเงินผู้ตายไปอีก พฤติการณ์ของผู้กระทำความผิดมีโหดเหี้ยมมาก แต่ตัวเองมีความต้องการทางเพศถึงกับต้องใช้มีดแทงผู้ตายซึ่งเป็นเด็กหลายครั้ง เพื่อเพียงต้องการจะข่มขืน ซึ่งคาดได้ว่าผู้ตายอาจต้องเสียชีวิต เมื่อข่มขืนเสร็จก็ปล่อยให้ผู้ตายนอนตายอยู่ตรงพวงกุญแจสภาพศพ มีเลือดไหลออกจากปาก จมูก และตามขา ซึ่งสร้างความสะเทือนใจให้กับผู้พบเห็นและครอบครัวของผู้ตายเป็นอย่างมาก ผู้กระทำความผิดมีอายุ 33 ปี สามารถรู้สึกผิดชอบชั่วดี แต่กลับกระทำความผิดที่ร้ายแรง น่าตำหนิจากสังคม สาเหตุที่ผู้ตายอ้างว่าได้เสพยาเสพติดและสุรา จึงไม่สามารถควบคุมตัวเองได้นั้น ก็ไม่อาจเป็นเหตุให้ลดโทษหรือสร้างความเห็นใจให้กับผู้กระทำความผิดที่มีความชั่ว และมีพฤติกรรมร้ายแรงเช่นนี้ได้

⁴⁵ แหล่งเดิม.

คดีที่ 3 เหตุการณ์ทารุณกรรมสาวรับใช้ในบ้านครั้งนี้ ได้รับการเปิดเผยเมื่อเวลา 14.00 น. วันที่ 9 พ.ค. พ.ศ. 2547 นางปวีณา หงสกุล ประธานมูลนิธิปวีณา หงสกุล เพื่อเด็กและสตรี โดยเมื่อวันที่ 6 พ.ค.ที่ผ่านมา ได้รับการร้องทุกข์ขอความช่วยเหลือ จาก นายสี (นามสมมติ) ชาวอุทัยธานี ว่าหลานสาวคือ น.ส.สวย (นามสมมติ) อายุ 15 ปี ได้ออกหายไปจากบ้านเมื่อต้นเดือน ม.ค. 2545 โดยมีเพื่อนหญิงชักชวนให้ไปทำงานรับจ้างที่กรุงเทพฯ และตนได้พยายามตามหามาตลอด แต่ก็ไม่พบ ต่อมาเมื่อวันที่ 6 พ.ค. 2547 นักสังคมสงเคราะห์ของโรงพยาบาล แห่งหนึ่งที่ น.ส.สวย เข้ารับการรักษาบาดแผลแฉ่งให้ไปรับ น.ส.สวย เมื่อไปรับแล้วจึงสอบถามรายละเอียดจนทราบว่า น.ส.สวย ได้มาทำงานรับจ้างที่ร้านขายของชำย่านมีนบุรี ตั้งแต่ต้นเดือน ม.ค. 2545 โดยนายจ้างมีชื่อเล่นว่า แดง ทั้งสามภรรยา ให้ทำงานบ้านทุกอย่างพร้อมกับบอกว่าให้ค่าจ้างเดือนละ 1,500 บาท ซึ่งจากการที่ทำงานมาจนถึงขณะนี้ไม่เคยได้รับค่าจ้างอะไรเลย มีหน้าที่ยังถูก นายจ้างผู้ชายข่มขืนตั้งแต่เริ่มเข้าไปทำงานวันแรก และนายจ้างผู้หญิงได้ตกลงกับเด็กว่า ให้เด็กทำหน้าที่เป็นภรรยาของนายจ้างด้วย แต่เด็กไม่ยินยอมนายจ้างผู้ชายก็ข่มขืนกระทำชำเราเด็กมาตลอด หากไม่ยอมนายจ้างผู้หญิงก็จะทำร้ายร่างกาย โดยใช้เทียนลนบริเวณนมและท้องจนเป็นแผลพุพอง นอกจากนี้ยังใช้มีดปลายแหลมแทงบริเวณไหล่ซ้าย และใช้มีดทำครัวฟันที่หลัง-ศีรษะ รวมทั้งใช้เตารีดนาบที่แขนท่อนล่างข้างซ้าย ตลอดระยะเวลา 2 ปี ส่วนนายจ้างผู้หญิงก็จะใช้ไม้กระบองขนาดเท่าขาเก้อ ด้านปลายมีลักษณะเป็นตะขอเกี่ยว แทงเข้าไปในอวัยวะเพศจนมีเลือดไหลออกมา ซึ่งได้กระทำแบบนี้มาหลายครั้ง ครั้งหลังสุดเมื่อวันที่ 30 เม.ย. 2547 เวลาประมาณ 05.00 น. นายจ้างผู้ชาย จะข่มขืนอีก แต่ น.ส.สวย ไม่ยอม และถูกนายจ้างผู้หญิงใช้ไม้ดังกล่าวแทงเข้าไปที่อวัยวะเพศ น.ส.สวย จึงวิ่งหนี จากนั้นนายจ้างผู้หญิงได้คว้ามีดทำครัวขนาดใหญ่ฟันเข้าที่ศีรษะจนเลือดสาด น.ส.สวย ใช้มือข้างขวารับ ทำให้นิ้วก้อยขวาขาดไปด้วย จนกระทั่งเมื่อเวลาประมาณ 05.30 น. วันเดียวกัน น.ส.สวย ทนอยู่ไม่ไหวจึงได้หลบหนีออกจากบ้าน โดยปีนออกทางหน้าต่างและเข้าไปในบ้านคนอื่นที่อยู่ติดกัน หลบหนีออกด้านหน้าบ้าน จึงวิ่งหนีไปขึ้นรถเมล์ปรับอากาศสาย 502 มาลงที่อนุสาวรีย์ชัยสมรภูมิ กระเป๋ารถเมล์สายดังกล่าวได้พาไปหาเจ้าหน้าที่ตำรวจ และเข้ารับการ รักษาตัวที่โรงพยาบาลราชวิถี

จะเห็นได้ว่าพฤติการณ์การข่มขืนกระทำชำเราที่มีลักษณะโหดร้าย ทารุณซึ่งทำให้ผู้เสียหายต้องได้รับความทุกข์ทรมานอย่างแสนสาหัส แสดงให้เห็นถึงความชั่วร้ายของผู้กระทำ ผู้กระทำยอมต้องรับโทษหนักกว่าปกติ ซึ่งหากมองถึงสภาพการณ์ของสังคมในปัจจุบันแล้วลักษณะ การกระทำทางเพศจะมีความร้ายแรงและมีการทรมานผู้เสียหายอย่างโหดร้ายร่วมด้วย ซึ่งจากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกำหนดให้กระทำทารุณทางร่างกาย ผู้เสียหายอย่างรุนแรงจากการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นเหตุจรรยาอย่างหนึ่งใน

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จากปัจจัยดังกล่าวข้างต้นผู้เขียนจึงเห็นควรว่าการกำหนดให้การกระทำโดยทารุณ โหดร้ายเป็นเหตุฉกรรจ์ที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

4.3.4 ปัจจัยในการกำหนดเหตุฉกรรจ์โดยพิจารณาจากสถานที่ในการกระทำผิด

การที่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำความผิดในสถานที่ที่กำหนดไว้ผู้กระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้น โดยเฉพาะสถานที่บุชสาสาธารณะ ที่การขนส่งสาธารณะ เช่น รถไฟ เครื่องบิน รถโดยสารประจำทาง เคหะสถาน สถานที่ราชการ สถานที่ที่จัดไว้เพื่อบริการสาธารณะ เป็นต้น ก็เพราะกฎหมายถือว่าการกระทำความผิดในสถานที่เหล่านี้เป็นการกระทำที่ออกอาจในที่สาธารณะ มีประชาชนจำนวนมาก ดังเช่นในความคิดเกี่ยวกับทรัพย์ สถานที่ในการกระทำความผิดเป็นปัจจัยในการกำหนดเหตุฉกรรจ์ประการหนึ่ง เนื่องจากมีเจตนารมณ์ในการรักษาทรัพย์ในสถานที่ดังกล่าวส่งผลกระทบต่อจิตใจของบุคคลที่พบเห็น และอาจก่อให้เกิดอันตรายกับประชาชนที่ไม่เกี่ยวข้องด้วย การกำหนดเหตุฉกรรจ์กรณีนี้จึงเป็นการกำหนดโดยคำนึงถึงสิทธิในความปลอดภัยของประชาชนสาธารณะ ปัจจุบันก็จะเห็นว่ามีเหตุการณ์ข่มขืนกระทำชำเราในสถานที่สาธารณะเกิดขึ้น ซึ่งสถานที่เหล่านี้ควรจะมีความปลอดภัยกับประชาชน แต่กลับเป็นสถานที่ที่อาชญากรกระทำความผิด

ตัวอย่างเช่น คดีสะเทือนขวัญ กรณี นายเอ (นามสมมุติ) อายุ 21 ปี พนักงานปฏิบัติงานรถไฟแห่งประเทศไทย (รฟท.) ก่อคดีข่มขืนฆ่าน้องบี (นามสมมุติ) เด็กหญิงวัย 13 ปี บนตู้นอนรถไฟขบวนที่ 174 นครศรีธรรมราช-กรุงเทพฯ โดยนายเอ สารภาพว่า ก่อนเกิดเหตุได้นั่งดื่มเบียร์กับเพื่อนร่วมงาน 4 คน และเสพยาบ้าอีก 2 เม็ด ระหว่างเดินผ่านตู้โบกี้ที่น้องบีกำลังนอนหลับอยู่ เกิดอารมณ์ทางเพศ จึงมุ่งตรงเข้าไปทำร้าย ใช้มือปิดปาก บีบคอและต่อยท้อง จนเหยื่อหมดทางสู้ ก่อนจะลงมือข่มขืนกระทำชำเราจนสำเร็จความใคร่ ซึ่งรถไฟตู้โบกี้ที่ 3 เป็นโบกี้รถนอนแบบพัดลมระหว่างก่อเหตุจึงได้เปิดหน้าต่างออก เพื่อให้เสียงจากข้างนอกดังกลบ หลังก่อเหตุจึงอุ้มร่างเปลือยของน้องบี โยนทิ้งออกไปทางหน้าต่างรถไฟ ช่วงสถานีวังกั๊พ อ.ปราณบุรี จ.ประจวบคีรีขันธ์ และทำลายหลักฐานคิงผ้าห่มและผ้าปูที่นอนออก รวมทั้งข้าวของสัมภาระน้องบีนำไปโยนทิ้ง ก่อนจะถึงสถานีรถไฟหัวหิน เมื่อกลางดึกวันที่ 5 ก.ค.57 โดยตำรวจแจ้งข้อหารวม 5 ข้อหาคือ ฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาเพื่อปกปิดความผิดอื่นของตน, กระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีซึ่งมิใช่ภรรยาตน, ซ่อนเร้นย้ายหรือทำลายศพเพื่อปิดบังการตาย, ลักทรัพย์ในขบวนยานสาธารณะในเวลากลางคืน และเสพยาเสพติดให้โทษประเภท 1 (ยาบ้า) ซึ่งนายเอรับสารภาพทุกข้อกล่าวหา ขณะที่ยานหนึ่ง (นามสมมุติ) อายุ 19 ปี ลูกจ้างบริษัทเอกชนรับจ้างทำความสะอาดบนขบวนรถไฟที่เกิดเหตุ และรู้เห็นกับการ

กระทำของนายเอ ถูกแจ้งข้อหาสนับสนุนให้ผู้อื่นกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปีซึ่งมิใช่ภรรยาของตน

ภายหลังเกิดเหตุพนักงานอัยการนำตัวจำเลยทั้ง 2 คน ส่งฟ้องต่อศาลจังหวัดหัวหิน อ.หัวหิน จ.ประจวบคีรีขันธ์ ขอให้ศาลลงโทษจำเลยที่ 1 สถานหนักและไม่ลดหย่อนโทษ แม้ในชั้นสอบสวนจะให้การรับสารภาพ แต่เพราะจำนนต่อพยานหลักฐาน เนื่องจากจำเลยที่ 1 เป็นลูกจ้างของการรถไฟแห่งประเทศไทย ทำหน้าที่ประจำขบวนรถไฟที่เกิดเหตุ มีหน้าที่ช่วยเหลือดูแลอำนวยความสะดวกและความปลอดภัยให้แก่ผู้โดยสาร แต่กลับฉวยโอกาสกระทำชำเราและฆ่าผู้ตาย ซึ่งเป็นเด็กหญิงที่โดยสารมากับขบวนรถไฟ โดยไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย กระทำอย่างโหดเหี้ยม และไร้มนุษยธรรม⁴⁶

