



ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษากฎการลักลอบถอดถุงยางอนามัย
ระหว่างร่วมประเวณี

ภัทราภา สุธีรชาติ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
ปีการศึกษา 2566

THE OFFENSE OF RAPE: A CASE STUDY OF NON-CONSENSUAL CONDOM REMOVAL DURING SEXUAL INTERCOURSE OR "STEALTHING"

PATHARAPA SUTHEERACHART

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree Master of Laws
Department of Law, Pridi Bhanomyong Faculty of Law
Dhurakij Pundit University
Academic Year 2024



ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริติ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยบูรพาจันทรคติ


ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา : ศึกษากรณีการลักลอบดองยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณี
เสนอโดย ภัทธนา สุธีราลี
สาขาวิชา นิติศาสตร์
หมวดวิชา กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว


..... ประธานกรรมการ
(อาจารย์ ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์)


..... กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล)


..... กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม
(รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์)

คณะนิติศาสตร์ปริติ พนมยงค์ รับรองแล้ว


..... รักษาการคณบดี คณะนิติศาสตร์ปริติ พนมยงค์
(รองศาสตราจารย์พินิจ พิพัฒน์มณี)
วันที่ 11 เดือน พฤศจิกายน พ.ศ. 2566

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษาศาสนาการลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณี
ชื่อผู้เขียน	ภัทรภา สุธิระชาติ
อาจารย์ที่ปรึกษา	ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล
หลักสูตร	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2566

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาแนวคิดและการตีความเกี่ยวกับขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยศึกษาศาสนาการลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณี ศึกษาความผิดและบทลงโทษตามกฎหมายฐานข่มขืนกระทำชำเรา และวิเคราะห์การกำหนดความผิดอาญากรณีการลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีในต่างประเทศ เพื่อเสนอแนะแนวทางปรับปรุง แก้ไข หรือเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา กรณีลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณี

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติที่กำหนดให้การลักลอบถอดถุงยางอนามัยเป็นความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศตามแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศอังกฤษ และหลักกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 276/1 วรรคหนึ่ง และแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติที่กำหนดให้การลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีอันเป็นเหตุให้ผู้เสียหายติดโรคทางเพศสัมพันธ์หรือตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ เป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 276/1 วรรคสอง ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายจากความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศตามมาตรา 276/1 วรรคหนึ่ง

โดยในส่วนของข้อเสนอแนะนั้นผู้เขียนได้นำหลักการของกฎหมายต่างประเทศ อันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศสิงคโปร์ ที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการลักลอบถอดถุงยางอนามัยขณะร่วมประเวณีในลักษณะคล้ายคลึงและแตกต่างกันนั้นมาเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายไทย เพื่อให้กฎหมายอาญาของไทยบรรลุวัตถุประสงค์ในการป้องปรามพฤติกรรมการลักลอบถอดถุงยางอนามัยขณะร่วมประเวณี ซึ่งส่งผลกระทบต่อสิทธิในอนามัยและร่างกายของบุคคล

คำสำคัญ: การลักลอบถอดถุงยางอนามัย, การถอดถุงยางอนามัยโดยไม่ได้รับความยินยอม, การลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

อนุทิน วัฒนานนท์

อาจารย์ที่ปรึกษา

Thesis Title	THE OFFENSE OF RAPE: A CASE STUDY OF NON-CONSENSUAL CONDOM REMOVAL DURING SEXUAL INTERCOURSE OR "STEALTHING"
Author	Patharapa Sutheerachart
Thesis Advisor	Profersor Dr. Phaisith Phipatanakul, PhD.
Program	Master of Laws
Academic Year	2024

ABSTRACT

The purpose of this thesis is to study the concept and interpretation of the scope of offense of rape by studying cases of stealthing, the offenses, and the penalties under the law for rape, and analyzing other countries' criminalization of stealthing. It was carried out to provide suggestions for amending provisions in the Thai Criminal Code relating to consent and withdrawal of consent in rape offenses in cases of stealthing.

This thesis suggests an amendment to the provisions of the Criminal Code. By adding a provision that stipulates that illegal removal of a condom is an offense of sexual assault along Court judgments in England and the legal principles of the Federal Republic of Germany as provided in section 276/1 paragraph one. And suggests an amendment to the provisions of the Criminal Code by adding a provision requiring the illegal removal of a condom during intercourse that causes the victim to contract a sexually transmitted disease or unwanted pregnancy as a result, the offender must be punished more severely as provided in section 276/1 paragraph two, in order to protect the victim from the offense of sexual assault under section 276/1 paragraph one.

In this study, the author investigated the principles of other countries' laws, including the United States, the Federal Republic of Germany, England, and Singapore, regarding the provisions on stealthing in similar and different manners as a guideline for improving Thai law, in order to deter the practice of stealthing which affects individual's health and body rights.

Keywords: Stealthing, Non-consensual condom removal, Non-consensual condom removal during sexual intercourse as rape

Arutay Nalany

Advisor

กิตติกรรมประกาศ

ในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ นับตั้งแต่ได้เริ่มศึกษาค้นคว้าข้อมูลจนกระทั่งสำเร็จ ผู้เขียนต้องกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล และ รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ ที่ได้ให้ความกรุณาเป็นอย่างสูงรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาให้กับผู้เขียน โดยได้กรุณาให้คำปรึกษา ให้ข้อคิด ให้คำแนะนำและแนวทางแก้ไข อันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อผู้เขียน ทำให้ผู้เขียนสามารถค้นพบแนวทางในการศึกษาเพื่อการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนกระทั่งการจัดทำวิทยานิพนธ์สำเร็จลุล่วงด้วยดี

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ อาจารย์ ดร. สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์วัฒน์ ที่ได้สละเวลาอันมีค่า รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน ทั้งยังได้ให้คำแนะนำและชี้แนะแนวทางในการปรับปรุงข้อบกพร่อง เพื่อให้ผู้เขียนนำไปใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดาของผู้เขียน นายจรัสศักดิ์ สุธีรชาติ ที่ให้การเลี้ยงดู ส่งเสีย และสนับสนุนผู้เขียนมาเป็นอย่างดีโดยตลอด และมารดาของผู้เขียน นางชมพรรณ พงษ์เจริญ สุธีรชาติ ผู้ให้โอกาสทางการศึกษา และเป็นต้นแบบความสำเร็จในสายงานด้านกฎหมายแก่ผู้เขียน

สุดท้ายนี้ผู้เขียนขอขอบคุณ นางสาวจินดาพร กล้าโกมล และนางสาวธิดารัตน์ กล้าโกมล ที่คอยเป็นกำลังใจที่ดีให้แก่ผู้เขียนเสมอมา

ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะสามารถนำไปใช้ให้เกิดประโยชน์ต่อการพัฒนากฎหมายอาญาของไทยได้ไม่มากนักน้อย ผู้เขียนขอขอบคุณงามความดีของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้แก่บิดามารดา ครูบาอาจารย์ ตลอดจนผู้แต่งหนังสือ บทความ และวิทยานิพนธ์ทุกท่านที่ผู้เขียนได้ใช้อ้างอิงในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หากมีข้อผิดพลาดในส่วนใดผู้เขียนขอน้อมรับไว้เพียงผู้เดียว

ภัทราภา สุธีรชาติ

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ฉ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
สารบัญ.....	ณ
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	6
1.3 สมมติฐานการศึกษา.....	7
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	7
1.5 ระเบียบวิธีการศึกษา.....	8
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	8
2. แนวคิดและการตีความเกี่ยวกับขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ศึกษากรณี... การลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณี	9
2.1 แนวคิดและหลักของกฎหมายอาญา.....	9
2.2 หลักการกำหนดโทษทางอาญา.....	17
2.3 หลักความยินยอมในกฎหมายอาญา.....	21
2.4 ขอบเขตของการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความผิดฐาน..... ข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น	30
2.5 สภาพสังคมกับการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในอดีตและปัจจุบัน.....	34
2.6 การคุ้มครองผู้เสียหายตามหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และหลักสิทธิมนุษยชน..... ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	38
2.7 แนวคิดในการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นเหยื่ออาชญากรรมในความผิดฐานข่มขืน..... กระทำชำเรา	44
2.8 การคุ้มครองผู้เสียหายจากการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.....	55
2.9 ปัญหาและสิทธิทางกฎหมายของผู้เสียหายเกี่ยวกับการลักลอบถอดถุงยางอนามัย..... ระหว่างร่วมประเวณี	65

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
3. ความผิดและบทลงโทษตามกฎหมายฐานข่มขืนกระทำชำเรา ศีกษากรณีการลักลอบ.....	67
ถอดดูยงอนามัยระหว่างร่วมประเวณีในต่างประเทศ	
3.1 ขอบเขตความรับผิดชอบฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในประเทศสหรัฐอเมริกา.....	67
3.2 ขอบเขตความรับผิดชอบฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	74
3.3 ขอบเขตความรับผิดชอบฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในประเทศอังกฤษ.....	85
3.4 ขอบเขตความรับผิดชอบฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในประเทศสิงคโปร์.....	101
4. วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตและเงื่อนไขการให้ความยินยอมและการบอกถอน.....	108
ความยินยอม กรณีการลักลอบถอดดูยงอนามัยระหว่างร่วมประเวณี ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ	
4.1 วิเคราะห์ปัญหาขอบเขตและเงื่อนไขการให้ความยินยอมและการบอกถอน.....	108
ความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา	
4.2 วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมายและคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ.....	111
เพื่อเป็นแนวทางการวินิจฉัยและเพิ่มบทลงโทษสำหรับการกระทำผิดฐานข่มขืน กระทำชำเรา	
4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตความยินยอมที่มีเงื่อนไขและกรณีการลักลอบถอด.....	115
ดูยงอนามัยระหว่างร่วมประเวณีให้เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ	
4.4 วิเคราะห์เหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดให้การลักลอบถอดดูยงอนามัย.....	118
ระหว่างร่วมประเวณีเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา	
4.5 วิเคราะห์เหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดให้เพิ่มเติมโทษกรณีการลักลอบถอด..	121
ดูยงอนามัยระหว่างร่วมประเวณี	
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	124
5.1 บทสรุป.....	124
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	127
บรรณานุกรม.....	129
ประวัติผู้เขียน.....	136

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดอาญาที่เกิดขึ้นในประเทศไทยตั้งแต่สมัยโบราณจนถึงปัจจุบัน โดยปัญหาความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นนับวันยิ่งทวีความรุนแรงและมีความซับซ้อนเพิ่มมากขึ้นจากการศึกษาเบื้องต้นพบว่าในต่างประเทศก็ประสบปัญหาดังกล่าวเช่นกัน โดยแต่ละประเทศก็ได้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้แก้ปัญหาในประเทศของตนเองแตกต่างกันไป ประกอบกับในปัจจุบันมีเทคโนโลยีที่ทันสมัยมีนวัตกรรมใหม่ ๆ ซึ่งพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว กฎหมายจึงต้องมีการแก้ไขให้ทันยุคสมัยอยู่เสมอเนื่องจากความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นความผิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ ชีวิต ร่างกาย ซึ่งส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของผู้ถูกรกระทำและครอบครัวของผู้ถูกรกระทำเป็นอย่างมาก

ความผิดทางอาญาในส่วนที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย ซึ่งได้แก่ บทบัญญัติมาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 286 นั้น ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติ โดยหลักการและเหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าว คือ มาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 286 เป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลที่มีความแตกต่างทางเพศ โดยต้องได้รับการแก้ไขเพื่อให้มีความสอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่มีความแตกต่างทางเพศโดยไม่เป็นธรรมที่เคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข¹

ภายหลังจากที่ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 19 บทบัญญัติที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวก็ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างหนักเกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมเนื่องจากมีความลำห้หลังและไม่สามารถคุ้มครองเหยื่อจากการกระทำผิดทางเพศอย่างทั่วถึงได้ อีกทั้งยังสะท้อนให้เห็นถึงความแตกต่างและไม่เท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง จึงได้มีการแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 276 ของประมวลกฎหมายอาญาอีกครั้งในปี พ.ศ. 2562² โดยได้บัญญัติว่า

¹ คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 11, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2559) 519.

² มาตรา 276 แก้ไขโดยมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27)

"ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนโดยขู่เชิญประการใด ๆ โดยใช้กำลัง ประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้อง ระวังโทษจำคุกสี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันถึงสี่หมื่นบาท..."

อย่างไรก็ดีปัจจุบันนี้สังคมหันมาให้ความสำคัญเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันระหว่างเพศชาย และ หญิงเป็นอย่างยิ่ง เพื่อให้บุคคลทุกคนได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมในการกระทำความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราที่หมายถึงการไม่ยินยอมร่วมประเวณีนั้น เพื่อเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อย และเพื่อเป็น การถูกต้องตามหลักศีลธรรมอันดีของสังคม จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งยวดที่จะต้องนำ "หลักความยินยอม" (Consent)³ มาพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริง โดยหากมีการกระทำที่ได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย เองแล้วนั้น การกระทำของผู้กระทำย่อมไม่เป็นความผิดตามประโยคในภาษาละตินที่ว่า "Volenti Non Fit Injuria"⁴ (That of Which a Man Consents Cannot Be Considered Injury) ความยินยอมไม่ก่อให้เกิด ความเสียหายหรือไม่ทำให้เป็นละเมิด

จะเห็นได้ว่าในบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้นได้มีการแก้ไขในส่วนที่เกี่ยวข้อง กับ สรรพนามซึ่งระบุถึงเพศสภาพนั้นให้มีความกว้างมากขึ้นโดยการเปลี่ยนไปใช้คำว่า "บุคคล" ที่ทำให้ สามารถเข้าใจได้ว่าไม่ว่าผู้นั้นจะเป็นชายหรือหญิงก็ย่อมสามารถเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำ ชำเราผู้อื่นได้ทั้งสิ้น ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิให้ครอบคลุมถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยให้ความสำคัญต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะประเด็นเรื่องสิทธิและเสรีภาพในเนื้อตัว

³ When a person voluntarily and willfully agrees to undertake an action that another person suggests. The consenting person must possess sufficient mental capacity.

⁴ Volenti non fit injuria is Latin for "to a willing person, it is not a wrong." This legal maxim holds that a person who knowingly and voluntarily risks danger cannot recover for any resulting injury. This principle was the common-law basis for the assumption of the risk doctrine.

และร่างกาย ตามที่ได้มีการบัญญัติรับรองเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในมาตรา 27⁵ และมาตรา 28⁶ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่ได้วางหลักการอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งเป็นการยืนยันหลักการที่ว่าเมื่อมนุษย์ทุกคนได้ถือกำเนิดขึ้นมานั้นล้วนมีสิทธิเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกายของตนและรัฐมีหน้าที่ต้องตระหนักถึงสิทธิและเสรีภาพนั้นตามหลักสิทธิมนุษยชนอันเป็นสากล โดยรัฐจะต้องบัญญัติกฎหมายที่ทำให้ประชาชนได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและเสมอภาคกัน

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทยนั้นเป็นประเด็นที่มักนำมาถกเถียงกันมากที่สุดเรื่องหนึ่งในการตีความของกฎหมาย เนื่องจากผู้ใช้กฎหมายยังมีความเข้าใจในเรื่องของความยินยอมโดยอาศัยบทกฎหมายได้ไม่ลึกซึ้งมากนัก ทั้งยังพบอีกว่าปัญหาการตีความกฎหมายเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ในปัจจุบันได้มีความแตกต่างกันออกไปด้วยเหตุแห่งข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในปัจจุบันสังคมซึ่งมีความหลากหลายทางเพศ ไม่ว่าจะเป็รสนิยมทางเพศหรือลักษณะความพึงพอใจในรูปแบบของการร่วมประเวณีที่แตกต่างกัน และไม่อาจปฏิเสธได้ว่ามนุษย์สามารถมีเจตจำนงเสรี (Free Will)⁷ ที่จะกำหนดบุคคลหรือวิธีการร่วมประเวณี ซึ่งหมายถึงความอิสระในการหาความสุขต่อการร่วมประเวณีกับคู่ของตนนั่นเอง จึงอาจเข้าใจได้ว่าเงื่อนไขของการร่วมประเวณีของแต่ละคู่ย่อมมีความแตกต่างกัน รวมไปถึงกรณี

⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 27 “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคลฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุคนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม”

⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 28 “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

การค้นตัวบุคคลหรือการกระทำใดอันกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพในชีวิตหรือร่างกายจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ

การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้”

⁷ Free Will แปลเป็นไทยได้ว่า เจตจำนงเสรี อันหมายถึง สภาวะจิตหรือวิญญาณของมนุษย์ที่มีเสรีภาพในการตัดสินใจที่จะกระทำสิ่งใดสิ่งหนึ่ง (ผู้เขียน).

ที่มีข้อตกลงในการร่วมประเวณีที่มีเงื่อนไขให้บุคคลซึ่งมีเพศสภาพเป็นชายจะต้องสวมถุงยางอนามัยตลอดระยะเวลาการร่วมประเวณีอีกด้วย ดังนั้นจึงทำให้เกิดปัญหาการตีความที่เหมาะสมของสภาพการให้ความยินยอมว่าความยินยอมเหล่านั้นจะต้องแสดงออกมาชัดเจนเพียงไรแค่ไหนจึงจะไม่ทำให้ผู้กระทำชำเราเหล่านั้นไม่ต้องมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดที่มีการกำหนดระวางโทษจำคุกสูง จึงอาจกล่าวได้ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดที่รุนแรง สร้างผลกระทบต่อสังคมโดยเฉพาะต่อตัวผู้เสียหายเป็นอย่างมากไม่ว่าจะเป็นความเสียหายทางด้านอนามัยหรือจิตใจ กฎหมายจึงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดบทลงโทษที่ชัดเจนและเหมาะสมเพื่อเป็นการทดแทนความผิดที่ผู้กระทำได้กระทำต่อผู้เสียหาย โดยมีนัยเพื่อเป็นการป้องกันและปราบปรามมิให้บุคคลใดในสังคมไปกระทำความผิดเช่นนี้ขึ้นอีก

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามความเข้าใจทั่วไปนั้นมักจะหมายถึงการที่บุคคลซึ่งเป็นเพศชายกระทำการใช้ของลับของชายสอดใส่เข้าไปในช่องลับของหญิง ซึ่งแบ่งพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

1. เมื่อมีการกระทำโดยการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะของเพศหญิงโดยความยินยอมในขณะเริ่มต้นมีความสัมพันธ์แล้วนั้น (Initial Penetration) ปัญหาคือความยินยอมเหล่านั้นจะต้องมีตลอดเวลาและดำเนินไปจนจบกิจหรือไม่ ถ้าหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ต้องการบอกถอนความยินยอมแล้วนั้นผู้กระทำหรือผู้ถูกกระทำอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องยุติการกระทำชำเราเช่นนั้นทันทีหรือไม่

2. ปัญหาความยินยอมที่มีการขาดช่วงนั้น หรือได้มีความต้องการขอยุติความยินยอมดังกล่าวแล้ว ผู้กระทำอีกฝ่ายหนึ่งจำเป็นที่จะต้องหยุดการกระทำดังกล่าวทันทีด้วยหรือไม่ หรือถ้าหากเมื่อได้ให้ความยินยอมแล้วในภายหลังจะสามารถขอยุติความยินยอมนั้นได้หรือไม่

ดังจะเห็นได้จากปัญหาของการร่วมประเวณีที่มีเงื่อนไขบังคับเอาไว้ก่อนว่าจะการร่วมประเวณีนั้นจะมีได้ก็ต่อเมื่อมีการใส่ถุงยางอนามัย ซึ่งจะเห็นได้ว่าการให้ความยินยอมดังกล่าวได้แฝงความไม่ยินยอมในขณะเดียวกันอีกด้วย โดยหากมีการลักลอบถอดถุงยางอนามัย (Stealthing)⁸ ในระหว่างการร่วมประเวณีจึงควรเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่

นอกจากการแสดงความยินยอมแล้วนั้น การบอกถอนความยินยอมจะต้องได้รับความสนใจมากขึ้นโดยเฉพาะในเรื่องของการบอกถอนความยินยอมร่วมประเวณี เมื่อมีการบอกถอนความยินยอมแล้วนั้นแล้วการร่วมประเวณีจะต้องยุติลงทันที มิฉะนั้นจะต้องถือว่ามีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพราะถือว่าเป็นการขัดขืนใจอีกฝ่ายที่ไม่ต้องการร่วมประเวณีอีกต่อไป ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการบอกถอนความยินยอมในการร่วมประเวณีนั้นควรรวมไปถึงการฝ่าฝืนเงื่อนไขการร่วมประเวณีคือการลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีที่ควรจะต้องมีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยให้ถือว่าการลักลอบถอดถุงยางอนามัยนั้นเป็นการปฏิเสธเงื่อนไขของความยินยอมนั้น

⁸ Non-consensual condom removal

อย่างไรก็ตามการตั้งคำถามเหล่านี้จึงจำเป็นที่จะต้องมีการวิเคราะห์เปรียบเทียบต่อไปว่าหากนำกฎหมายประเทศอื่น ๆ มาศึกษาว่าหากเหตุการณ์ลักษณะดังกล่าวได้เกิดขึ้นในประเทศไทย จะถือได้ว่าการกระทำเหล่านั้นเป็นความผิดอาชญาฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่ เพียงไร โดยผู้เขียนจึงขอนำกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศสิงคโปร์ มาเป็นกรณีศึกษาเพื่อชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นในการมีการบัญญัติกฎหมายในเรื่องเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้กระทำการลักลอบถอดถุงยางอนามัยในระหว่างร่วมประเวณีที่การร่วมประเวณีที่มีเงื่อนไขให้ใส่ถุงยางอนามัยตลอดระยะเวลาที่ร่วมประเวณี และผลของการลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีจึงจำเป็นต้องให้เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นเพิ่มเติมจากมาตรา 276 ของประมวลกฎหมายอาญาไทย เพื่อให้สามารถรองรับเหตุการณ์ในลักษณะเดียวกันที่เกิดขึ้นในต่างประเทศให้มีบทลงโทษแก่ผู้กระทำลักลอบถอดถุงยางอนามัยในระหว่างร่วมประเวณี และคุ้มครองความเสียหายทั้งหลายที่อาจเกิดขึ้นแก่ผู้เสียหายในประเทศไทยให้ได้รับการเยียวยาทั้งในด้านจิตใจและอนามัย โดยสามารถสรุปประเด็นปัญหาปัญหาในการศึกษาได้ 2 ประเด็น ดังต่อไปนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับการไม่มีบทบัญญัติกำหนดให้การลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ประเด็นปัญหามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการที่ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติกำหนดความรับผิดชอบของผู้ลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างการร่วมประเวณีให้มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีที่มาจากแนวคิดที่ว่าบุคคลมีเสรีภาพทางเพศที่จะให้ความยินยอมหรือปฏิเสธการกระทำทางเพศหรือกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศได้ตามความต้องการ ซึ่งการกระทำทางเพศที่เกี่ยวข้องกับบุคคลอื่นจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ที่เกี่ยวข้องเสมอ กฎหมายอาญาให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคลโดยกำหนดความผิดอาญาสำหรับการกระทำที่กระทบต่อเสรีภาพทางเพศของบุคคลอื่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศประเภทหนึ่งที่กำหนดให้กระทำชำเราที่ปราศจากความยินยอมและความสมัครใจของบุคคลอื่นเป็นความผิดอาญา ความยินยอมของผู้เสียหายจึงเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานดังกล่าว สำหรับการกระทำชำเราที่ได้รับความยินยอมของผู้ที่เกี่ยวข้องนั้นไม่เป็นการกระทำความผิด แต่ผู้ให้ความยินยอมจะมีความสามารถในการให้ความยินยอมและมีความเป็นอิสระในการตัดสินใจขณะให้ความยินยอม และมีอิสระที่จะบอกถอนความยินยอมเสียเมื่อใดก็ได้⁹ การที่ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติกำหนดความรับผิดชอบของผู้ที่ลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างการร่วมประเวณีให้มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงเป็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิในการที่จะบอกถอนความยินยอมในการกระทำทางเพศของบุคคล ซึ่งส่งผลกระทบต่อเสรีภาพทางเพศอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ

⁹ People v. John Z (6 January 2003) S103427. <<https://www.casebriefs.com/blog/law/criminal-law/criminal-law-keyed-to-dressler/rape/people-v-john-z/>> สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2566.

2. ปัญหาเกี่ยวกับการไม่มีบทบัญญัติเพิ่มโทษกรณีความผิดฐานการข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากการลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีนั้นส่งผลกระทบต่อสุขอนามัย อนามัยเจริญพันธุ์ของผู้ถูกระทำ หรือทำให้ผู้ถูกระทำติดโรคทางเพศสัมพันธ์หรือตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์

ประเด็นปัญหามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการที่ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติเพิ่มโทษกรณีความผิดฐานการข่มขืนกระทำชำเราเนื่องจากการลักลอบถอดถุงยางอนามัยนั้นส่งผลกระทบต่อสุขอนามัย อนามัยเจริญพันธุ์ของผู้ถูกระทำ หรือทำให้ผู้ถูกระทำติดโรคทางเพศสัมพันธ์หรือตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์นั้นมีที่มาจากหลักแนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิในอนามัยและร่างกายของบุคคล โดยจากการศึกษาปัจจัยทางสรีระ ทางสังคม และความไม่เท่าเทียมทางเพศในสังคมไทยปัจจุบันในเบื้องต้นพบว่าสังคมไทยยังมีค่านิยมเกี่ยวกับความเป็นใหญ่ของเพศชาย โดยเฉพาะยังคงแฝงอยู่ในเรื่องของเพศสัมพันธ์ในครอบครัว เช่น การมีเพศสัมพันธ์มักเกิดจากความต้องการของฝ่ายชายเป็นหลัก ฝ่ายหญิงต้องตอบสนองความต้องการทางเพศของฝ่ายชายแม้ไม่เต็มใจ และเพศหญิงมีมุมมองเรื่องการมีเพศสัมพันธ์ว่าเป็นหน้าที่ของภรรยาต่อสามี ส่งผลทำให้เพศหญิงมีโอกาสเสี่ยงต่อการติดโรคทางเพศสัมพันธ์จากเพศชายที่เป็นสามีของตน นอกจากนี้จากสถิติทางการแพทย์และการสาธารณสุขของไทย ยังพบว่าผู้ติดเชื้อเพศชายเป็นผู้นำในการมีกิจกรรมทางเพศ¹⁰ เป็นผู้ควบคุมและตัดสินใจว่าเพศสัมพันธ์จะมีความปลอดภัยหรือไม่ปลอดภัย ด้วยการเลือกว่าจะป้องกันโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์รวมถึงความเสี่ยงในการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์หรือไม่ กล่าวคือ เพศชายมักเป็นฝ่ายเลือกว่าจะสวมถุงยางอนามัยหรือกระทั่งถอดถุงยางอนามัยกลางคันในขณะที่มีกิจกรรมทางเพศหรือไม่ ทำให้เพศหญิงอยู่ในสถานะที่ไม่อาจป้องกันตนเองจากโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์และการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ได้ การที่ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติเพิ่มโทษกรณีความผิดฐานการข่มขืนกระทำชำเราเนื่องจากบอกลอนความยินยอมโดยการถอดถุงยางอนามัยนั้นจึงส่งผลกระทบต่อสุขอนามัย อนามัยเจริญพันธุ์ของผู้ถูกระทำทางเพศ และเป็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิในอนามัยและร่างกายของบุคคลที่สมควรจะต้องมีการปรับปรุงแก้ไขต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดและการตีความเกี่ยวกับขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ศึกษากรณีการลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณี

1.2.2 เพื่อศึกษาความผิดและบทลงโทษตามกฎหมายฐานข่มขืนกระทำชำเรา ศึกษากรณีการลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีในต่างประเทศ

¹⁰ จารุวรรณ ก้าวหน้าไกล และดร.ณัฐ รุจกรกานต์, ‘พฤติกรรมกรณีเพศสัมพันธ์ที่ไม่ปลอดภัยกับประสบการณ์ปฏิเสธการมีเพศสัมพันธ์ที่ไม่ปลอดภัยในคู่สมรสที่ติดเชื้อเอชไอวี/เอดส์’ (ตุลาคม - ธันวาคม 2561) 4 วารสารการพยาบาลและการดูแลสุขภาพ <<https://he01.tci-thaijo.org/index.php/jnat-ned/article/view/165286/119686>> สืบค้นเมื่อ 18 มีนาคม 2566.

1.2.3 เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตและเงื่อนไขการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมกับความรับผิดชอบข้ามขึ้นกระทำซ้ำเราผู้อื่นตามกฎหมายไทยกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศสิงคโปร์

1.2.4 เพื่อเสนอแนะแนวทางปรับปรุง แก้ไข หรือเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา เกี่ยวกับความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความผิดฐานข้ามขึ้นกระทำซ้ำเรา กรณีลักลอบถอด ถูยงอนามัยระหว่างร่วมประเวณี

1.3 สมมติฐานการศึกษา

ปัญหาเกี่ยวกับการไม่มีบทบัญญัติกำหนดให้การลักลอบถอด ถูยงอนามัยระหว่างร่วมประเวณี เป็นความผิดฐานข้ามขึ้นกระทำซ้ำเรา และปัญหาเกี่ยวกับการไม่มีบทบัญญัติเพิ่มโทษกรณีความผิดฐานการข้ามขึ้นกระทำซ้ำเราเนื่องจากการลักลอบถอด ถูยงอนามัยระหว่างร่วมประเวณินั้นส่งผลกระทบต่อสุขอนามัย ออนามัยเจริญพันธุ์ของผู้ถูกระทำ หรือทำให้ผู้ถูกระทำติดโรคทางเพศสัมพันธ์หรือตั้งครรรภ์ไม่พึงประสงค์นั้น เป็นปัญหาเกี่ยวกับการไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม เนื่องจากในปัจจุบันประเทศไทยประสบปัญหาทางสังคมและเศรษฐกิจอันเนื่องมาจากการเพิ่มขึ้นของจำนวนประชากรที่ติดโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์หรือเกิดการตั้งครรรภ์ไม่พึงประสงค์ ทำให้เงื่อนไขการให้ความยินยอมในการร่วมประเวณินั้นมีการยึดโยงกับการสวมถุงยางอนามัยระหว่างการร่วมประเวณินั้น โดยจะเห็นได้จากการที่หลายประเทศเริ่มนำประเด็นการสวมถุงยางอนามัยมาเป็นเงื่อนไขความยินยอมในการร่วมประเวณีเพื่อกำหนดความรับผิดชอบข้ามขึ้นกระทำซ้ำเรา แต่ประมวลกฎหมายอาญาของไทยยังไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดเงื่อนไขความรับผิดชอบของบุคคลในกรณีเช่นนี้ เนื่องจากแนวคิดที่ว่าเมื่อมีการตกลงยินยอมร่วมประเวณีแล้วนั้นก็ย่อมมิใช่การข้ามขึ้นกระทำซ้ำเรา ทว่าการให้ความยินยอมในร่างกายของบุคคลนั้นเป็นสิทธิเด็ดขาดของผู้ที่เป็นเจ้าของร่างกายโดยสิ้นเชิงที่ควรได้รับปกป้องคุ้มครองในฐานะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ จึงควรที่จะต้องมีการปรับปรุง แก้ไขหรือเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความผิดฐานข้ามขึ้นกระทำซ้ำเรา กรณีลักลอบถอด ถูยงอนามัยระหว่างร่วมประเวณี ต่อไป

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาแนวคิดและการตีความเกี่ยวกับขอบเขตของความผิดฐานข้ามขึ้นกระทำซ้ำเรา ศึกษากรณีการลักลอบถอด ถูยงอนามัยระหว่างร่วมประเวณี ความผิดและบทลงโทษตามกฎหมายฐานข้ามขึ้นกระทำซ้ำเรา ศึกษากรณีการลักลอบถอด ถูยงอนามัยระหว่างร่วมประเวณีในต่างประเทศ รวมถึงขอบเขตและเงื่อนไขการให้ความยินยอมกับการบอกถอนความยินยอมกับความรับผิดชอบข้ามขึ้นกระทำซ้ำเราผู้อื่นตามกฎหมายไทยและกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศสิงคโปร์ เพื่อเสนอแนะแนวทางปรับปรุง แก้ไข หรือเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา

เกี่ยวกับการเพิ่มเติมนิยามความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา กรณีลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณี

1.5 ระเบียบวิธีการศึกษา

วิทยานิพนธ์นี้เป็นวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ซึ่งใช้วิธีศึกษาวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ด้วยวิธีการศึกษาค้นคว้า และรวบรวมเอกสาร ทั้งเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ หนังสือ วิทยานิพนธ์ วารสาร บทบัญญัติของกฎหมาย บทความ คำพิพากษาของศาลฎีกา และคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศ รวมทั้งเอกสาร บทความวิชาการออนไลน์ และสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงแนวคิดและการตีความเกี่ยวกับขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ศึกษากรณีการลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณี

1.6.2 ทำให้ทราบถึงความผิดและบทลงโทษตามกฎหมายฐานข่มขืนกระทำชำเรา ศึกษากรณีการลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีในต่างประเทศ

1.6.3 ทำให้ทราบถึงขอบเขตและเงื่อนไขการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอม ซึ่งมีผลต่อความรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศสิงคโปร์

1.6.4 ทำให้สามารถเสนอแนะแนวทางปรับปรุง แก้ไข หรือเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา กรณีลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณี

บทที่ 2

แนวคิดและการตีความเกี่ยวกับขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ศึกษากรณีการลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณี

ในบทนี้ผู้ศึกษาจะได้ศึกษาแนวคิดและหลักของกฎหมายอาญา หลักการกำหนดโทษทางอาญา หลักความยินยอมในกฎหมายอาญา ขอบเขตของการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอม ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น การคุ้มครองผู้เสียหายตามหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญของราชอาณาจักรไทย แนวคิดในการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นเหยื่อในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา การคุ้มครองผู้เสียหายจากการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และปัญหาและสิทธิทางกฎหมายของผู้เสียหายเกี่ยวกับการลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณี ดังรายละเอียดต่อไปนี้

2.1 แนวคิดและหลักของกฎหมายอาญา

ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ได้วางหลักการเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเอาไว้ว่า บุคคลทุกคนไม่ว่าเพศชายหรือหญิงซึ่งได้ถือกำเนิดขึ้นมาในราชอาณาจักรไทยย่อมมีสิทธิเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกายของตน และหลักสิทธิมนุษยชนที่จะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและเสมอภาคกัน ดังนั้นการกระทำใดที่เป็นการอันล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกายของบุคคลอื่นจึงย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำความผิดและสมควรได้รับการลงโทษ เพื่อเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อย และเพื่อเป็นการรักษาไว้ซึ่งความถูกต้องตามหลักศีลธรรมอันดีของสังคม

เนื่องจากกฎหมายอาญามีบทบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองสังคมและความสงบสุขเรียบร้อยของประชาชน จึงมีการบัญญัติให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในประมวลกฎหมายอาญา โดยมีการกำหนดโทษทางอาญาแก่บุคคลซึ่งกระทำความผิด และมีการบัญญัติเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวแก่บุคคลตามที่กฎหมายกำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพผู้ใช้กฎหมายจำเป็นต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายประกอบด้วย ซึ่งในส่วนของกฎหมายอาญานั้น ได้มีนักวิชาการที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายได้อธิบายความหมายของกฎหมายอาญาไว้ ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร อธิบายว่า กฎหมายอาญา คือ บรรดากฎหมายทั้งหลายที่ระบุถึง ความผิดอาญา โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัยและมาตรการบังคับทางอาญาและเป็นกฎหมายที่กำหนดให้ ความผิดอาญาเป็นเงื่อนไขของการใช้โทษวิธีการเพื่อความปลอดภัยและมาตรการบังคับทางอาญานั้น¹¹

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ อธิบายว่า ลักษณะในทางกฎหมายอาญาก็จัดเป็นกฎหมายมหาชนว่าด้วยความผิดและโทษทางอาญาเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับรัฐ แม้การกระทำนั้นจะทำให้

¹¹ คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 1) 48.

เอกชนเสียหาย และการกระทำนั้นยังส่งผลกระทบต่อมหาชนทำให้ต้องมาดำเนินการป้องกันปราบปราม ซึ่งการกระทำใดจะถือว่าเป็นความผิดอาญานั้นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจน และสำหรับการกระทำนั้นต้องไม่มีผลย้อนหลังในทางลงโทษบุคคลหรือให้รับโทษหนักขึ้น¹²

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ อธิบายว่า กฎหมายอาญา คือ กฎหมายบัญญัติว่าการกระทำหรือไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิด และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ด้วย ซึ่งอาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า กฎหมายอาญาคือ กฎหมายที่บัญญัติห้ามไม่ให้มีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือบังคับให้มีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งโดยผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามจะต้องได้รับโทษ¹³

กล่าวโดยสรุปคือ กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรว่าการกระทำใดบ้างที่เป็นความผิดโดยมีการกำหนดโทษทางอาญา วิธีการเพื่อความปลอดภัย มาตรการบังคับทางอาญาอื่นเพื่อเป็นการป้องกันปราบปรามสังคมให้เกิดความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หากบุคคลนั้นกระทำความผิดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ต้องรับโทษทางอาญา โดยการกระทำความผิดทางเพศเป็นภัยร้ายแรงต่อความปลอดภัยของคนในสังคม รัฐจึงจำเป็นต้องบัญญัติให้การกระทำความผิดทางเพศเป็นความผิดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 9 ซึ่งมีการบัญญัติไว้ในมาตรา 276 ถึงมาตรา 287/2 และนอกจากนี้ยังมีการกำหนดเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวไว้ในมาตรา 285 เพื่อเป็นการป้องปรามไม่ให้ผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศแก่ผู้ในความปกครอง แต่หากจะเป็นการป้องปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในกรณีกระทำโดยอาศัยเหตุมีอำนาจเหนือกว่าผู้ถูกระทำ ควรจะมีการบัญญัติถึงผู้ใช้อำนาจปกครองตามความเป็นจริงด้วย

อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่าการกระทำซึ่งถือว่าเป็นการละเมิดบุคคลอื่นจะถือว่าเป็นความผิดและผู้กระทำละเมิดนั้นจะต้องได้รับโทษตามกฎหมาย ในทางกลับกันการทำละเมิดนั้นก็มิจำเป็นต้องเป็นความผิด และผู้กระทำละเมิดนั้นไม่ต้องรับโทษตามกฎหมายหากว่าการกระทำละเมิดนั้นได้รับความยินยอม แต่กระนั้นก็ยังต้องคำนึงถึงความสามารถของบุคคลซึ่งหมายถึงผู้ที่สามารถเข้าใจหยั่งรู้ถึงการกระทำนั้น (Reasonable) และรู้คุณค่าของการกระทำว่าดีหรือไม่ เข้าใจถึงธรรมชาติของการกระทำและผลที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นได้ และต้องรู้ถึงคุณค่าของการกระทำนั้นจากประสบการณ์ของตนเองซึ่งจะต้องเป็นผู้ใหญ่พอสมควร (Maturity) เช่น การร่วมประเวณีกับเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี ที่แม้เด็กนั้นจะยินยอมให้ร่วมประเวณีด้วยแต่ก็ถือว่าเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 หรือการกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี แม้เด็กยินยอมก็เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 เพราะเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี ไม่มีอำนาจให้ความยินยอมร่วมประเวณี ดังนั้นความยินยอมจากผู้ที่ไม่ใช่อำนาจยอมไม่มีผลเป็นความยินยอม หรือการขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี เช่น การยินยอมให้ผู้อื่นยิงตนเองด้วยอาวุธปืนเพื่อทดลองคาถาอาคมอันเป็นเหตุทำให้ผู้ยินยอมได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตายนั้นแม้ว่าผู้กระทำจะได้รับการยินยอมก็ตามแต่ย่อมมีความผิดทางอาญา จะเห็นได้จากพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 15

¹² จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 11, สำนักพิมพ์ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง 2555) 2-3.

¹³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 10, สำนักพิมพ์พลสยามพรินทร์ 2558) 1.

พฤษภาคม พ.ศ. 2541 เป็นต้นมาที่ได้บัญญัติเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหายในกรณีละเมิดไว้ในมาตรา 9 ว่า “ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหาย สำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดมิได้” โดยหลักกฎหมายนี้มีมาก่อนที่พระราชบัญญัตินี้จะมีผลใช้บังคับในวงการนักกฎหมายไทยต่างก็ได้ยึดถือกันมาโดยตลอดว่าหากการกระทำที่กระทำโดยได้รับ “ความยินยอมของผู้เสียหาย” เป็น “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” (Rechtfertigungsgrund)¹⁴ ซึ่งมีความหมายว่าถ้าผู้เสียหายยินยอมให้กระทำ หรือยินยอมต่อการกระทำ หรือเข้าเสี่ยงภัยรับความเสียหายเองอันถือได้ว่าเป็นการให้ความยินยอมนั้นย่อมไม่ทำให้การกระทำนั้นเป็นความผิดฐานละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 และไม่ว่าผู้เสียหายจะได้รับความเสียหายจากการกระทำอย่างไรและได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดมากน้อยเพียงใดก็ตาม

และเนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงการกระทำหรือการไม่กระทำใดเป็นความผิดและมีโทษ ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาเป็นกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล ดังนั้น ในการบัญญัติกฎหมายอาญานั้น นักกฎหมาย นักปรัชญา และนักสังคมวิทยา จึงมักจะพยายามสร้างหลักเกณฑ์ว่าด้วยการบัญญัติกฎหมายอาญาขึ้นมา เพื่อป้องกันมิให้เกิดภาวะการมีกฎหมายอาญาที่มากเกินไปจนความจำเป็นหรือที่เรียกว่ากฎหมายอาญาเพื่อ (Overcriminalization)

หลักเกณฑ์ว่าด้วยการกำหนดการกระทำหรือไม่กระทำใดเป็นความผิดอาญานั้น เฮอเบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer)¹⁵ ได้เสนอแนวความคิดที่ว่า การกระทำใดบ้างซึ่งควรเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาหรือไม่ สำหรับการบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดความผิดว่าการกระทำใดบ้างของบุคคลในสังคมควรเป็นความผิดตามกฎหมาย กล่าวคือ ถ้าหากการกระทำนั้นเป็นที่เห็นชัดในหมู่ชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคมหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น หรือถ้าการกระทำ ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้วจะไปขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ หรือการปราบปรามการกระทำความผิดเช่นนั้นจะไม่มีผลต่อการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้ลดลงไป หรือเมื่อเป็นความผิดอาญาแล้วจะมีการใช้กฎหมายบังคับอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน หรือการใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพ ปริมาณและไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

อย่างไรก็ดี มีแนวคิดทางนิติเศรษฐศาสตร์ซึ่งเป็นแนวคิดใหม่ที่นำหลักพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์มาอธิบายว่าพฤติการณ์ใดควรเป็นความผิดอาญานั้นควรพิจารณาจากประโยชน์สังคม (Social Benefits) และต้นทุนสังคม (Social Cost) เป็นสำคัญ แนวคิดนี้สนับสนุนให้รัฐกำหนดความผิดอาญาก็ต่อเมื่อการกระทำนั้น

¹⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, *กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1* (พิมพ์ครั้งที่ 7, สำนักพิมพ์กรุงสยามการพิมพ์ 2525) 256.

¹⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรธ 13) 4.

สร้างต้นทุนให้กับสังคม คือ การกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นกับสังคมมากกว่าสังคมได้ประโยชน์¹⁶ จะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญาดังกล่าวนี้จะช่วยแก้ปัญหาการเกิดกฎหมายอาญาเพื่อ (Overcriminalization) ขึ้นได้ เพราะหากรัฐมุ่งแต่จะควบคุมความประพฤติของสมาชิกในสังคมโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือโดยไม่พิจารณาถึงประสิทธิภาพและความสามารถของกลไกของรัฐที่จะใช้บังคับกฎหมายอาญาแล้วกฎหมายก็จะไร้ความหมาย ขาดความศักดิ์สิทธิ์ และเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานของรัฐที่ประพฤติมิชอบมีโอกาแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเอง¹⁷

2.1.1 หลักประกันในกฎหมายอาญา

1) หลักประกันแก่จำเลยในคดีอาญา

กฎหมายอาญาจึงจำเป็นต้องมีลักษณะการใช้บังคับโดยเฉพาะแตกต่างจากกฎหมายอื่น ๆ เพื่อเป็นหลักประกันความยุติธรรมสำหรับผู้ที่ได้รับการลงโทษ ซึ่งหมายถึงหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย” (Nullum Crimen, Nulla Poena, Sine Lege: No Crime, No Punishment Without Law)¹⁸ ที่เป็นหลักสากลและได้รับการยอมรับทั่วโลก โดยสำหรับกฎหมายอาญาของประเทศไทยนั้นก็ให้มีบัญญัติหลักการดังกล่าวเอาไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคแรก “บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” โดยการบังคับใช้กฎหมายอาญาจึงจำเป็นต้องมีหลักการที่สำคัญ คือ ต้องมีบทบัญญัติโดยชัดแจ้ง ต้องตีความโดยเคร่งครัดและบทบัญญัติเหล่านั้นจะนำมาใช้ย้อนหลังอันทำให้เกิดผลร้ายมิได้อีกด้วย

นอกจากหลัก ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมายแล้ว อันเป็นหลักประกันให้แก่จำเลยในคดีอาญาแล้ว ยังมีหลักการห้ามฟ้องซ้ำในคดีอาญา (Non Bis in Idem: Not Twice for the Same)¹⁹ โดยหลักดังกล่าวได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39(4) ซึ่งวางหลักไว้ว่า “สิทธินำคดีอาญามาฟ้องย่อมระงับเมื่อได้มีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดซึ่งได้ฟ้อง” อันเป็นหลักประกันในทางกฎหมายว่าบุคคลจะไม่ถูกลงโทษหรือพิพากษาซ้ำในความผิดกรรมเดียวกัน กล่าวคือ เมื่อศาลได้มีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดกรรมนั้น ๆ แล้ว ไม่ว่าจะต้องโทษหรือยกฟ้องก็ย่อมไม่อาจมีผู้ใดนำคดีกรรมเดียวกันนั้นมาฟ้องจำเลยคนเดียวกันนั้นได้อีก เหตุเพราะการกระทำความผิดของเขาได้ถูกศาลพิพากษาแล้ว

¹⁶ ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563) 34.

¹⁷ อัจฉริยา ชูตินันท์, ‘หลักการกำหนดความผิดอาญาและหลักการกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย’ (กรกฎาคม - กันยายน 2564) 3 วารสารสุทธิปริทัศน์ 35
<<https://so05.tci-thaijo.org/index.php/DPUSuthiparithatJournal/article/download/253306/172021>>
สืบค้นเมื่อ 27 มิถุนายน 2566.

¹⁸ คณิต ฌ นคร (เชิงอรธ 1) 90.

¹⁹ A person should not be punished twice for the same act หรือที่กฎหมายอเมริกันเรียกว่า double jeopardy หมายถึง บุคคลไม่อาจถูกลงโทษหลายครั้งสำหรับการกระทำความผิดครั้งเดียว (ผู้วิจัย)

นอกจากที่กล่าวมาข้างต้นอันเป็นหลักประกันในทางอาญาที่สำคัญของจำเลยในคดีอาญาแล้วยังมีหลักประกันอื่นที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอีกพอสมควร เช่น หลักในการแจ้งสิทธิก่อนจับกุม ตามมาตรา 84 หรือก่อนดำเนินการสอบสวน ตามมาตรา 134/4 และหลักจำเลยมีสิทธิไม่ให้การปรักปรำตนเอง (Right to Silent) หรือห้ามโจทก์อ้างจำเลยในคดีเดียวกันเป็นพยานตามมาตรา 232 เป็นต้น

2) หลักประกันแก่ผู้เสียหายในคดีอาญา

จะเห็นได้ว่าหลักประกันแก่จำเลยในคดีอาญาในระบบกล่าวหาอันมีมากราย ในทางกลับกันผู้เสียหายในคดีอาญาเองก็มีหลักประกันในคดีเช่นกัน แม้จะไม่ปรากฏชัดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแต่อาจกล่าวได้ว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายอาญามีขึ้นเพื่อประสงค์ให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคมและคุ้มครองสิทธิและสวัสดิภาพในเนื้อตัวร่างกาย สิทธิ และทรัพย์สินของประชาชนที่หากถูกละเมิด ผู้ที่กระทำละเมิดย่อมต้องถูกพิพากษาและรับโทษทางอาญา อันเป็นหลักประกันในชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน เสรีภาพ สิทธิ ที่รัฐบาลต้องมอบให้แก่พลเมืองของเขาภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

2.1.2 หลักการตีความกฎหมายอาญา

หลักการตีความกฎหมาย (Interpretation of Law) คือ การค้นหาความหมายทางกฎหมายที่มีถ้อยคำไม่ชัดเจน กำกวมหรืออาจแปลได้หลายทางเพื่อให้ทราบว่าถ้อยคำของบทบัญญัติทางกฎหมายนั้นมีความหมายอย่างไร

กฎหมายอาญานั้นเป็นกฎหมายที่เกิดจากทฤษฎีสัญญาประชาคมที่ประชาชนมอบอำนาจให้รัฐออกกฎหมายเพื่อควบคุมและป้องกันสังคมให้พ้นจากการกระทำที่เป็นภัยอันตรายต่อผู้อื่น (Harm to Others) โดยการออกกฎหมายเพื่อควบคุมความประพฤติของบุคคลในสังคมและมีการกำหนดข้อห้ามมิให้กระทำ ซึ่งมีบทบัญญัติว่าการกระทำใดเป็นความผิดและมีบทลงโทษเพียงไรสำหรับการกระทำนั้น โดยส่วนที่เกี่ยวกับการลงโทษนั้นเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยตรง

หลักเกณฑ์การตีความตามกฎหมายพิเศษในขณะนี้โดยเฉพาะประมวลกฎหมายอาญาเนื่องจากเป็นกฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษ ฉะนั้น จึงต้องตีความโดยเคร่งครัด กล่าวคือ ถ้าบัญญัติว่าการกระทำหรืองดเว้นกระทำใดเป็นความผิดก็ต้องตีความว่าเฉพาะการกระทำหรืองดเว้นเท่าที่ระบุไว้นั้นเท่านั้นที่กฎหมายมุ่งหมายจะให้เป็นการผิด การกระทำหรืองดเว้นอื่นนอกนั้นหาเป็นความผิดไม่ เหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากโทษทางอาญาเป็นโทษที่กระทบถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคลจึงต้องมีการตีความกฎหมายต่างไปจากการตีความกฎหมายอื่น²⁰ กฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัด กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษ โดยกำหนดชัดเจนไว้ใน มาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา “บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ซึ่งโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

2.1.3 คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้การตีความกฎหมายอาญา

²⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง* (พิมพ์ครั้งที่ 35 วิทยุชน 2559) 39.

ภารกิจหนึ่งที่สำคัญของกฎหมายอาญานั้นคือภารกิจในการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายและในการคุ้มครองคุณภาพของการกระทำ กฎหมายอาญาถูกบัญญัติขึ้นมาเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายไม่ให้ถูกคุกคามหรือตกอยู่ในอันตรายและเพื่อคุ้มครองการกระทำที่ถูกต้อง ในทางตำราเยอรมันเรียกว่า “Rechtsgut” หรือ “คุณธรรมทางกฎหมาย”²¹ ซึ่งเป็นสภาวะความคิดที่เป็นนามธรรม โดยคุณธรรมทางกฎหมายในทางกฎหมายอาญาทั้งในประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอาญาอื่นนั้นล้วนแล้วแต่เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญและจำเป็นสำหรับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมทั้งสิ้น ซึ่งการคุ้มครองในรูปแบบอื่นที่ไม่ใช่การบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดตามกฎหมายย่อมไม่เพียงพอ ด้วยเหตุนี้จึงต้องคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญด้วยกฎหมายอาญา ซึ่งการคำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายนั้นและได้มีการบัญญัติขึ้นแสดงถึงการยอมรับเอาคุณธรรมทางกฎหมายเข้าไว้โดยปริยาย และกฎหมายก็มีการกิจที่จะต้องคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายเช่นว่านั้นโดยปริยายด้วยเช่นกัน

2.1.3.1 คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดอาญา

คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดอาญา พิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) แบ่งเป็น 2 ประเภท²² คือ

1) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut) มุ่งคุ้มครองสังคมให้เกิดความเป็นระเบียบ ความสงบ และความยุติธรรมในสังคม เช่น การจรรยา การคุ้มครองแรงงาน การรักษาสภาพความแท้ของเงินตราลักษณะของกฎหมายประเภทนี้ปัจเจกบุคคลจะสละความคุ้มครองโดยการสมัครใจยินยอมไม่ได้ ความยินยอมดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อย

2) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individualrechtsgut) เช่น ชีวิตร่างกายเสรีภาพกรรมสิทธิ์ หากกฎหมายมุ่งคุ้มครองเอกชนโดยส่วนตัวอย่างแท้จริง ผู้กระทำอาจยกเอาความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นข้ออ้างเพื่อลบล้างความผิดได้แต่ในกรณีกฎหมายมิได้มุ่งคุ้มครองเพียงเอกชนเท่านั้นหากแต่ยังคุ้มครองสังคมด้วยแล้ว ความยินยอมของผู้เสียหายย่อมไม่ลบล้างความผิดของผู้กระทำ

2.1.3.2 คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดเกี่ยวกับเพศ

การบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศฐานต่าง ๆ จำเป็นต้องมีสิ่งทีกฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมายแฝงอยู่ ไม่ว่าจะเป็นฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือฐานกระทำอนาจารก็ตาม โดยกฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองมิให้มีความเสียหายเกิดขึ้น ทั้งต่อสังคมส่วนรวมและคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และจิตใจของผู้ที่จะได้รับความเสียหายหรือผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นการคุ้มครองส่วนตัว ดังนั้นการศึกษาถึงคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารจะทำให้เกิดความเข้าใจในการตีความและวินิจฉัยความผิดเพิ่มมากขึ้น โดยความผิดฐานข่มขืนกระทำ

²¹ คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 1) 149.

²² พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร และนริศรา แดงไผ่, ‘หน่วยที่ 3 หลักความยินยอม’ ใน *ประมวลสาระชุดวิชา 40701 กฎหมายแพ่งลักษณะสัญญาและลักษณะละเมิดและลักษณะหุ้นส่วนบริษัทชั้นสูง* (pdf, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช 2560) 3-18.

ซ้ำเราเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่สร้างความเสียหายอย่างร้ายแรงที่สุดต่อผู้ถูกระทำโดยเป็นความผิดต่อเสรีภาพทางเพศ เนื่องจากการกระทำที่มีการข่มขืนใจและกระทำซ้ำเราประกอบกัน การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเรา แบ่งออกได้เป็น 2 ฐาน คือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราผู้อื่น และความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 และมาตรา 277 ซึ่งมีคุณธรรมทางกฎหมายได้แก่²³

1) ขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรม

ประชาชนชาวไทยมีวัฒนธรรมและขนบธรรมเนียมประเพณีอันดี การฝ่าฝืนขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรมเป็นการทำลายแบบอย่างความประพฤติที่ดีที่ปฏิบัติสืบต่อกันมาในสังคม ดังนั้นถ้าเกิดการกระทำอันฝ่าฝืนขนบธรรมเนียมประเพณีอันดีงามที่ปฏิบัติต่อกันมานั้นก็จะก่อให้เกิดความวุ่นวายในบ้านเมืองได้ การที่มีผู้ใดมากระทำการข่มขืนกระทำซ้ำเราโดยผู้ถูกระทำมิได้ยินยอม จึงถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรมของคนในสังคมจึงเป็นสิ่งที่กฎหมายต้องให้ความคุ้มครอง

2) เสรีภาพทางเพศในสังคมไทย

การกระทำซ้ำเราเป็นสิ่งที่น่าละอายและเป็นการอันต้องกระทำในที่มืดซิด ไม่สมควรอย่างยิ่งที่จะกระทำอย่างเปิดเผยในสถานที่สาธารณะ โดยมองว่าผู้หญิงที่ผ่านการร่วมประเวณีมาแล้วไม่ว่าจะโดยสมัครใจหรือไม่ก็ตามจะมีคุณค่ารวมถึงความยอมรับนับถือในสังคมของหญิงลดลง ทั้งหากการกระทำโดยไม่มี การป้องกันอาจทำให้ผู้หญิงจะต้องติดโรคภัยทางเพศสัมพันธ์ได้ ดังนั้น การกระทำสิ่งเหล่านั้นจึงมีความสำคัญและเปราะบางต่อบุคคลที่จะต้องนำมาพิจารณาให้ถี่ถ้วนในการที่จะตัดสินใจยินยอมให้ผู้ใดมากระทำการทางเพศกับตน เนื่องจากบุคคลนั้นอาจต้องยอมรับผลร้ายที่อาจจะเกิดขึ้นตามมา ดังนั้นจึงเป็นการสมควรที่กฎหมายจะต้องให้ความคุ้มครองแก่บุคคลทุกคนในสังคมสามารถมีเสรีภาพที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนได้เอง

3) ความบริสุทธิ์ในทางเพศ

ผู้หญิงที่ผ่านการร่วมประเวณีมาแล้วจะถูกสังคมมองว่าสูญเสียความบริสุทธิ์ในทางเพศแล้ว เนื่องจากสังคมไทยเดิมนั้นมีค่านิยมว่าหญิงโสดหรือหญิงที่ยังมิได้ทำการสมรสจะต้องยังไม่สูญเสียความบริสุทธิ์หรือพรหมจรรย์ให้กับชายอื่นนอกจากผู้ที่จะเป็นสามีของตนในอนาคต และหากหญิงผู้นั้นสูญเสียความบริสุทธิ์ไปแล้วก็จะถูกสังคมมองว่าเป็นผู้ที่มีมลทินติดตัวและหญิงผู้นั้นก็จะรู้สึกว่ามีตราบาปติดตัวไปตลอดชีวิต ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้การร่วมประเวณีที่หญิงผู้ถูกระทำไม่ได้ให้ความยินยอมเป็นความผิด เนื่องจากผู้กระทำความผิดได้ทำให้หญิงผู้นั้นต้องสูญเสียความบริสุทธิ์ไปโดยไม่ยินยอมทำให้หญิงอาจถูกสังคมรังเกียจและมีตราบาปติดตัวไปตลอดชีวิต

4) ความเท่าเทียมกันในทางเพศ

²³ สมน์ส ตั้งเจริญกิจกุล, ‘ความผิดเกี่ยวกับเพศศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเรากับอนาจาร’ (วิทยานพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552) 10-11.

การที่กฎหมายบัญญัติให้บุคคลทุกเพศและทุกวัยสามารถเป็นได้ทั้งผู้เสียหายและผู้กระทำ เช่นเดียวกัน²⁴ นั้นเป็นการแสดงให้เห็นว่าบุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันในทางเพศ เพราะการกระทำ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในปัจจุบันกฎหมายไม่ได้จำกัดว่าผู้กระทำหรือผู้ถูกระทำต้องเป็นเพศหรือวัยใด อาจเป็นชายหรือหญิง หญิงแปลงเพศหรือชายแปลงเพศหรืออาจเป็นสามีภริยากันก็ได้ เนื่องจากจากการกระทำชำเราเป็นการกระทำที่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศกระทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำ หรือเป็นการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้ถูกระทำจึงทำให้ทุกคนสามารถเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้เท่าเทียมกันทุกเพศ ซึ่งทุกคนสามารถเป็นผู้ถูกระทำชำเราได้เช่นกัน

5) การกระทำชำเราตามธรรมชาติ

การกระทำชำเราตามธรรมชาติ คือ การร่วมประเวณีระหว่างชายกับหญิงโดยใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง²⁵ แต่ในปัจจุบันรูปแบบการกระทำทางเพศได้เปลี่ยนแปลงไป เช่น การใช้ อวัยวะเพศชายเทียมกระทำกับอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปาก เป็นต้น ซึ่งจำแนกได้เป็นหลายประเภท เช่น รักร่วมเพศ ลักเพศ การมีความต้องการทางเพศกับเด็ก การมีความต้องการทางเพศกับสัตว์การมีความสุขทางเพศกับส่วนของร่างกายหรือวัตถุ การมีความสุขทางเพศจากการทำให้ผู้อื่นได้รับความเจ็บปวด การขบอดอวัยวะเพศ เป็นต้น เมื่อพฤติกรรมทางเพศของบุคคลในสังคมปัจจุบันนี้ได้จำกัดอยู่แค่การกระทำชำเราตามธรรมชาติกฎหมายอาญา ดังนั้นมาตรา 276 และมาตรา 277 จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อขยายขอบเขตความหมาย หรือนิยามของการกระทำชำเราให้กว้างมากขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับพฤติกรรมของคนในสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป

6) ความเสียหายต่อร่างกาย ชื่อเสียง เกียรติยศ และสภาพจิตใจของผู้ถูกระทำ

กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้ที่กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องรับโทษหนักมากที่สุด²⁶ เมื่อเปรียบเทียบกับความผิดเกี่ยวกับเพศฐานอื่นเนื่องจากการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำความผิดทางเพศที่มีการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้ถูกระทำ ซึ่งเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำอย่างร้ายแรง หรืออาจเกิดปัญหาความรุนแรงตามมาเช่นการทำร้ายร่างกาย หรืออาจทำให้ผู้ถูกระทำได้รับความอับอาย เสื่อมเสียชื่อเสียง เกียรติยศ และได้รับอันตรายต่อร่างกายอาจถึงแก่ชีวิตจากการติดเชื้อทางเพศสัมพันธ์ หรือการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ซึ่งจะก่อให้เกิดภาระต่อผู้ถูกระทำในระยะยาว นอกจากนี้การข่มขืนกระทำชำเรายังส่งผลกระทบต่อจิตใจของผู้ถูกระทำอย่างร้ายแรง ทำให้ผู้ถูกระทำอับอายถูกผู้คนในสังคมดูถูกรังเกียจเดียดฉันท์ ซึ่งบางคนอาจได้รับความกระทบกระเทือนอย่างรุนแรงจนถึงขั้นเสียชีวิต หรือมีภาวะทางจิตจนต้องเข้ารับการรักษาทางจิตเวชและจะต้องรับประทานยาไปตลอดชีวิต กฎหมายจึงมุ่งคุ้มครองไม่ให้ผู้ถูกระทำต้องหวาดกลัวว่าตนจะไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างทั่วถึงจากการถูกข่มขืนกระทำชำเรา

7) สถาบันครอบครัว

²⁴ เฟิงอ้าง 11.

²⁵ เฟิงอ้าง 12.

²⁶ เฟิงอ้าง 13.

การใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันระหว่างสามีภริยาตามธรรมชาตินั้นผู้ที่เป็นสามีภริยาต้องมีการร่วมประเวณีกันด้วยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย แต่หากปรากฏว่าฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ต้องการมีเพศสัมพันธ์ในขณะนั้นแล้วอีกฝ่ายใช้กำลังบังคับ ชูเชื้ญ หรือหลอกลวงให้ร่วมประเวณี กรณีดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดการกระทำที่มีการใช้ความรุนแรงเกิดขึ้น กฎหมายจึงได้บัญญัติเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ให้มีการลงโทษคู่สมรสที่บังคับขืนใจคู่สมรสอีกฝ่ายให้ร่วมประเวณีโดยที่อีกฝ่ายไม่ยินยอม อันเป็นการลดปัญหาความรุนแรงที่เกิดขึ้นในครอบครัวในอีกทางหนึ่งด้วย

8) ความไร้เดียงสาของเด็ก

กฎหมายประสงค้ที่จะคุ้มครองความไร้เดียงสาของเด็กทางด้านจิตใจ สติปัญญา และอารมณ์ซึ่งการกระทำชำเราเด็กก่อนวัยและเวลาอันสมควรอาจขัดขวางพัฒนาการทางด้านต่าง ๆ ของเด็กได้ อีกทั้งการที่เด็กมีอายุน้อยและยังอยู่ในช่วงเข้ารับการศึกษา หากเกิดการตั้งครรรค์โดยไม่พึงประสงค้ขึ้นจะทำให้เด็กเสียโอกาสทางการศึกษา และเนื่องจากเด็กยังไม่สามารถเลี้ยงดูตนเองได้เพราะยังต้องอยู่ในการปกครองของบิดาและมารดา ดังนั้นการอุปการะเลี้ยงดูบุตรที่เกิดจากเด็กก็ตกเป็นภาระของบิดามารดา (ปู่ย่าตายาย) นั้นเอง และนอกจากนี้กฎหมายไม่ยินยอมให้ผู้ใดอาศัยความไร้เดียงสาของเด็กเป็นช่องทางในการล่วงละเมิดทางเพศเด็กอีกด้วย

เนื่องจากหน้าที่ของกฎหมายอาญาประการสำคัญประการหนึ่ง คือเป็นกฎหมายที่มีภารกิจในการคุ้มครองสังคม ซึ่งความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นความผิดส่งผลกระทบต่อสังคม จึงได้มีการบัญญัติให้การกระทำ ความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเพื่อปราบปรามและป้องกันการกระทำ ความผิดดังกล่าว เพื่อเป็นการควบคุมพฤติกรรมของบุคคลในสังคมและเพื่อให้สังคมสงบเรียบร้อย โดยกฎหมายมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และจิตใจของผู้ที่จะได้รับความเสียหายหรือผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นการคุ้มครองอันเป็นส่วนตัว

2.2 หลักการกำหนดโทษทางอาญา

2.2.1 หลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนกับลักษณะของการกระทำ ความผิด

แนวคิดเรื่องหลักการลงโทษที่เหมาะสมกับความผิดมีทฤษฎีที่สนับสนุนแนวคิดและหลักการนี้ ดังนี้ (1) ทฤษฎีเจตจำนงอิสระ (Free Will Theory) โดยทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่าการพิจารณาบทลงโทษผู้กระทำความผิดควรมีความเหมาะสมกับลักษณะความผิด²⁷ (Equal Punishment for the Same Crime) คือ ต้องไม่มากจนโหดร้ายทารุณและต้องไม่น้อยเกินไปจนทำให้ผู้กระทำความผิดคิดว่าคุ้มค่าที่จะได้ผลประโยชน์จากการประกอบอาชญากรรม ทฤษฎีนี้ถือว่ามนุษย์ทุกคนมีเจตจำนงอิสระ (Free Will) และมนุษย์ทุกคนมีอิสระในการเลือกกระทำสิ่งใด ๆ ในสิ่งที่เห็นว่าเป็นประโยชน์มากกว่าเสียประโยชน์ เช่นเดียวกันกับการประกอบอาชญากรรม ดังนั้น หลักการกำหนดโทษทางอาญาจึงต้องมีพิจารณาหลักความได้สัดส่วนคือ การกำหนดโทษทางอาญาต้องได้ สัดส่วนกับความร้ายแรงของอาชญากรรมนั้นด้วย

²⁷ อัจฉริยา ชูตินันท์, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 4, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563) 107.

(2) ทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarianism Theory) ทฤษฎีนี้มีแนวคิดทางจริยธรรมสังคมนำการออกกฎหมายต้องให้สอดคล้องกับกฎธรรมชาติโดยต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในรัฐ²⁸ ทฤษฎีนี้เชื่อว่ากฎธรรมชาติ 2 อย่าง คือความพึงพอใจ (Pleasure) และ ความเจ็บปวด (Pain) เป็นตัวกำหนดพฤติกรรมของมนุษย์ ดังนั้นก่อนที่มนุษย์จะตัดสินใจทำอะไรก็จะต้องนำกฎธรรมชาติทั้ง 2 อย่าง นี้มาชั่งน้ำหนักก่อนเสมอ ดังนั้นในการประกอบอาชญากรรมก็เช่นเดียวกัน ก่อนที่มนุษย์จะตัดสินใจกระทำความผิดก็ต้องชั่งน้ำหนักโดยใช้กฎธรรมชาติ 2 อย่างเสมอ และหากบุคคลนั้นชั่งน้ำหนักแล้วผลที่จะได้รับจะทำให้บุคคลนั้นเกิดความพึงพอใจมากกว่า บุคคลนั้นก็เลือกที่จะประกอบอาชญากรรมนั้น ทฤษฎีนี้จึงยึดถือ “ความสุขของคนในสังคม” เป็นเกณฑ์พื้นฐานในการตัดสินใจว่าอะไรควรหรือไม่ควร คือ ความถูกต้องของการกระทำขึ้นอยู่กับแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความสุขของคนส่วนมาก ดังนั้น หลักการกำหนดโทษทางอาญาจึงต้องมีพิจารณาหลักความได้สัดส่วน คือ การกำหนดโทษทางอาญาต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของอาชญากรรมนั้นด้วย

(3) ทฤษฎีการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory) ทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่าในการกำหนดโทษต้องให้มีความเหมาะสมกับความร้ายแรงของอาชญากรรม²⁹ ทฤษฎีนี้เป็นแนวคิดของ ซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria) และเจรีมี เบนธัม (Jeremy Bentham) ซึ่งเป็นผู้คิดค้นทฤษฎีการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory) ในศตวรรษที่ 18 ทฤษฎีนี้มีวัตถุประสงค์ 2 ประการ ประการแรก เพื่อลดอาชญากรรมหรือการกระทำความผิดซ้ำ และประการที่สอง เพื่อข่มขู่ไม่ให้ประชาชนเอาเยี่ยงอย่างเพราะการลงโทษถือว่าเป็นมาตรการทางอาญาที่จำเป็นเพื่อข่มขู่ยับยั้งการกระทำความผิดให้ผู้อื่นเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเอาเยี่ยงอย่างและเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หนึ่งของการลงโทษในปัจจุบัน

ดังนั้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดแล้วจะต้องบัญญัติบทระวางโทษทางอาญาไว้ด้วย โดยการกำหนดโทษทางอาญาควรเป็นไปตามหลักความยุติธรรมที่ได้สัดส่วน (The Principle of Proportionality) ซึ่งหมายความว่าโทษทางอาญาต้องได้สัดส่วน (Proportion) กับความร้ายแรงของความผิดนั้น (Severity of Crime) ดังนั้น ในการกำหนดโทษจึงต้องคำนึงถึงฐานความผิดซึ่งพิจารณาในด้านภาวะวิสัย (Objective) เป็นหลัก

2.2.2 หลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด

หลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมเป็นหลักการที่เปรียบเทียบระหว่างผลความเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดกับเจตนาของผู้กระทำความผิด กล่าวคือ หากผู้กระทำความผิดเจตนาให้เกิดความเสียหายขึ้นอย่างร้ายแรงและความเสียหายจากการกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นอย่างร้ายแรงสมดังเจตนาของผู้กระทำความผิด ผู้กระทำความผิดย่อมสมควรได้รับการลงโทษที่หนักกว่าผู้กระทำความผิดที่ไม่มีเจตนาให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง การกำหนดบทลงโทษโดยใช้หลักการนี้จึงเหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล (Individualization of Punishment) เพราะผลของความเสียหายและเจตนาในการกระทำความผิดนั้นแตกต่างกันออกไป ดังนั้น จึงไม่ควรใช้วิธีหรือรูปแบบการลงโทษที่เหมือนกันเนื่องจากต้องพิจารณา

²⁸ เฟ็งอ้าง 119-120.

²⁹ เฟ็งอ้าง 120-121.

ถึงความเป็นจริงที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีความสามารถในการรู้ผิดชอบชั่วดีไม่เท่าเทียมกัน หรืออาจมีความแตกต่างจากบุคคลทั่ว ๆ ไปจึงไม่สามารถกำหนดเจตจำนงอิสระได้ทัดเทียมกับบุคคลอื่น เช่น เด็กที่มีอายุน้อย ผู้มีจิตบกพร่อง จิตฟั่นเฟือน เป็นต้น บุคคลเหล่านี้เป็นบุคคลที่อ่อนแอเพราะบางที่รัฐควรเข้ามาปกป้องเป็นพิเศษ จึงควรได้รับการลดโทษหรือยกเว้นโทษแล้วแต่กรณี จะเห็นได้ว่าแนวความคิดนี้มุ่งเน้นที่ตัวผู้กระทำความผิดโดยตรง³⁰ แนวคิดเรื่องหลักการลงโทษที่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด มีทฤษฎีที่สนับสนุนแนวคิดและหลักการนี้ ดังนี้

(1) ทฤษฎีเจตจำนงประสงค์ (Determinism Theory) ทฤษฎีเจตจำนงประสงค์เป็นแนวคิดนิตินิยมของสำนักอาชญาวิทยาปฏิฐานนิยม (Positive School) แนวความคิดนี้เกิดขึ้นปลายศตวรรษที่ 19 โดยแนวคิดนิตินิยมมักจะถูกนำมาเปรียบเทียบกับแนวคิดที่ตรงกันข้ามกับแนวคิดเรื่องเจตจำนงอิสระ (Free Will)³¹ แนวความคิดนิตินิยมไม่เห็นด้วยการกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำความผิดโดยใช้เกณฑ์เดียวกันเนื่องจากมนุษย์ทุกคนต่างอยู่ภายใต้อิทธิพลของสิ่งแวดล้อมภายนอกจึงทำให้มนุษย์ขาดเจตจำนงอิสระในการตัดสินใจเลือกกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งได้อย่างเสรีซึ่งอาจนำไปสู่พฤติกรรมที่เบี่ยงเบนหรือจำต้องกระทำโดยความจำเป็นหรือกระทำความผิดได้ ดังนั้น การกระทำความผิดของมนุษย์ที่ขาดเจตจำนงอิสระ สังคมควรเข้ามามีส่วนรับผิดชอบต่อผู้กระทำความผิดนั้นด้วย

(2) ทฤษฎีความชั่ว (Nulla Poena Sine Culpa) ทฤษฎีความชั่ว หรือที่เรียกว่า “หลักไม่มีโทษโดยไม่มี ความชั่ว” หลักกฎหมายอาญาดังกล่าวนี้ในภาษาลาตินเรียกว่า “Nulla Poena Sine Culpa” และเป็นหลักกฎหมายอาญาที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศออสเตรเลีย โดยหลักกฎหมายอาญานี้ถือว่า “ความชั่ว” เป็นพื้นฐานในการลงโทษ³² ความชั่ว (Schuld) ในประมวลกฎหมายอาญาเป็นเรื่องความคิดของนักกฎหมายเยอรมัน ศาสตราจารย์ ดร. หยุดแสงอุทัย เป็นนักนิติศาสตร์ไทยคนแรกที่กำลังกล่าวถึงความชั่วในกฎหมายอาญา โดยศาสตราจารย์ ดร. หยุดแสงอุทัย ได้กล่าวถึงเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นการชั่วร้าย เช่น การที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำลงโดยถูกบังคับหรือเชื่อใจให้กระทำ ผู้กระทำความผิดนั้นได้กระทำด้วยความจำเป็น หรือผู้กระทำความผิดได้กระทำตามคำสั่งโดยเชื่อว่าเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย³³ เป็นต้น อย่างไรก็ตามประเทศไทยแม้จะไม่ได้บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้โดยตรงก็ตามแต่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยเป็นกฎหมายที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความชั่ว³⁴ ซึ่งพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของไทย คือ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 56 บัญญัติว่า “ถ้าเด็กอายุไม่ถึงเจ็ดขวบกระทำความผิด ท่านว่ามันยังมีรู้ผิดและชอบอย่าให้ลงอาญาแก่มันเลย”

³⁰ Bernard E. Harcourt, ‘The Shaping of Chance: Actuarial Models and Criminal Profiling at the Twenty – First Century’ (2003) 1 University of Chicago Law Review, 1-24.

³¹ อัจฉริยา ชูตินันท์ (เชิงอรรถ 27) 22.

³² คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 1) 292.

³³ หยุด แสงอุทัย, ‘การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา’ (2483) 11 บทบัณฑิตย 232.

³⁴ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 1) 293.

จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของไทยได้กล่าวถึง “ความไม่รู้ผิดและชอบ” ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันก็ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้เช่นเดียวกัน ในมาตรา 75 โดยเรียกว่า “ความรู้ผิดชอบ” ซึ่งเป็นข้อสาระสำคัญของ “ความชั่ว” หรือ “ความชั่วร้าย” ประมวลกฎหมายอาญาของไทยเราปัจจุบันแสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาตั้งอยู่บนพื้นฐานของความชั่วปรากฏในมาตรา 73 และมาตรา 74 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดความสามารถทำชั่วโดยพิจารณาที่อายุขณะกระทำความผิดตามกฎหมายเพราะเป็นเด็ก หรือเยาวชน และมาตรา 65 เป็นบทบัญญัติ ที่กำหนดความสามารถทำชั่วโดยพิจารณาที่ความสมบูรณ์ของจิต โดยกฎหมายจะไม่ลงโทษผู้วิกลจริตเพราะเป็นบุคคลที่ปราศจากความชั่ว อย่างไรก็ตาม หลักไม่มีโทษโดยไม่มี ความชั่ว (Nulla Poena Sine Culpa) ยังรวมถึงจะลงโทษบุคคลเกินกว่าความชั่วของบุคคลนั้นไม่ได้เป็นหลักเดียวกันกับ “หลักการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล” (Individualization of Punishment) เช่น มาตรา 75 มาตรา 76 และมาตรา 65 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย

สรุปได้ว่า “หลักไม่มีโทษ โดยไม่มี ความชั่ว” (Nulla Poena Sine Culpa) มีสาระสำคัญ 2 ประการดังนี้ คือ ประการแรก หลักนี้จะไม่ลงโทษบุคคลโดยปราศจากความชั่ว (Schuld) คือจะลงโทษบุคคลที่ขาดความรู้ผิดชอบไม่ได้ ประการที่สอง หลักนี้จะลงโทษบุคคลเกินความชั่ว (Schuld) คือ เกินกว่าความรู้ผิดชอบของบุคคลนั้นไม่ได้

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยยังได้วางหลักการเกี่ยวกับการกำหนดโทษในทางอาญาไว้ว่า “รัฐพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะ ความผิดร้ายแรง” เพื่อใช้เป็นกรอบในการกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อลดปัญหาการบริหารงานยุติธรรมทางอาญาซึ่งต้องรองรับปริมาณคดีจำนวนมาก และทำให้มีค่าใช้จ่ายสูง ซึ่งทำให้เกิดปัญหาคดีล้นศาลและนักโทษล้นเรือนจำรวมไปถึงความรับผิดชอบทางอาญาที่ไม่เหมาะสม ทำให้ผู้กระทำความผิดที่รับโทษอาญาโดยที่ไม่สมควรได้รับจะได้รับผลกระทบไปถึงการประกอบอาชีพหรือการดำรงชีพในหลายเรื่องเนื่องจากมีประวัติอาชญากรติดตัว (Criminal Record) ในการนี้ เพื่อให้การตรากฎหมายที่มีโทษทางอาญาสอดคล้องและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้ประโยชน์จากโทษอาญาตามกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยในการตรากฎหมายที่มีโทษทางอาญาจะต้องคำนึงถึงบทบัญญัติมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งมีสาระสำคัญ 3 ประการดังนี้

(1) เป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง และมีผลกระทบต่อส่วนรวม

(2) เป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผล หรือมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้

(3) ความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวหรือที่มีโทษจำคุกและเปรียบเทียบปรับทำให้คดีอาญาระงับได้ หากโดยสภาพแล้วไม่ใช้ความผิดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงก็สมควรใช้โทษปรับทางปกครองแทนหรือวิธีการอื่นแทนค่าปรับ³⁵

³⁵ อัจฉริยา ชูตินันท์ (เชิงอรรถ 17).

2.3 หลักความยินยอมในกฎหมายอาญา

เมื่อพูดถึงหลักกฎหมายที่ว่ากระทำความผิดโดยได้รับความยินยอมของผู้เสียหายไม่เป็นละเมิดนั้น เป็นหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งมีที่มาจากสุภาษิตกฎหมายบทหนึ่งที่ว่า “Volenti Non Fit Injuria” ซึ่งแปลว่า “เมื่อให้ความยินยอมก็ไม่ถือว่ามี ความเสียหาย” หรือที่นักกฎหมายบางท่านแปลว่า “ความยินยอมของผู้เสียหายทำให้ไม่เป็นละเมิด” โดยเหตุที่ละเมิดจะต้องเป็นการกระทำความผิดกฎหมายและเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น เมื่อไม่ถือว่ามี ความเสียหาย การกระทำนั้นจึงไม่เป็นละเมิด และผู้เสียหายก็ไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายอย่างหนึ่งอย่างใดอันเกิดจากการกระทำที่ตนนั้นได้ให้ความยินยอม

การแสดงความยินยอมของผู้เสียหายอาจเป็นการแสดงเจตจำนงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ แต่การแสดงเจตจำนงนั้นจะต้องเป็นการแสดงออกโดยกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดออกไปภายนอกให้บุคคลอื่นสามารถเข้าใจได้โดยถือว่าเป็นการให้ความยินยอมเท่ากับเป็นการสละ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) โดยรู้ตัว ซึ่งหมายความว่าผู้เสียหายจะต้องรู้และเข้าใจว่าจะเกิดผลอย่างไรกับตนเอง คือ “ผลของการกระทำ” ซึ่งจะต้องเป็นเรื่องที่จะส่งผลกับผู้เสียหายคนเดียวกันนั้น หรือเรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล”³⁶ (Individualrechtsgut) ซึ่งผู้เสียหายสามารถสละได้ เช่น เสรีภาพ เป็นต้น หรือ “ความปลอดภัยของร่างกาย” ที่เป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” Universalrechtsgut) เหมือนกันแต่ก็มีข้อจำกัดในการสละคุณธรรมทางกฎหมายดังกล่าวหากว่าความยินยอมของผู้เสียหายที่เกี่ยวกับความปลอดภัยในร่างกายที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้ก็จะต้องเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย³⁷

หลักความยินยอมในทางอาญานั้นจะต้องไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี เช่น การยอมให้ช่างตัดแต่งผม ยอมให้แพทย์ผ่าตัดรักษาโรคหรือเสริมความงาม หรือการยอมรับร่วมประเวณี (ยกเว้นการร่วมประเวณีกับเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี ที่แม้จะยินยอมให้ร่วมประเวณีด้วย แต่ก็ถือว่าเป็นความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 หรือการกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี แม้เด็กยินยอมก็เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 เพราะเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี ไม่มีอำนาจให้ความยินยอมร่วมประเวณี ดังนั้นความยินยอมจากผู้ที่ไม่ใช่อำนาจยอมไม่มีผลเป็นความยินยอม) หรือ การยินยอมให้ผู้อื่นยิงตนเองด้วยอาวุธปืนเพื่อทดลองคาถาอาคมอันเป็นเหตุทำให้ผู้ยินยอมได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตายนั้น แม้ว่าผู้กระทำจะได้รับการยินยอมก็ตามแต่ย่อมมีความผิดทางอาญา ซึ่งเปรียบเทียบได้กับหลักในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 9 ที่มีได้ยกเลิกหลักที่ว่ากระทำความผิดโดยได้รับความยินยอมของผู้เสียหายไม่เป็นละเมิดและผู้เสียหายต้องเข้าใจในผลแห่งความยินยอม หลักเดิมจึงยังคงใช้ได้แต่จำกัดว่าความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นจะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดมิได้

³⁶ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 1) 274.

³⁷ จิตติ ดิงศภัทย์ (เชิงอรรถ 14).

จากที่ได้กล่าวมานั้นตามหลักกฎหมายอาญาถือว่าการสละ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) ซึ่งผู้เสียหายสามารถสละได้ เช่น “ความปลอดภัยของร่างกาย” ที่เป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) เหมือนกัน แต่ก็มีข้อจำกัดในการสละคุณธรรมทางกฎหมายดังกล่าว หากว่าความยินยอมของผู้เสียหายที่เกี่ยวกับความปลอดภัยในร่างกายที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดกระทำได้อาจกระทำได้อาจจะต้องเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนตามที่ได้กล่าวเป็นตัวอย่างแล้วข้างต้น ส่วนความยินยอมสำหรับกรณีอื่นไม่ห้ามแต่อย่างใด

2.3.1 ความหมายของความยินยอม

นักวิชาการหลายท่านได้ให้ความหมาย “ความยินยอมไม่เป็นละเมิด” (Volenti Non Fit Injuria)³⁸ ไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศรัทีย³⁹ ให้หมายความว่า การจงใจปล่อยให้เหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น โดยไม่ขัดขวางทั้งที่สามารถขัดขวางได้ ซึ่งจะต้องเป็นการแสดงความประสงค์ที่จะให้เกิดเหตุการณ์เช่นนั้นขึ้น โดยแสดงออกด้วยการกระทำอย่างหนึ่งโดยตนเองหรือโดยให้ผู้อื่นกระทำแทนตนเองเป็นการแสดงความประสงค์ต่อผู้กระทำเหตุการณ์นั้นให้เข้าใจว่าตนอนุญาตให้ทำ ยกเว้นแต่ในกรณีพิเศษอย่างยิ่งเท่านั้นที่การนิ่งไม่ขัดขวางอาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมเพราะเป็นที่เข้าใจกันโดยปกติทั่วไปว่าการนิ่งเช่นนั้นเป็นการยินยอม และการแสดงออกซึ่งความประสงค์อันถือได้ว่าเป็นความยินยอมนั้นอาจแสดงออกโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายก็ได้

³⁸ Volenti non fit iniuria (or injuria) (Latin: ‘to a willing person, injury is not done’) is a common law doctrine which states that if someone willingly places themselves in a position where harm might result, knowing that some degree of harm might result, they are not able to bring a claim against the other party in tort or delict. Volenti applies only to the risk which a reasonable person would consider them as having assumed by their actions; thus a boxer consents to being hit, and to the injuries that might be expected from being hit, but does not consent to (for example) his opponent striking him with an iron bar, or punching him outside the usual terms of boxing. Volenti is also known as a "voluntary assumption of risk". Volenti is sometimes described as the plaintiff "consenting to run a risk". In this context, volenti can be distinguished from legal consent in that the latter can prevent some torts arising in the first place. For example, consent to a medical procedure prevents the procedure from being a trespass to the person, or consenting to a person visiting one's land prevents them from being a trespasser.

³⁹ จิตติ ดิงศรัทีย, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง มาตรา 452* (พิมพ์ครั้งที่ 4, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2523).

อาจารย์พจน์ ปุષปาคม⁴⁰ ให้ความหมายว่าเป็นความยินยอมที่เกิดจากฝ่ายผู้เสียหายยอมให้กระทำไม่ว่าต่อเนื้อตัวร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิของตน ความยินยอมโดยแท้จริงแล้วเป็นข้อแก้ตัวของผู้กระทำ ไม่ใช่ สิทธิของผู้กระทำ

อาจารย์เพ็ง เพ็งนิตติ⁴¹ ให้ความหมายว่าเป็นเรื่องและผู้เสียหายยินยอมให้กระทำการประทุษร้ายโดยสมัครใจ หรือยอมเข้าสู่อันตรายไม่ว่าจะเป็นการทำให้ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใด การนิ่งเฉยไม่ขัดขืน หรือไม่ขัดขวางคัดค้านต่อการกระทำที่เป็นการประทุษร้ายหรือพฤติกรรมนั้นควรจะขัดขวางห้ามปราม หรือคัดค้านแต่ไม่ขัดขวางไม่ห้ามปราม หรือไม่คัดค้านถือเป็นความยินยอมโดยปริยาย

ศาสตราจารย์ศักดิ์ สอนองชาติ⁴² ให้ความหมายว่าเป็นเรื่องและผู้เสียหายยอมให้กระทำหรือยอมต่อการกระทำหรือเข้าเสี่ยงรับความเสียหาย ซึ่งถือได้ว่าเป็นการให้ความยินยอม ย่อมทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ไม่ว่าผู้เสียหายจะได้รับความเสียหายจากการกระทำอย่างไรและได้รับความเสียหายแก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นอย่างใด มากน้อยเพียงใดก็ตาม

อาจารย์ประจักษ์ พุทธิสมบัติ⁴³ ให้ความหมายว่าการที่ผู้เสียหายยินยอมโดยสมัครใจต่อการกระทำประทุษร้าย หรือผู้เสียหายสมัครใจเข้าสู่อันตรายเองไม่ว่าจะยินยอมให้กระทำต่อร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิของตน และเป็นการยินยอมของผู้สามารถให้ความยินยอมทำให้การกระทำไม่เป็นละเมิด อันที่จริงความยินยอมของผู้เสียหายมิใช่เป็นสิทธิของผู้กระทำแต่เป็นข้อแก้ตัวของผู้กระทำทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบละเมิด

จากการกระทำที่ตนให้ความยินยอมจากความเห็นของนักวิชาการนั้นก็พอจะสรุปได้ว่าความยินยอม คือ การแสดงเจตนาของผู้เสียหายหรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนผู้เสียหายที่จะเป็นการยินยอมให้ผู้อื่นมาก่อนให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใดของผู้เสียหายได้ ซึ่งนักกฎหมายในต่างประเทศก็ได้นำหลัก “Volenti Non Fit Injuria” ไปใช้ โดยแบ่งออกเป็น 3 แนวทาง⁴⁴ คือ

1) หลัก “Volenti Non Fit Injuria” ทำให้องค์ประกอบความรับผิดชอบในทางละเมิดในส่วนของการกระทำโดยผิดกฎหมายขาดหายไป กล่าวคือ เมื่อผู้เสียหายให้ความยินยอมในการทำละเมิดซึ่งเป็นการกระทำที่

⁴⁰ พจน์ ปุષปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด (โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2515).

⁴¹ เพ็ง เพ็งนิตติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด (พิมพ์ครั้งที่ 8, สำนักพิมพ์จักรวรรดิพิมพ์ 2550).

⁴² ศักดิ์ สอนองชาติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดชอบทางละเมิด (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์นิติบรรณการ 2544).

⁴³ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามิควรรได้ (สำนักพิมพ์มีสมบัติ 2548).

⁴⁴ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร และนริศรา แดงไผ่ (เชิงอรรถ 22) 3-20.

ผิดกฎหมายแล้วการกระทำที่เกิดจากความยินยอมนั้นจึงเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมายแต่ต้องคำนึงถึงความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย หลักนี้เป็นคำอธิบายของกฎหมายเยอรมัน

2) หลัก “Volenti Non Fit Injuria” ทำให้องค์ประกอบความรับผิดในทางละเมิดในส่วนของความเสียหายขาดหายไปกล่าวคือเมื่อผู้เสียหายให้ความยินยอมในการทำละเมิดแล้วก็ถือว่าผู้เสียหายนั้นประสงค์ให้ความเสียหายนั้นเกิดขึ้นแก่ตนและเมื่อผู้เสียหายต้องการเช่นนั้นจะถือว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นมิได้เพราะเหตุที่ความเสียหายในทางแพ่งนั้นผู้ที่ได้รับความเสียหายอันจะใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนก็มีแต่เฉพาะตัวผู้ให้ความยินยอมเท่านั้นประชาชนหรือสังคมไม่อาจใช้สิทธิดังกล่าวได้จึงไม่ต้องนำเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมาพิจารณา หลักนี้เป็นคำอธิบายของกฎหมายฝรั่งเศส

3) หลัก “Volenti Non Fit Injuria” เป็นข้อต่อสู้ที่จำเลยยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้เมื่อมีการทำละเมิดเกิดขึ้น กล่าวคือ ถ้าเป็นความยินยอมของผู้เสียหายในทางแพ่งแล้วจำเลยสามารถอ้างความยินยอมของผู้เสียหายขึ้นปฏิเสธความรับผิดของตนได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ถือว่าเป็นความต้องการของผู้เสียหายเอง หลักนี้เป็นคำอธิบายของกฎหมายอังกฤษและศาลนำมาใช้ในการตัดสินคดี

2.3.2 ลักษณะของความยินยอม

ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญาคือหลักความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายเป็นเหตุยกเว้น ความผิดอาญาหรือไม่นั้นศาลฎีกาได้วางหลักในลักษณะเป็นการยอมรับหลักที่ว่าความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุที่ผู้กระทำความผิดสามารถทำได้โดยมีหลักเกณฑ์ 4 ประการ คือ

1) ความยินยอมนั้นจะต้องมีอยู่อย่างน้อยในขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด

เป็นความยินยอมที่มีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด หรือเป็นความยินยอมที่แจ้งชัดที่ทำให้เข้าใจว่าเป็นการจงใจปล่อยให้เหตุการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้นโดยไม่ขัดขวางทั้งที่สามารถขัดขวางได้ และประสงค์ให้เหตุการณ์เช่นนั้นเกิดขึ้นโดยการแสดงออกด้วยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งด้วยตนเอง (มิได้ถูกข่มขู่) โดยต้องเข้าใจได้ว่าเป็นการอนุญาตหรือยินยอมให้กระทำได้ เช่น การให้ความยินยอมให้กระทำชำเรา ซึ่งเป็นความยินยอมของทั้งสองฝ่าย หมายความว่า ไม่ได้มีการบอกเลิกความยินยอมนั้น หากบอกเลิกแล้วผู้กระทำยังขึ้นกระทำต่อไปก็ไม่มีเหตุที่จะยกเว้นความผิดให้แก่ผู้กระทำได้ เช่น การร่วมประเวณีกันอย่างรุนแรงทั้ง ๆ ที่ทราบว่ามีบุตรยากอีกเสบ เป็นเหตุให้ภรรยาต้องหนีออกจากบ้าน การกระทำดังกล่าวนี้จึงเป็นการทรมาณจิตใจภรรยา อันเป็นพฤติกรรมที่ไม่สามารถเป็นสามีภรรยากันอีกต่อไป ดังนั้นภรรยาจึงสามารถฟ้องหย่าได้

ตัวอย่าง คำพิพากษาฎีกาที่ 302/2559⁴⁵ แม้การเป็นสามีภรรยากันจะต้องร่วมประเวณีกันบ้าง แต่การร่วมประเวณีกันนั้นต้องเกิดจากความยินยอมของทั้งสองฝ่าย ถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอม ย่อมเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา

⁴⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 302/2559 <<http://deka.supremecourt.or.th>> สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2566.

รวมถึงการให้ความยินยอมโดยปริยาย (Assumed Consent) แสดงออกโดยการนิ่งไม่ขัดขวางการกระทำซึ่งอาจเข้าใจได้ว่ายินยอมให้กระทำ เช่น การเปิดประตูบ้านเพื่อให้ช่างซ่อมแอร์เดินเข้าบ้านโดยที่ไม่ได้แสดงออกด้วยวาจา แต่ทำให้ช่างซ่อมแอร์เข้าใจได้ว่าตนสามารถเดินเข้าบ้านของผู้เสียหายได้เพราะมีการนัดแนะเพื่อให้ช่างเข้ามาทำการซ่อมแอร์อยู่ก่อนแล้ว

2) ความยินยอมนั้นต้องเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์

ความยินยอมนั้นต้องเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ คือ ความยินยอมที่มีได้เกิดจากการหลอกลวงสำคัญผิดหรือข่มขู่ด้วยประการใด ๆ หรือมิได้เกิดจากการที่ผู้ให้ความยินยอมตกอยู่ในภาวะจิตใจที่บกพร่องหรือไม่มีสติสัมปชัญญะในขณะนั้น หากความยินยอมมิได้เกิดจากกระทำเช่นนั้นหรืออยู่ในภาวะเช่นนั้น และหากไม่มีการกระทำหรือภาวะเช่นนั้นผู้ให้ความยินยอมจะไม่ตกลงให้ความยินยอมกระทำ ผู้กระทำจะไม่สามารถกล่าวอ้างความยินยอมเพื่อเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดชอบได้ กรณีตัวอย่าง หากหญิงร่วมประเวณีกับแพทย์ จะทำให้หายจากโรคแพ้อากาศ หญิงจึงยินยอมร่วมประเวณีโดยเชื่อว่าจะหายจากอาการป่วย หรือคนวิกลจริตยินยอมให้มีการทำร้ายร่างกายตนในขณะที่จิตวิกล ซึ่งหมายความว่าความยินยอมเหล่านั้นจะต้องไม่เกิดจากการหลอกลวง ไม่เกิดจากการสำคัญผิด ไม่เกิดจากข่มขู่ จึงจะอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดชอบได้

3) ความยินยอมนั้นต้องไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี

ความยินยอมนั้นต้องไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี คือ จะต้องพิจารณาตามความรู้สึกของบุคคลทั่วไปในขณะที่เกิดการกระทำนั้น เช่น แดงเป็นโรคร้าย แพทย์จำเป็นต้องทำการผ่าตัดขาของแดงข้างหนึ่ง แดงจึงยินยอมให้แพทย์ทำการผ่าตัดได้ แม้ว่าการที่แพทย์ตัดขาของแดงจะเป็นการทำร้ายให้แดงได้รับอันตรายสาหัส เพราะการผ่าตัดนั้นถือเป็นการทำร้ายร่างกายอย่างหนึ่งแต่แพทย์ไม่มีความผิด เพราะความยินยอมของแดง ดังนั้นจะเห็นว่ากรกระทำของแพทย์ไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีแต่กระทำตามหน้าที่ของแพทย์ที่ต้องการทำการรักษาสุขภาพให้กับคนไข้ของตน หรือกีฬาขมวยที่เป็นกีฬานิตหนึ่งซึ่งเป็นการกระทำที่จะก่อให้เกิดผู้อื่นบาดเจ็บ โดยการชกต่อยนั้นกลับไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีเนื่องจากเป็นประเพณีสืบทอดกันมายาวนาน แต่อย่างไรก็ตามความยินยอมที่จะยกเว้นความผิดได้นั้นจะต้องไม่ขัดศีลธรรมอันดีด้วย ดังนั้นหากเป็นการยินยอมให้มีการยิง ฟัน หรือแทง เพื่อทดสอบว่าอยู่ยงคงกระพันจริงหรือไม่นั้นไม่อาจยกเว้นความผิดให้แก่ผู้กระทำได้ เพราะเป็นการกระทำที่เห็นได้ชัดว่าขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี เช่น นายแดงผู้ตายได้ไปเรียนวิชาคงกระพันปืนยิงไม่เข้ากับนายขาว และนายแดงเคยเห็นนายขาวทดลองยิงผู้ที่เคยไปเรียนกับนายขาวปรากฏว่าปืนไม่ลั่น เมื่อนายขาวทำการยกครูและสอนวิชาอยู่ยงคงกระพันให้นายแดงแล้ว นายแดงได้เข้าไปเหยียบปืนของจำเลยซึ่งมีทะเบียนถูกต้องตามกฎหมาย นายแดงขอให้นายขาวลองยิงนายแดง นายขาวกล่าวว่าถ้าไม่ยิงนายแดงจะหาว่าตนไม่ได้สอนวิชาให้นายแดง นายขาวจึงเอาปืนจ่อยิงนายแดงตรงสะบักซ้ายด้านหลัง 1 นัด ปืนลั่น กระสุนถูกนายแดงล้มคว่ำลงและถึงแก่ความตายในคืนนั้น ดังนั้นการที่นายขาวเอาปืนจ่อยิงนายแดงที่สะบักอันเป็นสำคัญย่อมเล็งเห็นผลแห่งการกระทำนั้นได้ว่าถ้าปืนลั่นออกไปนายแดงจะต้องตายแน่นอน นายขาวจึงมีความผิดฐานฆ่านายแดง แม้ว่านายแดงจะยินยอมให้นายขาวยิงตนเองก็ตามแต่ความยินยอมเช่นนี้ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี

4) ความยินยอมอาจจะเกิดขึ้นได้ด้วยวิธีต่าง ๆ

ความยินยอมอาจจะเกิดขึ้นได้ด้วยวิธีต่าง ๆ ได้แก่ ความยินยอมโดยการพูด การทำเป็นหนังสือ การแสดงพฤติกรรมที่แสดงออกว่ามีความยินยอม หรือจะยินยอมโดยปริยายก็ได้ เช่น การชกต่อยในกีฬาตามประเพณี คู่กรณีอาจไม่แสดงออกโดยชัดแจ้งว่าตกลงยินยอมแต่อาจแสดงออกด้วยการยังคงชกต่อยต่อไปจนกว่าจะครบกำหนดเวลาตามกติกา หรือเดินเข้าไปในสนามมวยเพื่อเตรียมตัวจะขึ้นชก เป็นต้น

ศาลฎีกาไทยนำหลักความยินยอมตามความหมายสากลมาระบุไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 ว่า “ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้กระทำการที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่ในขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดแล้วความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำเป็นความผิดได้” ความยินยอมที่ไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีมีหลักเกณฑ์ใดในการพิจารณาและความผิดฐานใดบ้างที่ผู้กระทำสามารถอ้างความยินยอมของผู้เสียหายได้นั้นพอจะสรุปเป็นหลักเกณฑ์ได้ คือ

1) ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือไม่นั้นสามารถพิจารณาได้ดังนี้

ก. ความผิดที่ยินยอมให้กระทำนั้นมีสิ่งทีกฎหมายมุ่งจะคุ้มครองที่เรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) หรือไม่ กล่าวคือเป็นคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งเป็นความคุ้มครองในส่วนตัว เช่น เจ้าของทรัพย์ยินยอมให้ผู้อื่นทำลายทรัพย์ของตนได้ ไม่ถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา 358 และคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งเป็นความคุ้มครองในส่วนตัว เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 277 ถึงแม้ผู้เสียหายยินยอมสละคุณธรรมทางกฎหมาย แต่ก็เป็นการสละในส่วนตัวเท่านั้น ผู้เสียหายไม่มีอำนาจสละคุณธรรมในส่วนตัวที่มุ่งคุ้มครองศีลธรรมในทางเพศของคนในสังคมได้นั้นเอง

ข. การขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีพิจารณาจากผลประโยชน์ของสังคมและศีลธรรม

ค. ความยินยอมของผู้เสียหายไม่เป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เนื่องจากความผิดตามกฎหมายอาญาไม่ได้มีเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง แต่มีเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมประกอบกับการจะอ้างความยินยอมได้หรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายว่าเป็นความคุ้มครองในส่วนตัวหรือส่วนรวมซึ่งจะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงทางภาวะวิสัย (Objective) ซึ่งเป็นผลต่อเนื่องจากการกระทำ (Cause Objective) นั้น

2.3.3 ความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับคำว่า “ความตกลง” กับ “ความยินยอม” ในมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้น ความตกลงมุ่งหมายถึงการให้ความยินยอมโดยความตกลงระหว่างผู้เสียหายกับคู่กรณี ส่วนความยินยอมอาจเป็นความยินยอมตามสัญญาหรือข้อตกลงในสัญญาหรือความยินยอมฝ่ายเดียว ถ้าเป็นความยินยอมโดยการแสดงเจตนาของผู้เสียหายฝ่ายเดียวย่อมเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว

แต่ถ้าเป็นความยินยอมโดยการนิ่งย้อมมิใช่นิติกรรมเพราะไม่มีการแสดงเจตนาใด ๆ แต่ก็ยังมีผลเป็นการให้ความยินยอมของผู้เสียหายที่ทำให้ผลของการกระทำไม่เป็นละเมิด

การกระทำที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย ซึ่งหมายถึงการที่กฎหมายได้บัญญัติห้ามมิให้กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเอาไว้โดยขัดแย้ง หรือเพียงบัญญัติไว้ว่าการกระทำอย่างใดเป็นความผิด ซึ่งจะต้องรับโทษอย่างใดอย่างหนึ่ง สำหรับการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหมายความว่ากระทำที่ขัดต่อประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติหรือประชาชน หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำซึ่งมีผลกระทบกระเทือนถึงความมั่นคงของรัฐ เศรษฐกิจของประเทศ ความสงบสุขในสังคม หรือความมั่นคงของสถาบันครอบครัว ส่วนการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนหมายความว่ากระทำที่ขัดต่อธรรมเนียมประเพณีของสังคม ซึ่งรวมถึงหลักในศาสนาใดศาสนาหนึ่ง เนื่องด้วยศีลธรรมอันดีของประชาชนกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนมักจะมีความเกี่ยวพันกันจนแทบแยกไม่ออกจึงต้องนำมาเรียกรวมกันว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งห้ามมิให้อ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดนั้น ทำนองเดียวกันกับมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งว่าด้วยเหตุที่ทำให้นิติกรรมเป็นโมฆะ แต่นิติกรรมกับละเมิดนั้นมิที่มาของมูลนี้แตกต่างกัน กล่าวคือ นิติกรรมเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย ส่วนละเมิดเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย เมื่อกฎหมายไม่ยอมรับการกระทำอันผิดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย ดังนั้นแม้ผู้เสียหายจะได้ให้ความยินยอมก็ตามที่ การกระทำเช่นนั้นย่อมยังคงเป็นความผิดฐานละเมิดตามกฎหมายเช่นเดิม และโดยปกตินี้การกระทำที่ผิดต่อกฎหมายมักจะมี ความหมายกว้าง ซึ่งนอกจากการกระทำซึ่งมีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดแล้วยังต้องหมายความรวมถึงการล่วงสิทธิ หรือประทุษร้ายต่อสิทธิของบุคคลอื่นและการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นด้วย ดังนั้นจึงมีการกระทำอื่นซึ่งผู้เสียหายอาจให้ความยินยอมได้

ตามที่ได้กล่าวมาย่อมน่าจะเห็นได้ว่าการกระทำละเมิดด้วยการล่วงสิทธิหรือประทุษร้ายต่อสิทธิของบุคคลอื่น และการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ผู้เสียหายอาจให้ความยินยอมได้ไม่ต้องห้ามตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 9 ส่วนการกระทำความผิดซึ่งมีโทษทางอาญา ถ้าเป็นความผิดอันยอมความได้ เช่น ความผิดเกี่ยวกับการค้าบางกรณี ความผิดเกี่ยวกับเพศบางกรณี ความผิดต่อเสรีภาพบางกรณี ความผิดฐานเปิดเผยความลับ ความผิดฐานหมิ่นประมาท ความผิดฐานฉ้อโกง โกงเจ้าหนี้ ยักยอก ทำให้เสียทรัพย์ และบุกรุกบางกรณีก็ไม่น่าจะถือว่าเป็นการกระทำที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย และห้ามมิให้ผู้เสียหายให้ความยินยอม เพราะเมื่อผู้เสียหายมีสิทธิยินยอมหรือยอมความภายหลังการกระทำความผิดได้ก็น่าจะให้ความยินยอมก่อนหรือในขณะที่กระทำความผิดได้ด้วย โดยเฉพาะกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่า ไม่ว่าจะได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายหรือไม่ก็เป็นความผิด ซึ่งเท่ากับให้ความยินยอมไม่ได้ ความยินยอมของผู้เสียหายนั้นย่อมไม่มีผล เช่น แม้เด็กยินยอมแต่การกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี และการกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี ย่อมมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 และมาตรา 279

ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2580/2563⁴⁶ จำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 ในขณะที่ผู้เสียหายที่ 1 อายุไม่เกินสิบสามปี และในขณะที่ผู้เสียหายที่ 1 อายุเกินสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี จึงเป็นความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีใช้ภริยาหรือสามีของตนและฐานกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคแรก และวรรคสาม

ตัวอย่าง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4147/2550⁴⁷ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคแรก บัญญัติให้ผู้กระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกิน 15 ปี ซึ่งมีใช้ภริยาของตนนั้นมีความผิดโดยไม่คำนึงถึงว่าเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม แต่หากเด็กหญิงยินยอมก็มีได้หมายความว่าเด็กหญิงนั้นมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดด้วย

ส่วนในกรณีที่ผู้เสียหายอาจให้ความยินยอมได้โดยไม่ต้องห้ามตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 9 แต่อาจเป็นการให้ความยินยอมที่เข้าลักษณะเป็นข้อตกลงที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 8 วรรคหนึ่ง “ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิตร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่นอันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่น ซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศหรือผู้แจ้งความต้องรับผิดชอบ จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบไม่ได้” เพราะการทำข้อตกลงเพื่อมีจุดประสงค์ต้องการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของคู่สัญญาหรือคู่กรณีนั้นย่อมต้องเกิดจากความยินยอมของผู้เสียหายเองด้วย

2.3.4 ความยินยอมที่มีเงื่อนไข

การให้ความยินยอมหรือการยอมรับ (Acceptance) ในด้านจิตวิทยาของมนุษย์นั้นคือความยินยอมของบุคคลหนึ่งต่อความเป็นจริงของสถานการณ์หนึ่ง การยอมรับกระบวนการหรือเงื่อนไข (ซึ่งมักจะเป็นการให้ความยินยอมในลักษณะเพื่อความจำเป็น) ที่เป็นการตัดสินใจแบบไม่มีการเปลี่ยนแปลงหรือคัดค้าน มีความหมายคล้ายกับการยอมรับโดยปริยายที่ทำให้เสียสิทธิ (Acquiescence) ในความหมายของกฎหมาย โดยการให้ความยินยอมหรือการยอมรับนี้จะมีการแสดงออกยินยอมต่อข้อกำหนดของข้อเสนอด้วยกิริยาอาการท่าทางและการแสดงความยินยอมเช่นนั้นมักจะทำให้เกิดสัญญาผูกมัดขึ้น

การยอมรับแบบมีเงื่อนไข (Conditional Acceptance) คือการยอมรับชนิดหนึ่งที่มีเงื่อนไขซึ่งต้องการให้ข้อกำหนดต่าง ๆ ปรับเปลี่ยนไปตามที่ความต้องการก่อนที่จะทำการยอมรับ เช่น สัญญาที่ต้องการการยอมรับจากสองฝ่ายอาจจะต้องถูกดัดแปลงเพื่อให้ทั้งสองฝ่ายพึงพอใจ บุคคลหนึ่งได้รับข้อเสนอและจะตกลงก็ต่อเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดและเงื่อนไข สัญญาระหว่างธุรกิจและนายจ้างสามารถถูกเปลี่ยนแปลงและดัดแปลงโดยทั้งสองฝ่ายได้จนกว่าทั้งสองจะตกลงหรือยอมรับเนื้อหาในสัญญาทางธุรกิจนั้น เป็นต้น

⁴⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2580/2563 <<http://deka.supremecourt.or.th>> สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2566.

⁴⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4147/2550 <<http://deka.supremecourt.or.th>> สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2566.

แต่อย่างไรก็ตามความยินยอมต่อสิ่งหนึ่งนั้นยังมิได้หมายความว่ารวมถึงสิ่งอื่นที่เพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากที่บุคคลอีกฝ่ายให้ความยินยอมหรือโดยที่บุคคลอีกฝ่ายไม่ทราบมาก่อน เพราะฉะนั้นบุคคลผู้กระทำจะต้องทราบถึงความยินยอม คือ บุคคลผู้กระทำได้ทราบอย่างแน่ชัดแล้วว่าบุคคลอีกฝ่ายได้ให้ความยินยอมโดยกระทำการไปเพราะได้รับความยินยอมในความผิดที่อ้างว่ายินยอมได้ ดังนั้นหากบุคคลผู้กระทำไม่ทราบแน่ชัดว่าตนได้รับความยินยอมหรือไม่แต่ได้ลงมือกระทำไปซึ่งการกระทำนั้นมีความผิดตามกฎหมาย ดังนั้นผู้กระทำไม่อาจอ้างเอาความยินยอมที่ตนไม่ทราบว่ามีอยู่มาเป็นข้ออ้างได้ เช่น การยินยอมให้กระทำชำเราแต่มิได้ยินยอมรับโรคติดต่อจากผู้ร่วมกระทำชำเราโดยที่ไม่ทราบมาก่อน

ดังนั้นอาจเข้าใจได้ว่าความยินยอมนั้นจะต้องไม่มีเงื่อนไข ซึ่งหมายความกลับกันคือหากความยินยอมดังกล่าวนั้นมีเงื่อนไขก็ย่อมถือได้ว่าจะไม่เป็นการแสดงความยินยอม เช่น การยินยอมแก่รถยนต์ให้กับลูกจ้างของร้านล้างรถยนต์เพื่อให้สะดวกต่อการขยับรถยนต์เข้าจอดตามขั้นตอนของการล้างรถยนต์ภายในร้านล้างรถยนต์ โดยมีความเข้าใจว่าจะได้รับกุญแจรถคืนภายหลังจากที่การล้างรถยนต์เสร็จสิ้นจึงไม่ใช่การยินยอมให้เอากุญแจรถยนต์ไปทำการอื่น เป็นต้น

2.3.5 ระยะเวลาในการให้ความยินยอม

ระยะเวลากับผลของการให้ความยินยอมนั้นยังคงเป็นประเด็นที่ถกเถียงกันอยู่ในสังคมโดยเฉพาะเมื่อพูดถึงเรื่องการร่วมประเวณี เพราะยังคงมีความสงสัยว่าความยินยอมที่แท้จริงนั้นเกิดขึ้นแล้วหรือไม่ สิ้นสุดแล้วหรือไม่ ดังนั้นความยินยอมในเรื่องดังกล่าวจึงเป็นประเด็นที่เปราะบางเสมอมา

การให้ความยินยอมร่วมประเวณีเป็นการให้ความยินยอมที่จะต้องยินยอมพร้อมใจกันทุกฝ่าย และจะต้องทำการสื่อสารกันให้เข้าใจอย่างแท้จริงไม่ว่าจะด้วยคำพูดหรือท่าทางอากัปกิริยา อย่างไรก็ตามการสื่อสารทางคำพูด หรือทางภาษากายก็ยังมีหลากหลายแบบแตกต่างกันออกไป แต่ว่าทั้งนี้ทั้งนั้นการสื่อสารของภาษาหรือท่าทางต่าง ๆ ก็ยังมีความแตกต่างกันไปในเรื่องของความหมายถ้าหากว่าผู้ใช้ภาษาหรือท่าทางเหล่านั้นมิได้อาศัยหรือเติบโตในท้องถิ่นเดียวกันได้ เช่น บุคคลที่เกิดและเติบโตในทวีปเอเชียกับบุคคลที่เกิดและเติบโตในทวีปยุโรป เป็นต้น

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นเป็นความผิดที่เกิดจากการที่ผู้กระทำชำเราได้กระทำโดยฝ่าฝืนความยินยอมของผู้ถูกกระทำชำเราซึ่งส่วนใหญ่แล้วมักจะเป็นการกระทำชำเราที่ไม่เคยได้รับความยินยอมใด ๆ มาก่อนเลย หรืออาจเคยมีการให้ความยินยอมแล้วขณะเริ่มต้นการกระทำชำเราแต่ขณะ การกระทำชำเราดำเนินอยู่นั้นอีกฝ่ายหนึ่งแสดงความต้องการหยุดหรือปฏิเสธที่จะดำเนินการกระทำชำเราต่อไป อีกฝ่ายหนึ่งก็ต้องหยุดกระทำชำเราอีกฝ่ายหนึ่งทันทีโดยไม่ต้องค้นหาว่าอีกฝ่ายหนึ่งต้องการหยุดการกระทำชำเราเพราะเหตุใด การหยุดการกระทำชำเราจึงเป็นหน้าที่ของอีกฝ่ายที่ได้รับการแจ้งให้หยุดการกระทำชำเราดังกล่าวและแสดงความเคารพต่อการตัดสินใจของอีกฝ่ายนั้น มิฉะนั้นหากดำเนินการกระทำชำเราต่อไปหลังจากที่อีกฝ่ายต้องการหยุดให้มีการกระทำชำเราแล้วนั้นก็เสมือนว่าฝ่ายที่ยังคงดำเนินการกระทำชำเราต่อไปเป็นการฝ่าฝืนความต้องการของอีกฝ่ายซึ่งเข้าข่ายการกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้วมาตั้งแต่นั้น

2.4 ขอบเขตของการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

เนื่องด้วยการข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนั้นถือว่าเป็นความผิดที่รุนแรงส่งผลกระทบต่อสังคมและความรู้สึกของคนในสังคมในวงกว้าง อีกทั้งยังทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเราเป็นอย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นทางร่างกายหรือจิตใจ กฎหมายจึงจำเป็นต้องกำหนดโทษขั้นสูงเพื่อการป้องปรามมิให้มีผู้ใดกล้ากระทำการเช่นว่านั้น

ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาการข่มขืนกระทำชำเราได้ถูกเข้าใจแบบเดิม ๆ ว่าการกระทำชำเรานั้นจะเกิดขึ้นได้จากการที่ชายนำของลับของตนสอดใส่เข้าไปในช่องลับของหญิงเพียงเท่านั้น ซึ่งในปัจจุบันได้มีการแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 276 และมาตรา 278 ของประมวลกฎหมายอาญา ที่มีใจความให้เข้าใจว่าไม่ว่าจะเป็นบุคคลใด หรือมีเพศสภาพเช่นไร ก็จะต้องได้รับการลงโทษในฐานะที่เป็นบุคคลผู้ข่มขืนกระทำชำเรา หรือกระทำอนาจารผู้อื่นได้ นอกจากนี้จะแสดงให้เห็นถึงการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลที่มีความแตกต่างทางเพศซึ่งสอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิงเพื่อห้ามมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่มีความแตกต่างทางเพศโดยไม่เป็นธรรมให้สอดคล้องกับระบอบการปกครองของประเทศไทย ซึ่งเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

อีกทั้งในปัจจุบันได้มีการหยิบยกหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ขึ้นมาบ่อยครั้งและประชาชนให้ความสนใจเป็นอย่างมากจากความคิดที่ว่ามนุษย์เป็นสัตว์ประเสริฐ มีร่างกายและมีมันสมองที่สามารถมีกระบวนการนึกคิดได้ลึกซึ้งมากกว่าสัตว์ชนิดอื่น มีจิตวิญญาณที่ทำให้ให้มนุษย์ไม่กระทำสิ่งที่ผิดศีลธรรมและจริยธรรมสามารถแยกแยะและควบคุมสัญชาตญาณดิบที่สัตว์ชนิดอื่นไม่สามารถทำได้ ทั้งในการกินอาหาร การมีที่อยู่อาศัย มีความต้องการทางกามารมณ์ มีความโลภ ฯลฯ ในส่วนนี้ทำให้มนุษย์มีความแตกต่างจากสัตว์ชนิดอื่นซึ่งถูกผลักดันโดยสัญชาตญาณเป็นหลัก โดยนอกเหนือจากที่ต้องมีปัจจัยสี่เพื่อการดำรงชีวิตแล้วมนุษย์ยังถูกผลักดันด้วยความปรารถนาที่จะเป็นที่ยอมรับของคนในสังคมซึ่งทำให้เกิดความเคารพตนเอง (Self-Esteem) จึงได้นำไปสู่ความรู้สึกของความต้องการมีศักดิ์ศรี อันได้แก่ ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ที่นอกจากจะได้รับการยอมรับในสังคมที่พัฒนาแล้ว ยังต้องได้รับการรับรองด้วยกฎหมายและเจตนารมณ์ พบว่าปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติก็คือความพยายามที่จะคงไว้ซึ่งศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ และในรัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 มาตรา 4 มาตรา 26 และมาตรา 28 ก็ได้มีการกล่าวถึงศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ไว้เช่นกัน การมีสังคมที่พัฒนาและมีกฎหมายบ้านเมืองที่สามารถจัดให้มีมาตรการและกระบวนการที่จะให้มนุษย์สามารถคงศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ไว้ได้นั้นจึงเข้ามามีบทบาทอย่างมากในการทำให้การอยู่ร่วมกันในสังคมของมนุษย์มีความปลอดภัยและอยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุข

2.4.1 ขอบเขตและเงื่อนไขของการยินยอมร่วมประเวณี

จากความคิดของหลักศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ที่มีไว้ขัดเกลามีให้มนุษย์หรือบุคคลในสังคมทั้งหลายให้มีความสำนึกคิดและความยับยั้งชั่งใจไม่กระทำความผิดต่อผู้อื่นโดยทั้งปวงนั้น อย่างไรก็ตามกฎหมายหรือกฎข้อบังคับบางอย่างก็มักจะมีแนวทางในการผ่อนคลายความเข้มงวดลงไปบ้าง เฉกเช่นเดียวกับกฎหมาย

ที่ว่าด้วยความยินยอม ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญานั้น คือ หลักความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญา ซึ่งศาลฎีกาได้วางหลักที่เรียกว่าความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ มีหลักเกณฑ์ 4 หลัก คือ

- 1) ความยินยอมนั้นต้องมีอยู่อย่างน้อยในขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด
- 2) ความยินยอมนั้นต้องเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์
- 3) ความยินยอมนั้นต้องไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี

4) ผู้ให้ความยินยอมต้องเป็นผู้มีความสามารถในการให้ความยินยอมด้วย กล่าวคือ ผู้นั้นต้องเข้าใจถึงถึงการกระทำนั้น (Reasonable) และรู้คุณค่าของการกระทำนั้นว่าดีหรือไม่ เข้าใจถึงธรรมชาติที่กระทำและผลที่อาจก่อให้เกิดจากการกระทำนั้นได้⁴⁸ และต้องมีความสามารถในการรู้ถึงคุณค่าของการกระทำนั้นพอควร (Maturity) โดยผู้ให้ความยินยอมนั้นอาจเป็นตัวผู้เสียหายเอง เช่น ผู้เสียหายซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วให้ความยินยอมด้วยตนเองในการให้แพทย์ทำการผ่าตัดรักษาโรค เพราะการผ่าตัดนั้นถือเป็นการทำร้ายร่างกายอย่างหนึ่งอันอาจเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 ได้ แต่เมื่อผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมแล้วโดยเข้าใจและหยั่งรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นไปเพื่อรักษาโรคร้ายของตน หรือการให้ความยินยอมโดยผู้มีอำนาจปกครอง เช่น ผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้เยาว์ในการให้แพทย์ทำการผ่าตัดรักษาโรคให้แก่ผู้เยาว์ ทั้งนี้โดยความยินยอมของผู้เยาว์ด้วย

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508⁴⁹ “ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่ในขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำเป็นความผิดได้”

โดยความยินยอมที่ไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาและเงื่อนไขความสมบูรณ์ของความยินยอมของกฎหมายอาญา พิจารณาได้จาก

1) ระยะเวลาการให้ความยินยอมจะต้องมีอยู่ก่อนหรืออย่างน้อยมีในขณะกระทำและมีอยู่ตลอดการกระทำและต้องแสดงความยินยอมโดยต้องให้แก่ผู้กระทำโดยตรง ซึ่งโดยทั่วไปความยินยอมที่ผู้เสียหายแสดงออกในขณะที่มีการกระทำ หรือแสดงออกก่อนการกระทำแล้วยังคงมีผลอยู่ มิได้บอกถอนเสียก่อนการกระทำนั้นจะสิ้นสุดลง

2) ความยินยอมต้องให้แก่ผู้กระทำโดยตรง

3) การให้ความยินยอมต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยสมัครใจปราศจากการทำกลฉ้อฉล หลอกลวง ช่มชู้ หรือสำคัญผิด และหากพิจารณาอีกด้าน การกระทำใดของผู้กระทำโดยอ้างว่าสำคัญผิดในตัวบุคคล นายแดงตั้งใจจะยิงนายดำ แต่ไปยิงนายขาวโดยสำคัญผิดว่าเป็นนายดำ แม้จะมีการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญก็มิอาจยกเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดทางอาญาได้เช่นกัน ตามนัยที่บัญญัติไว้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 61 เช่น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติยกเว้นความรับผิดหรือยกเว้นโทษ หรือ

⁴⁸ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร และนริศรา แดงไผ่ (เชิงอรรถ 22) 3-17.

⁴⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 <<http://deka.supremecourt.or.th>> สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2566.

