

บทที่ 2

แนวคิดและการตีความเกี่ยวกับขอบเขตความยินยอมในกฎหมายอาญา

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

การแก้ไขเพิ่มเติม¹ ครั้งนี้มีข้อสังเกตหลายประการ คือ

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

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้ กระทำโดยใช้ อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับ อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุ ระเบิดหรือโดยร่วม กระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำ กับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษ จำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่สามหมื่นถึงสี่หมื่นบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่ สมรสนั้นยังประสงค์ จะอยู่กันด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อกุมความ ประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ ประสงค์จะอยู่กันด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะขอให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาล แจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องขอให้”

(1) การบัญญัติเอาผิดกับสามีในการข่มขืนกระทำชำเราด้วย การเอาผิดกับสามีในการข่มขืนกระทำชำเราภริยาอันเป็นผลพวงของกระบวนการต่อสู้เพื่อสิทธิสตรี นับว่าเป็นเรื่องใหม่ในกฎหมายไทย

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

(3) ผู้ถูกกระทำไม่จำกัดว่าต้องเป็นหญิงเหมือนเช่นบทบัญญัติของกฎหมายเดิม³ เท่านั้น แต่กฎหมายมุ่งคุ้มครองความแตกต่างในเรื่องเพศ ดังนั้นไม่ว่าจะเป็นเพศหญิงหรือเพศชายก็ตกเป็นผู้ถูกกระทำได้และกฎหมายได้แก้ไขเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายอย่างเท่าเทียม⁴

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

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

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

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุ ระเบิดหรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวาง โทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 250/2510 (ประชุมใหญ่).

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

2.1 แนวคิดในการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นเหยื่ออาชญากรรมในความผิดเกี่ยวกับเพศ

ปัญหาอาชญากรรมในความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นอาชญากรรมที่มีความรุนแรงและส่งผลกระทบโดยตรงต่อเหยื่อผู้เสียหาย ปัจจุบันมีองค์กรต่างๆ ที่ก่อตั้งขึ้นมาภายใต้หลักการ “การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน” (Human Right) เพื่อคุ้มครองสิทธิต่างๆ ของผู้เสียหาย อาทิเช่น องค์กรเพื่อสิทธิเด็ก และสตรี มูลนิธิเพื่อเด็กและสตรี เป็นต้น โดยที่องค์กรต่างๆ เหล่านี้ทั้งภาครัฐและเอกชน ต่างก็เห็นความสำคัญของการมุ่งคุ้มครองสิทธิของประชาชนภายในรัฐในด้านต่างๆ ภายใต้อุดมการณ์และแนวคิดขององค์กรโดยการที่รัฐจึงได้มีการเข้าร่วมในปฎิญญา อนุสัญญา หรือกฎบัตรต่างๆ เพื่อเป็นสมาชิกและนำเอาหลักการของข้อกำหนดในหลักการที่สำคัญในปฎิญญา อนุสัญญา หรือกฎบัตรที่ได้เข้าร่วมนั้นมาออกเป็นกฎหมายภายในประเทศเพื่อคุ้มครองสิทธิด้านต่างๆ ของประชาชนภายในรัฐให้มีสิทธิเช่นเดียวกันอย่างเป็นสากลกับนานาประเทศ ดังจะกล่าวต่อไป

2.1.1 การคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นเหยื่ออาชญากรรมในความผิดเกี่ยวกับเพศ

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

การคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายที่ได้รับการความเสียหายอันเนื่องมาจากการตกเป็นเหยื่อการกระทำความผิดอาญานั้น องค์การสหประชาชาติโดยมติของที่ประชุมสมัชชาใหญ่ที่ 40/34 ได้ประกาศ ปฏิญญาว่าด้วยหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานสำหรับเหยื่ออาชญากรรมและการใช้อำนาจโดยมิชอบ (Declaration of Basic Principle of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power)

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

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

เพื่อกำหนดมาตรฐานในการปฏิบัติต่อผู้เสียหาย นับเป็นครั้งแรกในระดับระหว่างประเทศที่มีการยอมรับสิทธิของผู้เสียหายในกระบวนการยุติธรรม เช่น สิทธิที่จะได้รับการเยียวยา การได้รับการชดเชยค่าเสียหายโดยรัฐ เป็นต้น⁸

ปัจจุบันตามพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544

ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้ได้อธิบายความหมายไว้เป็นการเฉพาะ ดังนี้

“ผู้เสียหาย” หมายความว่า บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายถึงแก่ชีวิตหรือร่างกายหรือจิตใจ

ความผิดที่กระทำต่อผู้เสียหายอันอาจขอรับค่าตอบแทนได้ต้องเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามมาตรา 276 ถึงมาตรา 287

ผู้เสียหายจะได้รับค่าตอบแทน ได้แก่ ค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการรักษาพยาบาล ค่าฟื้นฟูสมรรถภาพทางร่างกายและจิตใจ ค่าตอบแทนในกรณีที่ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย ค่าขาดประโยชน์ทำมาหาได้ในระหว่างที่ไม่สามารถประกอบการทำงานได้ตามปกติ และค่าตอบแทนความเสียหายอื่นตามที่คณะกรรมการเห็นสมควร

คณะกรรมการจะกำหนดให้ผู้เสียหายได้รับค่าตอบแทนเพียงใดหรือไม่ก็ได้ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์และความร้ายแรงของการทำความผิด และสภาพความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ รวมทั้งโอกาสที่ผู้เสียหายจะได้รับการบรรเทาความเสียหายโดยทางอื่นด้วย

กล่าวโดยสรุป รัฐถือเป็นผู้ที่มีอำนาจในการรักษาความปลอดภัยให้กับประชาชนทุกคนภายในรัฐ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นและมีผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดใด ถือได้ว่ารัฐมีความบกพร่องในการรักษาความสงบเรียบร้อยเกิดขึ้น รัฐจึงต้องเป็นหนึ่งที่ต้องเข้ามาเยียวยาและชดเชยความเสียหายแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหาย แม้ว่าการเยียวยาและชดเชยดังกล่าวจะไม่สามารถรักษาบาดแผลด้านจิตใจและร่างกายของผู้เสียหายได้ แต่ก็ก็เป็นสิ่งที่ทำให้รัฐแสดงออกถึงการมีความรับผิดชอบและรับรู้ถึงปัญหาที่เกิดขึ้นและที่สำคัญเมื่อรัฐได้ทราบว่ามิปัญหาอาชญากรรมในลักษณะใดขึ้น รัฐจะได้เร่งหาแนวทางแก้ไขและหาแผนป้องกันปัญหาอาชญากรรมที่อาจเกิดขึ้นในลักษณะเดียวกันนี้ในอนาคต

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

2.1.2 การคุ้มครองผู้เสียหายตามหลักศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ (Principle of Human Dignity)

หลักศักดิ์ศรีนิยมเป็นผลมาจากแนวคิดในทางศาสนาโดยเฉพาะอย่างยิ่งในทางศาสนาคริสต์ นิกายโรมันคาทอลิกที่เห็นว่า หลักเสรีนิยม (principle of autonomy) เป็นแนวคิดที่เคารพความเป็นปรมาตม (most central) ดังนั้นชีวิตมนุษย์จึงเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์และมีคุณค่าอย่างสูงส่งโดยอิสระของการแสดงเจตนาของบุคคลโดยเห็นว่า มนุษย์ที่มีความสามารถสมบูรณ์ย่อมมีอิสระที่จะกระทำการใดด้วยตนเองตราบเท่าที่การกระทำของตนไม่ได้ไปรบกวนหรือแทรกแซงความเป็นผู้กำหนดตนเองของคนอื่น แม้บางกรณีผู้เป็นเจ้าของชีวิตอาจจะถูกจำกัดการใช้สิทธิที่จะกำหนดชะตาชีวิตตนเองได้เช่นกัน เป็นต้นว่า การใช้อำนาจเยี่ยงบุพการี (parens patriae) การใช้อำนาจรัฐ (police power) และแนวคิดเรื่องเสรีนิยมมีสิทธิมนุษยชน (laws on human rights) ได้แทรกอยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วย ผลของหลักเสรีนิยมในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแสดงให้เห็นว่าแม้รัฐจะมีหน้าที่ต้องควบคุมและปราบปรามอาชญากรรม แต่การดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิดบางฐานความผิดต้องขึ้นอยู่กับเจตนาของผู้เสียหายหรือผู้ถูกประทุษร้ายด้วย ดังนั้นในหลายกรณีพนักงานอัยการจะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้ต่อเมื่อผู้เสียหายได้ร้องทุกข์ให้ดำเนินคดีภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย⁹ มนุษย์เป็นภาคจำลองของพระเจ้าที่พระองค์ได้สร้างขึ้นจากความเป็นคุณค่าของความศักดิ์สิทธิ์มิได้ตั้งอยู่บนคุณภาพของความเป็นมนุษย์ หรือข้อบัญญัติของกฎหมาย หรือความสมบูรณ์ของปัจเจก (individual merit) แต่ความศักดิ์สิทธิ์เป็นสิ่งที่มิได้อยู่แล้วเมื่อเกิดมาเป็นมนุษย์ มนุษย์มีคุณภาพที่แตกต่าง (qualitatively different) จากสัตว์โลกอื่น เพราะว่า มนุษย์สามารถเข้าใจและสัมผัสกับพระเจ้าได้คุณสมบัตินี้เป็นพื้นฐานของหลักศีลธรรมในแต่ละศาสนาด้วยเช่นกัน¹⁰

หลักศักดิ์ศรีนิยมเป็นที่มาของแนวคิดทางกฎหมายหลายประการ ดังนี้

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

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

¹⁰ แหล่งเดิม.

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

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

(4) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิดั้งเดิมไม่ใช่สิทธิแปลกใหม่ (Inalienable Right) หมายถึงสิทธิความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิที่ติดตามตัวมนุษย์แต่ละคนมาตั้งแต่กำเนิดไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติรับรองอีกไม่ใช่สิทธิที่เกิดขึ้นเพราะกฎหมายดังนั้นมนุษย์จะละสิทธิในฐานะที่เป็นมนุษย์หรือจะตกลงให้ฝ่าฝืนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ได้ เช่น ตัวอย่างการที่บิดามารดาขายอมขายบุตรให้กับเจ้านั้นนอกจากข้อตกลงดังกล่าวจะไม่มีผลทางกฎหมายแล้วบิดามารดาและเจ้านั้นอาจมีความผิดฐานค้าทาสได้¹¹

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

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

ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 9 สิงหาคม 2528 และมีผลบังคับใช้กับไทยเมื่อวันที่ 8 กันยายน พ.ศ. 2528 โดยตลอดมาจนถึงปัจจุบัน แต่ก็ยังมีข้อสงวนที่ประเทศไทยได้ตั้งไว้เพื่อขอเป็นการยกเว้นไม่ผูกพันตามอนุสัญญานี้ 2 ข้อคือข้อ 16 ในเรื่องความเสมอภาคในด้านครอบครัวและการสมรส และข้อ 29 เรื่องการใช้อำนาจอศาลโลกในการตัดสินกรณีที่มีข้อพิพาท กรณีประเทศไทย เมื่อรัฐได้ให้สัตยาบันว่าจะนำอนุสัญญานี้ มาใช้ ดังนั้นถ้ามีการส่งเสริมสถานภาพสตรีจริง ก็จะมีสิ่งเหล่านี้ในประเทศไทย อาทิเช่น

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

¹¹ แหล่งเดิม.

4) ในการออกกฎหมาย โดยเฉพาะที่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับผู้หญิงต้องให้ผู้หญิงเข้าไปมีส่วนร่วมหรือปรึกษาหารือผู้หญิง เป็นต้น

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

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

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

รัฐภาคีทั้งหลายขอประณามการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ตลอดจนที่จะติดตามนโยบายเกี่ยวกับการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีโดยวิธีที่เหมาะสมทุกประการและไม่ชักช้า และเพื่อให้บรรลุจุดมุ่งหมายนี้ ตลอดจนที่จะ

(ก) บรรจุหลักการของความเสมอภาคของบุรุษและสตรีไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งชาติของตนหรือในบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เหมาะสมอื่นๆ ถ้าหากว่ายังไม่รวมเข้าไว้ในรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติเหล่านั้น และประกันที่จะให้มีการปฏิบัติตามหลักการนี้ โดยทางกฎหมายและวิธีการที่เหมาะสมอื่นๆ

¹³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550.

มาตรา 30 “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครอง ตามกฎหมายเท่าเทียมกันชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน”

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

2.1.4 การคุ้มครองผู้เสียหายตามปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศ¹⁵

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

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

ประเทศไทยเข้าเป็นสมาชิกสมบรูณ์ของสหพันธ์การวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศตั้งแต่ปี พ.ศ. 2520¹⁷โดยปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศนี้ได้กำหนดถึงสิทธิทางเพศของบุคคลไว้

ในเรื่องความมีอำนาจอิสระในการตัดสินใจในการมีเพศสัมพันธ์ อยู่ในเรื่องของ “การสมัครใจมีความสัมพันธ์ทางเพศ” เน้นอนที่สุดการสมัครใจย่อมต้องปราศจากการถูกบังคับขู่เข็ญ ไม่ว่าจะด้วยการกระทำใดๆ อันทำให้บุคคลตกอยู่ภายใต้การที่ต้องตัดสินใจที่ถูกบีบบังคับ หรือการข่มขู่ให้มิให้เพศสัมพันธ์โดยที่ขัดกับความรู้สึกภายในจิตใจ เพราะการร่วมประเวณีโดยไม่สมัครใจย่อมเป็นการร่วมประเวณีที่ปราศจากความยินยอม ฝ่ายที่บังคับขู่เข็ญนั้นต้องได้โทษตามกฎหมาย อาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราหากผู้เสียหายต้องการจะฟ้องร้องคดี สิทธิในปฏิญญาสากลว่าด้วยการวางแผนครอบครัวเป็นอีกสิทธิหนึ่งที่ได้ให้ความสำคัญกับเรื่องเพศและครอบครัว ดังนี้

1) สิทธิทางเพศในปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศ

สหพันธ์การวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศ ดำเนินงานเพื่อส่งเสริมสิทธิทางเพศ และสิทธิอนามัยการเจริญพันธุ์ โดยตระหนักและเชื่อว่าสิทธิทางเพศเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชน ด้วยเหตุนี้ สหพันธ์การวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศจึงเชื่อว่าการมีสิทธิทางเพศเต็มเต็มให้เกิดเสรีภาพ ความเสมอภาค และศักดิ์ศรีของมนุษย์ทุกคนปฏิญญาสหพันธ์การวางแผน

¹⁵ ปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศ.