ซึ่งหากย้อนไปเมื่อหลายสิบปีก่อน เคยเกิดเหตุการณ์การก่อเหตุฆ่าข่มขืนบนรถไฟมาแล้วเช่นกัน สำหรับคดีนี้เกิดขึ้นเมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม พ.ศ. 2544 ในเวลากลางคืนขณะที่ผู้โดยสารสาวปริญญาโท ใช้บริการขบวนรถไฟชั้นสองสายใต้ สุโขทัย - กรุงเทพฯ ระหว่างเดินทางไปทำงานแต่กลับถูกลูกจ้างการรถไฟแห่งประเทศไทยในขณะนั้น ใช้กำลังเข้าปล้ำใช้มือบีบคอชกตอยทุบต้นขาแล้วข่มขืนกระทำชำเรา ในขณะที่รถไฟกำลังแล่นอยู่นอกจากนี้ยังกักขังหน่วงเหนี่ยวผู้เสียหายจนไม่สามารถลงจากรถไฟได้ หลังจากเหตุการณ์ครั้งนั้น ทำให้การดำรงชีวิตของผู้เสียหายเปลี่ยนแปลงไป เสียชื่อเสียง บังคับให้ออกจากงานที่กำลังไปได้ดี เพราะผู้บริหารองค์กรมองว่าผู้เสียหายได้นำความเสื่อมเสียมาสู่องค์กร เนื่องจากในการเดินทางครั้งนั้นผู้เสียหายได้ไปทำงานในนามของบริษัท เสียชื่อเสียงการประสาทหลอน ควบคุมสติไม่ได้ ต้องเข้าบำบัดรักษาอย่างต่อเนื่อง รู้สึกท้อและหวาดกลัวคนรอบข้าง ไม่ไว้วางใจผู้คน เมื่อมีเหตุการณ์อะไรที่กระทบกระเทือนจิตใจจะส่งผลให้มีอาการสั่นของมือ ต้องเข้าโรงพยาบาลทางจิตติดต่อกันมาหลายปี และต้องรับประทานยาอย่างต่อเนื่อง และหลายต่อหลายครั้งถึงกับหน้ามืดเป็นลมหมดสติ ซึ่งอาการเหล่านี้ผ่านมาเนิ่นนานถึง 13 ปี ทำให้ส่งผลกระทบต่อสุขภาพกายอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ การต้องประสบกับความอัปยศในสังคม ทำให้ผู้เสียหายต้องมาตั้งต้นชีวิตใหม่ในต่างประเทศ ซึ่งผู้เสียหายรายนี้คาดหวังให้มีบทลงโทษที่รุนแรงมากกว่านี้ในคดีข่มขืน และมีการป้องกัน บังคับใช้กฎหมายอย่างเข้มข้นจริงจัง เพราะมันอาจจะเป็นหนทางที่ทำให้เหตุนี้เกิดขึ้นน้อยลง จนไม่เกิดขึ้นเลย และฝากข้อความไปถึงผู้ว่าการรถไฟแห่งประเทศไทย ซึ่งอ้างว่าบนรถไฟมีแต่เหตุการณ์การกระทำอนาจาร ไม่เคยมีคดี

⁴⁶ คดีสินคดีน้องแก้มประหารไอ้เกมหันข่มขืนฆ่า, โดยไทยรัฐ, 2558, สืบค้น จาก <http://www.thairath.co.th/content/453881>.

ร้ายแรง คนก็เป็นเหยื่อรายหนึ่งบนรถไฟที่ต้องตายทั้งเป็นจากการก่อเหตุของพนักงานในองค์กรของการรถไฟฯ แต่เหตุการณ์แบบนี้ก็เกิดขึ้นอีกบนรถไฟ กับเด็กอายุเพียง 13 ปี⁴⁷

จากทั้งสองเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นบนรถไฟ ซึ่งเป็นรถโดยสารสาธารณะที่ซึ่งประชาชนใช้โดยสาร และคาดหวังว่าจะมีความปลอดภัย เนื่องจากการโดยสารโดยสารโดยรถไฟจะมีทั้งการเดินทางตอนกลางวัน และกลางคืน มีทั้งโดยสารแบบนั่งและแบบนอน และเป็นยานพาหนะที่ได้รับการให้บริการจากประชาชนเป็นจำนวนมาก จึงควรเป็นสถานที่ที่ปลอดภัย และได้รับการดูแลจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ในต่างประเทศก็เกิดเหตุการณ์ก่อเหตุข่มขืนบนรถไฟเช่นกัน กรณีคนร้ายก่อเหตุข่มขืนสาวในนครมุมไบ ประเทศอินเดีย ตามรายงานของนักข่าวต่างประเทศระบุว่านางพยาบาลสาวอินเดีย วัย 23 ปี วิ่งเข้าไปตบหน้าและทำร้ายชายวัย 27 ปี ผู้ต้องหาที่พยายามข่มขืนและฆ่าเหยื่อระหว่างโดยสารอยู่บนรถไฟในนครมุมไบ ของอินเดีย โดยเหตุดังกล่าวเกิดขึ้น เมื่อผู้ต้องหาดื่มสุราจนเมา ก่อเหตุใช้กำลังข่มขืนนางพยาบาลสาวบนโบกี้รถไฟ แต่เสียงกรีดร้องทำให้มีพลเมืองดีเข้ามาช่วยเหลือ ส่วนผู้ต้องหาได้วิ่งหลบหนีไป หลังจากเกิดเหตุ นางพยาบาลสาวต้องตกอยู่ในความหวาดระแวง ตั้งใจจะดำเนินคดีผู้ต้องหาให้ถึงที่สุด⁴⁸

อีกทั้งในประเทศอินเดียยังมีการก่อเหตุข่มขืนนักศึกษาแพทย์บนรถโดยสาร (รถมินิบัส) ซึ่งถือเป็นคดีสะเทือนขวัญเป็นอย่างมาก กล่าวคือนักศึกษาหญิงคณะแพทยวัย 23 ปี รายหนึ่ง ถูกชาย 6 คนรุมโทรมบนรถเมล์ในกรุงนิวเดลีของอินเดีย ก่อนจะโยนทิ้งออกจากรถเมล์ที่กำลังแล่นอยู่ จนเหยื่อบาดเจ็บสาหัสและเสียชีวิต โดยเหตุการณ์นี้เกิดขึ้นเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ. 2555 ขณะที่นักศึกษาหญิงรายนี้โดยสารรถมินิบัสไปกับเพื่อนชายคนหนึ่ง หลังจากกลับจากชมภาพยนตร์ เธอถูกคนร้าย 6 คน ที่สมรู้ร่วมคิดกับพนักงานบนรถมินิบัส ใช้ท่อนเหล็กทุบตีและข่มขืนเหยื่อเกือบ 1 ชั่วโมง ทั้งยังใช้เหล็กแทงทางอวัยวะเพศจนดำใส่ไหลออกมาและทุบตีแฟนหนุ่มของเหยื่อ จากนั้น คนร้ายก็โยนร่างของเหยื่อและแฟนหนุ่มลงมาจากรถโดยสารอย่างไร้ความปราณี ในขณะที่รถกำลังแล่นอยู่ ทำให้นักศึกษาหญิงรายนี้บาดเจ็บปางตาย ถูกนำตัวส่งโรงพยาบาลอย่างเร่งด่วน หลังจากนั้น เหยื่อก็ดันทุบศีรษะและอาการบาดเจ็บก็อยู่ในขั้นวิกฤต โดยต้องเข้ารับการผ่าตัดถึง 3 ครั้งเพื่อชีวิต ก่อนที่จะถูกส่งตัวจากโรงพยาบาลในกรุงนิวเดลี ไปยังประเทศสิงคโปร์ ซึ่งที่นั่น

⁴⁷ เบ็ญจมา 'สาวป.โท' เหยื่อข่มขืนบนรถไฟปี 44 ทั้งถูกบีบออกจากงาน-เงินเยียวยายังไม่ได้, โดยไทยรัฐ, 2558, สืบค้น จาก <http://www.thairath.co.th/content/435090>.

⁴⁸ แก้วฝิ่งหุ่น สาวอินเดีย โอดครวญไ้เห็นข่มขืนบนรถไฟ, สืบค้น จาก <http://news.sanook.com/1209232/>.

แพทย์เฉพาะทางกว่า 8 คน ได้พยายามรักษาเพื่อพองอาการป่วยของเธอไว้แต่เหยื่อมีอาการทรุดลงอย่างต่อเนื่อง เพราะสมองและร่างกายได้รับการกระทบกระเทือนและเสียหายอย่างหนัก จนกระทั่งเหยื่อได้เสียชีวิตลง⁴⁹ จากเหตุการณ์นี้ซึ่งเป็นคดีที่สะเทือนขวัญ และได้กระตุ้นให้ชาวอินเดียจำนวนมาก โดยเฉพาะผู้หญิงออกมาประท้วงให้สังคมหยุดความรุนแรงต่อผู้หญิง และให้มีการลงโทษที่หนักรวมถึงมีการออกร่างกฎหมายการต่อต้านการข่มขืนจนสุดท้ายในเดือนเมษายน ปี 2013 ได้มีการแก้ไขกฎหมายเปลี่ยนโทษสูงสุดสำหรับความผิดฐานข่มขืนจากการจำคุกข่มขืนเป็นเวลา 7 ปี เป็นการจำคุกตลอดชีวิตหรือประหารชีวิต ขึ้นอยู่กับคดี โดยวิธีประหารจะมี 2 แบบคือแขวนคอและยิงเป้า ส่วนผู้ร้ายจากคดีดังกล่าวได้ถูกศาลตัดสินให้ประหารชีวิตแล้วในเดือนกันยายนปีที่แล้ว เพราะเป็นคดีร้ายแรงและสั่นสะเทือนค่านิยมทางจริยธรรมของสังคมอินเดีย

จากเหตุการณ์การก่อเหตุข่มขืนบนขบวนรถโดยสารสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นรถไฟ หรือโดยสารประจำทางล้วนเป็นการกระทำความผิดที่ออกอาจมาก เนื่องจากรถไฟ รถโดยสาร หรือขบวนรถโดยสารอื่น ๆ เป็นยานพาหนะสาธารณะซึ่งมีประชาชนใช้สัญจรจำนวนมาก ผู้กระทำความผิดกลับอาศัยโอกาสก่อเหตุข่มขืนผู้เสียหาย โดยไม่เกรงกลัวต่อความผิดใด ๆ

ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรกำหนดให้การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในสถานที่ยุทธรูป สถานียรถไฟ ท่าอากาศยาน หรือในขบวนรถโดยสาร เป็นเหตุฉกรรจ์ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น

4.3.5 ปัจจัยในการกำหนดเหตุฉกรรจ์โดยพิจารณาจากผลกระทบที่เลวร้ายซึ่งผู้ถูกกระทำจะได้รับ

โรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ หรือโรคส่งผ่านทางเพศสัมพันธ์ (ตามที่บัญญัติในราชบัณฑิตยสถาน) (Sexually transmitted disease; STD) อาจเรียกว่า "กามโรค" (Venereal disease) หรือ "วีดี" เกิดขึ้นจากการติดต่อกันผ่านทางเพศสัมพันธ์ ไม่ว่าจะเป็นการร่วมเพศทางช่องคลอดทางปาก หรือทวารหนัก กับผู้ที่กำลังมีเชื้อ โดยติดจากเลือด อสุจิ สารคัดหลั่งในช่องคลอด ปัจจุบันใช้คำว่า "การติดเชื้อทางเพศสัมพันธ์" เพื่อให้มีความหมายกว้างขึ้น ในระหว่างที่มีเพศสัมพันธ์⁵⁰

โรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์เช่น โรคเอดส์ หนองใน หนองในเทียม แผลริมอ่อน เริ่มที่อวัยวะเพศ หูดข้าวสุก หูดหงอนไก่ หิด ซิฟิลิส โលน พยาธิช่องคลอด เชื้อราในช่องคลอด เป็นต้น

⁴⁹ สุดอึ้ง! ปมข่มขืนฆ่าออกจากปากผู้ร้ายอินเดีย, สืบค้น จาก <http://www.bbc.co.uk/mediacentre/latestnews/2015/storyville-indias-daughter>.

⁵⁰ โรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์, สืบค้น จาก <http://health.kapook.com/view1433.html>.