เป็นเหตุในลตโทษได้ และการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงนั้น นอกจากจะพิจารณาประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 61 แล้ว ต้องพิจารณาประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม และมาตรา 62 วรรคหนึ่ง ด้วย กล่าวคือ หากผู้กระทำเข้าใจผิดไปจากความจริงจนทำให้ “ไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด” จะถือว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำความผิดมิได้ ผู้กระทำความผิดจึงกระทำโดยขาดเจตนา อันเป็นองค์ประกอบภายในของความผิดนั้น ตามมาตรา 59 วรรคสาม เช่น นายดำหยิบสร้อยของนายขาวไปโดยเข้าใจว่าเป็นสร้อยของตน นายดำจึงไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์เพราะขาดองค์ประกอบภายใน หรืออีกกรณีหนึ่ง คือ การกระทำที่ผู้กระทำเข้าใจผิดไปจากความจริงว่ามีข้อเท็จจริงบางอย่างทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ หรือรับโทษน้อยลง เช่น นายดำหยิบสร้อยคอของนางขาวไป โดยเข้าใจผิดว่าเป็นสร้อยคอของนางแดงภริยาของตน การกระทำของนายดำแม้จะเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ แต่นายดำอาจอ้างความสำคัญผิดในตัวเจ้าของทรัพย์มาเป็นเหตุให้ตนไม่ต้องรับโทษได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคแรก ประกอบมาตรา 62 วรรคแรก

2.4.2 ขอบเขตและเงื่อนไขของการบอกถอนความยินยอมร่วมประเวณี

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติข้างต้นที่กล่าวไปกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น แม้ผู้กระทำจะกระทำไปโดยสำคัญผิดในความยินยอมของตัวบุคคลหนึ่งแต่ไปกระทำกับอีกบุคคลหนึ่งหรือสำคัญผิดว่าได้รับการยินยอมจากผู้เสียหายทั้งที่ในความเป็นจริงมิได้รับการยินยอมแต่อย่างใดก็ไม่อาจอ้างเหตุแห่งความสำคัญผิดเพื่อให้ตนไม่ต้องมีความผิด ไม่ต้องรับโทษหรือรับโทษน้อยลงได้เลย กรณีนี้จะต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 61 เท่านั้น ซึ่งต่างจากกรณีสำคัญผิดในทรัพย์เนื่องจากวัตถุแห่งสิทธินั้นแตกต่างกัน กล่าวคือการเอาไปซึ่งทรัพย์ของผู้อื่นซึ่งวัตถุแห่งสิทธิคือทรัพย์นั้นจะเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ได้จะต้องเป็นการเอาไปด้วยเจตนาทุจริตอันเป็นเจตนาพิเศษ ผู้กระทำจะต้องรู้ว่าทรัพย์นั้นมีไซ้ของตนหรือที่ตนเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยและเอาไปโดยมีเจตนาทุจริตอยู่ในตัว เมื่อการเอาไปซึ่งทรัพย์ของผู้อื่นโดยปราศจากเจตนาทุจริตก็ไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญาโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาความยินยอมของผู้เสียหายแต่อย่างใดเลย เพราะหากการเอาไปซึ่งทรัพย์โดยการได้รับความยินยอมแล้วก็ย่อมไม่อาจเป็นความผิดฐานลักทรัพย์มาแต่แรก แม้ว่าจะมีเจตนาทุจริตเกิดขึ้นในภายหลังอันจะเป็นความผิดฐานยกยอกหรือฉ้อโกงก็ตาม

อย่างไรก็ดีการกระทำชำเราโดยปราศจากความยินยอมย่อมเป็นการข่มขืนกระทำชำเราอันมีร่างกายและอนามย์เป็นวัตถุแห่งสิทธิ จึงต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย (ซึ่งมิใช่ผู้เยาว์) ตั้งแต่เริ่มแรกให้กระทำการแก่เนื้อตัวร่างกายของตนเสียก่อน ทั้งนี้เพราะการกระทำชำเราเป็นเจตนาพิเศษของผู้กระทำตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(18) หากผู้กระทำมิได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายแล้วก็ย่อมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราทันทีโดยมิต้องพิจารณาเหตุแห่งความสำคัญผิดเลย โดยการให้ความยินยอมต่อสิ่งหนึ่งไม่หมายความรวมถึงสิ่งอื่นที่เพิ่มหรือแตกต่างไปจากผู้เสียหายให้ความยินยอมหรือโดยผู้เสียหายไม่ทราบถึง ความยินยอมต้องไม่มีเงื่อนไข หากมีเงื่อนไขก็เสมือนกับว่าไม่ได้ให้ความยินยอม และผู้กระทำต้องทราบถึงความยินยอมและได้กระทำด้วยความยินยอมในความผิดที่อ้างความยินยอมได้ (ในกรณีที่ผู้กระทำไม่ทราบความยินยอมของผู้เสียหายและได้กระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมที่ตนไม่ทราบเป็นข้ออ้างได้)

จากหลักการที่กล่าวมาข้างต้นมีประเด็นที่ควรพิจารณาในเรื่องที่เกี่ยวกับความยินยอมในการกระทำชำเราได้ว่า

ก. ความยินยอมนั้นต้องมีอยู่ตลอดเวลาที่ดำเนินการกระทำชำเรา คือ การกระทำชำเราได้รับความยินยอมตั้งแต่ต้นไปจนจบหรือไม่ หรือได้รับความยินยอมเพียงแค่นั้นในตอนที่เริ่มก็เพียงพอ (Initial Penetration) หรือหากขณะเริ่มต้นแล้วยังมีได้รับความยินยอมแต่ภายหลังมีความยินยอมเกิดขึ้นผู้กระทำชำเราจะหลุดพ้นจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่ (ถือว่าเป็นการกระทำชำเราที่ได้รับความยินยอมมาตั้งแต่ต้น)

ข. ถ้ามีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องการถอนความยินยอมหรือต้องการยุติความยินยอม อีกฝ่ายหนึ่งจะต้องยุติการกระทำชำเราทันทีหรือไม่

ค. ถ้าหากมีข้อตกลงบางอย่างในการกระทำชำเราในเบื้องต้นแต่ภายหลังหรือขณะกระทำชำเราอีกฝ่ายหนึ่งได้ทำการเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในการกระทำชำเราที่ผิดแตกต่างไปจากข้อตกลงเมื่อแรกเริ่ม และไม่ปฏิบัติตามความต้องการของอีกฝ่าย จะถือได้ว่าการกระทำชำเรานั้นไม่ได้รับความยินยอมมาตั้งแต่เริ่มต้นหรือไม่ และจะเป็นเหตุทำให้การกระทำดังกล่าวมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่

จะเห็นได้ว่ามีประเด็นที่น่าสนใจ คือ ความไม่ยินยอมหรือความต้องการยุติการกระทำชำเรานั้นจะต้องมีขึ้นเมื่อใด หรือเพราะมีเหตุใดที่ทำให้การกระทำชำเรานั้นไม่ได้รับความยินยอมไปโดยปริยายจนเป็นเหตุทำให้การกระทำชำเราปกติกลายเป็นการกระทำชำเราที่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราขึ้น ดังนี้ เมื่อมีความยินยอมขณะเริ่มกระทำชำเรา แต่ระหว่างการกระทำชำเรานั้นอีกฝ่ายต้องการยุติการกระทำดังกล่าวแล้วอีกฝ่ายกลับไม่ยอมยุติการกระทำชำเราในทันที กรณีคือ ในขณะที่เริ่มต้นการกระทำชำเรานั้นเริ่มจากความยินยอมของทั้งสองฝ่ายแต่ขณะกระทำชำเราอีกฝ่ายหนึ่งแสดงความไม่ยินยอม คือต้องการยุติการกระทำชำเรานั้นไม่ว่าจะด้วยเหตุผลทางร่างกาย จิตใจ หรือการได้ทราบถึงข้อเท็จจริงใด เช่น เกิดความกังวล มีการกระทำชำเราด้วยความรุนแรง ทราบว่าอีกฝ่ายมีอาการทางจิต (ทำให้เกิดความหวาดกลัว) ทราบว่าอีกฝ่ายมีโรคติดต่อ หรือทราบอีกฝ่ายได้กระทำการใด ๆ ที่ผิดแปลกแตกต่างไปจากข้อตกลงก่อนให้ความยินยอมร่วมกระทำชำเรานั้น ซึ่งถือว่าการกระทำชำเรานั้นไม่เป็นไปตามความต้องการของอีกฝ่าย กล่าวคือ อีกฝ่ายจะไม่ให้การยินยอมแน่ถ้าหากเกิดเหตุการณ์ หรือทราบถึงเรื่องราวเหล่านั้นก่อน และจะถือได้ว่าการกระทำของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นความผิดฐานข่มขืนการกระทำชำเราหรือไม่

2.4.3 ขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

หากจะกล่าวว่าถ้าความยินยอมที่ได้มาโดยการหลอกลวงซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นความผิดประเภทหนึ่งที่กฎหมายกำหนดฐานความผิดเอาไว้เฉพาะ เช่น การลัทธิทรัพย์ ซึ่งเป็นการได้ทรัพย์ไปโดยไม่ได้รับความยินยอมของผู้เสียหาย แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่มีได้มีกฎหมายกำหนดความผิดเอาไว้แบบเฉพาะเจาะจงก็อาจถือได้ว่าการหลอกลวงนี้ทำให้ความยินยอมเสียไป (Fraud Vitiates Consent) ซึ่งแบ่งลักษณะของการหลอกลวงเช่นนี้ออกได้ 2 ประเภท คือ

1) การหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำ (Fraud in Factum) ซึ่งเป็นการหลอกลวงให้เข้าใจผิดในตัวบุคคล หรือสภาพของการกระทำ โดยการหลอกลวงเช่นนี้จะมีผลทำให้ความยินยอมเสียไป

2) การหลอกลวงในมูลเหตุ (Fraud in The Inducement) ที่เป็นการหลอกลวงในมูลเหตุนี้ บางครั้งก็ทำให้ความยินยอมเสียไป แต่บางครั้งก็มิได้ทำให้ความยินยอมเสียไป ได้แก่

ก. ความผิดที่มีองค์ประกอบเป็นการหลอกลวง หรือไม่ใช่เจตนาที่แท้จริง แม้จะได้รับความยินยอม แต่หากเป็นมูลเหตุที่มาจากการหลอกลวงเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอม ความยินยอมนั้นย่อมไม่ใช่ความยินยอมที่แท้จริง

ข. กรณีที่ลักษณะของความผิดนั้นจะต้องเกิดมาจากการกระทำที่ไม่ได้รับความยินยอม เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 276 ซึ่งถ้าได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายย่อมไม่เป็นความผิด แต่จะเป็นความผิดต่อเมื่อได้หลอกลวงในสภาพของการกระทำซึ่งถือว่าไม่มีความยินยอม และการกระทำนั้นเป็นความผิด

ค. ความผิดอื่นที่องค์ประกอบของความผิดไม่ต้องพิจารณาถึงความยินยอมก็ครบองค์ประกอบ แต่อาจใช้ความยินยอมเป็นข้อยกเว้นความผิดได้ เช่น การทำร้ายร่างกาย เป็นต้น

2.5 สภาพสังคมกับการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในอดีตและปัจจุบัน

ก่อนปี พ.ศ. 2550 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ว่า "ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนโดยขู่เชือดประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกสี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันถึงสี่หมื่นบาท"

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโหดมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกสี่ปีห้าถึงยี่สิบปี ปรับตั้งแต่สามหมื่นถึงสี่หมื่นบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต"

ในการแก้ไขมาตรา 276 เมื่อปี 2550 สภานิติบัญญัติแห่งชาติให้เหตุผลหลักของการแก้ไขไว้ว่า เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเรื่องการขจัดความแตกต่างของเพศและความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง บทบัญญัติใหม่ของมาตรา 276 จึงมีว่า

"ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เชือดด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท"

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง หรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกันต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้น ยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤตินั้นการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้"

ซึ่งตลอดระยะเวลาที่ผ่านมากฎหมายอาญาในส่วนของความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศไทยนั้น ถูกนักวิชาการวิพากษ์วิจารณ์มาเป็นเวลานานว่ามีใจความคับแคบ ไม่เป็นธรรมและมีความล้าหลัง ต่อมาจึงได้มีการรวมตัวของนักสิทธิมนุษยชน นักสิทธิสตรี และประชาชนหลายกลุ่มเพื่อทำการเรียกร้องให้มีการแก้ไขบทบัญญัติในกฎหมายอาญา มาตรา 276 จนกระทั่งได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) ประกาศใช้เพื่อแก้ไขกฎหมายอาญาในบทความผิดทางเพศ แต่ก็ยังเป็นข้อกังขากว่ากฎหมายอาญาของประเทศไทยนั้นยังไม่อาจคุ้มครองเหยื่อจากความผิดทางเพศได้เพียงพอ แต่เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายเข้มขึ้นก่อนและหลังการแก้ไขจะก็พบว่ามีความประเด็นที่สำคัญของการแก้ไข 3 ประการด้วยกัน คือ

1) การขจัดอคติในเรื่องเพศ ที่ไม่ว่าจะเป็นคนเพศใดก็สามารถเป็นผู้กระทำและผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนได้ จากที่กฎหมายเดิมกำหนดผู้กระทำเป็นได้เพียงชายและผู้ถูกกระทำเป็นได้เพียงหญิงกรณีเดียว

2) กำหนดให้การที่สามีข่มขืนภริยาของตัวเองมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จากกรณีของปัญหาเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราได้กระจายเป็นวงกว้างเข้าไปมีอิทธิพลในสถาบันครอบครัวที่แต่เดิมสังคมไทยไม่ให้ความสำคัญเพราะเห็นว่าไม่ใช่ความรุนแรง กลับเห็นว่าเป็นเรื่องความสัมพันธ์ในครอบครัวระหว่างสามีภริยา ปัญหาสามีข่มขืนภริยาจึงเป็นเรื่องในครอบครัวสามีไม่มีความผิด กฎหมายก็ไม่อาจก้าวล่วงไปให้ความคุ้มครอง โดยตามกฎหมายเดิมมิได้กำหนดความผิดดังกล่าวเพราะมีแนวคิดที่ว่ากรณีที่หญิงยอมแต่งงานกับชาย ย่อมหมายความว่าหญิงนั้นยินยอมให้ชายผู้ซึ่งเป็นสามีสามารถกระทำชำเราได้โดยปริยาย

จะเห็นได้ว่าปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศในครอบครัวเป็นเรื่องที่ง่ายและไม่ผิดกฎหมาย ผู้หญิงจึงไม่สามารถขอความคุ้มครองจากกฎหมายได้เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญา หมวดความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 276 ก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2550 ที่ไม่ครอบคลุมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดระหว่างคู่สมรสกล่าวคือ เดิมมาตรา 276 บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือทำให้หญิงเข้าใจผิดคิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษ...” ดังนี้ หมายความว่าหากเป็นกรณีสามีข่มขืนภริยาของตนเองนั้นไม่มีความผิด เปรียบได้ว่าถ้าชายจดทะเบียนสมรสกับหญิงเป็นสามีภริยากันแล้วสามีก็มีสิทธิข่มขืนและกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายหรือจิตใจของภริยาของตนได้ และจะสามารถกระทำไปตลอดชีวิตสมรสด้วยความคิดว่า

การสมรสมีผลเป็นการยินยอมให้มีการร่วมประเวณีอยู่โดยนัย จากปัญหาดังกล่าวทำให้ประเทศไทยได้มีการผลักดันแก้ไขกฎหมายที่เลือกปฏิบัติต่อสตรีเรื่องการข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งได้แก่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสี่ ซึ่งเดิมการข่มขืนที่สามีกระทำต่อภรรยาไม่เป็นความผิดนั้น และเป็นการคุ้มครองคู่สมรสฝ่ายที่ถูกกระทำซึ่งเป็นหญิงให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แก้ไขโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 19 กันยายน 2550 มีผลบังคับใช้ถัดจากวันประกาศไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสี่ ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้ “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่าให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้” และผลแห่งการแก้ไขดังกล่าวนี้ได้ขยายความคุ้มครองแก่บุคคลทุกเพศ ทุกสถานภาพอีกด้วย

3) ให้นิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ให้เป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจน ซึ่งแตกต่างโดยสิ้นเชิงจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วางกันมาเป็นหลักตั้งตั้งแต่ปี พ.ศ. 2509 และเป็นนิยามที่ใช้คำกว้างจนอาจเกิดปัญหาการตีความตามมาได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509)⁵⁰

ประเด็นตามข้อ 1) และ 2) เป็นหลักการสำคัญสำหรับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ส่วนของประเด็นข้อที่ 3) ในเรื่องการบัญญัตินิยามคำว่า “กระทำชำเรา” อย่างเป็นทางการ ซึ่งเป็นประเด็นที่น่าสนใจที่สุดที่ทำให้เห็นทวิภาค ทนายความ อัยการ รวมไปถึงผู้พิพากษาที่ยังมีความเห็นและการตีความความหมายข้อความในมาตรา 276 วรรคสี่สองแตกต่างกันออกไป โดยตามขอบเขตของคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ตามกฎหมายเดิมนั้นมีเพียงการกระทำซึ่งได้สอดใส่ของลับของชายเข้าไปในของลับของหญิงแล้วเท่านั้น แต่เนื่องจาก มาตรา 276 เดิมที่บัญญัติใช้มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2499 ยังไม่เคยมีนิยามของคำว่าข่มขืนกระทำชำเราบัญญัติเอาไว้เลย ซึ่งการวินิจฉัยว่าต้องกระทำไปแค่ไหนเพียงใดถึงจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ก็จะยึดตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509 ที่วางหลักไว้ว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะเป็นความผิดสำเร็จก็ต่อเมื่อของลับของชายล่วงล้ำเข้าไปในของลับของหญิง 1 องคุลี คือ ประมาณครึ่งข้อแรกของนิ้วกลาง โดยชายนั้นไม่ต้องสำเร็จความใคร่ หรือหญิงไม่จำต้องถึงกับเยื่อพรหมจารีหญิงฉีกขาดก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว

ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวนี้ได้ถือเป็นแนวหลักกฎหมายที่ยึดถือกันมายาวนานในกลุ่มของนักกฎหมาย ซึ่งในอดีตนั้นความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราจึงมีความหมายที่แคบ จำกัดอยู่เพียงแค่ว่าเมื่ออวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเพียงกรณีเดียวเท่านั้น หากเป็นกรณีอวัยวะเพศชายล่วงล้ำทวารหนักของ หรือช่องปาก หรือใช้สิ่งของอื่นล่วงล้ำทางอวัยวะเพศหรือทวารหนัก แม้ว่าจะทำให้ผู้เสียหาย

⁵⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509 <<http://deka.supremecourt.or.th>> สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2566.

ทุกขุทรมานเพียงใดศาลก็จะวินิจฉัยว่าเป็นเพียงความผิดฐานอนาจารเท่านั้น ซึ่งมีโทษต่างกันมากและทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับความเป็นธรรม

ปัจจุบันเมื่อรสนิยมของการร่วมเพศในสมัยนี้ไม่ได้มีเพียงแบบการร่วมประเวณีแบบพื้นฐานเท่านั้น ยังมีกิจกรรมทางเพศของคนเพศเดียวกัน แบบพึงพอใจกับการใช้วัตถุสิ่งของ หรือรสนิยมแบบต่าง ๆ ที่หลากหลาย ดังนั้นกฎหมายอาญา มาตรา 276 จึงจำเป็นต้องเพิ่มความคุ้มครองสำหรับผู้ถูกระงับทางเพศในระดับที่ลึกซึ้งเพิ่มมากขึ้นจากมาตรฐานจากรูปแบบเดิม ๆ ของการกระทำชำเรา ดังนั้นจึงต้องรีบเร่งแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้ทันกับสังคม อีกทั้งการกระทำชำเราในรูปแบบอื่นที่ผิดธรรมชาติก็อาจก่อความเสียหายทางจิตใจหรือทางร่างกายได้เท่ากับหรือมากกว่าการกระทำชำเราแบบธรรมชาติก็เป็นได้

เมื่อวิเคราะห์ถึงคำนิยามตามกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสองที่ว่า "การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น" จะพบว่า การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น หากเป็นการกระทำไปเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ไม่ว่าจะเป็นการนำอวัยวะเพศชายสอดใส่ในอวัยวะเพศหญิง หรือทวารหนักหรือช่องปากของชายหรือหญิง หรือการใช้สิ่งอื่นใด ซึ่งอาจเป็นอวัยวะส่วนอื่น เช่น นิ้ว ลิ้น มือ หรือเป็นสิ่งของอื่น เช่น อวัยวะเพศเทียม ไม้ ขวด หรือสิ่งอื่นใดนำไปสอดใส่ในอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนัก ก็น่าจะเป็นการแก้ไขกฎหมายให้พัฒนาทันกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป

ในปัจจุบันที่สังคมหันมาให้ความสำคัญในเรื่องของปลอดภัยในร่างกายของตนมากขึ้นในด้านของเรื่องอนามัยและโรคภัย ซึ่งก่อนหน้านี้ในช่วงหนึ่งได้มีโรคระบาดอย่างหนักคือโรคเอดส์ที่เกิดจากเชื้อไวรัสที่มีชื่อว่า HIV (Human Immunodeficiency Virus) ซึ่งอาศัยอยู่ในสารคัดหลั่งต่าง ๆ ของผู้ป่วย ได้แก่ เลือด อสุจิ น้ำหล่อลื่นจากอวัยวะเพศชาย ของเหลว หรือน้ำหล่อลื่นที่อยู่ในช่องคลอดและทวารหนัก รวมถึงน้ำนมที่ให้น้ำทารกดูดกินจากทรวงอกหญิง ซึ่งโดยคนทั่วไปจะติดเชื้อไวรัส HIV ก็ต่อเมื่อสารคัดหลั่งเหล่านี้สัมผัสกับผิวหนังที่มีบาดแผล หรือเยื่อเมือกบุผิวภายในช่องปาก ช่องคลอด ทวารหนักและอวัยวะเพศชายเชื้อ HIV สามารถติดต่อได้จากการสัมผัสเลือด น้ำเหลือง น้ำอสุจิ น้ำในช่องคลอด ส่วนน้ำลาย เสมหะและน้ำนมมีปริมาณเชื้อ HIV น้อย สำหรับเหงื่อ ปัสสาวะและอุจจาระแทบไม่พบเลย ทั้งนี้มีช่องทางการติดต่อที่สำคัญ ได้แก่ การมีเพศสัมพันธ์โดยไม่ป้องกัน เช่น ไม่ได้ใส่ถุงยางอนามัย ไม่ว่าจะชายกับชาย ชายกับหญิง หรือหญิงกับหญิง ทั้งทางช่องคลอดและทวารหนักก็ล้วนมีโอกาสติดโรคนี้อันได้ทั้งสิ้น ทั้งนี้ จากข้อมูลของการระบาดวิทยาพบว่ามากกว่าร้อยละ 80 ของผู้ติดเชื้อ HIV ได้รับเชื้อจากการมีเพศสัมพันธ์ ดังนั้น การมีเพศสัมพันธ์โดยการเลือกใส่ถุงยางอนามัยจึงย่อมเป็นทางเลือกที่ดีที่สุดทางหนึ่งที่จะป้องกันการติดเชื้อไวรัส HIV ดังกล่าวได้

เมื่อพูดถึงความยินยอมในการกระทำชำเราตามกฎหมายแล้วนั้น หากความยินยอมดังกล่าวมีเงื่อนไขร่วมด้วยเพิ่มเติมว่าจะให้ความยินยอมเพื่อการกระทำชำเราดังกล่าวก็ต่อเมื่อมีการใช้ถุงยางอนามัยด้วยนั้น ก็ย่อมเข้าใจได้ว่าหากมิได้มีการใช้ถุงยางอนามัยเพื่อการกระทำชำเรา ความยินยอมเพื่อการกระทำชำเรา

ยอมไม่เกิดขึ้นเพราะไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของความยินยอมก่อนเริ่มต้นการกระทำซ้ำเรา หรือแม้กระทั่งขณะการกระทำซ้ำเราอีกด้วย

เมื่อตามกฎหมายของประเทศไทยได้เขียนเอาไว้ชัดเจนว่า “บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะนั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้” อีกทั้ง “บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา” จากวัตถุประสงค์แห่งการบังคับใช้กฎหมายอาญาดังกล่าวทำให้การลงโทษผู้กระทำความผิดจะต้องประกอบด้วย

- 1) “กฎหมายต้องบัญญัติว่าเป็นความผิด” และ
- 2) “ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาในการกระทำความผิด” เสมอ เมื่อลองพิจารณากฎหมายที่สามารถปรับใช้กับผู้กระทำความผิด คือ

ตามประมวลกฎหมายอาญาในภาคความผิดในลักษณะ 10 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย เพราะมีลักษณะใกล้เคียงต่อความผิดฐานพยายามฆ่า และเจตนาทำร้ายร่างกาย โดยหากลองเปรียบเทียบกับกรณีที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษความต่างอยู่ที่ “ผู้กระทำความผิดยอมรับว่าตนเองมีเจตนาแพร่เชื้อ” เช่นนี้ หากผู้กระทำไม่ยอมรับว่าตนมีเจตนาแพร่เชื้อดังกล่าว ตามเจตจำนงของกฎหมายอาญาที่ได้ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งสังคม ซึ่งบทลงโทษนั้นมีผลอันละเอียดแก่ชีวิต ร่างกายของผู้กระทำความผิด จึงจำเป็นต้องได้รับการตีความโดยเคร่งครัดเพื่อไม่ให้เป็นการส่งผลเสียต่อสิทธิของผู้กระทำความผิดมากเกินไป ดังนั้น จึงห่างไกลจากภาวะวิสัยที่เกิดขึ้นโดย “เจตนา” เห็นได้จากตัวอย่างที่เกิดขึ้นกับสังคมไทย ที่ไม่สามารถเอาผิดกับ นายเซเนติก ไพลเฟอร์ ชาวเช็ก ที่มีพฤติกรรมเข้ามาแพร่เชื้อ HIV แก่ผู้อื่นในประเทศไทยในช่วงปี พ.ศ. 2557-2559 ทำได้เพียงส่งตัวกลับประเทศฐานมีความผิดตามพระราชบัญญัติตรวจคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว ซึ่งหลายประเทศขณะนี้ได้ตระหนักถึงปัญหาดังกล่าวโดยนำกฎหมายพิเศษในการลงโทษผู้กระทำความผิดมาใช้เพื่อแก้ปัญหาการตีความเรื่อง “เจตนา” เช่น กฎหมายควบคุมการแพร่เชื้อเอชไอวี หรือกฎหมายควบคุมโรคติดต่อ เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยต่อการถูกแพร่เชื้อ HIV เป็นต้น

2.6 การคุ้มครองผู้เสียหายตามหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และหลักสิทธิมนุษยชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

แนวคิดเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมีต้นกำเนิดในหลักคำสอนของศาสนาคริสต์ตามที่มนุษย์ทุกคนถูกสร้างขึ้นตามพระฉายาและรูปเหมือนของพระเจ้าโดยไม่มีความแตกต่างเกี่ยวกับสถานะทางสังคมหรือสถานที่เกิดของพวกเขาจึงมอบให้ด้วยเจตจำนงเสรีที่สามารถทำดีหรือชั่วได้ด้วยวิธีนี้ศักดิ์ศรีของการดำรงอยู่ของมนุษย์เกี่ยวข้องกับการใช้เสรีภาพและความรับผิดชอบ (จงรักเพื่อนบ้านเหมือนรักตนเอง) มนุษย์ทุกคนเป็นคนบาปต่อพระพักตร์พระเจ้า และในที่สุดการพิพากษาแบบเดียวกันและการลงโทษหรือรางวัลเดียวกันจะมีผลกับทุกคน และเนื่องจากหลักศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ และหลักสิทธิมนุษยชนยุคฟื้นฟูศิลปวิทยาถูกเข้าใจว่าเป็นแนวคิดทางกฎหมายโดยเชื่อมโยงกับแนวคิดเรื่องกฎธรรมชาติ กล่าวคือ กฎหมายที่บุคคลใด ๆ มีสิทธิได้รับจากข้อเท็จจริงเพียงอย่างเดียวของการเป็นมนุษย์ ดังนั้นแนวคิดทางศาสนาในตอนนี้จะกลายเป็น

ส่วนหนึ่งของปรัชญาที่มีเหตุผลซึ่งสามารถอธิบายได้ผ่านการโต้แย้งเชิงตรรกะ โดยต่อมาแนวความคิดนี้ได้เป็นแรงบันดาลใจในอุดมคติของการตื่นรู้และเป็นเครื่องมือสำคัญในการปฏิวัติฝรั่งเศส และการประกาศสิทธิมนุษยชนครั้งแรก

แนวความคิดเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ดำรงอยู่บนพื้นฐานขององค์ประกอบ 2 ประเภท คือ

1) องค์ประกอบวัตถุประสงค์ ซึ่งเป็นลักษณะอันเป็นรูปธรรมที่สามารถสังเกตเห็นได้และเกี่ยวข้องกับวัตถุและเงื่อนไขที่จับต้องในชีวิตมนุษย์ เช่น การเข้าถึงบริการขั้นพื้นฐานสุขอนามัย เป็นต้น

2) องค์ประกอบอัตนัย ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะตัวของบุคคลและเกี่ยวข้องกับลักษณะภายในและจิตใจอันเป็นนามธรรมของพวกเขา เช่น การเลือกปฏิบัติ ความเสนาหา อัตลักษณ์ ฯลฯ

ดังนั้น การเป็นทาส การผู้คนถูกลดทอนให้เป็นเพียงสิ่งของหรือทรัพย์สิน การกินกันเองเป็นอาหารอันเปรียบได้กับสัตว์ และการปฏิบัติที่โหดร้ายและการทรมานจึงเป็นวิธีการละเมิดผู้อื่นโดยไม่คำนึงถึงความเป็นอยู่ที่ดีทางร่างกายหรือจิตใจและไม่คำนึงถึงความยุติธรรมใด ๆ และการโคลนนิ่งมนุษย์เป็นการละเมิดหลักการของอัตลักษณ์บุคคลและชีวิตความเป็นส่วนตัวซึ่งนำไปสู่การคัดค้านอย่างมากโดยถือว่ามนุษย์โคลนเป็นผลิตภัณฑ์ที่สร้างขึ้นจึงไม่มีสถานะเป็นสิ่งมีชีวิต ทั้งยังกระทบต่อศักดิ์ศรีส่วนบุคคล ซึ่งศักดิ์ศรีส่วนบุคคลมักถูกพูดถึงเพื่ออ้างถึงศักดิ์ศรีที่เข้าใจว่าเป็นคุณค่าของแต่ละบุคคล กล่าวคือ ความภาคภูมิใจในตนเอง ศักดิ์ศรีเป็นคำพ้องความหมายของคุณค่าในตนเอง เช่น การตระหนักถึงคุณค่าของตัวเองที่ได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม ตัวอย่างเช่น เมื่อบุคคลถูกบังคับให้ทำงานที่ต่ำช้า การที่เขาปฏิบัติงานโดยไม่คิดว่าตัวเองสมควรได้รับการลงโทษนั้นถือเป็นสัญญาณแห่งศักดิ์ศรี เช่นเดียวกับเมื่อคน ๆ หนึ่งปฏิเสธที่จะทำให้ตัวเองอับอายต่อหน้าคนอื่นโดยพิจารณาว่าคุณค่าของตัวเองอยู่เหนือการกระทำที่ไม่ดีเช่นนั้น

ความเป็นมาของการบัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในประเทศไทยปรากฏครั้งแรกในมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ก็ได้บัญญัติคุ้มครองไว้ในมาตรา 4 เช่นกัน ในต่างประเทศได้มีรัฐธรรมนูญอย่างน้อย 2 ประเทศที่บัญญัติรับรอง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ไว้ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และรัฐธรรมนูญของแอฟริกาใต้ โดยทั้ง 2 ประเทศนั้นต่างมีปัญหาเรื่องการกระทำของมนุษย์ในลักษณะที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าที่มาของคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ประเทศนั้นล้วนแต่มีที่มาจากเจ็บบวดของมนุษย์ โดยที่มาของคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ของเยอรมันนั้นสืบเนื่องมาจากเหตุการณ์ในระหว่าง สงครามโลกครั้งที่ 2 (ค.ศ. 1944 - 1945) พวกนาซีภายใต้การนำของ ออดอล์ฟ ไอชมาน (Adolf Eichmann) ซึ่งเป็นผู้ใต้บังคับบัญชาของอดอล์ฟ ฮิตเลอร์ (Adolf Hitler) ผู้นำพรรคนาซีของเยอรมัน ได้ดำเนินวิธีการต่าง ๆ ที่มนุษย์ไม่พึงปฏิบัติกันแก่ชนชาวยิว ได้แก่ การโกนหัวสตรีแล้วนำเอาผมไปทอเป็นเครื่องนุ่งห่มเพื่อให้ความอบอุ่นแก่ร่างกายโดยไม่คำนึงว่าผู้เป็นเจ้าของผมเหล่านั้นจะหนาวเหน็บเพียงใดในฤดูหนาว การใช้มนุษย์เป็นเครื่องทดลองยาโดยฉีดยาต่าง ๆ เข้าร่างกาย การทดลองที่นิยมมากคือ คัดเอามนุษย์ผ่าแผลมาใช้ทดลองโดยความเชื่อว่าจะมีคุณสมบัติเหมือนกันมากกว่ามนุษย์อื่น ๆ ปรากฏการณ์ที่ได้จากการทดลองคงจะแสดงผลได้ใกล้ความจริงที่สุด ส่วนผลร้ายที่เกิดแก่มนุษย์เหล่านั้นไม่ว่าความพิการหรือความตาย

เหล่านี้ พวกนาซีที่นำมาทดลองไม่คำนึงถึงความเป็นมนุษย์แต่อย่างใด จากการปฏิบัติของกลุ่มนาซีที่มีต่อชาวยิวคาดกันว่ามีชาวยิวเสียชีวิตในช่วง สงครามโลกครั้งที่ 2 ประมาณ 6 ล้านคน ด้วยความสำนึกที่มีต่อมนุษยชาติที่บรรดาเหล่านาซี ได้กระทำต่อชาวยิว ด้วยเหตุนี้เองเมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญเยอรมัน ฉบับ ค.ศ. 1949 (ฉบับปัจจุบัน) ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1(1) ของรัฐธรรมนูญว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ เป็นภาระหน้าที่ของรัฐที่จะต้องให้ความเคารพ และให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” จะเป็นการแสดงเจตนาในนามของรัฐเยอรมัน ว่าประเทศเยอรมันนั้นเคารพและจะคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จักไม่ทำการที่บรรพชนของตนได้กระทำต่อชาวยิวอีกต่อไปแล้ว⁵¹

คำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ถือกำเนิดขึ้นมาเนื่องจากการปฏิบัติที่มนุษย์กระทำต่อมนุษย์ด้วยกันอย่างโหดร้ายทารุณ การยืนยันถึง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” จึงเป็นการยืนยันถึงความเท่าเทียมกันในฐานะความเป็นมนุษย์⁵² สิทธิในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นมูลฐานหนึ่งของหลักสิทธิมนุษยชนสากลโดยมีปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) ได้มีการรับรองหลักการดังกล่าวไว้และเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จึงสามารถกล่าวได้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นรากฐานที่มาของบรรดาสิทธิและเสรีภาพที่รัฐล่วงละเมิดมิได้ ความหมายของคำว่า “ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์” ในทางกฎหมายนั้น W. Maihofer และ R. F. Behrendt นักกฎหมายเยอรมันมองว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นการแสดงออกถึงการสร้างปริมาณของความเป็นอิสระของปัจเจกชนให้กว้างที่สุดเท่าที่จะทำได้ รวมทั้งใช้ประโยชน์จากปริมาณดังกล่าวเพื่อการดำรงไว้ซึ่งชีวิตมนุษย์ ตลอดทั้งปรับปรุงชีวิตมนุษย์ให้ดียิ่งขึ้นโดยวิธีการพัฒนาขีดความสามารถของมนุษย์ไปสู่เป้าหมายที่กำหนดไว้ ในส่วนของนักกฎหมายและนักวิชาการไทยได้ให้ความหมายของคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ไว้ว่า คุณค่าของความเป็นมนุษย์ที่มีอยู่ในตัวบุคคลทุกคน ซึ่งรัฐธรรมนูญได้ให้ความคุ้มครอง รัฐจะต้องปฏิบัติต่อประชาชนโดยถือว่าประชาชนเป็นมนุษย์คนหนึ่ง ดังนั้น ศักดิ์ศรีในความเป็นมนุษย์จึงเป็นคุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะตัวเป็นคุณค่าที่มีความผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ซึ่งบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่าดังกล่าวโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเชื้อชาติ ศาสนา วัย คุณสมบัติอื่น ๆ โดยเฉพาะเรื่องเพศ ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นเพศชายหรือเพศหญิงก็ตามทุกคนมีความเป็นมนุษย์และมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเท่าเทียมกัน การใช้อำนาจของรัฐไม่ว่าจะโดยอำนาจใดหรือวิธีใดจะต้องถือว่ามนุษย์นั้นมิใช่เป็นเพียงวัตถุแห่งการกระทำของรัฐ การที่รัฐได้กระทำการใดไปในลักษณะที่ทำให้บุคคลที่มีเพศก้ำกวมถูกลดคุณค่าเป็นเพียงวัตถุแห่งการกระทำของรัฐนั้น ๆ ย่อมขัดกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และไม่สามารถกระทำได้

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) คือ คุณค่าที่ผู้คนมีต่อตนเองโดยความเป็นจริง ไม่ใช่เงื่อนไขที่กำหนดโดยบุคคลหรือองค์กรใด ๆ แต่เป็นสิ่งที่มิอยู่ในมนุษยชาติโดยไม่มีความแตกต่างทางเพศ เชื้อ

⁵¹ ศุภรา ศรีปริวาทีน, ‘แนวคิดและหลักการของสิทธิมนุษยชน’ (thaipolitics government) <<http://www.thaipolitics government.org>> สืบค้นเมื่อ 27 เมษายน 2566.

⁵² บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 6, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2562) 85.

ชาติศาสนาหรือรสนิยมทางเพศ นอกจากนี้ยังไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้และไม่สามารถเข้าถึงได้ กล่าวคือ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นส่วนหนึ่งของสภาพของมนุษย์เสมอ โดยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือคุณค่าของมนุษย์สามารถเข้าใจได้หลายวิธีและเกี่ยวข้องกับสิ่งต่าง ๆ มากมาย แต่โดยรวมแล้วเป็นแนวคิดทางปรัชญาและกฎหมาย การยอมรับโดยรัฐให้คำมั่นว่าพวกเขาจะต่อสู้กับสังคมเศรษฐกิจหรือด้านอื่น ๆ ซึ่งถือว่าการดำรงอยู่ของมนุษย์ที่ไม่คู่ควรนั้นคือการหลุดออกจากเงื่อนไขขั้นต่ำที่บุคคลใด ๆ สมควรได้รับ จึงอาจกล่าวได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) หมายถึง คุณสมบัติจิตใจ สิทธิเฉพาะตัวที่พึงสงวนของมนุษย์ทุกคน และรักษาไว้มิให้บุคคลอื่นมาล่วงละเมิดได้ การถูกละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นสิ่งที่ต้องได้รับการคุ้มครองและได้รับความยุติธรรมจากรัฐ

“สิทธิมนุษยชน” (Human Rights) หมายถึงการที่มนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์เท่าเทียมกัน โดยในปรัชญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนระบุไว้ว่า สิทธิมนุษยชนใช้กับมนุษย์ทุกคนโดยเสมอกัน ไม่ว่าจะอยู่ที่ใด รัฐใด มีเชื้อชาติหรือวัฒนธรรมใด โดยสิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลได้รับการรับรองทั้งความคิดและการกระทำที่ไม่มีการล่วงละเมิดได้ ไม่ว่าจะมีความเชื่ออะไร หรือใช้ชีวิตแบบใด สิทธิมนุษยชนเป็นหลักทางศีลธรรมหรือจารีต ซึ่งอธิบายมาตรฐานตายตัวของพฤติกรรมมนุษย์และได้รับการคุ้มครองสม่ำเสมอ เป็นสิทธิทางกฎหมาย ในกฎหมายท้องถิ่นและกฎหมายระหว่างประเทศที่โดยปกติเข้าใจว่าเป็นสิทธิพื้นฐานที่ไม่สามารถโอนให้กันได้ “ซึ่งบุคคลมีสิทธิในตัวเพียงเพราะ ผู้นั้นเป็นมนุษย์” และซึ่ง “มีอยู่ในมนุษย์ทุกคน” โดยไม่คำนึงถึงชาติ สถานะ ภาษา ศาสนา ชาติพันธุ์กำเนิด หรือสถานภาพอื่นใด

สิทธิมนุษยชน (Human Rights) ตั้งอยู่บนพื้นฐานของคุณค่าความเป็นมนุษย์ เช่น ความมีศักดิ์ศรี ความยุติธรรม ความเท่าเทียม ความเคารพ และความเป็นอิสระที่ไม่อาจถูกพรากไปได้และไม่ได้เป็นเพียงแค่แนวคิดที่เป็นนามธรรมเท่านั้นแต่คือแนวคิดที่ได้รับการนิยามและได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายซึ่งสามารถใช้ได้ทุกที่ทุกเวลาในแง่ที่เป็นสากล และสมภาคในแง่ที่เหมือนกันสำหรับทุกคน สิทธิดังกล่าวต้องการความร่วมมือรู้สึกและหลักนิติธรรม และกำหนดพันธะต่อบุคคลให้เคารพสิทธิมนุษยชนของผู้อื่น สิทธิดังกล่าวไม่ควรถูกพรากไปยกเว้นอันเป็นผลของกระบวนการทางกฎหมายที่ยึดพฤติการณ์แวดล้อมจำเพาะ ตัวอย่างเช่น สิทธิมนุษยชนอาจรวมเสรีภาพจากการจำคุกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย การทรมาน และการประหารชีวิต เป็นต้น

สิทธิมนุษยชน เป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองแก่บุคคลทุก ๆ คนโดยมิได้แบ่งแยกว่าบุคคลนั้นจะเป็นคนของชาติใด เชื้อชาติใด ภาษาใดหรือศาสนาใด หากบุคคลนั้นเข้ามาอยู่ในอำนาจทางพื้นที่ที่ใช้รัฐธรรมนูญ บุคคลนั้นย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญนั้นด้วย สิทธิมนุษยชนเป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ทุกคน เป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติที่เป็นของมนุษย์ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์และด้วยเหตุผลแต่เพียงอย่างเดียวว่าเขาเกิดมาเป็นมนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้อยู่แล้วตั้งแต่เกิด โดยไม่ขึ้นกับว่าเป็นคนที่สังกัดชาติใด สิทธิมนุษยชนจึงมีลักษณะคล้ายกับ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ที่มุ่งคุ้มครอง “มนุษย์” นั้นเอง

ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ตั้งแต่ พ.ศ. 2491 ในฐานะที่เป็นสมาชิกองค์การสหประชาชาติโดยประเทศสมาชิกต่างมีเจตจำนงประการสำคัญว่า การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

อย่างมีประสิทธิภาพเป็นเงื่อนไขสำคัญประการหนึ่งที่จะก่อให้เกิดสันติภาพในประเทศสมาชิก ที่ร่วมองค์กรและสังคมระหว่างประเทศ ดังนั้น ประเทศไทยจึงมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาต่าง ๆ เช่น กฎบัตรสหประชาชาติ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่ง การเมือง สังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรม ตลอดจนกติการะหว่างประเทศที่ว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ เป็นต้น ประเทศไทยจึงให้ความสำคัญต่อเรื่องสิทธิมนุษยชนมากขึ้น⁵³

ด้วยเหตุนี้เองประเทศไทยจึงได้มีการนำหลักการพื้นฐานจากกฎบัตรสหประชาชาติปฏิญญาสากลและสนธิสัญญาต่าง ๆ ที่เป็นสาระสำคัญเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้การคุ้มครองสิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากรัฐของบุคคลผู้ซึ่งได้รับความเสียหายถึงแก่ชีวิต ร่างกาย หรือจิตใจ เนื่องมาจากการกระทำความผิดอาญาของผู้อื่น โดยตนเองมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้น และไม่มีโอกาสได้รับการบรรเทาความเสียหายทางอื่น โดยบัญญัติให้การคุ้มครองเป็นครั้งแรกไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ซึ่งต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) เมื่อ พ.ศ. 2559 ขึ้นมาเพื่อรับรองคุ้มครองสิทธิดังกล่าวไว้โดยเฉพาะและเมื่อมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ก็ได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญาไว้ทำนองเดียวกัน ปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 25 วรรคท้ายบัญญัติว่า “บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพหรือจากการกระทำความผิดอาญาของบุคคลอื่น ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาหรือช่วยเหลือจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ” ซึ่งจะเห็นได้ว่าสิทธิของผู้เสียหายในการได้รับค่าตอบแทนจากการละเมิดในทางอาญาของผู้อื่นก็ยังคงได้รับการคุ้มครองอยู่เช่นเดิม

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้เสียหายในคดีอาญา ดังนี้

“มาตรา 27 สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้งโดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพัน

รัฐสภา คณะรัฐมนตรีศาล และองค์กรอื่นของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง”

“มาตรา 28 บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้”

⁵³ วิชาญ เจริญรัตน์, ความเสมอภาคทางสิทธิมนุษยชนกับสิทธิการได้รับความช่วยเหลือของผู้เสียหายในคดีอาญา (pdf, ศูนย์ฝึกอบรมตำรวจภูธรภาค 8 มปป.).

“มาตรา 29 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย โดยอนุโลม”

“มาตรา 31 บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม จะกระทำมิได้ แต่การลงโทษประหารชีวิตตามที่กฎหมายบัญญัติไม่ถือว่าเป็นการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมตามความในวรรคนี้

การจับ คุมขัง ตรวจค้นตัวบุคคล หรือการกระทำใดอันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย”

“มาตรา 245 บุคคลซึ่งเป็นผู้เสียหายในคดีอาญามีสิทธิได้รับความคุ้มครองการปฏิบัติที่เหมาะสมและค่าตอบแทนที่จำเป็นและสมควรจากรัฐ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ

บุคคลใดได้รับความเสียหายถึงแก่ชีวิตหรือแก่ร่างกายหรือจิตใจ เนื่องจากการทำความผิดอาญาของผู้อื่นโดยตนมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำความผิดนั้น และไม่มีโอกาสได้รับการบรรเทาความเสียหายโดยทางอื่น บุคคลนั้น หรือทายาทย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ ทั้งนี้ตามเงื่อนไขและวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ”

จะเห็นได้ว่าประเทศไทยได้ให้ความคุ้มครองผู้เสียหายในคดีอาญาที่ถือว่าเป็นบุคคลสำคัญในกระบวนการยุติธรรมไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งทำให้มีการตรากฎหมายในระดับรองเพื่อรับรองสิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญาที่จะได้รับค่าตอบแทนผู้เสียหายจากการทำความผิดของผู้อื่นโดยตนเองไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำความผิดแต่อย่างใด ซึ่งในครั้งแรกนั้นกฎหมายได้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้เสียหายที่ถูกกระทำในลักษณะความผิดเกี่ยวกับชีวิต ร่างกายหรือจิตใจ แต่ยังมีผู้เสียหายในคดีอาญาที่ได้รับผลกระทบจากการทำความผิดอาญาของผู้อื่นที่ไม่ใช่ความผิดเกี่ยวกับชีวิต ร่างกายหรือจิตใจ ไม่ได้รับการคุ้มครองในการที่จะได้รับค่าตอบแทนทั้งที่ตัวผู้เสียหายถูกกระทำและได้รับความเสียหายจากการทำความผิดอาญาของผู้อื่น โดยที่ตนเองก็ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำความผิดนั้นแต่อย่างใดเช่นกัน ตามพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 ที่บัญญัติให้ความคุ้มครองในครั้งแรก ซึ่งถือว่าการคุ้มครองดังกล่าวยังไม่เป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชนที่กำหนดให้บุคคลมีสิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาคในการที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย และต่อมาพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายฯ ฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) เมื่อ พ.ศ. 2559 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 21 ตุลาคม

2559 ได้กำหนดเพิ่มเติมลักษณะความผิดที่ผู้เสียหายในคดีอาญาจะได้รับค่าตอบแทน ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชน มาตรา 224 และมาตรา 238 ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง มาตรา 309 มาตรา 310 มาตรา 311 มาตรา 312 ทวิและ มาตรา 313 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินมาตรา 336 มาตรา 337 มาตรา 339 มาตรา 339 ทวิมาตรา 340 มาตรา 340 ทวิและมาตรา 365 นอกจากนี้ยังกำหนดสาระสำคัญประการหนึ่ง ได้แก่มาตรา 6/1 ในคดีที่มีการร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ให้พนักงานสอบสวนแจ้งให้ผู้เสียหายหรือทนายซึ่งได้รับความเสียหายที่มาร้องทุกข์ดังกล่าวทราบถึงสิทธิการได้รับค่าตอบแทนตามพระราชบัญญัตินี้และวรรคสามเมื่อได้มีการแจ้งแล้วให้พนักงานสอบสวนหรือเจ้าพนักงานบันทึกรายละเอียดการแจ้งนั้นไว้ในสำนวนคดีซึ่งตนรับผิดชอบด้วยแล้วแต่กรณีทั้งนี้บรรดาระเบียบหรือประกาศที่ออกตามพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหาย และค่าตอบแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ.2544 ที่ใช้บังคับอยู่ก่อนยังคงบังคับใช้ต่อไปเท่าที่ไม่ขัดแย้งกับบทบัญญัติที่ได้แก้ไขเพิ่มเติม ดังนั้นสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนของผู้เสียหายในคดีอาญาตามพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายในคดีอาญา พ.ศ.2544 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) เมื่อ พ.ศ. 2559 ถือได้ว่าเป็นการให้ความคุ้มครองตามหลักความเสมอภาคที่เท่าเทียมกัน⁵⁴

2.7 แนวคิดในการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นเหยื่ออาชญากรรมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

พันธกิจหลักประการหนึ่งของรัฐคือการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมเพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อยให้เกิดขึ้นในสังคม เมื่อใดก็ตามที่เกิดอาชญากรรมขึ้นเท่ากับว่ารัฐปฏิบัติหน้าที่บกพร่องเนื่องจากรัฐไม่สามารถให้ความคุ้มครองพลเมืองของตนให้ปลอดภัยจากอาชญากรรมนั้นได้ ดังนั้นรัฐจึงมีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือและคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมเพื่อให้ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมได้รับการชดเชยเยียวยาและเกิดความเป็นธรรมอย่างแท้จริงขึ้นในสังคม ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะได้กล่าวถึง ความหมายของผู้เสียหายและเหยื่ออาชญากรรม และมาตรฐานระหว่างประเทศเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือและคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

2.7.1 ความหมายของผู้เสียหายและเหยื่ออาชญากรรม

คำว่า “เหยื่ออาชญากรรม” เป็นคำศัพท์ทางอาชญาวิทยาที่ใช้กันอย่างแพร่หลาย หมายถึง บุคคลหรือคณะบุคคลที่ได้รับอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจ หรือได้รับความเสียหายต่อทรัพย์สินหรือได้รับผลกระทบใด ๆ จากการประกอบอาชญากรรมหรือเสียดสิทธิจากการกระทำหรือละเว้นกระทำอันเป็นความผิดกฎหมายอาญา ตัวอย่างเช่น ถูกทำร้ายร่างกาย ถูกฆ่า ถูกข่มขืน ถูกชิงทรัพย์ เป็นต้น⁵⁵

อย่างไรก็ตามถ้อยคำดังกล่าวไม่ปรากฏอยู่ในตัวบทกฎหมาย โดยในตัวบทกฎหมายจะเรียกเหยื่ออาชญากรรมว่า “ผู้เสียหาย” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 2 (4) ได้บัญญัติไว้ว่า “ผู้เสียหาย” หมายความว่าบุคคลผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำผิดฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคล

⁵⁴ เฟิงอ้าง.

⁵⁵ จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย, *สังคมวิทยาอาชญากรรม* (สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2551) 160.

อื่นที่มีอำนาจจัดการแทนได้ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 4, 5 และ 6 จากความหมายดังกล่าวจะสามารถแบ่งประเภทของผู้เสียหายได้เป็นสองประเภท ได้แก่ ผู้เสียหายที่แท้จริง (ผู้เสียหายโดยตรง) และผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายที่แท้จริง (ผู้เสียหายโดยทางอ้อม)⁵⁶

สำหรับผู้เสียหายที่แท้จริงหรือผู้เสียหายโดยตรง มีหลักเกณฑ์ดังนี้

(1) มีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นต่อบุคคลนั้น
(2) บุคคลนั้นได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำความผิดนั้น กล่าวคือเป็น “ผู้เสียหายโดยพลตินัย”

(3) บุคคลนั้นเป็นผู้เสียหายตามกฎหมาย กล่าวคือเป็น “ผู้เสียหายโดยนิตินัย” หมายความว่าไม่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดนั้นหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดนั้นหรือเกี่ยวข้องพัวพันกับการกระทำความผิดนั้น⁵⁷

หลักเกณฑ์ข้อที่ (1) และ (2) เป็นหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติมาตรา 2 (4) แต่หลักเกณฑ์ข้อที่ (3) ศาลฎีกาได้วางแนวบรรทัดฐานเพิ่มเติม โดยอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า “ผู้ที่จะมาขอพึ่งบารมีแห่งความยุติธรรมต้องมาด้วยมืออันบริสุทธิ์”⁵⁸

อนึ่ง เมื่อเปรียบเทียบ ผู้เสียหายในคดีอาญาและเหยื่ออาชญากรรมจะพบว่าผู้เสียหายประเภทที่หนึ่งคือผู้เสียหายที่แท้จริง จะเป็นเหยื่ออาชญากรรมโดยตรง (Direct Victim) เนื่องจากเป็นผู้ที่ถูกล่วงละเมิดและได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำความผิดกฎหมายนั้น ส่วนผู้เสียหายประเภทที่สองคือ คือบุคคลที่มีอำนาจจัดการแทนได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 4, 5, 6 จะเป็นเหยื่ออาชญากรรมโดยอ้อม (Indirect Victim) ซึ่งได้แก่บุคคลที่สามที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดกฎหมายแม้ว่าการกระทำนั้นจะมีได้เกิดขึ้นแก่ผู้นั้นโดยตรงก็ตาม ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมโดยอ้อมกลุ่มนี้เป็นกลุ่มบุคคลที่ได้รับความเสียหายทางด้านจิตใจและทรัพย์สินอันเนื่องมาจากครอบครัวญาติพี่น้องผู้ใกล้ชิดอันเป็นที่รักของตนได้ตกเป็นเหยื่อโดยตรงของอาชญากรรม ส่งผลให้บุคคลกลุ่มนี้ต้องได้รับทุกขเวทนา มีความวิตกกังวลหวาดกลัวอาชญากรรม และอาจมีผลกระทบต่อวิถีทางในการดำเนินชีวิตอันเกิดจากอาชญากรรมดังกล่าวไปด้วย เช่น สามี ภริยา บุตร บิดา มารดา เป็นต้น⁵⁹

นอกจากนี้ในมุมมองด้านอาชญาวิทยาผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมโดยทางอ้อมยังหมายความรวมถึงประชาชน ชุมชน หรือสังคมที่เกิดอาชญากรรมขึ้นอีกด้วยในฐานะของสมาชิกของสังคมที่ได้รับ

⁵⁶ ผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายที่แท้จริงหรือผู้เสียหายโดยอ้อม ได้แก่บุคคลที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 4, 5 และ 6 เช่น ผู้เสียหายที่แท้จริงเป็นหญิงมีสามี สามีสามารถจัดการแทนได้หากได้รับอนุญาตโดยชัดแจ้งจากภริยา หากผู้เสียหายที่แท้จริง เป็นผู้เยาว์ ผู้แทนโดยชอบธรรมจะจัดการแทนได้หรือผู้เสียหายที่แท้จริงได้ถูกทำร้ายถึงตายหรือบาดเจ็บจนไม่สามารถจะจัดการเองได้ ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน สามีหรือภริยาจะสามารถจัดการแทนได้ เป็นต้น

⁵⁷ เกียรติชจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการดำเนินคดีในขั้นตอนก่อนการพิจารณา (พิมพ์ครั้งที่ 7, สำนักพิมพ์พลสยามพริ้นติ้ง 2553) 65.

⁵⁸ คเนิง ภาไชย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเล่ม 1 (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2537) 11.

⁵⁹ เพิ่งอ้าง 160-161.

ผลกระทบจากอาชญากรรมโดยต้องประสบกับความรู้สึกไม่ปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินและไม่สามารถคาดเดาได้ว่าตนและสมาชิกในครอบครัวจะตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมในวันใดวันหนึ่งหรือไม่⁶⁰

ทั้งนี้ เหยื่ออาชญากรรมมีความแตกต่างจากผู้เสียหาย กล่าวคือ เหยื่ออาชญากรรมจะพิจารณาตามความเป็นจริง หรือตามพยานันต์ ดังนั้นแม้เหยื่อจะมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดแต่ในทางอาชญาวิทยาก็ยังคงถือว่าบุคคลนั้นเป็นเหยื่ออาชญากรรม⁶¹ ส่วนผู้เสียหายนั้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) ต้องเป็นผู้เสียหายตามกฎหมาย กล่าวคือเป็น “ผู้เสียหายโดยนิติบัญญัติ” เท่านั้น ด้วยเหตุนี้ หากบุคคลใดมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดนั้นหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดนั้นหรือเกี่ยวข้องพัวพันกับการกระทำความผิดนั้น บุคคลนั้นย่อมมิอาจเป็นผู้เสียหาย และไม่มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ตลอดจนไม่สามารถขอรับความช่วยเหลือตามกฎหมายอื่น ๆ จากรัฐ เช่น การขอรับค่าตอบแทนตามพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ.2544 ซึ่งกำหนดถึงผู้เสียหายที่มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนไว้ว่าจะต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดนั้น เป็นต้น

2.7.2 มาตรฐานระหว่างประเทศเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือและคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม

การคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมไม่ใช่เรื่องของมนุษยธรรม แต่เป็นเรื่องของสิทธิอันชอบธรรม⁶² ในฐานะสิทธิมนุษยชนที่พึงได้รับการรับรองคุ้มครองจากรัฐซึ่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อ 8 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอย่างได้ผลโดยศาลแห่งชาติซึ่งมีอำนาจเนื่องจากการกระทำใด ๆ อันละเมิดต่อสิทธิขั้นมูลฐานซึ่งตนได้รับจากรัฐธรรมนูญ” ทั้งนี้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมุ่งให้ความคุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแก่ผู้ถูกกล่าวหา ในส่วนของผู้ต้องหาและจำเลยตลอดจนนักโทษตามคำพิพากษาเป็นสำคัญ เนื่องจากในอดีตระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศต่าง ๆ ได้ปฏิบัติต่อผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดเป็นเสมือนวัตถุแห่งการดำเนินคดี (Object) ดังนั้นองค์การสหประชาชาติจึงเน้นความสำคัญของการปฏิบัติต่อผู้ต้องหา จำเลยและผู้กระทำผิดเป็นลำดับแรกมากกว่าที่จะคำนึงถึงผู้เสียหาย⁶³

อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมและผู้เสียหายในคดีอาญาได้ริเริ่มขึ้นอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมตั้งแต่ปี ค.ศ. 1980 เป็นต้นมา ในปี ค.ศ. 1985 องค์การสหประชาชาติโดยมติที่ประชุมสมัชชา

⁶⁰ เพิ่งอ้าง 162.

⁶¹ ภัทรวรรณ ทองใหญ่, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2553) 70-71.

⁶² ซาดี ซัยเดซสุริยะ, *มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา* (สำนักพิมพ์เดือนตุลา 2548) 168.

⁶³ อุทัย อาทิวา, *คู่มือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเล่ม 2 สิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์ วี.เจ.พรินต์ 2559) 124.

ใหญ่ที่ 40/34 ได้ประกาศรับรองปฏิญญาว่าด้วยหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการอำนวยความสะดวกแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากอาชญากรรมและการใช้อำนาจไม่ถูกต้อง (Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power) ได้ให้ความหมายของ “ผู้เสียหายจากอาชญากรรม” (Victim) ไว้ว่า บุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ได้รับความเสียหายไม่ว่าจะในด้านการบาดเจ็บทางร่างกายหรือสภาพจิตใจ ความเจ็บปวดทรมาน ความรู้สึกนึกคิด ความสูญเสียทางเศรษฐกิจหรือสิทธิพื้นฐานโดยเป็นผลจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำซึ่งการละเมิดต่อกฎหมายอาญาหรือกฎหมายที่บัญญัติให้การใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบเป็นความผิดทางอาญาอันเป็นกฎหมายของประเทศนั้น ๆ จึงได้กำหนดมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิของเหยื่ออาชญากรรมหรือผู้เสียหายไว้ 4 ประการ มีสาระสำคัญสามารถสรุปได้ดังนี้ กล่าวคือ

(1) การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม (Access to Justice and Fair Treatment) เพื่อให้ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมได้รับการปฏิบัติด้วยความเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มีสิทธิเรียกร้องผ่านกระบวนการยุติธรรม⁶⁴ องค์กรศาลและองค์กรของฝ่ายบริหารจะต้องวางมาตรการที่จำเป็นเพื่อส่งเสริมให้ผู้เสียหายได้รับการชดเชยเยียวยาผ่านวิธีพิจารณาที่รวดเร็วและเป็นธรรม ประหยัดและเข้าถึงกระบวนการนั้นได้ง่าย⁶⁵ รวมทั้งให้คำแนะนำและแจ้งให้ผู้เสียหายทราบถึงกระบวนการพิจารณาตั้งแต่บทบาทหน้าที่ ขอบเขต ระยะเวลา ความคืบหน้าของคดี จัดให้ผู้เสียหายได้แสดงความคิดเห็นและความรู้สึกและให้ข้อเท็จจริงโดยมีกระบวนการรับฟังผู้เสียหายเกี่ยวกับความเสียหายที่ได้รับภายใต้ระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของแต่ละประเทศ ตลอดจนจัดให้ผู้เสียหายได้รับบริการช่วยเหลือ (Assistance) อย่างเหมาะสมตามสมควรตั้งแต่เริ่มต้นคดีจนถึงสิ้นสุดกระบวนการทางกฎหมาย⁶⁶

⁶⁴ Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power 1985 Section 4

“Victims should be treated with compassion and respect for their dignity. They are entitled to access to the mechanisms of justice and to prompt redress, as provided for by national legislation, for the harm that they have suffered.”

⁶⁵ Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power 1985 Section 5

“Judicial and administrative mechanisms should be established and strengthened where necessary to enable victims to obtain redress through formal or informal procedures that are expeditious, fair, inexpensive and accessible. Victims should be informed of their rights in seeking redress through such mechanisms.”

⁶⁶ Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power 1985 Section 6

“The responsiveness of judicial and administrative processes to the needs of victims should be facilitated by:

(a) Informing victims of their role and the scope, timing and progress of the proceedings and of the disposition of their cases, especially where serious crimes are involved and where they have requested such information;

(2) การได้รับการชดเชยความเสียหายโดยผู้กระทำผิด (Restitution) ผู้กระทำผิดตลอดจนบุคคลที่สาม เช่น บิดา มารดาในกรณีที่ผู้เยาว์เป็นผู้กระทำความผิดที่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของผู้กระทำผิด จะต้องชดเชยเยียวยาให้กับผู้เสียหายครอบครัวหรือทายาทของผู้เสียหายอย่างเป็นทางการและเหมาะสม การชดเชยเยียวยาดังกล่าวหมายความรวมถึงการคืนทรัพย์สินหรือชดเชยราคาสำหรับความสูญหายหรือเสียหายของทรัพย์สินนั้นรวมทั้งการชดเชยค่าเสียหายที่ผู้เสียหายได้ทตรงจ่ายไปก่อนเนื่องจากการตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม ตลอดจนค่าใช้จ่ายอื่น ๆ และการชดเชยสิทธิของผู้เสียหายที่ต้องเสียไปนั้น⁶⁷ นอกจากนี้รัฐพึงพิจารณาปรับปรุงข้อปฏิบัติต่าง ๆ ระเบียบ ตลอดจนข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อกำหนดให้การชดเชยเยียวยาความเสียหายโดยผู้กระทำผิด (Restitution) เป็นมาตรการทางลงโทษทางเลือกรูปแบบหนึ่งในคดีอาญา⁶⁸

(3) การได้รับการชดเชยความเสียหายโดยรัฐ (Compensation) รัฐพึงจัดให้มีมาตรการชดเชยเยียวยาค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายในกรณีที่ค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับจากผู้กระทำผิดหรือโดยทางอื่น ๆ

(b) Allowing the views and concerns of victims to be presented and considered at appropriate stages of the proceedings where their personal interests are affected, without prejudice to the accused and consistent with the relevant national criminal justice system;

(c) Providing proper assistance to victims throughout the legal process;

(d) Taking measures to minimize inconvenience to victims, protect their privacy, when necessary, and ensure their safety, as well as that of their families and witnesses on their behalf, from intimidation and retaliation;

(e) Avoiding unnecessary delay in the disposition of cases and the execution of orders or decrees granting awards to victim”

⁶⁷ Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power 1985 Section 8

“Offenders or third parties responsible for their behaviour should, where appropriate, make fair restitution to victims, their families or dependants. Such restitution should include the return of property or payment for the harm or loss suffered, reimbursement of expenses incurred as a result of the victimization, the provision of services and the restoration of rights.”

⁶⁸ Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power 1985 Section 9

“Governments should review their practices, regulations and laws to consider restitution as an available sentencing option in criminal cases, in addition to other criminal sanctions.”

ยังไม่เพียงพอแก่การชดเชยเยียวยาผู้เสียหาย⁶⁹ รวมทั้งจัดตั้งกองทุนแห่งชาติเพื่อการชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย⁷⁰

(4) การให้บริการความช่วยเหลือ (Assistance) ผู้เสียหายพึงได้รับความช่วยเหลือที่จำเป็นทั้งในด้านวัตถุ การรักษาพยาบาล ตลอดจนความช่วยเหลือในด้านจิตใจ อารมณ์ ความรู้สึกและความช่วยเหลือทางสังคมทั้งจากรัฐ อาสาสมัครและชุมชน⁷¹

มาตรฐานขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมในข้างต้นเป็นแนวทางให้ประเทศต่าง ๆ รวมทั้งประเทศไทยในฐานะสมาชิกขององค์การสหประชาชาตินำไปปฏิบัติโดยสร้างระบบและกลไกในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเพื่อพัฒนาและยกระดับการคุ้มครองสิทธิของเหยื่ออาชญากรรมและผู้เสียหายให้มีความเหมาะสมสอดคล้องกับบริบททางสังคม วัฒนธรรมและระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ

มาตรการคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมในประเทศไทย

ประเทศไทยได้มีการรับรองและยกระดับการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญาให้สอดคล้องกับปฏิญญาว่าด้วยหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการอำนวยความสะดวกแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากอาชญากรรมและการใช้อำนาจไม่ถูกต้อง (Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power) ทั้ง 4 ด้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในการดำเนินคดีอาญาของผู้เสียหายและสิทธิที่จะได้รับการชดเชยเยียวยาความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับจากการกระทำผิดอาญานั้น ๆ ซึ่งได้มีการพัฒนาขึ้นตามลำดับ มีรายละเอียดสามารถสรุปได้ ดังนี้

⁶⁹ Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power 1985 Section 12

“When compensation is not fully available from the offender or other sources, States should endeavour to provide financial compensation to:

(a) Victims who have sustained significant bodily injury or impairment of physical or mental health as a result of serious crimes;

(b) The family, in particular dependants of persons who have died or become physically or mentally incapacitated as a result of such victimization.”