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

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

กรอบครีวระหว่างประเทศมีรากฐานมาจากข้อตกลงระหว่างประเทศตามอนุสัญญาสหประชาชาติ
ดังนี้

ก. สหพันธ์การวางแผนกรอบครีวระหว่างประเทศตระหนักว่าเพศวิถีเป็นส่วนที่
สำคัญตลอดชั่วชีวิตของมนุษย์

ข. สหพันธ์การวางแผนกรอบครีวระหว่างประเทศสนับสนุนวิสัยทัศน์เพื่อเคารพ
คุ้มครอง และผลักดันสิทธิของทุกคน ในด้านความเป็นอิสระทางเพศ การส่งเสริมสุขภาพทางเพศ
และสิทธิทางเพศ ภายใต้หลักการไม่เลือกปฏิบัติ

ค. สหพันธ์การวางแผนกรอบครีวระหว่างประเทศเชื่อว่า สิ่งที่สำคัญคือ การทำให้
เกิดโครงสร้างการพัฒนาที่ชัดเจน มีความน่าเชื่อถือ และส่งเสริมให้รัฐมีนโยบายและกฎหมายซึ่งให้
หลักประกันว่าทุกคนจะได้รับการคุ้มครองสิทธิเหล่านี้ ตลอดจนส่งเสริมการใช้สิทธิของบุคคลได้
อย่างเต็มที่

2) หลักการของปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนกรอบครีวระหว่างประเทศ

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

ในหลักการข้อที่ 7 “รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องเคารพ คุ้มครอง และเติมเต็มสิทธิทางเพศของ
ประชาชนทุกคน ภาระหน้าที่ในการเติมเต็มสิทธิทางเพศของประชาชนนั้น รัฐจำเป็นต้องประกาศใช้
มาตรการที่เหมาะสมเพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงสิทธิได้อย่างเต็มที่”

3) บทบัญญัติในปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนกรอบครีวระหว่างประเทศ

มาตรา 1 ปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนกรอบครีวระหว่างประเทศบัญญัติว่า “สิทธิใน
ความเสมอภาค สิทธิในการได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมและเสรีภาพที่ปลอดจาก
การเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบด้วยเหตุของเพศเพศวิถี หรือสถานะเพศ

ก. ทุกคนเกิดมามีอิสระ และเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิ และจะต้องได้รับการ
คุ้มครองให้ปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศวิถี เพศ หรือสถานะเพศ

ข. ทุกคนต้องได้รับสิทธิอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่เว้นผู้หนึ่งผู้ใด

ค. ทุกคนต้องได้รับโอกาสในการเลือกและตัดสินใจเกี่ยวกับชีวิตของตนเอง

มาตรา 3 ปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนกรอบครีวระหว่างประเทศบัญญัติว่า “สิทธิใน
ชีวิต เสรีภาพ ความมั่นคงของบุคคลและการมีความชอบธรรมในร่างกายของตน

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

ข. บุคคลใดจะถูกคุกคามหรือเอาชีวิตรอดโดยอ้างว่าเป็นหนทางในการปกป้องชื่อเสียงหรือเกียรติยศของครอบครัวหรือชุมชนไม่ได้

ค. บุคคลใดจะถูกคุกคามหรือเอาชีวิตรอดด้วยเหตุแห่งพฤติกรรมทางเพศของบุคคลนั้นๆ ไม่ได้”

มาตรา 4 ปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศบัญญัติว่า “สิทธิในความเป็นส่วนตัว

ก. ทุกคนมีสิทธิที่จะไม่ถูกแทรกแซงโดยพลการต่อความเป็นส่วนตัว สิทธิในความเป็นส่วนตัวนี้เป็นหลักสำคัญในการใช้ความเป็นอิสระทางเพศ

ข. ทุกคนมีสิทธิในความเป็นอิสระทางเพศและสามารถตัดสินใจเกี่ยวกับเพศวิถีของตนโดยปราศจากการแทรกแซงโดยพลการ

ค. ทุกคนมีสิทธิในการรักษาความลับของข้อมูลในการเข้ารับบริการด้านสุขภาพทางเพศเวชระเบียน รวมถึงการเก็บรักษาข้อมูลเกี่ยวกับสถานการณ์ติดเชื้อเอชไอวี (Human Immunodeficiency Virus, HIV)

นอกจากบทบัญญัติที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วนั้น ในปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศ¹⁸ ก็ได้มีการให้ความหมายในคำศัพท์เฉพาะไว้เพื่อเป็นการอธิบายความหมายของคำที่ได้บัญญัติเพื่อให้เข้าใจอันเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในบทอภิธานศัพท์รายการของการอธิบายความหมายเพิ่มเติมของคำศัพท์เฉพาะ ซึ่งมีได้เป็นที่รู้จักกันโดยคนทั่วไป ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิทางเพศของบุคคลนั้นก็บัญญัติเพิ่มเติมที่สำคัญกับหลักการในการมีสิทธิทางเพศไว้ดังนี้ คือ

กรณีการตัดสินใจในเรื่องส่วนบุคคล (Autonomy) หมายถึง ความสามารถที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับชีวิตและกิจของตน เช่น ความเป็นอิสระของบุคคลในการทำตามเจตจำนงของตน เป็นต้น

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

กรณีความชอบธรรมในร่างกายของตน (Bodily Integrity) คือ สิทธิที่จะไม่ให้ร่างกายของตนหรือของบุคคลใดถูกแทรกแซงโดยรัฐ หรือบุคคลอื่น¹⁹ เห็นได้ว่าปฏิญญาสหพันธการวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศนี้เป็นปฏิญญาที่มุ่งให้รัฐที่เข้าร่วมเป็นสมาชิกสร้างความเชื่อมั่นแก่ประชาชนและส่งเสริมให้เชื่อว่าการมีสิทธิทางเพศเป็นสิ่งเดิมเดิมให้เกิดเสรีภาพ ความเสมอภาค และศักดิ์ศรีของมนุษย์ทุกคนอย่างเท่าเทียมไม่ว่าจะเป็นเพศหญิงหรือชาย ต่างก็มีอิสระในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนเองโดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องการสมัครใจมีความสัมพันธ์ทางเพศดังนั้นการกระทำใดๆ อันทำให้บุคคลตกอยู่ภายใต้การที่ต้องตัดสินใจที่ถูกบีบบังคับ หรือการยอมจำนนให้มีเพศสัมพันธ์โดยที่ขัดกับความรู้สึกภายในจิตใจ เพราะการร่วมประเวณีโดยไม่สมัครใจย่อมเป็นการร่วมประเวณีที่ปราศจากความยินยอม ฝ่ายที่บังคับขู่เข็ญนั้นต้องได้โทษตามกฎหมายอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

ปัจจุบันมีองค์กรเอกชนที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิบุคคลจำนวนมาก ภายใต้แนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชน (Human Right) ซึ่งจัดตั้งขึ้นในลักษณะของมูลนิธิหรือองค์กรพิทักษ์สิทธิเนื่องจากในโลกปัจจุบันเป็นโลกของการติดต่อสื่อสารที่รวดเร็วโดยอาศัยสื่ออิเล็กทรอนิกส์ อินเทอร์เน็ต โทรศัพท์ ในการนำเสนอข่าวที่รวดเร็ว เป็นผลทำให้ประชาชนได้รับข่าวสารที่รวดเร็วและมีความตื่นตัวต่อปัญหาอาชญากรรมที่เกิดขึ้น ดังนั้นในการปฏิบัติงานขององค์กรของรัฐจึงต้องรวดเร็วและมีความเป็นภาวะวิสัย เหตุเพราะประชาชนจับตามองและพร้อมที่จะตรวจสอบตลอดเวลา ทั้งนี้ประชาชนมีสิทธิในการวิพากษ์วิจารณ์ได้โดยเสรี รัฐจึงต้องเข้ามาคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายหรือแม้กระทั่งสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดและรักษาความปลอดภัยของรัฐอย่างจริงจังมากยิ่งขึ้น เพื่อให้ประชาชนดำเนินชีวิตได้อย่างมีความสุข

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

2.2 แนวคิดและหลักการของกฎหมายอาญา

ประเทศไทยใช้กฎหมายแบบประมวลกฎหมาย เรียกว่ามีกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ เป็นประมวลกฎหมายเป็นการบัญญัติขึ้นโดยชอบตามพิธีของการบัญญัติกฎหมาย แบบพิธีการบัญญัติกฎหมายเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญ

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

2.2.1 หลักประกันในกฎหมายอาญา

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

บทบัญญัติดังกล่าวหมายความว่าเฉพาะ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” เท่านั้นที่สามารถกำหนดว่าการกระทำความผิดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำความผิดอาญาได้ (Nullum Crimen Sine Lege) และเฉพาะกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้นที่จะสามารถกำหนดโทษสำหรับการกระทำความผิดการกระทำหนึ่งได้ (Nullum Poena Sine Lege) และทั้งสองประการนี้จะต้องมีอยู่ก่อนแล้วก่อนการกระทำความผิดเกิดขึ้น

การลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนและแน่นอนที่สุดเท่าที่จะทำได้ ซึ่งข้อที่ว่ากฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอนนั้น เป็นผลที่สืบเนื่องมาจากเนื้อหาของบทบัญญัติดังกล่าว

ความคิดที่ให้มีหลักประกันในกฎหมายอาญาเดิมทีเดียวนั้นหาใช่ความคิดในทางกฎหมายอาญาไม่ แต่เป็นความคิดในทางการเมืองที่ต้องการจะจำกัดอำนาจรัฐ ในรัฐธรรมนูญอเมริกัน ค.ศ. 1776 ได้บัญญัติถึงการห้ามออกกฎหมายย้อนหลังเมื่อหลักนิติรัฐ

²⁰ จาก กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 68), โดยคณิต ณ นคร ค, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

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

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

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

2.2.1.1 การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา

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

2.2.1.2 การห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา

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

ข้อห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญาเป็นข้อเรียกร้องให้ต้องมีการบัญญัติที่หนักแน่นที่สุด เช่นเดียวกับข้อเรียกร้องการห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา²² กล่าวคือ การที่จะลงโทษทางอาญาสำหรับการกระทำความผิดใดนั้น ชอบที่จะให้เป็นเรื่องของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นฝ่ายตัดสินใจ เหตุผลอีกประการหนึ่ง คือ หากยอมให้ใช้กฎหมายที่ใกล้เคียง

²¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 3.

²² กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 86). เล่มเดิม.

อย่างยิ่งก็จะกลายเป็นว่าการลงโทษการกระทำใดการกระทำหนึ่งหรือไม่นั้นจะขึ้นอยู่กับความรู้สึกในเรื่องผิดถูกของบุคคลจนเกินขอบเขต ซึ่งในเรื่องของความรู้สึกที่เป็นเรื่องอัตวิสัยนั้น ในทางกฎหมายเป็นเรื่องที่ไม่พึงปรารถนาและเป็นสิ่งที่ต้องหลีกเลี่ยงซึ่งเป็นเหตุผลในทางนโยบายทางอาญา การห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา หมายถึง การห้ามใช้กฎหมายอาญาที่เกินเลยขอบเขตของบทบัญญัติที่พึงหาได้จากการตีความกฎหมาย

หลักประกันในกฎหมายอาญาในการห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญาครอบคลุมทุกๆ ส่วนของบทบัญญัติของกฎหมายที่มีเนื้อหาเป็นกฎหมายอาญา ได้แก่

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

ทั้งนี้ไม่รวมถึงเจื่อนใจให้อำนาจดำเนินคดี เช่น ร้องทุกข์ เพราะเป็นเจื่อนใจการให้อำนาจในการดำเนินคดี

2.2.1.3 กฎหมายอาญาต้องเป็นบทบัญญัติที่ชัดเจนแน่นอน

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

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

2.2.1.4 กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง²³

การห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง (nullum crimen sine lege praevia) หมายความว่า ถ้าบุคคลได้กระทำการอย่างใดลงและในขณะที่กระทำการนั้นการกระทำนั้นไม่มีโทษทางอาญา ย่อมไม่อาจจะบัญญัติให้ย้อนหลังว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ต้องรับโทษในทางอาญาได้โดยเด็ดขาด²⁴

เห็นได้ว่า กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีมาตรการรุนแรงในการลงโทษประชาชนที่อยู่ภายในรัฐ มาตรการที่ลงโทษอย่างรุนแรงนี้จึงต้องมีเกณฑ์ที่สำคัญในการควบคุมไม่ให้เกิดการใช้กฎหมายอาญาอย่างอำเภอใจ ซึ่งได้แก่ หลักประกันในกฎหมายอาญา

2.2.2 หลักเกณฑ์การตีความกฎหมาย

การตีความทางกฎหมาย (Legal Interpretation) คือ การค้นหาหรืออธิบายความหมายของถ้อยคำที่ปรากฏในคัมภีร์กฎหมาย โดยอาศัยการใช้เหตุผลตามหลักตรรกวิทยาและสามัญสำนึกให้มีความหมายที่ชัดเจนขึ้น เพื่อที่จะนำกฎหมายนั้นไปใช้บังคับแก่กรณีที่มีปัญหาได้อย่างถูกต้อง และเป็นธรรมข้อสังเกตประการสำคัญของการตีความตามกฎหมาย คือ การตีความกฎหมายไม่ใช่การสร้างหรือบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ แต่เป็นเพียงการให้ความหมายที่ชัดเจนแก่บทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น²⁵

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

การตีความในกฎหมายอาญา นักนิติศาสตร์ไทยได้กล่าวไว้ว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” แต่ในความหมายของการตีความกฎหมายนั้นนักนิติศาสตร์ไทยก็ได้มีความเห็นในการให้ความหมาย อาทิเช่น ท่านศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฅ นครได้ให้ความหมายไว้ว่า การตีความกฎหมาย หมายถึง การทำความเข้าใจความหมายในทางกฎหมายของตัวบทกฎหมาย²⁷

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

²⁴ แหล่งเดิม.