ซึ่งโรคที่อันตรายที่สุดคือ โรคเอดส์ หรือ โรคภูมิคุ้มกันบกพร่อง (AIDS : Acquired Immune Deficiency Syndrome) เกิดจากการติดเชื้อไวรัสมีชื่อว่า ฮิวแมนอิมมิวโนเดเฟเซียนซ์ไวรัส (Human Immunodeficiency Virus :HIV) หรือเรียกย่อ ๆ ว่า เชื้อเอชไอวี โดยเชื้อเอชไอวีจะเข้าไปทำลายเซลล์เม็ดเลือดขาวที่มีหน้าที่สร้างภูมิคุ้มกันโรค ทำให้ผู้ป่วยที่ติดเชื้อมีภูมิคุ้มกันต่ำลง จนร่างกายไม่สามารถต้านทานเชื้อโรคได้อีก โรคต่าง ๆ (หรือเรียกอีกนัยหนึ่งว่า โรคฉวยโอกาส) จึงเข้ามาซ้ำเติมได้ง่าย เช่น วัณโรค ปอดบวม ติดเชื้อในระบบโลหิต เชื้อรา ฯลฯ และทำให้ผู้ป่วยเสียชีวิตในที่สุด⁵¹ ซึ่งระยะสุดท้ายของการเป็นโรคเป็นระยะที่ภูมิคุ้มกันด้านทานของร่างกายเสียไปมากแล้ว ผู้ป่วยจะมีอาการของการติดเชื้อจำพวกเชื้อฉวยโอกาสบ่อย ๆ และเป็นมะเร็งบางชนิด เช่น แคโปซิซาร์โคมา (Kaposi'ssarcoma) และมะเร็งปากมดลูก การติดเชื้อฉวยโอกาสหมายถึงการติดเชื้อที่ปกติมีความรุนแรงต่ำไม่ก่อโรคในคนปกติแต่ถ้าคนนั้นมีภูมิคุ้มกันด้านทานต่ำลงเช่นจากการเป็นมะเร็งหรือจากการได้รับยาละทำให้เกิดวัณโรคที่ปอดต่อมน้ำเหลืองตับหรือสมองได้ รองลงมาคือเชื้อพยาธิที่ชื่อนิวโมซิส-ติส-คารินิไอ ซึ่งทำให้เกิดปอดบวมขึ้นได้ (ไข้ไอ หายใจเหนื่อยหอบ) ต่อมาเป็นเชื้อราที่ชื่อคริปโตคอกคัสซึ่งทำให้เยื่อหุ้มสมองอักเสบ มีอาการไข้ ปวดศีรษะ ชี้นและอาเจียน นอกจากนี้ยังมีเชื้อฉวยโอกาสอีกหลายชนิด เช่นเชื้อพยาธิที่ทำให้ท้องเสียเรื้อรัง และเชื้อซัยโตเมก กะโลไวรัส (CMV) ที่จดตาทำให้ตาบอด หรือที่ลำไส้ทำให้ปวดท้อง ท้องเสีย และถ่ายเป็นเลือดเป็นต้นในภาคเหนือตอนบน มีเชื้อราพิเศษ ชอบทำให้ติดเชื้อที่ผิวหนัง ต่อมน้ำเหลืองและมีการติดเชื้อในกระแสโลหิตแคโปซิซาร์โคมา เป็นมะเร็งของผนังเส้นเลือด ส่วนใหญ่จะพบตามเส้นเลือดที่ผิวหนัง มีลักษณะเป็นตุ่มนูนสีม่วง ๆ แดง ๆ บนผิวหนัง คล้ายจุดห้อเลือด หรือไฟไม่เจ็บไม่คันค่อย ๆ ลามใหญ่ขึ้น ส่วนจะมีหลายตุ่ม บางครั้งอาจแตกเป็นแผล เลือดออกได้ บางครั้งแคโปซิซาร์โคมา อาจเกิดในช่องปาก ในเยื่อบุทางเดินอาหาร ซึ่งอาจทำให้มีเลือดออกมาก ๆ ได้ นอกจากนี้ ผู้ป่วยอาจเป็นมะเร็งต่อมน้ำเหลือง หรือมะเร็งปากมดลูกได้ นอกจากนี้คนไข้โรคเอดส์เต็มขั้นอาจมีอาการทางจิตทางประสาทได้ด้วยโดยที่อาจมีอาการหลงลืมก่อนวัย เนื่องจากสมองฝ่อเหี่ยว หรือมีอาการของโรคจิต หรืออาการชักกระตุก ไม่รู้สึกตัว แขนขาชาหรือไม่มีแรง บางรายอาจมีอาการปวดร้าวคล้ายไฟช็อตหรือปวดแสบ ปวดร้อน หรืออาจเป็นอัมพาตครึ่งท่อน ปัสสาวะอุจจาระไม่ออก เป็นต้น ในแต่ละปีหลังติดเชื้อเอดส์ ร้อยละ 5-6 ของผู้ที่ติดเชื้อจะก้าวเข้าสู่ระยะเอดส์เต็มขั้นส่วนใหญ่ของคนที่เป็นโรคเอดส์เต็มขั้นแล้ว จะเสียชีวิตภายใน 2-4 ปี จากโรคติดเชื้อ

⁵¹ โรคเอดส์ AIDS โรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ ที่อันตราย, สืบค้น จาก <http://health.kapook.Com/view/2757.html>.

จนทวายเป็นมาก ทั้งยังรักษาไม่หาย และเป็นโรคติดเชื้อที่ยังไม่มียาที่จะรักษาอย่างได้ผล หรือเสียชีวิตจากมะเร็งที่เป็นมาก ๆ หรือค่อย ๆ ชุบชีวิตหมดแรงไปในที่สุด ซึ่งจะเห็นได้ว่าหากผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราได้รับเชื้อเอดส์ ย่อมส่งผลให้ผู้เสียหายต้องมีชีวิตอยู่ด้วยความทุกข์ทรมาน และเป็นที่ยังเกียจของสังคม ทั้งในปัจจุบันยังมียารักษาที่จะทำให้หายจากโรคนี้นี้ได้ คงมีเพียงยาต้านไวรัสที่สามารถยืดอายุของผู้ป่วยให้มีอายุเพิ่มขึ้น 10 ถึง 20 ปี⁵² แต่ก็ต้องมีภาระค่าใช้จ่ายสูง

ตัวอย่างเช่น คดีที่ 1 น.ส.เอ (นามสมมติ) อายุ 21 ปี ที่เข้าแจ้งความในสภาพเนื้อตัวถลอกปอกเปิกว่า ถูกนายดี (นามสกุล) อายุประมาณ 35 ปี บังคับขืนใจแต่ต่อสู้หนีรอดมาได้ น.ส.เอให้การว่า ก่อนเกิดเหตุอยู่ในบ้านคนเดียว นายดีได้งัดหน้าต่างบ้านบุกเข้ามาในห้องนอน แล้วใช้กำลังบังคับขืนใจ แต่ต่อสู้แล้ววิ่งหนีออกมาได้ ส่วนนายดีขับจี้รถจักรยานยนต์ ไม่คิดแผ่นดินป้ายทะเบียนขับหลบหนีไป เจ้าหน้าที่ตรวจสอบประวัติของนายดีทราบว่า เป็นคนเร่ร่อน ภรรยาเสียชีวิตด้วยโรคเอดส์ทำให้นายดีโกรธแค้นที่ติดเชื้อเอดส์ จึงต้องการแพร่เชื้อไปสู่หญิงสาวคนอื่น

คดีที่ 2⁵³ เกิดคดีสะเทือนขวัญในเขต จ.อำนาจเจริญ ผู้ต้องหาก่อคดีสะเทือนขวัญ โดยจะอ้างเป็นตำรวจคอยดักเรียกตรวจค้นวัยรุ่นที่ขับรถจักรยานยนต์ออกเที่ยวกลางคืนในเขตอำนาจเจริญ ไปจนถึงขอนแก่น ก่อนลากตัวไปข่มขืนแพร่เชื้อเอดส์ไปสู่เหยื่อ ล่าสุดก่อเหตุจุดนักเรียนหญิงไปข่มขืนบริเวณกระท่อมกลางทุ่งนาอย่างอุกอาจ โดยคนร้ายรับสารภาพว่าก่อเหตุข่มขืน ซึ่งทรัพย์สินเหยื่อมาไม่ต่ำกว่า 50 ราย โดยคดีสะเทือนขวัญดังกล่าวได้รับความสนใจจากสื่อมวลชนเป็นจำนวนมาก ผู้ก่อเหตุรายนี้จะอ้างตัวเป็นตำรวจเรียกขอตรวจค้นรถจักรยานยนต์ น.ส.แอน (นามสมมติ) ที่ขี่ผ่านกลางดึกกับแฟนหนุ่ม และออกอุบายให้ฝ่ายชายกลับไปเอาเอกสารคู่มือรถ แล้วก่อใช้มีดจี้บังคับหญิงสาวขึ้นรถไปข่มขืนยับกลางทุ่งนา ห่างจากจุดเกิดเหตุ 3-4 กม. แล้วบังคับข่มขืนจนสำเร็จความใคร่ หากไม่ยอมก็ขู่ว่าจะฆ่า น.ส.แอน ต่อมาคนร้ายถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจสืบสวนนำกำลังจับกุมตัวผู้ต้องหาอายุ 33 ปี ตำรวจนำตัวไปค้นบ้านเจอยาต้านไวรัสเอชไอวี(HIV) ผู้ก่อเหตุยอมรับติดเชื่อจริง

คดีที่ 3 กรณี น.ส.ซี (นามสมมติ) อายุ 17 ปี นักเรียนชั้น ม.5 โรงเรียนแห่งหนึ่งใน จ.ชัยภูมิ ถูกแฟนหนุ่มลวงไปให้เพื่อนอีก 3 คน ข่มขืนจนตั้งครรภ์และติดเชื้อเอชไอวี และได้

⁵² ความรู้เรื่องโรคเอดส์, สืบค้น จาก <http://www.thaiail.com/aids/>.

⁵³ ตะลึง! โจรหันติดเอดส์ปลอมเป็น ตร.เก้ จุดวัยรุ่นไปข่มขืนแพร่เชื้อเอดส์กว่า 50 ราย, สืบค้น จาก <http://news.sanook.com/889722/>.

ตัดสินใจกินยาฆ่าตัวตาย แต่แพทย์ช่วยชีวิตไว้ทัน ต่อมาประชดชีวิตด้วยการดื่มสุราและร่วมหลับนอนกับผู้ชายจำนวนมาก ล่าสุดเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม ต่อมาได้จับวัยรุ่นนักร้องเก๋อเหตุรุนแรง น.ส.ซี ได้แล้ว 2 ราย คือ นายชู (นามสมมติ) อายุ 17 ปี มีบ้านพักอยู่ในเขตเทศบาลเมืองชัยภูมิ โดยจับได้ที่สถานีขนส่งจังหวัดขอนแก่น และนายเขียว (นามสมมติ) อายุ 19 ปี โดยทั้งสองคนให้การรับสารภาพว่าได้ร่วมกันข่มขืน น.ส.ซี จริง แต่เนื่องจากคดีดังกล่าวอยู่ในความสนใจของประชาชน และเกรงว่าวัยรุ่นกลุ่มนี้อาจแพร่เชื้อเอชไอวีไปยังผู้อื่น ได้ ตำรวจจึงคัดค้านการประกันตัวไว้ก่อนสำหรับผู้ต้องหาอีก 1 ราย คือ นายอัค (นามสมมติ) อายุ 19 ปี กำลังขอเข้ามอบตัว ส่วนนายอาร์ม (นามสมมติ) อายุ 17 ปี ซึ่งเป็นแฟนหนุ่มของ น.ส.ซี ที่ถูกระบุว่า เป็นคนล่อลวง น.ส.ซี มาให้เพื่อนทั้ง 3 รุมโทรมนั้น ตำรวจได้เร่งติดตามตัวมาดำเนินคดีแล้ว จากการสอบสวนนายเขียว ให้การว่า คืนวันที่ 19 กุมภาพันธ์ ได้ไปเที่ยวงานที่วัดกลางเมืองเก่า ต.โนนเมือง อ.เมือง จ.ชัยภูมิ และได้ตั้งวงดื่มสุรากับนายชู และนายอัค บริเวณริมถนนท้ายวัด ขณะกำลังดื่มกินกันอยู่นั้น นายอาร์มได้จีรรถจักรยานยนต์มา โดยมี น.ส.ซี นั่งซ้อนท้ายมาด้วย จากนั้นนายชู ได้ลุกขึ้นไปพูดคุยด้วยสักพักก็กลับมาบอกว่าจะตามนายอาร์มไป พวกตนจึงได้นั่งซ้อนสามไปด้วยกันทั้งหมด ขณะนั้นตนเมาเหล้ามาก และคิดว่าเพื่อนจะพาไปส่งที่บ้าน แต่เมื่อถึงบริเวณเกิดเหตุบนถนนบายพาส นายชูได้จอดรถข้างทางและเดินไปกระชากตัว น.ส.ซี ลงไปกลางทุ่งนาข้างถนน ซึ่งระหว่างนั้น นายอาร์มแฟนหนุ่มก็ยื่นคูเหตุการณ์อยู่ตลอด จากนั้นนายอัคได้ข่มขืน น.ส.ซี เป็นคนแรก ต่อด้วยนายชู เป็นคนที่ 2 ก่อนบอกให้ตนเข้าไปข่มขืนต่อเป็นคนที่ 3 แต่ได้แก่ฎไถ่ภายนอกเท่านั้น หลังเสร็จทุกคนก็จีรรถจักรยานยนต์แยกย้ายกลับบ้าน โดยปล่อยให้ น.ส.ซี อยู่กลางทุ่งนาคนเดียว โดยนายเขียวสารภาพว่ารู้ตัวมาก่อนแล้วว่าเป็นเอดส์ โดยติดมากับแฟนสาวเมื่อ 3 ปีก่อน ต่อมาเมื่อปี 2546 ถูกจับคดีลักทรัพย์ ส่งตัวไปอยู่สถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนจังหวัดนครราชสีมา ตรวจเลือดจึงรู้

คดีที่ 4 หญิงวิทยาลัยถูกรุมโทรมจนติดเอดส์ ออกหาเพื่อนอนแพร่เชื้อแก่แฟน โดยเหยื่อมีทั้งเพื่อนนักศึกษาไปจนถึงข้าราชการที่ ขณะที่สาธารณสุขจังหวัดยอมรับเรื่องจริง และวิทยาลัยมาขอคำปรึกษา มีนักศึกษาชายเคยร่วมหลับนอนกับหญิงรายนี้แล้วไม่ต่ำกว่า 60 ราย แต่ยังบอกไม่ได้ว่ามีใครได้ติดเชื้อไปบ้าง ทั้งนี้ ผู้สื่อข่าวได้ติดตามเบาะแส พบผู้ชายบางคนที่ยังอ้างว่าเคยมีเพศสัมพันธ์กับหญิงสาวรายนี้ โดยชายหนุ่มอายุ 17 ปี คนหนึ่ง กล่าวว่า หญิงสาวดังกล่าวเคยเป็นนักศึกษาวิทยาลัยแห่งหนึ่ง อายุ 15 ปี และมีพฤติกรรมตามที่มีข่าวลือกันจริง แต่ขณะนี้วิทยาลัยทราบเรื่องจึงให้พ้นจากสถานศึกษา ชายหนุ่มรายนี้ กล่าวอีกว่า หญิงสาวดังกล่าวมีรูปร่างหน้าตาดีผิวขาว โดยติดเชื้อเอชไอวีจากกลุ่มวัยรุ่นวิทยาลัยเดียวกันที่พาไปข่มขืนในลักษณะรุมโทรม ต่อมาเมื่อทราบว่าคุณติดเชื้อ ก็ชักจูงเพื่อนผู้ชายไปร่วมหลับนอน จนเป็นที่รู้กันดี บางครั้งก็