⁷⁰ Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power 1985 Section 13

“The establishment, strengthening and expansion of national funds for compensation to victims should be encouraged. Where appropriate, other funds may also be established for this purpose, including in those cases where the State of which the victim is a national is not in a position to compensate the victim for the harm.”

⁷¹ Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power 1985 Section 14

“Victims should receive the necessary material, medical, psychological and social assistance through governmental, voluntary, community-based and indigenous means.”

1) การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม (Access to Justice and Fair Treatment) ประเทศไทยมีบทบัญญัติกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิและให้อำนาจผู้เสียหายในการดำเนินคดีอาญาและเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมอยู่ในระดับที่สูงมากตั้งแต่สิทธิในการริเริ่มคดีอาญาของผู้เสียหาย โดยการร้องทุกข์เพื่อร้องขอให้รัฐดำเนินคดีลงโทษผู้กระทำผิด⁷² การฟ้องคดีอาญา⁷³ การขอเข้าร่วมเป็นโจทก์กับพนักงานอัยการ⁷⁴ ไปจนถึงสิทธิในการระงับคดีไม่ว่าจะเป็นการถอนคำร้องทุกข์ การถอนฟ้องและการยอมความในกรณีความผิดต่อส่วนตัว⁷⁵ ซึ่งเป็นสิทธิเด็ดขาดของผู้เสียหายและตัดอำนาจการดำเนินคดีต่อไปโดยรัฐ และเมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งใด ๆ แล้วผู้เสียหายไม่เห็นด้วยกับผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นต้องการโต้แย้งก็สามารถใช้สิทธิอุทธรณ์ฎีกาคัดค้านคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลล่างได้ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย⁷⁶

ในกรณีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยยื่นคำร้องขอปล่อยตัวชั่วคราว ผู้เสียหายมีสิทธิยื่นคัดค้านการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 108 ในการวินิจฉัยคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราว ศาลจะต้องพิจารณาคำคัดค้านของพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ โจทก์ หรือผู้เสียหาย (ถ้ามี) ประกอบด้วย เนื่องจากผู้เสียหายซึ่งส่วนใหญ่มีฐานะเป็นพยานในคดี ตลอดจนสมาชิกในครอบครัวอาจถูกกลั่นแกล้ง หรือถูกข่มขู่จากผู้ต้องหาหรือจำเลยผู้มีอิทธิพลในระหว่างที่ได้รับการปล่อยตัวชั่วคราวก็ได้ ส่งผลให้ผู้เสียหายเกิดความเกรงกลัวและไม่กล้าให้การเป็นพยานหรือดำเนินคดีกับผู้ต้องหาหรือจำเลยต่อไป

นอกจากบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิในการดำเนินคดีอาญาและสิทธิอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประธานศาลฎีกาได้ออกคำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับแนวทางการปฏิบัติต่อผู้เสียหายในคดีอาญา พ.ศ. 2563 เพื่อให้กระบวนการทางศาลทุกขั้นตอนมีการปฏิบัติต่อผู้เสียหายซึ่งตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมได้อย่างเหมาะสมสอดคล้องกับหลักการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและมาตรฐานขององค์การสหประชาชาติ เช่น เมื่อศาลเห็นเป็นการจำเป็น ศาลสามารถสั่งให้เจ้าหน้าที่ศาลจัดทำข้อมูลประวัติของผู้เสียหาย ผลกระทบหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อผู้เสียหาย ความคิดเห็นหรือความกังวลใจของผู้เสียหาย ตลอดจนพฤติกรรมอื่นใดที่เกี่ยวข้องซึ่งศาลเห็นว่า

⁷² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (7)

⁷³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28

⁷⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 30

⁷⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (2)

⁷⁶ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)) ข้อ 14 (5) ในคดีอาญาประเทศไทยใช้ระบบการอุทธรณ์-ฎีกาโดยสิทธิ (Appeal by Right) กล่าวคือคู่ความหรือบุคคลที่ถูกกระทบสิทธิโดยตรงจากผลแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลล่าง สามารถอุทธรณ์ฎีกาได้เว้นแต่จะถูกจำกัดตัดสิทธิในการอุทธรณ์หรือฎีกาโดยบทกฎหมายใดบทหนึ่ง ทั้งนี้สิทธิในการอุทธรณ์ของโจทก์หรือจำเลยนั้นถือเป็นสิทธิมนุษยชนตามมาตรฐานสากล

เป็นประโยชน์ต่อคดี⁷⁷ มีการอธิบายสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายของผู้เสียหาย มีการแจ้งขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณา รวมถึงความคืบหน้าและการสิ้นสุดการดำเนินกระบวนการให้ผู้เสียหายได้ทราบ⁷⁸ หรือในการพิจารณาคำร้องขอปล่อยชั่วคราวผู้เสียหาย ศาลจะต้องคำนึงถึงความปลอดภัยในชีวิต ร่างกายจิตใจ ทรัพย์สินและสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้เสียหายโดยอาจสอบถามความคิดเห็นของผู้เสียหายเพื่อประกอบการพิจารณาสั่งคำร้องขอปล่อยชั่วคราว⁷⁹ โดยอาจกำหนดมาตรการกำกับดูแลความประพฤติของผู้ถูกปล่อยชั่วคราว โดยคำนึงถึงความปลอดภัยและสิทธิของผู้เสียหาย เช่น ห้ามยุ่งเกี่ยวหรือติดต่อกับผู้เสียหายไม่ว่าด้วยวิธีการใด ห้ามเข้าไปในสถานที่ที่ผู้เสียหายอยู่อาศัย⁸⁰ เป็นต้น

นอกจากนี้ในการกำหนดโทษ ศาลพึงรับฟังความคิดเห็นของผู้เสียหายและคำนึงถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นแก่ผู้เสียหายประกอบด้วยเสมอ และในกรณีที่ศาลจะพิพากษาการกำหนดโทษหรือการลงโทษและคุมประพฤติจำเลย หากผู้เสียหายยังไม่ได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทนพึงกำหนดให้การชดเชยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นเงื่อนไขในการคุมประพฤติจำเลยด้วย รวมทั้งอาจวางเงื่อนไขให้จำเลยปฏิบัติหรือละเว้นปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อป้องกันอันตรายหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่ผู้เสียหายด้วยก็ได้⁸¹

(2) การได้รับการชดเชยความเสียหายจากผู้กระทำผิด (Restitution) ผู้เขียนได้จัดแบ่งประเภทของการชดเชยความเสียหายโดยผู้กระทำผิดภายใต้กฎหมายของประเทศไทยออกเป็นสองรูปแบบ กล่าวคือ การชดเชยความเสียหายที่เป็นทรัพย์สินหรือตัวเงินและที่มีใช้ตัวเงินในกรณีของการชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เป็นตัวเงิน เมื่อมีความผิดอาญาเกิดขึ้นอันก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย จิตใจหรือได้รับความเสื่อมเสียต่อเสรีภาพในร่างกายชื่อเสียงหรือความเสียหายในทรัพย์สิน ผู้เสียหายสามารถใช้สิทธิฟ้องคดีอาญาและคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา⁸² ต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อเรียกร้องให้ผู้กระทำผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ อย่างไรก็ตามผู้เสียหายจะต้องรับผิดชอบเสียค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในส่วนของคดีแพ่งด้วย⁸³ สำหรับในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ ในกรณีความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ได้แก่ ลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ โจรสลัด กรรโชก ฉ้อโกงหรือยักยอก ถ้าผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกร้องทรัพย์สินหรือราคาที่เขาสูญเสียไป

⁷⁷ คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับแนวทางการปฏิบัติต่อผู้เสียหายในคดีอาญา พ.ศ. 2563 ข้อ 3 วรรคหนึ่ง

⁷⁸ คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับแนวทางการปฏิบัติต่อผู้เสียหายในคดีอาญา พ.ศ. 2563 ข้อ 4

⁷⁹ คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับแนวทางการปฏิบัติต่อผู้เสียหายในคดีอาญา พ.ศ. 2563 ข้อ 6

⁸⁰ คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับแนวทางการปฏิบัติต่อผู้เสียหายในคดีอาญา พ.ศ. 2563 ข้อ 7

⁸¹ คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับแนวทางการปฏิบัติต่อผู้เสียหายในคดีอาญา พ.ศ. 2563 ข้อ 10

⁸² คดีแพ่งที่เกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา หมายถึง คดีแพ่งที่มีมูลหรือเหตุจากการกระทำผิดอาญา ซึ่งคดีอาญามักจะก่อให้เกิดมูลคดีในทางแพ่งในลักษณะละเมิดด้วย เช่น การทำร้ายร่างกาย นอกจากจะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 แล้วก็เป็นเหตุให้เรียกค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากการกระทำละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, *ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับอ้างอิง)* (พิมพ์ครั้งที่ 19, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2562) 40.

⁸³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 40

เนื่องจากการกระทำความผิดคืบหน้า พนักงานอัยการอาจมีคำขอให้ศาลสั่งให้จำเลยคืนหรือใช้ราคาทรัพย์สินแทนผู้เสียหายอันเป็นการเรียกให้ผู้กระทำผิดชดเชยแก่ผู้เสียหายอีกทางหนึ่งด้วย⁸⁴

นอกจากนี้ในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์หากผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพราะเหตุได้รับอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย จิตใจหรือได้รับความเสื่อมเสียต่อเสรีภาพในร่างกายหรือชื่อเสียงหรือได้รับความเสียหายในทางทรัพย์สินอันเนื่องมาจากการกระทำผิดของจำเลย ผู้เสียหายจะยื่นคำร้องต่อศาลที่พิจารณาคดีอาญาขอให้บังคับจำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ตนก็ได้เช่นกัน⁸⁵ โดยได้รับยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลในส่วนของคุณค่า⁸⁶ ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายที่ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมให้ได้รับชดเชยค่าสินไหมทดแทนโดยสะดวกและรวดเร็ว

สำหรับการชดเชยความเสียหายโดยผู้กระทำผิดในรูปแบบที่มีใช้ตัวเงินแต่เป็นการชดเชยเยียวยาผู้เสียหายทางด้านจิตใจ ได้แก่ การนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice) ซึ่งเป็นการอำนวยความสะดวกที่มีการคำนึงถึงเหยื่อหรือผู้เสียหาย รวมทั้งมีการนำครอบครัวและชุมชนซึ่งมีฐานะเป็นเหยื่อโดยทางอ้อมเข้ามามีส่วนรับรู้และร่วมกันแก้ไขเยียวยาผู้เสียหายมาปรับใช้กับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในคดีความผิดที่ไม่ร้ายแรง เช่น คดีความผิดเล็กน้อยตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ความผิดที่เด็กและเยาวชนเป็นผู้กระทำผิดตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 หรือ คดีซึ่งมีโทษจำคุกหรือปรับและศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี ไม่ว่าจะลงโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม เมื่อศาลได้พิพากษาให้มีการรอกำหนดโทษหรือรอกำหนดโทษจำเลยตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ศาลอาจกำหนดเงื่อนไขคุ้มครองความประพฤติผู้กระทำผิดโดยให้จำเลยชดเชยค่าสินไหมทดแทนหรือเยียวยาความเสียหายโดยวิธีอื่นให้แก่ผู้เสียหายตามที่ผู้กระทำผิดและผู้เสียหายตกลงกันได้⁸⁷ เป็นต้น

(3) การได้รับการชดเชยความเสียหายโดยรัฐ (Compensation) เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นและมีบุคคลตกเป็นเหยื่อเท่ากับว่ารัฐบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่ในการคุ้มครองประชาชนทุกคนให้ได้รับความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ดังนั้นรัฐจึงมีหน้าที่รับผิดชอบแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น สำหรับประเทศไทย สิทธิของผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมที่จะได้รับการช่วยเหลือเยียวยาจากรัฐได้ถูกรับรองและคุ้มครองไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และเป็นที่มาของการตราพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2559 เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการต่าง ๆ ในการที่รัฐจะเยียวยาความเสียหายของผู้เสียหายในคดีอาญา แม้ในปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 จะถูกยกเลิกไปแล้ว แต่สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายยังคงได้รับการรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.

⁸⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 43

⁸⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 44/1

⁸⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 253

⁸⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 วรรคสาม (7)

2560 มาตรา 25 วรรคท้าย ซึ่งกำหนดให้บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดอาญาของบุคคลอื่น ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาหรือช่วยเหลือจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ⁸⁸

อนึ่ง เหยื่อหรือผู้เสียหายที่มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนตามพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2559 แบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ผู้เสียหายที่ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม และจำเลยในคดีอาญาหรือเหยื่อของกระบวนการยุติธรรม⁸⁹

โดยพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 มาตรา 3 ได้ให้ความหมายของคำว่า “ผู้เสียหาย” ไว้หมายถึงบุคคลที่ได้รับความเสียหายถึงแก่ชีวิต ร่างกายหรือจิตใจ จากการกระทำความผิดอาญาของผู้อื่นโดยตนมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดนั้น สำหรับฐานความผิดที่ผู้เสียหายอาจขอรับค่าตอบแทน⁹⁰ จากรัฐได้ เช่น ถูกข่มขืนกระทำชำเราหรือถูกกระทำอนาจาร ถูกทำร้ายได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตาย ถูกหลอกลวงได้รับบาดเจ็บถึงแก่ความตาย (กรณีเจตนาโดยพลาดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 60) ได้รับบาดเจ็บสาหัสหรือตายจากการกระทำโดยประมาท เลินเล่อของผู้อื่นโดยพิสุจน์แล้วมีข้อยุติว่าผู้เสียหายไม่ได้มีส่วนประมาทด้วย ความผิดฐาน ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ เป็นต้น⁹¹

ในคดีที่มีการร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พนักงานสอบสวนมีหน้าที่แจ้งให้ผู้เสียหายหรือทายาทซึ่งได้รับความเสียหายที่มาร้องทุกข์ดังกล่าวทราบถึงสิทธิการได้รับค่าตอบแทนจากรัฐด้วย⁹² ทั้งนี้ผู้เสียหายหรือทายาทซึ่งได้รับความเสียหายที่มีสิทธิขอรับค่าตอบแทน

⁸⁸ ไพโรจน์ ตินชาตอารักษ์ และบุษรินทร์ หลวงประสาร, ‘แนวทางการช่วยเหลือผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม และผู้ไม่ได้รับความเป็นธรรมแบบบูรณาการ ยุติธรรมใส่ใจ (Justice Care)’ (เมษายน 2562) 12 วารสารกระบวนการยุติธรรม, 127.

⁸⁹ พระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 “มาตรา 3 จำเลยในคดีอาญา หมายถึง บุคคลที่ถูกฟ้องต่อศาลว่าได้กระทำความผิดอาญา และมาตรา 20 จำเลยที่มีสิทธิได้รับค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องเป็นจำเลยที่ถูกดำเนินคดีโดยพนักงานอัยการและถูกคุมขังระหว่างการพิจารณาคดีต่อมาปรากฏหลักฐานชัดเจนว่าจำเลยมิได้เป็นผู้กระทำความผิด มีการถอนฟ้องระหว่างการดำเนินคดีหรือมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าไม่ได้กระทำความผิดหรือการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิด”

⁹⁰ พระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 “มาตรา 18 ค่าตอบแทน ได้แก่ ค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการรักษาพยาบาล รวมทั้งค่าฟื้นฟูสมรรถภาพทางร่างกายและจิตใจ ค่าตอบแทนในกรณีผู้เสียหายถึงแก่ความตาย ค่าขาดประโยชน์ทำมาหาได้ในระหว่างที่ไม่สามารถประกอบการงานได้ตามปกติ ค่าตอบแทนอื่นตามที่คณะกรรมการเห็นสมควร

⁹¹ รายการแนบท้ายพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2559

⁹² พระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2559 มาตรา 6/1

จะต้องยื่นคำขอต่อคณะกรรมการพิจารณาค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา ภายใน 1 ปี นับจากวันที่ผู้เสียหายได้รู้ถึงการกระทำผิด⁹³

(4) การให้บริการความช่วยเหลือแก่ผู้เสียหายในคดีอาญา (Assistance) เพื่อเป็นการยกระดับการคุ้มครองสิทธิแก่ผู้เสียหายและเหยื่ออาชญากรรม ชุมชน และองค์กรต่าง ๆ ได้เข้ามามีบทบาทในการกำหนดนโยบายและมีส่วนร่วมในการให้บริการความช่วยเหลือแก่เหยื่ออาชญากรรม เช่น การจัดทำแนวทางการช่วยเหลือผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมและผู้ไม่ได้รับความเป็นธรรมแบบบูรณาการ “ยุติธรรมใส่ใจ (Justice Care)” กระทรวงยุติธรรม⁹⁴ การตั้งศูนย์กลางข้อมูลผู้เสียหาย ศาลยุติธรรม⁹⁵ เป็นต้น

สำหรับประเทศไทย การให้บริการความช่วยเหลือแก่ผู้เสียหายได้ถูกรองรับและคุ้มครองไว้ในกฎหมายหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติกองทุนยุติธรรม พ.ศ. 2558 ได้มีการจัดตั้งกองทุนยุติธรรมขึ้น มีฐานะเป็นนิติบุคคล มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือประชาชนให้สามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้อย่างทั่วถึงเสมอภาคและเป็นธรรมโดยให้ความช่วยเหลือประชาชนในการดำเนินคดี การปล่อยตัวชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลย การช่วยเหลือผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือผู้ได้รับผลกระทบจากการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน⁹⁶ และให้

⁹³ พระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2559 มาตรา 22

⁹⁴ แนวทางการช่วยเหลือผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมและผู้ไม่ได้รับความเป็นธรรมแบบบูรณาการ “ยุติธรรมใส่ใจ (Justice Care)” มุ่งเน้นให้ความช่วยเหลือผู้เสียหายหรือเหยื่อที่เป็นผู้ด้อยโอกาสในสังคมให้ได้รับความช่วยเหลือด้วยความรวดเร็วภายใน 24 ชั่วโมง อันเป็นการลดความเหลื่อมล้ำและสร้างความเป็นธรรมในสังคม โดยสำนักงานยุติธรรมจังหวัดจะทำหน้าที่เป็นหน่วยงานหลักในการบูรณาการการช่วยเหลือดังกล่าว โดยมีผู้ประสานงานหลัก (Case Manger) ทำหน้าที่ประสานงานกับหน่วยงานในพื้นที่แจ้งสิทธิแก่ผู้เสียหายภายใน 24 ชั่วโมง ให้คำแนะนำเกี่ยวกับการใช้สิทธิในกระบวนการยุติธรรม รวมทั้งให้คำปรึกษาด้านจิตใจแก่ผู้เสียหาย ครอบครัวและผู้ได้รับผลกระทบโดยประสานกับนักสังคมสงเคราะห์หรือนักจิตวิทยาของกระทรวงยุติธรรมในพื้นที่. ไพโรจน์ ติมชาติอารักษ์และบุษรินทร์ หลวงประสาร (เชิงอรธ 88) 127.

⁹⁵ การจัดตั้งศูนย์กลางข้อมูลผู้เสียหาย เป็นการดำเนินการตามนโยบายของประธานศาลฎีกา พ.ศ. 2563-2564 ข้อ 2 สมดุล “สร้างคู่ดุลยภาพแห่งสิทธิ” มุ่งเน้นการยกระดับการคุ้มครองสิทธิแก่ผู้เสียหายและเหยื่ออาชญากรรม เพื่อเป็นการสร้างสมดุลกับการคุ้มครองผู้ต้องหาและจำเลยเพื่อให้ศาลได้รับฟังและทราบถึงความประสงค์ของผู้เสียหายที่ต้องการได้รับเยียวยา ดูแล แก้ไขความเดือดร้อนเสียหายอันเป็นผลจากการกระทำผิดอาญาของผู้อื่นไม่ว่าจะเป็นด้านร่างกาย จิตใจและทรัพย์สิน เพื่อที่ศาลจะได้ให้ความช่วยเหลือที่สะดวกและรวดเร็วยิ่งขึ้น ตลอดจนประชาสัมพันธ์ให้ผู้เสียหายได้รู้สิทธิใช้สิทธิและเข้าถึงสิทธิทางศาลอย่างทั่วถึงและรวดเร็วที่สุด. ศาลยุติธรรม, ‘อบอุ่น ห่วงใย ให้ความสำคัญแก่ผู้เสียหาย’ (ศาลยุติธรรม, 18 กุมภาพันธ์ 2564) <<https://www.coj.go.th/th/content/category/detail/id/8/iid/232912>> สืบค้นเมื่อ 20 เมษายน 2566.

⁹⁶ ระเบียบคณะกรรมการกองทุนยุติธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการและ เงื่อนไขในการช่วยเหลือผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือผู้ได้รับผลกระทบจากการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน

ข้อ 9 ผู้ขอรับความช่วยเหลือจากการกระทำในกรณีดังต่อไปนี้เป็นผู้มีสิทธิขอรับความช่วยเหลือ

- (1) เป็นผู้เสียหายจากการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย
- (2) เป็นจำเลยที่ถูกคุมขังตามคำพิพากษาเกินกำหนด

ความรู้ทางกฎหมายแก่ประชาชน⁹⁷ นอกจากนี้ในกรณีที่ผู้เสียหายเป็นพยาน⁹⁸ ในคดีอาญาก็จะมีสิทธิได้รับความคุ้มครอง ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2546 ด้วย เช่น สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองความปลอดภัย⁹⁹ สิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนความเสียหายในกรณีที่เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกายอนามัยเสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สินของพยานเพราะมีการกระทำผิดอาญาโดยเจตนาเนื่องจากการที่พยานจะมาหรือได้มาเป็นพยาน¹⁰⁰ เป็นต้น

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าประเทศไทยได้มีการบัญญัติกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิและให้อำนาจผู้เสียหายในการดำเนินคดีอาญาและสิทธิที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญาอยู่ในระดับที่สูงมากด้วยเหตุที่พื้นฐานแนวความคิดในระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยได้ประยุกต์หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเข้ากับหลักการดำเนินคดีอาญาโดยเอกชน¹⁰¹ ในส่วนของมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการชดเชยเยียวยาให้กับผู้เสียหายที่ตกเป็นเหยื่อไม่ว่าจะเป็นการชดเชยเยียวยาโดยผู้กระทำผิดหรือโดยรัฐก็ได้มีการพัฒนาขึ้นเป็นลำดับดังปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2559

อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่ามาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยยังขาดการเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมสามารถแสดงความคิดเห็น ข้อกังวลใจ เกี่ยวกับผลกระทบของอาชญากรรมที่อาจเกิดขึ้นได้อย่างเป็นรูปธรรมในทุกขั้นตอนของการดำเนินคดี

2.8 การคุ้มครองผู้เสียหายจากการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ได้รับการแก้ไขล่าสุดในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศให้ครอบคลุมมากขึ้น โดยการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาคั้งนี้ บางเรื่องเป็นการแก้ไขเล็กน้อย บางเรื่องเป็นการแก้ไขมากถึงขั้นเปลี่ยนหลักการของความผิด โดยประเด็นที่มีการแก้ไขครั้งนี้แยกได้เป็น 6 เรื่องหลัก ๆ¹⁰² ดังนี้

(3) เป็นจำเลยที่มีสิทธิได้รับค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายตามกฎหมายว่าด้วยค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนค่าใช้จ่ายในคดีอาญาและถูกคุมขังในระหว่างการสอบสวน

(4) การละเมิดสิทธิมนุษยชนในกรณีอื่นใดที่คณะกรรมการเห็นสมควร

⁹⁷ พระราชบัญญัติกองทุนยุติธรรม พ.ศ. 2558 มาตรา 9

⁹⁸ พระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2546 มาตรา 3

⁹⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2546 มาตรา 6

¹⁰⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2546 มาตรา 15

¹⁰¹ อุทัย อาทิวา (เชิงอรธ 63) 127.

¹⁰² ปกป้อง ศรีสนิท, 'การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเรื่องเพศ: ความหมายใหม่และโทษใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเรา' (The101.world, 19 กรกฎาคม 2562) <<https://www.the101.world/rape-in-thai-law/>>

2.8.1 การกำหนดนิยามใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเรา

การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) หมายถึง การบังคับกระทำชำเรากับผู้อื่นโดยผู้อื่นไม่สมัครใจ ถ้าผู้อื่นยินยอมสมัครใจกระทำชำเราด้วยก็ไม่เรียกว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา คงเป็นเพียงแต่การกระทำชำเรา หรือการมีเพศสัมพันธ์โดยสมัครใจที่ไม่มีความผิด เว้นแต่หากผู้อื่นเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี แม้แต่ก็ยินยอม ผู้กระทำก็มีความผิด เพราะเด็กยังอาจตัดสินใจเรื่องทางเพศได้ไม่ดีจึงอาจถูกเอาเปรียบจากผู้ใหญ่ได้ โดยในประเทศไทยผู้ที่สามารถให้ความยินยอมให้กระทำชำเราต้องมีอายุมากกว่า 15 ปีขึ้นไป ซึ่งถือว่าเป็นอายุที่สามารถรับรู้ถึงลักษณะและผลของการกระทำอันอาจให้ความยินยอมทางเพศได้ (Age of Consent)

ในอดีต การกระทำชำเรามีความหมายว่า “การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”¹⁰³ ลักษณะการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในอดีตกว้างขวางมาก มีได้ตั้งแต่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศสอดใส่อวัยวะเพศผู้เสียหายไปจนถึงผู้กระทำใช้วัตถุอื่นใดสอดใส่อวัยวะเพศของผู้เสียหาย เป็นต้น

ศาลฎีกาเคยตีความคำว่า “กระทำกับ” ที่ถือว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จ หมายถึง “การล่วงล้ำ” หรือ “การสอดใส่” (Penetration)¹⁰⁴ ดังนั้นการที่ผู้กระทำความผิดใช้อวัยวะเพศสัมผัสกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายโดยยังไม่มี การล่วงล้ำหรือสอดใส่จึงยังไม่ถือว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จ อาจเป็นเพียงการพยายามข่มขืนกระทำชำเรา หรือกระทำอนาจารซึ่งโทษเบากว่า

ความหมายของการกระทำชำเราตามกฎหมายเดิมคล้ายกับที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 222-23 ที่บัญญัติว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา หมายถึง ทุกการกระทำที่มีการสอดใส่ทางเพศไม่ว่าด้วยลักษณะใดโดยวิธีการประทุษร้าย ทำให้ผู้อื่นขัดขืนไม่ได้ ชูเชิญ หรือ ทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นผู้อื่น”¹⁰⁵

ในปัจจุบัน ตั้งแต่วันที่ 28 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดความหมายของการกระทำชำเราใหม่ ดังนี้ “กระทำชำเรา หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น”¹⁰⁶ สิ่งที่เปลี่ยนไปจากกฎหมายเดิมคือการใช้สิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นใดของผู้กระทำสอดใส่อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหายเพื่อสนอง

¹⁰³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรค 2 เดิม

¹⁰⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555 “การที่จำเลยใช้ลิ้นเลียอวัยวะเพศผู้เสียหายยังไม่ถือว่าเป็นความผิดข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จ เพราะจะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จได้ต้องถึงขั้นอวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำ หรือล่วงล้ำเข้าไปในทวารหนักของผู้ถูกระทำ หรือล่วงล้ำเข้าไปในช่องปากของผู้ถูกระทำ หากมีการใช้สิ่งของอย่างอื่น เช่น อวัยวะเพศเทียม (หรือลิ้นในกรณีนี้) หรือสิ่งของอย่างนั้นก็ต้องมีการล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำเช่นกัน”

¹⁰⁵ French 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.”

¹⁰⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (18)

ความใคร่ของผู้กระทำได้ถูกย้ายไปเป็นเหตุเพิ่มโทษของการอนาจาร¹⁰⁷ ดังนั้น การที่ผู้กระทำใช้นิ้วสอดใส่อวัยวะเพศของผู้เสียหายจากเดิมผู้กระทำเคยมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) แต่ปัจจุบันผู้กระทำจะมีความผิดฐานอนาจารโดยการล่วงล้ำ (Sexual Assault by Penetration) ซึ่งเป็นอนาจารที่มีเหตุเพิ่มโทษ การแก้ไขดังกล่าวคล้ายกับความผิดฐานอนาจารโดยการล่วงล้ำ (Assault by Penetration)¹⁰⁸ ในกฎหมายอังกฤษ

ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายเดิมสอดคล้องกับความหมายของข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายของหลายประเทศ¹⁰⁹ และสอดคล้องหลักการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (General Principle of Respect for Human Dignity) นอกจากนี้ หากพิจารณาเรื่องความเสียหาย (Harm) การที่ผู้เสียหายถูกบังคับสอดใส่อวัยวะเพศหรือทวารหนักไม่ว่าด้วยสิ่งใดก็ตาม น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายที่เท่ากัน ไม่ว่ามองจากผู้เสียหายหรือมองจากสังคม แม้ว่าความผิดฐานอนาจารโดยการสอดใส่ตามมาตรา 278 วรรค 2 จะกำหนดโทษเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ซึ่งน่าจะเป็นสิ่งที่สะท้อนความรุนแรงของทั้งสองความผิดให้เห็นว่าเท่ากันได้แต่การถูกประณามจากสังคมยังคงต่างกัน ระหว่าง ข้อหา “ข่มขืน” กับข้อหา “อนาจาร” ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6336/2557 วินิจฉัยว่า “การกระทำของจำเลย (ผู้ใหญ่) ที่ใช้ปากอมอวัยวะเพศของผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุ 12 ปี จากนั้นจำเลยจับอวัยวะเพศของผู้เสียหายใส่เข้าไปในทวารหนักของจำเลย ถือได้ว่าเป็นการใช้สิ่งอื่นใด (ปากกับทวารหนัก) กระทำกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสอง การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานกระทำชำเรา” พฤติกรรมดังกล่าวหากเป็นกฎหมายใหม่จะถูกลงโทษเพียงข้อหา “อนาจารเด็กโดยการล่วงล้ำ” ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 279 วรรค 4 ซึ่งฟังข้อหาแล้วดูเหมือนจะเบากว่าคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ทั้ง ๆ ที่การกระทำดังกล่าวเป็นภัยร้ายแรงต่อเด็กและควรถูกประณามเทียบเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเรา

2.8.2 การกำหนดเหตุเพิ่มโทษใหม่

กฎหมายใหม่ได้กำหนดเหตุเพิ่มโทษใหม่ให้กับการข่มขืนกระทำชำเราและการอนาจารในหลายกรณี คือ

1) เพิ่มโทษผู้กระทำที่ใช้อาวุธปืนปลอมในอดีต กฎหมายเพิ่มโทษผู้กระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเราโดยการมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดในการข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น¹¹⁰ หรือในการกระทำชำเรา

¹⁰⁷ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278 วรรค 2 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมีอวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท”

¹⁰⁸ Sexual Offences Act 2003, section 2

¹⁰⁹ คดี Furundzija ICTY Trial Chamber II, 10/12/1998, paragraph 181. ปกป้อง ศรีสนธิ, คำอธิบายกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ (สำนักพิมพ์เดือนตุลา 2556) 29.

¹¹⁰ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรค 3 เดิม

เด็ก¹¹¹ ดังนั้น หากผู้กระทำได้ใช้ปืนปลอมขู่ผู้เสียหายเพื่อให้ยอมให้กระทำชำเราด้วยยอมเป็นการข่มขืนกระทำชำเราทั่วไปที่ไม่อาจเพิ่มโทษได้ตามกฎหมายเดิม เพราะขาดองค์ประกอบภายนอกของเหตุเพิ่มโทษ

ในปัจจุบัน ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรค 2 ใหม่ และมาตรา 277 วรรค 3 ใหม่ ได้บัญญัติเพิ่มโทษข่มขืนกระทำชำเราที่ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดการแก้ไขดังกล่าวเป็นสิ่งที่คุ้มครองผู้เสียหาย เพราะในช่วงเวลาวิกฤตผู้เสียหายคงไม่มีโอกาสได้ดูว่าเป็นปืนจริงหรือปืนปลอม เหตุที่ผู้เสียหายจำยอมมาจากการกลัวสิ่งที่ผู้กระทำนำมาขู่ทั้งสิ้น

2) เพิ่มโทษผู้กระทำที่บันทึกภาพและเสียงขณะข่มขืนหรืออนาจารเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีขอบ

ความน่ากลัวของการข่มขืนกระทำชำเราประการหนึ่งคือ ผู้เสียหายไม่กล้าแจ้งความเพราะความอับอาย โดยเฉพาะเมื่อตนเองถูกบันทึกภาพและเสียงไว้ กฎหมายใหม่จึงได้กำหนดเหตุเพิ่มโทษไว้ในมาตรา 280/1 โดยกำหนดให้ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือฐานอนาจารที่ได้บันทึกภาพหรือเสียงการกระทำชำเราหรือการอนาจารไว้เพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษหนักขึ้นหนึ่งในสาม และหากผู้กระทำได้เผยแพร่ส่งต่อภาพหรือเสียงดังกล่าว ต้องระวางโทษหนักขึ้นครึ่งหนึ่ง

3) เพิ่มโทษในกรณีการกระทำกับผู้ซึ่งไม่สามารถปกป้องตนเองได้

ผู้ซึ่งไม่สามารถปกป้องตนเองได้ (Vulnerable Person) เป็นบุคคลที่ผู้กระทำฉวยโอกาสกระทำความผิดข่มขืนหรืออนาจารสำเร็จได้มากกว่าบุคคลทั่วไป ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285/2 ใหม่จึงได้กำหนดเหตุเพิ่มโทษหนักขึ้นอีกหนึ่งในสามกับผู้ข่มขืนหรืออนาจารที่ได้กระทำต่อบุคคลซึ่งไม่สามารถปกป้องตนเองได้อันเนื่องมาจากเป็นผู้ทุพพลภาพ ผู้มีจิตบกพร่อง โรคจิต จิตฟั่นเฟือน คนป่วยเจ็บ คนชรา สตรีมีครรภ์ หรือผู้ซึ่งอยู่ในภาวะไม่สามารถรู้ผิดชอบ บุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรานี้ต้องมีลักษณะร่วมกัน คือ เป็นบุคคลที่มีสภาพทางกายภาพบอบบางที่ปกป้องตนเองลำบาก (Vulnerable Person) เช่น ตั้งครรภ์ต้องตั้งครรภ์ท้องแก่ มีไข้ตั้งครรภ์สองเดือน คนป่วยเจ็บต้องถึงขนาดอ่อนเพลีย ไม่ใช่แค่เป็นหวัดเจ็บคอ

2.8.3 การยกเว้นโทษในกรณีการกระทำชำเราโดยสมัครใจระหว่างเด็กด้วยกัน

ในอดีต เด็กกับเด็กมีเพศสัมพันธ์ด้วยความสมัครใจทั้งสองฝ่าย ผู้ใหญ่มักจะเข้ามาแก้ปัญหาด้วยการเรียกค่าเสียหาย หากค่าเสียหายลงตัว พ่อแม่เด็กก็มักจะไม้อเอาเรื่องหรือไม่แจ้งความ หากค่าเสียหายไม่ลงตัว พ่อแม่เด็กผู้หญิงมักจะมีการแจ้งความร้องทุกข์ดำเนินคดีกับเด็กผู้ชายในข้อหากระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี แม้เด็กยินยอมก็เป็นความผิดตามมาตรา 277 รวมทั้งหากเด็กผู้หญิงอายุเกิน 15 ปี ก็ยังดำเนินคดีกับเด็กผู้ชายด้วยข้อหาพรากผู้เยาว์เพื่อการอนาจาร แม้ผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยก็เป็นความผิดตามมาตรา 319 ทั้งที่ตามมาตรา 277 กับมาตรา 319 น่าจะมีขึ้นเพื่อคุ้มครองเด็กไม่ให้ผู้ใหญ่มาหลอกลวงไปมีเพศสัมพันธ์ ทั้งสองมาตราดังกล่าวไม่น่าจะมุ่งหมายใช้ลงโทษเด็กกับเด็กที่ยินยอมมีเพศสัมพันธ์กัน โดยเด็กมีอายุไม่ต่างกันมากและไม่ได้เอาเปรียบกัน การใช้กฎหมายผิดวัตถุประสงค์ดังกล่าวนำไปสู่การลงโทษเด็กที่มีเพศสัมพันธ์กันเองที่

¹¹¹ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรค 4 เดิม

ไม่ได้มีพฤติกรรมเป็นอาชญากร บางคดีเด็กผู้ชายเป็นผู้ต้องหาในความผิดเหล่านี้ ทั้ง ๆ ที่เด็กผู้หญิงเป็นฝ่ายเริ่มไปหาเด็กผู้ชายก่อน

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคท้ายในกฎหมายเดิมได้พยายามแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยการกำหนดว่าการกระทำชำเราด้วยความยินยอมระหว่างเด็ก¹¹² ที่อายุต่างกันไม่มาก เช่น เด็กชายอายุไม่เกิน 18 ปี เด็กผู้หญิงอายุ 13-15 ปี ให้ศาลเยาวชนสั่งให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กทั้งฝ่ายชายและฝ่ายหญิงหรืออนุญาตให้สมรสกันโดยกำหนดเงื่อนไข เมื่อศาลสั่งอย่างใดแล้ว ศาลจะลงโทษผู้กระทำน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดเพียงใดก็ได้ หากพิจารณาให้ดีแล้ว มาตรา 277 วรรคท้ายตามกฎหมายเดิมเหมือนเป็นกฎหมายที่ “ลูปหลัง” และ “ตบหัว” เด็กผู้ชาย กล่าวคือ ตอนแรกก็ให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพหรือให้แต่งงานกัน ซึ่งเหมือนกับการเริ่มต้น “ลูปหลัง” ไม่ลงโทษเด็กผู้ชายแต่เมื่อเด็กผู้ชายได้กระทำตามเงื่อนไขครบถ้วนแล้วกฎหมายเดิมยังคงกำหนดให้ศาลลงโทษเด็กอยู่โดยลดโทษให้ซึ่งเป็นเหมือนการมา “ตบหัว” เด็กผู้ชายภายหลัง คำถามคือ “แล้วจะให้ไปคุ้มครองสวัสดิภาพหรือให้แต่งงานกันทำไม?” แม้เท่าที่ทราบ ศาลมักจะใช้วิธีการเลี่ยงการลงโทษเด็กผู้ชายในกรณีดังกล่าวแต่ก็ดูเหมือนเป็นมาตราที่เปิดช่องให้นำกฎหมายที่ใช้ลงโทษอาชญากรผู้ใหญ่ที่เป็นภัยทางเพศต่อเด็ก (Pedophile¹¹³) มาใช้ลงโทษเด็กกับเด็กด้วยตนเอง แม้บางคนจะยุให้พ่อแม่เด็กผู้ชายที่อายุไม่เกิน 15 ปี แจ้งข้อหาเด็กผู้หญิงที่มากระทำชำเราเด็กผู้ชายกลับบ้างด้วยข้อหาเดียวกัน วิธีการดังกล่าวคงได้ผลในเชิงกลยุทธ์เจรจาลดค่าเสียหายระหว่างผู้ใหญ่สองฝ่ายแต่กลับไม่เป็นผลดีในภาพรวมต่อสังคม เพราะจะยิ่งทำให้ทั้งเด็กผู้ชายและเด็กผู้หญิงต้องถูกดำเนินคดีทั้งคู่แทนที่จะได้กลับไปเรียนหนังสือตามปกติ

มาตรา 277 วรรค 5 และวรรค 6 ใหม่ได้มาแทนที่มาตรา 277 วรรคท้ายเดิม โดยยกเลิกกระบวนการ “ลูปหลัง” และ “ตบหัว” เด็กที่สมัครใจมีเพศสัมพันธ์กันโดยให้ทั้งเด็กผู้ชายและเด็กผู้หญิงเข้าสู่กระบวนการคุ้มครองสวัสดิภาพตามกฎหมายคุ้มครองเด็ก ซึ่งเป็นกระบวนการทางปกครองไม่มีโทษอาญา ไม่มีการส่งสถานพินิจ และหากเด็กปฏิบัติตามเงื่อนไขสำเร็จให้ยกเว้นโทษอาญากับเด็กที่สมัครใจมีเพศสัมพันธ์กัน ส่วนเรื่องค่าเสียหายทางแพ่งระหว่างพ่อแม่ฝ่ายชายและฝ่ายหญิงยังคงดำเนินการเรียกร้องในคดีแพ่งได้ตามปกติตามสิทธิที่พึงมี โดยไม่ต้องนำคดีอาญามาบีบบังคับเรื่องค่าเสียหายกัน หากผู้ใหญ่จะเรียกเงินกันทำไมต้องมาทำลายอนาคตเด็กที่ไม่ได้เป็นอาชญากร นอกจากนี้ในกฎหมายใหม่ยังได้ยกเลิกอำนาจศาลในการอนุญาตให้เด็กสมรสกัน ซึ่งน่าจะเป็นแนวทางที่ดีที่สอดคล้องกับอนุสัญญาสิทธิเด็ก และสอดคล้องกับความเป็นจริงที่ว่าเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ควรจะเป็นวัยเรียนไม่ใช่วัยแห่งการตั้งครอบครัวที่ต้องรับภาระหน้าที่แบบสามีภรรยา

¹¹² คำว่า “เด็ก” หมายถึง บุคคลที่อายุไม่เกิน 18 ปี. ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรธ 102).

¹¹³ สถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม สำนักงานกิจการยุติธรรม, ‘โรคใคร่เด็ก (Pedophilia, paedophilia) สาเหตุการ กระทำผิดซ้ำ ๆ ในคดีเพศ’ (สำนักงานกิจการยุติธรรม, 7 ตุลาคม 2563)

<<https://justicechannel.org/child/pedophilia>> สืบค้นเมื่อ 27 มิถุนายน 2566.

แม้จะมีการแก้ไขเรื่องดังกล่าวในมาตรา 277 วรรค 5 และ วรรค 6 ใหม่ แต่ยังมีเรื่องที่ต้องดำเนินการอีกสองเรื่อง คือ เรื่องแรก กระบวนการยุติธรรมไม่ว่าในชั้นตำรวจ ชั้นอัยการ หรือ ชั้นศาล น่าจะกำหนดหลักเกณฑ์ปล่อยชั่วคราวโดยไม่ต้องเรียกหลักประกันให้กับเฉพาะเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามมาตรา 277 ที่เกิดจากความสมัครใจทั้งสองฝ่าย รวมทั้งมาตรา 319 เรื่องพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร โดยความยินยอมของผู้เยาว์เพื่อให้เด็กกลับไปเรียนหนังสือโดยไม่ถูกควบคุมตัวที่สถานพินิจระหว่างการค้าเนินคดีตามสิ่งที่ควรจะเป็น และเรื่องที่สอง ในอนาคตประมวลกฎหมายอาญาเรื่องพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317 และมาตรา 319 ควรกำหนดบทยกเว้นโทษให้กับเด็กที่สมัครใจมีเพศสัมพันธ์แบบที่เขียนเป็นเหตุยกเว้นโทษไว้ในมาตรา 277 วรรค 5 และ วรรค 6 ด้วย เพราะเหตุว่าในการกระทำความผิดเดียวกันสิ่งที่รุนแรงกว่า (มาตรา 277) ยิ่งยกเว้นโทษให้สิ่งที่เท่ากันหรือเบากว่า (มาตรา 317, 319) ควรยกเว้นโทษให้เช่นกัน

2.8.4 การกำหนดให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดที่ยอมความไม่ได้¹¹⁴

คดีอาญามี 2 ประเภท ถ้าเรียกตามภาษาทั่วไป คือ ความผิดที่ยอมความได้ กับ คดีความผิดที่ยอมความไม่ได้ (หรือความผิดอาญาแผ่นดิน) โดยความผิดที่ยอมความได้ ถ้อยคำในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา คือ “ความผิดต่อส่วนตัว” ส่วนถ้อยคำในประมวลกฎหมายอาญา คือ “ความผิดอันยอมความได้” สำหรับความผิดที่ยอมความไม่ได้ ถ้อยคำในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา คือ “ความผิดที่มีใช้ความผิดต่อส่วนตัว” ส่วนถ้อยคำในประมวลกฎหมายอาญา คือ “ความผิดอาญา” ส่วนคำว่า “ความผิดอาญาแผ่นดิน” เป็นคำที่เข้าใจกันโดยทั่วไป ความผิดที่ยอมความได้ เช่น ยักยอก ฉ้อโกง หมิ่นประมาท โกงเจ้าหนี้ ทำให้เสียทรัพย์ ผู้กระทำความผิดเหล่านี้ไม่มีพฤติกรรมเป็นภัยสังคม ดังนั้นกฎหมายจึงให้ความสำคัญกับผู้เสียหาย ผู้เสียหายต้องแจ้งความร้องทุกข์กับพนักงานสอบสวนภายใน 3 เดือนนับแต่รู้เรื่องและรู้ตัวผู้กระทำความผิด คดีอาญาจึงเริ่มสอบสวนได้ หากผู้เสียหายเอาเรื่อง แต่ตัดสินใจช้า มาแจ้งความร้องทุกข์เมื่อพ้น 3 เดือนไปแล้ว คดีก็ขาดอายุความ¹¹⁵ ลงโทษคนผู้กระทำความผิดไม่ได้ นอกจากนี้ เมื่อคดีเริ่มไปแล้ว ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายสามารถเจรจายอมความกันเพื่อยุติคดีอาญาได้ทุกเมื่อ เมื่อยอมความกันสำเร็จ คดีอาญาจะยุติลงทันที ผู้กระทำความผิดก็ไม่ต้องถูกลงโทษ เนื่องจากสิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 39(2)

ความผิดที่ยอมความไม่ได้ หรือ ความผิดอาญาแผ่นดิน เช่น ลักทรัพย์ ทำร้ายร่างกาย ฆ่าคนตาย ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ และส่วนใหญ่ในความผิดอาญาทั้งปวงในประมวลกฎหมายอาญา ผู้กระทำความผิดเหล่านี้มักจะมีพฤติกรรมเป็นภัยสังคมหรือกระทำการกระทบความสงบเรียบร้อยของรัฐ กฎหมายจึงไม่ให้ความสำคัญกับผู้เสียหายในการเริ่มและยุติคดี แม้ผู้เสียหายไม่ร้องทุกข์ไม่เอาเรื่องหรือร้องทุกข์เกิน 3 เดือน พนักงานสอบสวนก็สอบสวนคดีเหล่านี้ได้เสมอ นอกจากนี้ แม้ผู้กระทำความผิดจะเจรจายอมความกับ

¹¹⁴ ปกป้อง ศรีสนิท, ‘การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเรื่องเพศ: เมื่อคดีข่มขืนยอมความไม่ได้อีกต่อไป’ (The101.world, 22 สิงหาคม 2562) <<https://www.the101.world/rape-in-thai-law-2/>> สืบค้นเมื่อ 22 เมษายน 2566.

¹¹⁵ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 96 ประกอบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 39(6)

ผู้เสียหายสำเร็จ คดีอาญาก็ไม่ยุติเพราะแผ่นดินยังเสียหายและถูกระทบกระเทือนมากกว่าผู้เสียหาย จึงเรียกชื่อความผิดเหล่านี้ว่า “ความผิดอาญาแผ่นดิน”

ตั้งแต่เริ่มใช้ประมวลกฎหมายอาญาเมื่อ 60 ปีก่อน คือ เมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคแรก ที่ไม่ใช่ข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ที่ไม่ใช่โทรมหญิงหรือมีอาวุธ ที่ไม่ใช่ทำให้ผู้เสียหายตายหรือบาดเจ็บสาหัส หรือที่ไม่ใช่ข่มขืนต่อหน้าธารกำนัลถูกกำหนดโดยประมวลกฎหมายอาญามาตรา 281 ให้เป็นความผิดที่ยอมความได้เหมือนพวกความผิดฐานยกยอกหรือฉ้อโกง ดังนั้นในอดีต หากผู้เสียหายคดีข่มขืนไม่แจ้งความร้องทุกข์ แม้ตำรวจมีหลักฐานใด ๆ ก็ไม่อาจดำเนินคดีกับผู้กระทำ ความผิดได้ หรือแม้ผู้เสียหายแจ้งความร้องทุกข์แล้วแต่เกิน 3 เดือน กฎหมายก็ไม่อาจลงโทษผู้กระทำความผิด ข่มขืนได้เช่นกัน นอกจากนี้แม้ผู้เสียหายแจ้งความร้องทุกข์แล้ว ต่อมาผู้กระทำความผิดเจรจายอมความกับผู้เสียหายสำเร็จ คดีอาญาจะยุติลงทันที ทำให้ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนเอาตัวรอดจากการถูกลงโทษทางอาญาโดยอาศัยการต่อสู้ทางเทคนิคได้หลายช่องทาง ดังเช่นที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7541/2554¹¹⁶ ที่มีข้อเท็จจริงคือพ่อเลี้ยงข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยงอายุ 15 ปีเศษ ศาลชั้นต้นลงโทษจำคุกพ่อเลี้ยง 16 ปี ศาลอุทธรณ์ลดโทษให้เหลือ 12 ปี แต่ศาลฎีกาพิพากษายกฟ้องไม่ลงโทษพ่อเลี้ยงเพราะเห็นว่าคดีขาดอายุความเพราะลูกเลี้ยงแจ้งความเกิน 3 เดือนนับแต่เกิดเหตุ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4906/2543¹¹⁷ โจทก์ฟ้องว่าจำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายโดยมีหรือใช้อาวุธ ตามมาตรา 276 วรรค 2 ซึ่งเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดเพียงข่มขืนกระทำชำเราโดยไม่มีอาวุธตามมาตรา 276 วรรคแรก ซึ่งเป็นความผิดที่ยอมความได้ ในคดีนี้ผู้เสียหายได้แจ้งความไว้เป็นหลักฐาน ศาลฎีกาพิพากษายกฟ้องโดยให้เหตุผลว่าเมื่อความผิดนี้เป็นคดีความผิดที่ยอมความ

¹¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7541/2554. ความผิดตาม ป.อ. มาตรา 276 วรรคแรก เป็นความผิดอันยอมความได้ตาม ป.อ. มาตรา 281 ปรากฏตามฟ้องของโจทก์ระบุว่า เหตุเกิดเมื่อประมาณเดือนพฤษภาคม 2539 และเดือนมิถุนายน 2539 ทั้งตามคำให้การชั้นสอบสวนของผู้เสียหายเอกสารหมาย จ.5 ระบุว่า จำเลยข่มขืนกระทำชำเราครั้งแรกเมื่อกลางเดือนพฤษภาคม 2539 ครั้งที่สอง ห่างจากครั้งแรกประมาณ 2 ถึง 3 วัน โดยให้การเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2539 ดังนั้นจะเห็นได้ว่านับตั้งแต่จำเลยกระทำความผิดตามฟ้องจนถึงวันที่ผู้เสียหายมาให้การต่อพนักงานสอบสวนเป็นเวลาเกิน 3 เดือนแล้ว และระหว่างระยะเวลาดังกล่าว ผู้เสียหายรวมทั้งผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้เสียหายมิได้ร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนเลย คดีจึงขาดอายุความตาม ป.อ. มาตรา 96 ปัญหาคดีโจทก์ขาดอายุความหรือไม่เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ศาลฎีกามีอำนาจหยิบยกขึ้นวินิจฉัยตาม ป.วิ.อ. มาตรา 195 วรรคสอง ประกอบมาตรา 225.

¹¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4906/2543. ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคแรกเป็นความผิดอันยอมความได้ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 281 พนักงานสอบสวนจะทำการสอบสวนได้ต่อเมื่อมีคำร้องทุกข์ตามระเบียบ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 121 วรรคสอง แต่ปรากฏจากรายงานประจำวันรับแจ้งเป็นหลักฐานและคำเบิกความของพนักงานสอบสวนว่าผู้เสียหายแจ้งความร้องทุกข์ไว้ก่อนเพื่อเป็นหลักฐานเท่านั้น มิได้มอบคดีต่ออย่างใดการรับแจ้งความแม้จะมีคำว่าร้องทุกข์อยู่ด้วย ก็ไม่ถือว่าเป็นคำร้องทุกข์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(7) เพราะยังมิได้กระทำโดยเจตนาจะให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษ การสอบสวนความผิดฐานนี้จึงไม่ชอบพนักงานอัยการไม่มีอำนาจฟ้องจำเลยในความผิดฐานนี้ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 120.

ได้ ผู้เสียหายแจ้งความไว้แค่เป็นหลักฐานไม่ถือเป็นคำร้องทุกข์ที่มีเจตนาจะให้ผู้กระทำผิดได้รับโทษการสอบสวนคดีนี้จึงมิชอบด้วยการไม่มีอำนาจฟ้อง ศาลจึงยกฟ้องคดีที่กล่าวมาเหล่านี้หากเปลี่ยนเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ผู้กระทำความผิดคงถูกลงโทษฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกรรมที่เขาได้ก่อขึ้นอย่างแน่นอน ความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 ที่มีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี ยังเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ความผิดข่มขืนกระทำชำเรามีความรุนแรงกว่าทำร้ายร่างกายมาก เพราะโทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 20 ปี และเป็นการกระทำที่กระทบทั้งร่างกายและจิตใจ ความรู้สึกของผู้เสียหาย กลับถูกกำหนดให้เป็นความผิดที่ยอมความได้

หากวันนี้เราทราบว่ามีผู้ย้ายมาเป็นเพื่อนบ้านใหม่เคยทำผิดฐานฉ้อโกงมาหลายคดีแต่เพื่อนบ้านใหม่นั้นไม่เคยถูกลงโทษเลยเพราะคดีอาญายุติหมด เพราะผู้เสียหายไม่เอาเรื่องบ้าง มีการยอมความบ้าง เราคงยังรู้สึกปลอดภัยอยู่เพราะเขาไม่ใช่ภัยสังคม เพียงแต่หากเขาขอยืมเงิน เราอย่าให้ยืมเขาก็พอ ตรงกันข้าม หากวันนี้เราทราบว่าเพื่อนบ้านย้ายมาอยู่ใหม่ที่เคยทำผิดข่มขืนกระทำชำเราหลายคดี และไม่เคยถูกลงโทษเลยเพราะคดียุติลง เพราะยอมความบ้างหรือเหตุผลทางเทคนิคบ้าง เราคงรู้สึกถึงความไม่ปลอดภัยสำหรับตัวเราและครอบครัว ด้วยเหตุนี้ ข่มขืนกระทำชำเราจึงควรเป็นความผิดอาญาแผ่นดินที่ยอมความไม่ได้

สำหรับข้ออ้างที่ว่าผู้เสียหายไม่กล้าแจ้งความ ก็อย่าไปบังคับเขาเพราะจะเป็นการกระทบจิตใจเขาซ้ำสอง ในเรื่องนี้กระบวนการยุติธรรมได้แก้ไขมานานแล้ว กล่าวคือการสอบสวนความผิดเกี่ยวกับเพศที่ผู้เสียหายเป็นผู้หญิงจะต้องให้พนักงานสอบสวนหญิงเป็นผู้ถามปากคำ¹¹⁸ นอกจากนี้ศาลสามารถคุ้มครองผู้เสียหายไม่ให้เผชิญหน้ากับผู้กระทำความผิดในการพิจารณาคดีเหล่านี้ได้¹¹⁹

การทำให้คดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นอาญาแผ่นดินอาจไม่ได้ส่งผลโดยตรงนักในการช่วยเหลือผู้เสียหายที่ไม่แจ้งความ เพราะหากผู้เสียหายไม่แจ้งความพนักงานสอบสวนคงทราบเหตุได้ยาก และคงหาพยานหลักฐานได้อย่างลำบากเหมือนที่เกิดขึ้นในคดีทั่วไป แต่การทำให้คดีข่มขืนเป็นความผิดอาญาแผ่นดินจะช่วยให้ผู้เสียหายที่แจ้งความได้อย่างมากเพราะผู้กระทำความผิดจะไม่หลุดพ้นจากการถูกลงโทษเพราะเหตุผลทางเทคนิค ดังเช่นที่ปรากฏในคดีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7541/2554 และที่ 4906/2543 ที่ได้กล่าวมา นอกจากนี้ยังคุ้มครองผู้เสียหายไม่ให้ถูกชักจูงเกลี้ยกล่อมให้ยอมความในชั้นสอบสวนอีกด้วย

¹¹⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 133 วรรค 4 “ในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ การถามปากคำผู้เสียหายซึ่งเป็นหญิง ให้พนักงานสอบสวนซึ่งเป็นหญิงเป็นผู้สอบสวน เว้นแต่ผู้เสียหายนั้นยินยอมหรือมีเหตุจำเป็นอย่างอื่น และให้บันทึกความยินยอมหรือเหตุจำเป็นนั้นไว้ ทั้งนี้ ผู้เสียหายจะขอให้บุคคลใดอยู่ร่วมในการถามปากคำนั้นด้วยก็ได้”

¹¹⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 วรรค 3 “ในการสืบพยาน เมื่อได้พิเคราะห์ถึงเพศ อายุ ฐานะ สุขภาพอนามัย ภาวะแห่งจิตของพยานหรือความเกรงกลัวที่พยานมีต่อจำเลยแล้ว จะดำเนินการโดยไม่ให้พยานเผชิญหน้าโดยตรงกับจำเลยก็ได้ ซึ่งอาจกระทำโดยการใช้โทรทัศน์วงจรปิด สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือวิธีอื่นตามที่กำหนดในข้อบังคับของประธานศาลฎีกา และจะให้สอบถามผ่านนักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ หรือบุคคลอื่นที่พยานไว้วางใจด้วยก็ได้”

เมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้เปลี่ยนเป็นความผิดอาญาแผ่นดินอย่างสมบูรณ์ โดยผลของประมวลกฎหมายอาญาที่แก้ไขใหม่มาตรา 281¹²⁰ คงเหลือให้เป็นความผิดยอมความได้เฉพาะการข่มขืนระหว่างคู่สมรสในบางพฤติการณ์ที่ไม่รุนแรงเท่านั้น การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวถือว่าการเปลี่ยนแปลงถึงโครงสร้างการดำเนินคดีข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งน่าจะมีส่วนช่วยสร้างความรับรู้ให้กับคนในสังคมโดยเฉพาะเด็กรุ่นใหม่ให้เคารพและให้เกียรติทางเพศกับผู้อื่น ไม่ใช่ซึมซับการใช้อำนาจเหนือเหมือนในฉากหนังเดิม ๆ ว่าข่มขืนไปก่อนแล้วเขาก็จะมารักเราเอง

2.8.5 การขยายกฎหมายให้มีการคุ้มครองเด็กในความปกครองมากขึ้น

ในอดีต หากผู้ปกครองตามกฎหมายที่ศาลแต่งตั้งข่มขืนเด็กในความปกครองจะถูกลงโทษหนักขึ้นอีกหนึ่งในสามตามมาตรา 285 เช่นเดียวกับกับครูข่มขืนศิษย์ที่อยู่ในความดูแลก็จะถูกเพิ่มโทษตามมาตราเดียวกัน อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ศาลฎีกาตีความว่าความปกครองต้องเป็นความปกครองตามกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น บิดาเลี้ยงข่มขืนบุตรเลี้ยงจึงไม่ต้องเพิ่มโทษบิดาเลี้ยงตามมาตรา 285 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 928/2502¹²¹ และที่ 6811/2538¹²²) ผู้ปกครองตามความเป็นจริง เช่น พ่อเลี้ยง หรือลุงที่หลานมาอยู่อาศัยด้วยความใกล้ชิดและมีอิทธิพลยิ่งเสียกว่าครูอาจารย์ที่โรงเรียนเสียอีก เพราะต้องพึ่งพาในการกินอยู่หลับนอนไม่มีทางหนีไปไหนได้¹²³

มาตรา 285 ใหม่จึงได้แก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยให้มีการเพิ่มโทษผู้ปกครองตามความเป็นจริงที่ข่มขืนกระทำชำเราผู้อยู่ใต้ปกครองโดยการเพิ่มคำว่า “ผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด” ในมาตรา 285 ใหม่¹²⁴ ดังนั้น พ่อเลี้ยงข่มขืนลูกเลี้ยง ตามกฎหมายใหม่พ่อเลี้ยงจะถูกเพิ่มโทษหนึ่งในสามตามมาตรา 285 ด้วย

¹²⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 281 “ความผิดตามมาตราดังต่อไปนี้ เป็นความผิดอันยอมความได้ (1) มาตรา 276 วรรคหนึ่ง และมาตรา 278 วรรคสอง ซึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล หรือไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระงับอันตรายเป็นอันตรายถึงแก่ความตาย...”

¹²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 928/2502. เด็กหญิงเชื่อมอายุ 12 ปี เป็นบุตรติตนางมารดาแล้วนางมาสมรสกับจำเลย จำเลยข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงเชื่อม จำเลยย่อมมีความผิดเพียงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 เท่านั้น กรณีจึงไม่ต้องด้วย มาตรา 285 อันเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม เพราะอำนาจปกครองเด็กหญิงเชื่อมตกอยู่กับนางมารดา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1540 เด็กหญิงเชื่อมมิได้อยู่ในความปกครองของจำเลย.

¹²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6811/2538. การข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำแก่ผู้อยู่ในความปกครองตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 เพราะผู้อยู่ในความปกครองตามบทบัญญัติดังกล่าวหมายถึงผู้อยู่ในความปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย.

¹²³ ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ (เชิงอรธ 20) 487.

¹²⁴ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่บุพการี ผู้สืบสันดาน พี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ญาติสืบสายโลหิต ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล หรือผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม”

2.8.6 การขยายบทลงโทษคนที่แสวงหาประโยชน์จากโสเภณี (Proxénétisme)

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 เดิมได้กำหนดบทลงโทษของผู้ดำรงชีพอยู่แม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณี เช่น หากไม่มีงานทำ และเลี้ยงชีพตนเองอยู่ได้โดยเงินที่โสเภณีให้จะเป็นความผิดตามมาตรา 286 นี้ ซึ่งแนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้ตีความว่าหากมีงานทำเป็นลูกจ้างมีเงินเดือนประจำ และเป็นผู้จัดหาโสเภณีให้ผู้อื่นและรับผลประโยชน์จากโสเภณีก็จะเป็นความผิดตามมาตรา 286 นี้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1208/2535¹²⁵ แนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวทำให้เกิดผลที่ว่า หากรับเงินจากโสเภณี ต้องมีงานทำ จึงจะไม่ผิด หากตกงานจะผิด ซึ่งไม่น่าจะตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการลงโทษผู้ที่แสวงหาประโยชน์จากโสเภณีไม่ว่ากรณีใด ๆ มาตรา 286 ใหม่¹²⁶ จึงได้แก้ไขปัญหานี้จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวโดยนำแนวคิดการลงโทษผู้แสวงหาประโยชน์จากการค้าบริการทางเพศของโสเภณี (Proxénétisme) แบบที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 225-5 และมาตรา 225-6 ซึ่งมีแนวคิดที่ว่าอาชีพโสเภณีไม่มีความผิด แต่คนที่หาประโยชน์จากการค้าบริการทางเพศของโสเภณี เช่น การรับส่วนแบ่ง เงินหรือผลประโยชน์ คຸ້ມครอง จัดหาโสเภณีเป็นลักษณะของ Proxénétisme ที่ต้องถูกลงโทษเพราะเป็นการกระทำที่ขัดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การแก้ไขมาตรา 286 นี้จึงเป็นการขยายบทลงโทษจากเดิมลงโทษเฉพาะผู้ที่ดำรงชีพจากรายได้ของโสเภณีเป็นการลงโทษผู้ที่แสวงหาประโยชน์จากการค้าบริการทางเพศของโสเภณีในทุกรูปแบบที่กว้างขวางขึ้น แม้บางลักษณะการกระทำจะซ้อนทับพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี

¹²⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1208/2535 “ความผิดฐานดำรงชีพจากรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีนั้น โจทก์จะต้องนำสืบให้ได้ความว่า จำเลยอายุกว่าสิบหกปี ดำรงชีพอยู่ได้ด้วยการอาศัยปัจจัยทั้งหมดหรือแม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณี หากขาดปัจจัยดังกล่าวแม้เพียงบางส่วนจะดำรงชีพอยู่ไม่ได้ หรือไม่มีปัจจัยอย่างอื่นอันพอเพียงสำหรับดำรงชีพ และปรากฏว่าจำเลยอยู่ร่วมกับหญิงซึ่งค้าประเวณี หรือสมาคมกับหญิงซึ่งค้าประเวณีคนเดียวหรือหลายคนเป็นอาจตามคำฟ้องของโจทก์ แต่เมื่อโจทก์นำสืบได้เพียงว่า จำเลยอายุกว่าสิบหกปีเป็นผู้จัดหาหญิงผู้ทำการค้าประเวณีเพื่อผู้อื่นเป็นปกติธุระ และได้รับเงินส่วนแบ่งจากรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณีเท่านั้นจึงลงโทษจำเลยในความผิดนี้ตามฟ้องไม่ได้”, สืบค้นเมื่อ 22 เมษายน 2566 เข้าถึงได้จาก <http://deka.supremecourt.or.th>

¹²⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 286 “ผู้ใดกระทำความผิดใด ๆ ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสี่ปี และปรับไม่เกินสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

- (1) ช่วยเหลือ ให้ความสะดวก หรือคຸ້ມครองการค้าประเวณีของผู้อื่น
 - (2) รับประโยชน์ไม่ว่ารูปแบบใดจากการค้าประเวณีของผู้อื่นหรือจากผู้ซึ่งค้าประเวณี
 - (3) บังคับ ชูเชิญ หลอกลวง หรือใช้อำนาจครอบงำผู้อื่น หรือรับผู้อื่นเข้าทำงานเพื่อการค้าประเวณี
 - (4) จัดให้มีการค้าประเวณีระหว่างผู้ซึ่งค้าประเวณีกับผู้ให้บริการ
 - (5) ปกปิดหรืออำพรางแหล่งที่มาของรายได้หรือทรัพย์สินซึ่งได้มาจากการค้าประเวณี
 - (6) อยู่ร่วมกับผู้ซึ่งค้าประเวณีหรือสมาคมกับผู้ซึ่งค้าประเวณีคนเดียวหรือหลายคนเป็นอาจ และไม่สามารถแสดงที่มาของรายได้ในการดำรงชีพของตน
 - (7) ขัดขวางการดำเนินการของหน่วยงานที่ดูแลในการป้องกัน ควบคุม ช่วยเหลือ หรือให้การศึกษาแก่ผู้ซึ่งค้าประเวณี ผู้ซึ่งจะเข้าร่วมในการค้าประเวณี หรือผู้ซึ่งอาจได้รับอันตรายจากการค้าประเวณี
- ความในวรรคหนึ่ง (2) และ (6) มิให้ใช้บังคับแก่ผู้รับประโยชน์ไม่ว่ารูปแบบใดซึ่งพึงได้รับตามกฎหมายหรือตามธรรมเนียมจรรยา”

พ.ศ. 2539 แต่การกำหนดฐานความผิดหลักให้ครบถ้วนในประมวลกฎหมายอาญาก็เป็นสิ่งที่ควรกระทำตามระบบประมวลกฎหมาย ส่วนการซ้ำซ้อนบางกรณีก็ควรตีความว่าเป็นการกระทำความผิดกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบทจากแนวคิดดังกล่าว มาตรา 286(2) ใหม่ที่บัญญัติห้ามรับประโยชน์ไม่ว่ารูปแบบใดจากการค้าประเวณีของผู้อื่นหรือจากผู้ซึ่งค้าประเวณี จึงไม่ได้หมายความว่าความรวมถึงผู้ทำธุรกิจค้าขายที่ได้รับเงินค่าสินค้าจากโสเภณีที่ไปซื้อสินค้าตามสัญญาทางแพ่งทั่วไป หรือพระที่รับเงินบริจาคที่โสเภณีมาทำบุญตามปกติ วัลย์เพราะผู้รับเงินจากโสเภณีดังกล่าวไม่ใช่ผู้หาประโยชน์จากการค้าบริการทางเพศของโสเภณี

2.9 ปัญหาและสิทธิทางกฎหมายของผู้เสียหายเกี่ยวกับการลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณี

2.9.1 ปัญหาเกี่ยวกับการไม่มีบทบัญญัติกำหนดให้การลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราส่งผลกระทบต่อสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ

ประเด็นปัญหามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการที่ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติกำหนดความรับผิดของผู้ฝ่าฝืนการบอกถอนความยินยอมโดยการลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างการร่วมประเวณีให้มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่มีมาจากแนวคิดที่ว่าบุคคลมีเสรีภาพทางเพศที่จะให้ความยินยอมหรือปฏิเสธการกระทำทางเพศ หรือกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศได้ตามความต้องการ ซึ่งการกระทำทางเพศที่เกี่ยวข้องกับบุคคลอื่นจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ที่เกี่ยวข้องเสมอ กฎหมายอาญาให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคลโดยกำหนดความผิดอาญาสำหรับการกระทำที่กระทบต่อเสรีภาพทางเพศของบุคคลอื่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศประเภทหนึ่งที่กำหนดให้การกระทำชำเราที่ปราศจากความยินยอมและความสมัครใจของบุคคลอื่นเป็นความผิดอาญา ความยินยอมของผู้เสียหายจึงเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานดังกล่าว สำหรับการกระทำชำเราที่ได้รับความยินยอมของผู้ที่เกี่ยวข้องนั้นไม่เป็นการกระทำผิด แต่ผู้ให้ความยินยอมจะมีความสามารถในการให้ความยินยอมและมีความเป็นอิสระในการตัดสินใจขณะให้ความยินยอม และมีอิสระที่จะบอกถอนความยินยอมเสียเมื่อใดก็ได้¹²⁷ การที่ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติกำหนดความรับผิดของผู้ฝ่าฝืนลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างการร่วมประเวณีให้มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เป็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิในการที่จะบอกถอนความยินยอมในการกระทำทางเพศของบุคคลซึ่งส่งผลกระทบต่อเสรีภาพทางเพศอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ

2.9.2 ปัญหาเกี่ยวกับการไม่มีบทบัญญัติเพิ่มโทษกรณีความผิดฐานการข่มขืนกระทำชำเราเนื่องจากการลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีนั้นส่งผลกระทบต่อสุขอนามัย อนามัยเจริญพันธุ์ของผู้ถูกกระทำ หรือทำให้ผู้ถูกกระทำติดเชื้อทางเพศสัมพันธ์หรือตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์

¹²⁷ People v. John Z (เชิงอรรถ 9).

ประเด็นปัญหามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการที่ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติเพิ่มโทษกรณีความผิดฐานการข่มขืนกระทำชำเราเนื่องจากการลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีนั้น ส่งผลกระทบต่อสุขอนามัย อนามัยเจริญพันธุ์ของผู้ถูกระทำ หรือทำให้ผู้ถูกระทำติดโรคทางเพศสัมพันธ์หรือ ตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์นั้นมีที่มาจากหลักแนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิในอนามัยและร่างกายของบุคคล โดยจากการศึกษาปัจจัยทางสรีระ ทางสังคม และความไม่เท่าเทียมทางเพศในสังคมไทยปัจจุบันในเบื้องต้น พบว่าสังคมไทยยังมีค่านิยมเกี่ยวกับความเป็นใหญ่ของเพศชาย โดยเฉพาะยังคงแฝงอยู่ในเรื่องของเพศสัมพันธ์ในครอบครัว เช่น การมีเพศสัมพันธ์มักเกิดจากความต้องการของฝ่ายชายเป็นหลัก ฝ่ายหญิงต้องตอบสนองความต้องการทางเพศของฝ่ายชายแม้ไม่เต็มใจ และเพศหญิงมีมุมมองเรื่องการมีเพศสัมพันธ์ว่าเป็นหน้าที่ของภรรยาต่อสามี ส่งผลทำให้เพศหญิงมีโอกาสเสี่ยงต่อการติดโรคทางเพศสัมพันธ์จากเพศชายที่เป็นสามีของตน นอกจากนี้จากสถิติทางการแพทย์และการสาธารณสุขของไทยยังพบว่าผู้ติดเชื้อเพศชายเป็นผู้นำในการมีกิจกรรมทางเพศ¹²⁸ เป็นผู้ควบคุมและตัดสินใจว่าเพศสัมพันธ์จะมีความปลอดภัยหรือไม่ปลอดภัยด้วยการเลือกว่าจะป้องกันโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์รวมถึงความเสี่ยงในการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์หรือไม่ กล่าวคือ เพศชายมักเป็นฝ่ายเลือกว่าจะสวมถุงยางอนามัยหรือกระทั่งถอดถุงยางอนามัยกลางคันในขณะมีกิจกรรมทางเพศหรือไม่ ทำให้เพศหญิงอยู่ในสถานะที่ไม่อาจป้องกันตนเองจากโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์และการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ได้ การที่ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติเพิ่มโทษกรณีความผิดฐานการข่มขืนกระทำชำเราเนื่องจากการลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีนั้นจึงส่งผลกระทบต่อสุขอนามัย อนามัยเจริญพันธุ์ของผู้ถูกระทำทางเพศ และเป็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิในอนามัยและร่างกายของบุคคลที่สมควรจะต้องมีการปรับปรุงแก้ไขต่อไป

¹²⁸ จารุวรรณ ก้าวหน้าไกล และตรุณี รุจกรกานต์ (เชิงอรธ 10).

บทที่ 3

ความผิดและบทลงโทษตามกฎหมายฐานข่มขืนกระทำชำเรา ศึกษากรณีการลักลอบ ถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีในต่างประเทศ

ในบทนี้ ผู้ศึกษาจะได้ศึกษาขอบเขตความรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในประเทศสหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศสิงคโปร์ โดยศึกษาในประเด็นองค์ประกอบและลักษณะของการกระทำความผิด ขอบเขตและเงื่อนไขการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหาย และบทลงโทษความผิด ดังรายละเอียดต่อไปนี้

3.1 ขอบเขตความรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในประเทศสหรัฐอเมริกา

การกำหนดความรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกามีรากฐานมาจากระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) แบบดั้งเดิมของประเทศอังกฤษที่มีแนวคิดว่าการข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเกิดขึ้นระหว่างชายกับหญิงโดยใช้กำลัง โดยอิทธิพลแบบจารีตประเพณีนี้นำไปสู่การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเพื่อเอาผิดผู้กระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 10 ปี ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม แต่ด้วยความเก่าแก่และล้าสมัยของระบบกฎหมายอังกฤษ ทำให้สหรัฐอเมริกาต้องปรับปรุงแนวคิดใหม่ในการกำหนดความรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยมีกำหนดความรับผิดของสามีที่ข่มขืนกระทำชำเราภรรยาของตน และกำหนดความรับผิดของผู้ที่กระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 16 ปี โดยแนวคิดที่ว่าความยินยอมของเด็กที่อยู่ในวัยดังกล่าวไม่เป็นไปตามหลักความยินยอม เนื่องจากเด็กไม่อาจเข้าใจถึงรู้ถึงการกระทำและรู้คุณค่าของการกระทำนั้น หรือเข้าใจถึงธรรมชาติของการกระทำ และผลที่อาจเกิดจากการกระทำนั้นได้ และเพื่อเป็นการปกป้องพรหมจรรย์ของเด็ก และป้องกันการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ อีกทั้งได้มีการปฏิรูปการกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นลายลักษณ์อักษร โดยกำหนดนิยามขยายความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราให้รวมไปถึงการใช้อวัยวะเพศกระทำกับปากและทวารหนักของผู้เสียหายด้วย¹²⁹

3.1.1 องค์ประกอบและลักษณะของการกระทำความผิด

แต่เดิมคำจำกัดความของคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา มีความหมายค่อนข้างแคบ กล่าวคือ คำจำกัดความของคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ได้มีประกาศออกนำมาใช้เป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1927 คือ “เป็นการบังคับข่มขืนสตรีโดยที่สตรีผู้นั้นไม่มีความเต็มใจ” เมื่อสมัยนั้น ได้รวมเอาคำแค่ “สอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น และไม่รวมถึงการสอดใส่ทางปากและทวารหนัก หรือกรณีมีการข่มขืนกระทำชำเราชาย หรือกรณีสตรีถูกสตรีด้วยกันข่มขืน หรือการเอาสิ่งของประเภทหนึ่งหรือส่วนอื่น ๆ ของร่างกาย นอกเหนือไปจากอวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปใน

¹²⁹ John M. Scheb, *Criminal Law and Procedure* (8th edn, Cengage Learning 2013) 156-158.

อวัยวะเพศหญิง และทวารหนัก และข่มขืนโดยไม่ได้ใช้กำลัง” ซึ่งคำจำกัดความทางกฎหมายที่กว้างเกินไปของคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ทำให้ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามีสิทธิ์หลุดคดีได้¹³⁰

ต่อมา สถาบันกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (American Law Institute) ได้มีการจัดทำต้นแบบประมวลกฎหมายอาญาที่มีชื่อว่า Model Penal Code¹³¹ ขึ้นโดยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดที่มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายของรัฐบาลกลางนั้นเป็นเพียงความผิดฐานกระทำชำเราหญิงเท่านั้น ซึ่งแต่ละมลรัฐก็จะนำต้นแบบประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวไปปรับปรุงให้เหมาะสมและบัญญัติเป็นกฎหมายของมลรัฐต่อไป

หลังการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาต้นแบบของประเทศสหรัฐอเมริกา Model Penal Code (MPC) ครั้งแรกในปี 1962 ประมวลกฎหมายอาญาของหลายรัฐในสหรัฐอเมริกาได้รับการปฏิรูปรื้อใหญ่ โดย MPC ได้วางหลักเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราไว้ดังนี้¹³²

“การข่มขืนกระทำชำเรา คือ การมีเพศสัมพันธ์กับหญิงอื่นที่มีใช้ภรรยาของตนในกรณีดังต่อไปนี้

- 1) หญิงไม่ได้ให้ความยินยอม ไม่ว่าจะเพราะเป็นบ้าหรือวิกลจริต ทั้งที่มีลักษณะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว หรือ
 - 2) หญิงได้ขัดขืนแต่ถูกชายใช้กำลังบังคับ หรือ
 - 3) หญิงที่ถูกทำให้มีเมามจนไม่สามารถทรงสติได้ หรือ
 - 4) หญิงในขณะนั้นหมดสติสัมปชัญญะที่จะรับรู้ถึงการกระทำของตน หรือชายได้หลอกลวงด้วยประการใด ๆ จนหญิงเชื่อว่าเป็นสามีของตน
 - 5) การกระทำแก่หญิงอายุต่ำกว่า 10 ปี จะได้รับโทษหนักขึ้นตั้งแต่จำคุกตลอดชีวิตถึงประหารชีวิต
- ในกรณี 1) ถึง 5) สามารถกล่าวได้ว่า เป็นกรณีการมีเพศสัมพันธ์กับหญิงโดยที่หญิงนั้นมิได้ยินยอมพร้อมใจ”

เพื่อให้คำจำกัดความทางกฎหมายรัดกุมยิ่งขึ้น สำนักงานอัยการสูงสุดสหรัฐอเมริกาได้ประกาศถึงการเปลี่ยนแปลงคำจำกัดความของคำว่าข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) ไว้ในรายงานของกฎหมายอาชญากรรม ซึ่งการเปลี่ยนแปลงคำจำกัดความใหม่นี้จะนำไปสู่รายงานสถิติในด้านการจับกุมเพิ่มขึ้นทั่วประเทศเพื่อให้กระทบถึงกฎหมายอาชญากรรมของรัฐและเน้นไปในเรื่องของรูปแบบต่าง ๆ ถึงการ “สอด

¹³⁰ จริยาภรณ์ พงษ์รัตน์, ‘ปัญหาการกำหนดความผิดและบทลงโทษ การกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ 2559) 94.

¹³¹ Legal Information Institute Cornell Law School, ‘Model Penal Code (MPC)’ (Legal Information Institute Cornell Law School) <[https://www.law.cornell.edu/wex/model_penal_code_\(mpc\)](https://www.law.cornell.edu/wex/model_penal_code_(mpc))> สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2566.

¹³² Lawrence K. Furbish and others, ‘MODEL PENAL CODE SEXUAL ASSAULT PROVISION’ (Connecticut General Assembly) <<https://cga.ct.gov/PS98/rpt%5Colr%5Chtm/98-R-1535.htm>> สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2566.

ใส่ในทางเพศสัมพันธ์” ทำให้คำว่า การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) นั้น เป็นที่เข้าใจและชัดเจนดีมากขึ้น โดยคำจำกัดความใหม่ดังกล่าวของคำว่า การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) นั้น คือ “การสอดใส่ไม่ว่าจะเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง หรือทางทวารหนัก ไม่ว่าด้วยส่วนไหนของร่างกายหรือสิ่งของ หรือการสอดใส่ทางปาก ด้วยอวัยวะทางเพศของบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม หรือเห็นชอบของเหยื่อผู้เคราะห์ร้าย” การแก้ไข เปลี่ยนคำจำกัดความใหม่นี้ได้บัญญัติรวมถึงไม่ว่าผู้เสียหาย และผู้กระทำความผิดนั้นเป็นเพศอะไร และรวมถึงการกระทำต่อผู้เสียหายให้ตกอยู่ในสภาพทางร่างกายต่าง ๆ อันไม่อาจขัดขืนได้ เช่นการได้รับสารของยาเสพติด ยาสงบ หรือแอลกอฮอล์ ดังนั้น การไม่ขัดขืน ทางร่างกายจากผู้เสียหายไม่ถูกนำมาบังคับ เพื่อแสดงถึงความรู้สึกในการให้ความยินยอมหากพฤติการณ์ดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าสภาพร่างกายของผู้เสียหายอยู่ในสภาพที่ไม่อาจให้ความยินยอมหรือไม่อาจขัดขืนได้ กล่าวคือ สภาพร่างกายหรือสติสัมปชัญญะไม่มีอยู่ในขณะก่อนหรือขณะกระทำชำเรา หรือกรณีการให้ความยินยอมของผู้เสียหายก็ต้องคำนึงถึงอายุและความสามารถของผู้เสียหาย ที่จะให้ความยินยอมด้วย ซึ่งต้องถูกพิจารณาตามกฎหมาย การกำหนดอายุความของรัฐ คำจำกัดความใหม่ไม่ได้เปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์อาชญากรรมของรัฐบาลกลาง และของรัฐ หรือมีผลกระทบในการตั้งข้อหาและดำเนินคดีความทางกฎหมายในระดับท้องถิ่นแต่อย่างใด¹³³

ในสหรัฐอเมริกาถือว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดต่อศีลธรรมอย่างร้ายแรง และเป็นความผิดขั้นร้ายแรงที่เรียกว่า Felony เหตุนี้ศาลจึงมักตีความองค์ประกอบความผิดอย่างกว้างขวาง เช่น คดี Lewis V. The State¹³⁴ ศาลรัฐอลาบามาได้วินิจฉัยว่าเมื่อได้ความว่าจำเลยวิ่งไล่ตามผู้เสียหายเพื่อข่มขืนกระทำชำเรา แม้จะยังไม่ประชิดตัวหญิงนั้นก็ถือได้ว่าจำเลยพยายามกระทำความผิดแล้ว นอกจากนี้ในการพิจารณาว่าจำเลยกระทำอนาจารหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรานั้น ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยโดยถือเอาเจตจำนงของจำเลยเป็นสำคัญ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาต่างท้องที่กันก็มีความเห็นต่างกันในเรื่องของเจตนาที่จำเลยจำเป็นต้องมีเพื่อให้จำเลยมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ศาลบางท้องที่ก็เห็นว่าไม่มีความจำเป็นต้องมีเจตนาอื่น มีเพียงพยานหลักฐานว่ามีการกระทำชำเราก็จึงพอแล้ว ศาลบางแห่งก็ตัดสินว่าต้องมีเจตนาเฉพาะเพื่อข่มขืนกระทำชำเรา เช่น ศาลรัฐนิวเม็กซิโก วินิจฉัยว่า เมื่อจำเลยมีความหย่อนสมรรถภาพทางเพศจึงยอมเชื่อได้ว่าจำเลยไม่มีเจตนาที่จะข่มขืนกระทำชำเรา¹³⁵ เป็นต้น

3.1.2 ขอบเขตและเงื่อนไขการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหาย

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีหรือระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งทำให้รูปแบบการตีความกฎหมายเป็นไปในแนวทางเดียวกับประเทศอังกฤษซึ่งใช้ระบบ

¹³³ จริยาภรณ์ พงษ์รัตน์ (เชิงอรุณ 130) 94-95.

¹³⁴ Lewis v. State (16 June 1989) 549 So. 2d 620. <<https://law.justia.com/cases/alabama/court-of-appeals-criminal/1989/549-so-2d-620-0.html>> สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2566.

¹³⁵ ญัฐวรรณ ดวงกลางใต้, ‘ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษาขอบเขตการให้ความยินยอมโดยผู้เสียหาย’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยบูรพา 2558) 80.

กฎหมายเดียวกัน ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีองค์ประกอบหลักของความผิดอันประกอบด้วย มีการร่วมประเวณี มีการใช้กำลัง และกระทำโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย ซึ่งหลักความยินยอมนี้เองที่เป็นหลักเกณฑ์อันเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่ทำให้ชายต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง ดังนั้น ในกรณีกลับกันหากชายร่วมประเวณีกับหญิงโดยที่หญิงนั้นยินยอมชายไม่ต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่หากความยินยอมของหญิงเกิดจากการที่ชายใช้กำลังบังคับขู่เข็ญหรือหลอกลวงจนหญิงไม่สามารถขัดขืนได้หรือหลงเชื่อตามที่ถูกลอกลวง หรือชายได้ปลอมหรือแสดงตนว่าเป็นสามีของหญิงจนหญิงนั้นเชื่อว่าเป็นสามีของตน หรือหญิงเป็นผู้บงการในการแสดงเจตนา หรือฉวยโอกาสขณะหญิงกำลังหลับ หรือทำให้หญิงเกิดอาการมึนเมาแล้วถือโอกาสมีเพศสัมพันธ์กับหญิง กรณีเหล่านี้ถือว่าชายได้ร่วมประเวณีกับหญิงโดยปราศจากความยินยอมของหญิงทั้งสิ้น และถือว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ในขณะที่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาบางท้องที่ก็มีปัญหาในการตีความคำว่า “ใช้กำลังบังคับ” (Force) และคำว่า “ยินยอม” (Consent) ที่เป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Forcible Rape) เนื่องจากศาลในสหรัฐอเมริกาบางแห่งได้ตัดสินว่าการจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้นั้นจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าหญิงนั้นได้ขัดขืนอย่างถึงที่สุด (Resist of the Utmost) แต่คดีต่อ ๆ มาศาลตัดสินว่าระดับของการขัดขืนไม่ถือเป็นเรื่องเด็ดขาด ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมของเหตุการณ์ อย่างไรก็ตามศาลก็ยังเห็นว่าการขัดขืนต้องเป็นอะไรที่มากกว่าการตอบปฏิเสธด้วยวาจา (Verbally Decline)

ขอบเขตของการบอกถอนความยินยอม

1) การพิจารณาประเด็นเรื่องการยินยอมและการปฏิเสธที่เกี่ยวข้องกับการกระทำชำเราแล้ว เห็นได้ว่าอาจแบ่งความเป็นไปได้ของกรณีที่จะเกิดขึ้นออกได้เป็น 4 กรณีแตกต่างกัน คือ

(1) ผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมทั้งขณะเริ่มกระทำชำเราและหลังการกระทำชำเราจนกระทั่งการกระทำชำเราจบสิ้นลง

หากเป็นกรณีเช่นนี้แล้วย่อมไม่มีปัญหาทางข้อกฎหมายแต่ประการใด เมื่อผู้ถูกกระทำยินยอมตลอดเวลาตั้งแต่ขณะเริ่มกระทำชำเรา ย่อมไม่เป็นการกระทำชำเราที่ฝ่าฝืนความยินยอมของผู้ถูกกระทำไป ผู้กระทำจึงไม่มีความรับผิดทางอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่หากผู้ถูกกระทำมีอายุน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด ผู้ถูกกระทำก็อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กได้

(2) ผู้ถูกกระทำปฏิเสธให้ความยินยอมทั้งขณะเริ่มกระทำชำเราและหลังการกระทำชำเราจนกระทั่งการกระทำชำเราจบสิ้นลง

กรณีนี้ไม่มีปัญหาในทางข้อกฎหมายแต่ประการใด เพราะเมื่อผู้ถูกกระทำไม่เคยให้ความยินยอมในการกระทำชำเรานั้นเลย การกระทำดังกล่าวจึงเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยชัดเจน ประเด็นจึงมีเพียงว่าต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากมีเหตุฉกรรจ์หรือไม่เท่านั้น

(3) ผู้ถูกกระทำปฏิเสธให้ความยินยอมขณะเริ่มกระทำชำเรา แต่เปลี่ยนไปให้ความยินยอมหลักกระทำชำเราจนกระทั่งการกระทำชำเราจบสิ้นลง

กรณีนี้เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าเมื่อผู้ถูกกระทำไม่ได้ให้ความยินยอมในขณะเริ่มการกระทำซ้ำเรา จึงเป็นกรณีที่ความผิดได้สำเร็จลงไปแล้วในวินาทีที่เริ่มการกระทำซ้ำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของผู้ถูกกระทำนั้น องค์ประกอบของความผิดอาญาฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราก็ไม่ถูกระทบกระเทือน เพียงแต่หากพิจารณาตามกฎหมายวิธีสบัญญัติแล้ว ประเด็นดังกล่าวอาจถูกนำมาพิจารณาได้ว่าความยินยอมที่ให้ในภายหลังนั้นเป็นการยอมความหรือเป็นเหตุบรรเทาโทษแก่ผู้กระทำเท่านั้น

(4) ผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมขณะเริ่มกระทำซ้ำเราแต่เปลี่ยนเป็นปฏิเสธให้ความยินยอมหลังการกระทำซ้ำเราจนกระทั่งการกระทำซ้ำเราจบสิ้นลง

กรณีนี้มีประเด็นที่น่าจะต้องพิจารณาว่าหากการกระทำซ้ำเราเริ่มต้นด้วยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย แต่ขณะที่การกระทำซ้ำเรากำลังดำเนินไปภายใต้ความยินยอมร่วมกันนั้น หากมีฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่จะกระทำซ้ำเรากันต่อไป ไม่ว่าจะเพราะเกิดความเจ็บปวด หรือทราบข้อเท็จจริงบางประการเพิ่มเติม กะทันหัน เช่น ทราบว่าอีกฝ่ายเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ร้ายแรง มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศ นิยมความรุนแรง หรือไม่ว่าโดยเหตุผลใด ๆ ก็ตาม แต่เมื่อปฏิเสธไม่ให้มีการกระทำซ้ำเราต่อไปแล้วอีกฝ่ายหนึ่งกลับไม่ยอมหยุดกระทำซ้ำเราในทันทีที่จะถือได้หรือไม่ว่าเป็นการกระทำซ้ำเรา ซึ่งแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้วางหลักการวินิจฉัยประเด็นการบอกถอนความยินยอมขณะร่วมประเวณีไว้ มีตัวอย่างต่อไปนี้

คดีระหว่าง *People v. John Z.*¹³⁶ เป็นคดีที่นาย John Z. ได้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเรา แต่นาย John Z. จำเลยกล่าวอ้างว่าการใช้กำลังข่มขืนกระทำซ้ำเราจะไม่เป็นความผิด หากผู้เสียหายให้ความยินยอมในตอนเริ่มแรกของการร่วมประเวณี อย่างไรก็ตาม หลังจากนั้นฝ่ายหญิงได้มีการบอกถอนความยินยอม แต่ฝ่ายชายได้มีการร่วมประเวณีต่อไปโดยขึ้นใจฝ่ายหญิง¹³⁷ จึงเกิดประเด็นคำถามว่าการบอกถอนความยินยอมเป็นการบอกล้างความยินยอมเดิมและหากฝ่ายชายได้กระทำซ้ำเราต่อไปจะเป็นความผิดฐานกระทำซ้ำเราหรือไม่ แต่ได้มีหลักฐานที่แสดงให้เห็นชัดว่าฝ่ายหญิงได้ให้ความยินยอมมาแต่แรก แต่ภายหลังฝ่ายหญิงได้สื่อสารทั้งคำพูดและการกระทำที่แสดงว่าเป็นการบอกถอนความยินยอม ซึ่งการบอกถอนความยินยอมนี้ศาลได้วินิจฉัยไว้ว่าสามารถกระทำได้ทุกเมื่อ¹³⁸ ฝ่ายชายได้เข้าใจและมีเวลาเหลือเพื่อขณะร่วมประเวณีอยู่นั้นแต่ปฏิเสธที่จะยุติการสอดใส่ ศาลจึงได้ตัดสินว่าเป็นการข่มขืน ศาลสูงแคลิฟอร์เนียได้มีคะแนนเสียง 6 ต่อ 1 ในคดีของ John Z. ว่าเป็นการข่มขืน ในรัฐแคลิฟอร์เนียได้นิยามการข่มขืนว่า คือ การกระทำที่เกี่ยวกับการร่วมประเวณี โดยลักษณะของการข่มขืนโดยใช้กำลัง ความรุนแรง การกดดัน การคุกคาม หรือก่อให้เกิดความกลัวว่าทันทีนั้นจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายต่อผู้นั้นหรือผู้อื่น อย่างไรก็ตามรัฐแคลิฟอร์เนียเป็น 1 ใน 7 รัฐ (รัฐที่มีกฎหมายในเรื่องความยินยอมคล้ายคลึงกันกับรัฐ

¹³⁶ *People v. John Z* (เชิงอรรถ 9).

¹³⁷ *Criminal Law: Keyed to Courses Using Dressler's Cases and Materials on Criminal Law* (4th edn, Wolters Kluwer Law & Business 2007) 73.

¹³⁸ *People v. John Z* (เชิงอรรถ 9).

แคลิฟอร์เนีย ได้แก่ รัฐอลาสกา รัฐคอนเนคติกัต รัฐแคนซัส รัฐเมน รัฐเซาท์โดกาโตและรัฐอิลลินอยส์) ที่ศาลได้ขยายหลักนียมของการข่มขืนโดยการตีความที่รวมถึงการบอกถอนความยินยอมภายหลังหรือขณะร่วมประเวณีและคดีดังกล่าวได้ทำให้รัฐอิลลินอยส์นำนียมดังกล่าวไปปรับใช้ภายหลัง¹³⁹ บางรัฐที่ได้มีการปรับการตีความนี้ไปใช้ได้พยามผ่อนหลักเรื่องเวลาสำหรับให้โอกาสฝ่ายชายในการยุติการสอดใส่ภายหลังที่ได้มีการบอกถอนความยินยอม ซึ่งเรียกว่า เวลาที่สมเหตุสมผล (Reasonable Time)

คดีที่สอง *Maouloud Baby v. State of Maryland*¹⁴⁰ ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดฐานข่มขืนโดยฝ่ายหญิงหรือเหยื่อเบิกความว่านาย Baby ได้ชำเราเธอต่อไป 5 ถึง 10 วินาที ภายหลังที่เธอได้บอกให้หยุดการร่วมประเวณี คดีนี้ได้ดำเนินไปโดยที่อยู่บนพื้นฐานของความยินยอม หากขาดไปจึงเป็นการข่มขืน คณะลูกขุนได้เดินตามคำแนะนำของศาล นาย Baby จึงถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานข่มขืนในปี ค.ศ. 2005 คดีดังกล่าวได้ถูกตั้งฉายาว่า “กฎห้าวิ” เพราะมีความยากในการเข้าใจปัญหาการตีความว่าเป็นการข่มขืนหรือไม่ และฝ่ายชายหากเป็นพวกที่ไม่อาจหยุดกิจกรรมทางเพศได้โดยพลันอาจต้องตกอยู่ภายใต้ความผิดฐานข่มขืนได้ ต่อมาในปี ค.ศ. 2008 ศาลสูงในรัฐแมริแลนด์ได้บัญญัติกฎหมายว่าฝ่ายหญิงสามารถถอนความยินยอมภายหลังหรือกำลังร่วมประเวณีอยู่ได้ ภายหลังจากนั้นหากยังมีการสอดใส่อยู่หรือได้กระทำต่อไปโดยใช้กำลังหรือข่มขู่อาจถือว่าเป็นความผิดฐานการข่มขืนกระทำชำเรา

ศาลสูงของแคนซัส ได้นำความเห็นในคดีของ John Z. มาปรับใช้และไปไกลกว่าในหลักของการใช้กฎหมาย กล่าวคือ เมื่อมีการบอกถอนความยินยอมแต่อีกฝ่ายยังคงกระทำต่อไปซึ่งเป็นการร่วมประเวณีเกิน 5 ถึง 10 วินาทีนี้แล้วจะไม่ถือว่าเป็นช่วงเวลาที่เหมาะสมผลที่จะอ้างว่าได้หยุดการกระทำนั้นแล้วและถือว่าเป็นการข่มขืน จะเห็นได้ว่า ศาลสูงของแคนซัสวินิจฉัยก้าวไปไกลกว่าศาลใด ๆ ถึงขนาดกำหนดระยะเวลาลงไปในในการพิจารณาคดี¹⁴¹ ในขณะที่รัฐอื่น ๆ ใช้การปรับกฎหมายเป็นรายคดีไปตามแต่สภาพแวดล้อมของเหตุการณ์

3.1.3 บทลงโทษความผิด

สำหรับประเด็นการบัญญัติให้การลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในสหรัฐอเมริกา นั้น มีจุดเริ่มต้นมาจากเหตุการณ์ที่นางสาวแม็กซีน ดูแกน หญิงขายบริการทางเพศประสบภาวะตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ สาเหตุเนื่องมาจากผู้ใช้บริการทางเพศรายหนึ่งที่ซื้อบริการทางเพศของเธอในเมืองแอองเคอเรจ รัฐอิลลินอยส์ ได้ทำการถอดถุงยางอนามัยออกระหว่างมีเพศสัมพันธ์โดยที่เธอไม่ยินยอม ทำให้นางสาวดูแกนต้องได้เข้ารับการตรวจหาโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ที่

¹³⁹ Matthew R. Lyon, ‘No Means No?: Withdrawal of Consent during Intercourse and the Continuing Evolution of the Definition of Rape’ (1973) 1 *The Journal of Criminal Law and Criminology* 277, 279.

¹⁴⁰ *Baby v. State* (9 February 2007) 916 A.2d 410. <<https://case-law.vlex.com/vid/baby-v-state-no-891958093>> สืบค้นเมื่อ 22 มีนาคม 2566.

¹⁴¹ Matthew R. Lyon (เชิงอรรถ 139) 305.

คลินิกแห่งหนึ่งโดยเสียค่าใช้จ่ายของตนเอง อย่างไรก็ตามผลการตรวจโรคมออกมาเป็นลบ แต่ทว่าอีก 6 สัปดาห์ต่อมาเธอกลับพบว่าตนเองตั้งครรภ์และต้องทำแท้ง ซึ่งมีค่าใช้จ่ายราว 300 ดอลลาร์สหรัฐ (ราว 10,000 บาท) และทำงานบริการไม่ได้อีกเป็นระยะเวลาประมาณ 1 เดือนหลังจากนั้น เหตุการณ์นี้ทำให้นายเกวิน นิวซัม ผู้ว่าการรัฐแคลิฟอร์เนียได้ลงนามในกฎหมายใหม่ที่ได้รับการสนับสนุนจากพรรคิปปบลิกันและเดโมแครต ซึ่งกำหนดให้การลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีเป็นสิ่งผิดกฎหมาย และถือเป็นรัฐแรกของสหรัฐอเมริกาที่บัญญัติกฎหมายกำหนดความรับผิดชอบในลักษณะเช่นนี้¹⁴²

กฎหมายใหม่นี้ถือเป็นการบัญญัติให้การลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณี (Stealthing) เป็นการประทุษร้ายทางเพศตามคำนิยามในกฎหมายแพ่งของรัฐแคลิฟอร์เนีย ซึ่งจะช่วยให้ผู้ตกเป็นเหยื่อแบบเดียวกับนางดูแกนได้มีกลไกทางกฎหมายที่ชัดเจนในการเอาผิดผู้ก่อเหตุ Stealthing อย่างไรก็ตามสำหรับกฎหมายฉบับใหม่นี้ ได้เปลี่ยนไปบัญญัติเป็นกฎหมายแพ่งซึ่งจะเปิดทางให้เหยื่อของการ Stealthing สามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต่อผู้กระทำผิดได้ แต่ไม่สามารถเอาผิดกับผู้กระทำในทางอาญาได้¹⁴³

เมื่อปี ค.ศ. 2017 อเล็กซานดรา บรอดสกี (Alexandra Brodsky) นักเรียนกฎหมาย (ในขณะนั้น) จากมหาวิทยาลัยเยล ได้เคยเขียนไว้ในงานของเธอว่า การแอบลักลอบถอดหรือทำลายถุงยางอนามัยในขณะร่วมประเวณี (Stealthing) นั้น เป็นพฤติกรรมที่ผู้เสียหายควรได้รับการความช่วยเหลือและปกป้องทางกฎหมาย โดยงานเขียนนั้นประกอบไปด้วยประสบการณ์ของผู้เสียหายหลายคน ซึ่งงานเขียนของเธอเป็นแรงผลักดันสำคัญที่ทำให้สภานิติบัญญัติรัฐแคลิฟอร์เนียได้อนุมัติร่างกฎหมายที่บอกว่า Stealthing นั้นมีความผิดทางกฎหมาย โดยร่างกฎหมายนี้ของรัฐแคลิฟอร์เนียระบุว่า ถ้าบุคคลกระทำ “การสัมผัสระหว่างองคชาติขณะที่ถูกถอดออกต่อส่วนที่เป็นส่วนตัว (Intimate Part) ของอีกบุคคล โดยที่ไม่ได้มีการบอกยินยอมทางคำพูดให้มีการเอาถุงยางออกได้” ระหว่างการร่วมประเวณี จะถูกลงโทษในฐานะ ‘Sexual Battery’ ซึ่ง Sexual Battery นี้เป็นรูปแบบหนึ่งของอาชญากรรมทางเพศที่มักถูกนิยามว่าเป็น การสัมผัสทางเพศที่ไม่เป็นที่ต้องการ โดยที่ฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอม ถูกหลอก หรือโกง โดยมักจะมีโทษน้อยกว่าการข่มขืนกระทำชำเรา¹⁴⁴

อย่างไรก็ตามมีความพยายามจากฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐแคลิฟอร์เนียที่จะผลักดันให้การลักลอบถอดหรือจงใจทำให้ถุงยางอนามัยชำรุดหรือฉีกขาดระหว่างมีเพศสัมพันธ์โดยปราศจากความยินยอมของอีก

¹⁴² BBC News ไทย, ‘แคลิฟอร์เนียเป็นรัฐแรกที่กำหนดให้การแอบถอดถุงยางโดยคู่ขนอนไม่ยินยอมผิดกฎหมาย’ (BBC News ไทย, 11 ตุลาคม 2564) <<https://www.bbc.com/thai/international-58867979>> สืบค้นเมื่อ 10 เมษายน 2566.

¹⁴³ เพิ่งอ้าง.

¹⁴⁴ Spectrumth, ‘แอบถอดถุงยางขณะมีเซ็กซ์จะผิดกฎหมายแคลิฟอร์เนียแล้ว เพราะ ‘STEALTHING’ คืออาชญากรรมทางเพศที่ผู้เสียหายต้องได้รับการปกป้องทางกฎหมาย’ (Spectrumth, 15 กันยายน 2564) <<https://shorturl.asia/sCZJH>> สืบค้นเมื่อ 10 เมษายน 2566.

ฝ่ายเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยปรากฏในงานเขียนของ Brodsky ว่าเป็นพฤติกรรมดังกล่าว เป็นพฤติกรรมที่ “ใกล้เคียงกับการข่มขืน” (โดยใช้คำว่า “Rape-Adjacent”) และเป็น “การละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิส่วนบุคคลอย่างร้ายแรง” ในขณะที่ประชาชนในรัฐเห็นแย้งและมองว่า การกระทำนี้ไม่ได้เพียงแค่อันตรายใกล้เคียงการข่มขืน แต่นับว่าเป็นการข่มขืนรูปแบบหนึ่งเพราะแม้ว่าผู้ที่มีเพศสัมพันธ์จะยินยอมมีเพศสัมพันธ์ในตอนแรกก็เกินไปเพราะรู้และเข้าใจว่าเป็นการมีเพศสัมพันธ์แบบป้องกัน และก็ไม่ได้ยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์แบบไร้การป้องกัน การลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างการร่วมประเวณีจึงนับเป็นการละเมิดความยินยอมอย่างชัดเจน โดยเหตุผลที่ผู้กระทำผิดมักยกมาอ้างในการลักลอบถอดหรือจงใจทำให้ถุงยางอนามัยชำรุดหรือฉีกขาดระหว่างร่วมประเวณี ‘Stealth’ ได้แก่ ถอดถุงยางอนามัยแล้วให้ความรู้ที่ต่ำกว่า การยึดเยียดความต้องการที่จะมีบุตร และผูกมัดอีกฝ่ายไม่ให้ออกจากความสัมพันธ์ ซึ่งมักนำไปสู่ปัญหาใหญ่ ๆ ที่ตามมาอีกหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นการทารุณทางเพศ ส่งผลกระทบต่อจิตใจ ตลอดจนโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์¹⁴⁵ ทำให้กฎหมายฉบับนี้ได้รับการสนับสนุนโดยกลุ่ม Erotic Service Providers Legal, Educational and Research Project (ESPLERP) ซึ่งเป็นองค์กรให้ความช่วยเหลือและให้ความรู้ด้านกฎหมายแก่ผู้ทำงานบริการทางเพศที่ก่อตั้งโดยนางดูแกน ซึ่งกล่าวว่า กฎหมายฉบับนี้จะช่วยให้ผู้ชายบริการทางเพศสามารถฟ้องร้องลูกค้าที่ลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างการร่วมประเวณีได้ และหวังว่าจะช่วยเปิดทางไปสู่การคุ้มครองทางกฎหมายอื่น ๆ สำหรับผู้ทำงานบริการทางเพศ และกลุ่มคนชายขอบอื่น ๆ ที่มักถูกเลือกปฏิบัติในกระบวนการยุติธรรม¹⁴⁶

3.2 ขอบเขตความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

การลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในสมัยยุคกลางของยุโรป มีลักษณะเป็นการลงโทษที่ทารุณตามความร้ายแรงแห่งพฤติกรรม การกระทำความผิด และผู้กระทำความผิดมักต้องรับโทษในอัตราโทษขั้นสูงสุด คือ ประหารชีวิต ตามกฎหมายเกี่ยวกับการลงโทษและการทารุณกรรม ซึ่งแสดงให้เห็นว่าชาวยุโรปยุคกลางเห็นถึงความสำคัญของภัยคุกคามจากการข่มขืนกระทำชำเรา ประกอบกับปัจจัยทางอิทธิพลของศาสนาคริสต์ที่นำโดยองค์พระและนักบวชที่เป็นตัวจักรในการขับเคลื่อนกฎหมายอย่างเข้มงวด แต่เนื่องจากสิทธิของเพศหญิงในยุคสมัยนั้นยังคงอยู่ภายใต้อำนาจการดูแลของฝ่ายชายเป็นหลัก¹⁴⁷ และความยินยอมของฝ่ายหญิงก็ไม่เป็นที่ยอมรับ ทำให้ต่อให้ฝ่ายหญิงยินยอมให้มีการลักพาตัวไปและร่วมประเวณี ฝ่ายชายผู้กระทำก็อาจถูกตั้งข้อหาข่มขืนกระทำชำเราโดยสามีหรือบิดาของฝ่ายหญิงนั้นก็ได้

¹⁴⁵ เฟิงอ้าง.

¹⁴⁶ BBC News ไทย (เชิงอรรถ 142).

¹⁴⁷ Albrecht Classen, *Sexual Violence and Rape in the Middle Ages: A Critical Discourse in*

อย่างไรก็ตาม ในการฟ้องคดีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา พนักงานอัยการจะต้องมีหลักฐานหรือพินิจเห็นว่าผู้กระทำได้ใช้กำลังในระหว่างการข่มขืนหรือมีการข่มขู่ผู้เสียหาย ซึ่งศาลในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีความเห็นว่าเพียงการใช้กำลังบังคับยังไม่สามารถที่จะแสดงให้เห็นว่าผู้เสียหายไม่ให้ความยินยอม¹⁴⁸

3.2.1 องค์ประกอบและลักษณะของการกระทำความผิด

อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามความรุนแรงต่อสตรีและความรุนแรงในครอบครัวแห่งสภายุโรป (Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence) หรืออนุสัญญาอิสตันบูล (Istanbul Convention) มาตรา 36 ได้กำหนดนิยามของคำว่า “การข่มขืนกระทำชำเรา” ว่าหมายถึง การสอดใส่ทางช่องคลอด ทวารหนัก หรือทางปากโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ถูกกระทำ¹⁴⁹

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีบทบัญญัตินิยามในมาตรา 177 โดยได้มีการรวบรวมเอาการล่วงละเมิด (Sexual Assault) การบังคับทางเพศ (Sexual Coercion) และการข่มขืน (Rape) มาไว้ด้วยกันในมาตราเดียว กล่าวคือ การข่มขืน (Sexual Assault) หมายถึง การกระทำทางเพศใด ๆ ที่ดำเนินการโดยคนคนหนึ่งหรือหลายคน ต่ออีกคนหนึ่งโดยปราศจากความยินยอม การบังคับทางเพศ (Sexual Coercion) หมายถึง การกระทำทางเพศโดยใช้วิธีการขู่เข็ญหรือใช้กำลังคุกคาม หรือจากการที่ทำให้ผู้ถูกกระทำไร้ความสามารถในการป้องกันตนเอง ส่วนการข่มขืน (Rape) หมายความว่ารวมถึงการล่วงล้ำเข้าไปในทวารต่าง ๆ ของร่างกาย เช่น ปาก ช่องคลอด ทวารหนัก ของบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม ซึ่งล้วนเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 177 แต่มีความแตกต่างกันในสถานของโทษ¹⁵⁰ ดังรายละเอียดต่อไปนี้

1.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายเยอรมันในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 177¹⁵¹ (The German Criminal Code Section 177) ได้บัญญัตินิยามครอบคลุมการกระทำเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราไว้ ดังนี้

¹⁴⁸ Shawn Boyne, *Prosecutorial Discretion in Germany's Rechtsstaat: Varieties of Practice and the Pursuit of Truth* (University of Wisconsin-Madison 2007) 194.

¹⁴⁹ Wikipedia, ‘Council of Europe’ (Wikipedia) <<https://de.wikipedia.org/wiki/Europarat>> สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2566.

¹⁵⁰ Wikipedia, ‘Vergewaltigung’ (Wikipedia) <<https://de.wikipedia.org/wiki/Vergewaltigung>> สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2566.

¹⁵¹ The German Criminal Code Section 177 Sexual assault; sexual coercion; rape

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

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

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

(3) The attempt is punishable.

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

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

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

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

1. the offender has sexual intercourse with the victim or has the victim have sexual intercourse or commits such similar sexual acts on the victim or has the victim commit them on them which are particularly degrading for the victim, especially if they involve penetration of the body (rape), or
2. the offence is committed jointly by more than one person.

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

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

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

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

“ผู้ใดก็ตามข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยใช้กำลัง หรือโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ ว่าจะมีอันตรายที่ใกล้จะถึงกับชีวิต ร่างกาย หรือใช้ประโยชน์ (Take Advantage) จากสถานการณ์ที่เหยื่อไม่สามารถขัดขืนได้ เพื่อสนองความใคร่ของตนเองหรือผู้อื่น”

จากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 177 ที่บัญญัติถึง “การใช้กำลัง บังคับในทางเพศ” และ “การข่มขืนกระทำชำเรา” มีองค์ประกอบความผิด ดังต่อไปนี้

- 1) บุคคลใดบังคับบุคคลอื่น
 - ก. โดยใช้กำลังบังคับ
 - ข. โดยการข่มขู่ว่าจะก่อให้เกิดอันตรายอันใกล้จะถึงแก่ชีวิตหรือร่างกาย
 - ค. อาศัยโอกาสที่ผู้เสียหายไม่มีทางสู้และอยู่ในภาวะจำยอมต่อผู้กระทำ

เพื่อบังคับให้ตนทุกข้อต่อกิจกรรมทางเพศโดยผู้กระทำผิดหรือโดยบุคคลที่สามหรือบังคับให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับผู้กระทำผิดหรือบุคคลที่สาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหนึ่งปี

- 2) ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสองปีหากมีเหตุฉกรรจ์ โดยเหตุฉกรรจ์นั้น ได้แก่
 - ก. ผู้กระทำได้ล่วงประเวณีผู้เสียหาย หรือ
 - ข. ได้มีการร่วมกันกระทำความผิดในลักษณะโทรมหญิง โดยมีผู้กระทำผิดตั้งแต่สองคนขึ้นไป

3) ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสามปี ถ้าผู้กระทำความผิด

- ก. มีอาวุธหรือเครื่องมือที่เป็นอันตรายอื่น ๆ
- ข. ฯลฯ

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 178¹⁵² บัญญัติถึงบทลงโทษที่หนักขึ้นหากผู้ถูกระทำถึงแก่ความตายจากการกระทำในมาตรา 177 โดยกำหนดโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 10 ปี หรือจำคุกตลอดชีวิต

1.2 บทบัญญัติเกี่ยวกับอายุขั้นต่ำในการให้ความยินยอมของการกระทำความผิดอาญาทางเพศเกี่ยวกับเด็ก

- a) seriously physically abuses the victim during the offence or
- b) by committing the offence places the victim in danger of death.

(9) In less serious cases under subsections (1) and (2), the penalty is imprisonment for a term of between three months and three years, in less serious cases under subsections (4) and (5) imprisonment for a term of between six months and 10 years, and in less serious cases under subsections (7) and (8) imprisonment for a term of between one year and 10 years.

¹⁵² The German Criminal Code Section 178 Sexual assault, sexual coercion and rape resulting in death

If, by committing sexual assault, sexual coercion or rape (section 177), the offender causes the victim's death at least recklessly, the penalty is imprisonment for life or imprisonment for a term of at least 10 years.

การกระทำความผิดอาญาทางเพศเกี่ยวกับเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 176¹⁵³ เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับกรณีที่ยังไม่ถึงขั้นร่วมประเวณี แต่มีการอนาจารหรือกิจกรรมทางเพศใด ๆ กับเด็ก หรือแสดงภาพถ่ายทางเพศของเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี เป็นความผิดอาญา และไม่มีบทบัญญัติให้ความยินยอมเป็นเหตุยกเว้นความผิดและโทษไว้ ดังนั้น ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็เป็นความผิดอาญา อีกทั้งการให้ความยินยอมนั้นขัดต่อศีลธรรมอันดีที่ขยายมาจากหลักในมาตรา 228¹⁵⁴ และองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 176 นี้ ไม่รวมถึงการกระทำทางเพศโดยการสอดใส่ จึงไม่จำเป็นต้องมีการสอดใส่ ผู้กระทำก็มีความผิดตามมาตรา นี้ เนื่องจากการกระทำโดยมีการสอดใส่ได้ถูกบัญญัติไว้ใน การกระทำอันมีลักษณะเป็นการโหมเด็กตามมาตรา 176a (2) แล้ว การสอดใส่หรือการข่มขืนจึงเป็นความผิดตามมาตรา 176a¹⁵⁵

¹⁵³ The German Criminal Code Section 176 Sexual abuse of children

(1) Whoever

1. performs sexual acts on a person under 14 years of age (child) or has the child perform sexual acts on them,

2.causes a child to perform sexual acts on a third person or to have a third person perform sexual acts on them,

3.offers or promises to supply a child for an offence under no. 1 or no. 2 incurs a penalty of imprisonment for a term of at least one year.

(2) In the cases under subsection (1) no. 1, the court may dispense with imposing a penalty in accordance with this provision if the sexual act between the offender and the child was consensual and the difference both in age and level of development and maturity is small, unless the offender is exploiting the child's lack of capacity for sexual self-determination.

¹⁵⁴ The German Criminal Code Section 228 Consent

Whoever inflicts bodily harm with the victim's consent is only deemed to act unlawfully if, despite that consent, the act offends common decency.

¹⁵⁵ The German Criminal Code Section 176a Sexual abuse of children without physical contact with the child

(1) Whoever

1. performs sexual acts in the presence of a child or has a third person perform sexual acts on them in the presence of a child,

2. causes the child to perform sexual acts, unless the act is subject to a penalty under section 176 (1) no. 1 or no. (2) or

3. influences a child by means of pornographic content (section 11 (3)) or pornographic speech

incurs a penalty of imprisonment for a term of between six months and 10 years.

(2) Whoever offers or promises to supply a child for an offence under subsection (1) or who arranges with another to commit such an offence incurs the same penalty.

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 177 นับตั้งแต่มีการแก้ไขครั้งล่าสุดเมื่อปี ค.ศ. 1997 เป็นต้นมา มีหลักการสำคัญเพิ่มเติม 3 ประเด็น คือ ประเด็นแรกฝ่ายนิติบัญญัติของเยอรมันได้ตัดถ้อยคำว่า “นอกสมรส” ออกจากบทบัญญัติฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 177 เดิม ทำให้สามีมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภรรยาได้หากเป็นการฝ่าฝืนใจภรรยา อย่างไรก็ตามข้อเสนอที่จะให้มีการลดโทษหรือยกเว้นโทษเพื่อประโยชน์ในการที่จะคงความเป็นสามีภรรยาต่อไปนั้นไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายประเด็นที่สองฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดให้องค์ประกอบความผิดในส่วนของเพศของเหยื่อผู้ถูกระทำตามมาตรา 177 มีความเป็นกลาง จึงทำให้เพศชายสามารถได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับเพศหญิง และประเด็นสุดท้ายฝ่ายนิติบัญญัติได้ขยายขอบเขตของการกระทำชำเราให้กว้างขึ้น โดยให้ถือว่าการกระทำในทางเพศที่คล้ายคลึงกันที่เกี่ยวข้องกับการรูกล้ำเข้าไปในร่างกายให้มีฐานะเดียวกับการข่มขืนกระทำชำเรา เช่น การนำเทียนไขหรือส่วนต่าง ๆ ของร่างกายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนัก แต่หากเป็นการกระทำต่อส่วนของร่างกายที่ไม่ใช่ส่วนเปิดของร่างกายแล้ว แม้ว่าจะมีเหตุจงใจในทางเพศก็ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 177 เช่น การใช้เข็มแทง การนำวัตถุเข้าไปในปากหรือนำส่วนอื่น ๆ ในร่างกายเข้าไปในปาก รวมทั้งการจูบปากไม่ถือเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของเยอรมันได้วางหลักเกณฑ์การกระทำที่ถือว่าการข่มขืนกระทำชำเราไว้ ตัวอย่างเช่น การใช้นิ้วสอดเข้าไปในทวาร¹⁵⁶ การใช้นิ้วสอดเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงจนมิดนิ้ว¹⁵⁷ โดยเหตุผลที่ฝ่ายนิติบัญญัติขยายขอบเขตของการข่มขืนดังกล่าวข้างต้นมีหลักการมาจากเหตุผลทางอาชญวิทยาที่พิสูจน์แล้วว่ากระทำที่เหยื่อถูกระทำทางเพศในลักษณะที่มีการรูกล้ำเข้าไปในร่างกายนั้นเหยื่อจะมีความรู้สึกที่แย่มาก ๆ กับการที่เหยื่อถูกข่มขืนกระทำชำเรา¹⁵⁸

3.2.2 ขอบเขตและเงื่อนไขการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหาย

หลักการให้ความยินยอมตามกฎหมายของประเทศเยอรมันนั้นเกี่ยวข้องกับแนวความคิดในการที่จะสละคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) โดยคุณธรรมทางกฎหมายตามหลักกฎหมายเยอรมันแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

1) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut) กฎหมายมุ่งคุ้มครองสังคมให้เกิดความเป็นระเบียบ ความสงบ และความยุติธรรมในสังคม ลักษณะของกฎหมายประเภทนี้ ปัจเจกบุคคลจะสละความโดยการสมัครใจยินยอมไม่ได้ ความยินยอมดังกล่าวย่อมขัดต่อความสงบเรียบร้อย

(3) The attempt is punishable in the cases under subsection (1) no. 1 and no. 2. In the case of offences under subsection (1) no. 3, the attempt is punishable in those cases in which completion of the act is prevented solely on account of the fact that the offender mistakenly assumes that he or she is acting upon a child.

¹⁵⁶ คดี BGH NSTZ-RR 1999,325 Nr.24.

¹⁵⁷ คดี LG Augsburg NSTZ1999,307.

¹⁵⁸ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, ‘หมายเหตุท้ายฎีกาที่ 3577/2551 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคสอง’ (Lawyerthai) <<http://www.lawyerthai.com/forum2/4794.html>> สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2566.

2) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individualrechtsgut) กฎหมายมุ่งคุ้มครองโดย ส่วนของเอกชนอย่างแท้จริง¹⁵⁹

คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล ผู้กระทำอาจกเอาความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็น ข้ออ้างเพื่อลบล้างความผิดได้ แต่ในกรณีที่กฎหมายมิได้มุ่งคุ้มครองเพียงเอกชนเท่านั้น หากแต่ยังรวมการ คุ้มครองสังคมที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมนั้นรวมอยู่ด้วย ความยินยอมของผู้เสียหายในส่วนที่ กระทบต่อสังคมย่อมไม่อาจสละได้ ผู้กระทำจึงยังมีความผิดตามกฎหมาย ถึงแม้ว่าจะมีความยินยอมของ ผู้เสียหายก็ตาม ดังปรากฏในบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาประเทศเยอรมัน มาตรา 228 ที่วางหลักว่า การกระทำอันตรรายต่อร่างกายผู้อื่นถ้าขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แม้ ผู้กระทำจะได้รับความยินยอมจากผู้ถูกระทำ การกระทำนั้นก็เป็นความผิดตามกฎหมาย¹⁶⁰ และถึงแม้ว่า ในสังคมปัจจุบันจะยึดหลักสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกและสามารถบริหารสิทธิด้วยตนเองได้แต่ก็ไม่ได้ หมายความว่าบุคคลจะใช้สิทธิของตนกระทำในสิ่งที่กระทบกระเทือนต่อผลประโยชน์ของรัฐ โดยภาพรวม ประมวลกฎหมายอาญาประเทศเยอรมัน มาตรา 228 ถือเป็นบทนิยามของความยินยอมที่แฝงหลักการที่ ต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนไว้ ดังนั้น ความยินยอมให้บุคคลอื่นทำร้ายร่างกายของตน เช่น ยินยอมให้ฟันแทงร่างกายโดยขาดเหตุผลทางประเพณีและศีลธรรมสนับสนุนย่อมทำให้ความยินยอมนั้นไม่ เป็นเหตุลบล้างความผิด และจากหลักการนี้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายอาญาประเทศเยอรมันไม่ยอมรับการ การุณยฆาต ดังจะเห็นได้จากมาตรา 216¹⁶¹ ที่วางหลักว่า ผู้ใดฆ่าผู้อื่นโดยแม้ว่าผู้นั้นยินยอมและร้องขอให้ ฆ่าเสีย มีโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 5 ปี เพราะถือว่าขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน¹⁶² เป็นต้น นอกจากนี้การที่ผู้สละคุณธรรมทางกฎหมายกระทำเพราะถูกหลอกลวงหรือบีบบังคับให้ทำความยินยอม สละคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลนั้นย่อมใช้ไม่ได้

อย่างไรก็ตามในปัจจุบัน ประเทศเยอรมันได้ก้าวข้ามข้อจำกัดและอุปสรรคทางกฎหมายหลาย ประการเพื่อยกระดับสิทธิของเพศหญิงและกำหนดให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้นั้นมีความ ชัดเจนมากขึ้น แต่ในทางปฏิบัติที่จะพิสูจน์ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้นั้น พนักงานอัยการจะต้องมี หลักฐานและสามารถพิสูจน์ได้อย่างเพียงพอว่าผู้กระทำความผิดได้ใช้กำลังบังคับ ทำร้าย บังคับข่มขู่ หรือ กระทำใด ๆ เพื่อการข่มขืนกระทำชำเรา เพื่อให้ศาลเห็น เนื่องจากศาลมักตีความว่าเพียงการใช้กำลังบังคับ

¹⁵⁹ คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 1) 161.

¹⁶⁰ Markus Dubber and Tatjana Hörnle, *Criminal Law: A Comparative Approach* (Oxford University Press 2014) 468.

¹⁶¹ The German Criminal Code Section 216 Killing upon request

(1) Whoever is induced to kill at the express and earnest request of the person killed incurs a penalty of imprisonment for a term of between six months and five years.

(2) The attempt is punishable.

¹⁶² Markus Dubber and Tatjana Hörnle (เชิงอรรถ 160) 159.

ยังไม่เพียงพอที่จะถือว่ามีลักษณะเป็นการที่ผู้เสียหายไม่ยินยอมให้กระทำชำเรา อันจะเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิด¹⁶³

นักกฎหมายเยอรมันได้อธิบายเกี่ยวกับการใช้กำลังว่า ในทาง “ภาวะวิสัย” (Objective) ผู้กระทำได้ใช้กำลังบังคับ ในส่วนทาง “อัตวิสัย” (Subjective) ผู้กระทำรู้ว่าผู้เสียหายไม่ยินยอมและยังตั้งใจที่จะใช้กำลังบังคับขึ้นใจผู้เสียหาย¹⁶⁴ ในการพิสูจน์ความผิดในศาล การแสดงให้เห็นว่าเพียงการใช้กำลังอันเป็นองค์ประกอบภายนอกเท่านั้นจึงยังไม่เพียงพอที่ศาลจะเชื่อ ดังนั้น พนักงานอัยการจะต้องนำสืบถึงเจตนาของผู้กระทำให้ชัดเจนเพื่อจะพิสูจน์ความผิดของผู้นั้นด้วย

สำหรับความยินยอมในเรื่องเพศตามหลักกฎหมายเยอรมันนั้นจะต้องเป็นความยินยอมของผู้ที่มีอายุไม่ต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ จะเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ได้นั้นต้องเกิดจากความสามารถในการให้ความยินยอมซึ่งให้ได้โดยอิสระและไม่ขัดต่อกฎหมาย อีกทั้งผู้ให้ความยินยอมจะต้องมีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ สามารถเข้าใจสภาวะหรือสถานการณ์นั้น ๆ ได้เป็นอย่างดี ผู้ให้ความยินยอมต้องรู้ถึงผลที่จะตามมาภายหลังการให้ความยินยอม ดังนั้น ความสามารถในการให้ความยินยอมนั้นจึงต้องการการมีวุฒิภาวะของผู้ให้ความยินยอมพอสมควร ตามกฎหมายของเยอรมันจึงได้บัญญัติข้อกำหนดอายุสำหรับผู้ที่อยู่ต่ำกว่า 14 ปี ให้มีอาจให้ความยินยอมในเรื่องทางเพศได้ และแม้ว่าในเรื่องอื่น ๆ ผู้ปกครองอาจให้ความยินยอมแทนได้ แต่กฎหมายก็ไม่ยินยอมให้มีการอนุญาตให้กระทำชำเราผู้เยาว์¹⁶⁵

3.2.3 บทลงโทษความผิด

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 176 บัญญัติโทษเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศ ไว้ดังนี้

(1) ผู้ใด

1. กระทำชำเราเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี หรือให้เด็กกระทำชำเรา
2. จัดให้เด็กกระทำชำเรากับบุคคลที่สามหรือจัดให้บุคคลที่สามกระทำชำเรากับเด็ก
3. เสนอหรือตกลงจะจัดหาเด็กเพื่อใช้สำหรับการกระทำความผิดตามข้อ 1 หรือข้อ 2 ต้องระวางโทษจำคุกเป็นเวลาอย่างน้อยหนึ่งปี

(2) กรณีตามอนุมาตรา (1) ข้อ 1. ศาลอาจยกเว้นการกำหนดบทลงโทษตามบทบัญญัตินี้ หากการกระทำทางเพศระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กนั้นเกิดจากความยินยอมของเด็กและผู้กระทำความผิดไม่อาจทราบถึงอายุ ระดับของพัฒนาการ และวุฒิภาวะของเด็กนั้น (เช่น เด็กอาจมีร่างกายใหญ่โตเป็น

¹⁶³ Shawn Boyne (เชิงอรรถ 148) 193-195.

¹⁶⁴ Library of Congress, ‘Germany: Overhaul of Criminal Law Relating to Sexual Offenses’ (Library of Congress, 11 April 2016) <<https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2016-04-11/germany-overhaul-of-criminal-law-relating-to-sexual-offenses/>> สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2566.

¹⁶⁵ Stefan Kirchner, ‘Sexual Abuse of Children Abroad – A German Perspective on the Antalya Case’ (2007) 8 German Law Journal 781 <<https://shorturl.asia/4kVG3>> สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2566.

ผู้ใหญ่มากกว่าวัย เป็นต้น) เว้นแต่ ผู้กระทำความผิดจะหาประโยชน์จากความบกพร่อง ความสามารถ และวุฒิภาวะในการตัดสินใจทางเพศด้วยตนเองของเด็กนั้น

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 176a บัญญัติโทษเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก โดยไม่มีการสัมผัสทางร่างกายกับเด็ก

(1) ผู้ใด

1. ประกอบกิจกรรมทางเพศต่อหน้าเด็กหรือจัดให้บุคคลที่สามประกอบกิจกรรมทางเพศต่อหน้าต่อหน้าเด็ก

2. กระทำชำเราเด็ก เว้นแต่ การกระทำนั้นต้องระวางโทษตามมาตรา 176 (1) ข้อ 1. หรือ (2) หรือ

3. ชักนำเด็กด้วยเนื้อหาลามกอนาจาร (มาตรา 11 (3)) หรือชักนำเด็กด้วยคำพูดลามกอนาจาร ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 10 ปี

(2) เสนอหรือตกลงจะจัดหาเด็กเพื่อกระทำความผิดตาม (1) หรือ ผู้ที่ได้ร่วมจัดหาเด็กเพื่อกระทำความผิดตาม (1) ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน

(3) การพยายามกระทำความผิดตามมาตรา นี้ ผู้กระทำจะมีโทษตามที่บัญญัติไว้ในอนุมาตรา (1) ข้อ 1. และข้อ 2. กรณีความผิดตาม (1) ข้อ 3 เป็นการพยายามกระทำความผิดในกรณีที่ผู้กระทำเข้าใจผิดว่าตนกระทำต่อเด็ก (หมายถึงผิดเพราะเจตนากระทำต่อเด็กแม่ในความเป็นจริงบุคคลที่ถูกกระทำมิใช่เด็ก ผู้กระทำก็มีความผิดตามมาตรา นี้)

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 177 บัญญัติโทษเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศ การบังคับทางเพศ และการข่มขืนกระทำชำเรา ดังนี้

(1) ผู้ใดกระทำชำเราบุคคลอื่น หรือให้ผู้อื่นกระทำชำเรากับตน หรือเป็นเหตุทำให้ผู้อื่นกระทำชำเราหรือยินยอมให้ถูกกระทำชำเราโดยบุคคลที่สาม โดยไม่ได้รับความยินยอมต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงห้าปี

(2) ผู้ใดกระทำชำเราผู้อื่น หรือก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำชำเราบุคคลอื่น หรือยินยอมให้มีการกระทำชำเราโดยบุคคลที่สามโดยผู้ถูกกระทำนั้นมิได้ให้ความยินยอมต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงห้าปี หากการกระทำนั้นมีลักษณะดังต่อไปนี้

1. ผู้กระทำความผิดใช้ประโยชน์จากข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลในขณะนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถให้ความยินยอมหรือปฏิเสธได้

2. ผู้กระทำความผิดใช้ประโยชน์จากข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลนั้นมีความบกพร่องในการแสดงเจตนา หรือแสดงเจตจำนง อันสืบเนื่องมาจากสภาพร่างกายหรือจิตใจของบุคคลนั้น เว้นแต่ว่าผู้กระทำความผิดสามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลนั้นได้ให้ความยินยอมแล้ว

3. ผู้กระทำความผิดใช้ประโยชน์จากเหตุการณ์ฉับพลันหรือการจู่โจมไม่ให้รู้ตัว

4. ผู้กระทำความผิดใช้ประโยชน์จากการที่บุคคลถูกข่มขู่ว่าจะถูกทำให้ได้รับบาดเจ็บหรืออันตรายอย่างรุนแรง ถ้าบุคคลขัดขืนหรือปฏิเสธ

5. ผู้กระทำความผิดได้ทำการบีบบังคับให้บุคคลกระทำชำเราหรือยินยอมให้ถูกกระทำชำเรา โดยข่มขู่ว่าจะถูกทำให้ได้รับบาดเจ็บหรืออันตรายอย่างรุนแรง

(3) การพยายามกระทำความผิด ถือว่าเป็นความผิดแล้ว

(4) ถ้าบุคคลผู้ถูกกระทำเป็นคนวิกลจริต หรือเป็นผู้มีความบกพร่องในความสามารถในการแสดงเจตนาต้องระวางโทษจำคุกอย่างน้อยหนึ่งปี

(5) ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกอย่างน้อยหนึ่งปี หากผู้กระทำความผิด

1. ได้ใช้ความรุนแรงกับบุคคล

2. ได้กระทำการข่มขู่บุคคลให้มีความหวาดกลัวว่าจะได้รับอันตรายถึงชีวิต หรือมีร่างกายพิการ

หรือ

3. ใช้ประโยชน์จากการทำให้บุคคลตกอยู่ในสถานการณ์ที่ไม่ได้สามารถปกป้องตัวเองได้ และ

อยู่ภายใต้อำนาจของผู้กระทำความผิด

(6) ผู้กระทำความผิดจะได้รับโทษจำคุกอย่างน้อยสองปี หากเป็นการกระทำความผิดฉกรรจ์

ได้แก่

1. ผู้กระทำความผิดได้กระทำชำเราบุคคลหรือบีบบังคับให้บุคคลกระทำชำเราหรือกระทำใน

ลักษณะที่ใกล้เคียงกันอันเป็นการทำให้บุคคลได้รับความเสียหาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากมีการสอดใส่ (ข่มขืนกระทำชำเรา) หรือ

2. มีผู้ร่วมกระทำความผิดมากกว่าหนึ่งคนขึ้นไป

(7) ผู้กระทำความผิดจะได้รับโทษจำคุกอย่างน้อยสามปี ถ้า

1. พกพาอาวุธหรือเครื่องมืออันตรายอื่น ๆ

2. ใช้หรือโดยข่มขู่ว่าจะใช้อาวุธเครื่องมือ หรือใช้วิธีการอื่นใดโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อไม่ให้อีกฝ่าย

ขัดขืนได้

3. ทำให้บุคคลอาจได้รับอันตรายทางสุขอนามัย

(8) มีโทษจำคุกอย่างน้อยห้าปี ถ้า

1. ผู้กระทำความผิดใช้อาวุธหรือเครื่องมืออันตรายอื่น ๆ ในระหว่างการกระทำความผิดหรือ

2. ผู้กระทำความผิด

a) ทำร้ายร่างกายบุคคลอย่างร้ายแรงในระหว่างการกระทำความผิด หรือ

b) กระทำโดยเล็งเห็นว่าอาจทำให้บุคคลถึงแก่ชีวิต

(9) ในกรณีความผิดไม่ร้ายแรงตามอนุมาตรา (1) และ (2) มีโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสามปี

ส่วนในกรณีความผิดไม่ร้ายแรงตามอนุมาตรา (4) และ (5) มีโทษจำคุกตั้งแต่ ระหว่างหกเดือนถึง 10 ปี

และในกรณีความผิดไม่ร้ายแรงตามอนุมาตรา (7) และ (8) มีโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึง 10 ปี

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 178 ของเยอรมัน บัญญัติโทษเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศ การบังคับขืนใจ และการข่มขืนกระทำชำเราจนเป็นเหตุให้เสียชีวิต

หากกระทำการประทุษร้าย บังคับทางเพศ หรือข่มขืนใจ ตามมาตรา 177 ผู้กระทำเป็นเหตุให้ ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตายไม่ว่าโดยประมาทหรือโดยเจตนามีโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือจำคุกอย่างน้อย 10 ปี

สำหรับประเด็นโทษสำหรับการลักลอบถอดถุงยางอนามัยขณะร่วมประเวณีนั้น คดีแรกของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่มีการลงโทษฐานความผิดนี้ นับแต่มีการปฏิรูปกฎหมายความผิดอาญาทางเพศ เมื่อปี 2016 ที่ระบุเรื่องการยินยอม (Consent) เอาไว้ ได้แก่ คดีที่ศาลท้องถิ่นในกรุงเบอร์ลินได้ตัดสินให้ชายชาวเยอรมนีอายุ 36 ปี อาชีพตำรวจ ต้องโทษจำคุก 8 เดือน แต่ให้รอลงอาญาพร้อมปรับเป็นจำนวนเงิน 3,000 ยูโร จากความเสียหายที่เกิดขึ้น พร้อมกับค่าตรวจสุขภาพเป็นเงินจำนวน 96 ยูโร ของหญิงที่เป็นเหยื่อจากการที่เขาได้ลักลอบถอดถุงยางอนามัยออกระหว่างที่กำลังสอดใส่ (Stealthing) โดยหญิงคนดังกล่าวให้การต่อศาลว่า เธอ “ร้องขออย่างชัดเจน” ต่อผู้ชายคนนั้นว่าให้ใส่ถุงยางอนามัยและไม่ยินยอมให้มีเพศสัมพันธ์โดยปราศจากการป้องกัน ซึ่งต่อมาเธอทราบว่าผู้ชายคนนั้นไม่ได้สวมถุงยางอนามัยตอนที่เขาหลั่งน้ำอสุจิเข้ามาภายในร่างกายของเธอ เธอมีความกังวลว่าอาจจะได้รับเชื้อโรคที่ติดต่อกิจการมีเพศสัมพันธ์ได้ ดังนั้นเธอจึงได้แจ้งตำรวจ ส่วนฝ่ายชายก็ให้การว่าถุงยางอนามัยฉีกขาด เขาจึงถอดออก และบอกว่าได้ใช้วิธีหลั่งอสุจิภายนอกในร่างกายของหญิง ศาลได้พิพากษาให้ชายคนดังกล่าวมีความผิด ซึ่งโฆษกของศาลเบอร์ลินกล่าวว่านี่เป็นครั้งแรกในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ศาลมีการตัดสินให้เป็นความผิด โดยคดีนี้เป็นคดีที่ฟ้องร้องกันว่าเป็นความพยายามข่มขืนกระทำชำเรา แต่ศาลกลับเห็นว่าจำเลยกระทำความผิดฐานละเมิดทางเพศ ซึ่งการข่มขืนกระทำชำเรากับการละเมิดทางเพศมีความแตกต่างกันตามกฎหมายเยอรมัน เพราะหากเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จำเลยจะต้องโทษจำคุกอย่างน้อย 2 ปี¹⁶⁶

ก่อนที่จะมีการปฏิรูปกฎหมายอาญาเกี่ยวกับเรื่องเพศเมื่อปี 2016 กฎหมายเรื่องเพศของเยอรมันถูกมองว่าล้าสมัยเพราะเรียกร้องให้เหยื่อต้องแสดงออกว่าตนเองได้คัดค้านทางกายภาพแล้วจึงจะสามารถเอาผิดผู้อื่นในข้อหาข่มขืนหรือล่วงละเมิดทางเพศ จนกระทั่งกระแสการตื่นตัวเรื่องการละเมิดทางเพศในช่วงวันสิ้นปีใหม่ที่เมืองโคโลญจ์ เมื่อปี ค.ศ. 2015-2016 ทำให้รัฐบาลยกเครื่องกฎหมายใหม่โดยคำนึงถึงหลักการที่ว่า “ไม่แปลว่าไม่” ซึ่งมีหลักว่าการปฏิเสธด้วยวาจาและทางกายใด ๆ หมายความว่าเหยื่อได้ส่งเสียงปฏิเสธแล้ว และสามารถดำเนินคดีอาญาคดีล่วงละเมิดทางเพศได้¹⁶⁷

¹⁶⁶ THE MOMENTUM TEAM, ‘แอบถอดก่อนสอดใส่ ศาลสั่งจำคุก-ปรับหนุ่มเยอรมัน ฐานแอบถอดถุงยางออก ระหว่างร่วมเพศ’ (THE MOMENTUM TEAM) <<https://themomentum.co/german-jailed-for-condom-stealthing/>> สืบค้นเมื่อ 14 เมษายน 2566.

¹⁶⁷ เพิ่งอ้าง.

3.3 ขอบเขตความรับผิดชอบขึ้นกระทำเราผู้อื่นในประเทศอังกฤษ

เดิมความรับผิดชอบขึ้นกระทำเราผู้อื่นในประเทศอังกฤษนั้นไม่มีบทนิยาม เพียงแต่มีการพิจารณาองค์ประกอบตามกฎหมายว่าชายร่วมประเวณีกับหญิงโดยที่หญิงนั้นให้ความยินยอมหรือไม่เท่านั้น ไม่ได้บัญญัติถึงรายละเอียดของการใช้กำลังข่มขู่ให้เกิดความกลัวที่มีผลต่อความยินยอม ทำให้เกิดการข่มขู่ หลอกลวงเพื่อข่มขึ้นกระทำเราหญิงเพียงเพราะกฎหมายไม่ได้บัญญัติเป็นความผิดไว้ โดยชายอาจไม่ต้องรับผิดชอบหากปรากฏผลในการพิจารณาคดีว่าหญิงได้ให้ความยินยอม แม้ความยินยอมนั้นจะมาจากการถูกข่มขู่ หลอกลวงก็ตาม ทำให้มีการแสวงหาประโยชน์จากช่องว่างเหล่านี้ เป็นเหตุให้อังกฤษต้องมีการบัญญัติบทนิยามและปรับปรุงกฎหมายเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศ ประกอบกับอิทธิพลของกลุ่มเรียกร้องสิทธิสตรี (Feminist) ได้เข้ามามีอิทธิพลอย่างมากต่อการปฏิรูปกฎหมายความผิดฐานข่มขึ้นกระทำเรา กล่าวคือการบัญญัติให้การข่มขึ้นกระทำเราเป็นเรื่องเกี่ยวกับอาชญากรรมและความรุนแรง การพิจารณาคดีอาญาจึงควรมีลักษณะเป็นการค้นหาความจริงเกี่ยวกับการกระทำของผู้ถูกกล่าวหามากกว่าที่จะมุ่งพิจารณาการกระทำและประวัติของผู้เสียหาย รวมถึงการกระทำความผิดทางเพศควรมีบทบัญญัติที่ชัดเจนเพื่อไม่ให้ฝ่ายผู้กระทำความผิดนำช่องว่างทางกฎหมายไปใช้ หรือมีการตีความที่เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายผู้กระทำความผิด¹⁶⁸

ปัจจุบันประเทศอังกฤษยุติปัญหาการตีความเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศโดยเฉพาะการข่มขึ้นกระทำเราโดยปราศจากความยินยอมด้วยการมีบทบัญญัติเป็นข้อสันนิษฐานที่ชัดเจนว่าผู้เสียหายไม่ยินยอม ในกรณีดังกล่าวไว้ในมาตรา 76 (2)(b) ของพระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offences Act 2003)¹⁶⁹ ซึ่งส่งผลให้ภาระการพิสูจน์ความยินยอมตกแก่จำเลย หากจำเลยไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยได้รับความยินยอมตลอดเวลาที่มีเพศสัมพันธ์กับผู้เสียหาย ย่อมต้องด้วยบทสันนิษฐานว่าจำเลยกระทำโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย

3.3.1 องค์ประกอบและลักษณะของการกระทำความผิด

¹⁶⁸ Victor Tadros, 'Rape Without Consent' (2006) 3 Oxford Journal of Legal Studies 516 <<https://www.jstor.org/stable/3877007>> สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2566.

¹⁶⁹ Sexual Offences Act 2003 Section 76 Conclusive presumptions about consent

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

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

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

(2) The circumstances are that—

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

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

ตามพระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 หรือ Sexual Offences Act 2003 นั้น องค์ประกอบและลักษณะของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ แบ่งออกเป็น 4 ประการ โดยเรียงลำดับความรุนแรง คือ

- 1) การข่มขืนกระทำชำเรา
- 2) การข่มขืนโดยใช้สิ่งของแทนอวัยวะเพศ
- 3) การอนาจารโดยการสัมผัส
- 4) การก่อกวนให้บุคคลอื่นเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ

ตามพระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 ได้บัญญัติความผิดดังกล่าวข้างต้นไว้ดังนี้

- 1) การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape)

ตามบทบัญญัติในมาตรา 1¹⁷⁰ ได้บัญญัติว่า

“...ผู้กระทำ A กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ถ้าได้กระทำความผิดต่อไปนี้

(a) ถ้าผู้กระทำ A เจตนาใช้องศาติของตนสอดใส่ไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปากของบุคคลอื่น B

(b) ผู้ถูกกระทำ B ไม่ยินยอมให้มีการล่วงล้ำเช่นนั้น และ

(c) ผู้กระทำ A กระทำไปโดยปราศจากเหตุผลอันควรเชื่อว่า ผู้ถูกกระทำ B ยินยอม

...ให้นำมาตรา 75 และมาตรา 76 มาใช้บังคับภายใต้มาตรานี้ด้วย...”

ตามกฎหมายการกระทำความผิดทางเพศของอังกฤษ การข่มขืนถือเป็นการกระทำความผิดทางเพศที่มีความรุนแรงสูงสุดและมีโทษสถานหนักถึงประหารชีวิต ซึ่งตามพระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 หรือ Sexual Offences Act 2003 ได้บัญญัติขึ้นแทนที่พระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางเพศ ค.ศ. 1956 หรือ Sexual Offences Act 1956 โดยแก้ไขจากคำว่า “ชาย” กับ “หญิง” เป็น “A” กับ “B” เพื่อให้ความคุ้มครองครอบคลุมไปถึงการกระทำระหว่างเพศกับกับเพศชายหรือเพศหญิงกับเพศหญิงด้วย

¹⁷⁰ Sexual Offences Act 2003 Section 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.

(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.

2) การข่มขืนโดยใช้สิ่งแทนอวัยวะเพศ โดยลักษณะมิใช่การกระทำชำเราโดยใช้อวัยวะเพศ ซึ่ง Sexual Offences Act 2003 มาตรา 2¹⁷¹ ได้บัญญัติวางหลักไว้ว่า

“...ผู้กระทำ A กระทำ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ถ้าได้กระทำความผิดต่อไปนี้

(a) ถ้าผู้กระทำ A เจตนาสอดใส่อวัยวะส่วนอื่นของร่างกายหรือสิ่งของอื่นใดเข้าไปในช่องคลอดของหญิงหรือทวารหนักของบุคคลอื่น B

(b) การล่วงล้ำนั้นมีลักษณะเป็นไปเพื่อตามสนองความใคร่ในทางเพศ

(c) ผู้ถูกกระทำ B ไม่ยินยอมให้มีการล่วงล้ำเช่นนั้น และ

(d) ผู้กระทำ A กระทำไปโดยปราศจากเหตุผลอันควรเชื่อว่าผู้ถูกกระทำ B ยินยอม

...ให้นำมาตรา 75 และมาตรา 76 มาใช้บังคับภายใต้มาตรานี้ด้วย...”

ในบทบัญญัติมาตรา 2 ดังกล่าวข้างต้นได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนใจโดยล่วงเกินหรือล่วงล้ำ ซึ่งมีใช้การกระทำชำเราโดยใช้อวัยวะเพศ (Assault by Penetration) แต่เป็นการใช้อวัยวะส่วนอื่นของร่างกาย เช่น นิ้วมือ หรือสิ่งอื่นใดก็ตาม หรือกระทำการใช้สัตว์หรือสิ่งมีชีวิตอื่นเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการสอดใส่เข้าไปในช่องคลอดหรือทวารหนักของผู้ถูกกระทำ โดยโครงสร้างประกอบความรับผิดแตกต่างกับความผิดฐานข่มขืนเพียงการไม่ได้ใช้อวัยวะเพศ สำหรับโทษตามมาตรานี้ คือ โทษจำคุกตลอดชีวิต¹⁷²

3) การลวนลามโดยการสัมผัส (Sexual Assault) ในบทบัญญัติมาตรา 3¹⁷³ ได้วางหลักว่า

¹⁷¹ Sexual Offences Act 2003 Section 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.

¹⁷² Anthony Hooper, David C. Ormerod and Duncan Atkinson, *Blackstone's Criminal Practice 2012* (Oxford University Press 2012) 307.

¹⁷³ Sexual Offences Act 2003 Section 3 Sexual assault

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

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

(b) the touching is sexual,

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

“...ผู้กระทำ A กระทำความผิดอาญา ถ้าได้กระทำดังต่อไปนี้

- (a) ผู้กระทำ A โดยเจตนาสัมผัสบุคคลอื่น B
 - (b) การสัมผัสเป็นไปในลักษณะทางเพศ
 - (c) ผู้ถูกกระทำ B ไม่ยินยอมให้มีการสัมผัสเช่นนั้น และ
 - (d) ผู้กระทำ A กระทำโดยปราศจากเหตุผลอันควรเชื่อว่าผู้ถูกกระทำ B ยินยอม
- ...ให้นำมาตรา 75 และมาตรา 76 มาใช้บังคับภายใต้มาตรานี้ด้วย...”

การสัมผัสตามมาตรา 75 หมายถึง การสัมผัสเป็นอย่งน้อยที่สุดภายใต้คำนิยาม มาตรา 79 (8) คือการสัมผัสด้วยสิ่งใด ๆ ของร่างกายด้วยสิ่งอื่น หรือโดยผ่านอะไรก็ตาม เช่น การสัมผัสโดยไม่ใช้ส่วนอื่นใดของร่างกาย แต่ใช้อุปกรณ์ที่ใช้กระตุ้นอารมณ์ทางเพศ เพื่อใช้ลวนลามผู้อื่น เป็นต้น ศาลอุทธรณ์เคยมีคำพิพากษาในคดี R V. H (Karl Anthony) (2005) EWCA Crime 732 ที่ปรากฏว่าจำเลยซึ่งเป็นเพศชายได้เข้าไปใกล้หญิงสาวผู้หนึ่งและถามคำถามส่อไปในทางเพศก่อนจะจับที่ด้านหลังของชุดวอร์มของเธอแล้วดึงเข้าหาตนเอง ศาลพิพากษาการกระทำนั้นถือเป็นการสัมผัสเสียของบุคคล¹⁷⁴ โดยผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องรู้ตัวว่าถูกลวนลาม ยกตัวอย่างเช่น นาย ก. นำอวัยวะเพศของตัวเองออกมาจากกางเกงแล้วสำเร็จความใคร่ใส่หญิงที่นาย ก. เจตนาถูกตัวหญิงผู้หนึ่งที่ในคลับ ในคดี R v Bounehla [2006] EWCA Crim 1217 ซึ่งเป็นการตีความตามมาตรา 75 และการกระทำนั้นเห็นได้ชัดว่าเป็นการกระทำที่ส่อเจตนาในทางเพศ เมื่อกระทำโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมจากผู้ถูกกระทำย่อมเป็นความผิดอาญา แต่ก็ยังมีข้อถกเถียงในเชิงวิชาการถึงการตีความ “การสัมผัส” ตามมาตรานี้ว่าหากเป็นกรณีที่ผู้กระทำสำเร็จความใคร่เป็นเหตุให้ผู้อื่นลึงใส่ตัวผู้ถูกกระทำโดยไม่มีการสัมผัสจับต้องร่างกายส่วนใดของผู้ถูกกระทำเลยจะถือเป็นความผิดตามมาตรา 75 หรือไม่¹⁷⁵

4) การก่อให้เกิดบุคคลอื่นมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม (Causing a Person to Engage in Sexual Activity Without Consent) ในบทบัญญัติมาตรา 4¹⁷⁶ ได้วางหลักไว้ว่า

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

¹⁷⁴ Richard Card, Card, *Cross & Jones: Criminal Law* (20th edn, Oxford University Press 2012) 307.

¹⁷⁵ Anthony Hooper, David C. Ormerod and Duncan Atkinson (เชิงจรธ 172) 310.

¹⁷⁶ Sexual Offences Act 2003 Section 4 Causing a person to engage in sexual activity without consent

“...ผู้กระทำ A กระทำความผิดอาญา ถ้าได้กระทำดังต่อไปนี้

- (a) ผู้กระทำ A โดยเจตนา ก่อให้บุคคลอื่นเข้าร่วมในกิจกรรม
 - (b) กิจกรรมนั้นเป็นไปในลักษณะทางเพศ
 - (c) ผู้ถูกกระทำ B ไม่ได้ยินยอมเข้าร่วมกิจกรรมเช่นนั้น และ
 - (d) ผู้กระทำ A กระทำไปโดยปราศจากเหตุผลอันควรเชื่อว่า ผู้ถูกกระทำ B ยินยอม
- ...ให้นำมาตรา 75 และมาตรา 76 มาใช้บังคับภายใต้มาตรานี้ด้วย...

...ผู้กระทำผิดตามมาตรา 75 ต้องระวางโทษหากมีการก่อให้เกิดการ

- (a) สอดใส่เข้าไปในทวารหนักหรือช่องคลอดของผู้ถูกกระทำนั้น
- (b) ใช้องคชาติของผู้กระทำหรือบุคคลอื่นสอดใส่เข้าไปในช่องปากของผู้ถูกกระทำ
- (c) ใช้อวัยวะส่วนอื่นของร่างกายของผู้ถูกกระทำเองหรือสิ่งอื่นสอดไปในช่องคลอดหรือทวาร

หนักของบุคคลอื่น

- (d) ใช้อองคชาติของผู้ถูกกระทำสอดใส่เข้าไปในช่องปากของบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุก

ตลอดชีวิต...”

กรณีตามมาตรา 75 นักวิชาการอังกฤษให้ความเห็นว่า การข่มขืนโดยใช้อวัยวะเพศต้องเป็นกรณีการใช้องคชาติสอดเข้าไปในช่องคลอดหรือทวารหนัก หรือช่องปากของบุคคลอื่น หากมีกรณีหญิงสาวบังคับ

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

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

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

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

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

- (a) penetration of B’s anus or vagina,
- (b) penetration of B’s mouth with a person’s penis,
- (c) penetration of a person’s anus or vagina with a part of B’s body or by B with anything else,

or

(d) penetration of a person’s mouth with B’s penis, is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

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

- (a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or to a fine not exceeding the statutory maximum or both;
- (b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years.

ผู้ชายให้อาวยวะเพศชายสอดเข้าไปในช่องคลอดหรือทวารหนัก หรือช่องปากของผู้เสียหายโดยปราศจากความยินยอมของชายผู้นั้นจะไม่ใช่ความผิดฐานข่มขืน แต่เป็นความผิดฐานก่อให้เกิดบุคคลอื่นมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม¹⁷⁷ ซึ่งมาตรา 4 นี้ค่อนข้างครอบคลุมการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลในเหตุการณ์ปัจจุบัน เพราะมาตรานี้คุ้มครองสิทธิครอบคลุมถึงกรณี ก. ก่อให้ ข. กระทำกิจกรรมทางเพศใด ๆ ต่อ ก. โดยปราศจากความยินยอม เพื่อให้ ก. เกิดความเปล็ดเปล็นทางเพศ เช่น การก่อกำให้บุคคลอื่นกระทำการสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง ร่วมเพศกับผู้อื่น หรือกับสัตว์ เป็นต้น ผู้กระทำจะต้องระวางโทษจำคุกหากปรากฏว่ามีเหตุฉกรรจ์เกิดขึ้นตามที่ระบุไว้ในเหตุ (a) ถึง (d) หรือมิเช่นนั้นแล้ว อาจต้องโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี

นอกจากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศของประเทศอังกฤษยังมีการคุ้มครองทางเพศเกี่ยวกับผู้พิการ เด็กและเยาวชน เช่น การกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ได้แก่ มาตรา 5 ถึงมาตรา 8 โดยแบ่งออกเป็น 4 ระดับเช่นเดียวกับมาตรา 1 ถึงมาตรา 4 แตกต่างเพียงการข่มขืนกระทำชำเราเด็กไม่ว่าจะมีความยินยอมของเด็กหรือไม่ก็เป็นความผิดเสมอ และหากปรากฏว่ามีเหตุฉกรรจ์เกิดขึ้นตามที่ระบุไว้ในกฎหมายก็จะมีระวางโทษหนักถึงขั้นประหารชีวิต เป็นต้น

3.3.2 ขอบเขตและเงื่อนไขการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหาย

3.3.2.1 ขอบเขตและเงื่อนไขการให้ความยินยอม

ความหมายของ “ความยินยอม” มักปรากฏอยู่ในเรื่องความยินยอมในกฎหมายอาญาของแต่ละประเทศ สำหรับประเทศอังกฤษในพระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 Sexual Offences Act 2003) มาตรา 74¹⁷⁸ ได้บัญญัติวางหลักไว้ว่า เพื่อวัตถุประสงค์แห่งหมวดนี้ ความยินยอมของบุคคล ถ้าเขาตกลงให้ความยินยอมโดยมีตัวเลือก และมีความเป็นอิสระและความสามารถที่จะตัดสินใจ ให้ความยินยอม กล่าวคือ ความยินยอม (Consent) มีความแตกต่างกับการยอมจำนน (Submission) เนื่องจากความยินยอมนั้นมีลักษณะเป็นความอิสระไม่อยู่ภายใต้การบังคับที่จะให้ความยินยอม แต่การยอมจำนนนั้น มีลักษณะเป็นการที่ผู้ให้ความยินยอมจำต้องให้ความยินยอมเพราะมีฐานะที่ด้อยกว่าหรืออ่อนแอกว่า

การกำหนดความยินยอมในพระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offences Act 2003) เกิดขึ้นเนื่องมาจากเกิดคดี R v Olugboja (1982) QB 320 (Court of Appeal)¹⁷⁹ ที่จำเลยขับรถพาผู้เสียหายไปยังบังกะโล่แห่งหนึ่งซึ่งอยู่ในทิศทางตรงกันข้ามกับที่พักอาศัยของผู้เสียหาย

¹⁷⁷ Richard Card (เชิงอรรถ 174) 349.

¹⁷⁸ Sexual Offences Act 2003 Section 74 “Consent”

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

¹⁷⁹ Legal Information Institute Cornell Law School, ‘Regina v Olugboja’ (Legal Information Institute Cornell Law School) <https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/regina_v_olugboja> สืบค้นเมื่อ 31 มีนาคม 2566.

อันเป็นการแสดงให้เห็นว่าจำเลยมีเจตนาเฉพาะที่จะพาผู้เสียหายไปยังสถานที่นั้น การที่จำเลยปิดไฟห้องนั่งเล่นและบอกว่าจำเลยกำลังจะร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย จำเลยผู้เสียหายถอดกางเกงออก ผู้เสียหายยอมทำตามจำเลยเพราะความกลัวซึ่งผู้เสียหายแสดงออกถึงความกลัวด้วยการร้องไห้ จากนั้นจำเลยผลักผู้เสียหายลงบนเก้าอี้ยาวและร่วมประเวณีกับผู้เสียหายโดยผู้เสียหายไม่ได้ต่อต้านหรือขัดขืน และไม่ร้องขอความช่วยเหลือใด ๆ แต่ภายหลังผู้เสียหายได้ร้องขอให้จำเลยหยุด และจำเลยได้หยุดกระทำหลังจากนั้น ในชั้นเจ้าพนักงานตำรวจจำเลยให้ถ้อยคำยอมรับว่าได้ร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย และเจ้าพนักงานตำรวจได้ถามจำเลยว่าผู้เสียหายยินยอมหรือไม่ โดยจำเลยให้การว่าผู้เสียหายไม่ยินยอมในตอนแรกแต่จำเลยก็สามารถโน้มน้าวจนผู้เสียหายให้ความยินยอมได้ ภายหลังจบการสอบปากคำจำเลยโดยเจ้าพนักงานตำรวจผู้เสียหายแจ้งแก่เจ้าพนักงานตำรวจว่าจำเลยนั้นได้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย เมื่อคดีนี้ขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาล ผู้พิพากษาดำเนินการพิจารณาโดยคณะลูกขุนและอธิบายสรุปประเด็นเรื่อง “ความยินยอม” แก่คณะลูกขุน ว่า

“ขออนุญาตเตือนลูกขุนทั้งหลายว่าในกรณีที่จำเลยยกประเด็นที่ว่าผู้เสียหายไม่ได้ร้องขอความช่วยเหลือหรือขัดขืน ลูกขุนต้องพิจารณาข้อเท็จจริงว่ามีการใช้กำลังบังคับข่มขู่ หรือความรุนแรง หรือวิธีการใด ๆ ในทำนองเดียวกันนั้นหรือไม่ ที่จำเลยอ้างว่าหญิงนั้นยินยอมถอดกางเกงเป็นข้อเท็จจริงในตัวของมันเองในการเชื่อเชิญให้มีเพศสัมพันธ์หรือไม่ ทั้งนี้ทั้งนั้นขึ้นอยู่กับสถานการณ์และกรณีแวดล้อมที่ทำให้ผู้หญิงถอดกางเกงเช่นนี้ หญิงนั้นยินยอมถอดกางเกงเองหรือถอดเพราะความกลัวนั้นหมายถึงปราศจากความยินยอมหรือไม่ ลูกขุนต้องเป็นผู้ตัดสิน...”

คดีนี้จำเลยถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นแต่จำเลยอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์เห็นว่าในระบบกฎหมายจารีตประเพณีความผิดฐานกระทำชำเราผู้อื่นโดยที่ผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมเพราะการใช้กำลังบังคับ ข่มขู่ หลอกลวง เพื่อให้ได้ความยินยอมย่อมเป็นความผิด เมื่อศาลไม่รับฟังข้อกล่าวอ้างของจำเลย พนักงานอัยการจึงไม่อาจพิสูจน์เพียงประเด็นที่จะให้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าในขณะที่มีการร่วมประเวณีกับหญิงนั้น หญิงได้ให้ความยินยอมหรือไม่ แต่จะต้องพิสูจน์ถึงขนาดว่าหากมีการให้ความยินยอมจริง ความยินยอมนั้นเกิดจากความจำยอมโดยถูกบังคับจนเกิดความกลัว หรือโดยการหลอกลวงหรือไม่ ปัจจัยเหล่านี้เป็นปัจจัยที่สำคัญในการแสดงให้เห็นว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดฐานกระทำชำเราผู้อื่นหรือไม่โดยไม่ต้องพิจารณา “ความยินยอม” ในฐานะเป็นคำทั่ว ๆ ไปที่ครอบคลุมความต้องการของเจตจำนงในบริบทของการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคล แต่ความต้องการต้องเกิดขึ้นจริง ๆ มิใช่เกิดโดยการนิ่งเฉยเนื่องจากความไม่เต็มใจ

ศาลอังกฤษเห็นว่าประเด็นความแตกต่างระหว่างความยินยอม (Consent) และความจำยอม (Submission) นั้นเป็นประเด็นสำคัญที่ลูกขุนควรวินิจฉัยในทันทีเพื่อสรุปข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเจตจำนงของผู้ให้ความยินยอมว่ามีการให้ความยินยอมก่อนการร่วมประเวณีหรือไม่ และพฤติการณ์แวดล้อมกรณีทั้งหลาย เหตุการณ์ต่าง ๆ ที่นำไปสู่การตัดสินใจยอมกระทำและผลกระทบภายนอกทั้งหลายที่มีผลต่อการแสดงเจตนาของผู้เสียหายว่าผู้เสียหายมีปฏิกิริยาตอบสนองต่อการกระทำของจำเลยอย่างไร มีลักษณะเป็น

การจำยอม (Acquiescence) หรือไม่ เนื่องจากเมื่อมีการร่วมประเวณีเกิดขึ้นไม่อาจสรุปได้แน่ชัดว่าเป็นการร่วมประเวณีที่เกิดจากความยินยอมเสมอไปเพราะการร่วมประเวณีนั้นอาจเกิดจากความจำยอมก็ได้

ต่อมาได้มีการบัญญัตินิยามความหมายของความยินยอมไว้ในพระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offences Act 2003) ในลักษณะของความยินยอมทั่วไปซึ่งวางหลักว่า “เพื่อวัตถุประสงค์แห่งการตีความตามหมวดนี้ ความยินยอมของบุคคล คือ ๆ การตกลงให้ความยินยอมโดยมีทางเลือก มีความเป็นอิสระ และมีความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง” จึงอาจอธิบายได้ว่า ความยินยอม (Consent) มีความแตกต่างกับการจำยอมหรือการยอมจำนน (Submission) เนื่องจากความยินยอมนั้นมีลักษณะเป็นความอิสระไม่อยู่ภายใต้การบังคับที่จะให้ความยินยอม ผู้ให้ความยินยอมสามารถเลือกตัดสินใจว่าจะให้หรือไม่ให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง แต่การยอมจำนนนั้นมีลักษณะเป็นการที่ผู้ให้ความยินยอมจำต้องให้ความยินยอมเนื่องจากอยู่ในภาวะที่ด้อยกว่าหรืออ่อนแอกว่า จะเห็นได้ว่า ความแตกต่างสำคัญของคำว่า “ความยินยอม” กับ “การยอมจำนน” นั้น คืออิสรภาพ (Freedom) ของบุคคลผู้ให้ความยินยอมในการที่จะไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของบุคคลอื่น และความสามารถในการตัดสินใจเลือก (Choice)ว่าจะให้ความยินยอมหรือไม่โดยอาศัยความรู้ ความเข้าใจ และประสบการณ์ชีวิตของตนเองในขณะที่การยอมจำนนนั้นผู้ที่ยอมจำนนมักจะอยู่ภายใต้อิทธิพลหรือการครอบงำของบุคคลอื่น หรือกระทั่งไม่สามารถในการตัดสินใจด้วยตนเอง เนื่องจากยังขาดความรู้ความเข้าใจและประสบการณ์

กล่าวโดยสรุป คุณลักษณะของความยินยอมตามพระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 ของประเทศอังกฤษตามบทนิยามในมาตรา 74 นั้น คือเจตจำนงอันเป็นอิสระ มีเสรีภาพในการเลือก แต่นิยามดังกล่าวก็ยังเป็นที่ถกเถียงในเชิงวิชาการในแง่ของการตีความเพื่อนำไปปรับกับข้อเท็จจริง กล่าวคือ หากเป็นกรณีความยินยอมในขณะที่บุคคลหย่อนความสามารถในการตัดสินใจเนื่องจากมีเมานเมาสุรา จะถือว่าเป็นการให้ความยินยอมตามความหมายของนิยามมาตรานี้หรือไม่ เพียงใด ยกตัวอย่างเช่น นางสาว A ได้ดื่มสุราเข้าไปเป็นจำนวนมากก่อนมีเพศสัมพันธ์ หากเธอเต็มใจดื่มจนเมา และสูญเสียความสามารถในการที่จะยินยอมหรือไม่ยินยอมใด ๆ ด้วยตัวของเธอเองมิได้ถูกบุคคลอื่นบังคับ จะถือได้ว่าเธอยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์ด้วยหรือไม่ ซึ่งนักวิชาการอังกฤษมีความเห็นว่าก่อนดื่มสุราเธอไม่ได้ยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์ด้วย การยินยอมดื่มสุราไม่อาจตีความขยายไปถึงว่าเธอยินยอมมีเพศสัมพันธ์ด้วยแต่อย่างใด¹⁸⁰ การยินยอมดื่มสุราหรือเสพสารเสพติดซึ่งทำให้มีผลกระทบต่อสติปัญญาจึงไม่เป็นเหตุให้การกระทำที่เกิดจากการตัดสินใจในขณะที่หย่อนความสามารถนั้นเป็นความยินยอมที่แท้จริงตามหลักความยินยอมทั่วไปของมาตรานี้ได้ อย่างไรก็ตามยังปรากฏปัญหาในการพิสูจน์ถึงความสามารถและความอิสระในการให้ความยินยอมว่าผู้ให้ความยินยอมมีเมานเมาในระดับใดจึงจะถือว่าเพียงพอที่จะรู้สถานการณ์และเข้าใจผลของความยินยอมในเวลา

¹⁸⁰ J. D. Elvin, ‘The Concept of Consent Under The Sexual Offences Act 2003’ (2008) 6 Journal of Criminal Law, 522.

ที่ตัดสินใจ¹⁸¹ อีกทั้งปัญหาการตัดสินใจจะตกแก่คณะลูกขุนผู้ทำหน้าที่ให้ข้อเท็จจริงแก่ศาลว่าคณะลูกขุนจะเชื่อหรือไม่ว่าในขณะที่ให้ความยินยอมผู้เสียหายมีเม็ดเงินถึงขนาดที่หย่อนหรือสูญเสียความสามารถในการให้ความยินยอม ทำให้ในทางปฏิบัติส่วนมากปัญหานี้จะขึ้นอยู่กับความสามารถของทนายความในการโน้มน้าวให้คณะลูกขุนเชื่อหรือไม่เชื่อในการว่าต่างหรือแก้ต่างคดีนั้นด้วย

บทนิยามเรื่องความยินยอมในกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศของประเทศอังกฤษนั้นไม่เพียงปรากฏอยู่ในมาตรา 74 แห่งพระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 เท่านั้น ในมาตราอื่น ๆ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันนี้ก็ปรากฏหลักเรื่องความยินยอมเช่นกันแต่เป็นการ

¹⁸¹ Clare Gunby, Anna Carline and Caryl Beynon, 'Alcohol-related Rape Cases: Barristers' Perspectives on the Sexual Offences Act 2003 and Its Impact on Practice' (2010) 6 Journal of Criminal Law, 580-582.

ยินยอมเฉพาะเรื่อง ตัวอย่างเช่น มาตรา 75¹⁸² และมาตรา 76¹⁸³ ซึ่งอยู่ภายใต้หลักความยินยอมทั่วไปใน มาตรา 74 ด้วย โดย มาตรา 75 (2)(e) ที่วางหลักเรื่องความรับผิดชอบของผู้ซึ่งได้กระทำชำเราโดยอาศัยเหตุ

¹⁸² Sexual Offences Act 2003 Section 75 Evidential presumptions about consent

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

(a) that the defendant did the relevant act,

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

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

(2) The circumstances are that—

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸³ Sexual Offences Act 2003 Section 76 Conclusive presumptions about consent

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

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

เพราะผู้อื่นมีร่างกายทุพพลภาพ หรือเพราะผู้ถูกระทำไม่สามารถสื่อสารให้ความยินยอมให้เข้าใจขณะนั้นแก่ผู้กระทำได้ในขณะกระทำ กฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าหญิงผู้ถูกระทำนั้นมิได้ให้ความยินยอม เว้นแต่ผู้กระทำจะพิสูจน์ได้ว่าหญิงนั้นได้ให้ความยินยอมเนื่องจากสภาพกายของเหยื่อนั้นทำให้ไม่อาจให้ความยินยอมได้โดยอิสระ ประกอบกับผู้มีการมักตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดทางเพศได้โดยง่าย จึงจำเป็นต้องมีข้อสันนิษฐานของกฎหมายมาคุ้มครองสิทธิของบุคคลเหล่านี้มิให้ถูกละเมิด

ตามบทนิยามความยินยอมในกฎหมายอังกฤษ ได้มีการกล่าวถึงความสามารถ (Capacity) ที่มีอยู่ในขณะให้ความยินยอมซึ่งมีผลในทางกฎหมายด้วย แต่ปรากฏว่าทางปฏิบัตินั้นยากที่จะตีความเพื่อพิสูจน์เรื่องความสามารถว่าในขณะที่ให้ความยินยอมนั้น บุคคลที่ให้ความยินยอมมีความสามารถเพียงพอหรือไม่ โดยปกติบุคคลมักมีความสามารถในการให้ความยินยอมที่ไม่เพียงพอด้วยเหตุแห่งอายุและสภาพจิตที่ไม่ปกติ และถ้าหากผู้เสียหายมิได้ยินยอมที่จะดื่มของมึนเมาหรือเสพสารเสพติดจนหมดสติ มาตรา 75 แห่งพระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 ได้บัญญัติข้อสันนิษฐานเอาไว้ว่าผู้เสียหายมิได้ให้ความยินยอมในการกระทำทางเพศ¹⁸⁴ และเรื่องของความสามารถในการให้ความยินยอมนี้จะเกี่ยวข้องกับช่วงเวลาของการกระทำที่ผู้ให้ความยินยอมเข้าใจโดยธรรมชาติถึงผลที่จะเกิดขึ้นหลังการให้ความยินยอมอย่างมีเหตุผลตามข้อเท็จจริงและสามารถสื่อสารออกมาเป็นความยินยอมได้¹⁸⁵ อันจะนำไปสู่การพิจารณาตัดสินข้อเท็จจริงนั้น ๆ ของคณะลูกขุนต่อไป

ข้อสันนิษฐานที่อาจหักล้างได้และไม่อาจหักล้างได้ในเรื่องความยินยอมตามมาตรา 75 มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) ข้อสันนิษฐานที่อาจหักล้างได้

ข้อสันนิษฐานที่อาจหักล้างได้ (Rebuttable Presumption) ในเรื่องความยินยอมตามมาตรา 75 ได้วางหลักไว้ว่า

“ข้อสันนิษฐานบางประการที่เกี่ยวกับพยานหลักฐานในเรื่องความยินยอม

(1) ถ้าในระหว่างกระบวนการพิจารณา ผู้กระทำสามารถพิสูจน์ได้ว่า

(a) ผู้กระทำได้กระทำการอย่างใดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

(b) การกระทำนั้นมีพฤติการณ์แวดล้อมใด ๆ ที่ระบุไว้ในอนุมาตรา (2)

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

(2) The circumstances are that—

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

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

¹⁸⁴ Catherine Elliott and Claire de Than, ‘The Case for a Rational Reconstruction of Consent in Criminal Law’ (2007) 2 Modern Law Review, 240.

¹⁸⁵ เพิ่งอ้าง.

(c) ผู้กระทำได้รู้ข้อเท็จจริงว่าพฤติการณ์แวดล้อมนั้นมิได้อยู่ให้ถือว่าผู้อื่นหรือผู้เสียหายไม่ได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำใด ๆ ของผู้กระทำเลย เว้นแต่ผู้กระทำมีหลักฐานเพียงพอที่จะอ้างว่าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอม หรือผู้กระทำมีหลักฐานเพียงพอที่จะอ้างได้ว่าผู้กระทำเชื่อโดยสุจริตว่าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมแล้ว

(2) พฤติการณ์แวดล้อม ได้แก่

(a) บุคคลใด ๆ ใช้ความรุนแรงขัดขวางใจผู้อื่น หรือก่อให้เกิดความกลัวว่าในทันทีทันใดจะเกิดภัยอันตรายแก่ผู้เสียหาย ก่อนการร่วมประเวณี

(b) บุคคลใด ๆ ที่ได้อยู่ในเหตุการณ์ หรือในขณะที่หรือก่อนการร่วมประเวณีได้ก่อให้เกิดความกลัวภัยอันตราย หรือข่มขู่ว่าในทันทีทันใดนั้นว่าจะเกิดภัยอันตรายแก่บุคคลอื่น

(c) ผู้เสียหายถูกผู้กระทำคุกคามกักขังโดยละเมิดต่อกฎหมาย

(d) ผู้เสียหายกำลังหลับหรือไม่ได้สติในขณะที่มีการร่วมประเวณี

(e) เหตุเพราะผู้อื่นมีร่างกายทุพพลภาพ หรือไม่มีความสามารถสื่อสารให้เข้าใจหรือให้ความยินยอมได้ในขณะนั้น

(f) บุคคลใด ๆ ได้ให้ยาหรือก่อให้เกิดการให้ยาซึ่งเป็นสารเคมีที่มีฤทธิ์โดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำ ทำให้ผู้ถูกระทำมีนงงหรือหมดทางสู้ เพื่อความสะดวกในการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ...”

มาตรา 75 และมาตรา 76 ได้ขยายนิยามจากมาตรา 74 แต่มาตรา 75 เป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อสันนิษฐานที่อาจหักล้างได้ (Rebuttable Presumption) เกี่ยวกับความยินยอมและเหตุผลอันควรเชื่อว่ามี ความยินยอม โดยภายใต้มาตรา 75 เป็นข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้เสียหายไม่ได้ให้ความยินยอมและจำเลย ได้กระทำความผิด โดยปรากฏว่ามีการใช้กำลังหรือบังคับข่มขู่ว่าจะเกิดภัยอันตรายต่อผู้เสียหายหรือบุคคลที่ สาม หรือวางยา ทำให้หลับ หรือหมดสติอื่น ๆ¹⁸⁶ ตามมาตรา 75 (2) ซึ่งผลของการบัญญัติเช่นนี้ ทำให้ฝ่าย โจทก์มีหน้าที่เพียงแค่พิสูจน์หลักฐานโดยเพียงแสดงให้เห็นว่าจำเลยได้กระทำการที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายนี้ และอยู่ในพฤติการณ์แวดล้อมใด ๆ ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 75 (2) และจำเลยรู้ถึงสถานการณ์เช่นนี้ ซึ่งถ้า โจทก์สามารถพิสูจน์ได้ถึงเพียงนี้ภาระการพิสูจน์ถึงความไม่ยินยอมจะตกแก่จำเลย¹⁸⁷ ทำให้จำเลยต้อง พิสูจน์โดยนำพยานหลักฐานมาหักล้างว่าจำเลยเชื่อโดยสุจริตว่าความยินยอมนั้นมีอยู่จริง ซึ่งหากพิสูจน์ หักล้างพยานโจทก์ไม่ได้จำเลยอาจถูกตัดสินว่ามีความผิด แต่อย่างไรก็ตาม โจทก์หรือพนักงานอัยการ จะต้องระมัดระวังการพิสูจน์เพื่อไม่ให้มีข้อสงสัยหรือความแน่นอนของพยานหลักฐานในเรื่องความยินยอม เพราะความผิดพลาดของรูปคดีอาจทำให้ต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลยได้ เนื่องจาก

¹⁸⁶ เฟิงอ่าง 243.

¹⁸⁷ J. D. Elvin (เชิงอรรถ 180) 530.

บทบัญญัติมาตรา 75 นั้น ยังมีข้อสันนิษฐานที่ยึดตามกฎหมาย จึงยังสามารถนำสืบหักล้างได้และโดยวิธีพิจารณาที่มีลูกขุนอยู่ด้วยอาจทำให้การคาดเดาผลคดีเป็นไปได้โดยยาก¹⁸⁸

2) ข้อสันนิษฐานที่ไม่อาจหักล้างได้

ข้อสันนิษฐานที่ไม่อาจหักล้างได้ (Irrebuttable Presumption) ในบทบัญญัติมาตรา 76 ได้บัญญัติวางหลักว่า

“(1) ถ้าในระหว่างกระบวนการพิจารณาภายใต้บทบัญญัตินี้ การพิสูจน์ให้เห็นว่าจำเลยได้กระทำความผิดต่อกฎหมาย โดยปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีพฤติการณ์แวดล้อมตามที่ระบุไว้ในอนุมาตรา (2) จะถูกสันนิษฐานไว้ก่อนอย่างแน่ชัดว่า

(a) ผู้เสียหายมิได้ให้ความยินยอม

(b) ผู้กระทำมิได้หลงเชื่อว่าผู้เสียหายยินยอม

(2) พฤติการณ์แวดล้อม ได้แก่

(a) ผู้กระทำมีเจตนาหลอกลวงผู้เสียหาย

(b) ผู้กระทำมีเจตนาหลอกลวงทำให้ผู้เสียหายให้ความยินยอมเพราะหลงเชื่อว่าผู้กระทำเป็นบุคคลที่ผู้เสียหายรู้จัก”

ในส่วนของมาตรา 76 นั้น เป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อสันนิษฐานที่ไม่อาจหักล้างได้ ในเรื่องความยินยอมซึ่งได้แบ่งออกเป็นสองสถานการณ์ที่จะทำให้ข้อสันนิษฐานอันเป็นที่ยุติคือกรณีผู้เสียหายมิได้ให้ความยินยอมและจำเลยก็ทราบดีอยู่แล้วว่าผู้เสียหายมิได้ให้ความยินยอม และประกอบกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นจำเลยมีเจตนาหลอกลวงผู้เสียหายหรือปลอมตัวเป็นคนที่ผู้เสียหายอาจให้ความยินยอม เป็นข้อเท็จจริงตามมาตรา 76 (2) ซึ่งกฎหมายบัญญัติเพื่อไม่ให้เกิดข้อโต้แย้งอีกต่อไปว่าหากเกิดกรณีเช่นนี้จึงถือว่ากระทำโดยปราศจากความยินยอม ในกรณีกลับกันหากจำเลยมิได้หลอกลวง แต่เป็นเพราะผู้เสียหายสำคัญผิดไปเองหรือเพราะความผิดพลาดของผู้เสียหาย จะใช้ข้อสันนิษฐานตามบทบัญญัติข้อนี้มิได้ แต่หากจำเลยรู้ถึงความผิดพลาดเช่นนั้นและนำมาใช้เป็นประโยชน์ซึ่งมีผลทำให้ผู้เสียหายยินยอม ถือเป็นอาชญากรรมฉวยโอกาส สมควรได้รับการลงโทษตามมาตรา¹⁸⁹

กล่าวโดยสรุป การกำหนดบทนิยามในพระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 มีผลเป็นการยุติข้อถกเถียงที่มีมาแต่เดิม โดยเพิ่มประเด็นความสามารถในการให้ความยินยอม และความเป็นอิสระในการให้ความยินยอม แต่ก็ยังคงปรากฏปัญหาในทางปฏิบัติเนื่องจากการพิสูจน์ถึงระดับของความสามารถในขณะที่ให้ความยินยอมนั้นอาจนำไปสู่การยกประโยชน์แห่งความสงสัยแก่จำเลยได้ แต่เมื่อการพิสูจน์ดังกล่าวอาจมีผลทำให้ผู้เสียหายเสียเปรียบในการต่อสู้เพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลย บทสันนิษฐานความผิดที่มีลักษณะเป็นการผลักภาระการพิสูจน์นั้นให้เป็นหน้าที่ของจำเลยก็สามารถช่วยคุ้มครองผู้เสียหายได้ในระดับหนึ่ง ทั้งนี้เพื่อความสะดวกในการอำนวยความยุติธรรม และหลีกเลี่ยงความ

¹⁸⁸ Catherine Elliott and Claire de Than (เชิงอรรถ 184) 243.

¹⁸⁹ เพิ่งอ้าง.

เสี่ยงจากการให้ข้อเท็จจริงในประเด็นความยินยอมของผู้เสียหายโดยคณะลูกขุนซึ่งกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทยแต่เดิมนั้นไม่ได้มีการบัญญัติคุ้มครองไว้

3.3.2.2 การบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหาย

การที่จะวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายอาญาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นก่อนอื่นจะต้องพิจารณาเสียก่อนว่าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบความผิดหรือไม่ โดยพิจารณาไปที่ละส่วน คือ จากองค์ประกอบภายนอกแล้วจึงไปพิจารณาองค์ประกอบภายในของผู้กระทำผิด ซึ่งองค์ประกอบของความผิดทางอาญาตามหลักกฎหมายอังกฤษนั้น แบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่เป็นการกระทำในสิ่งที่ผิดกฎหมาย (Actus Reus) และส่วนที่เป็นเจตนาร้ายหรือจิตใจที่ชั่วร้าย (Mens Rea) โดยส่วนที่เป็นการกระทำในสิ่งที่ผิดกฎหมาย (Actus Reus) หมายถึง การกระทำในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด ซึ่งองค์ประกอบของการพิจารณาความรับผิด คือ จะต้องมีการกระทำ เพราะกฎหมายอาญามุ่งลงโทษสิ่งที่เป็น การกระทำและจะไม่ลงโทษสิ่งที่เป็นความคิด และส่วนที่สอง คือ เจตนาร้าย (Mens Rea) ซึ่งหมายถึงสิ่งที่บ่งบอกสภาวะที่แท้จริงของจิตใจอันเกี่ยวกับจิตใจที่ชั่วร้าย (Evil Mind) นอกจากนี้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ คำว่า เจตนาร้าย (Criminal Intention) หมายความว่า ความครอบคลุมทั้งส่วนที่เป็นการกระทำโดยเจตนา (Intention) และส่วนที่เป็นการกระทำโดยประมาทโดยรู้ตัว (Recklessness) ด้วย สำหรับความเห็นของนักกฎหมายที่เป็นที่ยอมรับกันในปัจจุบันเห็นว่า เจตนาร้าย (Mens Rea) มีอยู่ในส่วนของการกระทำโดยเจตนาและการกระทำประมาทโดยรู้ตัว (Recklessness) ส่วนกรณีการประมาทธรรมดา (Negligence) ยังมีข้อโต้แย้งกันว่าจะถือว่าผู้กระทำมีเจตนาร้าย (Mens Rea) หรือไม่

ในส่วนของโครงสร้างองค์ประกอบความผิดภายนอก (Actus Reus) สำหรับความผิดเกี่ยวกับเพศนั้น มีประเด็นปัญหาที่น่าสนใจว่า หากผู้กระทำได้รับความยินยอมให้ร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย ภายหลังได้มีการล่วงล้ำเข้าไปของอวัยวะเพศชายหรือองคชาติแล้ว ผู้เสียหายเกิดเปลี่ยนใจ และได้บอกให้ผู้กระทำหยุดการกระทำ หากผู้กระทำไม่หยุดการกระทำเช่นนี้จะถือว่าผู้กระทำมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่

พระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 มาตรา 79¹⁹⁰ ได้บัญญัติวางหลักนิยามการล่วงล้ำไว้ในอนุมาตรา 2 ว่า “...Penetration is a continuing act from entry to withdrawal.”

¹⁹⁰ Sexual Offences Act 2003 Section 79 Part 1: general interpretation

- (1) The following apply for the purposes of this Part.
- (2) Penetration is a continuing act from entry to withdrawal.
- (3) References to a part of the body include references to a part surgically constructed (in particular, through gender reassignment surgery).
- (4) “Image” means a moving or still image and includes an image produced by any means and, where the context permits, a three-dimensional image.
- (5) References to an image of a person include references to an image of an imaginary person.

หรือ “...การล่วงล้ำคือการกระทำนับตั้งแต่มีการล่วงล้ำเข้าไปจนกระทั่งถอนออก...” ซึ่งปรากฏคดีตัวอย่างคือคดีของ R v Kaitamaki (1985) AC 147¹⁹¹ เป็นคดีที่จำเลยถูกกล่าวหาว่าบุกรุกเข้าไปในบ้านของโจทก์ และได้ข่มขืนกระทำชำเราโจทก์สองครั้งโดยจำเลยต่อสู้ว่าโจทก์ได้ให้ความยินยอมหรือจำเลยเชื่อโดยสุจริตว่าโจทก์ได้ให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีแล้ว แต่ในการร่วมประเวณีครั้งที่สองนั้นหลังจากอวัยวะเพศชายของจำเลยได้ล่วงล้ำไปในช่องคลอดของโจทก์แล้วจำเลยได้ทราบภายหลังว่าโจทก์ไม่ยินยอม แต่จำเลยก็มิได้หยุดกระทำชำเรา ศาลได้พิพากษาว่าการล่วงล้ำเป็นการกระทำที่นับเป็นครั้ง เมื่อจำเลยได้กระทำต่อไป โดยรู้ว่าโจทก์ไม่ยินยอมจำเลยจึงมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา¹⁹²

3.3.3 บทลงโทษความผิด

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ถือว่าการลักลอบถอดถุงยางอนามัยขณะร่วมประเวณี หรือ Stealthing เป็นการข่มขืนตามกฎหมาย แต่กลับมีการดำเนินคดีที่ประสบความสำเร็จเพียงครั้งเดียวเท่านั้นคือในปี ค.ศ. 2019 ซึ่งก่อนหน้านั้นในปี ค.ศ. 2017 ได้ปรากฏผู้กระทำความผิดในลักษณะเช่นนี้ในสวิสเซอร์แลนด์แต่การดำเนินคดีไม่เป็นผลสำเร็จ กล่าวคือในปี ค.ศ. 2017 ชายชาวสวิสคนหนึ่งถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานข่มขืนหลังจากแอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างมีเพศสัมพันธ์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากคู่นอน โดยศาลสูงสุดแห่งสหพันธรัฐสวิส ในเมืองโลซานน์ ซึ่งเป็นศาลสูงสุดในสวิสเซอร์แลนด์ได้พิจารณาตัดสินว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานการข่มขืนกระทำชำเรา โดยมีโทษจำคุก 1 ปี¹⁹³

Dr. Sinead Ring จาก University of Kent กล่าวว่า "สิ่งนี้มาถึงการอภิปรายเกี่ยวกับ 'ความยินยอมแบบมีเงื่อนไข' โดย Dr. Ring อ้างถึงพระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 ของ

(6) “Mental disorder” has the meaning given by section 1 of the Mental Health Act 1983 (c. 20).

(7) References to observation (however expressed) are to observation whether direct or by looking at an image.

(8) Touching includes touching—

(a) with any part of the body,

(b) with anything else,

(c) through anything, and in particular includes touching amounting to penetration.

(9) “Vagina” includes vulva.

(10) In relation to an animal, references to the vagina or anus include references to any similar part.

¹⁹¹ Kaitamaki v R <<https://www.lawteacher.net/cases/kaitamaki-v-r.php>> สืบค้นเมื่อ 31 มีนาคม 2566.

¹⁹² Nicola Monaghan, *Criminal Law Directions* (Oxford University Press 2012) 176-178.

¹⁹³ Sirin Kale, ‘Man Convicted of Rape After Removing Condom During Sex Without Consent’ (Vice, 12 January 2017) <<https://www.vice.com/en/article/mbqa83/man-convicted-of-rape-after-removing-condom-during-sex-without-consent>> สืบค้นเมื่อ 31 มีนาคม 2566.

อังกฤษ ซึ่งเธออธิบายว่าเป็น "กฎหมายที่ยอดเยียม" โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา 74 ที่กำหนดคำนิยามทางกฎหมายอย่างเป็นทางการเกี่ยวกับการกระทำที่ครอบคลุมความยินยอมแบบมีเงื่อนไขโดยคำนิยามดังกล่าวสามารถอ้างอิงถึงกรณีการกระทำของนาย Assange ได้โดยเฉพาะ หลังจากที่ประเทศอังกฤษเห็นว่ามีเหตุผลให้เขาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกลับไปยังประเทศสวีเดนเพื่อรับทราบข้อหาข่มขืนกระทำชำเรา ข้อความดังกล่าวระบุว่า "พฤติกรรมของอัสซานจ์ในการมีเพศสัมพันธ์โดยไม่ใช้ถุงยางอนามัยในสถานการณ์ที่ฝ่ายหญิงระบุชัดเจนว่าเธอจะมีเพศสัมพันธ์ก็ต่อเมื่อเขาใช้ถุงยางอนามัยเท่านั้นจึงถือเป็นความผิดภายใต้พระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003" กล่าวอีกนัยหนึ่งการถอดถุงยางอนามัยโดยไม่ได้รับความยินยอมถือเป็นความผิดทางเพศ มีประเด็นหลายประเด็นที่สามารถพิสูจน์ได้ในศาลโดยหากพิสูจน์ไม่ได้ว่าฝ่ายหญิงยินยอมมีเพศสัมพันธ์กับจำเลยโดยไม่ใช้ถุงยางอนามัย และจำเลยได้เปลี่ยนแปลงเงื่อนไขแห่งความยินยอมนั้นเสียเอง กล่าวคือ เลือกที่จะไม่สวมถุงยางอนามัย หรือถอดถุงยางอนามัยออก จำเลยจะถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยคณะลูกขุนจะต้องตัดสินเพื่อให้ข้อเท็จจริงว่าจำเลยไม่มีเหตุอันควรเชื่อมั่นในความยินยอมนั้นของผู้เสียหายและไม่อาจดำเนินกิจกรรมทางเพศต่อไปโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหายได้"¹⁹⁴

ประเด็นปัญหาที่ปรากฏในทางปฏิบัติก็คือ แม้ว่ากฎหมายของอังกฤษจะแข็งแกร่งแต่ก็ถูกจำกัดด้วยหลักการดำเนินกระบวนการทางอาญาที่ต้องดำเนินไปอย่างถูกต้องเพื่อให้ได้มาซึ่งความเชื่อมั่นหลักฐานต้องเพียงพอ¹⁹⁵ พนักงานอัยการโจทก์จึงต้องผลักดันคดีต่อไป ในขณะที่ผู้เสียหายต้องมีความอดทนต่อผลกระทบทางจิตใจที่จำเป็นสำหรับคดีที่มีความยืดเยื้อและยาวนานรวมถึงทัศนคติที่อาจมีอคติต่อตัวเหยื่อผู้เสียหายของสมาชิกคณะลูกขุนขึ้นอยู่กับว่าความเชื่อหรือทัศนคติของคณะลูกขุนแต่ละคนที่เกี่ยวกับผู้หญิงและเรื่องเพศเป็นอย่างไร และทัศนคติในการตีความว่าการกระทำเพียงใดจะถือเป็นการข่มขืนและการกระทำเพียงใดที่ไม่ใช่การข่มขืน” Dr. Ring ให้เหตุผลว่า "กฎหมายสามารถทำอะไรได้มากมาย แต่จริง ๆ แล้วก็ต้องขึ้นอยู่กับคณะลูกขุนและต้องผลักดันให้พวกเขาตัดสินโดยปราศจากความอคติเกี่ยวกับความเชื่อเรื่องการข่มขืนกระทำชำเรา"¹⁹⁶

จากคดีที่เกิดขึ้นในสวีเดนแลนด์ ในปี ค.ศ. 2017 ต่อมาในปี ค.ศ. 2019 นายลี ฮอกเบน ชายวัย 35 ปี จากบอร์นมัท ถูกตัดสินจำคุก 12 ปี หลังจากร่วมประเวณีกับผู้หญิงคนหนึ่งในห้องน้ำ เมื่อเขาถอดถุงยางอนามัยที่ใช้ระหว่างการทำมีเพศสัมพันธ์ โดยคดีนี้ประชาชนได้เห็นแถลงการณ์ผลกระทบของเหยื่อ

¹⁹⁴ เฟิ่งอ้อ.

¹⁹⁵ เนื่องจากวิธีพิจารณาความอาญาในระบบคอมมอนลอว์ของอังกฤษมีบทตัดพยานที่เคร่งครัดตามหลักการในระบบกล่าวหา ทั้งยังมีหลักการพิสูจน์ความผิดของจำเลยโดยปราศจากข้อสงสัย หากปรากฏข้อสงสัยแม้เพียงเล็กน้อยต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย ทำให้การพิสูจน์ความผิดของจำเลยกระทำไม่ได้โดยยาก

¹⁹⁶ Georgia Aspinall, ‘A British Man Has Been Convicted Of Rape After Removing A Condom During Sex’ (Grazia Daily UK) <<https://graziadaily.co.uk/author/georgia-aspinall/>> สืบค้นเมื่อ 31 มีนาคม 2566.

ที่แถลงโดย Jodie Mitchell ทนายความฝ่ายฟ้องร้อง (ฝ่ายผู้เสียหาย) ซึ่งอธิบายว่าลูกค้ำของเธอเป็นผู้รับบริการทางเพศโดยเงื่อนไขการมีเพศสัมพันธ์นั้นได้ตกลงกันล่วงหน้า โดยปรากฏโฆษณาบนเว็บไซต์สำหรับบริการของเธอ โดยเธอระบุผ่านทางช่องทางออนไลน์โดยเฉพาะว่าต้องใช้การป้องกันตลอดเวลา ระหว่างมีเพศสัมพันธ์ ซึ่งฮอกเบนตกลงที่จะจ่ายค่าบริการเป็นเวลา 2 ชั่วโมงแต่เขาก็กลับออกไปโดยไม่จ่ายเงินหลังจากทำร้ายเธอด้วยการกระทำความยินยอมโดยการถอดถุงยางอนามัยขณะร่วมประเวณี ซึ่งผู้ฟ้องคดีอ้างว่าเป็นเงื่อนไขของการมีเพศสัมพันธ์ โดยนางสาวมิเชลล์ ผู้เสียหายได้ท้วงใจเลยซ้ำ ๆ ว่า เธอไม่ต้องการมีเพศสัมพันธ์โดยไม่ป้องกัน เธอพยายามดิ้นรนหนีแต่เขาบอกให้เธอหยุด และข่มขู่เธอว่าเขาเคยทุบตีคนและปล้นคนมาแล้ว หลังจากเหตุการณ์ดังกล่าว นาย Hogben ก็ถูกจับในข้อหาข่มขืน และผลการตรวจทางนิติวิทยาศาสตร์สเปิร์มในช่องคลอดของผู้เสียหายก็ตรงกับ DNA ของเขา และเมื่อผู้เสียหายฟ้องร้อง เขาก็ส่งข้อความข่มขู่โดยระบุว่าเขาจะฆ่าปู่ย่าตายายของเธอ และทำร้ายร่างกายของเธอ หลังต่อสู้และปฏิเสธข้อหาข่มขืน ต่อมาเขาถูกตัดสินว่ามีความผิดในคดีข่มขืนและทำร้ายร่างกาย 2 กระทั่ง และถูกตัดสินจำคุก 12 ปี เนื่องจากความผิดหลายสิบครั้งก่อนหน้านี้ในข้อหาล่วงละเมิด¹⁹⁷

คดีนี้ทำให้เกิดความกังวลขึ้นในประเทศอังกฤษในประเด็นที่ว่าผู้ให้บริการทางเพศไม่ได้รับความคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตร่างกายจากชายที่มีประวัติอาชญากรรมที่เข้ามาซื้อบริการ ทั้งนี้ เนื่องจากการขายบริการทางเพศยังคงผิดกฎหมาย ผู้หญิงหลายพันคนในอุตสาหกรรมบริการทางเพศนี้จึงไม่ได้รับการปกป้องคุ้มครองตามกฎหมาย อุตสาหกรรมบริการทางเพศที่ไม่มีการควบคุมนั้นบังคับให้พวกเธอต้องเลือกระหว่างความปลอดภัยกับการรายงานความรุนแรงต่อตำรวจ ผู้ให้บริการทางเพศจำนวนมากต้องทำงานคนเดียวทำให้พวกเขาตกอยู่ในสถานการณ์ที่อันตรายมากขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงการถูกจับกุม¹⁹⁸

3.4 ขอบเขตความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในประเทศสิงคโปร์

3.4.1 องค์ประกอบและลักษณะของการกระทำความผิด

ตามประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1871 ฉบับปรับปรุงปี 2020 ของประเทศสิงคโปร์ได้บัญญัติวางหลักองค์ประกอบและลักษณะของการกระทำความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราไว้ในมาตรา 375¹⁹⁹ ดังนี้

¹⁹⁷ เฟ็งอ้อ.

¹⁹⁸ เฟ็งอ้อ.

¹⁹⁹ PENAL CODE 1871 2020 REVISED EDITION

Rape

375 (1) Any man who penetrates the vagina of a woman with his penis —

(a) without her consent; or

(b) with or without her consent, when she is below 14 years of age,

shall be guilty of an offence.

(1A) Any man (A) who penetrates, with A's penis, the anus or mouth of another person (B) —

(1) ชายใดสอดองคชาติเข้าไปในช่องคลอดของสตรี

(a) โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเธอ; หรือ

(b) โดยได้รับความยินยอมจากเธอหรือไม่ก็ตาม เมื่อเธอมีอายุต่ำกว่า 14 ปี

ย่อมมีความผิดตามมาตรา

(1A) ผู้ชายคนใดก็ตาม (A) ที่สอดใส่, ด้วยอวัยวะเพศของ A, ทวารหนักหรือปากของบุคคลอื่น

(B)

(a) โดยไม่ได้รับความยินยอมจาก B; หรือ

(b) โดยได้รับความยินยอมจาก B หรือไม่ เมื่อ B มีอายุต่ำกว่า 14 ปี

ย่อมมีความผิดตามมาตรา

(2) ตามอนุมาตรา (3) ผู้กระทำความผิดตามมาตราต้องระวางโทษจำคุกถึง 20 ปี และต้องระวางโทษปรับหรือเขียนด้วย

(a) without B's consent; or

(b) with or without B's consent, when B is below 14 years of age, shall be guilty of an offence.

(2) Subject to subsection (3), a man who is guilty of an offence under this section shall be punished with imprisonment for a term which may extend to 20 years, and shall also be liable to fine or to caning.

(3) Whoever —

(a) in order to commit or to facilitate the commission of an offence under subsection (1) or

(1A) —

(i) voluntarily causes hurt to any person; or

(ii) puts a person in fear of death or hurt to that person or any other person;

(b) commits an offence under subsection (1) or (1A) against a person below 14 years of age without that person's consent; or

(c) commits an offence under subsection (1) or (1A) against a person below 14 years of age with whom the offender is in a relationship that is exploitative of that person, shall be punished with imprisonment for a term of not less than 8 years and not more than 20 years and shall also be punished with caning of not less than 12 strokes.

(4) No man shall be guilty of an offence under subsection (1)(b) or (1A)(b) for an act of penetration against his wife with her consent.

(5) Despite section 79, no man shall be guilty of an offence under subsection (1)(a) or (1A)(a) if he proves that by reason of mistake of fact in good faith, he believed that the act of penetration against a person was done with consent.

(6) No man shall be punished under subsection (3)(b) if he proves that by reason of mistake of fact in good faith, he believed that the act of penetration against a person below 14 years of age was done with consent.

(3) ผู้ใด

(a) เพื่อกระทำความผิดตามอนุมาตรา (1) หรือ (1A)

(i) ทำให้บุคคลใดได้รับบาดเจ็บโดยสมัครใจ; หรือ

(ii) ทำให้บุคคลกลัวความตายหรือทำร้ายบุคคลนั้นหรือบุคคลอื่นใด;

(b) กระทำความผิดตามอนุมาตรา (1) หรือ (1A) ต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปีโดยปราศจากความยินยอมของบุคคลนั้น หรือ

(c) กระทำความผิดตามอนุมาตรา (1) หรือ (1A) ต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี ซึ่งผู้กระทำความผิดมีความสัมพันธ์ที่เป็นการแสวงหาผลประโยชน์จากบุคคลนั้น

ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 8 ปี แต่ไม่เกิน 20 ปี และต้องระวางโทษด้วยการตีด้วยไม้เรียวไม่น้อยกว่า 12 ครั้ง

(4) ไม่มีผู้ชายคนใดมีความผิดภายใต้อนุมาตรา (1)(b) หรือ (1A)(b) สำหรับการกระทำชำเราภรรยาโดยได้รับความยินยอม

(5) แม้จะมีมาตรา 79 ก็ตาม บุคคลไม่มีความผิดตามอนุมาตรา (1)(a) หรือ (1a)(a) หากพิสูจน์ได้ว่าการล่วงล่านั้นเป็นไปโดยผู้กระทำเชื่ออย่างสุจริตว่าได้รับความยินยอมแล้ว

(6) บุคคลใดจะถูกลงโทษภายใต้อนุมาตรา (3)(b) หากพิสูจน์ได้ว่าเขาเข้าใจเจตนาของผู้เสียหายผิดพลาดโดยสุจริต หรือเขาเชื่อโดยสุจริตว่าการล่วงประเวณีกับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปีนั้นสามารถกระทำได้กระหากได้รับความยินยอมจากบุคคลนั้น

3.4.2 ขอบเขตและเงื่อนไขการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหาย

ในปี ค.ศ. 2019 รัฐบาลสิงคโปร์ได้พิจารณาผ่านร่างกฎหมายที่กำหนดให้ "การลักลอบ (Stealthing)" หรือการถอดถุงยางอนามัยในระหว่างการมีเพศสัมพันธ์โดยไม่อยู่ในความรับรู้หรือยินยอมของบุคคลอื่นเป็นความผิดอาญา โดยกระทรวงกฎหมายและกิจการภายในประเทศของสิงคโปร์ได้ประกาศว่า "ในร่างกฎหมายนั้นได้เสนอการกำหนดความผิดอาญารูปแบบใหม่ โดยกำหนดให้การให้ความยินยอมต่อกิจกรรมทางเพศที่เกิดจากการหลอกลวงหรือการเป็นเท็จเกี่ยวกับ (a) การใช้หรือลักษณะการใช้อุปกรณ์ป้องกันทางเพศหรือ (b) ทำให้ต้องทุกข์ทรมานจากการได้รับโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ ให้เป็นกรณีที่กฎหมายจะให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้ความยินยอม (เนื่องจากความยินยอมดังกล่าวไม่รวมถึงผลจากการกระทำ การใช้วัตถุหรือบุคคลที่กระทำ) ซึ่งเป็นความยินยอมที่ถูกละเมิดและทำให้ผู้ให้ความยินยอมได้รับอันตรายต่อร่างกาย" บทบัญญัติดังกล่าวทำให้ประเทศสิงคโปร์เป็นประเทศแรกในเอเชียที่กำหนดให้การลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีเป็นความผิดอาญา

การลักลอบถอดถุงยางอนามัยเป็นที่พบเห็นได้ตามทั่วไปจากการบอกเล่าของกลุ่มผู้เสียหายในชุมชนออนไลน์ ในทางตรงกันข้ามก็มีบุคคลเขียนให้การสนับสนุนยอมรับการกระทำดังกล่าว บางคนเรียกการลักลอบถอดถุงยางอนามัยนี้ว่าเป็น "รูปแบบใหม่ของการข่มขืน" หรือ "การวางกับดักสำหรับการข่มขืน" แต่สิ่งที่เป็นประเด็นก็คือการปฏิบัติเช่นนั้นละเมิดสิทธิส่วนบุคคล ซึ่งในการวิจัยที่ได้ตีพิมพ์ลงในวารสาร

วารสารเพศและกฎหมายของโคลัมเบีย ปี ค.ศ. 2017 ปรากฏผลว่าการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดผู้เสียหายเกิดความกังวลในเรื่องการตั้งครรภ์ที่ไม่พึงประสงค์และโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ ซึ่งในปีเดียวกันนี้งานวิจัยดังกล่าวได้ตีพิมพ์ในนิตยสาร Her World ซึ่งมีบทสัมภาษณ์ของผู้หญิงชาวสิงคโปร์อธิบายถึงความคับข้องใจของเธอหลังจากที่รู้ว่าคู่นอนของเธอได้ลักลอบถอดถุงยางอนามัยขณะร่วมประเวณีโดยที่เธอไม่รู้ตัว เธอกล่าวให้สัมภาษณ์ว่า “ฉันไม่เพียงแต่เป็นห่วงว่าฉันจะเป็นโรคที่น่ากลัวบางอย่าง ฉันยังกลัวอีกว่าฉันจะตั้งครรภ์ และยังมีคำถามอีกกว่าล้านข้อที่ฉันคิดคือ ฉันจะดูแลลูกในฐานะพ่อแม่คนเดียวได้อย่างไร ฉันโกรธตัวเองที่ไม่สังเกตเมื่อเขาถอดถุงยางอนามัยออก ฉันรู้สึกว่าคุณละเมิดและถูกลดทอนศักดิ์ศรี” โดยการตัดสินใจของรัฐบาลสิงคโปร์ในการทบทวนประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเพศนี้เกิดขึ้นหลังจากเกิดคดีสำคัญในปี ค.ศ. 2017 ซึ่งชายในสวีตเซอร์แลนด์ถูกตัดสินให้จำคุก 12 เดือนเพราะได้ลักลอบถอดถุงยางอนามัยออกระหว่างร่วมประเวณีกับหญิงสาวที่เขาได้ผ่านแอปพลิเคชัน Tinder²⁰⁰

3.4.3 บทลงโทษความผิด

กฎหมายปฏิรูปกฎหมายอาญา ค.ศ. 2019 ของประเทศสิงคโปร์ได้วางหลักการใหม่ที่เกี่ยวข้องกับการหลอกลวงเพื่อให้ได้ไปซึ่งผลประโยชน์ทางเพศ โดยมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2020 การแก้ไขเหล่านี้มีขึ้นเพื่อพัฒนาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความยินยอมทางเพศตามเจตจำนงเสรีของบุคคล ในยุคที่บุคคลมีความหลากหลายในการแสดงออกถึงรสนิยมและอัตลักษณ์ทางเพศ และให้ความชัดเจนบางประการในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศ แต่เนื่องจากสิงคโปร์ยังไม่เคยมีการตัดสินคดีที่เกี่ยวกับความผิดฐานดังกล่าวจึงได้นำเอาข้อวิจารณ์ในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศที่มีการแก้ไขใหม่ของสิงคโปร์มาศึกษาเพื่อนำไปประกอบการวิเคราะห์ในบทต่อไป

รองศาสตราจารย์ Chen Jianlin กล่าวว่า²⁰¹ การแก้ไขเหล่านี้ในประมวลกฎหมายอาญาเป็นความสำเร็จโดยบังเอิญ เขาได้ตรวจสอบข้อบกพร่องของบทบัญญัติสองข้อ คือ มาตรา 376H²⁰² ซึ่งบัญญัติ

²⁰⁰ Alia Marsha, ‘Singapore Is About to Make Stealthing Illegal Ret’ (Vice, 15 February 2019) <<http://www.vice.com/en/article/8xy5vb/singapore-is-about-to-make-stealthing-illegal>> สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2566.

²⁰¹ Daryl Loy Guo Wei and Joel Soon Jian Wei, ‘Fraudulent Sex Criminalisation in Singapore: An Accidental Success’ (SMU Lexicon, 13 March 2020) <<https://smulexicon.com/2020/03/13/fraudulent-sex-criminalisation-in-singapore-an-accidental-success/>> สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2566.

²⁰² PENAL CODE 1871 2020 REVISED EDITION

Procurement of sexual activity by deception or false representation

376H.—(1) Any person (A) shall be guilty of an offence if —

(a) A intentionally touches another person (B) or intentionally incites B to —

(i) touch A or the bodily fluids of A;

(ii) touch B;

(iii) touch another person (C) or the bodily fluids of C; or

ให้การจัดหากิจกรรมทางเพศเป็นความผิดทางอาญาโดยการหลอกลวงหรือการแสดงเท็จ และมาตรา 377CB²⁰³ ซึ่งบัญญัติให้ความยินยอมที่ได้รับภายใต้ความเข้าใจผิดในข้อเท็จจริงเป็นโมฆะ เขาแย้งว่า

-
- (iv) be touched by C;
 - (b) the touching is sexual and B consents to the touching;
 - (c) A fraudulently obtains B's consent by means of deception or false representation practised or made by A for that purpose;
 - (d) the deception or false representation mentioned in paragraph (c) relates to —
 - (i) the use or manner of use of any sexually protective measure; or
 - (ii) the risk of B contracting a sexually transmitted disease from the touching; and
 - (e) A knows or has reason to believe that the consent was given in consequence of such deception or false representation.
- (2) A person who is guilty of an offence under subsection (1) shall —
- (a) in the case where the sexual touching mentioned in that subsection involved —
 - (i) penetration of the vagina or anus (as the case may be) with a part of the body or anything else; or
 - (ii) penetration of the mouth with the penis, be punished on conviction with imprisonment for a term which may extend to 10 years, or with fine, or with caning, or any combination of such punishments; and
 - (b) in any other case, be punished on conviction with imprisonment for a term which may extend to 2 years, or with fine, or with both.
- (3) For the purposes of subsection (1) —
- (a) a person makes a false representation if it is untrue or misleading, and that person knows that it is, or might be, untrue or misleading;
 - (b) a representation may be express or implied; and
 - (c) a “sexually protective measure” means —
 - (i) where B is female, a device, drug or medical procedure to prevent pregnancy or sexually transmitted diseases as a result of sexual intercourse; or
 - (ii) where B is male, a device, drug or medical procedure to prevent sexually transmitted diseases as a result of sexual intercourse.
- ²⁰³ PENAL CODE 1871 2020 REVISED EDITION
- Consent given under misconception in sexual offences
- 377CB.—(1) Despite section 90(a)(ii), a consent for the purposes of an act which is the physical element of a sexual offence is not a consent given by a person under a misconception of fact only if it is directly related to —
- (a) the nature of the act, namely that it is not of a sexual nature;
 - (b) the purpose of the act, namely that it is not for a sexual purpose; or

บทบัญญัติทั้งสองนี้ลดขอบเขตของการหลอกลวงทางเพศที่เป็นอาชญากรรมที่ครอบคลุมโดยกฎหมาย ซึ่งก่อนการปฏิรูปกฎหมายอาญา ปี ค.ศ. 2019 ความยินยอมเพื่อวัตถุประสงค์ของความผิดทั้งทางเพศและที่ไม่ใช่ทางเพศได้รับการระบุไว้ภายใต้มาตรา 90(a)(ii) โดยมีเงื่อนไขว่าความยินยอมจะตกเป็นโมฆะโดย "ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง" การปฏิบัติต่อความยินยอมอย่างเท่าเทียมกันทั้งในความผิดทางเพศและความผิดที่ไม่เกี่ยวกับเพศเป็นคุณลักษณะเฉพาะของประมวลกฎหมายอาญาโดยเฉพาะอย่างยิ่ง หมายความว่าโดยหลักการแล้วการใช้กลฉ้อฉลประเภทใดก็ตามเพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์ในทางเพศจะเป็นอาชญากรรมมากพอ ๆ กับการใช้กลฉ้อฉลเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน

อย่างไรก็ตาม มาตรา 377CB ช่วยลดปัญหาการตีความข้อเท็จจริงเกี่ยวกับกรณีที่น่าจะทำให้ความยินยอมทางเพศเป็นโมฆะ สำหรับจุดประสงค์ของการล่วงละเมิดทางเพศ ความเข้าใจผิดเกี่ยวกับข้อเท็จจริงจะต้องเกี่ยวข้องกับลักษณะหรือวัตถุประสงค์ของการกระทำ (ขณะนี้อยู่ภายใต้ มาตรา

(c) the identity of the person doing the act, and the person doing the act knows, or has reason to believe, that the consent was given in consequence of such misconception.

(2) In subsection (1) —

“sexual” has the meaning given by section 377C(3);

“sexual offence” means any offence where the physical element of the offence under this Code or any other written law involves an act of a sexual nature and includes but is not limited to any offence under sections 375 to 377BN.

Illustrations

(a) A deceives B into allowing him to penetrate her vagina by inducing the misconception that he is extracting an evil spirit from B’s body. B believes A and thinks that what she has consented to is a procedure to extract an evil spirit, not sexual intercourse. B has given her consent under a misconception as to the sexual nature of the act. B’s apparent consent is therefore not a valid consent.

(b) A deceives B into believing that he can heal B’s chronic disease by treatment involving sexual penetration. B gives her consent under the misconception that the act is treatment for a health purpose and not for a sexual purpose. B’s apparent consent is therefore not a valid consent.

(c) A deceives B into believing that A is her husband. A is an imposter. B consents to sexual intercourse with A because she believes A is her husband. B’s consent is given under a misconception of the identity of A and is therefore not a valid consent.

(d) A deceives B into believing that A is an influential movie director. A is in fact only an administrative assistant to that movie director. B consents to sexual intercourse with A because she believes A is that movie director. B’s misconception is as to A’s attributes and not of A’s identity. B’s consent is therefore a valid consent.

377CB(1)(a) และ (b) ตามลำดับ) หรือตัวตนของบุคคลที่กระทำการ (ขณะนี้อยู่ภายใต้ มาตรา 377CB(1)(c))

ประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1871 ฉบับปรับปรุงปี 2020 ของประเทศสิงคโปร์ มาตรา 376H กำหนดให้ “การลักลอบถอดดูยางอนามัย” เป็นความผิดทางอาญาซึ่งส่งผลให้ลดปัญหาการตีความข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการบอกถอนความยินยอม โดยบทบัญญัติมาตรา 376H นี้ทำให้สิงคโปร์กลายเป็นประเทศแรกในเอเชียที่กำหนดให้ “การลักลอบถอดดูยางอนามัย” เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาอย่างชัดเจน ความยินยอมมีเพศสัมพันธ์ที่เกิดจากการหลอกลวงหรือการแสดงตนอันเป็นเท็จถือเป็นความผิดทางเพศที่ชัดเจน การหลอกลวงหรือการแสดงเท็จนี้ต้องเกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการป้องกันทางเพศใด ๆ โดยเฉพาะการสวมดูยางอนามัย หรือเป็นผู้ติดโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์หรือไม่ โดยตั้งข้อสังเกตว่าการปฏิรูปในปี ค.ศ. 2019 ยังทำให้เกิดช่องว่างในกฎหมายโดยไม่ได้ตั้งใจอีกด้วย โดยการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวเป็นไปตามคำนิยามมาตรา 86 ของรายงานคณะกรรมการพิจารณาประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือไม่รวมคำจำกัดความทางกฎหมายของ “ความยินยอม” อย่างไรก็ตาม คำนิยามตาม 87 ซึ่งระบุว่าไม่มีการแก้ไขใด ๆ เพื่อชี้แจงประเภทของความเข้าใจผิดเกี่ยวกับข้อเท็จจริงซึ่งอาจทำให้ความยินยอมเป็นโมฆะไม่ได้รวมอยู่ด้วย ด้วยเหตุนี้มาตรา 377CB จึงกำหนดให้ความเข้าใจผิดเกี่ยวกับข้อเท็จจริงไม่ถือเป็นการยินยอมโดยไม่ระบุว่าความยินยอมคืออะไรซึ่งอาจส่งผลให้คำนิยามทั้งสองขัดแย้งกัน และหากไม่มีคำจำกัดความของความยินยอมผู้กระทำความผิดอาจหลุดพ้นความผิดไปได้หากความเข้าใจผิดเกี่ยวกับข้อเท็จจริงนั้นอยู่นอกเหนือมาตรา 377CB และมาตรา 376H

กล่าวโดยสรุป ในปัจจุบันเริ่มมีบางประเทศที่มีกฎหมายที่วางหลักกฎหมายอย่างชัดเจนว่าการลักลอบถอดดูยางอนามัยขณะร่วมประเวณี หรือ ‘Stealthing’ นั้นเป็นความผิดตามกฎหมาย อย่างเช่น การบัญญัติให้ถือเป็นการผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศอังกฤษ อย่างไรก็ตามในอีกหลาย ๆ ประเทศ รวมถึงประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนในข้อกฎหมาย ซึ่งประเด็นการแอบถอดดูยางอนามัยออกระหว่างร่วมเพศเป็นสิ่งที่ถกเถียงกันทางกฎหมายในระดับโลก โดยให้น้ำหนักกับการยินยอมโดยสมัครใจเมื่อมีการพิจารณาเรื่องการละเมิดทางเพศเพื่อช่วยให้เหยื่อได้รับความยุติธรรม ในบางประเทศ เช่น สวิตเซอร์แลนด์และแคนาดา เริ่มมีการพูดถึงเรื่องนี้ในการพิจารณาคดีอาญา เมื่อปี ค.ศ. 2017 ศาลในเมืองโลซานน์ ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ตัดสินว่าชายคนหนึ่งมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหลังจากการที่เขาได้ถอดดูยางอนามัยออกโดยที่คู่นอนไม่รู้อะไรก็ตาม แม้ว่าความตระหนักรู้เรื่อง Stealthing ได้เพิ่มขึ้นทุกขณะแต่การตอบสนองทางกฎหมายกลับยังเป็นไปอย่างเชื่องช้า เพราะแม้ในหลายประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จะกำหนดให้ Stealthing เป็นการทำร้ายทางเพศ แต่ก็แทบไม่เคยมีการลงโทษผู้กระทำผิด ส่วนหนึ่งอาจเป็นเพราะความยากลำบากในการพิสูจน์ถึงเจตนาในการก่อเหตุนั่นเอง

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตและเงื่อนไขการให้ความยินยอมและการบอกถอน ความยินยอม กรณีการลักลอบถอดดูยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณี ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

ในบทนี้ผู้ศึกษาจะได้วิเคราะห์ปัญหาขอบเขตและเงื่อนไขการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความเห็นทางกฎหมายและคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ เพื่อเป็นแนวทางการวินิจฉัยและเพิ่มบทลงโทษการทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เปรียบเทียบขอบเขตความยินยอมที่มีเงื่อนไขและกรณีการลักลอบถอดดูยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีให้เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ รวมถึงเหตุผลและความจำเป็นให้กฎหมายกำหนดให้การถอดดูยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีโดยไม่ได้รับความยินยอมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ดังรายละเอียดต่อไปนี้

4.1 วิเคราะห์ปัญหาขอบเขตและเงื่อนไขการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ประเทศไทยใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) การใช้กฎหมายเพื่อพิจารณาและตัดสินอรรถคดีจะยึดบทบัญญัติของประมวลกฎหมายเป็นหลัก ซึ่งแตกต่างจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ที่ยึดแนวคำพิพากษาศาลสูงเป็นแนวทางในการพิจารณาและตัดสินอรรถคดี แม้ว่าในทางปฏิบัติประเทศไทยจะได้รับอิทธิพลจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีและระบบประมวลกฎหมาย แต่การบังคับใช้กฎหมายต้องอาศัยบทบัญญัติในประมวลกฎหมายโดยเฉพาะการบังคับใช้กฎหมายอาญาดังนั้น บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาจึงต้องมีความชัดเจนและแน่นอน ปัญหาขอบเขตการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นเป็นปัญหาในการพิจารณาความผิดของผู้กระทำ ซึ่งในเบื้องต้นกฎหมายอาญาควรบัญญัติขอบเขตในเรื่องนี้ไว้ให้ชัดเจนเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหาย

4.1.1 วิเคราะห์ขอบเขตและเงื่อนไขการให้ความยินยอม

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้โดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น...” เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในตัวของบทมาตรา 276 แล้วล้วนเป็นถ้อยคำที่แสดงให้เห็นการฝ่าฝืนใจและไม่มีความยินยอมแทบทั้งสิ้น แต่ไม่มีการบัญญัติขอบเขตและลักษณะของการให้ความยินยอมและขอบเขตของการบอกถอนความยินยอมเอาไว้อย่างชัดเจน ทำให้นักกฎหมายต้องมาตีความกันทั้งในชั้นสอบสวนและการพิสูจนพยานหลักฐานในศาลว่าความยินยอมที่ผู้กระทำหรือผู้ต้องหาวางเพื่อให้เห็นพินิจนั้น

เป็นความยินยอมที่แท้จริงหรือเป็นเพียงความจำยอมของผู้เสียหาย ซึ่งหากพิจารณาประกอบกับความเห็นของท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ที่ท่านได้อธิบายว่า ความยินยอมของผู้เสียหายที่จะเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายต้องเป็นความยินยอมที่ไม่มีข้อบกพร่องใด ๆ ในการแสดงเจตจำนงในการให้ความยินยอม ดังนั้นความยินยอมของผู้เสียหายที่เกิดจากการบังคับขู่เข็ญหรือหลอกลวงจึงไม่เป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย ฉะนั้นความยินยอมของผู้เสียหายที่ชอบด้วยกฎหมายจึงต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริงและเป็นความยินยอมที่เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ²⁰⁴

การดำเนินคดีในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยนั้นผู้เสียหายมักต้องแบกรับภาระการพิสูจน์ความผิดของจำเลยเอง ซึ่งภาระการพิสูจน์คดีในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นใช้หลักการเช่นเดียวกับการพิสูจน์คดีแพ่งและคดีอาญาในระบบกล่าวหาทั่วไปที่ว่า “ผู้ใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงใด ผู้นั้นมีภาระการพิสูจน์” เมื่อผู้เสียหายกล่าวอ้างว่าการกระทำชำเราของจำเลยนั้นเป็นไปโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหายหรือผู้เสียหายจำยอมจึงไม่ใช่ยินยอมโดยใจที่บริสุทธิ์ ฉะนั้นผู้เสียหายจึงต้องนำสืบและพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า เป็นจริงตามที่ผู้เสียหายกล่าวอ้าง ดังนั้นไม่ว่าผู้เสียหายจะอ้างข้อเท็จจริงใดเพื่อเอาผิดกับจำเลยในความผิดฐานนี้ ผู้เสียหายจึงมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ และการพิสูจน์นี้เองที่อาจเรียกได้ว่าเป็นการข่มขืนซ้ำสอง เพราะผู้เสียหายจำเป็นจะต้องเข้ารับการตรวจร่างกายอย่างละเอียดโดยแพทย์ และจะต้องเล่าข้อเท็จจริงที่เป็นรายละเอียดของการกระทำของจำเลยโดยเฉพาะประเด็นเรื่องความยินยอมเพื่อการพิสูจน์ความผิดของจำเลยทั้งในชั้นสอบสวนและในชั้นศาล

จากการศึกษาประเด็นความยินยอมในการกระทำชำเราเรานั้นพบว่าความยินยอมนั้นจะต้องมีตลอดเวลาที่การกระทำชำเราเริ่มขึ้นและสิ้นสุดลง หากฝ่ายที่ไม่ได้ถอนความยินยอมไม่ยอมหยุดการกระทำฝ่ายนั้นย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น และหากมีการบอกถอนความยินยอมจากฝ่ายหนึ่ง อีกฝ่ายหนึ่งจะต้องยุติและหยุดการกระทำนั้นทันที แต่เรื่องการบอกถอนความยินยอมนี้กลับไม่ปรากฏว่ามีคำพิพากษาของศาลฎีกาของไทย ดังนั้น หากมีกรณีผู้เสียหายบอกถอนความยินยอมและผู้กระทำยังคงกระทำชำเราต่อไปและผู้เสียหายมาฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลแล้ว ศาลไทยจะนำหลักเกณฑ์ใดมาพิจารณาและตัดสินคดี²⁰⁵ เพราะกฎหมายไทยใช้ระบบประมวลกฎหมาย กล่าวคือ ต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรให้ศาลนำข้อเท็จจริงมาปรับกับตัวบทกฎหมายเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีแต่กลับไม่มีบทบัญญัติไปถึงกรณีการบอกถอนความยินยอม ขณะที่ในประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีอย่างประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกากลับเห็นว่าเป็นประเด็นสำคัญ และได้บัญญัติขอบเขตความรับผิดชอบในเรื่องนี้ไว้โดยหากมีการบอกถอนความยินยอมจากฝ่ายหนึ่ง อีกฝ่ายหนึ่งจะต้องยุติและหยุดการกระทำนั้นทันที และหากอีกฝ่ายหนึ่งนั้นไม่ยอมหยุดการกระทำดังกล่าวการกระทำนั้นย่อมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

²⁰⁴ คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 1) 272.

²⁰⁵ รณกรณ์ บุญมี, ‘ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหลังการกระทำชำเราด้วยความยินยอม’ (2553) 4

ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาให้มีความชัดเจนในประเด็นขอบเขตการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมโดยปริยายโดยเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นให้ครอบคลุมไปถึงกรณีการลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีด้วย เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหาย

4.1.2 วิเคราะห์ปัญหาการลักลอบถอดถุงยางอนามัยร่วมประเวณี

ประมวลกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติกำหนดความรับผิดและโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำการอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม และการกำหนดความรับผิดและโทษสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นก็เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิในเนื้อตัวร่างกายและเสรีภาพทางเพศของบุคคล โดยกำหนดความผิดอาญาสำหรับการกระทำที่กระทบต่อเสรีภาพทางเพศของบุคคลอื่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงมีลักษณะเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศประเภทหนึ่งที่กำหนดให้กระทำชำเราที่ปราศจากความยินยอมและความสมัครใจของบุคคลอื่นเป็นความผิดอาญา ความยินยอมของผู้เสียหายจึงเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานดังกล่าว สำหรับการกระทำชำเราที่ได้รับความยินยอมของผู้ที่เกี่ยวข้องนั้นไม่เป็นการกระทำความผิด แต่ผู้ให้ความยินยอมจะมีความสามารถในการให้ความยินยอมและมีความเป็นอิสระในการตัดสินใจขณะให้ความยินยอม และมีอิสระที่จะบอกถอนความยินยอมเสียเมื่อใดก็ได้²⁰⁶ ดังนั้นการที่ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติกำหนดความรับผิดของการลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีให้มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงเป็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิในการที่จะบอกถอนความยินยอมในการกระทำทางเพศของบุคคล ซึ่งส่งผลกระทบต่อเสรีภาพทางเพศอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายอาญายังมีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองสิทธิในอนาถและร่างกายของบุคคล แต่เนื่องจากสังคมไทยยังมีค่านิยมเกี่ยวกับความเป็นใหญ่ของเพศชาย โดยเฉพาะยังคงแฝงอยู่ในเรื่องของเพศสัมพันธ์ในครอบครัว เช่น การมีเพศสัมพันธ์มักเกิดจากความต้องการของฝ่ายชายเป็นหลัก ฝ่ายหญิงต้องตอบสนองความต้องการทางเพศของฝ่ายชายแม้ไม่เต็มใจ และเพศหญิงมีมุมมองเรื่องการมีเพศสัมพันธ์ว่าเป็นหน้าที่ของภรรยาต่อสามีส่งผลทำให้เพศหญิงมีโอกาสเสี่ยงต่อการติดโรคทางเพศสัมพันธ์จากเพศชายที่เป็นสามีของตนเนื่องจากเพศชายมักเป็นผู้นำในการมีกิจกรรมทางเพศ²⁰⁷ โดยเป็นทั้งผู้ควบคุมและตัดสินใจว่าเพศสัมพันธ์จะมีความปลอดภัยหรือไม่ปลอดภัยด้วยการเลือกว่าจะป้องกันโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ รวมถึงความเสี่ยงในการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์หรือไม่ กล่าวคือ เพศชายมักเป็นฝ่ายเลือกว่าจะสวมถุงยางอนามัยหรือกระทั่งถอดถุงยางอนามัยกลางคันในขณะมีกิจกรรมทางเพศหรือไม่ ทำให้เพศหญิงอยู่ในสถานะที่ไม่อาจป้องกันตนเองจากโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์และการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ได้ ซึ่งการที่ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติเพิ่มโทษกรณีความผิดฐานการข่มขืนกระทำชำเราเนื่องจากการถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีนั้นทำให้ผู้กระทำขาดความเกรงกลัวต่อบทลงโทษตามกฎหมายและกล้าลักลอบ

²⁰⁶ People v. John Z (เชิงอรรถ 9).

²⁰⁷ จารุวรรณ ก้าวหน้าไกล และดรณี รุจกรกานต์ (เชิงอรรถ 10).

ถอดลงอย่างอนามัยระหว่างร่วมประเวณีโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย เพราะไม่ต้องรับโทษที่หนักขึ้น จากโทษสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง²⁰⁸ เนื่องจากการที่ผู้เสียหายติดโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์หรือตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์นั้นไม่ใช่กรณีได้รับอันตรายสาหัสหรือเสียชีวิตที่ผู้กระทำ จะต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 277 ทวิ (1) (2)²⁰⁹ ซึ่งกรณีดังกล่าวย่อมแสดงให้เห็นว่าประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่มีบทบัญญัติที่เป็นการคุ้มครองสิทธิในอนามัยและร่างกายของผู้ถูกระทำทางเพศ

ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ทวิ โดยเพิ่มโทษกรณีการลักลอบถอดลงอย่างอนามัยระหว่างร่วมประเวณีอันเป็นความผิดฐานการข่มขืนกระทำชำเรานั้น ส่งผลกระทบต่อสุขอนามัย อนามัยเจริญพันธุ์ของผู้ถูกระทำ หรือทำให้ผู้ถูกระทำติดโรคทางเพศสัมพันธ์หรือตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิในอนามัยและร่างกายของผู้ถูกระทำทางเพศ

4.2 วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมายและคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเพื่อเป็นแนวทางการวินิจฉัย และเพิ่มบทลงโทษสำหรับการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานอกจากจะส่งผลกระทบต่อร่างกายและจิตใจของผู้เสียหายและบุคคลใกล้ชิดผู้เสียหายแล้วยังส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยทั้งในระดับสังคมและระดับประเทศ ทำให้หลายประเทศทั่วโลกมีการกำหนดบทลงโทษสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ในกฎหมายภายในอย่างชัดเจนโดยโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดมักจะมี ความรุนแรงแตกต่างกันไปตามระดับของความเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิด เช่น กำหนดโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิตสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำถึงแก่ความตาย เป็นต้น ซึ่งมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ตัวอย่างเช่นประเทศที่มีการยกเลิกโทษประหารชีวิตแล้วก็จะไม่มีบทลงโทษดังกล่าวสำหรับทุกฐานความผิด จากการศึกษาพบว่าเริ่มมีบางประเทศที่มีกฎหมายที่กำหนดชัดเจนว่าการลักลอบถอดลงอย่างอนามัยขณะร่วมประเวณี หรือ Stealthing นั้นเป็นความผิดตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามในอีกหลาย ๆ ประเทศรวมถึงประเทศไทยยังไม่มีบทลงโทษที่ชัดเจนในข้อกฎหมายจึงมีความจำเป็นต้องวิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมายและคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเพื่อเป็นแนวทางการวินิจฉัยและเพิ่มบทลงโทษการทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประมวลกฎหมายอาญาของไทยต่อไป

²⁰⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคหนึ่ง “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท”

²⁰⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ทวิ “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง หรือมาตรา 277 วรรคหนึ่งหรือวรรคสาม เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำ

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่สามแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต

4.2.1 วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมายและคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ศึกษากรณีการลักลอบถอด ดูขงอนามัระหว่างร่วมประเวณี

การบัญญัติให้การลักลอบถอดดูขงอนามัระหว่างร่วมประเวณี (Stealthing) เป็นการประทุษร้ายทางเพศตามคำนิยามในกฎหมายแพ่งของรัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกา ช่วยให้ผู้ตกเป็นเหยื่อได้มีกลไกทางกฎหมายที่ชัดเจนในการเอาผิดผู้ก่อเหตุ Stealthing ซึ่งการที่บทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติในกฎหมายแพ่งนั้นก็เพื่อประโยชน์แก่การเปิดทางให้เหยื่อของการลักลอบถอดดูขงอนามั หรือ Stealthing นั้นสามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต่อผู้กระทำผิดได้ ทว่าก็ส่งผลให้ไม่สามารถเอาผิดกับผู้กระทำในทางอาญาได้²¹⁰ อย่างไรก็ตามฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐแคลิฟอร์เนียพยายามผลักดันให้การลักลอบถอดหรือจงใจทำให้ดูขงอนามัหรือฉีกขาดระหว่างมีเพศสัมพันธ์โดยปราศจากความยินยอมของอีกฝ่ายเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยปรากฏในงานเขียนของ Brodsky ว่าเป็นพฤติกรรมดังกล่าวเป็นพฤติกรรมที่ “ใกล้เคียงกับการข่มขืน” (โดยใช้คำว่า “Rape-Adjacent”) และเป็น “การละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิส่วนบุคคลอย่างร้ายแรง” ในขณะที่ประชาชนในรัฐเห็นแย้งและมองว่าการกระทำนี้ไม่ได้เพียงแค่ใกล้เคียงการข่มขืนแต่นับว่าเป็นการข่มขืนรูปแบบหนึ่ง เพราะแม้ว่าผู้ที่มีเพศสัมพันธ์จะยินยอมมีเพศสัมพันธ์ในตอนแรกก็เป็นไปเพราะรู้และเข้าใจว่าเป็นการมีเพศสัมพันธ์แบบป้องกันและไม่ได้ยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์แบบไร้การป้องกัน ดังนั้นการแอบถอดดูขงอนามัระหว่างการร่วมประเวณีจึงนับเป็นการละเมิดความยินยอมอย่างชัดเจน โดยเหตุผลที่ผู้กระทำผิดมักยกมาอ้างในการลักลอบถอดหรือจงใจทำให้ดูขงอนามัหรือฉีกขาดระหว่างมีเพศสัมพันธ์โดยปราศจากความยินยอมของอีกฝ่าย ‘Stealth’ ได้แก่ ได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายให้ร่วมประเวณีแล้วและถอดดูขงอนามัให้ความรู้สึกที่ดีกว่า หรือต้องการที่จะมีลูกและผูกมัดอีกฝ่ายไม่ให้ออกจากความสัมพันธ์ซึ่งมักนำไปสู่ปัญหาใหญ่ ๆ ที่ตามมาอีกหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นการทารุณทางเพศ ส่งผลกระทบทางจิตใจ ตลอดจนโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์²¹¹

ประเด็นเรื่องโทษสำหรับการลักลอบถอดดูขงอนามัขณะร่วมประเวณีนั้น จากการศึกษาพบว่าคดีแรกของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่มีการลงโทษฐานความผิดนี้นับแต่มีการปฏิรูปกฎหมายความผิดอาญาทางเพศเมื่อปี ค.ศ. 2016 ที่ระบุเรื่องการยินยอม (Consent) เอาไว้ ได้แก่ คดีที่ศาลท้องถิ่นในกรุงเบอร์ลินได้ตัดสินให้ชายชาวเยอรมนี ต้องโทษจำคุก 8 เดือน แต่ให้รอลงอาญาพร้อมปรับเป็นจำนวนเงิน 3,000 ยูโร จากความเสียหายที่เกิดขึ้นพร้อมกับค่าตรวจสุขภาพของหญิงผู้เสียหายเป็นเงินจำนวน 96 ยูโร จากการที่เขามีเพศสัมพันธ์กับคู่นอนแล้วแอบถอดดูขงอนามัออกระหว่างมีเพศสัมพันธ์ โดยการแอบถอดดูขงอนามัออกระหว่างที่กำลังสอดใส่ไม่ได้ได้รับความยินยอมจากคู่นอนอีกฝ่าย (Stealthing) โดยหญิงคนดังกล่าวทราบว่าฝ่ายชายไม่ได้สวมดูขงอนามัตอนที่เขาหลั่งน้ำอสุจิเข้ามาในร่างกายของเธอ เธอจึงกังวลว่าอาจจะติดโรค

²¹⁰ BBC News ไทย (เชิงอรรถ 142).

²¹¹ Spectrumth (เชิงอรรถ 144).

ที่ติดต่อกับการมีเพศสัมพันธ์ และได้แจ้งตำรวจ โดยต่อมาศาลได้พิพากษาว่าชายคนดังกล่าวมีความผิดฐานละเมิดทางเพศ ซึ่งการข่มขืนกับการละเมิดทางเพศนั้นมีความแตกต่างกันตามกฎหมายเยอรมัน²¹²

ประเทศอังกฤษ เป็นประเทศที่มีความชัดเจนในการกำหนดขอบเขตของความยินยอม พระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 มาตรา 79²¹³ ได้บัญญัติวางหลักนิยามการล่วงล้ำไว้ในอนุมาตรา 2 ว่า “...Penetration is a continuing act from entry to withdrawal.” หรือ “...การล่วงล้ำคือการกระทำนับตั้งแต่มีการล่วงล้ำเข้าไปจนกระทั่งถอนออก...” ซึ่งปรากฏคดีตัวอย่าง คือคดีของ R v Kaitamaki (1985) AC 147²¹⁴ เป็นคดีที่จำเลยถูกกล่าวหาว่าบุกรุกเข้าไปในบ้านของโจทก์และได้ข่มขืนกระทำชำเราโจทก์สองครั้ง โดยจำเลยต่อสู้ว่าโจทก์ได้ให้ความยินยอมหรือจำเลยเชื่อโดยสุจริตว่าโจทก์ได้ให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีแล้ว แต่ในการร่วมประเวณีครั้งที่สองนั้นหลังจากอวัยวะเพศชายของจำเลยได้ล่วงล้ำไปในช่องคลอดของโจทก์แล้วจำเลยได้ทราบภายหลังว่าโจทก์ไม่ยินยอม แต่จำเลยก็ได้หยุดกระทำชำเรา ศาลได้พิพากษาว่าการล่วงล้ำเป็นการกระทำที่นับเป็นครั้ง เมื่อจำเลยได้กระทำต่อไปโดยรู้ว่าโจทก์ไม่ยินยอมจำเลยจึงมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา²¹⁵ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าความยินยอมเป็นสิ่งที่สามารถบอกถอนได้ และการกระทำต่อไปหลังจากถูกบอกถอนความยินยอมย่อมเป็นการกระทำโดยไม่ได้รับความยินยอมและเป็นความผิดตามกฎหมาย

²¹² THE MOMENTUM TEAM (เชิงอรรถ 166).

²¹³ Sexual Offences Act 2003 Section 79 Part 1: general interpretation

(1) The following apply for the purposes of this Part.

(2) Penetration is a continuing act from entry to withdrawal.

(3) References to a part of the body include references to a part surgically constructed (in particular, through gender reassignment surgery).

(4) “Image” means a moving or still image and includes an image produced by any means and, where the context permits, a three-dimensional image.

(5) References to an image of a person include references to an image of an imaginary person.

(6) “Mental disorder” has the meaning given by section 1 of the Mental Health Act 1983 (c. 20).

(7) References to observation (however expressed) are to observation whether direct or by looking at an image.

(8) Touching includes touching—

(a) with any part of the body,

(b) with anything else,

(c) through anything, and in particular includes touching amounting to penetration.

(9) “Vagina” includes vulva.

(10) In relation to an animal, references to the vagina or anus include references to any similar part.

²¹⁴ Kaitamaki v R (เชิงอรรถ 191).

²¹⁵ Nicola Monaghan (เชิงอรรถ 192) 176-178.

ปัจจุบันประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่มีการวางหลักการตีความว่าพฤติกรรมการลักลอบถอดดูยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณี หรือ Stealthing เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมาย แต่กลับมีการดำเนินคดีที่ประสบความสำเร็จเพียงครั้งเดียวเท่านั้น คือในปี ค.ศ. 2019 นายลี ฮอกเบน ชายวัย 35 ปี จากบอร์นัมธ์ ถูกตัดสินจำคุก 12 ปี ฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง เพราะเขาลักลอบถอดดูยางอนามัยที่ใช้ระหว่างร่วมประเวณีกับหญิงคนดังกล่าว²¹⁶

นอกจากนี้ ประเทศสิงคโปร์ซึ่งเป็นประเทศแรกในเอเชียที่กำหนดให้การลักลอบถอดดูยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีเป็นความผิดอาญา โดยในปี ค.ศ. 2019 รัฐบาลสิงคโปร์ได้พิจารณาผ่านร่างกฎหมายที่กำหนดให้ "การลักลอบ (Stealthing)" หรือการถอดดูยางอนามัยในระหว่างการมีเพศสัมพันธ์โดยไม่อยู่ในความรับรู้หรือยินยอมของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นความผิดอาญา โดยกระทรวงกฎหมายและกิจการภายในประเทศของสิงคโปร์ได้ประกาศว่า "ในร่างกฎหมายนั้นได้เสนอการกำหนดความผิดอาญารูปแบบใหม่โดยกำหนดให้การให้ความยินยอมต่อกิจกรรมทางเพศที่เกิดจากการหลอกลวงหรือการแสดงข้อมูลอันเป็นเท็จเกี่ยวกับ (a) การใช้หรือลักษณะการใช้อุปกรณ์ป้องกันทางเพศหรือ (b) ทำให้ต้องทุกข์ทรมานจากการได้รับโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ ให้เป็นกรณีที่กฎหมายจะให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้ความยินยอม (เนื่องจากความยินยอมดังกล่าวไม่รวมถึงผลจากการกระทำการใช้วัตถุหรือบุคคลที่กระทำ) ซึ่งเป็นความยินยอมที่ถูกละเมิดและทำให้ผู้ให้ความยินยอมได้รับภัยอันตรายต่อร่างกาย"²¹⁷

4.2.2 วิเคราะห์กฎหมายต่างประเทศกรณีการกำหนดให้การลักลอบถอดดูยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

จากการศึกษาพบว่า ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาไม่มีการกำหนดให้การลักลอบถอดดูยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายต้องอาศัยการตีความจากเรื่องหลักความยินยอม และรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางแพ่งเพื่อประโยชน์ในการเรียกร้องค่าเสียหายของผู้เสียหาย และมีความพยายามที่จะผลักดันให้มีการบัญญัติให้การลักลอบถอดดูยางอนามัยเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่ยังไม่เป็นผลสำเร็จ ขณะที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศสิงคโปร์เป็นประเทศที่มีกฎหมายกำหนดให้การลักลอบถอดดูยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีมีความผิดอาญา สำหรับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีถือว่าพฤติกรรมดังกล่าวเป็นความผิดฐานละเมิดทางเพศ และประเทศสิงคโปร์ถือว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการลงโทษทางอาญากับผู้ลักลอบถอดดูยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีแล้ว ในความผิดฐานละเมิดทางเพศ แต่ในสิงคโปร์ยังไม่ปรากฏว่ามีคดีลักษณะดังกล่าวขึ้นสู่การจึงยังไม่มีกรณีที่ผู้กระทำความผิดดังกล่าวถูกลงโทษทางอาญาในประเทศสิงคโปร์

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสิงคโปร์ (PENAL CODE 1871) มาตรา 376H ได้บัญญัติให้การลักลอบถอดดูยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีเป็นความผิดทางอาญา โดยถือว่าเป็นความเข้าใจผิด

²¹⁶ Georgia Aspinal (เชิงอรรถ 196).

²¹⁷ Alia Marsha (เชิงอรรถ 200).

เกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่อาจทำให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีเป็นโมฆะ การมีเพศสัมพันธ์ที่ได้รับจากการหลอกลวงหรือการแสดงตนว่าเป็นบุคคลอื่นถือเป็นความผิดทางเพศที่ชัดเจน การหลอกลวงหรือการแสดงข้อมูลอันเป็นเท็จนั้นจะต้องเกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการป้องกันทางเพศต่าง ๆ เช่น การสวมถุงยางอนามัย เพศสภาพที่เป็นชายหรือหญิง หรือเป็นบุคคลที่เป็นพาหะของโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ อย่างไรก็ตามการปฏิรูปกฎหมายอาญาสิงคโปร์ในปี ค.ศ. 2019 ยังทำให้เกิดช่องว่างในกฎหมายขึ้นอีกด้วย โดยการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวเป็นไปตามคำนิยามในมาตรา 86 ของรายงานคณะกรรมการพิจารณาประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ ไม่รวมถึงคำจำกัดความทางกฎหมายของ "ความยินยอม" อย่างไรก็ตาม คำนิยามตามมาตรา 87 ซึ่งระบุว่าไม่มีการแก้ไขใด ๆ เพื่อระบุประเภทของความสำคัญผิดเกี่ยวกับข้อเท็จจริงซึ่งอาจทำให้ความยินยอมเป็นโมฆะรวมเข้าไว้ด้วย ด้วยเหตุนี้มาตรา 377CB จึงเป็นการยกเลิกประเภทของความสำคัญผิดเกี่ยวกับข้อเท็จจริงโดยมิให้ถือว่าความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงเป็นการยินยอมที่จะต้องบัญญัติให้เป็นโมฆะแต่ก็มีได้ให้คำจำกัดความว่าความยินยอมคืออะไร อันส่งผลทำให้คำนิยามทั้งสองมีความขัดแย้งกันเอง ซึ่งหากไม่มีคำจำกัดความของความยินยอมผู้กระทำความผิดอาจหลุดพ้นความผิดไปได้หากความเข้าใจผิดเกี่ยวกับข้อเท็จจริงนั้นอยู่นอกเหนือจากที่บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 377CB และมาตรา 376H

กล่าวโดยสรุป ในปัจจุบันเริ่มมีบางประเทศที่มีกฎหมายที่บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนว่าการลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณี หรือ 'Stealthing' นั้นมีความผิดกฎหมาย อย่างเช่น การบัญญัติให้ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศอังกฤษ อย่างไรก็ตาม ในอีกหลาย ๆ ประเทศ รวมถึงประเทศไทยก็ยังไม่มีการพูดถึงประเด็นนี้อย่างชัดเจนในข้อกฎหมาย

4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตความยินยอมที่มีเงื่อนไขและกรณีการลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีให้เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

การลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีเป็นการกระทำที่สุ่มเสี่ยงต่อการติดโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์และอาจก่อให้เกิดการตั้งครรภ์ที่ไม่พึงประสงค์ซึ่งส่งผลกระทบต่อสิทธิในอนามัยและร่างกายของผู้ถูกกระทำเป็นอย่างมาก ประเทศอังกฤษได้วางแนวคำพิพากษาในกรณีนี้ไว้ว่าการยินยอมให้มีเพศสัมพันธ์โดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องมีการป้องกันโดยการสวมถุงยางตลอดเวลาที่มีการร่วมประเวณีนั้น หากมีการลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีย่อมต้องถือว่าความยินยอมนั้นได้สิ้นผลไป ผู้กระทำจึงไม่สามารถอ้างความยินยอมของผู้เสียหายมายกเว้นความผิดของตนได้ และต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

4.3.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบบทนิยามความยินยอมตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้มีการบัญญัติบทนิยามความหมายคำว่า "ความยินยอม" เอาไว้ การใช้หลักความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 จะใช้ตามหลักการจากคำพิพากษาศาลฎีกาและวิเคราะห์ตามองค์ประกอบภายนอกเท่านั้น

ในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีบทนิยาม "ความยินยอม" ไว้เช่นเดียวกันกับประเทศไทย โดยประเทศสหรัฐอเมริกาได้ใช้คำพิพากษาในการวางบรรทัดฐานแทน เช่น หากความยินยอมของหญิงนั้นเกิดจาก

การที่ชายใช้กำลังบังคับหรือขู่ขู่ขู่หรือหลอกลวงหญิงจนหญิงไม่สามารถขัดขืนได้หรือหลงเชื่อตามที่ถูกหลอกลวง หรือชายได้ปลอมหรือแสดงตนว่าเป็นสามีของหญิงจนหญิงนั้นหลงเชื่อว่าเป็นสามี หรือหญิงเป็นผู้บอกพร่องในการแสดงเจตนา หรือฉวยโอกาสขณะที่หญิงกำลังหลับ หรือทำให้หญิงเกิดอาการเมาแล้วถือโอกาสเช่นนี้ร่วมประเวณีกับหญิง ซึ่งเป็นคดีระหว่าง Regina v Olugboja (1982) โดยคดีดังกล่าวมีข้อเท็จจริงว่าหญิงได้ปฏิเสธการร่วมประเวณีในตอนแรกแต่กลับถูกฝ่ายชายข่มขู่ว่าจะไม่ไปส่งที่บ้านถ้าหากไม่ยอมร่วมประเวณี ทำให้ฝ่ายหญิงยินยอมถอดกางเกงของตัวเองออกเองและนอนลงยอมให้ฝ่ายชายกระทำ เมื่อภายหลังจากนั้นไม่นานฝ่ายหญิงขอให้ฝ่ายชายหยุดกระทำ ลูกขุนตัดสินให้ฝ่ายชายมีความผิดเพราะถือว่าหญิงนั้น “จำยอม” กรณีเหล่านี้ล้วนแล้วแต่ปราศจากความยินยอมของหญิงทั้งสิ้นถือว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ในขณะที่ศาลอเมริกันบางท้องที่ก็มีปัญหาเกี่ยวกับคำว่า “ใช้กำลังบังคับ” (Force) และคำว่า “ความยินยอม” (Consent) ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Forcible Rape) เพราะศาลบางแห่งได้ตัดสินว่าการกระทำที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้นั้นหญิงจะต้องแสดงได้ว่าตนนั้นได้กระทำการขัดขืนอย่างถึงที่สุด (Resist Of The Utmost) โดยคดีต่อ ๆ มาในภายหลังศาลไม่นำระดับของการขัดขืนมาใช้ประกอบการวินิจฉัย ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมของเหตุการณ์ อย่างไรก็ตามศาลก็ยังเห็นว่าการขัดขืน (Defiance) จะต้องเป็นพฤติกรรมแสดงออกที่ชัดเจนมากกว่าการตอบปฏิเสธด้วยวาจา (Verbally Decline) โดยรวมแล้วบทนิยามการข่มขืนกระทำชำเราไม่ได้มีความแตกต่างในสาระสำคัญกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย มาตรา 276 เลย เพียงแต่ไม่ได้กำหนดบทนิยามความยินยอมไว้ในกฎหมาย

บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นของสหพันธรัฐเยอรมนีไม่มีบทนิยามความหมายความยินยอมในความผิดเกี่ยวกับเพศไว้และบทบัญญัติในมาตรา 177 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันก็มีเนื้อหาไม่แตกต่างกันกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ของไทย แต่ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันกลับมีบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้ที่อยู่ในภาวะที่ไม่อาจช่วยเหลือตนเองได้ในมาตรา 179 ซึ่งได้แก่ ผู้ที่เจ็บป่วยทางจิตหรือมีความพิการ รวมทั้งการติดยาเสพติดหรือการมีความผิดปกติเกี่ยวกับความรู้สึกทางจิต ประสาท รวมถึงผู้ที่ไร้ความสามารถทางด้านร่างกาย โดยในที่นี้อาจหมายความรวมถึงผู้ป่วยอัมพาตด้วยก็ได้ ความยินยอมตามหลักกฎหมายเยอรมันเกี่ยวพันกับหลักคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งเป็นสิ่งที่แยกออกจากกันไม่ได้ และเมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ไม่ปรากฏว่ากฎหมายไทยมีบทบัญญัติที่ชัดเจนไปถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้ป่วยทางจิต ผู้พิการ ผู้ที่ติดยาเสพติด หรือผู้ที่ไร้ความสามารถทางด้านร่างกาย มีแต่เพียงคำพิพากษาของศาลฎีกาเท่านั้นที่มีคำพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวโดยศาลไทยอาศัยการตีความตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 เท่านั้น ซึ่งเป็นการกระทำที่ผู้กระทำความผิดที่ผู้เสียหายไม่สามารถปกป้องตนเองได้จากการข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วการกระทำความผิดในลักษณะนี้ควรมีบทบัญญัติของกฎหมายที่ลงโทษผู้กระทำความผิดให้ได้รับโทษที่หนักขึ้นกว่าการข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นที่เป็นคนปกติทั่วไป อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่าประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมันมีอิทธิพลต่อในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยเป็นอย่างมาก แต่กฎหมายอาญาเยอรมันได้

พัฒนาและล้ำหน้าไปอย่างรวดเร็วตามยุคสมัยและปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน โดยเฉพาะการมุ่งคุ้มครองสิทธิของประชาชนทุกเพศทุกวัยภายในรัฐอย่างเท่าเทียม รวมไปถึงการบัญญัติให้มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้ที่มึนเมาหรือจิตใจที่บอบช้ำด้วย ดังเช่น ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันที่ได้บัญญัติบทคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นผู้ที่มีร่างกายและจิตใจไม่ปกติจากการถูกข่มขืนกระทำชำเราเอาไว้อย่างชัดเจน

พระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศของประเทศอังกฤษ (Sexual Offences Act 2003) มาตรา 74 ที่ได้บัญญัติความยินยอมของบุคคลเอาไว้อย่างชัดเจนว่า “บุคคลย่อมมีอิสระเสรีและมีความสามารถให้ความตกลงยินยอมได้ตามที่ตนปรารถนา” โดยบทนิยามในมาตรา 74 นี้ไม่ได้บัญญัติว่าการกระทำชำเราหญิงพิการเป็นความผิดฐานการข่มขืนกระทำชำเรา แต่ในข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการให้ความยินยอมของผู้ถูกระทำตามมาตรา 75 (2)(e) ได้วางหลักว่า พฤติการณ์ที่สืบเนื่องมาจากความพิการทางร่างกายของผู้ถูกระทำจนเป็นเหตุทำให้ผู้ถูกระทำนั้นไม่สามารถสื่อสารหรือให้ความยินยอมหรือแสดงท่าทางชัดเจนต่อผู้กระทำความผิดทราบได้ โดยในขณะกระทำความผิดกฎหมายให้สันนิษฐานเอาไว้ก่อนผู้กระทำยังไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ถูกระทำ เว้นแต่ฝ่ายผู้กระทำจะสามารถพิสูจน์ได้ว่าฝ่ายผู้ถูกระทำได้ให้ความยินยอมแล้ว และมาตรา 75 ได้กำหนดนิยามของการกระทำที่ปราศจากความยินยอม ซึ่งบทบัญญัติมาตรานี้ชี้ให้เห็นถึงสภาพของเหยื่อที่ไม่อาจให้ความยินยอมได้โดยอิสระและสามารถตกเป็นเหยื่อทางเพศได้ง่าย ด้วยการบัญญัติเช่นนี้ทำให้ “ความยินยอม” (Consent) ทางเพศที่ผู้ถูกระทำตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของผู้กระทำ หรือบุคคลอื่น รวมไปถึงกรณีที่ผู้ถูกระทำไม่มีความสามารถรับรู้หรือไม่สามารถตัดสินใจด้วยตนเองได้ ล้วนแล้วแต่ไม่เป็นความยินยอมทั้งสิ้น แต่ประมวลกฎหมายอาญาของไทยกลับไม่มีบทนิยามดังกล่าวและยังไม่มีบทบัญญัติเพื่อใช้อธิบายบทนิยามเช่นนั้นด้วย

4.3.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบการบอกถอนความยินยอมตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

ประเทศอังกฤษและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองการบอกถอนความยินยอม (Withdraw Consent) อย่างชัดเจนแต่ประเทศอังกฤษนั้นมีบทนิยามในมาตรา 79 (2) ที่นักวิชาการส่วนใหญ่ยอมรับในทางตำราด้านแนวคิดและคำพิพากษาจากคดี R v Kaitamaki [1985] AC 147 ของประเทศนิวซีแลนด์มาใช้ โดยดังกล่าวเป็นคดีที่จำเลยถูกตัดสินความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่จำเลยได้ต่อสู้ว่าโจทก์ได้ให้ความยินยอมกับจำเลยแล้วและเขาเชื่อโดยสุจริตว่าโจทก์ได้ให้ความยินยอม แต่จำเลยกลับได้ทราบในภายหลังว่าในระหว่างร่วมประเวณีโจทก์นั้นไม่ได้ให้ความยินยอม แต่จำเลยก็ไม่หยุดการกระทำดังกล่าว ศาลได้วางหลักการล่องล้ำเข้าออกเป็นการกระทำนับเป็นครั้ง กล่าวคือ ไม่ใช่การนับเป็นช่วงเวลาถ้าจำเลยได้กระทำการร่วมประเวณีต่อไปทั้งที่รู้ว่าโจทก์ไม่ได้ให้ความยินยอม จำเลยก็จะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทันที ตัวอย่างเช่น คดี R v Cooper and Schaub [1994] Crime LR 531 ก็ได้วางหลักตามเช่นกัน จนกระทั่งพระราชบัญญัติเกี่ยวกับเพศ Sexual Offences Act 2003 มาตรา 79(2) บัญญัตินิยามคำว่า “...Penetration is a continuing act from entry to withdrawal” หรือ อาจแปลเป็นภาษาไทยได้ในทำนองที่ว่า “การล่องล้ำ คือ การนับการกระทำจากการนำอวัยวะเพศเข้าไปจนกระทั่งถอนออก” ซึ่งเป็นการยอมรับตามคำพิพากษาในคดีแรกเกี่ยวกับการบอกถอนความยินยอม และถ้าหากมีคดีขึ้นสู่ศาลในปัจจุบัน

เกี่ยวกับการบอกถอนความยินยอมทางเพศ มาตรานี้จะถูกนำมาใช้ตีความ ซึ่งนักวิชาการยังเห็นว่าสมควรเพิ่มเติมให้ชัดเจนเกี่ยวกับการถอนความยินยอมเข้าไปในพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศอีกด้วย

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาที่ศาลวางหลักที่เกี่ยวกับการบอกถอนความยินยอมไว้ ซึ่งหลักกฎหมายดังกล่าวมีอิทธิพลถึง 7 มลรัฐ (Alaska, California, Connecticut, Kansas, Maine, South Dakota และ Illinois) ที่ศาลแต่ละมลรัฐนั้นนำมาปรับใช้ เช่น แนวคำพิพากษาคดีที่เกี่ยวกับการบอกถอนความยินยอมขณะประเวณีระหว่าง People V. John ที่ฝ่ายหญิงได้มีการบอกถอนความยินยอมแต่ฝ่ายชายกลับดำเนินการร่วมประเวณีนั้นต่อโดยชื่นใจฝ่ายหญิง ศาลจึงได้ตัดสินว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเราโดยในรัฐแคลิฟอร์เนียได้ให้คำนิยาม “การข่มขืนกระทำชำเรา” ว่า คือการกระทำที่เกี่ยวกับการร่วมประเวณีโดยมีลักษณะเป็นการใช้กำลัง ความรุนแรง การกดดัน การคุกคาม หรือการก่อให้เกิดความกลัวจนถึงขนาดว่าทันใดนั้นจะเกิดอันตรายต่อร่างกายต่อผู้นั้นหรือผู้อื่น โดยการทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียงหรือทรัพย์สินของผู้ถูกข่มขืนใจหรือของผู้นั้นเอง อย่างไรก็ตาม รัฐแคลิฟอร์เนียซึ่งเป็น 1 ใน 7 รัฐ ที่ศาลได้ขยายหลักนิยามของการข่มขืนกระทำชำเราโดยการตีความที่รวมถึงการบอกถอนความยินยอมในภายหลังหรือในระหว่างร่วมประเวณี โดยคดีดังกล่าวได้ทำให้รัฐอิลลินอยส์ได้นำหลักการไปปรับใช้ภายหลัง อีกทั้งยังมีบางรัฐที่ได้นำหลักปรับการตีความนี้ไปใช้โดยพยายามผ่อนหลักในกรณีการผ่อนเวลาสำหรับให้โอกาสฝ่ายชายในการยุติการสอดใส่ภายหลังที่ได้มีการบอกถอนความยินยอม ซึ่งเรียกว่าเวลาที่สมเหตุสมผล (Reasonable Time)

4.4 วิเคราะห์เหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดให้การลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

การที่รัฐจะตรากฎหมายใดขึ้นใช้บังคับแก่ประชาชนนั้นจำเป็นที่รัฐจะต้องคำนึงถึงเหตุผลและความจำเป็นของการบัญญัติให้มีกฎหมายดังกล่าวเสียก่อน กล่าวคือ รัฐจะต้องสร้างสมดุลระหว่างการรักษาความสงบเรียบร้อยของรัฐกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยพิจารณาว่าการบัญญัติกฎหมายเช่นนั้นแม้จะทำให้รัฐอยู่ในความสงบเรียบร้อยแต่จะต้องมีได้มีลักษณะเป็นสร้างภาระให้แก่ประชาชนอันเป็นการลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การตรากฎหมายของรัฐไว้ว่า “รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง”

หลักการกำหนดความผิดอาญาต้องคำนึงถึงหลักประกันในกฎหมายอาญาเสมอโดยกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้นที่สามารถกำหนดให้การกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นความผิด และกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้นที่สามารถกำหนดโทษสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งโดยเฉพาะ เมื่อการลงโทษทาง

อาญาถือว่าเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายอาญา ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเพื่อคุ้มครองและเกิดความเป็นธรรมแก่ประชาชน
อนึ่ง การกำหนดโทษทางอาญาควรเป็นไปตามหลักความยุติธรรมให้ได้สัดส่วนความร้ายแรงของความผิดด้วย
โดยการพิจารณาความร้ายแรงของความผิดอาญานอกเหนือจากการคำนึงถึงหลักการทางวิชาการแล้ว ยังต้อง
คำนึงถึงความสำนึกทางศีลธรรมของสมาชิกในสังคมในช่วงเวลานั้น ๆ ประกอบด้วย เพราะประสิทธิภาพใน
การบังคับใช้กฎหมายอาญาอย่างขึ้นอยู่กับความสำนึกในทางศีลธรรมของบุคคลในสังคมซึ่งมีความเปลี่ยนแปลง
แบบพลวัตและตามกาลเวลา²¹⁸

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศประเภทหนึ่งที่กำหนดให้กระทำชำเราที่
ปราศจากความยินยอมและความสมัครใจของบุคคลอื่นเป็นความผิดอาญา ความยินยอมของผู้เสียหายจึงเป็น
ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานดังกล่าว สำหรับการกระทำชำเราที่ได้รับความ
ยินยอมของผู้ที่เกี่ยวข้องนั้นไม่เป็นการกระทำความผิด แต่ผู้ให้ความยินยอมจะมีความสามารถในการให้ความ
ยินยอมและมีความเป็นอิสระในการตัดสินใจขณะให้ความยินยอม และมีอิสระที่จะบอกถอนความยินยอมเสีย
เมื่อใดก็ได้ การที่ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติกำหนดความรับผิดของผู้ฝ่าฝืนการบอกถอนความ
ยินยอมโดยการถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีให้มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เป็นปัญหา
ทางกฎหมายเกี่ยวกับการไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิในการที่จะบอกถอนความยินยอมในการกระทำทางเพศ
ของบุคคล ซึ่งส่งผลกระทบต่อเสรีภาพทางเพศอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ

การพิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นมีความยินยอมของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบ
ความผิดภายนอกในการปฏิเสธการครอบครองประกอบของความผิดฐานนี้ ปัญหาการพิจารณาคดีในชั้นศาล
นอกจากที่ศาลจะต้องวินิจฉัยถึงการครอบครองประกอบของความผิดฐานนี้แล้วในบางคดีศาลจำต้องพิเคราะห์ให้
ลึกลงไปถึงความยินยอมของผู้เสียหายว่าความยินยอมนั้นเป็นความยินยอมที่แท้จริงของผู้เสียหายหรือไม่หรือ
เป็นการจำยอมตามสถานการณ์ที่บังคับให้ต้องจำยอม โดยสถานการณ์นี้อาจเกิดจากการกระทำของผู้กระทำ
เอง โดยพฤติการณ์ที่บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ที่เป็นการพิจารณาถึงการกระทำที่
ผู้เสียหายไม่ยินยอมดังได้กล่าวมา หรืออาจเป็นพฤติการณ์จากผู้เสียหายเองก็แล้วแต่ข้อเท็จจริงในแต่ละคดี ใน
บางกรณีผู้ศึกษาเห็นว่ามีความยินยอมโดยการจำยอมซึ่งความจำยอมนี้ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นความยินยอมที่
แท้จริงของผู้เสียหาย แม้ไม่ถึงขนาดที่ผู้เสียหายต้องจำยอมแต่การจำยอมนั้นได้มาซึ่งการที่ผู้กระทำได้กระทำ
ชำเราโดยผู้เสียหายไม่ได้ต้องการร่วมประเวณีด้วยแล้วนั้นจึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมที่แท้จริงของ
ผู้เสียหายซึ่งจะต้องถือเป็นการกระทำที่ครอบครองประกอบของความผิดฐานนี้

ปัญหาการบอกถอนความยินยอมภายหลังการร่วมประเวณีโดยเฉพาะในระหว่างการร่วมประเวณี
นั้นเป็นปัญหาที่อาจส่งผลกระทบต่อข้อกำหนดให้พฤติกรรมใดเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ จึง
จำเป็นอย่างยิ่งที่กฎหมายอาญาจะต้องบัญญัติขอบเขตที่เหมาะสมของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น
ภายหลังผู้เสียหายได้บอกถอนความยินยอมไว้อย่างชัดเจนเพื่อป้องกันการอาศัยความยินยอมที่ให้ไว้ในตอน

²¹⁸ อัจฉริยา ชุตินันท์ (เชิงอรรด 17).

แรกของผู้ให้ความยินยอมในการกระทำซ้ำเราผู้เสียหายต่อไปโดยไม่ยุติตามเจตนาของผู้ออกถอนความยินยอม แต่อย่างไรก็ตาม ท่านอาจารย์ ดร. สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้ให้ข้อคิดเห็นทางวิชาการในประเด็นนี้ไว้ว่า เนื่องจากการลักลอบถอดดุษงยางอนามัยมีลักษณะเป็นพฤติกรรมที่ผู้กระทำฝ่าฝืนเงื่อนไขแห่งความยินยอมที่ผู้เสียหายได้ให้ไว้แต่ต้น ซึ่งหมายความว่าแต่เดิมผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมในการร่วมร่วมประเวณีแล้ว เพียงแต่ว่าความยินยอมนั้นเป็นความยินยอมที่มีเงื่อนไขให้ผู้กระทำต้องสวมดุษงยางอนามัยระหว่างการร่วมประเวณีและผู้กระทำได้กระทำการฝ่าฝืนเงื่อนไขนั้นเท่านั้น เมื่อเปรียบเทียบกับความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราที่ผู้เสียหายไม่เคยให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีเลย ผู้กระทำผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราย่อมมีเจตนาที่ชั่วร้ายในตัวเองมากกว่าเจตนาชั่วร้ายของผู้ที่มีพฤติกรรมลักลอบถอดดุษงยางอนามัย จึงไม่สมควรที่จะกำหนดให้พฤติกรรมลักลอบถอดดุษงยางอนามัยเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเรา เนื่องจากจะมีลักษณะเป็นการกำหนดโทษที่ไม่ได้สัดส่วนกับการทำความผิด ประกอบกับกรณีดังกล่าวผู้ถูกกระทำยินยอมมีเพศสัมพันธ์ตั้งแต่แรก ย่อมเท่ากับว่าผู้ถูกกระทำสมัครใจเข้าเสี่ยงรับภัยที่เกิดจากการมีเพศสัมพันธ์เอง แม้ต่อมาผู้กระทำปฏิบัติผิดเงื่อนไขของความยินยอมนั้น โทษที่ผู้กระทำจะได้รับก็สมควรหนักไปกว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราซึ่งผู้ถูกกระทำมิได้ให้ความยินยอมมาแต่ต้น ในขณะที่ผู้ศึกษาเห็นว่ากฎหมายอาญาควรบัญญัติให้ขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราไปถึงกรณี “การลักลอบถอดดุษงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณี” ไว้ในความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราผู้อื่นด้วย เนื่องจากการพฤติกรรมการลักลอบถอดดุษงยางอนามัยนั้นเป็นการปฏิบัติผิดเงื่อนไขของความยินยอมร่วมประเวณี ซึ่งมีผลทำให้ความยินยอมนั้นถูกถอนไปโดยปริยาย จึงเท่ากับว่าผู้ถูกกระทำมิได้ให้ความยินยอม และการร่วมประเวณีโดยปราศจากความยินยอมของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้นย่อมมีลักษณะเป็นการข่มขืนกระทำซ้ำเราแล้ว จะกล่าวว่าการที่ผู้ถูกกระทำยินยอมมีเพศสัมพันธ์นั้นเป็นกรณีที่ผู้ถูกกระทำสมัครใจเข้าเสี่ยงภัยเองย่อมเป็นการไม่ถูกต้องตามหลักของการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลอันเป็นเจตนาของกฎหมายอาญา

ผู้ศึกษาจึงเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติที่กำหนดให้การลักลอบถอดดุษงยางอนามัยเป็นความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศตามแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศอังกฤษ และหลักกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 276/1 วรรคหนึ่งว่า “ในกรณีที่การร่วมประเวณีด้วยความสมัครใจเป็นไปโดยมีเงื่อนไขให้ผู้ร่วมประเวณีฝ่ายที่เป็นชายต้องสวมดุษงยางอนามัยตลอดเวลากระหว่างร่วมประเวณี หากมีการฝ่าฝืนเงื่อนไขดังกล่าว หรือมีการลักลอบถอดดุษงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณี หรือจงใจทำให้ดุษงยางอนามัยมีรูรั่วหรือฉีกขาด ผู้กระทำมีความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสามแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

4.5 วิเคราะห์เหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดให้เพิ่มเติมโทษกรณีการลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีนั้น ส่งผลกระทบต่อสุขอนามัย อนามัยเจริญพันธุ์ของผู้ถูกระทำ หรือทำให้ผู้ถูกระทำติดโรคทางเพศสัมพันธ์หรือตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์

การพิจารณาว่าการกระทำใดควรที่จะเป็นความผิดอาญาหรือไม่นั้น นอกจากจะพิจารณาจากกฎหมายภายในของแต่ละประเทศแล้วยังจะต้องพิจารณาจากสภาพธรรมชาติของการกระทำความผิดและหรือพิจารณาจากระดับของความร้ายแรงของโทษอาญาที่บุคคลที่เกี่ยวข้องจะได้รับด้วย²¹⁹

แนวคิดและหลักการลงโทษทางอาญามีขึ้นก็เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและประกันผลประโยชน์ของการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม เมื่อพิจารณาในแต่ละฐานความผิดในประมวลกฎหมายอาญาย่อมมีบทลงโทษที่มีความรุนแรงแตกต่างกันไปซึ่งขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของการกระทำหรือผลของการกระทำ ดังนั้นสัดส่วนของโทษจึงมีความเกี่ยวข้องกับเหตุฉกรรจ์หรือพฤติการณ์ของการกระทำที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น อนึ่ง นักนิติศาสตร์ไทยศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ได้อธิบายความของ “เหตุฉกรรจ์” ว่าหมายถึงเหตุที่ทำให้รับโทษหนักขึ้น อนึ่งแนวความคิดในการรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุฉกรรจ์เป็นแนวคิดในการรับโทษหนักขึ้นตามพฤติการณ์หรือเหตุฉกรรจ์ เหตุฉกรรจ์จึงไม่ใช่บทเพิ่มโทษแต่เป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นจากบทบัญญัติพื้นฐาน ซึ่งแนวคิดนี้ความหนักเบาของโทษจะกำหนดตามความร้ายแรงของอันตรายของการกระทำความผิด อันเป็นแนวคิดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้แค้น ช่มชู้และเพื่อยับยั้งอาชญากรรมอันเป็นการตอบแทนความร้ายแรงของการกระทำความผิดตามแนวคิดของสำนักอาชญาวิทยาตั้งเดิม (Classical School of Criminology) อย่างไรก็ดี แม้ปัจจุบันการลงโทษจะมุ่งไปแนวทางเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าความรู้สึกของคนส่วนใหญ่ในสังคมต้องการให้อาชญากรได้รับโทษหนักเท่ากับความร้ายแรงของอาชญากรรมกฎหมายจึงไม่อาจจะเลยวัตถุประสงค์ของการแก้แค้น และการช่มชู้เพื่อยับยั้งและป้องกันอาชญากรรมลงได้โดยจะใช้มาตรการต่าง ๆ ควบคู่กันไปอย่างเหมาะสม ประกอบกับในสภาวการณ์ของสังคมไทยปัจจุบัน สถิติการก่ออาชญากรรมมีแนวโน้มสูงขึ้นและทวีความรุนแรงในรูปแบบที่หลากหลายมากขึ้น จึงมีความจำเป็นที่ประมวลกฎหมายอาญาของไทยจะต้องกำหนดให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุฉกรรจ์ อันเป็นแนวคิดหลักของกฎหมายอาญาอันเป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบเรียบร้อยและหลักประกันการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม²²⁰

บทบาทของถุงยางอนามัย มีความสำคัญในการป้องกันโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ โดยทำหน้าที่เป็นเกราะป้องกันระหว่างการใช้เพศสัมพันธ์ ผนวกด้วยของถุงยางอนามัยที่ทำมาจากลาเท็กซ์ หรือโพลียูรีเทนเหล่านี้ สามารถป้องกันไม่ให้สัมผัสกับสารคัดหลั่งในร่างกาย เช่น น้ำอสุจิ น้ำหล่อลื่นในช่องคลอด ซึ่งสามารถนำพาเชื้อโรคที่ก่อให้เกิดโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ได้ ด้วยการใช้อย่างถูกต้องทุกครั้งที่มีเพศสัมพันธ์ จะช่วยลดความเสี่ยงในการแพร่เชื้อทางเพศสัมพันธ์ ไวรัสเอชไอวี หนองในแท้ หนองในเทียม โรค

²¹⁹ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, ‘หลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญาตามกฎหมายต่างประเทศ’ (เมษายน - มิถุนายน 2564) 2 บทบัณฑิตย, 77.

²²⁰ อัจฉริยา ชูตินันท์ (เชิงอรรด 17).

ซิฟิลิส และโรคเริมที่อวัยวะเพศได้อย่างมาก นอกจากนี้ บทบาทของถุงยางอนามัยยังช่วยป้องกันการตั้งครรภ์โดยไม่ตั้งใจได้อีกด้วย อีกทั้งถุงยางอนามัยยังเข้าถึงได้ง่าย ราคาไม่แพง และไม่จำเป็นต้องมีใบสั่งยาถึงจะซื้อมาใช้งานได้ จึงเป็นเครื่องมือที่สะดวก และมีประสิทธิภาพในการส่งเสริมสุขภาพทางเพศสำหรับทุกเพศ²²¹

ความผิดฐานการข่มขืนกระทำชำเราเนื่องจากการลักลอบถอดถุงยางอนามัยนั้นส่งผลกระทบต่อสุขอนามัย อนามัยเจริญพันธุ์ของผู้ถูกระทำ หรือทำให้ผู้ถูกระทำติดโรคทางเพศสัมพันธ์หรือตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์นั้นมีที่มาจากหลักแนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิในอนามัยและร่างกายของบุคคล โดยจากการศึกษาปัจจัยทางสรีระ ทางสังคม และความไม่เท่าเทียมทางเพศในสังคมไทยปัจจุบันในเบื้องต้น พบว่า สังคมไทยยังมีค่านิยมเกี่ยวกับความเป็นใหญ่ของเพศชาย โดยเฉพาะยังคงแฝงอยู่ในเรื่องของเพศสัมพันธ์ในครอบครัว เช่น การมีเพศสัมพันธ์มักเกิดจากความต้องการของฝ่ายชายเป็นหลัก ฝ่ายหญิงต้องตอบสนองความต้องการทางเพศของฝ่ายชายแม้ไม่เต็มใจ และเพศหญิงมีมุมมองเรื่องการมีเพศสัมพันธ์ว่าเป็นหน้าที่ของภรรยาต่อสามีส่งผลทำให้เพศหญิงมีโอกาสเสี่ยงต่อการติดโรคทางเพศสัมพันธ์จากเพศชายที่เป็นสามีของตน นอกจากนี้จากสถิติทางการแพทย์และการสาธารณสุขของไทยยังพบว่าผู้ติดเชื้อเพศชายเป็นผู้นำในการมีกิจกรรมทางเพศ เป็นผู้ควบคุมและตัดสินใจว่าเพศสัมพันธ์จะมีความปลอดภัยหรือไม่ปลอดภัยด้วยการเลือกว่าจะป้องกันโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์รวมถึงความเสี่ยงในการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์หรือไม่ กล่าวคือ เพศชายมักเป็นฝ่ายเลือกว่าจะสวมถุงยางอนามัยหรือกระทั่งถอดถุงยางอนามัยกลางคันในขณะที่มีกิจกรรมทางเพศหรือไม่ ทำให้เพศหญิงอยู่ในสถานะที่ไม่อาจป้องกันตนเองจากโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์และการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ได้ การที่ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติเพิ่มโทษกรณีความผิดฐานการข่มขืนกระทำชำเราเนื่องจากบอกลอนความยินยอมโดยการถอดถุงยางอนามัยนั้นจึงส่งผลกระทบต่อสุขอนามัย อนามัยเจริญพันธุ์ของผู้ถูกระทำทางเพศ และเป็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิในอนามัยและร่างกายของบุคคลที่สมควรจะต้องมีการปรับปรุงแก้ไขต่อไป

อย่างไรก็ตาม ในประเด็นการกำหนดเพิ่มเติมโทษกรณีการลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีนั้นเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำติดโรคทางเพศสัมพันธ์หรือตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์นี้ ท่านอาจารย์ ดร. สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ได้ให้ข้อคิดเห็นทางวิชาการในประเด็นนี้ไว้ว่าการกำหนดให้การลักลอบถอดถุงยางอนามัยที่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำติดโรคทางเพศสัมพันธ์หรือตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์นั้นเป็นเหตุฉกรรจ์ที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ทวินั้น เป็นการกำหนดโทษที่ไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด เนื่องจากกรณีดังกล่าวปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้เสียหายยินยอมร่วมประเวณีมาตั้งแต่ต้นยอมเท่ากับว่าผู้ถูกระทำสมัครใจเข้าเสี่ยงรับภัยที่เกิดจากการมีเพศสัมพันธ์เอง แม้อต่อมาผู้กระทำปฏิบัติผิดเงื่อนไขของความยินยอมนั้น โทษที่ผู้กระทำจะได้รับก็ไม่ควรหนักไปกว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งผู้ถูกระทำมิได้ให้ความยินยอมมาแต่ต้น เมื่อโทษที่จะกำหนดแก่

²²¹ LOVE FOUNDATION, ‘การป้องกันเอชไอวี (HIV) บทบาทของถุงยางอนามัยในการป้องกัน’ (LOVE FOUNDATION, 26 พฤษภาคม 2566) <<https://lovefoundation.or.th/บทบาทของถุงยางอนามัย/>> สืบค้นเมื่อ 30 พฤษภาคม 2566.

พฤติกรรมการลักลอบถอดถุงยางอนามัยไม่ควรจะเท่ากับโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว โทษที่จะกำหนดแก่ความเสียหายที่เป็นผลมาจากพฤติกรรมการลักลอบถอดถุงยางอนามัยซึ่งมีความร้ายแรงหรือความชั่วในตัวเองไม่เท่ากับพฤติกรรมการข่มขืนกระทำชำเรานั้น ก็ไม่สมควรจะหนักหรือมากเกินไปกว่าโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จึงไม่ควรกำหนดให้เป็นเหตุจรรยาหรือเหตุเพิ่มเติมโทษตามมาตรา 277 ทวิ แต่ควรนำมาบัญญัติไว้เป็นอีกมาตราหนึ่งแยกต่างหาก ในขณะที่ผู้ศึกษาเห็นว่าพฤติกรรมการลักลอบถอดถุงยางอนามัยที่ผลจากการลักลอบนั้นเป็นเหตุให้กระทบต่อสุขอนามัย อนามัยเจริญพันธุ์ของผู้ถูกระทำ หรือทำให้ผู้ถูกระทำติดโรคทางเพศสัมพันธ์หรือตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ นั้น มีลักษณะเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อตัวผู้ถูกระทำ เนื่องจากผู้ถูกระทำที่ต้องติดโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ โดยที่โรคนั้นอาจเป็นโรคเรื้อรังร้ายแรงและไม่มีทางรักษาให้หายขาดได้นั้น ย่อมได้รับความกระทบเทือนต่อทั้งร่างกายและจิตใจ รวมถึงกระทบต่อสภาพความเป็นอยู่และการดำรงชีวิตประจำวันเป็นอย่างมาก นอกจากนี้ ผู้ถูกระทำอาจถูกสังคมตีตรา ตั้งข้อรังเกียจ หรือกระทั่งสูญเสียงานที่เป็นแหล่งรายได้ในการหาเลี้ยงชีพอันเนื่องมาจากการติดโรคนั้นได้ และในกรณีที่ผู้ถูกระทำตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ หากมีอายุครรภ์ที่สามารถเข้ารับการทำแท้งโดยถูกกฎหมายได้ก็ย่อมหมายถึงความเสี่ยงในสุขอนามัย อนามัยเจริญพันธุ์ กระทั่งเสี่ยงต่อการสูญเสียชีวิตของผู้ถูกระทำเอง แต่หากมีอายุครรภ์เกินกว่าที่กฎหมายกำหนดให้สามารถเข้ารับการทำแท้งโดยแพทย์ได้ ก็ย่อมหมายถึงภาระในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรต่อไปเป็นเวลาไม่ต่ำกว่ายี่สิบปีตามกฎหมาย ซึ่งรวมถึงค่าใช้จ่ายการให้การศึกษาแก่บุตรตามกฎหมายด้วย และเมื่อมองไปถึงสวัสดิภาพของบุตรผู้เยาว์ที่ต้องเติบโตมาโดยปราศจากบิดาประกอบด้วยแล้วก็ย่อมต้องคาดหมายถึงปัญหาความรักความอบอุ่นในครอบครัวอันจะนำไปสู่ปัญหาอาชญากรรมที่ส่งผลกระทบต่อสังคมต่อไปได้ ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากผลร้ายที่ผู้กระทำความผิดได้ก่อให้เกิดแก่ผู้ถูกระทำ ผู้เยาว์ และสังคมโดยรวมแล้ว จึงกล่าวได้ว่าการกำหนดให้พฤติกรรมการลักลอบถอดถุงยางอนามัยที่ผลจากการลักลอบอันเป็นเหตุให้กระทบต่อสุขอนามัย อนามัยเจริญพันธุ์ของผู้ถูกระทำ หรือทำให้ผู้ถูกระทำติดโรคทางเพศสัมพันธ์หรือตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ เป็นความผิดที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นจึงเป็นการกำหนดบทลงโทษที่ได้สัดส่วนกับผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอาญาในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนและรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมแล้ว ผู้ศึกษาจึงได้เสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาโดยเพิ่มเติมบทบัญญัติที่กำหนดให้การลักลอบถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีที่เป็นเหตุให้ผู้เสียหายติดโรคทางเพศสัมพันธ์ หรือตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์นั้น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงสิบห้าปีและปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงสามแสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายจากความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศตามมาตรา 276/1 วรรคหนึ่ง โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 276/1 วรรคสอง ว่า “ในกรณีที่การกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นเหตุให้ผู้เสียหายติดโรคทางเพศสัมพันธ์ หรือตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงสิบห้าปีและปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงสามแสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาหลักความยินยอมตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้นในขณะนี้ไม่มีเพียงหลักที่ได้จากคำพิพากษาของศาลฎีกาที่วางหลักว่า “ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่ในขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดแล้วความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำเป็นความผิดได้”

โดยความยินยอมที่ไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาและเงื่อนไขความสมบูรณ์ของความยินยอมของกฎหมายอาญา พิจารณาได้จาก

1. ระยะเวลาการให้ความยินยอมจะต้องมีอยู่ก่อนหรืออย่างน้อยมีในขณะกระทำและมีอยู่ตลอดการกระทำและต้องแสดงความยินยอมโดยต้องให้แก่ผู้กระทำโดยตรง ซึ่งโดยทั่วไปความยินยอมที่ผู้เสียหายแสดงออกในขณะที่มีการกระทำ หรือแสดงออกก่อนการกระทำแล้วยังคงมีผลอยู่ มิได้บอกถอนเสีย ก่อนการกระทำนั้นจะสิ้นสุดลง

2. ความยินยอมต้องให้แก่ผู้กระทำโดยตรง

3. การให้ความยินยอมต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยสมัครใจปราศจากการทำล้อฉลุล่อลวง ช่มชู้ หรือสำคัญผิด

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 จะต้องพิจารณาองค์ประกอบของความผิดประกอบกับความยินยอมของผู้เสียหาย โดยต้องพิจารณาช่วงเวลาและลักษณะของการให้ความยินยอมไปพร้อม ๆ กัน โดยอาจแบ่งพิจารณาในส่วนของช่วงเวลาการกระทำชำเราในขณะเริ่มต้นภายหลัง ไปจนถึงการดำเนินการกระทำชำเราจนสิ้นสุด อีกทั้งความยินยอมของผู้เสียหายนั้นได้เป็นไปโดยปริยาย โดยการแสดงท่าทาง หรือคำพูด หรือความยินยอมนั้นมีเงื่อนไขใด ๆ หรือไม่ ซึ่งมีผลโดยตรงกับการให้ความยินยอม ดังนั้น การตีความการให้ความยินยอมควรได้รับการขยายความและกำหนดความผิดอาชญาฐานข่มขืนกระทำชำเราให้กว้างมากขึ้นเพื่อให้เท่าทันกับเหตุการณ์ในปัจจุบันและความปลอดภัยด้านจิตใจและอนามัยของผู้เสียหายจากการร่วมประเวณีที่ถูกลักลอบถอดถุงยางอนามัยขณะร่วมประเวณีโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย และทำให้การให้ความยินยอมในครั้งแรกไม่ถูกต้องรวมไปในการดำเนินการใด ๆ ที่ผู้เสียหายจะสามารถแสดงความต้องการยุติการให้ความยินยอมนั้นได้อีกด้วย ดังนั้นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 จึงจำเป็นต้องเพิ่มการตีความลักษณะของการกระทำที่มีเงื่อนไขเข้าร่วมด้วย

การข่มขืนกระทำชำเราถือเป็นการใช้ความรุนแรงทางเพศเป็นหนึ่งในการละเมิดสิทธิทางมนุษยชน เป็นการลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และส่งผลกระทบต่อพัฒนามนุษย์ ความรุนแรงทางเพศหยั่งรากลึกในทัศนคติของผู้ที่เพิกเฉยต่อการใช้ความรุนแรงในครอบครัว ชุมชนและประเทศ ความรุนแรงทางเพศเป็นสาเหตุที่ทำให้ผู้ถูกกระทำรุนแรงทางเพศได้รับผลกระทบร้ายแรงไม่ว่าจะทางร่างกายและจิตใจ ดังนั้นรัฐจึงควรให้

ความสำคัญในเรื่องการยับยั้งป้องกันและการกำหนดโทษที่ชัดเจนสำหรับการกระทำความผิดทางเพศ โดยเฉพาะเรื่องการป้องกันความรุนแรงที่เกิดขึ้นกับบุคคลในทุกเพศและวัย ซึ่งประเด็นการลักลอบถอดถุงยางอนามัยในระหว่างการร่วมประเวณีที่ไม่ได้รับความยินยอมนั้นนับเป็นอีกหนึ่งประเด็นที่ยังไม่ได้รับความสนใจในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมาย เนื่องจากโดยปกติแล้วจะเข้าใจกันว่าเมื่อตกลงยินยอมร่วมประเวณีแล้วจะมีความเข้าใจว่าการร่วมประเวณีดังกล่าวถือได้ว่าได้รับความยินยอมมาแล้วตั้งแต่ต้น แต่ความเป็นจริงแล้วความยินยอมดังกล่าวที่มีเงื่อนไขให้คู่ร่วมประเวณีจะต้องสวมใส่ถุงยางอนามัยตลอดเวลาที่ทำการร่วมประเวณี กล่าวได้ว่าหากระหว่างร่วมประเวณีนั้นได้มีข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไปการร่วมประเวณีนั้นไม่ใช่การร่วมประเวณีที่ได้รับความยินยอม ดังเช่นที่พบในหลักการของกฎหมายการกระทำความผิดทางเพศของประเทศอังกฤษ

ประเด็นปัญหาการลักลอบถอดถุงยางอนามัยขณะร่วมประเวณีเป็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายมาคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายจากการกระทำความผิดดังกล่าว โดยหากมีบทบัญญัติให้ผู้กระทำเช่นนั้นได้รับโทษเช่นเดียวกับการข่มขืนกระทำชำเราอันเป็นไปตามหลักความยินยอมด้วยเหตุว่าการถอดถุงยางอนามัยเป็นการเปลี่ยนเงื่อนไขของการยินยอมร่วมประเวณี ทำให้การยินยอมดังกล่าวมิได้มีอยู่ตลอดในขณะร่วมประเวณี อีกทั้งยังทำให้คู่ร่วมประเวณีดังกล่าวตกเป็นเหยื่อของความรุนแรงไม่ว่าจะเป็นทางกายหรือจิตใจ รวมไปถึงความปลอดภัยในอนาคตอีกด้วยก็จะเป็นการป้องกันและยับยั้งการกระทำความผิดดังกล่าวทั้งยังเป็นการช่วยเหลือบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการลักลอบถอดถุงยางอนามัยให้สามารถเอาผิดกับผู้กระทำได้ เนื่องจากเมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดการกระทำความผิดดังกล่าวย่อมถือเป็นการร่วมประเวณีที่ได้รับความยินยอมที่บทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันไม่ได้บัญญัติให้การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและมิได้มีการกำหนดโทษไว้ในกรณีที่การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นเหตุให้ผู้เสียหายเสี่ยงต่อการติดเชื้อติดต่อทางเพศสัมพันธ์ หรือเสี่ยงต่อการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ ทำให้สิทธิของผู้เสียหายในกรณีนี้ไม่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายไทย

ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ผลักดันให้การลักลอบถอดหรือจงใจทำให้ถุงยางชำรุดหรือฉีกขาดระหว่างมีเพศสัมพันธ์โดยปราศจากความยินยอมของอีกฝ่ายเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยปรากฏในงานเขียนของ Brodsky ว่าเป็นพฤติกรรมดังกล่าวเป็นพฤติกรรมที่ “ใกล้เคียงกับการข่มขืน” (โดยใช้คำว่า “Rape-Adjacent”) และเป็น “การละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิส่วนบุคคลอย่างร้ายแรง” ในขณะที่ประชาชนในรัฐเห็นแย้งและมองว่าการกระทำนี้ไม่ได้เพียงแค่อันตรายใกล้เคียงการข่มขืน แต่นับว่าเป็นการข่มขืนรูปแบบหนึ่ง เพราะแม้ว่าผู้ที่มีเพศสัมพันธ์จะยินยอมมีเพศสัมพันธ์ในตอนแรกก็เป็นไปเพราะรู้และเข้าใจว่าเป็นการมีเพศสัมพันธ์แบบป้องกัน และก็ได้ยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์แบบไร้การป้องกัน การลักลอบถอดถุงยางระหว่างร่วมประเวณีจึงนับเป็นการละเมิดความยินยอมอย่างชัดเจน โดยเหตุผลที่ผู้กระทำผิดมักยกมาอ้างในการลักลอบถอดหรือจงใจทำให้ถุงยางชำรุดหรือฉีกขาดระหว่างมีเพศสัมพันธ์โดยปราศจากความยินยอมของอีกฝ่าย ‘Stealth’ ได้แก่ ถอดถุงยางแล้วให้ความรู้สึกที่ดีกว่า การยับยั้งความตึงเครียดที่จะมีลูก และผูกมัดอีกฝ่ายไม่ให้ออกจากความสัมพันธ์ ซึ่งมัก

นำไปสู่ปัญหาใหญ่ ๆ ที่ตามมาอีกหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นการทารุณทางเพศ ส่งผลกระทบต่อทางจิตใจ ตลอดจนโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์

สำหรับประเด็นโทษสำหรับการลักลอบถอดถุงยางอนามัยขณะร่วมประเวณีนั้นสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีการลงโทษฐานความผิดนี้นับแต่มีการปฏิรูปกฎหมายความผิดอาญาทางเพศเมื่อปี 2016 ที่ระบุเรื่องการยินยอม (Consent) เอาไว้ โดยศาลท้องถิ่นในกรุงเบอร์ลินได้ตัดสินให้ชายชาวเยอรมนีมีความผิดฐานละเมิดทางเพศ ลงโทษจำคุก 8 เดือน แต่ให้รอลงอาญา พร้อมปรับเป็นจำนวนเงิน 3,000 ยูโร จากความเสียหายที่เกิดขึ้น พร้อมกับค่าตรวจสุขภาพของหญิงผู้เสียหายเป็นเงินจำนวน 96 ยูโร จากการที่ชายคนดังกล่าวลักลอบถอดถุงยางอนามัยออกในระหว่างการร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย โดยที่ผู้เสียหายทราบภายหลังที่จำเลยมีการหลั่งอสุจิเข้าไปในร่างกายของเธอว่าจำเลยได้แอบถอดถุงยางอนามัยออกในระหว่างการร่วมประเวณี ซึ่งทำให้ผู้เสียหายเกิดความกังวลเป็นอย่างมากว่าจะติดโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์หรือเกิดการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ขึ้น อย่างไรก็ตามศาลก็ได้พิพากษาให้จำเลยมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายแต่อย่างใด

ประเทศอังกฤษ เป็นประเทศที่มีความชัดเจนในการกำหนดขอบเขตของความยินยอม โดยพระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 มาตรา 79 ได้บัญญัติวางหลักนิยามการล่วงล้ำไว้ในอนุมาตรา 2 ว่า “...Penetration is a continuing act from entry to withdrawal.” หรือ “...การล่วงล้ำ คือ การกระทำนับตั้งแต่มีการล่วงล้ำเข้าไปจนกระทั่งถอนออก...” ซึ่งปรากฏคดีตัวอย่าง คือคดีของ R v Kaitamaki (1985) AC 147 เป็นคดีที่จำเลยกล่าวอ้างว่าจำเลยเชื่อโดยสุจริตว่าโจทก์ได้ให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีแล้ว และได้ร่วมประเวณีกับโจทก์สองครั้ง แต่ในการร่วมประเวณีครั้งที่สองนั้น หลังจากอวัยวะเพศชายของจำเลยได้ล่วงล้ำไปในช่องคลอดของโจทก์แล้วจำเลยได้ทราบภายหลังว่าโจทก์ไม่ยินยอมแต่จำเลยก็ได้หยุดกระทำชำเรา ซึ่งศาลได้พิพากษาว่าการล่วงล้ำเป็นการกระทำที่นับเป็นครั้ง เมื่อจำเลยได้กระทำต่อไปโดยรู้ว่าโจทก์ไม่ยินยอมจำเลยจึงมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ทำให้ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่มีการกำหนดหลักการให้การลักลอบถอดถุงยางอนามัยขณะร่วมประเวณี หรือ Stealthing เป็นการข่มขืนตามกฎหมาย ซึ่งประเด็นปัญหาที่ปรากฏในทางปฏิบัติก็คือกฎหมายของอังกฤษถูกจำกัดด้วยหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอาญาที่ต้องดำเนินไปอย่างถูกต้องเพื่อให้ได้มาซึ่งความเชื่อมั่น หลักฐานต้องเพียงพอ พนักงานอัยการโจทก์จึงต้องต่อสู้คดีเพื่อผู้เสียหาย ในขณะที่ผู้เสียหายต้องมีความยึดหยุ่นทางจิตใจที่จำเป็นสำหรับคดีที่ยืดเยื้อและยาวนานรวมถึงทัศนคติที่อาจมีอคติต่อตัวเหยื่อผู้เสียหายของสมาชิกคณะลูกขุนขึ้นอยู่กับว่าความเชื่อหรือทัศนคติของคณะลูกขุนแต่ละคนที่เกี่ยวกับผู้หญิงและเรื่องเพศเป็นอย่างไร และทัศนคติในการตีความว่าการกระทำเพียงใดจะถือเป็นการข่มขืนและการกระทำเพียงใดที่ไม่ใช่การข่มขืน ทั้งนี้เนื่องจากวิธีพิจารณาความอาญาในระบบคอมมอนลอว์ของอังกฤษมีบทตัดพยานที่เคร่งครัดตามหลักการในระบบกล่าวหา ทั้งยังมีหลักการพิสูจน์ความผิดของจำเลยโดยปราศจากข้อสงสัย หากปรากฏข้อสงสัยแม้เพียงเล็กน้อยต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลยทำให้การพิสูจน์ความผิดของจำเลยกระทำไม่ได้โดยยาก

นอกจากนี้ ประเทศสิงคโปร์ยังได้ประกาศใช้กฎหมายที่กำหนดให้ "การลักลอบ (Stealthing)" หรือการถอดดูงายอนามัยในระหว่างการมีเพศสัมพันธ์โดยไม่อยู่ในความรับรู้หรือยินยอมของบุคคลอื่นเป็นความผิดอาญา โดยกฎหมายดังกล่าวได้เสนอการกำหนดความผิดอาญารูปแบบใหม่ให้การจัดหากิจกรรมทางเพศซึ่งได้ให้ความยินยอมอันเป็นผลจากการหลอกลวงหรือการเป็นเท็จเกี่ยวกับ (a) การใช้หรือลักษณะการใช้ อุปกรณ์ป้องกันทางเพศหรือ (b) โรคติดต่อทางเพศ ในกรณีที่ความยินยอมยังมีอยู่ตามกฎหมาย (เนื่องจากการหลอกลวงไม่เกี่ยวข้องกับลักษณะของการกระทำว่าตู่ประสงค์ของการกระทำ หรือตัวตนของผู้ที่กระทำการนั้น) ความยินยอมที่ได้รับจะลดลงและมีความเสี่ยงภัยอันตรายเกิดขึ้นกับผู้เสียหาย" จึงกล่าวได้ว่าสิงคโปร์เป็นประเทศแรกในเอเชียที่กำหนดให้การลักลอบถอดดูงายอนามัยระหว่างมีเพศสัมพันธ์เป็นความผิดตามกฎหมายอาญา

จากการศึกษาหลักการกำหนดให้พฤติกรรมการลักลอบถอดดูงายอนามัยเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศอังกฤษ และประเทศสิงคโปร์ ทำให้ได้ข้อสรุปว่าประเทศไทยควรใช้รูปแบบการกำหนดความรับผิดทางอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราให้กับพฤติกรรมการลักลอบถอดดูงายอนามัยระหว่างร่วมประเวณีตามหลักการของประเทศอังกฤษ และประเทศสิงคโปร์ ซึ่งเป็นประเทศที่มีความชัดเจนในการวางหลักกฎหมายให้การลักลอบถอดดูงายอนามัยระหว่างร่วมประเวณีเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาอันจะมีผลเป็นการยับยั้งไม่ให้เกิดพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อสังคมส่วนรวมเช่นนี้ และสำหรับประเด็นการเพิ่มเติมโทษในกรณีที่การลักลอบถอดดูงายอนามัยระหว่างร่วมประเวณีนั้นเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำหรือผู้เสียหายติดโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์หรือตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์นั้น เห็นควรบัญญัติเป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ซึ่งแม้ว่าจะไม่พบในหลักการกฎหมายของประเทศที่นำมาศึกษาเปรียบเทียบ แต่เนื่องด้วยพฤติกรรมดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวมอย่างกว้างขวางทั้งในเรื่องของปัญหาสังคมที่เกิดจากการที่บุคคลติดโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์อันส่งผลต่อทั้งสุขอนามัย สุขภาพกายและสุขภาพจิตของผู้เสียหาย หรือกระทั่งกระทบต่องบประมาณด้านการสาธารณสุขของประเทศที่ต้องนำมาใช้ในการดูแลรักษาบุคคลที่เป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ดังกล่าว รวมทั้งปัญหาด้านคุณภาพชีวิตของบุคคลที่เกิดจากการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ด้วย จึงสมควรที่จะมีบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อใช้ข่มขู่ยับยั้งให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวไม่กล้ากระทำการลักลอบถอดดูงายอนามัยระหว่างร่วมประเวณีเพิ่มเติมด้วย

5.2 ข้อเสนอแนะ

5.2.1 แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติที่กำหนดให้การลักลอบถอดดูงายอนามัยเป็นความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศตามแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศอังกฤษ และหลักกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 276/1 วรรคหนึ่ง ว่า "ในกรณีที่การร่วมประเวณีด้วยความสมัครใจเป็นไปโดยมีเงื่อนไขที่ให้ผู้ร่วมประเวณีฝ่ายที่เป็นชายต้องสวมดูงายอนามัยตลอดเวลา ระหว่างร่วมประเวณี หากมีการฝ่าฝืนเงื่อนไขดังกล่าว หรือมีการลักลอบถอดดูงายอนามัย

อนามัยระหว่างร่วมประเวณี หรือจงใจทำให้หญิงอนามัยมีรูรั่วหรือฉีกขาด ผู้กระทำมีความผิดฐาน ประทุษร้ายทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสามแสน บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

5.2.2 แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติที่กำหนดให้การลักลอบ ถอดถุงยางอนามัยระหว่างร่วมประเวณีที่เป็นเหตุให้ผู้เสียหายติดโรคทางเพศสัมพันธ์ หรือตั้งครรภ์ไม่พึง ประสงค์นั้น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงสิบห้าปีและปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงสามแสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายจากความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศตามมาตรา 276/1 วรรคหนึ่ง โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 276/1 วรรคสอง ว่า “ในกรณีที่การกระทำความผิดตามวรรค หนึ่ง เป็นเหตุให้ผู้เสียหายติดโรคทางเพศสัมพันธ์ หรือตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สิบปีถึงสิบห้าปีและปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงสามแสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10, สำนักพิมพ์พลสยามพริ้นตัง 2558).
_____, *คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการดำเนินคดีในชั้นตอนก่อนการพิจารณา*
(พิมพ์ครั้งที่ 7, สำนักพิมพ์พลสยามพริ้นตัง 2553).
- คณิต ฌ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563).
_____, *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 11, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2559).
- คณิง ฤไชย, *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเล่ม 1* (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
2537).
- จริยาภรณ์ พงษ์รัตน์, 'ปัญหาการกำหนดความผิดและบทลงโทษ การกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี'
(วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ 2559).
- จาวรธรรม ก้าวหน้าไกล และดรุณี รุจกรกานต์, 'พฤติกรรมการณ์มีเพศสัมพันธ์ที่ไม่ปลอดภัยกับประสบการณ์
ปฏิเสธการมีเพศสัมพันธ์ที่ไม่ปลอดภัยในคู่สมรสที่ติดเชื้อเอชไอวี/เอดส์' (ตุลาคม - ธันวาคม 2561) 4
วารสารการพยาบาลและการดูแลสุขภาพ
<<https://he01.tci-thaijo.org/index.php/jnat-ned/article/view/165286/119686>>
สืบค้นเมื่อ 18 มีนาคม 2566.
- จิตติ ดิงศภัทย์, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 11, สำนักพิมพ์ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง 2555).
_____, *กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1* (พิมพ์ครั้งที่ 7, สำนักพิมพ์กรุงสยามการพิมพ์ 2525).
_____, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง มาตรา 452*
(พิมพ์ครั้งที่ 4, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2523).
- จุฑารัตน์ เอื้ออำนวยการ, *สังคมวิทยาอาชญากรรม* (สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2551).
- ชาติ ชัยเดชสุริยะ, *มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา*
(สำนักพิมพ์เดือนตุลา 2548).
- ณัฐวรรณ ดวงกลางใต้, 'ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษาขอบเขตการให้ความยินยอมโดยผู้เสียหาย'
(วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
2558).
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง* (พิมพ์ครั้งที่ 35, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2559).
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง* (พิมพ์ครั้งที่ 41, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2562).
- บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความมนุษย์*
(พิมพ์ครั้งที่ 6, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2562).
- ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563).
_____, *คำอธิบายกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ* (สำนักพิมพ์เดือนตุลา 2556).

บรรณานุกรม (ต่อ)

- _____, ‘การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเรื่องเพศ: ความหมายใหม่และโทษใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเรา’ (The101.world, 19 กรกฎาคม 2562)
<<https://www.the101.world/rape-in-thai-law/>> สืบค้นเมื่อ 20 เมษายน 2566.
- _____, ‘การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเรื่องเพศ: เมื่อคดีข่มขืนยอมความไม่ได้อีก ต่อไป’ (The101.world, 22 สิงหาคม 2562) <<https://www.the101.world/rape-in-thai-law-2/>> สืบค้นเมื่อ 22 เมษายน 2566.
- ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลาภมิควรได้* (สำนักพิมพ์มีสมบัติ 2548).
- พจน์ ปุษปาคม, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2515).
- พิชัยศักดิ์ หรยางกูร และนริศรา แดงไผ่, ‘หน่วยที่ 3 หลักความยินยอม’ ใน *ประมวลสาระชุดวิชา 40701 กฎหมายแพ่งลักษณะสัญญาและลักษณะละเมิดและลักษณะหุ้นส่วนบริษัทชั้นสูง* (pdf, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช 2560).
- เพ็ง เพ็งนิตติ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด* (พิมพ์ครั้งที่ 8, สำนักพิมพ์จักรีราชการพิมพ์ 2550).
- ไพโรจน์ ตินชาติอารักษ์ และบุษรินทร์ หลวงประสาร, ‘แนวทางการช่วยเหลือผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมและผู้ไม่ได้รับความเป็นธรรมแบบบูรณาการ ยุติธรรมใส่ใจ (Justice Care)’ (เมษายน 2562) 12 วารสารกระบวนการยุติธรรม.
- ภัทรวรรณ ทองใหญ่, *อาญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2553).
- รณกรณ์ บุญมี, ‘ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหลังการกระทำชำเราด้วยความยินยอม’ (2553) 4 วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วิชาญ เครือรัตน์, *ความเสมอภาคทางสิทธิมนุษยชนกับสิทธิการได้รับค่าตอบแทนของผู้เสียหายในคดีอาญา* (pdf, ศูนย์ฝึกอบรมตำรวจภูธรภาค 8 มปป.).
- ศักดิ์ สนองชาติ, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดชอบทางละเมิด* (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์นิติบรรณการ 2544).
- ศาลยุติธรรม, ‘อบอุ่น ห่วงใย ให้ความสำคัญแก่ผู้เสียหาย’ (ศาลยุติธรรม, 18 กุมภาพันธ์ 2564)
<<https://www.coj.go.th/th/content/category/detail/id/8/iid/232912>>
สืบค้นเมื่อ 20 เมษายน 2566.
- ศุภรา ศรีปริวาทีน, ‘แนวคิดและหลักการของสิทธิมนุษยชน’ (thaipolitics government)
<<http://www.thaipolitics government.org>> สืบค้นเมื่อ 27 เมษายน 2566.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- สถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม สำนักงานกิจการยุติธรรม, ‘โรคโคร์เด็ก (Pedophilia, paedophilia) สาเหตุการกระทำผิดซ้ำ ๆ ในคดีเพศ’ (สำนักงานกิจการยุติธรรม, 7 ตุลาคม 2563) <<https://justicechannel.org/child/pedophilia>> สืบค้นเมื่อ 27 มิถุนายน 2566.
- สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล, ‘ความผิดเกี่ยวกับเพศศึกษาเปรียบเทียบกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับอนาจาร’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552).
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, *ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับอ้างอิง)* (พิมพ์ครั้งที่ 19, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2562).
- สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, ‘หมายเหตุท้ายฎีกาที่ 3577/2551 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคสอง’ (Lawyerthai) <<http://www.lawyerthai.com/forum2/4794.html>> สืบค้นเมื่อ 25 มีนาคม 2566.
- _____, ‘หลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญาตามกฎหมายต่างประเทศ’ (เมษายน - มิถุนายน 2564) 2 บทบัณฑิตย.
- หยุด แสงอุทัย, ‘การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา’ (2483) 11 บทบัณฑิตย.
- อัจฉริยา ชูตินันท์, ‘หลักการกำหนดความผิดอาญาและหลักการกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย’ (กรกฎาคม - กันยายน 2564) 3 วารสารสุทธิปริทัศน์.
- อัจฉริยา ชูตินันท์, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 4, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563).
- อุทัย อาทิวา, *คู่มือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเล่ม 2 สิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์ วี.เจ.พรีนติ้ง 2559).
- BBC News ไทย, ‘แคลิฟอร์เนียเป็นรัฐแรกที่กำหนดให้การแอบถอดถุงยางโดยคู่นอนไม่ยินยอมผิดกฎหมาย’ (BBC News ไทย, 11 ตุลาคม 2564) <<https://www.bbc.com/thai/international-58867979>> สืบค้นเมื่อ 10 เมษายน 2566.
- LOVE FOUNDATION, ‘การป้องกันเอชไอวี (HIV) บทบาทของถุงยางอนามัยในการป้องกัน’ (LOVE FOUNDATION, 26 พฤษภาคม 2566) <<https://lovefoundation.or.th/บทบาทของถุงยางอนามัย/>> สืบค้นเมื่อ 30 พฤษภาคม 2566.
- Spectrumth, ‘แอบถอดถุงยางขณะมีเซ็กซ์จะผิดกฎหมายแคลิฟอร์เนียแล้ว เพราะ ‘STEALTHING’ คืออาชญากรรมทางเพศที่ผู้เสียหายต้องได้รับการปกป้องทางกฎหมาย’ (Spectrumth, 15 กันยายน 2564) <<https://shorturl.asia/sCZJH>> สืบค้นเมื่อ 10 เมษายน 2566.
- THE MOMENTUM TEAM, ‘แอบถอดก่อนสอดใส่ ศาลสั่งจำคุก-ปรับหนุ่มเยอรมัน ฐานแอบถอดถุงยางออกระหว่างร่วมเพศ’ (THE MOMENTUM TEAM) <<https://themomentum.co/german-jailed-for-condom-stealthing/>> สืบค้นเมื่อ 14 เมษายน 2566.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- Albrecht Classen, *Sexual Violence and Rape in the Middle Ages: A Critical Discourse in Premodern German and European Literature* (Walter de Gruyter 2011).
- Alia Marsha, 'Singapore Is About to Make Stealthing Illegal Ret' (Vice, 15 February 2019) <<http://www.vice.com/en/article/8xy5vb/singapore-is-about-to-make-stealthing-illegal>> สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2566.
- Anthony Hooper, David C. Ormerod and Duncan Atkinson, *Blackstone's Criminal Practice 2012* (Oxford University Press 2012).
- Bernard E. Harcourt, 'The Shaping of Chance: Actuarial Models and Criminal Profiling at the Twenty – First Century' (2003) 1 University of Chicago Law Review.
- Catherine Elliott and Claire de Than, 'The Case for a Rational Reconstruction of Consent in Criminal Law' (2007) 2 Modern Law Review.
- Clare Gunby, Anna Carline and Caryl Beynon, 'Alcohol-related Rape Cases: Barristers Perspectives on the Sexual Offences Act 2003 and Its Impact on Practice' (2010) 6 Journal of Criminal Law.
- Criminal Law: Keyed to Courses Using Dressler's Cases and Materials on Criminal Law* (4th edn, Wolters Kluwer Law & Business 2007).
- Daryl Loy Guo Wei and Joel Soon Jian Wei, 'Fraudulent Sex Criminalisation in Singapore: An Accidental Success' (SMU Lexicon, 13 March 2020) <<https://smulexicon.com/2020/03/13/fraudulent-sex-criminalisation-in-singapore-an-accidental-success/>> สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2566.
- Georgia Aspinnall, 'A British Man Has Been Convicted Of Rape After Removing A Condom During Sex' (Grazia Daily UK) <<https://graziadaily.co.uk/author/georgia-aspinnall/>> สืบค้นเมื่อ 31 มีนาคม 2566.
- J. D. Elvin, 'The Concept of Consent Under The Sexual Offences Act 2003' (2008) 6 Journal of Criminal Law.
- John M. Scheb, *Criminal Law and Procedure* (8th edn, Cengage Learning 2013).
- Lawrence K. Furbish and others, 'MODEL PENAL CODE SEXUAL ASSAULT PROVISION' (Connecticut General Assembly) <<https://cga.ct.gov/PS98/rpt%5Colr%5Chtm/98-R-1535.htm>> สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2566.

บรรณานุกรม (ต่อ)

Legal Information Institute Cornell Law School, 'Model Penal Code (MPC)' (Legal Information Institute Cornell Law School)

<[https://www.law.cornell.edu/wex/model_penal_code_\(mpc\)](https://www.law.cornell.edu/wex/model_penal_code_(mpc))>

สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2566.

_____, 'Regina v Olugboja' (Legal Information Institute Cornell Law School)

<https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/regina_v_olugboja>

สืบค้นเมื่อ 31 มีนาคม 2566.

Library of Congress, 'Germany: Overhaul of Criminal Law Relating to Sexual Offenses' (Library of Congress, 11 April 2016) <<https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2016-04-11/germany-overhaul-of-criminal-law-relating-to-sexual-offenses/>>

สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2566.

Matthew R. Lyon, 'No Means No?: Withdrawal of Consent during Intercourse and the Continuing Evolution of the Definition of Rape' (1973) 1 *The Journal of Criminal Law and Criminology*.

Markus Dubber and Tatjana Hörnle, *Criminal Law: A Comparative Approach* (Oxford University Press 2014).

Nicola Monaghan, *Criminal Law Directions* (Oxford University Press 2012).

Richard Card, *Card, Cross & Jones: Criminal Law* (20th edn, Oxford University Press 2012).

Shawn Boyne, *Prosecutorial Discretion in Germany's Rechtsstaat: Varieties of Practice and the Pursuit of Truth* (University of Wisconsin-Madison 2007).

Sirin Kale, 'Man Convicted of Rape After Removing Condom During Sex Without Consent' (Vice, 12 January 2017) <<https://www.vice.com/en/article/mbqa83/man-convicted-of-rape-after-removing-condom-during-sex-without-consent>>

สืบค้นเมื่อ 31 มีนาคม 2566.

Stefan Kirchner, 'Sexual Abuse of Children Abroad – A German Perspective on the Antalya Case' (2007) 8 *German Law Journal* <<https://shorturl.asia/4kVG3>>

สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2566.

Victor Tadros, 'Rape Without Consent' (2006) 3 *Oxford Journal of Legal Studies* 516

<<https://www.jstor.org/stable/3877007>> สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2566.

บรรณานุกรม (ต่อ)

Wikipedia, 'Council of Europe' (Wikipedia) <<https://de.wikipedia.org/wiki/Europarat>> สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2566.

Wikipedia, 'Vergewaltigung' (Wikipedia) <<https://de.wikipedia.org/wiki/Vergewaltigung>> สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2566.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล ภัทราภา สุธีรชาติ

ประวัติการศึกษา

- พ.ศ. 2556 - ศิลปศาสตรบัณฑิต (รัฐประศาสนศาสตร์) มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์
- พ.ศ. 2562 - นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

ประสบการณ์ทำงาน

- พ.ศ. 2555 - กรรมการผู้จัดการ ห้างหุ้นส่วนจำกัด เอ.ที.พี. ซัพพลาย,
ห้างหุ้นส่วนจำกัด เจ.อาร์ต และห้างหุ้นส่วนจำกัด ซี เคมีคอลส์
- พ.ศ. 2565 - นายความ สำนักงานกฎหมายสุธีรชาติ