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

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

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

และท่านศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ได้ให้ความหมายไว้ว่า การตีความกฎหมาย หมายถึง แปลความหมาย หากความหมายชัดเจนอยู่แล้วก็ไม่ต้องตีความ²⁸

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำหรืองดเว้นการกระทำใดเป็น ความผิดและกำหนดโทษไว้ ดังนั้น กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด กล่าวคือ ต้องตีความ เฉพาะการกระทำหรืองดเว้นการกระทำเท่าที่ระบุไว้ในกฎหมายเท่านั้น จึงเป็นความผิด ศาลจะ ตีความกฎหมายอาญาในทางขยายความไปเอาผิดกับการกระทำซึ่งไม่เป็นความผิดไม่ได้เช่นเดียวกัน ขณะเดียวกันศาลจะตีความไปเพิ่มโทษผู้กระทำผิดให้รับโทษหนักขึ้นก็ไม่ได้

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

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

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

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

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

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

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

³¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501 (ประชุมใหญ่)

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

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

(1) การตีความตามหลักภาษา

หลักรัฐธรรมนูญและหลักกฎหมายอาญาเกี่ยวกับ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ได้แสดงให้เห็นอย่างมั่นคงและแน่นอนว่าบุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำความผิดที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เท่านั้น จุดเริ่มของการตีความกฎหมายจึงอยู่ที่ถ้อยคำของตัวบทกฎหมาย

การตีความตามหลักภาษา (Grammatische Auslegung) หมายถึง การหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากความหมายของภาษาที่ใช้กันทั่วไป ความหมายของตัวบทกฎหมายย่อมเป็นกรอบของการตีความกฎหมายที่สำคัญที่จะป้องกันมิให้เกิดผลร้ายแก่บุคคล

การตีความตามหลักภาษา (Grammatische Auslegung) มีความยากตรงที่ว่า จะรู้ได้อย่างไรว่าถ้อยคำจะตีความนั้นมีความหมายที่ตรงตามที่ใช้กันทั่วไปและทางกฎหมาย ดังนั้น ผู้ตีความกฎหมายจึงต้องดูด้วยว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้มุ่งประสงค์ให้ถ้อยคำในตัวบทกฎหมายนั้นมีความหมายเป็นพิเศษอย่างไรอย่างหนึ่งหรือไม่

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

(2) การตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบกฎหมาย

การตีความกฎหมาย แม้ผู้ตีความจะต้องถือความหมายในทางกฎหมายเป็นเกณฑ์แต่ผู้ตีความกฎหมายก็ต้องระลึกด้วยว่าภาษากฎหมายเองก็อาจแตกต่างกันได้ซึ่งความแตกต่างนี้ขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมาย กฎหมายอาญาเองก็มีความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบแม้กฎหมายอาญาจะได้ให้ความหมายของคำใดคำหนึ่งไว้ก็ใช่ว่ากรณีจะมีความหมายที่เหมือนกันในทุกฐานความผิด เพราะความผิดแต่ละฐานมีความสัมพันธ์กับนิยามที่แตกต่างกันได้

การตีความกฎหมายตาม “หลักการตีความตามหลักภาษา” เพียงอย่างเดียวอาจไม่เพียงพอที่จะทราบความหมายที่ถูกต้องของกฎหมายได้ ในการตีความกฎหมายจึงต้องเพิ่มเติมด้วยการ

³³ แหล่งเดิม.

ตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมายด้วย กรณีนี้จึงต้องยอมรับกันด้วยว่าในบางระบบกฎหมายเองอาจจะยังขาดความชัดเจน³⁴

(3) การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย

การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย (Historische Auslegung) คือ การหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากประวัติความเป็นมาของตัวบทกฎหมายนั้น

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

(4) การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย

การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย (Teleologische Auslegung / Teleological interpretation)

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

2) วิธีการตีความกฎหมายและการตีความกฎหมายอาญา

ในการตีความกฎหมายผู้ตีความชอบที่จะใช้การผสมผสานตามหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายตามหลักเกณฑ์การตีความกฎหมาย โดยถือเอาการตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย เป็นแกนนำ ส่วนหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอื่นๆ นั้นเป็นเพียงปัจจัยที่จะนำไปเข้าไปใกล้กับความหมายที่แท้จริงของตัวบทกฎหมายเท่านั้น ในการตีความกฎหมายอาญาผู้ตีความก็ต้องปฏิบัติทำนองเดียวกัน เดิมแล้วการตีความกฎหมายอาญานักนิติศาสตร์ตีความโดยขยายความเป็นวิธีการที่ต้องห้าม แต่การตีความโดยจำกัดความกระทำได้โดยให้เหตุผลว่ากฎหมายอาญาเป็น

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

³⁵ แหล่งเดิม.

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

³⁷ แหล่งเดิม.

กฎหมายที่เป็นผลร้ายก่อภาระที่หนักแก่บุคคลและเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นข้อยกเว้น แต่ปัจจุบันนักนิติศาสตร์ไม่เห็นด้วยอีกต่อไปแล้ว เพราะในเรื่องของการตีความกฎหมายนั้นไม่มีการตีความอย่างอื่นนอกจากการตีความที่ถูกต้อง

การใช้กฎหมายอาญาต้องอยู่ในกรอบหรือขอบเขตของความหมายของตัวบทกฎหมาย หากใช้กฎหมายอาญาเกินเลยกรอบหรือขอบเขตของความหมายในตัวบทกฎหมายแล้วก็ไม่ใช่ว่าการตีความกฎหมายอาญา แต่เป็นการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา และถ้าการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยืงนั้นเป็นไปในทางที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดแล้ว ย่อมเป็นสิ่งที่ต้องห้ามในกฎหมายอาญา³⁸

2.2.3 คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้การตีความกฎหมายอาญา

2.2.3.1 ประเภทของคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut)

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

การละคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นบุคคล เท่านั้น เอกชนจะไปละคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นเรื่องส่วนรวมไม่ได้ เหตุเพราะเป็นเรื่องอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวม คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม บุคคลย่อมไม่มีอำนาจละได้ เพราะบุคคลไม่ใช่เจ้าของคุณธรรมทางกฎหมายประเภทนี้³⁹

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

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

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

³⁹ แหล่งเดิม.

⁴⁰ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 281.

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

คุ้มครองเพียงตัวบุคคล แต่หากกฎหมายมองและมุ่งคุ้มครองสังคมส่วนรวมด้วย เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำต่อหน้าธารกำนัล หรือการทำให้ผู้ถูกกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายตามมาตรา 281 ความยินยอมของผู้เสียหายก็ไม่อาจจะลบล้างความผิดของผู้กระทำได้

หน้าที่ของกฎหมายอาญาที่สำคัญ คือ “การคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย” ซึ่งกฎหมายอาญาก็ยังคงมีหน้าที่อื่นๆ อีกคือ การที่กฎหมายอาญากระดัดของ “สมบัติ” เฉพาะอย่างขึ้นเป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” กล่าวคือ ในปทัสสถาน (Norm) ทั้งหลายนั้นมีสมบัติบางอย่างที่แฝงอยู่เบื้องหลัง

สิ่งที่ได้รับการกระดัดเป็นคุณธรรมทางกฎหมายในกฎหมายอาญา ไม่ว่าที่อยู่ในประมวลกฎหมายอาญาเองหรือในกฎหมายพระราชบัญญัติอื่นๆ ล้วนแต่เป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมทั้งสิ้น การคุ้มครองในรูปแบบอื่นจึงไม่เพียงพอ เหตุนี้จึงต้องมีการคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา

2.2.3.2 คุณธรรมทางกฎหมายกับกรรมของการกระทำ

ความผิดอาญาแต่ละฐานประกอบด้วยคุณธรรมทางกฎหมาย กรรมของการกระทำ ผู้กระทำและการกระทำเข้าด้วยกัน

ในการบัญญัติความผิดอาญาฐานต่างๆ นั้น มีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นพื้นฐานในทางความคิด แม้ผู้บัญญัติจะมีได้กำหนดคุณธรรมทางกฎหมายก่อนการบัญญัติความผิดอาญาก็ตาม กล่าวโดยเฉพาะก็คือ องค์ประกอบความผิดอาญาจากปทัสสถาน และปทัสสถานมาจากคุณธรรมทางกฎหมาย คุณธรรมทางกฎหมายไม่ใช่สิ่งที่จับต้องได้ แต่เป็นคุณค่าทางความคิดของระเบียบสังคมซึ่งเกี่ยวพันถึงความมั่นคง ความอยู่ดีและเกียรติภูมิของความเป็นอยู่ในสังคม วัตถุประสงค์เฉพาะสิ่งที่ถูกกระทำเป็นกรรมของการกระทำซึ่งอาจจะเป็นไปในรูปแบบที่แตกต่างกัน คุณธรรมทางกฎหมายกับกรรมของการกระทำจึงต่างกันในงานของความคิด กับ สภาพที่ปรากฏ ผลที่ไม่เป็นธรรมของความผิดอาญาอยู่ที่การรบกวนกรรมของการกระทำประการหนึ่ง กับการทำร้ายคุณธรรมทางกฎหมายอีกประการหนึ่ง

2.2.3.3 ที่มาและความหมายของคุณธรรมทางกฎหมาย

ตำรากฎหมายเยอรมันกล่าวไว้ว่า คุณธรรมทางกฎหมายเป็นผลิตผลของทฤษฎีกฎหมายอาญาในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ทฤษฎีกฎหมายอาญาในขณะนั้นกล่าวไว้ว่า กฎหมายอาญาตั้งอยู่บนหลักการคุ้มครองสิทธิ สมบัติทั้งหลายทั้งที่เป็นทรัพย์สินสมบัติและทรัพย์สินทางความคิด ของบุคคลที่ขอบที่จะได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายอาญาและยังได้มีความเห็นอีกว่ากฎหมายอาญาไม่มีหน้าที่ที่นอกเหนือจากนี้ โดยนัยก็คือคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณากันเฉพาะในกรณีบุคคลผู้เป็นเจ้าของสมบัติสามารถละละสมบัตินั้นได้เท่านั้น

2.2.3.4 การศึกษาคุณธรรมทางกฎหมายได้ประโยชน์หลายประการดังนี้

(1) คุณธรรมทางกฎหมายอาญาเป็นส่วนหนึ่งของความผิดอาญาฐานต่างๆ คุณธรรมทางกฎหมายจึงเป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายได้

(2) การศึกษาคุณธรรมทางกฎหมายช่วยในการแบ่งแยกจัดหมวดหมู่ประเภทของความผิดเพื่อการศึกษา และแม้ว่าการจัดหมวดหมู่ประเภทความผิดของประมวลกฎหมายอาญาก็มีพื้นฐานตั้งอยู่บนหลักเรื่องคุณธรรมทางกฎหมาย

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

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

(4) คุณธรรมทางกฎหมายจะเป็นเครื่องช่วยในการตีความตามได้เป็นอย่างดี การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย นอกจากจำเป็นที่จะต้องค้นหาคุณธรรมทางกฎหมาย

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

2.3 ความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้กับความยินยอมที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด

ความผิดอาญาบางประเภทหากผู้เสียหายยินยอมให้ผู้กระทำโดยบริสุทธิ์ใจ การกระทำนั้นย่อมไม่เป็นความผิด⁴³ ตรงกับหลักกฎหมายในภาษาละตินที่ว่า “Volenti Non Fit Injuria” หมายความว่า “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด”⁴⁴ หากความยินยอมนั้นเกิดขึ้นโดยความสมัครใจ ปราศจากการล่อลวง ข่มขู่หรือสำคัญผิด ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยไม่มีการขกเลิกเพิกถอนและหากความเสียหายนั้นไม่มีผลประโยชน์ต่อสาธารณะ กฎหมายย่อมปล่อยให้บุคคลกำหนดชะตากรรมของตนเอง หรือเมื่อบุคคลตัดสินใจเสี่ยงภัยเองเขาก็ควรจะได้รับผลความเสียหายแก่ตัวเขาเอง⁴⁵ เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 หากผู้ถูกระทำยินยอมการกระทำของผู้กระทำย่อมไม่เป็นความผิด⁴⁶

2.3.1 ความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดอาญา

ในทางกฎหมายอาญามีความยินยอมของผู้เสียหายอยู่ 2 ลักษณะ

ลักษณะแรกได้แก่ ความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ส่วน ลักษณะที่สอง คือความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นส่วนหนึ่งของข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของความผิด ดังนี้

1) ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติความยินยอมของผู้เสียหายไว้อย่างชัดเจนว่า แม้ผู้เสียหายจะให้ความยินยอมการกระทำก็ยังเป็นความผิด เช่น มาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 มาตรา 301 มาตรา 302 มาตรา 319 และยังบัญญัติอีกว่า ถ้ากระทำโดยผู้เสียหายไม่ยินยอมหรือไม่เต็มใจก็เป็นความผิดที่มีโทษหนักขึ้น เช่น มาตรา 303 มาตรา 318 ความยินยอมในลักษณะที่กล่าวมานี้ย่อมอยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญาข้อแรก⁴⁷

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

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

⁴⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508.

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

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

⁴⁷ ความยินยอมในกฎหมายอาญา (น. 11). เล่มเดิม.

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

ความยินยอมทั้งสองอย่างนี้มีผลในทางกฎหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ในการกระทำใดที่มีความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดนั้นสามารถกระทำได้ การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย แต่ในการกระทำใดที่มีความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดปรากฏอยู่ การกระทำนั้นก็จะเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

ความยินยอมของผู้เสียหาย คือ การที่ผู้เสียหายสละความคุ้มครองในทางกฎหมายโดยการสละคุณธรรมทางกฎหมาย โดยไม่รู้ตัว กล่าวคือ ผู้เสียหายรู้ว่าจะเกิดผลอย่างไรแก่ตนในกรณีนั้นฉะนั้นความยินยอมของผู้เสียหายจึงเกี่ยวข้องกับผลของการกระทำมิได้เกี่ยวกับตัวการแห่งการกระทำ⁴⁹

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 มีความยินยอมเป็นของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการปฏิเสธการครอบครององค์ประกอบความผิด กล่าวคือ ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 นี้ ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นส่วนหนึ่งของข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของความผิดหากการข่มขืนกระทำชำเรากระทำโดยมีความยินยอมของผู้เสียหาย การกระทำนั้นก็จะเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ในทางกลับกันหากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้กระทำชำเรากระทำโดยไม่ได้รับความยินยอมอันบริสุทธิ์จากผู้เสียหายการกระทำนั้น ก็เป็นการกระทำที่ครอบครององค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นและความยินยอมที่ได้มาต้องเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้ให้ความยินยอม โดยเสรี จริ่งใจ สมครใจและทราบถึงผลดีและผลร้ายของการได้ให้ความยินยอมนั้นอย่างแท้จริง ดังนั้นความยินยอมที่ได้มาด้วยการบังคับขู่เข็ญหรือการยินยอมเพราะยอมจำนนในสถานการณ์ย่อมไม่สามารถเรียกได้ว่าเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์และแท้จริงได้⁵⁰

⁴⁸ แหล่งเดิม.