ขอเงินเพียง 40 บาทเท่านั้น แลกกับการร่วมหลับนอน วัยรุ่นชายผู้นี้ เล่าต่อว่านอกจากเพื่อน นักศึกษาด้วยกันแล้ว ทราบว่ายังมีผู้ชายอาชีพอื่น ๆ ร่วมหลับนอนกับหญิงสาวรายนี้อีกหลายคน อาทิ คนขับรถจักรยานยนต์รับจ้าง พนักงานบริษัทต่าง ๆ รวมทั้งข้าราชการภายในจังหวัดที่มีรสนิยม ชอบมีเพศสัมพันธ์กับสาววัยรุ่น โดยวัยรุ่นรายนี้กล่าวว่าตนรู้ว่าติดเชื้อจากเธอ เพราะทางวิทยาลัย มีการขอให้นักศึกษาส่งข้อมูลในทางลับว่าใครเคยมีความสัมพันธ์ทางเพศกับหญิงสาวคนนี้อย่างไร และตนก็เป็นหนึ่งในนั้น แม้จะใส่ถุงยางอนามัยก็ตาม เพราะทุกครั้งที่มีเพศสัมพันธ์หญิงรายนี้ก็จะเตรียมถุงยางอนามัยเอาไว้ให้โดยเฉพาะ ซึ่งคาดกันว่าจะมีการเจาะรูไว้

จากการศึกษากฎหมายของประเทศอังกฤษพบว่าการกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยผู้ต้องหารู้ว่าตนเองอาจแพร่โรคติดต่อได้ให้เป็นเหตุจรรยาอย่างหนึ่งที่ทำให้ผู้กระทำ ต้องรับโทษหนักขึ้น ซึ่งแสดงให้เห็นถึงจิตใจที่ชั่วร้าย ไม่ว่าจะเป็นการต้องการให้ผู้อื่นได้รับเชื้อ และทุกข์ทรมานเหมือนตน หรือเพื่อสำเร็จความใคร่ของตนเองได้ลงมือกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยไม่สนใจว่าผู้เสียหายจะติดเชื้อโรคทางเพศสัมพันธ์ นั่นหมายถึงผู้เสียหายจะต้อง ได้รับความทุกข์ทรมานอย่างแสนสาหัส ไม่สามารถใช้ชีวิตในสังคมได้อย่างปกติสุข และอาจถูก สังคมรังเกียจ ผู้เขียนจึงเห็นควรว่าการกำหนดให้การที่ตนรู้อยู่แล้วว่าตนเป็นโรคติดต่อที่เป็น อันตรายต่อชีวิต ซึ่งสามารถติดต่อได้ทางเพศสัมพันธ์ เป็นเหตุจรรยาที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษ หนักขึ้นสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

4.3.6 ปัจจัยในการกำหนดเหตุจรรยาโดยพิจารณาจากพฤติการณ์ที่มีลักษณะเป็นภัยต่อสังคม

การสื่อสารข้อมูลของมนุษย์ ประกอบไปด้วย ผู้ส่งสาร ข้อมูล และผู้รับสาร มนุษย์เป็น สังคมที่ต้องมีการสื่อสารข้อมูลถึงกันและกัน ซึ่งในสมัยโบราณมนุษย์มีการสื่อสารข้อมูลด้วยวิธีการ ที่ไม่ซับซ้อนนัก เช่น ปากเปล่า ม้าเร็ว และนกพิราบ ต่อมาได้ปรับเปลี่ยนการสื่อสารข้อมูลเป็น จดหมาย โทรเลข โทรศัพท์ วิทยุ จากนั้นเมื่อถึงยุคสมัยที่มีเทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้องกับที่สำคัญ มีเครือข่ายคอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ตเข้ามาเกี่ยวข้อง การสื่อสารข้อมูลของมนุษย์มีการ เปลี่ยนเป็นสื่อที่เกี่ยวข้องกับอิเล็กทรอนิกส์มากขึ้น เช่น บริการ IRC (Internet Relay Chat) โปรแกรมพูดคุย (Chat programs) จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic mail หรือ Email) และ เว็บบอร์ด (Webboard) เป็นต้น มนุษย์เริ่มมีการสื่อสารข้อมูลในชีวิตประจำวันถึงกันและกันด้วยการ ใช้สื่อสังคมออนไลน์⁵⁴

⁵⁴ จาก “สื่อสังคมออนไลน์: สื่อแห่งอนาคต,” โดย พิชิต วิจิตบุญรักษ์, 2554, *นักบริหาร*, 4(31), น.99-103, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, น.99-103.

“สื่อสังคมออนไลน์” (Social Media) คือ สิ่งที่มีผู้ส่งสารแบ่งปันสาร ซึ่งอยู่ในรูปแบบต่าง ๆ ไปยังผู้รับสารผ่านเครือข่ายออนไลน์ โดยสามารถโต้ตอบกันระหว่างผู้ส่งสารและผู้รับสาร หรือผู้รับสารด้วยกันเอง เป็นเครื่องมือที่ช่วยให้เกิดการเร่งกระตุ้นและทำให้คนสามารถเชื่อมโยงสื่อสารระหว่างกันได้ง่าย และเร็วขึ้น ซึ่งสามารถแบ่งสื่อสังคมออนไลน์ออกเป็นประเภทต่าง ๆ ที่ใช้กันบ่อย คือ บล็อก (Blogging) ทวิตเตอร์และไมโครบล็อก (Twitter and Micro Blogging) เครือข่ายสังคมออนไลน์ (Social Networking) และการแบ่งปันสื่อสารทางออนไลน์ (Media Sharing)⁵⁵ ซึ่งมีแนวโน้มจะกลายเป็นสื่อหลักสำหรับผู้คนในโลกอนาคต

เครือข่ายสังคมออนไลน์ (Social Networking) เป็นเว็บไซต์ที่อนุญาตให้คนทั่วไปสามารถเข้ามาแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร ข้อมูลส่วนตัวและการค้นหาคนอื่น ๆ ทั้งที่รู้จักกันมาก่อนหรือรู้จักกันภายหลังทางออนไลน์ เพื่อวัตถุประสงค์ที่จะให้ข้อมูล รับข้อมูล หรือการรวมตัวกันเพื่อสร้างความสัมพันธ์ต่าง ๆ ⁵⁶ ซึ่งเว็บไซต์เครือข่ายทางสังคมออนไลน์แต่ละแห่ง มีคุณลักษณะแตกต่างกันออกไป แต่ส่วนประกอบหลักเหมือนกัน คือ “โปรไฟล์” เพื่อแสดงข้อมูลส่วนตัวของเจ้าของบัญชี “การเชื่อมต่อ” เพื่อสร้างเพื่อนกับคนรู้จักและไม่รู้จักทางออนไลน์ และ “การส่งข้อความ” อาจเป็นข้อความส่วนตัวหรือข้อความสาธารณะ เป็นต้น ซึ่งในปัจจุบันมี Facebook เป็นเว็บไซต์เครือข่ายสังคมออนไลน์ที่ได้รับความนิยมสูงสุดในปัจจุบัน เพราะ Facebook เป็นพื้นที่ที่จัดให้ผู้ใช้สามารถติดต่อเพื่อน ครอบครัว เพื่อนร่วมงานทั้งคนที่รู้จัก และไม่รู้จักผ่านกลุ่มเครือข่ายที่หลากหลายได้อย่างรวดเร็ว หรือเพื่อใช้เป็นพื้นที่ทำกิจกรรมร่วมกัน

ในสื่อสังคมออนไลน์อย่างเครือข่ายสังคมออนไลน์ จัดเป็นบริการออนไลน์ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของการสร้างความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลอันสะท้อนถึงความสนใจที่คล้ายคลึงกันหรือมีความเกี่ยวข้องกันในสังคม ไม่ว่าจะเป็นเฟซบุ๊ก (Facebook) มายสเปซ (MySpace) ทวิตเตอร์ (Twitter) หรือเว็บไซต์เครือข่ายสังคมออนไลน์อื่น ๆ ต่างก็มีลักษณะเด่นที่เหมือนกันในการเปิดให้สมาชิกสร้างแฟ้มประวัติส่วนตัวเป็นเสมือนอีกตัวตนหนึ่งบนโลกออนไลน์เพื่อใช้ปฏิสัมพันธ์กับสมาชิกคนอื่น ๆ ผ่านบริการช่องทางการสื่อสารที่หลากหลายบนเว็บไซต์ ทำให้ช่วง 5 ปีที่ผ่านมาจำนวนสมาชิกของเครือข่ายสังคมออนไลน์ต่าง ๆ เพิ่มขึ้นอย่างมหาศาล เครือข่ายสังคมออนไลน์ที่ใหญ่ที่สุดอย่างเฟซบุ๊กมีรายชื่อสมาชิกรวมทั่วโลกกว่า 500 ล้านรายชื่อ และมีสถิติรวม

⁵⁵ แหล่งเดิม.

⁵⁶ สื่อสังคมออนไลน์กับการสร้างความผูกพันของกลุ่มผู้มีแนวโน้มเป็น Talent กรณีศึกษา: บริษัทบัตรกรุงไทย จำกัด (มหาชน) (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ), 2554, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

การใช้งานจากสมาชิกทุกคนเป็นเวลา 7 แส่นล้านนาทีต่อเดือน (สถิติจากเฟซบุ๊ก 2011) ในขณะที่เทคโนโลยีการสื่อสารได้รับการพัฒนาอย่างก้าวล้ำ สื่อสังคมออนไลน์กลับส่งอิทธิพลต่อชีวิตประจำวันและความสัมพันธ์ของคนในสังคมอย่างชัดเจนมากยิ่งขึ้นจนกลายเป็นประเด็นทางสังคม ที่ทั้งสื่อ บทกฎหมาย และประชาชนเองจะต้องให้ความสำคัญในการป้องกันและแก้ไขปัญหาเหล่านี้⁵⁷

1.การคุกคามผ่านสื่อออนไลน์ (Cyber Bullying) คือการคุกคามหรือรังแกกันผ่านเทคโนโลยีสารสนเทศ ทั้งอีเมลข่มขู่หรือแบล็กเมล การส่งข้อความทางโทรศัพท์ การข่มขู่ทางโทรศัพท์ โปรแกรมออนไลน์ และชัดเจนที่สุดคือการคุกคามผ่านสื่อสังคมออนไลน์ สำหรับในสื่อสังคมออนไลน์แล้ว การคุกคามในรูปแบบนี้กลายเป็นปัญหาที่นับวันจะทวีความรุนแรงมากขึ้นเรื่อย ๆ ตามจำนวนของเยาวชนที่เข้ามาเป็นสมาชิกของเครือข่ายสังคมออนไลน์ที่เพิ่มมากขึ้น

2.การโจรกรรมเอกลักษณ์บุคคล (Identity Theft) ได้กลายเป็นปัญหาใหญ่ทั้งในสังคมไทยและประเทศอื่น ๆ ทั่วโลก และยังเป็นอีกสาเหตุของการเติบโตอันรวดเร็วของจำนวนสมาชิกที่เพิ่มขึ้นบนเครือข่ายสังคมออนไลน์ มีรายงานจากกรมสถิติออสเตรเลียเมื่อปี 2008 ว่ามีประชาชนตั้งแต่อายุ 12 ปีขึ้นไปตกเป็นเหยื่อของการโจรกรรมเอกลักษณ์บุคคลหรือข้อมูลส่วนตัวอื่น ๆ รวมกว่า 806,000 คน เช่นเดียวกับที่สื่อมวลชนไทยรายงานข่าวการโจรกรรมเอกลักษณ์บุคคลที่เพิ่มขึ้นใน 5 ปีที่ผ่านมาอย่างต่อเนื่อง ซึ่งมีทั้งในกรณีของการแอบอ้างตัวตนเพื่อขู่อัยการคดีสินไต่ไปจนถึงการล่อลวงไปมีสัมพันธ์เชิงชู้สาว เป็นต้น

เฟซบุ๊กและทวิตเตอร์ก็เป็นเว็บเครือข่ายสังคมออนไลน์ที่เอื้ออำนวยให้เกิดการโจรกรรมเอกลักษณ์หรือข้อมูลส่วนบุคคลได้อย่างง่ายดายด้วยเครื่องมือ “แก้ไขข้อมูลส่วนตัว” (Edit your profile) ซึ่งจะแสดงทั้งชื่อ นามสกุล ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ ความสนใจส่วนตัว อีเมล รายชื่อเพื่อนสนิท หรือแม้กระทั่งข้อมูลส่วนตัวมาก ๆ อย่างสถานะความสัมพันธ์กับคนรัก ซึ่งยิ่งข้อมูลเหล่านี้ที่แสดงอยู่บนเว็บไซต์เครือข่ายสังคมออนไลน์มากเท่าไรก็จะยิ่งช่วยให้ผู้ร้ายสามารถดัดแปลงเอกลักษณ์และอัตลักษณ์ของเราเพื่อไปแอบอ้างในการก่ออาชญากรรมได้ง่ายขึ้น อีกปัจจัยหนึ่งที่เอื้ออำนวยให้เกิดการโจรกรรมเอกลักษณ์บุคคลคือเครื่องมือ “การตั้งค่าความเป็นส่วนตัว” (Privacy Setting) ซึ่งมีให้ผู้ที่เป็สมาชิกของเครือข่ายเปลี่ยนค่าการแสดงผลไม่ให้ผู้อื่นเห็นข้อมูลหรือข้อความบางอย่างที่เป็นเรื่องส่วนตัวหรือเราไม่ประสงค์จะให้คนอื่นรับรู้ แต่ปัญหาอยู่ที่

⁵⁷ ผลเสียของสื่อออนไลน์: ปัญหาของเทคโนโลยี หรือ ปัญหาของสังคม?, โดย เมธาสิทธิ์ โลกุลตรพล, 2558 , สืบค้น จาก <https://cujrnewmedia.wordpress.com/2012/01/14/%E0%B8%9C%E0%B8%A5%E0%B9/>.