⁴⁹ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 235). เล่มเดิม.

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

2.3.2 ความหมายของความยินยอม

ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่มีบทบัญญัติให้ความหมาย “ความยินยอม” เอาไว้

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

2) ความเห็นของนักวิชาการที่ได้อธิบายความหมายของยินยอม

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

ท่านศาสตราจารย์จิติ ดิงศักดิ์ย์ ได้อธิบายว่า⁵¹ การจงใจปล่อยให้เหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นโดยไม่ขัดขวางทั้งที่สามารถขัดขวางได้ ซึ่งจะต้องเป็นการแสดงความประสงค์ที่จะให้เกิดเหตุการณ์เช่นนั้นขึ้น โดยแสดงออกด้วยการกระทำอย่างหนึ่งโดยตนเองหรือโดยให้ผู้อื่นกระทำแทนตนอันเป็นการแสดงความประสงค์ต่อผู้กระทำเหตุการณ์นั้นให้เข้าใจว่าตนอนุญาตให้ทำยกเว้นแต่ในกรณีพิเศษอย่างยิ่งเท่านั้นที่การนิ่งไม่ขัดขวาง อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมเพราะเป็นที่เข้าใจกันโดยปกติทั่วไปว่าการนิ่งเช่นนั้นเป็นการยินยอมและการแสดงออกซึ่งความประสงค์อันถือได้ว่าเป็นความยินยอมนั้นอาจแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้

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

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

⁵² กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 269). เล่มเดิม.

สุราหมดสติอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขจัดขึ้นได้ กรณีนี้เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น เพราะขาดความยินยอม⁵³

ท่านรองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ ได้อธิบายในเรื่องความยินยอมในความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ว่า ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 นั้นผู้กระทำจะต้องกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหายจึงจะเป็นความผิดอาญาได้ แม้ว่ากฎหมายจะไม่ได้บัญญัติเรื่องความยินยอมไว้ก็ตาม เนื่องจากการกระทำทางเพศในข้อนี้เป็นเรื่องของเอกชนและเกี่ยวข้องโดยตรงกับความยินยอมของผู้กระทำความผิด ในกรณีที่ความยินยอมเสียไปเพราะเกิดจากการหลอกลวง ข่มขู่ หรือสำคัญผิด ซึ่งมีผลเท่ากับการกระทำนั้นมิได้กระทำด้วยความยินยอม ในทางตรรกะวิทยาแล้วผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276⁵⁴

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

ความยินยอมอันเกิดขึ้นจากผู้เสียหายให้กระทำต่อตน อันได้แก่ การกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย ทรัพย์สินหรือสิทธิของตน ความยินยอมนี้เป็นข้อแก้ตัวของฝ่ายผู้กระทำผิด ตามแนวคิดหลักกฎหมายของต่างประเทศเรียกว่า เอกสิทธิ โดยเอกสิทธิเกิดขึ้นจากความยินยอมของอีกฝ่ายหนึ่ง⁵⁶ ความเข้าใจกันโดยทั่วไปอาจหมายถึง การจงใจปล่อยให้เกิดเหตุการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้น

⁵³ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 416). เล่มเดิม.

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

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

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

โดยไม่ขัดขวาง ทั้งที่สามารถจะขัดขวางได้ แต่ความหมายเช่นนี้ยังไม่เพียงพอที่จะนำมาใช้ในทางกฎหมาย จะต้องเป็นการแสดงความประสงค์ที่จะให้เหตุการณ์เช่นนั้นเกิดขึ้น โดยแสดงออกด้วยการกระทำหรือให้ผู้อื่นกระทำแทนเพื่อให้เข้าใจว่า ตนอนุญาตให้กระทำ เว้นแต่มีกรณีพิเศษที่จะทำให้เข้าใจว่าการนิ่งเฉยที่จะไม่ขัดขวางนั้น เป็นที่เข้าใจกันว่า การนิ่งในพฤติการณ์เช่นนั้นเป็นความยินยอม⁵⁷

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

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

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

⁵⁸ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 266). เล่มเดิม.

2.3.3 ลักษณะของความยินยอม

ลักษณะของความยินยอมอาจสามารถอธิบายได้ดังต่อไปนี้ คือ

1) ความยินยอมที่แท้จริง⁵⁹

ตามความเข้าใจทั่วไปอาจหมายความว่า การจงใจปล่อยให้เหตุการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้น โดยไม่ขัดขวางสิ่งๆ ที่สามารถขัดขวางได้แต่ความหมายเช่นนี้ยังไม่พอจะถือว่าเป็นความยินยอมตามความหมายของกฎหมาย ความยินยอมตามความหมายของกฎหมายโดยหลักแล้วจะต้องเป็นการแสดงความจริงใจที่จะให้เหตุการณ์เช่นนั้นเกิดขึ้น กล่าวคือ ผู้ให้ความยินยอมจะต้องสร้างเจตนาที่จะให้ความยินยอม และกำหนดเจตนาที่จะยินยอมต่อเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นโดยการแสดงออกด้วยการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดด้วยตนเองหรือโดยให้ผู้อื่นกระทำแทนตน อันเป็นการแสดงความจริงใจต่อผู้กระทำให้เหตุการณ์นั้นเกิดขึ้นเข้าใจว่าตนอนุญาตให้กระทำได้ เช่น ในกรณีที่ชายเป็นกามโรคร่วมประเวณีที่หญิงที่เป็นภริยา ซึ่งไม่ทราบว่ามีโรคร่วมเป็นโรค เป็นต้น ดังนั้นความยินยอมในการติดต่อโรคจากสามีนั้นไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นความยินยอมที่ชัดแจ้ง⁶⁰

2) ความยินยอมโดยปริยาย

การนิ่งไม่ขัดขวางอาจถือว่าเป็นการให้ความยินยอม เพราะเป็นที่เข้าใจโดยทั่วไปว่าการนิ่งในพฤติการณ์เช่นนั้นเป็นการยินยอม เช่น ผู้เสียหายที่จะให้ความยินยอมไม่สามารถให้ความยินยอมได้ เพราะไม่อยู่ในที่นั้น แต่ก็พอจะเข้าใจเอาได้ตามพฤติการณ์ว่าคงยินยอม⁶¹ แต่การนิ่งไม่ขัดขวางอาจหมายถึงไม่ได้ยินยอมก็ได้ ดังเช่นในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2759/2532 ที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น แม้จำเลยจะไม่ได้พูดหรือมีอาวุธขู่ขู่ผู้เสียหาย ถ้าตามพฤติการณ์ผู้เสียหายกลัวจำเลยตกอยู่ในอำนาจบังคับของจำเลย ตกอยู่ในภาวะจำยอมไม่กล้าขัดขืนจะถือว่าผู้เสียหายยินยอมไม่ได้ จำเลยจึงต้องมีความผิด⁶² ดังนั้นการตกอยู่ในภาวะจำยอมจึงไม่ใช่ยินยอมโดยสมัครใจ

3) ความยินยอมต่อสิ่งหนึ่งไม่อาจหมายรวมถึงความยินยอมต่อสิ่งอื่น

สิ่งที่เพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากที่ผู้เสียหายให้ความยินยอมหรือโดยที่ผู้เสียหายไม่ทราบถึง หญิงที่ยอมร่วมประเวณีกับชายไม่ได้หมายความว่ายินยอมรับโรคติดต่อจากชาย โดยหญิงไม่ทราบมาก่อน⁶³ และนอกจากนี้แล้วยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2073/2537 ที่วินิจฉัยว่า การที่

⁵⁹ ความยินยอมในกฎหมายอาญา (น. 25). เล่มเดิม.

⁶⁰ แหล่งเดิม.

⁶¹ แหล่งเดิม.

⁶² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2759/2532

⁶³ ความยินยอมในกฎหมายอาญา (น. 26). เล่มเดิม.

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

4) ความยินยอมจะต้องไม่มีเงื่อนไข⁶⁵

ความยินยอมที่มีเงื่อนไขย่อมไม่ถือว่าเป็นความยินยอมโดยนัยของกฎหมายแต่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในเรื่องข่มขืนกระทำชำเราเกี่ยวกับความยินยอมที่มีเงื่อนไขไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 634/2516 วินิจฉัยว่าผู้เสียหายเป็นหญิงมีสามีแล้วสมัครใจให้จำเลยที่ 1 กระทำชำเรา ขณะกระทำชำเราจำเลยที่ 2 มาเห็นเข้าจำเลยที่ 2 ขู่ผู้เสียหายว่า ถ้าไม่ยอมให้จำเลยที่ 2 กระทำชำเราต่อก็จะไปโฆษณาให้ชาวบ้านฟัง ผู้เสียหายกลัวว่าจำเลยที่ 2 จะไปโฆษณาจึงยอมให้จำเลยที่ 2 กระทำชำเรา ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ผู้เสียหายยินยอมให้จำเลยที่ 1 กระทำชำเราโดยสมัครใจ จำเลยที่ 1 ไม่มีความผิด ส่วนจำเลยที่ 2 นั้นศาลฎีกาเชื่อว่าผู้เสียหายกลัวว่าเรื่องจะอื้อฉาวรู้ไปถึงสามีตน จึงยอมให้จำเลยที่ 2 กระทำชำเราเพื่อให้จำเลยที่ 2 ปกปิดเรื่องไว้จึงไม่ได้ยินยอมต่อผู้ เป็นการสมัครใจ จำเลยที่ 2 จึงไม่มีความผิดเช่นกัน⁶⁶ จึงอาจสรุปได้ว่า ความยินยอมที่มีเงื่อนไขโดยผู้เสียหายยอมรับเอาเงื่อนไขนั้นโดยสมัครใจ จึงทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิดตามนัยของคำพิพากษาศาลฎีกานี้ แต่ยังคงเป็นปัญหาว่า การสมัครใจยอมให้กระทำชำเรา เพราะกลัวว่าจำเลยที่ 2 จะไปเปิดเผยความลับนั้นเป็นการสมัครใจที่มีเงื่อนไขที่เป็นการขู่เข็ญด้วยประการใดๆ หรือไม่

5) ผู้กระทำจะต้องทราบถึงความยินยอม⁶⁷

ผู้กระทำต้องทราบว่าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมและได้กระทำด้วยความยินยอมในความผิดที่อ้างความยินยอมได้ แต่ในกรณีที่ผู้กระทำไม่ทราบถึงความยินยอมของผู้เสียหายและได้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ท่านรองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า ผู้กระทำไม่อาจอ้างเอาความยินยอมของผู้เสียหายที่ตนไม่ทราบมาเป็นข้ออ้างได้

⁶⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2073/2537

⁶⁵ ความยินยอมในกฎหมายอาญา (น. 27). เล่มเดิม.

⁶⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 634/2516

⁶⁷ ความยินยอมในกฎหมายอาญา (น. 27). เล่มเดิม.

การแสดงเจตจำนงในการให้ความยินยอมของผู้เสียหายอาจเป็นการแสดงเจตจำนงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ แต่ต้องเป็นการแสดงเจตจำนงโดยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งออกไป การนิ่งเฉยไม่ถือว่าเป็นการให้ความยินยอมและไม่ถือว่าเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมาย

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

2.3.4 ความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมาย

ความยินยอมของผู้เสียหายที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริงและเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจต้องไม่มีข้อบกพร่องใดๆ ในการแสดงเจตจำนงในการให้ความยินยอม⁶⁸

การที่ผู้กระทำจะยกเอาความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นข้ออ้าง ผู้กระทำจะต้องได้รับความยินยอมนี้โดยผู้เสียหายสมัครใจ กล่าวคือ ผู้กระทำจะต้องได้เป็นผู้กระทำให้ผู้เสียหายให้ความยินยอมโดยความหลอกลวง ข่มขู่ หรือวางยาเพื่อให้ผู้เสียหายขาดสติสัมปชัญญะ ขณะเดียวกันผู้เสียหายก็ต้องให้ความยินยอมโดยปราศจากการสำคัญผิด หรือความกลัว และจะต้องมีสัมปชัญญะด้วย ศาลฎีกาไทยได้เคยวินิจฉัยว่าความยินยอมของผู้เสียหายอันจะอ้างขึ้นลบล้างความผิดได้นั้น ต้องได้มาโดยเสรีและจริงใจ⁶⁹

ท่านรองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ ได้มีความคิดเห็นว่าในความผิดอันเกี่ยวกับเพศตามแนวคำวินิจฉัยของคดีต่างประเทศ อาจแบ่งการหลอกลวงที่ผู้เสียหายเกิดความสำคัญผิดได้ 3 ประการ⁷⁰ คือ

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

⁶⁸ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 269). เล่มเดิม.

⁶⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508

⁷⁰ ความยินยอมในกฎหมายอาญา (น. 29). เล่มเดิม.

⁷¹ แหล่งเดิม.