ค่าความเป็นส่วนตัวนี้จะไม่กลายเป็นค่าถาวร ดังนั้นผู้ที่ใช้งานเครือข่ายสังคมออนไลน์ที่ไม่ได้ระมัดระวังการตั้งค่าตัวนี้

อาจเผลอส่งข้อความส่วนตัวหรือข้อความลับไปให้ทั้งคนรัก ครอบครัว เพื่อนสนิท เพื่อนไม่สนิท เพื่อนร่วมงาน และสาธารณชนทั่วทุกมุมโลก ทั้งความประมาทของผู้ใช้งานบนเครือข่ายสังคมออนไลน์และความง่ายในการโจรกรรมข้อมูลบนโลกดิจิทัล ทำให้เครือข่ายสังคมออนไลน์เต็มไปด้วยการโจรกรรมเอกลักษณ์บุคคลที่สร้างความเสียหายต่อทั้งทรัพย์สินและชื่อเสียงของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อ

3. เครือข่ายสังคมออนไลน์สร้างปัญหาทางความสัมพันธ์ของคนในสังคม ทำให้คนห่างไกลกันมากขึ้น เพราะวิธีการสื่อสารกับคนรู้จักและคนแปลกหน้าบนอินเทอร์เน็ตทำให้ความรู้สึกของคนเปลี่ยนไป ผลกระทบทางลบอีกอย่างหนึ่งของเครือข่ายสังคมออนไลน์คือความสัมพันธ์ของคนในสังคม แม้มันจะช่วยสร้างสัมพันธภาพให้เรากับคนที่ไม่สนิทให้รู้จักกันแน่นแฟ้นได้ง่ายขึ้น แต่คนเรามากจะมองไม่เห็นว่าการใช้เครือข่ายสังคมออนไลน์นั้นก็ทำให้เราห่างไกลจากคนที่เราสนิทด้วยมากขึ้น ด้วยความเป็น “เครือข่ายสังคม” จึงทำให้สมาชิกส่วนใหญ่คิดว่าเพียงแค่เป็นสมาชิกในเครือข่ายก็เท่ากับเป็นการเข้าสังคมแล้ว

หากมองย้อนกลับไปในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมาเมื่อพูดถึงคำว่า “เครือข่ายสังคมที่เต็มไปด้วยกลุ่มวัยรุ่นที่ทำกิจกรรมติดต่อสื่อสาร พูดคุย แลกเปลี่ยนข้อมูลด้านความบันเทิง หรือกิจกรรมอื่น ๆ ที่เน้นไปที่การกระจายตัว “ความเป็นเมือง” ไปยังพื้นที่ต่าง ๆ อย่างทั่วถึง ส่งผลให้เราสามารถเข้าถึงบริการด้านข้อมูลข่าวสาร และการติดต่อสื่อสารในยุคการเชื่อมต่อไร้สายผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตได้มากขึ้น⁵⁸ ทั้งนี้ จากการประชุมวิชาการระดับชาติสถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล ครั้งที่ 11 เรื่อง “ความหลากหลายทางประชากรและสังคมในประเทศไทย ปี 2558” โดยใช้ข้อมูลจากการสำรวจการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารในครัวเรือน พ.ศ. 2554 – 2557 ของสำนักงานสถิติแห่งชาติ พบว่ากลุ่มที่ใช้สื่อสังคมออนไลน์ส่วนใหญ่ยังคงเป็นกลุ่มวัยรุ่น แต่มีการขยายตัวไปยังกลุ่มผู้สูงอายุมากขึ้นด้วย และผลการวิจัยเรื่อง “ใครเป็นใครบนเครือข่ายสังคมออนไลน์ : ความหลากหลายทางคุณลักษณะและพฤติกรรม” ของ ดร.ปิยวัฒน์ เกตุวงศา อาจารย์ประจำสถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล พบว่า เด็กอายุระหว่าง 13-20 ปี มีอัตราเสี่ยงต่อการถูกล่อลวงและล่วงละเมิดทางเพศ ผ่านทางสื่อออนไลน์มากที่สุด เพราะ

⁵⁸ สื่อออนไลน์ ประโยชน์เยอะ ภัยร้ายเยอะ, โดย นิวิธ, 2558 สืบค้น จาก <https://www.ega.or.th/th/content/890/1904/>.

เป็นช่วงวัยที่มีจำนวนการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตมาก แต่มีการขยายตัวของจำนวนผู้ใช้เครือข่ายสังคมออนไลน์ไปกลุ่มอื่น ๆ อีกด้วย โดยเฉพาะในกลุ่มเด็กและผู้สูงอายุ⁵⁹

เครือข่ายสังคมออนไลน์กลายเป็นสังคมที่มีขนาดใหญ่มากขึ้น และมีความหลากหลายทั้งในแง่คุณลักษณะทางเพศและอายุ ตลอดจนวัตถุประสงค์การใช้งาน จะเห็นได้ว่า ตั้งแต่เทคโนโลยีการสื่อสารพัฒนาอย่างก้าวล้ำ สื่อสังคมออนไลน์ก็กลับส่งผลไปในการลดต่อชีวิตประจำวันและความสัมพันธ์ของคนในสังคมอย่างชัดเจนยิ่งขึ้น จนกลายเป็นประเด็นทางสังคม ที่ทั้งสื่อ กฎหมาย และประชาชนเองจะต้องให้ความสำคัญในการป้องกันและแก้ไขปัญหาล่าช้า โดยเฉพาะกับกลุ่มวัยรุ่นที่ใช้เวลาไปกับสื่อออนไลน์วันละหลายชั่วโมง จนอาจนำไปสู่ความขัดแย้ง จนถึงขั้นทำร้ายร่างกาย หรือเกิดการถูกล่อลวงไปกระทำอนาจารตามมา

จากการจัดเสวนาของกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ (พม.) ร่วมมือกับคณะอนุกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนตัวของเด็กบนระบบเทคโนโลยีสารสนเทศ เรื่อง "ผู้ร้ายล่อลวงเด็ก : ภัยจากการเปิดเผยข้อมูลส่วนตัวของเด็กบนโลกออนไลน์" โดยมีผู้ประกอบการด้านเว็บไซต์ หน่วยราชการ และภาคเอกชนที่เกี่ยวข้องร่วมเสวนา พบว่าการใช้งานทางอินเทอร์เน็ตกำลังเป็นที่นิยม โดยผู้ใช้งานจำนวนมากเป็นเด็กและเยาวชน นิยมใช้บริการเว็บไซต์ที่มีลักษณะเป็นชุมชน เช่น เว็บไซต์หาเพื่อน โพสต์ภาพ สนทนาบนเว็บบอร์ด ซึ่งการใช้บริการเว็บไซต์ลักษณะดังกล่าวมักต้องกรอกข้อมูลส่วนตัว เช่น ชื่อ ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ อีเมล เพื่อสมัครใช้บริการเพื่อประโยชน์ในการใช้บริการ ทำให้กลุ่มมิชชันนารีใช้ข้อมูลส่วนตัวของเด็กและเยาวชนมาเปิดเผยจนนำไปสู่ปัญหาร้ายแรง ทั้งการลักพาตัว ชิงทรัพย์ ข่มขู่ ข่มขืน หรือฆาตกรรม จากการสำรวจของสำนักวิจัยเอแพค โพล ยังพบว่า เด็กเยาวชนกว่า 80% ที่เล่นอินเทอร์เน็ตเคยสนทนาออนไลน์กับคนแปลกหน้าที่ไม่เคยเห็นหน้ากันมาก่อน โดยการสนทนาเริ่มจากคู่สนทนาเข้าถึงข้อมูลส่วนตัวของเด็ก และ 70% นำไปสู่การพบปะกัน ที่สำคัญคือ เด็ก 1 ใน 6 คน ที่เล่นอินเทอร์เน็ต เคยมีเพศสัมพันธ์กับคนแปลกหน้าที่รู้จักทางออนไลน์ ทั้งที่เต็มใจและไม่เต็มใจ

ศูนย์ข้อมูลคนหายเพื่อต่อต้านการค้ามนุษย์ มูลนิธิกระจกเงาเปิดเผยว่าเด็กหญิงไทยอายุตั้งแต่ 10-18 ปี มีโอกาสถูกล่อลวงจากการสนทนาออนไลน์ผ่าน โปรแกรมต่าง ๆ ซึ่งการให้ข้อมูลส่วนตัวเป็นต้นเหตุของการถูกล่อลวง โดยปัจจุบันสแกมหรืออย่างที่รู้จักกันว่า สแกมเมอร์นั้นเป็นวิธีการล่อลวงที่กำลังแพร่หลายทางอินเทอร์เน็ต วิธีการหลอกของมิชชันนารีคือจะส่งอีเมลจำนวนมากไปหาเหยื่อ ซึ่งจะมีเนื้อหาเชิญชวน โน้มน้าว บางรายทำให้เหยื่อหลงเชื่อคิดว่าเป็นคนที่มีฐานะ

⁵⁹ แหล่งเดิม.

ร่ำรวย โดยใช้เวลาพูดคุยให้เหยื่อตกหลุมรัก หรือโน้มน้าวจนเหยื่อเชื่อใจ ซึ่งบางครั้งก็มีเหตุการณ์ ล่อลวงให้ไปพบ อาจหลอกเหยื่อว่าจะให้ไปถ่ายแบบ แคสติ้งโฆษณา หรือให้ทำงานที่มีรายได้ดี ทำให้เหยื่อหลงเชื่อและยินยอมไปพบ โดยจากการศึกษาพบว่า เด็กผู้หญิงทั้งในเมืองและนอกเมืองมีการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศที่แตกต่างกัน ทำให้มีโอกาสที่จะได้พูดคุยกับคนแปลกหน้าทาง เครือข่ายสังคมออนไลน์ เช่น เฟซบุ๊ก (Facebook) และ โปรแกรมการพูดคุยผ่านอินเทอร์เน็ตต่าง ๆ แตกต่างกันไป⁶⁰ และสิ่งที่น่าเป็นห่วงสำหรับสังคมไทยคือการล่อลวงไปเพื่อกระทำการอาชญากรรม ข่มขืนกระทำชำเรา หรือบังคับให้เหยื่อขายบริการ ตัวอย่างเช่น

คดีหนึ่งที่เกิดขึ้นกับเยาวชน โดยมารดาของ 1 ใน 4 เด็กสาววัยเพียง 15 - 16 ปี ซึ่งตก เป็นเหยื่อของเครือข่ายค้ายมนุษย์ ที่ใช้การชักจูงเหยื่อผ่านเฟซบุ๊กหลอกไปทำงานในต่างประเทศโดย อ้างว่ามีรายได้ดี แต่กลับนำไปข่มขืนกระทำชำเรา และยังบังคับให้ขายบริการทางเพศในร้านอาหาร ไอเกะแห่งหนึ่งในรัฐเประ ห่างจากกรุงกัวลาลัมเปอร์ เมืองหลวงของมาเลเซีย ออกไปราว 200 กิโลเมตร มารดาเหยื่อตัดสินใจเข้าขอความช่วยเหลือจากตำรวจกองบังคับการปราบปรามการ กระทำผิดเกี่ยวกับการค้ามนุษย์ (บก.ปคม.) เพื่อให้ช่วยติดตามช่วยเหลือบุตรสาวของเธอ โดย เบาะแสสำคัญคือ ข้อความจากโทรศัพท์ที่บุตรสาวส่งมา ตำรวจใช้เวลาในการตรวจสอบอยู่ ระยะเวลาหนึ่ง จนแน่ชัดว่า เด็กสาวกลุ่มนี้ถูกแก๊งค้ายมนุษย์นำพาไปขายบริการทางเพศอยู่ใน มาเลเซียจริง จึงประสานไปยังทางการมาเลเซียให้ช่วยติดตามหาตัวและให้การช่วยเหลือ หลังการ ประสานงานระหว่างเจ้าหน้าที่ทั้งสองประเทศ แก๊งค้ายมนุษย์กลุ่มนี้ถูกทางการมาเลเซียกดดันอย่าง หนัก จนต้องนำเด็กสาวทั้ง 4 คน หนีออกจากมาเลเซียเข้ามาหลบดานอยู่ในคอนโดมิเนียมหรูแห่ง หนึ่ง ใน อ.หาดใหญ่ จ.สงขลา ตำรวจ บก.ปคม.จึงบุกเข้าช่วยเหลือเด็กสาวทั้ง 4 คน คนร้ายเปิดเผย ว่า “ใช้เฟซบุ๊ก โพสต์ข้อความในทำนองชักชวนเด็กสาวที่ต้องการได้เงิน โดยอ้างว่าจะพาไปทำงาน ในต่างประเทศ ซึ่งเป็นงานสบาย รายได้ดี ทำหน้าที่เชียร์แขกหรือนั่งดริงก์กับลูกค้า แต่เมื่อเหยื่อ หลงเชื่อยอมเดินทางไปด้วยกลับข่มขืน และนำไปบังคับขายบริการทางเพศในร้านอาหาร ไอเกะ โดยกักขังไว้ในห้องพักไม่ห่างจากร้านอาหารไอเกะมากนัก ลักษณะที่พักเป็นห้องปิดมิดชิด มีประตู เหล็กป้องกันถึง 2 ชั้น ป้องกันคนเข้า-ออก” ร.ต.อ.มานพ จันทร์เกิด รองสว.กก.3 บก.ปคม. เปิดเผย แนวทางการสืบสวนของตำรวจพบว่า เครือข่ายค้ายมนุษย์หลอกหญิงสาวไปบังคับขายบริการทาง เพศกลุ่มนี้มีไม่น้อยกว่า 10 คน โดยเป็นการร่วมกันระหว่างคนไทยและชาวต่างชาติ ซึ่งนอกจาก

⁶⁰ รักรผ่านเน็ตระบาดหนัก เตือนวัยรุ่นระวังมีจลาชีพล่อลวง, โดย หนังสือพิมพ์รัฐกิจ, 2555, สืบค้น จาก <http://www.jr-rsu.net/article/252>.

หญิงสาวชาวไทยแล้ว ยังมีหญิงสาวจากเวียดนาม และลาว ตกเป็นเหยื่อด้วย การหลอกลวงเด็กสาวชาวไทยนั้น จะเลือกลงมือกับเด็กสาวที่มีความต้องการใช้เงิน ส่วนใหญ่จะเป็นเด็กสาวในจังหวัดทางภาคตะวันออกเฉียงเหนือ โดยให้ข้อมูลกับเหยื่อว่า งานที่ทำเป็นงานสบายรายได้ดีสูงถึง 3 หมื่นบาทต่อเดือน ดำรวจอยู่ระหว่างขยายผลเพื่อติดตามจับกุมเครือข่ายค้ายาเสพติดกลุ่มนี้ให้ได้ทั้งหมด โดยกลุ่มนี้จะใช้เฟซบุ๊กโฆษณาว่าสามารถพาหญิงไทยไปทำงานในต่างประเทศได้ พร้อมนำภาพเงินตราสกุลมาเลเซียและสถานที่ประกอบการมาโพสต์ไว้ เพื่อการันตีว่าใครที่สนใจจะไปทำงานด้วยจะมีรายได้ดีและทำงานในสถานที่ที่หรูหราน่าเชื่อถือ แต่คาดว่ามีอีกหลายคนที่ยังตกอยู่ในชะตากรรมเดียวกันกับเด็กสาวทั้ง 4 คนก่อนหน้านี้

จะเห็นได้ว่าในปัจจุบันสื่อออนไลน์ได้เข้ามามีบทบาทในชีวิตประจำวันของคนเรา ทั้งเด็ก เยาวชน หรือผู้ใหญ่ โดยเฉพาะผู้ที่อยู่ในสถานะนักเรียน นักศึกษา ที่จะต้องใช้คอมพิวเตอร์เพื่อการท่องโลกในอินเทอร์เน็ต หากความรู้ใหม่ ๆ หรือความบันเทิง ดูหนัง ฟังเพลง ฯลฯ นับวันผู้คนในสังคมที่มีความรู้ความสามารถใช้เครื่องคอมพิวเตอร์เพื่อเล่นอินเทอร์เน็ตดังกล่าว จะมีจำนวนเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ถ้าใช้ในทางที่ดีก็มีประโยชน์ แต่ส่วนมากเด็กในวัยนี้ขาดการยั้งคิด รู้เท่าไม่ถึงการณ์ เมื่อถูกหลอกล่อชักจูงก็จะคล้อยตามไปตามการโน้มน้าวของอาชญากร มักตัดสินใจทำอะไรลงไปตามใจตัวเอง โดยไม่คำนึงถึงผลกระทบที่ตามมา อีกทั้งเมื่อการเสพติดติดสือเยอะ ๆ เด็กหรือเยาวชนเหล่านี้ ซึ่งเป็นวัยที่มีพฤติกรรมเลียนแบบ อยากได้อะไรก็มีเหมือนคนอื่นหรือเหมือนดารา ความอยากรู้อยากลอง อยากได้อะไรก็ทำให้เด็กและเยาวชนอาจตนเป็นเหยื่อของอาชญากรที่คอยอาศัยความอ่อนวัย รู้เท่าไม่ถึงการณ์สามารถถูกหลอกลวงและชักจูงได้ง่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการชักจูงหลอกล่อเด็ก เยาวชน หรือผู้หญิง โดยใช้วิธีการโฆษณา หรือประกาศเชิญชวน หลอกล่อว่ามีงานรายได้ดี หรือให้ไปถ่ายแบบ ถ่ายโฆษณา เมื่อเหยื่อหลงเชื่อก็จะทำตามที่ผู้กระทำวางแผนไว้ และเมื่อได้ตัวเหยื่อมาแล้วผู้กระทำก็จะกระทำอนาจาร ข่มขืนกระทำชำเรา หรือบังคับให้ขายบริการทางเพศ

เฮนติก (Han von Hentig) นักอาชญาวิทยาที่มีชื่อเสียงท่านหนึ่ง ได้กล่าวถึงเหยื่ออาชญากรรมทั้งประเภทผู้เยาว์ และผู้หญิง ดังนี้⁶¹

ผู้เยาว์ (The Young) เป็นผู้เสียหายที่ควรให้ความสังเกตุมาก เพราะผู้เยาว์ขาดประสบการณ์และเป็นผู้อ่อนแอ ผู้เยาว์ส่วนใหญ่จึงตกเป็นเหยื่อโดยถูกหลอกลวง

⁶¹ อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา. (น. 60). เล่มเดิม.

ผู้หญิง (The Female) สำหรับผู้ชายที่เป็นผู้หญิงก็มักจะตกเป็นผู้หญิงก็มักจะตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมประเภทการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยทั่วไปแล้ว ผู้หญิงมักเป็นบุคคลที่อ่อนแออีกแบบหนึ่ง หญิงในวัยรุ่นนอกจากจะตกเป็นผู้เสียหายในความคิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราแล้ว บางครั้งยังถูกฆาตกรรม

จากการศึกษาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายต่างประเทศ จะเห็นว่ากฎหมายของประเทศฝรั่งเศส มีการกำหนดการกระทำโดยการโฆษณาหรือประกาศข้อความซึ่งไม่เจาะจงตัวผู้รับสารเพื่อชักนำให้เหยื่อได้ติดต่อกับผู้กระทำเป็นเหตุจูงใจอย่างหนึ่งในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าในสังคมไทยปัจจุบันอาชญากรจะใช้การกระจายข้อความหลอกล่อ หรือชักจูงเด็กและเยาวชนผ่านทางเครือข่ายสังคมออนไลน์มากยิ่งขึ้น และมีแนวโน้มที่จะสูงขึ้นเนื่องจากสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้การติดต่อสื่อสาร รับส่งข้อความต่าง ๆ ทำได้ง่ายขึ้น เพราะการใช้อินเทอร์เน็ตติดต่อสื่อสารกลายเป็นส่วนหนึ่งในชีวิตประจำวันของประชาชน ซึ่งประชาชนที่จะตกเป็นเหยื่อของ อาชญากรเหล่านี้ก็จะเป็นเด็กและเยาวชน พฤติกรรมที่ล่อลวงเด็ก หรือเยาวชน ดังกล่าวมีลักษณะที่เป็นภัยต่อสังคม แต่ประเทศไทยยังไม่มีมาตรการป้องปรามที่ถูกล่อลวงจากอาชญากรดังกล่าว อาชญากรก็จะก่อเหตุในลักษณะที่เป็นภัยต่อสังคมไปเรื่อย ๆ และจะเพิ่มมากขึ้นตามเทคโนโลยีที่พัฒนาขึ้น ผู้เขียนจึงเสนอให้การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งผู้ถูกกระทำได้มาพบผู้กระทำเพราะเหตุแห่งการโฆษณา ประกาศ หรือกระทำด้วยประการใดให้แพร่หลายซึ่งข้อความแก่บุคคลทั่วไป ทางเครือข่ายคอมพิวเตอร์ เป็นเหตุจูงใจที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่ร้ายแรง และสร้างความเสียหายมากที่สุดต่อผู้ถูกกระทำ เป็นความผิดต่อเสรีภาพ ต่อร่างกาย และอาจนำไปสู่ความผิดต่อชีวิต ส่งผลกระทบต่อร่างกาย ชื่อเสียง เกียรติยศ และสภาพจิตใจของผู้ถูกกระทำเป็นอย่างมาก ผู้ถูกกระทำจะรู้สึกหวาดกลัว วิดกกังวล อับอาย มีปมด้อย หรือเป็นโรคซึมเศร้า จนไม่สามารถใช้ชีวิตในสังคมได้ตามปกติ ทั้งยังมีความเสี่ยงที่จะตั้งครรภ์และเสี่ยงที่จะติดเชื้อโรคทางเพศสัมพันธ์ อีกทั้งการข่มขืนกระทำชำเราในวันนี้ยังจะทวีความรุนแรงขึ้นเรื่อย ๆ และมีลักษณะการกระทำที่ชั่วร้าย ขาดศีลธรรม เช่น ข่มขืนกระทำชำเราโดยวิธฐาน มีลักษณะกระทำโดยทรมาณ ทารุณ โหดร้าย ข่มขืนกระทำชำเราผู้สูงอายุ หญิงมีครรภ์ เด็กทารก ผู้พิการ หรือผู้ทุพพลภาพ หรือคนวิกลจริต ข่มขืนกระทำชำเราและฆ่าอย่างโหดร้ายทารุณ และแม้ปัจจุบันวัตถุประสงค์ของการลงโทษจะมุ่งเน้นการฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิดมากกว่าการแก้แค้นทดแทน แต่สำหรับอาชญากรที่สามารถกระทำความผิดทางเพศที่ร้ายแรง และมีพฤติการณ์ที่ชั่วร้าย ไร้ซึ่งมนุษยธรรม กฎหมายจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดเหตุฉกรรจ์ที่เหมาะสมเพื่อให้อาชญากรทางเพศเหล่านี้ได้รับโทษหนักขึ้น เพื่อแก้แค้นทดแทนและยับยั้งป้องปรามอาชญากรรมที่ร้ายแรง

จากการศึกษาเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายไทย จึงสรุปได้ว่าเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 คือ กระทำโดย มีหรือใช้ “อาวุธปืน” หรือ “วัตถุระเบิด” หรือกระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน และเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ตามมาตรา 277 คือ เป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกิน 13 ปี หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน หรือกระทำโดยมีหรือใช้ “อาวุธปืน” หรือ “วัตถุระเบิด” หรือโดยใช้ “อาวุธ”

ซึ่งหากพิจารณาจากเหตุฉกรรจ์ของกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันยังไม่เหมาะสมสำหรับการกำหนดเหตุฉกรรจ์เกี่ยวกับ “อาวุธ” ซึ่งกำหนดว่าผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษหนักขึ้นหากเป็นการกระทำความผิดโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด ซึ่งหากพิจารณาตามสถานการณ์จริง

แล้วผู้เขียนเห็นว่าอาวุธที่อาชญากรใช้ไม่ได้มีแต่อาวุธปืน โดยส่วนใหญ่แล้วอาวุธอื่น ๆ เช่น มีด ค้อน คัดเตอร์ หรือเหล็กขูดซาร์ป เป็นต้น ก็สามารถทำอันตรายผู้เสียหายได้ถึงแก่ความตาย หรือบาดเจ็บสาหัสได้เช่นกัน อีกทั้งการมีอาวุธหรือเครื่องมือต่าง ๆ ที่สามารถทำอันตรายต่อผู้เสียหายได้ ย่อมทำให้เกิดการเสี่ยงภัยต่อผู้เสียหายตลอดเวลา และนอกจากนี้พฤติการณ์การกระทำความผิดที่มีความร้ายแรงแต่กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดเป็นเหตุฉกรรจ์ไว้ ทำให้ผู้กระทำความผิดรับโทษแก่บทธรรมดา เช่น การข่มขืนกระทำชำเราโดยมีพฤติการณ์ที่มีลักษณะโหดร้าย โดยกระทำทารุณผู้เสียหาย ทำให้ผู้เสียหายได้รับความเจ็บปวดอย่างทุกข์ทรมาน หรือกรณีการข่มขืนกระทำชำเราบุพการี ซึ่งเป็นผู้ให้กำเนิดและเลี้ยงดูผู้กระทำมาจึงคู่ควรแก่การให้ความเคารพและกตัญญู หรือกรณีการข่มขืนกระทำชำเรากลุ่มบุคคลที่มีสภาพอ่อนแอทางร่างกายหรือจิตใจ ไร้ความสามารถในการป้องกันตนเองให้พ้นจากภัยข่มขืนกระทำชำเราได้ ได้แก่ ผู้พิการหรือผู้ทุพพลภาพ คนพิการจิต คนสูงอายุ หรือหญิงมีครรภ์ เป็นต้น แต่ก็ยังไม่มีการบัญญัติคุ้มครองให้เป็นเหตุฉกรรจ์ แม้ว่าจะมีการกำหนดเหตุเพิ่มโทษตามมาตรา 285 ก็เป็นการคุ้มครองเฉพาะการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ที่อยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ ผู้อยู่ในความปกครอง ผู้อยู่ในความพิทักษ์ และผู้อยู่ในความอนุบาล ซึ่งผู้ถูกกระทำที่อยู่ภายใต้อำนาจปกครองของผู้กระทำความผิด ไม่ได้ครอบคลุมถึงกลุ่มบุคคลที่มีสภาพอ่อนแอทางร่างกายหรือจิตใจกลุ่มนี้ และแม้กฎหมายไทยจะกำหนดให้ผู้กระทำรับโทษหนักขึ้นอันเนื่องจากผล คืออันตรายสาหัส หรือเสียชีวิตจากการกระทำความผิด ก็เป็นการลงโทษที่ปลายเหตุ กฎหมายจึงควรกำหนดพฤติการณ์ที่ร้ายแรงให้เป็นเหตุฉกรรจ์เพราะเหตุฉกรรจ์ควรพิจารณาจากเหตุหรือลักษณะของการกระทำเพราะเหตุหรือลักษณะของการกระทำ คือ เกิดจากจิตใจเริ่มต้นและพฤติการณ์ที่ผู้กระทำได้ตัดสินใจกระทำลงไป ซึ่งจะสะท้อนให้เห็นถึงจิตใจและความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของผู้กระทำ เหตุการณ์หรือการกระทำที่จะมากำหนดให้เป็นเหตุฉกรรจ์ก็ควรพิจารณาจากความเหมาะสม ความจำเป็น และสิ่งที่กฎหมายต้องการคุ้มครอง

จากการศึกษาเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายต่างประเทศ พบว่ากฎหมายต่างประเทศกำหนดถึงพฤติการณ์อันเป็นเหตุทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้นและกำหนดผู้ถูกกระทำที่ต้องได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษไว้อย่างชัดเจน กฎหมายไทยจึงควรมีการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราให้มีความเหมาะสม ครอบคลุมกับพฤติการณ์และกลุ่มบุคคลที่ควรได้รับการคุ้มครองให้มากยิ่งขึ้น

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาเหตุการณ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ จะเห็นได้ว่ามีทั้งข้อที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสภาพทางสังคมและแนวคิดที่จะคุ้มครองบุคคลใดเป็นพิเศษ หรือมองว่าพฤติการณ์ใดที่ประเทศนั้น ๆ เห็นว่าเป็นพฤติการณ์ที่ร้ายแรงสมควรต้องกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ซึ่งทั้งกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศต่างให้ความสำคัญกับการลงโทษผู้กระทำที่มีพฤติการณ์ที่ร้ายแรงกว่าปกติ โดยบัญญัติเหตุการณ์และบทลงโทษให้เหมาะสมกับการกระทำ ความผิด ซึ่งจากการวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมและครอบคลุมของเหตุการณ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 ของประเทศไทยแล้วนั้น ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

1. แก้ไขเพิ่มเติมเหตุการณ์ที่กำหนดไว้แล้วแต่ยังไม่เหมาะสม คือการกระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ตามมาตรา 276 และการกระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือใช้อาวุธ ตามมาตรา 277 โดยแก้ไขเป็น “การกระทำโดยมีหรือใช้อาวุธ หรือวัตถุระเบิด” เพื่อขยายขอบเขตความรับผิดชอบของผู้กระทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้นหากได้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยมีหรือใช้อาวุธ ซึ่งไม่ได้จำกัดเฉพาะการมีหรือใช้อาวุธปืนเท่านั้น โดยให้รวมถึงอาวุธอื่น ๆ ที่สามารถใช้อันตรายผู้ถูกกระทำได้ เพราะหากพิจารณาตามความเป็นจริง การก่อเหตุข่มขืนกระทำชำเราผู้กระทำส่วนใหญ่ก็จะใช้อาวุธมีด หรืออาวุธอย่างอื่นที่ไม่ใช้อาวุธปืน แม้กฎหมายจะเห็นว่าอาวุธปืนเป็นอาวุธที่ร้ายแรง แต่อาวุธอื่นก็สามารถทำอันตรายให้ผู้เสียหายบาดเจ็บสาหัส หรือถึงแก่ชีวิตได้เช่นกัน ภัยอันตรายในการมีอาวุธไปใช้ในการก่อเหตุกระทำชำเราย่อมมีอยู่ตลอดเวลา กฎหมายจึงควรคุ้มครองผู้เสียหายให้มากยิ่งขึ้นและให้เหมาะสมกับสถานการณ์จริงในสังคม

2. กำหนดเหตุการณ์เพิ่มเติมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ดังนี้

- 2.1 กำหนดให้การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งได้กระทำต่อบุพการี เป็นเหตุการณ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ทั้งนี้ไม่ต้องคำนึงถึงความชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากบุพการีเป็นบุคคลที่ให้กำเนิด อุปการะเลี้ยงดูผู้กระทำ ความกตัญญู การรู้บุญคุณคน หรือรู้ถึงอุปการคุณที่ผู้อื่นทำให้ตน อันเป็นคุณธรรมที่เป็นพื้นฐานของมนุษย์ บุพการีจึงควรค่าแก่ความเคารพ ผู้กระทำจะต้องให้ความกตัญญูรู้คุณ การกระทำความผิดต่อบุพการีเป็นการกระทำที่ไร้ซึ่งคุณธรรมในจิตใจ ออกตัญญูรู้คุณ ผู้กระทำจึงสมควรได้รับโทษหนักกว่าการข่มขืนกระทำชำเราบุคคลซึ่งไม่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต

2.2 กำหนดให้การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งได้กระทำต่อบุคคลซึ่งมีสภาพความอ่อนแอทางร่างกายหรือจิตใจ เป็นเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตาม มาตรา 276 ได้แก่

(1) กรณีกระทำต่อผู้พิการหรือผู้ทุพพลภาพ เนื่องจากบุคคลเหล่านี้มีความบกพร่องทางร่างกาย หรือจิตใจ ไม่สามารถใช้ชีวิตได้อย่างปกติ ก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานจิตใจ ในความพิการของตน การข่มขืนกระทำชำเราผู้พิการ หรือทุพพลภาพเป็นการซ้ำเติมความเลวร้าย ให้ผู้ถูกกระทำมากยิ่งขึ้น การที่ผู้กระทำลงมือกระทำผิดโดยอาศัยสภาพความอ่อนแอของผู้กระทำ แสดงให้เห็นถึงจิตใจที่มีความชั่วร้ายและไม่มีความเมตตาปราณี จึงสมควรที่จะต้องรับโทษหนักขึ้น แต่ทั้งนี้ผู้กระทำจะต้องรู้หรือควรรู้ถึงสภาพความพิการหรือทุพพลภาพของผู้ถูกกระทำ

(2) กรณีกระทำต่อบุคคลวิกลจริต เนื่องจากบุคคลวิกลจริตจะมีความบกพร่องทางสมอง เขาจะมีความประพฤติกิริยาผิดปกติ หรือไม่สามารถแยกแยะผิดชอบชั่วดี เพราะสติวิปลาส มีภาวะผิดปกติทางจิตที่มีความผิดปกติของความคิด อารมณ์ จึงอาจถูกหลอกหลวง หรือชักจูงผู้ถูกกระทำได้ การที่ผู้กระทำลงมือกระทำผิดโดยอาศัยสภาพความอ่อนแอของผู้ถูกกระทำ แสดงให้เห็นถึงจิตใจที่มีความชั่วร้ายและไม่มีความเมตตาปราณี จึงสมควรที่จะต้องรับโทษหนักขึ้น แต่ทั้งนี้ผู้กระทำจะต้องรู้หรือควรรู้ถึงความวิกลจิตนั้น

(3) กรณีกระทำต่อหญิงมีครรภ์ เนื่องจากหญิงที่ตั้งครรภ์จะต้องได้รับการดูแล และระมัดระวังเป็นพิเศษ เพราะอาจจะกระทบกระเทือนถึงเด็กในครรภ์ได้ การข่มขืนกระทำชำเราหญิงมีครรภ์ย่อมต้องก่อให้เกิดอันตรายทั้งต่อหญิงและทารกในครรภ์ได้ เพราะเป็นการมีเพศสัมพันธ์โดยไม่เต็มใจ และผู้กระทำจะต้องใช้ความรุนแรงข่มขืนใจจึงอาจจะทำให้เกิดการแท้งบุตรได้ ซึ่งเมื่อเกิดการแท้ง หญิงจะต้องได้รับความช่วยเหลือจากแพทย์ในทันที แต่ถ้าหญิงนั้นไม่ได้รับความช่วยเหลืออาจส่งผลทั้งต่อชีวิตหญิงและทารกในครรภ์ การข่มขืนกระทำชำเราหญิงมีครรภ์ เป็นการแสดงให้เห็นถึงจิตใจที่ชั่วร้าย สามารถลงมือกระทำผิดได้แม้กระทั่งหญิงซึ่งกำลังตั้งครรภ์ จึงสมควรที่จะต้องได้รับโทษหนักขึ้น ทั้งนี้ การตั้งครรภ์ต้องเป็นที่ปรากฏหรือเป็นที่รับรู้ต่อผู้กระทำผิด

(4) กรณีกระทำต่อผู้สูงอายุ เนื่องจากเมื่อมนุษย์เข้าสู่วัยผู้สูงอายุแล้ว สภาพร่างกายของเขาก็จะเกิดการเปลี่ยนแปลงไปในทางที่แย่ลง กระดูก หรืออวัยวะของร่างกายส่วนต่าง ๆ ก็จะเสื่อมลง หากเกิดภัยอันตรายกับผู้สูงอายุ เขาก็ไม่สามารถที่จะป้องกันตัวเองให้พ้นจากภัยอันตรายได้ การที่ผู้กระทำอาศัยความอ่อนแอของผู้สูงอายุเพื่อสนองความใคร่ของตนเองโดยไม่มี ความเมตตาปราณีและความสำนึกถึงผิดชอบชั่วดี จึงสมควรที่จะต้องได้รับ โทษหนักขึ้น ทั้งนี้ไม่ กำหนดอายุของผู้สูงอายุ แต่จะพิจารณาจากความสามารถในการป้องกันอันตรายจากผู้กระทำ

2.3 กำหนดให้การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่มีพฤติการณ์หรือลักษณะการกระทำที่มีการทารุณหรือทรมาน โหดร้ายร่วมด้วย เป็นเหตุจรรยาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และมาตรา 277 เนื่องจากพฤติการณ์ดังกล่าวเป็นพฤติการณ์ที่ร้ายแรงแสดงให้เห็นถึงความชั่วร้ายของผู้กระทำ ทั้งยังเป็นการก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานกับผู้ถูกกระทำเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัจจุบันอาชญากรรมทางเพศจะมีความรุนแรงมากขึ้นเรื่อย ๆ จึงควรกำหนดให้การกระทำความผิดที่มีลักษณะการทารุณ หรือทรมาน โหดร้ายร่วมด้วย เป็นเหตุจรรยาอย่างหนึ่งดังเช่นเหตุจรรยาในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ความผิดฐานปล้นทรัพย์ เป็นต้น

2.4 กำหนดให้การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในสถานที่สาธารณะ หรือสถานที่ที่ไม่สมควร ได้แก่ กรณีกระทำในสถานที่บูชาสาธารณะ สถานีรถไฟ ท่าอากาศยาน หรือในขบวนรถสาธารณะ เป็นเหตุจรรยาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และมาตรา 277 เนื่องจากสถานที่เหล่านี้ล้วนเป็นสถานที่สาธารณะ ประชาชนพลุกพล่าน และเป็นสถานที่ที่ควรมีความปลอดภัย การก่ออาชญากรรมทางเพศในสถานที่เหล่านี้ย่อมเป็นการไม่สมควร เป็นการกระทำที่อื้อฉาว จึงควรกำหนดให้การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในสถานที่ดังกล่าวเป็นเหตุจรรยาอย่างหนึ่ง ดังเช่นเหตุจรรยาในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์

2.5 กำหนดให้การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งได้กระทำโดยรู้ว่าตนเป็นโรคติดต่อที่เป็นอันตรายต่อชีวิต ซึ่งสามารถติดต่อได้ทางเพศสัมพันธ์เป็นเหตุจรรยาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และมาตรา 277 เนื่องจากผู้กระทำซึ่งรู้อยู่แล้วว่าตนเป็นโรคร้ายแรงและสามารถติดต่อไปสู่ผู้อื่นได้ทางเพศสัมพันธ์ แต่ยังคงมีก่อก่อเหตุข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น แสดงให้เห็นว่าผู้กระทำมีเจตนาจะให้ผู้ถูกกระทำได้รับเชื้อ โรคเช่นตน หรือเพื่อสนองความใคร่ของตนโดยไม่คำนึงว่าผู้ถูกกระทำจะได้รับเชื้อ โรค ล้วนส่งผลเลวร้ายให้แก่ผู้ถูกกระทำเป็นอย่างมาก ผู้ถูกกระทำอาจจะต้องเป็นโรคติดต่อร้ายแรงซึ่งไม่สามารถรักษาได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากผู้ถูกกระทำที่ได้รับเชื้อเอดส์ ย่อมส่งผลให้ผู้เสียหายต้องมีชีวิตอยู่ด้วยความทุกข์ทรมาน และเป็นที่ยังเกียจของสังคม ทั้งในปัจจุบันยังไม่มียารักษาที่จะทำให้หายจากโรคนี้อีก คงมีเพียงยาด้านไวรัสที่สามารถยืดอายุของผู้ป่วยให้มีอายุเพิ่มขึ้น 10 ถึง 20 ปี ได้เท่านั้น อีกทั้งยาดังกล่าวยังมีราคาสูง ทั้งนี้ผู้กระทำต้องรู้ว่าตนเป็นโรคติดต่อร้ายแรงซึ่งสามารถติดต่อได้ทางเพศสัมพันธ์