1) ผู้ให้ความยินยอมจะต้องมีความสามารถในการให้ความยินยอม

เงื่อนไขในทางเนื้อหาของสถานการณ์ของความยินยอมประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

(1) กรณีที่เกี่ยวข้องกับคุณธรรมทางกฎหมายที่บุคคลสามารถสละได้

(2) กรณีต้องไม่มีข้อบกพร่องในการให้ความยินยอม และ

(3) กรณีต้องเป็นเรื่องของความยินยอมที่มีอยู่ก่อนการกระทำ

คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล โดยทั่วไปจะเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่ผู้เสียหายสามารถที่จะสละได้ เป็นต้นว่า เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ ทรัพย์สิน

ความยินยอมของผู้เสียหายที่จะเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นความยินยอมที่ไม่มีข้อบกพร่องใดๆ ในการแสดงเจตจำนงในการให้ความยินยอม ฉะนั้น ความยินยอมของผู้เสียหายที่เกิดจากการบังคับ ขู่เข็ญหรือหลอกลวงจึงไม่เป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือความยินยอมของผู้เสียหายที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริงและเป็นความยินยอมที่เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ ในบางสถานการณ์ที่เกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิดที่จะต้องอธิบายให้ผู้ที่จะให้ความยินยอมนั้นทราบและเข้าใจถึงผลดีผลเสียของการกระทำ และผู้ที่จะให้ความยินยอมเข้าใจในผลที่จะเกิดขึ้นกับตนแล้ว กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีของความยินยอมที่เรียกว่า “ความยินยอมที่บอกกล่าว” (Informed consent) และในกรณีเช่นนี้ “ความยินยอมที่บอกกล่าว” เท่านั้นที่จะเป็นความยินยอมของผู้เสียหายที่ชอบด้วยกฎหมาย และที่จะเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดสามารถทำได้ตามกฎหมาย

ความยินยอมของผู้เสียหายจะต้องเป็นความยินยอมที่มีอยู่ก่อนการกระทำหรืออย่างน้อยขณะกระทำ ความยินยอมของผู้เสียหายที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำหรือการให้สัตยาบันกับการกระทำไม่ใช่ความยินยอมของผู้เสียหายที่จะทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด เพราะในกรณีของการให้สัตยาบันนั้นถือว่าอำนาจลงโทษของรัฐได้เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ก่อนหน้านั้นแล้ว ฉะนั้น รัฐเท่านั้นที่จะมีอำนาจสละอำนาจลงโทษได้ เป็นต้นว่า โดยการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องโดยพนักงานอัยการ หรือโดยการอภัยโทษโดยฝ่ายบริหาร กรณีไม่อยู่ในอำนาจของผู้เสียหายอีกต่อไป

2) เงื่อนไขในทางส่วนตัวที่จะทำให้ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 2 ประการ คือ

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

ตัวการร่วมกันในการกระทำความผิดตามมาตรา ๓๓๑ ของกฎหมายผู้เสียหายไม่อาจให้ความยินยอมแทนหญิงได้ ความยินยอมนั้นจึงไม่สามารถเรียกได้ว่าเป็นความยินยอมบริสุทธิ์ของผู้เสียหาย จึงไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นความยินยอมผู้กระทำจึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๗๖ ฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

(2) ความสามารถที่จะละคุณธรรมทางกฎหมาย

โดยทั่วไปผู้ใดเป็นเจ้าของของคุณธรรมทางกฎหมาย ผู้นั้นจะมีอำนาจละคุณธรรมทางกฎหมายข้อนั้น อย่างไรก็ตามในบางกรณีผู้ที่ได้รับมอบอำนาจจากผู้เสียหายก็อาจมีอำนาจละคุณธรรมทางกฎหมายแทนผู้เสียหายได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์และทรัพย์สินในบางสถานการณ์อาจมีบุคคลหลายคนต่างมีอำนาจที่จะละคุณธรรมทางกฎหมาย ในกรณีเช่นนี้บุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีอำนาจจะละคุณธรรมทางกฎหมายได้

ความสามารถในการละคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสามารถในการให้ความยินยอมของผู้เสียหาย ซึ่งความสามารถในการให้ความยินยอมของผู้เสียหายนั้นแม้ว่าจะเป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่งแต่ก็ไม่เกี่ยวข้องความสามารถของบุคคลในการทำนิติกรรมตามกฎหมายแพ่ง

ความสามารถในการที่จะละคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องของความสามารถในการรู้เรื่องราวและความสามารถในการตัดสินใจของบุคคลในความเป็นจริง กล่าวคือผู้ใดมีความรู้ความเข้าใจในความหมายและผลได้ผลเสียของเรื่องที่จะให้ความยินยอมนั้นเพียงพอแล้ว แม้ว่าผู้นั้นจะเป็นผู้เยาว์ก็สามารถที่จะให้ความยินยอมได้และทำให้ความยินยอมนั้นเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมาย

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

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

5) ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ความยินยอมของผู้เสียหายนี้ ต้องไม่เป็นความยินยอมที่ฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนี้ จะต้องพิจารณาที่จุดมุ่งหมายของการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย หลักการคือ ความรู้สึกที่รับได้และถูกต้องของทุกคนในสังคม⁷²

จึงกล่าวได้ว่า “ความยินยอม” เป็นส่วนหนึ่งในการก่อให้เกิดความผิดขึ้น กล่าวคือ ความผิดฐานนั้นๆ ถ้าเกิดขึ้นเพราะความไม่ยินยอมแล้วจึงมีความผิด แต่โดยทั่วไปความยินยอมไม่มีผลยกเลิกความผิด ส่วนความยินยอมที่จะมีผลทำให้การกระทำนั้นๆ ไม่เป็นความผิดได้จะต้องประกอบด้วยหลักการดังต่อไปนี้

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

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

2.3.5 ความสามารถของผู้ให้ความยินยอม

ความสามารถของผู้ให้ความยินยอม กล่าวคือ เป็นเรื่องของอายุและความรู้สึกผิดชอบของผู้ให้ความยินยอม โดยทั่วไปแล้วจะใช้กับเรื่องความยินยอมที่อยู่ในโครงสร้างความผิดอาญาข้อแรกและโครงสร้างความผิดอาญาข้อสอง เว้นแต่องค์ประกอบภายนอกของโครงสร้างความผิด

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

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

อาญาข้อแรกจะกำหนดอายุของผู้ที่สามารถให้ความยินยอมได้โดยชอบด้วยกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะ⁷⁴

นอกจากความสามารถในการเข้าใจคุณค่าของการกระทำที่จะได้รับจากการให้ความยินยอมนั้นแล้ว ผู้ให้ความยินยอมต้องสามารถให้ความยินยอมได้ด้วยใจสมัคร โดยต้องไม่ใช่การที่ต้องตกอยู่ในสภาวะการข่มขู่ ต้องไม่ตกอยู่ภาวะของการถูกรวบงำหรือถูกบังคับ รวมถึงผู้ให้ความยินยอมต้องไม่มีความบกพร่องทางด้านร่างกาย⁷⁵ ดังนั้นแล้วหากผู้ต้องให้ความยินยอมอยู่ในอาการมีเมามายไม่สามารถครองสติได้ก็ถือว่าเป็นผู้ที่ไม่มีความสามารถให้ความยินยอมได้อย่างแท้จริง⁷⁶

ความสามารถของผู้ให้ความยินยอมในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 นี้สามารถจำแนกประเภทของบุคคลผู้ให้ความยินยอมที่มีปัญหาการให้ความยินยอมที่ไม่สามารถเรียกได้ว่าเป็นความยินยอมที่แท้จริงและความยินยอมนั้นเป็นความยินยอมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ดังนี้

ก. ความยินยอมของผู้เยาว์ ความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้กำหนดเกณฑ์อายุที่แม้ว่าจะยินยอมให้กระทำชำเราผู้กระทำนั้นก็ยังคงมีความผิดอยู่ คือ ผู้ที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี⁷⁷ เพราะกฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองความบริสุทธิ์ในทางเพศของเด็ก⁷⁸ ในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277⁷⁹ นี้ แม้เด็กยินยอมก็เป็นความผิด แต่เรื่องที่จำเลยหรือผู้กระทำความผิดจะไปอ้างว่า สำคัญผิด⁸⁰ ในอายุเพราะเด็กโตเกินไฉนเพื่อให้จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบนั้นเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่จำเลยต้องนำสืบให้ได้เองตามคำกล่าวอ้างในชั้นพิจารณาคดี

ข. ความยินยอมของผู้วิกลจริตในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

ความยินยอมของผู้วิกลจริตย่อมไม่มีผลเป็นความยินยอม⁸¹ บุคคลผู้วิกลจริตหรือผู้ที่มีความผิดปกติทางสมองไม่ว่าจะเป็นจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือนที่ไม่อาจรับรู้ผิดชอบได้ถือ

⁷⁴ ความยินยอมในกฎหมายอาญา (น. 154). เล่มเดิม.

⁷⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7008/2554

⁷⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาในคดีหมายเลขคำที่ 506/2548

⁷⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม...”

⁷⁸ คุณธรรมทางกฎหมายที่กฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก.

⁷⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2084/2531

⁸⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6405/2539

⁸¹ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 416). เล่มเดิม.

ว่าเป็นผู้ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมได้เช่นเดียวกับกรณีของผู้เยาว์ เพราะถ้ายินยอมให้บุคคลเหล่านี้ร่วมเพศได้ บุตรที่เกิดมาจะมีสภาพเช่นบุคคลเหล่านี้อันอาจก่อปัญหาแก่สังคมได้⁸²

ค. ความยินยอมของผู้ป่วยหรือผู้ที่อยู่ในอาการมึนเมา

ความสามารถของผู้พิการทางร่างกายหรือผู้ที่อยู่ในอาการมึนเมาจนไม่ถึงขนาดไม่สามารถให้ความยินยอมได้นั้น ยังคงเป็นปัญหาที่ผู้กระทำความผิดอาศัยความบกพร่องในการให้ความยินยอมลักษณะนี้เพื่อข่มขืนกระทำชำเรา จึงต้องถือว่าผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยที่ผู้กระทำความผิดอาศัยช่องทางในการง่ายที่จะข่มขืนกระทำชำเรา ศาลฎีกาก็ได้เคยวินิจฉัยเห็นพ้องกับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ว่า การข่มขืนกระทำชำเราผู้ที่อยู่ในอาการมึนเมาสุรา⁸³ โดยการที่จำเลยอาศัยความมึนเมาของผู้เสียหาย ประกอบกับความไว้นื้อเชื่อใจ จำเลยปรารถนาร่วมประเวณีเพื่อความสุขของจำเลยเอง อันเป็นความคิดและการกระทำที่เห็นแก่ตัว เห็นแก่ได้ฝ่ายเดียว มิได้คำนึงถึงจิตใจของผู้เสียหาย จึงเป็นความผิดที่เป็นอันตรายต่อสังคมอย่างยิ่ง และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2382/2522 การที่จำเลยชำเราหญิงขณะเมาสุราหมดสติอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายมาตรา 276⁸⁴

2.3.6 ระยะเวลาในการให้ความยินยอม

ความยินยอมต้องมีอยู่ก่อนหรืออย่างน้อยจะต้องมีอยู่ขณะกระทำและมีอยู่ตลอดการกระทำนั้น ซึ่งโดยทั่วไปความยินยอมจะต้องมีอยู่ขณะกระทำไม่ว่าจะเป็นความยินยอมที่ผู้เสียหายแสดงออกในขณะที่มีการกระทำหรือจะแสดงออกก่อนการกระทำแล้วยังคงมีผลอยู่มิได้บอกถอนเสียก่อนการกระทำนั้นสิ้นสุดลง

ความยินยอมภายหลังการกระทำ ในเรื่องของความยินยอมในทางอาญาไม่มีผลย้อนหลังการกระทำผิด แต่เป็นเรื่องของการให้อภัยหรือการประนีประนอมยอมความ ซึ่งไม่ทำให้

⁸² ความยินยอมในกฎหมายอาญา (น. 43). เล่มเดิม.

⁸³ คำพิพากษาศาลฎีกาในคดีหมายเลขดำ 506/2548 คดีนี้ศาลอุทธรณ์เห็นว่า เมื่อพิเคราะห์ตามพฤติการณ์แห่งคดีแล้ว ที่จำเลยอาศัยความมึนเมาของผู้เสียหาย ประกอบกับความไว้นื้อเชื่อใจ จำเลยปรารถนา ร่วมประเวณีเพื่อความสุขของจำเลยเอง อันเป็นความคิดและการกระทำที่เห็นแก่ตัว เห็นแก่ได้ฝ่ายเดียว มิได้คำนึงถึงจิตใจของผู้เสียหาย จึงเป็นความผิดที่เป็นอันตรายต่อสังคมอย่างยิ่ง ที่ศาลชั้นต้น พิพากษามานั้นชอบแล้ว ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน

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

⁸⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2382/2522

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

ดังนั้นในการพิจารณาว่า ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น จึงต้องพิจารณาจากหลักการที่กล่าวมาข้างต้น กล่าวคือหากความยินยอมของผู้เสียหายที่จะเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายที่จะเป็นเหตุให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามกฎหมายอาญา มาตรา 276 ความยินยอมนั้นต้องเป็นความยินยอมที่ไม่มีข้อบกพร่องในหลักการต่างๆ ที่กล่าวมาข้างต้นแม้แต่น้อย

2.4 ขอบเขตของการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบของความผิดที่จะทำให้ผู้กระทำชำเราไม่มีความผิดฐานนี้ กล่าวคือ ความยินยอมจะเป็นการปฏิเสธครบองค์ประกอบของความผิด ผู้กระทำชำเราจึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นเพราะกระทำไปด้วยความยินยอมของผู้เสียหาย แต่หากการข่มขืนกระทำชำเรานั้นกระทำไปด้วยไม่มีความยินยอมของผู้เสียหาย การกระทำนั้นก็เป็นความผิดฐานนี้ และนอกจากความยินยอมของผู้เสียหายแล้ว การบอกถอนความยินยอมก็เป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่จะนำมาปฏิเสธการให้ความยินยอมไว้ก่อนหน้านั้นสิ้นผลและยุติความยินยอมทันที ดังนั้นในการพิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น จึงควรพิจารณาขอบเขตของการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอม โดยเริ่มจากการพิจารณาขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาและองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตลอดจนคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานนี้ จึงจะมาพิจารณาขอบเขตของการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความผิดฐานนี้ต่อไป

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

2.4.1 ขอบเขตความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

2.4.1.1 องค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น มาตรา 276 ตามประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศมาตรา 276⁸⁶วรรคแรกสามารถพิจารณาเป็นองค์ประกอบความผิดภายนอกและองค์ประกอบภายในได้ ดังนี้

1) องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ได้แก่

(1) ผู้กระทำซึ่งกฎหมายบัญญัติโดยใช้ คำว่า ผู้ใด

ผู้กระทำ คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าเป็นใครและสามีของหญิงก็อาจเป็นผู้กระทำได้ด้วย กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” แสดงว่า หญิงก็อาจเป็นตัวการร่วม⁸⁷กับผู้ชายกระทำความผิดฐานนี้ได้หรืออาจเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้เองด้วยโดยที่ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องลงมือกระทำด้วยกันทุกคน

(2) การกระทำ ได้แก่การกระทำชำเรา

การกระทำชำเราจะเป็นความผิดตามมาตรา 276 ผู้ถูกระทำจะต้องไม่ยินยอม⁸⁸ หากยินยอมโดยสมัครใจ การกระทำย่อมไม่ใช่การ “ข่มขืน” แม้จะเป็นกระทำชำเราก็ตาม

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

“ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่งหมายความว่ากระทำให้เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดย การใช้ อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง หรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกันต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกและคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไปและประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

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

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

ตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนี้ได้ ได้แก่ การข่มขืนโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้นั้นอยู่ในสถานะที่ไม่อาจขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้นั้นเข้าใจผิดคิดว่าเป็นบุคคลอื่น

ดังนั้นหากผู้อื่นซึ่งถูกกระทำชำเรานั้นยินยอมข่มขืนไม่เป็นความผิดฐานนี้โดยการที่จะถือว่าเป็นการกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ก็ด้วยวิธีการกระทำ ดังต่อไปนี้

ก. โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ

คำว่า “ขู่เข็ญ” หมายความว่าทำให้กลัวว่าจะได้รับอันตรายในอนาคต ซึ่งอาจเป็นการกระทำต่อหญิงนั่นเองหรือต่อผู้อื่นซึ่งเกี่ยวข้องกับหญิงนั้น เช่น ผู้กระทำขู่ว่าจะฆ่าบุตรของหญิง และอาจเป็นการขู่ที่จะกระทำต่อทรัพย์สิน เช่น ขู่ว่าจะเอาไฟเผาบ้านของหญิง หรือบิดาของหญิง⁸⁹ หรือ แสดงว่าจะทำให้ผู้ถูกขู่เข็ญเป็นอันตราย เป็นต้น การขู่เข็ญตามมาตรา 276 นี้ไม่จำกัดเฉพาะขู่จะใช้กำลังประทุษร้าย จึงหมายความว่ารวมถึงอันตรายทั้งปวงซึ่งผู้กระทำการขู่เข็ญแสดงว่าจะทำให้เกิดแก่ผู้ถูกขู่เข็ญ และผู้ถูกขู่เข็ญกลัวว่าจะถูกกระทำให้เป็นอันตราย จะเป็นอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ⁹⁰ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน สิทธิ ฐานะในสังคม หรือฐานะทางเศรษฐกิจก็ได้ กฎหมายมิได้จำกัดว่าผู้ที่ถูกขู่ที่จะได้รับอันตรายจะต้องเป็นหญิงเท่านั้น จึงหมายความว่ารวมถึงบุคคลอื่นที่มีความสำคัญกับหญิงก็ได้⁹¹

ข. โดยการใช้กำลังประทุษร้าย⁹²

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

⁸⁹ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 416). เล่มเดิม.

⁹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4641/2530.

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

⁹² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(6).

กฎหมายอาญา มาตรา 1(6) เนื่องจากการชำระต้องใช้กำลังอยู่ในตัว⁹³ อาทิเช่น กอดปล้ำชกต่อยทิ่มผู้เสียหาย 2 ครั้ง และช่วยกันจับแขนขาของผู้เสียหาย โดยผู้เสียหายไม่สามารถขจัดขึ้นได้⁹⁴

ค. โดยผู้อื่นอยู่ในสภาวะที่ไม่สามารถขจัดขึ้นได้ โดยตัวของผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขจัดขึ้นได้เองอยู่ก่อนการข่มขืนกระทำชำเรานั้นแล้วหรือโดยที่ผู้อื่นนั้นเป็นผู้กระทำ⁹⁵ให้ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขจัดขึ้นได้ก็เป็นกรณีที่ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขจัดขึ้นได้ทั้งสิ้น และหมายความรวมถึง การกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในสภาวะที่ไม่สามารถขจัดขึ้นได้ ไม่ว่าจะเป็นการใช้ยาทำให้มึนเมา หรือมอมเหล้าสุราให้ผู้เสียหายมึนเมาไม่มีสติ หรือสะกดจิตหรือใช้วิธีการอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน⁹⁶ ถ้าตามพฤติการณ์ผู้เสียหายกลัวจำเลยและตกอยู่ในอำนาจบังคับของจำเลย ตกอยู่ในภาวะจำยอมไม่กล้าขจัดขึ้นจะถือว่าผู้เสียหายยินยอมไม่ได้⁹⁷ หรือหญิงตกอยู่ในอิทธิพลของผู้กระทำผิดกับพรรคที่หลุดเข้าไปในป่าไม่มีทางขจัดขึ้นและไม่มีทางได้รับความช่วยเหลือ⁹⁸

นอกจากนี้ยังรวมถึงโดยหญิงอยู่ในสภาวะที่ไม่อาจขจัดขึ้นได้ หมายถึง การทำให้หญิงจำยอมโดยไม่สมัครใจ เช่น ใช้ยาทำให้มึนเมา หรือทำให้หญิงเมาสุราหมดสติ⁹⁹ และภาวะที่ไม่สามารถขจัดขึ้นได้นี้ ไม่ได้จำกัดต้องเกิดจากการกระทำของผู้กระทำเท่านั้น แต่ภาวะที่ไม่สามารถขจัดขึ้นได้อาจเกิดจากตัวหญิงเองก็ได้ เช่น หญิงป่วยเป็นอัมพาต เป็นโรคร่างกายอ่อนแรงจึงไม่สามารถขจัดขึ้นได้¹⁰⁰ เป็นต้น

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

⁹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 926/2555

⁹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 805/2490 ใช้กำลังจับแขนขาของหญิง แล้วกระทำชำเรา เป็นการใช้กำลังประทุษร้าย.

⁹⁶ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 334). เล่มเดิม.

⁹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2759/2532 “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้น แม้จำเลยจะไม่ได้พูดหรือมีอาวุธขู่ข่มขืนผู้เสียหาย ถ้าตามพฤติการณ์ผู้เสียหายกลัวจำเลยตกอยู่ในอำนาจบังคับของจำเลย ตกอยู่ในภาวะจำยอมไม่กล้าขจัดขึ้นจะถือว่าผู้เสียหายยินยอมไม่ได้ จำเลยจึงต้องมีความผิด”

⁹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 142/2454 หญิงตกอยู่ในอิทธิพลของผู้กระทำผิดกับพรรคที่หลุดเข้าไปในป่าไม่มีทางขจัดขึ้นได้รับความช่วยเหลือจากผู้อื่น หญิงจึงจำต้องยอมให้กระทำชำเราไม่ถือว่าหญิงยินยอมและการที่หญิงใช้เท้าถีบก็แสดงอยู่ในตัวว่าหญิงมิได้ยินยอม

⁹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2382/2522 ชำเราหญิงขณะเมาสุราหมดสติอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขจัดขึ้นได้เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายมาตรา 276

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

ดังนั้นจากแนวคำพิพากษาคำว่า “ภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้” หมายถึง กรณีดังต่อไปนี้ คือ

ผู้อื่นนั้นปราศจากเจตจำนงโดยสิ้นเชิง เช่น เนื่องจากช็อกหรืออ่อนเพลียจนหมดกำลัง หรือ

ผู้อื่นนั้นไม่สามารถจะแสดงเจตจำนงออกมาได้ เช่น เนื่องจากพูดไม่ได้ เป็นอัมพาตทั้งตัว หรือ

ผู้อื่นนั้นไม่สามารถจะยืนยันเจตจำนงได้ด้วย เช่น เนื่องจากถูกผูกมัดไว้ หรือ
ผู้อื่นนั้นวิกลจริตหรือปัญญาอ่อน หรือหญิงนั้นไม่มีความหมายของการร่วมประเวณี เป็นต้น

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

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

(1) กรรมของการกระทำ ได้แก่ ผู้อื่น

ผู้ถูกระทำ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276¹⁰² บัญญัติใช้คำว่า “ผู้อื่น” ซึ่งเป็นหญิงหรือชายก็เป็นผู้ที่ถูกระทำชำเราได้ หากเป็นหญิงอาจเป็นภริยาของผู้กระทำเองก็ได้แต่ถ้าชายผู้

¹⁰¹ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 334). เล่มเดิม.

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

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

ลงมือกระทำเป็นคนอื่น มิใช่สามีหญิงแม้ว่าสามีจะยินยอม หรือใช้ให้กระทำ หรือร่วมมือในการกระทำ เช่น ช่วยจับแขนขา ทั้งสามีและผู้ลงมือและผู้ร่วมในการกระทำนั้นมีความผิดตามมาตรา 276 หรือจะเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศกันได้¹⁰³

สามีภริยา ตามบทบัญญัติของกฎหมายมาตรานี้ หมายถึง สามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁰⁴

ตามคำพิพากษาศาลฎีกา การกระทำต่อหญิงที่เป็นภริยาไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจมีข้อแก้ตัวได้โดยอาศัยเรื่องความสำคัญผิดตามมาตรา 62 เช่น สำคัญผิดว่าเป็นภริยาของตนตามกฎหมายอิสลาม เป็นต้น¹⁰⁵

หญิง คือ เพศของบุคคลธรรมดาตามสภาพที่ถือกำเนิด ฉะนั้นชายแปลงเพศเป็นหญิงจึงไม่ใช่หญิงในความหมายของความผิดฐานนี้

หญิงที่ถูกกระทำอาจมีความประพฤติน่าเกลียดในทางประเวณีหรือเป็นหญิงโสเภณีก็ได้¹⁰⁶ แม้แต่เคยมีเพศสัมพันธ์กับผู้กระทำมาก่อนก็ไม่ใช่เหตุให้การกระทำครั้งนี้ไม่เป็นความผิด ความประพฤติน่าเกลียดของหญิงเช่นนี้อาจเป็นแต่เพียงพยานหลักฐานอันหนึ่งว่าหญิงยินยอมให้กระทำ แต่ก็ไม่ถึงกับความผิดฐานนี้จะเกิดกับหญิงประเภทนี้ไม่ได้เสียทีเดียว ตามคำวินิจฉัยของศาลฎีกา

คำว่า “ผู้อื่น” ตามบทบัญญัติของกฎหมายใหม่¹⁰⁷ นั้น หมายถึง หญิงตามธรรมชาติที่ถือกำเนิดมาเป็นเพศที่ออกลูกได้ และรวมถึงชายแปลงเพศเป็นหญิงด้วย ดังนั้น การกระทำระหว่าง

เรื่องเพศ สมควรแก้ไขบทบัญญัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศที่เคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 เดิมก่อนแก้ไข “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เจ็ดด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราหญิง หมายถึง การเอาของลับของชายผ่านเข้าไปในช่องสังวาสของหญิง

ถ้าการกระทำผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยร่วมกระทำ ความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงต้องระวางโทษจำคุกสิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต”

¹⁰³ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 340). เล่มเดิม.

¹⁰⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 352/2507.

¹⁰⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 430/2532.

¹⁰⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 633/2475 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 659/2479

¹⁰⁷ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 340). เล่มเดิม.

หญิงต่อหญิงหรือชายต่อชายจึงเป็นความผิดฐานนี้ด้วย ดังนั้นชายกระทำต่อหญิง หรือชายกระทำต่อชาย หญิงกระทำต่อหญิง ชายกระทำต่อหญิงซึ่งเป็นภริยา หรือหญิงกระทำต่อชายซึ่งเป็นสามีก็เป็นความผิดฐานนี้ได้เช่นกัน

2) องค์ประกอบภายในของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ได้แก่เจตนา¹⁰⁸ของผู้กระทำ

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 นี้ไม่ต้องการผล จึงเป็นความผิดสำเร็จทันทีเมื่อมีการกระทำ¹⁰⁹ ผู้กระทำต้องมีเจตนาที่จะต้องการข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น กล่าวคือ ผู้กระทำต้องรู้ว่าผู้ถูกระทำเป็นผู้อื่น และผู้กระทำต้องข่มขืนกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความสมัครใจของผู้ผู้นั้น¹¹⁰

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

3) ลักษณะของการกระทำชำเราผู้อื่น โดยกฎหมายได้มีการบัญญัติความหมายและลักษณะของการกระทำชำเราไว้ใน ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรค 2¹¹⁴

ก. การเอาของลับของชายผ่านเข้าไปในช่องสรีรของหญิงแม้ล่วงล้ำเข้าไปเพียงนิดเดียว¹¹⁵ แม้เชื้อพรหมจารียังไม่ขาดน้ำอสุจิยังไม่เคลื่อนก็ตาม¹¹⁶ ก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว แต่ถ้า

¹⁰⁸ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรค 1 และวรรค 2

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

¹¹⁰ กฎหมายอาญากความผิด (น. 414). เล่มเดิม.

¹¹¹ แหล่งเดิม.

¹¹² กฎหมายอาญากความผิด (น. 416). เล่มเดิม.

¹¹³ คำอธิบายกฎหมายอาญากความผิด (น. 342). เล่มเดิม.

¹¹⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรค 2.

¹¹⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 874/2491

¹¹⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 1133/2509 และคำพิพากษาฎีกาที่ 1646/2532

อวัยวะเพศชายไม่สามารถล่วงล้ำเข้าไปได้ ไม่ว่าจะเหตุเพราะอวัยวะเพศหญิงเล็กเกินไป หรืออวัยวะเพศชายไม่แข็งแรงพอเมื่อน้ำอสุจิเคลื่อน เยื่อพรหมจารีขาดก็อาจเป็นเพียงพยายาม¹¹⁷

กระทำชำเรา¹¹⁸ หมายถึง การร่วมประเวณี คือ ของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชาย จะต้องได้ล่วงล้ำเข้าไปในของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ โดยไม่ต้องคำนึงว่าเมื่อล่วงล้ำไปแล้วชายจะสำเร็จความใคร่หรือไม่ก็ไม่สำคัญ การกระทำชำเราจึงต้องเป็นการกระทำชำเราโดยธรรมชาติ แต่ตามมาตรา 276 ใหม่¹¹⁹ การกระทำชำเราแม้ไม่ได้เป็นการกระทำชำเราโดยธรรมชาติก็เป็นความผิดฐานนี้ได้เช่นกัน

ข. การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นเป็นความผิดฐานนี้¹¹⁹

อวัยวะของผู้ถูกกระทำไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศเสมอไป¹²⁰ ดังนั้น หากชายนำอวัยวะเพศของตนล่วงล้ำเข้าไปในทวารหนักของหญิงก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น รวมทั้งการนำอวัยวะเพศของตนสอดใส่กับทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หากเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ข่อมเป็นการกระทำชำเราอันเป็นความผิดสำเร็จ เพราะเป็นการใช้อวัยวะเพศของตน กระทำกับทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกกระทำ โดยผู้ถูกกระทำอาจเป็นชายด้วยกัน หรือหญิงอาจกระทำความผิดกล่าวกับหญิง หรือหญิงกระทำกับชายก็ได้ ชายที่แปลงเพศเป็นหญิง¹²¹ จึงอาจถูกกระทำความผิดฐานนี้ได้ หรือ

ค. การใช้สิ่งอันใด หมายถึง อวัยวะส่วนอื่นๆ ของร่างกายหรือวัตถุอื่นๆ เช่น นิ้วเพราะใช้คำว่า “อวัยวะอันใด” กระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ¹²² ซึ่งตามความหมายใหม่ กฎหมายได้บัญญัติเปลี่ยนแปลงความหมาย¹²³

การกระทำชำเราผู้กระทำอาจใช้ “สิ่งอันใด” นอกจากอวัยวะเพศของตนกระทำกับ “อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” ดังนั้น หากผู้ใดใช้วัตถุใดๆ สอดใส่ หรือเพียงแค่กระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ก็เป็นการกระทำชำเราตามมาตรา 276 นี้แล้ว และการกระทำ

¹¹⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 1706/2498

¹¹⁸ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 334). เล่มเดิม.

¹¹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1048/2518 ก่อนการแก้ไขกฎหมายเป็นเพียงความผิดฐานอนาจารเท่านั้น.

¹²⁰ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 341). เล่มเดิม.

¹²¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 157/2524

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

¹²³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 (แก้ไขใหม่) พุทธศักราช 2550

ดังกล่าวอาจเป็นการกระทำของชายที่กระทำต่อหญิง ชายต่อชาย หญิงต่อหญิง หรือหญิงต่อชายก็ได้ รวมทั้งผู้กระทำอาจเป็นคู่สมรสก็ได้

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

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

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

การข่มขืนเป็นการฝ่าฝืนใจหรือบังคับใจ ดังนั้นถ้ายินยอมก็ไม่ใช่ความผิด อาทิเช่น ชายหลอกว่าจะสมรสกับหญิง หญิงจึงยอมให้ชายกระทำชำเรา ถือว่าหญิงยอมให้ชายกระทำชำเรา ชายไม่มีความผิดตามมาตรา 276 หรือการขู่ว่าจะไม่ยอมให้กระทำชำเราจะไปโฆษณาเรื่องถูกบุคคลอื่นข่มขืนให้ชาวบ้านฟัง จึงยอมให้ผู้กระทำชำเราเพื่อให้ปกปิดเรื่องไว้ เป็นการสมัครใจให้กระทำไม่ผิดตามมาตรา 276 กระทำต่อหญิงหมดสติแม้ว่าผู้กระทำไม่ได้เป็นผู้ที่ทำให้หญิงหมดสติก็ตามก็เป็นความผิดฐานนี้ เพราะหญิงอยู่ในสถานะที่ไม่อาจจะขัดขืนได้ หากเป็นผู้ทำให้หญิงหมดสติจะเป็น

¹²⁴ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 341). เล่มเดิม.

¹²⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 1839/2538

การใช้กำลังประทุษร้าย การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้เสียหายจึงไม่เป็นความผิดเพราะผู้เสียหายยินยอมให้กระทำชำเรา

การบังคับให้มีเพศสัมพันธ์ โดยที่ผู้ถูกกระทำไม่ได้ยินยอมนั้นถือว่าเป็นอาชญากรรม รัฐมองว่าการรุกรานเข้ามาในชีวิตและความปลอดภัยทางกาย ถือว่าเป็นการรบกวนสิทธิส่วนตัวในเนื้อตัวและร่างกายรัฐจึงไม่สามารถปล่อยให้เป็นที่ของผู้เสียหายจัดการเองได้ ในทางปฏิบัติรัฐไม่สามารถเข้ามาจัดการเอาผู้กระทำผิดไปลงโทษได้หากว่าผู้เสียหายมิได้แจ้งความไว้ เพราะความผิดในลักษณะนี้เป็นความผิดต่อส่วนตัว ตัวอย่างเช่นกรณีที่ถูกข่มขืน หลักฐานที่จะสามารถเอาผิดผู้กระทำผิดได้ย่อมอยู่ในตัวของผู้เสียหาย¹²⁶ ดังนั้นหากผู้เสียหายไม่แจ้งความดำเนินคดีรัฐก็ไม่สามารถเข้าไปดำเนินคดีได้เพราะต้องอาศัยพยานหลักฐานในตัวของผู้เสียหาย หากรัฐเข้าไปดำเนินคดีโดยไม่มีการแจ้งความร้องทุกข์จึงอาจเป็นการเข้าไปละเมิดสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลได้

2.4.2 คุณธรรมทางกฎหมายกับการวินิจฉัยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

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

ความผิดอาญาในแต่ละฐานได้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายอันหนึ่งหรือหลายอัน ในการทำอันตรายหรือก่ออันตรายต่อกรรมของการกระทำที่บัพัญญติของกฎหมายอาญาของการจะคุ้มครองให้เกิดความมั่นคงนี้ เท่ากับเป็นการก่อให้เกิดผลที่พึงปรารถนาหรือผลที่ไม่คุณธรรมนั้น ในทางกฎหมายอาญาจึงมีการพิเคราะห์คุณค่าบางประการด้วย

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

¹²⁶ จาก สังคมกับกฎหมาย (น. 105), โดยทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ก, 2552, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

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

เท่านั้น การแบ่งแยกคุณธรรมทางกฎหมายออกดังกล่าวมาแล้วยังช่วยในการวินิจฉัยปัญหาความยินยอมของผู้เสียหายอีกด้วย¹²⁸

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 นี้เป็นความผิดที่ข่มขืนได้ ถ้ามิได้เกิดขึ้นต่อหน้าธารกำนัลและไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 281¹²⁹

การกระทำต่อหน้าธารกำนัล¹³⁰ หมายถึง การกระทำในที่ซึ่งมีคนอื่นเห็น หรือกระทำในลักษณะที่เปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำของตนได้ แม้ว่ามีผู้อื่นเห็นเพียงคนเดียว ก็เป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล แต่ถ้าเป็นการกระทำในห้องที่ดับไฟมืด แม้มีเด็กอยู่แต่นอนหลับไม่ถือว่าเป็นต่อหน้าธารกำนัลและไม่รวมถึงการกระทำต่อหน้าพวกเดียวกันเอง

ความผิดอันยอมความได้นั้น หากผู้เสียหายตายลงก่อนที่ได้มีการร้องทุกข์ หรือถอนคำร้องทุกข์แล้ว สิทธินาคคืออาญาฆ่าฟันก็ตกเป็นอันต้องระงับลง (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 39 และประมวลกฎหมายอาญามาตรา 96) นอกจากนี้แล้วจะยอมความไม่ได้ ถ้าผู้กระทำได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือร่วมกันกระทำโดยมีลักษณะอันเป็นการโทรม คือมีผู้ร่วมกระทำชำเรามากกว่า 1 คนผลัดกันเปลี่ยนกันทำอย่างน้อยคนละครั้ง เช่น มี 3 คนร่วมกันฉุดหญิงมา พวกที่ฉุดมา 2 คนชำเราหญิงไปแล้ว แม้คนที่ 3 ยังไม่ทันได้ชำเราหญิงนั้น หรือไม่ได้อยู่ในห้องเพราะสลัดกับเพื่อนในการข่มขืนกระทำชำเราหญิง ก็เป็นตัวการโทรมหญิงด้วย และหากเป็นการกระทำระหว่างคู่สมรส ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติ หรือมีการฟ้องหย่าก็ได้¹³¹

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

¹²⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 281

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

จากบรรทัดฐานของคำพิพากษานี้ ศาลฎีกาได้วางหลักที่จะถือว่าต่อหน้าธารกำนัลไว้ว่า

(1) ได้กระทำโดยประการที่ทำให้บุคคลอื่นได้เห็นการกระทำของจำเลย

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

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

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

จึงเห็นได้ว่าคุณธรรมทางกฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 มีกรรมของการกระทำในความผิดฐานนี้ ได้แก่ ผู้เสียหาย ซึ่งเป็นผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรา โดยไม่ว่าผู้เสียหายจะเพศใดกฎหมายก็มุ่งที่จะคุ้มครองเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ในทางเพศของทุกคนในรัฐอย่างเท่าเทียม

2.4.3 ขอบเขตของการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหาย ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีมาตรการในการลงโทษผู้กระทำผิดที่รุนแรงที่สุดในบรรดากฎหมายทั้งหลายที่บังคับใช้ภายในรัฐ เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) กฎหมายจึงอยู่ในรูปของประมวลกฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมายอาญากับบุคคลภายในรัฐจะต้องอยู่ภายใต้หลักการในหลักประกันของกฎหมายอาญา ซึ่งหลักประกันที่สำคัญประการหนึ่งคือ การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญาและกฎหมายอาญาต้องเป็นบทบัญญัติที่ชัดเจนแน่นอน

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

2.4.3.1 ขอบเขตของการให้ความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

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

¹³³ แหล่งเดิม.

ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น มีความยินยอมของผู้เสียหายที่จะปฏิเสธการครอบครองประกอบความผิด เพราะผู้กระทำได้กระทำไปโดยมีความยินยอมของผู้เสียหาย การกระทำนั้นจึงเป็นการกระทำที่ไม่ครบองค์ประกอบความผิดฐานนี้ แต่การที่จะถือว่าเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายและมีผลสมบูรณ์ได้นั้นต้องเป็นความยินยอมที่สมัครใจและเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์ ตลอดจนความยินยอมนั้นต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริงของผู้เสียหาย

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

การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ เป็นปัญหาอาชญากรรมที่มีระดับความร้ายแรงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ซึ่งมีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงสองหมื่นบาท

หากหญิงยินยอมการกระทำของชายก็ไม่ใช่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามมาตรา 276 เทียบกับคำพิพากษาฎีกาที่ 828/2486 โดยถือว่าเป็นการขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิดตามมาตรา 276 ไปเลย ถ้าหากหญิงยินยอมที่จะมีความสัมพันธ์ทางเพศด้วยกับฝ่ายผู้กระทำแล้ว ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่ถ้าฝ่ายหญิงไม่ยินยอมหรือปราศจากความยินยอมของหญิงแล้วผู้กระทำก็จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาจะพบว่า ไม่ได้มีบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องความยินยอมนี้ จึงต้องวิเคราะห์ตามทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับโครงสร้างการกระทำความผิดองค์ประกอบของการกระทำความผิด ศาลฎีกาได้วางหลักเกณฑ์ความยินยอมให้การกระทำที่จะใช้เป็นเหตุยกเว้นความผิดได้จะต้องครบองค์ประกอบอยู่ 4 ประการ คือ

1) ต้องเป็นการให้ความยินยอมของผู้เสียหาย

2) ต้องเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์ ซึ่งต้องเป็นความยินยอมที่เกิดจากความสมัครใจโดยเสรี ปราศจากอำนาจครอบงำ จริใจและขัดแย้ง

ดังเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 616/2482 วินิจฉัยว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อสำนึกศีลธรรมอันดีและมีอยู่จนกระทั่งถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นย่อมเป็นข้อยกเว้นมิให้กระทำการนั้นเป็นความผิด

3) ต้องเป็นความยินยอมที่ให้อย่างน้อยในขณะที่กระทำความผิดและมีอยู่ตลอดเวลาของการกระทำการนั้น ซึ่งโดยทั่วไปความยินยอมจะต้องมีอยู่ในขณะกระทำไม่ว่าจะเป็นความยินยอมที่ผู้เสียหาย แสดงออกในขณะที่มีการกระทำหรือแสดงออกก่อนการกระทำและยังคงมีผลอยู่มิได้ถอนความยินยอมก่อนการกระทำการนั้นสิ้นสุด ดังนั้นการให้ความยินยอมภายหลังการกระทำผิดย่อมไม่ถือว่ามี การให้ความยินยอมจะนำเอาการให้ความยินยอมภายหลังมาเป็นเหตุยกเว้นความผิดไม่ได้

4) ต้องไม่ขัดต่อความรู้สึกในศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ผู้กระทำความผิดต้องกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย โดยคดีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนี้มักปรากฏให้เห็นตามสื่อต่างๆ เกือบทุกวันแม้ว่าบทลงโทษตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้นั้นจะเป็นอัตราโทษที่รุนแรงเพียงใด แต่ผู้กระทำความผิดส่วนใหญ่ก็ยังคงไม่เกรงกลัวต่อบทลงโทษของกฎหมาย และเมื่อถูกจับดำเนินคดี ผู้กระทำความผิดมักให้การเป็น 2 แนวทาง คือ แนวทางแรก เป็นกรณีที่จำเลยยอมรับสารภาพตลอดข้อกล่าวหาซึ่งอาจจะสารภาพในชั้นจับกุมหรือชั้นพิจารณาก็แล้วแต่ ปัญหาในการนำสืบข้อเท็จจริงในข้อนี้จึงไม่ตกเป็นภาระแก่ผู้เสียหาย แนวทางที่สอง เป็นกรณีที่จำเลยไม่สารภาพจำเลยและให้การต่อสู้ ว่าจำเลยไม่ได้กระทำความผิดเพราะผู้เสียหายยินยอมหรือผู้เสียหายไม่ขัดขืน ภาระการพิสูจน์ย่อมตกแก่ฝ่ายโจทก์หรือผู้เสียหาย ดังนั้นปัญหาที่จะตามมาก็มักจะเป็นภาระการพิสูจน์คดีที่ผู้เสียหายต้องนำสืบให้ได้ว่าการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำที่ปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย ซึ่งหากบทบัญญัติในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 มีบทบัญญัติที่ชัดเจนถึงขอบเขตการให้ความยินยอมของผู้เสียหายก็จะเป็นการสร้างความชัดเจนในบทบัญญัติของกฎหมาย เพื่อให้ผู้เสียหายไม่เป็นการสร้างภาระการนำสืบที่หนักแก่ผู้เสียหายจนเกินไปเพราะพยานหลักฐานส่วนหนึ่งที่จะต้องใช้เป็นหลักฐานในการพิจารณาคดีก็เป็นหลักฐานที่อยู่ในตัวของผู้เสียหายจึงมักมีผู้กล่าวอยู่เสมอว่า “การดำเนินคดีเป็นการผู้เสียหายถูกข่มขืนซ้ำสอง” ซึ่งผู้เสียหายในความผิดฐานนี้ต้องได้รับความเสียหายและเจ็บปวดทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจ

นอกจากปัญหาในเรื่องขอบเขตการให้ความยินยอมที่กฎหมายต้องกำหนดให้มี บทบัญญัติถึงขอบเขตที่แน่นอนและชัดเจนไว้ในประมวลกฎหมายแล้ว การให้ความยินยอมที่จะถือว่าเป็นความยินยอมที่แท้จริง บริสุทธิ์และชอบด้วยกฎหมายด้วยใจสมัครนั้นผู้ให้ความยินยอมจะต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถในการให้ความยินยอมได้อย่างแท้จริง กฎหมายจึงควรมีบทบัญญัติถึงความสามารถของผู้ให้ความยินยอมนั้นไว้อย่างชัดเจน เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาถึงความยินยอมของผู้เสียหายว่าเป็นความยินยอมที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อาทิเช่น ความยินยอมของผู้วิกลจริตที่ให้กระทำชำเรานั้นย่อมไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายจึงควรบัญญัติความรับผิดชอบที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบในกรณีดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดอ้างความยินยอมที่ไม่สมบูรณ์นี้เพื่อแสวงหาผลประโยชน์จากการละเมิดสิทธิทางเพศของผู้ที่มีความบกพร่องทางร่างกายหรือสมองเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำความผิดเอง ซึ่งนอกจากกฎหมายควรบัญญัติถึงความสามารถของผู้วิกลจริตที่ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นผู้มีความสามารถในการให้ความยินยอมได้แล้วนั้น ยังคงมีคนอีกหลายประเภทที่กฎหมายควรมีบทบัญญัติที่ชัดเจนถึงผลของการให้ความยินยอมหรือความสามารถในการให้ความยินยอม อาทิเช่น ผู้ที่มีความบกพร่องทางด้านสติปัญญา ผู้พิการ หรือผู้ที่ติดยาเสพติดหรืออยู่ในอาการมึนเมา แอลกอฮอล์ เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายในความผิดฐานนี้ภายใต้หลักความยุติธรรม

2.4.3.2 ขอบเขตของการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้แต่อย่างใด ซึ่งนักวิชาการบางท่านได้ให้ความเห็นไว้ดังนี้

ท่านดร.รณกรณ์ บุญมี ได้ให้ความเห็นว่า 2 ประการ

ประการที่หนึ่ง คือ ความยินยอมในการกระทำชำเรานั้นจะต้องมีตลอดเวลาที่การกระทำชำเราเริ่มขึ้นและดำเนินไปจนจบ หากฝ่ายที่ไม่ได้ถอนความยินยอม ไม่ยอมหยุดการกระทำ ฝ่ายนั้นย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น และ

ประการที่สอง คือ ในการบอกถอนความยินยอมนั้น ถ้าหากฝ่ายหนึ่งถอนหรือยุติความยินยอม อีกฝ่ายหนึ่งจะต้องหยุดการกระทำในทันที

“การบอกถอนความยินยอม” จะทำให้ความยินยอมที่ได้เคยให้ไว้ก่อนหน้าสิ้นผลเรื่อง การบอกถอนความยินยอมในกฎหมายอาญาของไทยนั้นไม่ได้มีบทบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย

อาญา การนำไปใช้ในหลักนี้ก็ใช้ด้วยการตีความตามข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นตามแต่ละคดี เช่นเดียวกับการใช้หลักความยินยอมในกฎหมายอาญา ที่ไม่ได้มีการบัญญัติไว้โดยแจ้งชัด

กรณีผู้ถูกระทำให้ความยินยอมขณะเริ่มกระทำชำเรา แต่เปลี่ยนเป็นปฏิเสธให้ความยินยอมหลังการกระทำชำเราจนกระทั่งการกระทำชำเราจบสิ้นลงในกรณีนี้ยังมีประเด็นที่น่าจะต้องพิจารณาว่าในกรณีที่การกระทำชำเราเริ่มต้นขึ้นด้วยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย แต่ขณะที่การกระทำชำเรากำลังดำเนินไปภายใต้ความยินยอมร่วมกันนั้น เกิดมีฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่จะกระทำชำเรากันต่อไป ไม่ว่าจะเป็นเพราะเกิดความเจ็บปวด หรือทราบข้อเท็จจริงบางประการเพิ่มเติมกะทันหัน เช่น ทราบว่าอีกฝ่ายเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ร้ายแรง มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนในทางเพศ นิยมความรุนแรง หรือไม่ว่าโดยเหตุผลใดๆ ก็ตาม แต่เมื่อปฏิเสธไม่ให้มีการกระทำชำเราต่อไปแล้ว อีกฝ่ายหนึ่งกลับไม่ยอมหยุดการกระทำชำเราในทันที จะถือได้หรือไม่ว่าเป็นการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอม ของอีกฝ่ายในกรณีนี้ เป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งเป็นความผิดที่รุนแรง และทำลายความสงบเรียบร้อยของสังคมอย่างมากจนต้องมีการกำหนดกระบวนโทษที่สูงเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเราในกรณีทั่วไป¹³⁴

ลักษณะการบอกถอนความยินยอมการบอกถอนความยินยอมของผู้เสียหายหรือการขัดขืนการกระทำและไม่ยอมรับให้กระทำชำเราต่อไปขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมของเหตุการณ์แต่ต้องแสดงออกโดยชัดแจ้ง เพื่อให้ฝ่ายผู้กระทำได้พอทราบถึงการบอกถอนความยินยอมนั้น จึงมีคำถามตามมาว่า การถอนความยินยอมเป็นการบอกอ้างความยินยอมเดิมและหากฝ่ายชายได้กระทำต่อไปจะเป็นการข่มขืนหรือไม่ แต่ได้มีหลักฐานที่แสดงให้เห็นชัดว่า ฝ่ายหญิงได้ให้ความยินยอมมาแต่แรกแต่ภายหลังฝ่ายหญิงได้สื่อสารทั้งคำพูดและการกระทำที่แสดงว่าเป็นการถอนความยินยอม ฝ่ายชายได้เข้าใจและมีเวลาเหลือเฟือขณะร่วมประเวณีอยู่นั้นแต่ปฏิเสธที่จะยุติการสอดใส่ ศาลจึงได้ตัดสินว่าเป็นการข่มขืนเช่นเดียวกับนักวิชาการของไทยที่ได้ให้ความเห็นว่า การยินยอมของหญิงต้องดูจากอากัปกิริยาของหญิงไป พฤติการณ์ที่นิ่งเฉยนั้นต้องถือว่าเป็นการยินยอมให้ร่วมประเวณีด้วย ตามสุภาษิตโบราณที่ว่า “ผู้ที่นิ่งไว้เหมือนแสดงว่ายินยอม” (Qui Tacetconsentirevidetur) เช่นในการที่ชายใดใช้กิริยาเล้าโลมลวนลามหญิง หญิงไม่ได้แสดงอาการขัดขืนใดๆ ชายจึงกระทำต่อไปเพราะเห็นว่าหญิงไม่ได้ขัดขวางการกระทำนั้นจนกระทั่งมีการชำเรา เช่นนี้ควรสันนิษฐานว่าหญิงยินยอม¹³⁵ เมื่อได้มีการถอนความยินยอมแล้ว ก็ถือว่าไม่มีความยินยอมที่จะอ้าง ความยินยอมแต่

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

¹³⁵ จาก คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2 (น. 1107), โดย พระอินทปรีชา (เหียนเลชะวนิช), 2469, โสภณพิพรรฒธนากร.

แรกเริ่มมาเกี่ยวกับการต้องรับโทษไม่ได้ แต่ความยินยอมในครั้งก่อนนั้นก็มิผลสมบูรณ์และสิ้นสุดไปเมื่อผู้เสียหายบอกถอนความยินยอมนั้น¹³⁶

พฤติการณ์ที่เป็นการบอกถอนความยินยอมในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

1) การบอกถอนความยินยอมนั้นเกิดขึ้นโดยอิสระและผู้ที่บอกถอนความยินยอมต้องการที่จะยุติการกระทำที่ได้ร่วมประเวณีนั้นทันที

2) ระยะเวลาในการถอนความยินยอมการปฏิเสธซึ่งความยินยอมในเวลาใดๆ ก็ตาม ภายหลังการได้ให้ความยินยอม ไม่ว่าจะมีการร่วมประเวณีเกิดขึ้นแล้วหรือยัง ไม่มีการร่วมประเวณี ฝ่ายที่ต้องการบอกถอนความยินยอมก็สามารถบอกถอนความยินยอมนั้นได้เสมอ แต่ผลทางกฎหมายย่อมต่างกัน กล่าวคือ

ประการแรก หากการบอกถอนความยินยอมของฝ่ายที่บอกถอนความยินยอมได้บอกถอนความยินยอม ในขณะที่ยังไม่มีการร่วมประเวณี อีกฝ่ายเคารพการตัดสินใจของผู้ที่บอกถอนความยินยอมที่เคยได้ให้ไว้โดยต่างฝ่ายต่างกลับมาสู่สถานะปกติไม่มีการกระทำชำเราจากฝ่ายที่ได้รับคำบอกถอน กรณีเช่นนี้ก็ไม่อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเกิดขึ้นได้

ประการที่สอง การบอกถอนความยินยอมของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ได้บอกถอนความยินยอมในขณะที่ยังไม่มีการร่วมประเวณีเช่นเดียวกันกับประการแรก แต่ฝ่ายที่ได้รับคำบอกถอนความยินยอมนั้นไม่เคารพการตัดสินใจของฝ่ายที่ได้บอกถอนความยินยอม และกระทำชำเราฝ่ายที่บอกถอนความยินยอมนั้น กรณีเช่นนี้ย่อมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

ประการที่สาม ในขณะที่มีการร่วมประเวณีกันภายหลังความยินยอมของทั้งคู่ แต่ในระหว่างการร่วมประเวณีนั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้บอกถอนความยินยอมหรือต้องการยุติการร่วมประเวณีนั้น ปัญหาในกรณีหลังจากนี้ที่ต้องมาวิเคราะห์คือ หากฝ่ายที่ได้รับคำบอกถอนความยินยอมนั้นไม่ยอมหยุดโดยไม่ว่าจะเป็นเพศไหนก็ตามยังคงกระทำชำเราต่อไปโดยไม่ยี่อิดต่อคำบอกถอนความยินยอมของอีกฝ่าย ตามหลักกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี ถือว่า การกระทำความผิดเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น และผู้กระทำไม่อาจจะเอาความยินยอมที่ให้ไว้ก่อนร่วมประเวณีมาเป็นข้ออ้างว่าการกระทำชำเรานั้นกระทำไปโดยมีความยินยอมของผู้เสียหาย

3) การแสดงการถอนความยินยอมต้องเป็นการแสดงออกที่ชัดเจน ที่จะทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเข้าใจถึงการบอกถอนความยินยอมนั้นเข้าใจได้ถึงสาระที่ต้องการถอนความยินยอมนั้น เพื่อให้อีกฝ่ายเข้าใจและยุติการล่วงประเวณีทันที

¹³⁶ ความยินยอมในกฎหมายอาญา (น. 48). เล่มเดิม.

2.4.4 การรับรองสิทธิผู้เสียหายในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นเป็นความผิดที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 แต่ในการดำเนินคดีทางอาญาดังกล่าวต้องอาศัยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นเครื่องมือในการจัดการขั้นตอนต่างๆ ในคดี แม้ว่าจะมีบทบัญญัติหลักๆ ในกฎหมายทั้งสองประมวลข้างต้นในการดำเนินคดี แต่ยังคงมีกฎหมายอีกหลายฉบับที่บัญญัติรับรองสิทธิของผู้เสียหายในคดีความผิดลักษณะนี้ กฎหมายเป็นเพียงเครื่องมือที่รับรองสิทธิผู้เสียหายไว้เท่านั้น ในทางปฏิบัติจึงเป็นหน้าที่ของผู้มีอำนาจใช้กฎหมายนั้นๆ เพื่อให้เกิดการคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายในคดีความผิดอันเกี่ยวกับเพศอย่างแท้จริงเป็นรูปธรรม

1) การรับรองสิทธิหญิงผู้เสียหายในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศในประเทศไทย

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

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

“สิทธิ” หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองหรือคุ้มครองให้¹⁴⁰

¹³⁷ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2542 มาตรา 3.

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

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

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

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

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

2) การคุ้มครองโดยองค์กรภาครัฐ

กรณีที่บุคคลใดตกเป็นผู้เสียหายในคดีอาญา สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญได้ บัญญัติไว้เหล่านี้ย่อมผูกพันองค์กรของรัฐโดยตรง และสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นส่วนตัว ย่อมได้รับการคุ้มครอง การกล่าวหาหรือไขข่าวแพร่หลาย ซึ่งข้อความ หรือภาพไม่ว่าโดยวิธีใดไปยังสาธารณะ อันเป็นการละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลใน ครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัว จะกระทำไม่ได้ เว้นแต่กรณีเป็นประโยชน์ แก่สาธารณะ เป็นการคุ้มครองในส่วนของการเปิดเผยข้อเท็จจริง¹⁴²

แนวคิดในการกำหนดนโยบายทางอาญาของรัฐต้องคำนึงถึงการเข้าถึงกระบวนการ ยุติธรรมของทุกฝ่าย ไม่ว่าจะเป็น ตัวผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหาย โดยที่ระบบงานยุติธรรมที่ นานาประเทศยึดถือปฏิบัติมีแนวคิดที่สำคัญ 2 ประการ คือ

(1) แนวคิดพื้นฐานทางอาญาที่เน้นการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมเป็นหลัก หรือเน้นการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control)

¹⁴¹ แหล่งเดิม.

¹⁴² แหล่งเดิม.

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

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

3) สิทธิของผู้เสียหายในขั้นตอนก่อนการดำเนินคดี

กรณีเมื่อมีบุคคลใดได้รับความเสียหายจากการละเมิดทางอาญาของ บุคคลนั้นย่อมต้องได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย สิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญาความผิดเกี่ยวกับเพศในเบื้องต้นได้แก่

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

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

(3) สิทธิในการฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องคดีอาญา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 40

(4) สิทธิในการมอบอำนาจให้บุคคลอื่นร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน หรือฟ้องคดีอาญาต่อศาล¹⁴⁶

¹⁴³ แหล่งเดิม.

¹⁴⁴ แหล่งเดิม.

¹⁴⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 4.

¹⁴⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 890/2530 (ประชุมใหญ่)

(5) สิทธิในการขอสืบพยานล่วงหน้า ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 237 ทวิ

การนำคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาโดยผ่านกระบวนการของรัฐ จุดเริ่มต้น คือ การร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงาน¹⁴⁷ อันเป็นเงื่อนไขในการให้อำนาจดำเนินคดีแก่เจ้าพนักงาน

4) สิทธิของผู้เสียหายในขั้นตอนภายหลังการดำเนินคดี

ในการรับรองสิทธิของผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศนั้น จำเป็นที่รัฐจะต้องมีมาตรการในการรับรองสิทธิในลักษณะของบทบัญญัติที่ชัดเจนในประมวลกฎหมาย ในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติ โดยอาจจะนำสิทธิของผู้เสียหายในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศนี้มาบัญญัติเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในประมวลกฎหมาย เพื่อให้การดำเนินคดีลักษณะนี้เป็นไปโดยกระทบสิทธิผู้เสียหายให้น้อยที่สุดและคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายให้มากที่สุดเท่าที่กฎหมายจะทำได้

¹⁴⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (7).