2.6 กำหนดให้การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งได้กระทำโดยผู้ถูกกระทำได้มาพบผู้กระทำเพราะเหตุแห่งการโฆษณา ประกาศหรือกระทำด้วยประการใดให้แพร่หลายซึ่งข้อความแก่บุคคลทั่วไปทางเครือข่ายคอมพิวเตอร์ เป็นเหตุจรรยาที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และมาตรา 277 เนื่องจากสังคมไทยในปัจจุบันการใช้อินเทอร์เน็ตติดต่อสื่อสารกลายเป็นส่วนหนึ่งในชีวิตประจำวันของประชาชน และ

สามารถเข้าได้ถึงทุกเพศทุกวัย ทำให้การติดต่อสื่อสาร รับส่งข้อความต่าง ๆ ทำได้รวดเร็ว และง่ายขึ้น จึงเป็นช่องทางให้อาชญากรอาศัยประโยชน์จากเทคโนโลยีเหล่านี้ โดยการโฆษณา ประกาศข้อความหลอกล่อ หรือชักจูงชักจูงเหยื่อผ่านทางเครือข่ายสังคมออนไลน์มากยิ่งขึ้น และมีแนวโน้มจะมีสูงขึ้นเรื่อย ๆ ซึ่งประชาชนที่จะตกเป็นเหยื่อของอาชญากรเหล่านี้ส่วนใหญ่ก็จะเป็นเด็กและเยาวชน เพราะความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ ขาดสติยับยั้งทำให้ตัดสินใจตามคำชักจูงของอาชญากรได้ง่ายโดยไม่คำนึงถึงผลกระทบที่จะตามมาภายหลัง ซึ่งพฤติกรรมที่ล่อลวงเด็กหรือเยาวชนมาเพื่อจะกระทำความผิด ข่มขืนกระทำชำเรา นั้น เป็นพฤติกรรมที่มีลักษณะที่เป็นภัยต่อสังคม แต่ประเทศไทยยังไม่มีมาตรการคุ้มครองประชาชนที่ถูกล่อลวงจากอาชญากรดังกล่าว

ผู้เขียนจึงขอแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 เป็นดังนี้

“มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เจ็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้นั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้นั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำ

- (1) โดยมีหรือใช้อาวุธ หรือวัตถุระเบิด
- (2) โดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิงหรือกระทำกับชาย

ในลักษณะเดียวกัน

- (3) โดยทรมาน หรือโหดร้ายทารุณ

- (4) ต่อผู้บุพการี

(5) ต่อผู้พิการ ผู้ทพพลภาพ บุคคลวิกลจริต หญิงมีครรภ์ หรือผู้สูงอายุ ซึ่งเป็นที่ปรากฏหรือเป็นที่รับรู้ หรือควรจะรับรู้ต่อผู้กระทำความผิด

- (6) ในสถานที่บูชาสาธารณสถาน ไฟ ท่าอากาศยาน หรือในขบวนสาธารณะ

- (7) โดยรู้ว่าตนเป็นโรคติดต่อที่เป็นอันตรายต่อชีวิตซึ่งสามารถติดต่อได้ทางเพศสัมพันธ์

(8) โดยผู้ถูกกระทำได้มาพบผู้กระทำเพราะเหตุแห่งการโฆษณา ประกาศหรือกระทำด้วยประการใดให้แพร่หลายซึ่งข้อความแก่บุคคลทั่วไปทางเครือข่ายคอมพิวเตอร์

ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบเจ็ดปีถึงสามสิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสามแสนบาท หรือ จำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและ

คู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

และแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 เป็นดังนี้

“มาตรา 277 ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามได้กระทำโดย

- (1) ร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและเด็กนั้นไม่ยินยอม
- (2) โดยมีหรือใช้อาวุธ หรือวัตถุระเบิด
- (3) โดยทรมาณ หรือทารุณโหดร้าย
- (4) ในสถานที่บูชาสาธารณสถานรถไฟ ท่าอากาศยาน หรือในเขตยานสาธารณะ
- (5) โดยรู้ว่าตนเป็นโรคติดต่อที่เป็นอันตรายต่อชีวิตซึ่งสามารถติดต่อได้ทางเพศสัมพันธ์
- (6) โดยผู้ถูกกระทำได้มาพบผู้กระทำเพราะเหตุแห่งการโฆษณา ประกาศหรือกระทำด้วยประการใดให้แพร่หลายซึ่งข้อความแก่บุคคลทั่วไปทางเครือข่ายคอมพิวเตอร์

ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต”

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี กระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอมและภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป

แม้ปัจจุบันจะมีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในลักษณะการเยียวยาและแก้ไขฟื้นฟู

มากขึ้น แต่จากการศึกษาแนวคิดทฤษฎีการลงโทษ และเหตุผลการจำคุกตามกฎหมายต่างประเทศ แสดงให้เห็นว่าแนวทางการในการลงโทษผู้กระทำความผิดตามความร้ายแรงของการกระทำ ก็ยังคงเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่สามารถยับยั้งป้องกันอาชญากรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งการเพิ่มเติมบทลงโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เป็นมาตรการที่สำคัญยิ่งในการข่มขู่และยับยั้งการเกิดอาชญากรรมมิให้เกิดขึ้น การศึกษาถึงมาตรการเหมาะสมในการกำหนดเหตุผลการจำคุกในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงเป็นหนึ่งในแนวทางในการศึกษาเพื่อพัฒนาแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาให้มีความเหมาะสมต่อไปในอนาคต





บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

กฤษฎา บุญขสมิต. (2547). *บทบัญญัติต่างๆ ในกฎหมายตราสามดวง*. สารานุกรมสำหรับเยาวชน 99, เล่มที่ 30.

กรรกริมย์ โกมลารชุน. (2556). “ว่าด้วยการกระทำความผิดหลายบทหลายกระทงตามความเห็นของ ศาลฎีกา โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักเจตนาเดียว”. *วารสารกฎหมายนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ ฉบับที่ ปี ที่ 1*.

กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2556). “ตำนานรักร่วมเพศ”. *วารสารนิติศาสตร์*, ฉบับที่ 2 ปีที่ 13.

เกยูร วงศ์ก้อม. (2548). *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการศึกษาพิเศษ*. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารศึกษิต) มหาวิทยาลัยเชียงใหม่. กรุงเทพมหานคร. คณะอนุกรรมการการคัดเลือกและ จำแนกความ พิการเพื่อการศึกษา กระทรวงศึกษาธิการ.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2550). *กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: พลสยาม พริ้นติ้ง (ประเทศไทย).

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2546). *ถาม-ตอบ ประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิด: ความผิดเกี่ยวกับการ ปกครองและความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: จีรัชการพิมพ์.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10) กรุงเทพฯ: พลสยาม พริ้นติ้ง (ประเทศไทย).

คณิต ณ นคร. (2547). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

คณิต ณ นคร. (2549). *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

คณิต ณ นคร. (มกราคม 2523). “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา”, *วารสารอัยการ*, ฉบับที่ 1 ปีที่ 3.

จิตติ ดิงสภักดิ์. (2548). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1*, กรุงเทพฯ: จีรัชการพิมพ์.

จิตติ ดิงสภักดิ์. *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 ตอน 1*, กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา.

เฉลิมวุฒิ สาระกิจ. (2557). *มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้สูงอายุจากการทารุณกรรม*. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารศึกษิต) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

- ชนารัญญ์ กันประเสริฐ. (2556). เหตุผลกรรจ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของประเทศไทย: ศึกษากรณีผู้เสียหายที่เป็นสตรีมีครรภ์ ผู้สูงอายุ ผู้พิการทางร่างกายและผู้พิการทางจิตใจ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ณรงค์ ใจหาญ. (2543). กฎหมายอาญาว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย. กรุงเทพฯ: วิทยุชน.
- ณัฐวรรณ ดวงกางใต้. (2558). ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษาขอบเขตของการให้ความยินยอมโดยผู้เสียหาย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ดลนภัส ดิษฐสี. (2557). มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดเหตุผลกรรจ์ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ถิรตล วัฒนศักดิ์. (2556). เหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2556). ประมวลกฎหมายอาญาระบบอ้างอิง (พิมพ์ครั้งที่ 31) กรุงเทพฯ: วิทยุชน.
- ทวีพร คงแก้ว. (2553). เหตุผลกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) มหาวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ธานี วรภัทร์. (2553). หลักกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก. กรุงเทพฯ: วิทยุชน.
- ธีสุทธิ์ พันธุ์ฤทธิ์. (2555). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- ปกป้อง จันวิทย์. ความรู้เบื้องต้นว่าด้วยนิติเศรษฐศาสตร์ สัมมนาเรื่อง การวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้านเศรษฐศาสตร์. กรุงเทพฯ: สถาบันรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานยุติธรรม มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย.
- ปกป้อง ศรีสนิท. (2559). กฎหมายอาญาชั้นสูง, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิทยุชน.
- ปรีชา ช้างขวัญยืน. (2538). ประชญาแห่งอุดมการณ์ทางการเมือง. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- พรพจน์ เวียงสุรินทร์. (2554). สื่อสังคมออนไลน์กับการสร้างความผูกพันของกลุ่มผู้มีแนวโน้มเป็น Talent กรณีศึกษา: บริษัทบัตรกรุงไทย จำกัด (มหาชน) (วิทยานิพนธ์บริหารธุรกิจมหาบัณฑิต) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ภูริพัฒน์ น้อยวิเศษ. (2557). เหตุผลกรรจ์ในความคิดฐานผู้อื่น: ศึกษาขอบเขตที่เหมาะสมและการกำหนด
เหตุผลกรรจ์เพิ่มเติมตามมาตรา 289. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์) มหาวิทยาลัยธุรกิจ
บัณฑิต.

สมหมาย จันทรเรือง. (2525). ความสัมพันธ์ระหว่างอัตราโทษกับการกระทำความผิด. (วิทยานิพนธ์
ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์สาขาวิชานิติศาสตร์) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล. (2552). ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา
กับการกระทำอนาจาร. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (มิถุนายน 2531). บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษา
การร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. วารสาร
นิติศาสตร์.

เสริม วินิจฉัยกุล. (2482). กฎหมายอาญาภาคปลาย. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และ
การเมือง คำสอนชั้นปริญญาตรี.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2523). ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (The Thai Legal History). (พิมพ์ครั้งที่ 2).
กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

อนันต์ สิริตชนสมบัติ. (2557). มาตรการลงโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิดในคดีสิ่งแวดล้อม
การอบรมหลักสูตรผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น รุ่นที่ 13 สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่าย
ตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม.

อรประภา สาครวาสี. (2539). การกระทำผิดทางเพศ: ศึกษาเฉพาะกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทาง
เวจมรรคและทางปาก. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

อังกริยา ชุตินันท์. (2557). อาชญาวิทยาและทัณฑ์วิทยา (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2548). ทฤษฎีอาญา. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

อุทิศ แสนโกสิก. (2525). กฎหมายอาญา ภาค 1. กรุงเทพฯ: ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กองวิชาการ
กรมอัยการ.

เกรียงไกร เจริญชนาวัดน์. (แนวความคิดว่าด้วยรัฐ (ตอนที่ 1)) สืบค้นจาก [http://www.pub-law.net/
publaw/view.aspx?id=295#s9](http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=295#s9).

จันทนา รัตนพิชัย. การเปลี่ยนแปลงของร่างกายและจิตใจของผู้สูงอายุ สืบค้น จาก <http://www.doctor.or.th/article/detail/4930>.

ณัฐวิวัฒน์ สุทธิโยธิน. ทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญา มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช สืบค้น จาก www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/41716_2.pdf.

นัทธี จิตสว่าง. วัตถุประสงค์ในการลงโทษ สืบค้น จาก <https://www.gotoknow.org/posts/454719>

ภาษาต่างประเทศ

Controller of Her Majesty's Stationary Office and Queen's Printer of Acts of Parliament.

The Sexual Offence 2003. The Stationary Office Limited,2003.

Frederick Howard Wines (1983). Punishment and Reformation,(New York: Da capo Press,).

Hans Von Hentig (1937) . Punishment,(London: willam Hodge and Ccompany Limited,) chapter 2.

Jeffrie G.Murphy, (1979) Retribution,Justice and Therapy, (Dordrecht: D,Reidel Publishing Company).

Joel Feinberg. (1973). Social Philosophy. Englewood Cliffs: Hall,INC.

La Fave and Scott. (1989). Criminal Law (St. Paul Minn: West Publishing.).

The Sentencing Guidelines Council. The Sexual Offence 2003 Definitive Guideline. Published by the Sentencing Guidelines Secretariat, April 2007.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล

ประวัติการศึกษา

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

นางสาวนภสร เพชรพลอย

ปีการศึกษา 2553 ปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

นักสืบสวนสอบสวนปฏิบัติการ

สำนักงานป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ

