

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร : ศึกษากรณีการให้ความยินยอม



บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2559
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

THE RAPE AND INDECENT ASSAULT OFFENCES : PARTICULAR STUDY IN THE CASE OF
CONSENT

Mr. Parinut Somnuk



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

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2016

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์ : ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร
ศึกษากรณีการให้ความยินยอม
โดย นายปริญญ์ สมนึก
สาขาวิชา นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ วีระพงษ์ บุญญากาศ)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

.....กรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ ดร.ดล บุนนาค)

ปริญญ์ สมนึก : ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร : ศึกษากรณีการให้ความยินยอม (THE RAPE AND INDECENT ASSAULT OFFENCES : PARTICULAR STUDY IN THE CASE OF CONSENT) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ผศ. ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์, หน้า.

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 เป็นความผิดที่ต้องกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้อื่น และการกระทำจะต้องประกอบด้วยลักษณะใดลักษณะหนึ่ง กล่าวคือ โดยขู่เชิญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยกระทำขณะผู้อื่นอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

จากการศึกษาพบว่าแม้การหลอกลวงเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ความยินยอมเสียไปเป็นความยินยอมที่ไม่บริสุทธิ์ และไม่ใช่ว่าการหลอกลวงทุกกรณีที่จะเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป แต่ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 กำหนดเพียงการหลอกลวงให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นเท่านั้นเป็นความผิด มิได้กำหนดถึงการหลอกลวงให้เข้าใจผิดในสภาพของการกระทำ และการหลอกลวงให้เข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ของการกระทำไว้เป็นองค์ประกอบของความผิด

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหา 2 ด้าน ได้แก่ ในด้านการพิจารณาความผิดเพื่อให้สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ และในด้านการกำหนดความผิดโดยเพิ่มเติมองค์ประกอบความผิดในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และ 278 เพื่อให้ครอบคลุมถึงการหลอกลวงที่เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปทุกกรณี

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2559

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

5685995434 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: RAPE BY DECEPTION / RAPE / RAPE BY FRAUD / CONSENT / RAPE AND INDECENT ASSAULT

PARINUT SOMNUK: THE RAPE AND INDECENT ASSAULT OFFENCES : PARTICULAR STUDY IN THE CASE OF CONSENT. ADVISOR: ASST. PROF. DR.PAREENA SRIVANIT, pp.

According to section 276 and 278 of the Criminal Code, the conviction of crime with respect to rape and sexual assault are offense committed without the consent of others and the action must be performed in a certain manner, i.e., doing any act of violence, by taking advantage of that person to be in the condition of inability to resist, or by causing that person to mistake him for the other person

This study found that even a fraud vitiate consent is not innocent consent and not all deception will cause an involuntary assumption of risk. However, according to the Criminal Code, Section 276 and Section 278, only deception by causing that person to mistake him for the other person is wrongdoing. It does not stipulate misleading deception of the state of action and misleading deception of the purpose of the act as elements of guilt.

Therefore, this thesis proposes about judicial proceeding in order to bring the offender to justice and recommends to revise section 276 and 278 of Criminal Code by adding some term to cover all aspects of fraud vitiate consent.

Field of Study: Laws

Academic Year: 2016

Student's Signature

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดีเนื่องจากได้รับความเมตตาจากอาจารย์หลายท่าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์ ที่ได้ให้ความกรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก โดยได้ให้คำแนะนำในการทำวิทยานิพนธ์ คำแนะนำในทางวิชาการ ตลอดจนแนวทางการเขียนวิทยานิพนธ์ รวมทั้งช่วยตรวจทานแก้ไขข้อบกพร่องวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ตั้งแต่เริ่มต้นจนเสร็จการทำวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนรู้สึกสำนึกในพระคุณเป็นอย่างยิ่ง จึงขอกราบขอบพระคุณมา ณ ที่นี้ครับ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์วีระพงษ์ บุญโญภาส ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รวมทั้งได้ชี้แนะแนวทางอันเป็นประโยชน์ต่อผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์เป็นอย่างยิ่ง และขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และท่านอาจารย์ ดร.ดล บุนนาค ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และได้ให้คำชี้แนะ ให้ข้อมูล ตลอดจนให้ความคิดเห็นทั้งในทางวิชาการและทางปฏิบัติที่เป็นประโยชน์ต่อผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สำเร็จสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณนายปิยะ สมนึก บิดาผู้ล่วงลับ และนางปริมพัฒน์ แก้วขาว มารดาที่เคารพรักยิ่ง รวมถึงญาติพี่น้อง สำหรับการเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน ให้การศึกษา และให้การสนับสนุนในทุกๆ ด้านกับผู้เขียน ขอกราบขอบพระคุณนายจำเริญ แก้วขาว บิดาบุญธรรมของผู้เขียน สำหรับการสนับสนุนในการเรียนชั้นปริญญาโท และขอขอบคุณนางสาวอภิรดี โอภิชากรณ์ สำหรับการช่วยเหลือ และให้กำลังใจผู้เขียนตลอดมาตั้งแต่เริ่มต้นทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสามารถสำเร็จลุล่วงด้วยดีไปได้ในที่สุด

สุดท้ายนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณครูบาอาจารย์ทุกท่าน รวมถึงมหาวิทยาลัยรามคำแหง และจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ทางด้านกฎหมายให้แก่ผู้เขียนตั้งแต่ระดับปริญญาตรีและปริญญาโท และขอขอบคุณเพื่อนร่วมชั้นเรียนทุกท่านสำหรับกำลังใจที่ดีเสมอมา ตลอดจนเจ้าหน้าที่ห้องบัณฑิตศึกษา สำหรับการให้คำแนะนำ และอำนวยความสะดวกในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และรวมถึงผู้มีพระคุณอีกหลายท่านที่มีได้กล่าวถึงในกิตติกรรมประกาศนี้ครบถ้วนทุกคน ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณไว้ ณ ที่นี้ด้วยครับ

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฎ
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	5
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	5
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	6
1.5 วิธีในการดำเนินการวิจัย.....	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย.....	6
บทที่ 2 ความยินยอมในกฎหมายอาญา.....	7
2.1 แนวความคิดและลักษณะของความยินยอมในทางอาญา.....	8
2.1.1 ความหมายของความยินยอม.....	11
2.1.2 ความยินยอมที่มีผลต่อองค์ประกอบภายนอกของความผิด.....	13
2.1.3 ความยินยอมที่เป็นเหตุยกเว้นความผิด	14
2.2 หลักเกณฑ์ของความยินยอมในทางอาญา.....	16
2.2.1 การให้ความยินยอม.....	16
2.2.1.1 ความยินยอมโดยชัดแจ้ง.....	17
2.2.1.2 ความยินยอมโดยปริยาย.....	17
2.2.1.3 ขอบเขตของความยินยอม	18

2.2.2 ผู้มีความสามารถให้ความยินยอม.....	19
2.2.2.1 ความยินยอมของผู้เยาว์.....	20
2.2.2.2 ความยินยอมของคนวิกลจริต.....	21
2.2.2.3 บุคคลอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้.....	22
2.2.3 ระยะเวลาของการให้ความยินยอม.....	23
2.2.3.1 ความยินยอมก่อนหรือขณะกระทำความผิด.....	23
2.2.3.2 ความยินยอมในทางอาญากับการยอมความ.....	24
2.2.4 ความยินยอมอันบริสุทธิ์.....	24
2.2.4.1 ความยินยอมเกิดจากการหลอกลวง.....	24
2.2.4.2 ความยินยอมเกิดจากการข่มขู่.....	28
2.2.4.3 ความยินยอมเกิดจากการสำคัญผิด.....	29
2.2.4.4 ความยินยอมเกิดจากความกดดันทางเศรษฐกิจ.....	29
2.2.4.5 ความยินยอมที่ได้มาโดยมิชอบประการอื่น.....	30
2.2.5 ความยินยอมไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและสำนักศีลธรรมอันดี.....	30
บทที่ 3 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร.....	33
3.1 แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร.....	33
3.1.1 หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.....	34
3.1.2 หลักเสรีภาพทางเพศของบุคคล.....	37
3.1.3 หลักศีลธรรม.....	40
3.1.4 แนวความคิดกำหนดความผิดในอดีตและปัจจุบัน.....	43
3.2 วิวัฒนาการความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารในประเทศไทย.....	48
3.2.1 กฎหมายตราสามดวง.....	48

3.2.2 พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118	52
3.2.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127	54
3.2.4 ประมวลกฎหมายอาญา.....	60
บทที่ 4 การบังคับหรือข่มขืนใจในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร	73
4.1 การบังคับหรือการข่มขืนใจ	73
4.1.1 เปรียบเทียบความผิดเกี่ยวกับเพศกับความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ	74
4.1.2 พิจารณาความหมายของการข่มขืนใจในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำ อนาจาร.....	78
4.2 ลักษณะและรูปแบบการบังคับหรือข่มขืนใจ	81
4.2.1 การใช้กำลังประทุษร้าย	81
4.2.2 การบังคับให้กระทำ	85
4.2.3 การกระทำในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้.....	87
4.2.4 การกระทำโดยอาศัยการครอบงำผิดครองธรรม.....	92
บทที่ 5 การหลอกลวงให้ยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร.....	95
5.1 ความหมายของการหลอกลวง.....	95
5.1.1 พิจารณาความหมายการหลอกลวงโดยทั่วไป	96
5.1.2 พิจารณาความหมายการหลอกลวงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำ อนาจาร.....	98
5.2 การหลอกลวงให้ยินยอม	99
5.2.1 ปัญหาการหลอกลวงให้ยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ตามกฎหมายไทย	99
5.2.2 พิจารณาการหลอกลวงกับหลักความยินยอมในทางอาญา	105
5.3 รูปแบบการหลอกลวงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร	109
5.3.1 การหลอกลวงเกี่ยวกับตัวบุคคล.....	109

5.3.1.1. การหลอกลวงให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น	110
5.3.1.2 การหลอกลวงในคุณสมบัติของตัวบุคคล.....	112
5.3.2 การหลอกลวงเกี่ยวกับข้อเท็จจริง	116
5.3.2.1 การหลอกลวงในสภาพตามธรรมชาติของการกระทำ.....	116
5.3.2.2 การหลอกลวงในวัตถุประสงค์ของการกระทำ	119
5.4 วิเคราะห์มาตรการที่เหมาะสมเกี่ยวกับการหลอกลวงให้ยินยอมในความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราและกระทำอนาจารในประเทศไทย.....	127
5.4.1 วิเคราะห์การหลอกลวงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของ ไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ.....	127
5.4.1.1 องค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวกับการหลอกลวง	128
5.4.1.2 การจัดประเภทของความผิด.....	142
5.4.1.3 ลักษณะของโทษ.....	144
5.4.2 วิเคราะห์ความเหมาะสมในการพิจารณาความผิดและการกำหนดบทบัญญัติความผิด เกี่ยวกับการหลอกลวงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร	148
5.4.2.1 ความเหมาะสมในด้านการพิจารณาความผิด	148
5.4.2.2 ความเหมาะสมในด้านการกำหนดบทบัญญัติความผิด	152
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	158
6.1 บทสรุป	158
6.2 ข้อเสนอแนะ	163
รายการอ้างอิง	171
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	175

สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 1 เปรียบเทียบแนวความคิดการหลอกลวงให้ยินยอมในประเทศไทยกับต่างประเทศ	108
ตารางที่ 2 เปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารที่เกี่ยวกับการหลอกลวงระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ.....	146



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำอนาจารเป็นอาชญากรรมทางเพศที่ร้ายแรงและเกิดขึ้นจำนวนมากในสังคมไทยปัจจุบัน เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่างๆ ต่อสังคม ต่อผู้ตกเป็นเหยื่อ หรือต่อครอบครัวของเหยื่อและผู้กระทำความผิดเอง ซึ่งสามารถพบเห็นข่าวสารเป็นประจำทั้งในหน้าหนังสือพิมพ์ โทรทัศน์ หรือแม้กระทั่งในสื่อโลกออนไลน์ ผู้กระทำความผิดหรือผู้ถูกระทำมีทั้งเด็กและผู้ใหญ่ เป็นอาชญากรรมที่ได้รับผลสะท้อนทางด้านอารมณ์หรือปฏิกิริยาทางสังคมที่รุนแรงจากคนในสังคมที่ไม่สามารถยอมรับกับการกระทำเหล่านั้นได้

สำหรับความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราตามและความผิดฐานกระทำอนาจารคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut/legal interest) หรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง คือ “เสรีภาพในทางเพศ” (Sexual Autonomy)¹ ของบุคคล กล่าวคือ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกายของตนเองซึ่งรวมไปถึงเสรีภาพในทางเพศ ซึ่งหมายถึง ความอิสระที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนเอง เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประการสำคัญของบุคคลที่ติดตัวบุคคลมาตั้งแต่เกิด ซึ่งจะต้องได้รับความรับรองคุ้มครองอย่างเคร่งครัด การล่วงละเมิดทางเพศจึงเป็นอาชญากรรมที่จะต้องได้รับความคุ้มครองจากรัฐทุกรัฐ

ลักษณะของการกระทำอันจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือความผิดฐานกระทำอนาจารล้วนเป็นความผิดที่จะต้องกระทำโดย “ปราศจากความยินยอม” ของผู้ถูกระทำ ซึ่งหากผู้ถูกระทำยินยอมให้ผู้กระทำมีความสัมพันธ์ทางเพศแล้ว การกระทำย่อมไม่อาจเป็นความผิดทั้งสองฐานดังกล่าวได้ แม้ว่าในองค์ประกอบของความผิดจะไม่ปรากฏถึงการบัญญัติถ้อยคำโดยตรงว่าการกระทำจะเป็นความผิดต่อเมื่อผู้ถูกระทำไม่ยินยอม แต่โดยเหตุผลที่ว่าในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คำว่า “ข่มขืน” หมายความว่า ผู้ถูกระทำไม่ยินยอมให้กระทำโดยสมัครใจ² เช่นเดียวกันกับความผิดฐานกระทำอนาจารซึ่งเป็นความผิดที่เกิดขึ้นโดยการบังคับ ชูเชื้อ ใช้กำลัง

¹ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553), หน้า 414

² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพฯ พับลิชชิ่ง, 2557), หน้า 411.

ประทุษร้าย หรือหลอกลวง ความผิดทั้งสองฐานดังกล่าวจึงต้องเป็นการกระทำที่ผู้ถูกระงับไม่ยินยอม หากผู้ถูกระงับยินยอมให้กระทำก็จะเป็นความผิดทั้งสองฐานข้างต้นนั่นเอง³ ความยินยอมในทางอาญาจึงเป็นสาระสำคัญในการบัญญัติกฎหมาย การพิจารณาคดี และการต่อสู้คดี

เมื่อพิจารณาถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278 ของไทยในปัจจุบัน องค์ประกอบภายนอกในส่วนลักษณะของการกระทำที่จะเป็นความผิดทั้งสองฐานดังกล่าวจะต้องประกอบด้วยลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

1. การขู่เชือดด้วยประการใดๆ
2. การใช้กำลังประทุษร้าย
3. การกระทำขณะผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้
4. การทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารนั้น กฎหมายได้จำกัดกรอบการคุ้มครองไว้เพียง 4 ประการข้างต้น หากเป็นกรณีนอกเหนือจากนี้แม้เป็นการกระทำที่ปราศจากความยินยอมการกระทำก็จะเป็นความผิดสองฐานดังกล่าว การคุ้มครองจึงไม่ครอบคลุมถึงการเข้าถึงทางเพศโดยวิธีมิชอบอื่นๆ

แม้ว่าองค์ประกอบภายนอกในส่วนของลักษณะการกระทำประการหนึ่ง คือ **“การทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น”** กล่าวคือ เป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดเจตนาหลอกลวงให้ผู้ถูกระงับสำคัญผิดในตัวบุคคลเพื่อให้มีความสัมพันธ์ทางเพศกับตน ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการรับรองคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคลที่จะไม่ถูกบุคคลอื่นหลอกลวงเพื่อเข้าถึงทางเพศ แต่ยังคงมีปัญหาสำหรับการหลอกลวงในรูปแบบอื่นๆ ที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้ความรับรองคุ้มครองให้ครอบคลุมไปถึงการหลอกลวงรูปแบบอื่นๆ เพื่อที่จะคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคล เมื่อเกิดการหลอกลวงรูปแบบอื่นๆ ขึ้น เช่น การหลอกลวงโดยอาศัยความเชื่อทางศาสนา พิธีกรรม การทำนายดวงชะตา การสะเดาะเคราะห์ การรักษาโรคทั้งทางแพทย์ปัจจุบัน หรือแผนโบราณ หรือการรักษาโรคตามความเชื่อ เป็นต้น การกระทำเหล่านี้กฎหมายไม่อาจนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างที่เป็นคำพิพากษาศาลฎีกา ได้แก่

³ จิตติ ดิงศภัทย์, *กฎหมายอาญามาตรา 2 ตอน 1*, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2548), หน้า 739,761.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 509/2529 “เป็นกรณีที่ผู้เสียหายไปพบจำเลยโดยจำเลยทำอุบายว่าผู้เสียหายดวงชะตาไม่ดี จำต้องให้จำเลยสะเดาะเคราะห์ให้โดยใช้อวัยวะเพศสอดใส่ในทวารหนักของผู้เสียหาย ศาลฎีกาตัดสินว่า เป็นการกระทำที่อาศัยความเบาปัญญาของผู้เสียหายที่หลงเชื่อว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการสะเดาะเคราะห์ จึงไม่เป็นการชู้เชียวจะใช้กำลังประทุษร้ายจนผู้เสียหายอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้ ยอมให้กระทำอนาจาร(ปัจจุบันเป็นข่มขืนกระทำชำเรา) ไม่เป็นความผิด”

อีกตัวอย่างหนึ่งที่เป็นคำพิพากษาศาลฎีกา ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5837/2530 “เป็นกรณีจำเลยหลอกลวงรักษาโรคให้ผู้เสียหาย โดยใช้เท้าเหยียบที่หน้าขา อวัยวะเพศ ท้อง หน้าอก แล้วใช้มือคลำทั่วร่างกายเปลือยของหญิงโดยเฉพาะที่นม อวัยวะเพศ ตลอดจนใช้นิ้วล้วงเข้าไปในช่องคลอด แล้วให้หญิงนอนโค้งโค้งเพื่อเอาของลับของจำเลยมาคลึงให้แข็งตัว ศาลฎีกาตัดสินว่าการกระทำแสดงว่าผู้เสียหายยอมให้จำเลยกระทำอนาจาร (ปัจจุบันเป็นข่มขืนกระทำชำเรา) โดยโง่เขลาเบาปัญญา หลงเชื่ออย่างมงายว่าจำเลยทำการรักษาโรคให้ได้ จึงไม่เป็นการชู้เชียวโดยใช้กำลังประทุษร้ายหรือชู้เชียวจนผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่เป็นความผิด”

ทั้งนี้ ในสังคมปัจจุบันการหลอกลวงเพื่อเข้าถึงทางเพศเกิดขึ้นมากมายหลายกรณี มีรูปแบบการหลอกลวงและเครื่องมือในการหลอกลวงที่หลากหลาย ผู้ตกเป็นเหยื่อที่ถูกหลอกลวงมีทั้งคนที่มีวุฒิภาวะการศึกษาหรือไร้วุฒิภาวะการศึกษา มีทั้งคนที่ฐานะร่ำรวยหรือยากจน การหลอกลวงบางกรณีส่งผลกระทบต่อประชาชน สิ่งที่ถูกหลอกลวงสูญเสียไปมักจะเป็นการหลอกลวงเอาเงินเป็นส่วนใหญ่ และในบางกรณีรวมไปถึงการหลอกลวงที่ทำให้เสื่อมเสียเสรีภาพทางเพศด้วย ดังจะเห็นได้จากกรณีตัวอย่างที่เป็นข่าวโด่งดังในต้นปี 2557 คือ⁴

กรณีของหมอการเวกเทพหน้าทอง เสน่ห์มอญแปรงร่าง ที่หลอกมีเพศสัมพันธ์โดยอ้างว่าเป็นการทำพิธีกรรมซึ่งถูกตำรวจกองปราบปรามเข้าจับกุมเข้าจับกุมที่สำนัก ย่านปทุมธานีหลังผู้เสียหายเข้าร้องเรียน โดยพฤติกรรมของหมอเสน่ห์ดังกล่าวว่ามีการโฆษณาชวนเชื่ออย่างกว้างขวางในอินเทอร์เน็ตว่าตนเป็นผู้มีวิชาอาคม สามารถทำให้คนรักคนหลงหรือคนในครอบครัวกลับมาอยู่ด้วยกันสงบสุขอีกครั้ง โดยการทำให้พิธีกรรมจะต้องเสียเงินตั้งแต่ 20,000-700,000 ลักษณะการประกอบพิธี

⁴ ครอบครัวยุว 3, ดร.กองปราบบุกจับหมอทำเสน่ห์ หลอกมีเพศสัมพันธ์ถ่ายคลิปข่มขู่[ออนไลน์], 14 มีนาคม 2557. แหล่งที่มา <http://www.krobkruakao.com>

จะต้องร่วมเพศกับหอมเสน่ห์เองหรือลูกน้องในสำนัก โดยบางรายอาจมีการแอบบันทึกวิดีโอไว้ด้วย ซึ่งปรากฏผู้เสียหายหลายรายตั้งแต่นักศึกษาปัญญาชนหรือไฮโซผู้มีฐานะทางสังคม

หรืออีกกรณีหนึ่งในคดีที่ นายหาญ รักษาจิตร หรือ เณรแอ จอมขมังเวทย์ที่มีพฤติกรรมก่อกวน หลอกลวงประชาชนลักษณะเดียวกัน คดีนี้เณรแอถูกตั้งหลายข้อหา ได้แก่ ข้อหาฉ้อโกงประชาชน มีวิถตุลามากไว้ในความครอบครอง ความผิดเกี่ยวกับพระราชบัญญัติอาหารและยา และที่น่าสนใจ คือ มีความพยายามที่จะดำเนินคดีโดยการตั้งข้อหาความผิดฐานกระทำอนาจารและความผิดฐานข่มขืน กระทำซ้ำเราด้วย⁵

จากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นข้างต้น จะเห็นได้ว่าการกระทำดังกล่าวไม่เข้าองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร โดยเป็นเพียงความผิดฐานฉ้อโกงประชาชน เท่านั้น จึงเป็นที่น่าสังเกตว่าแม้กระทั่งกรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินซึ่งเป็นเพียงสิทธิเหนือทรัพย์สินเท่านั้น ยังได้รับความคุ้มครองคุ้มครองตามกฎหมายในความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 341 ถึงมาตรา 348 แต่สำหรับเสรีภาพทางเพศซึ่งเป็นสิทธิในตัวบุคคลที่กระทบต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกลอกลวงโดยตรงกลับไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในกรณีดังกล่าวด้วย ทั้งยังเป็นช่องทางที่ทำให้เกิดการกระทำดังกล่าวตลอดมาในสังคมไทยไม่ว่าสังคมไทยจะพัฒนาไปตามยุคสมัยใดก็ตาม

สำหรับในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษหรือประเทศไอซ์แลนด์ได้กำหนดความรับผิดทางเพศที่เกี่ยวกับการหลอกลวงเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศนอกเหนือจากการหลอกลวงให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น เพื่อคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคลไว้เป็นอย่างดี และสำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาในหลายๆ มลรัฐ ได้แก่ มลรัฐเทนเนสซี มลรัฐอลาบามา ก็ได้บัญญัติถึงการหลอกลวงเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศไว้ด้วยเช่นกัน ส่วนในมลรัฐแคลิฟอร์เนียก็เกิดปัญหาเกี่ยวกับการหลอกลวงเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศเช่นเดียวกัน จนเป็นที่มาของการผลักดันให้มีการแก้ไขกฎหมายให้ครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าวด้วย⁶

⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “เณรแอ...อนาจาร ?,” วารสารกฎหมายใหม่ ปีที่ 3, ฉบับที่ 57 (สิงหาคม 2548): หน้า 56-57.

⁶ Verdict Justia, Rape by Deception Rape by Impersonation and a New California Bill [Online], 1 May 2013. Available from: <https://verdict.justia.com/2013/05/01/rape-by-deception-rape-by-impersonation-and-a-new-california-bill>

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้ศึกษามีวัตถุประสงค์มุ่งเน้นถึงการศึกษาค้นคว้าความผิดเกี่ยวกับ เพศฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร ในส่วนของการให้ความยินยอมตามหลัก ความยินยอมในทางอาญา โดยเฉพาะความรับผิดในทางอาญากรณีที่มีการหลอกลวงเพื่อ มีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่น ทั้งนี้ เพื่อพิจารณาถึงการกระทำทางเพศที่ปราศจากความ ยินยอม และเพื่อที่จะนำไปสู่การวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมในการพิจารณาความผิด และความ เหมาะสมในการกำหนดบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 ต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวความคิด ทฤษฎี ของหลักความยินยอมในทางอาญา และความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราและกระทำอนาจาร
2. เพื่อศึกษาการกระทำทางเพศที่ปราศจากความยินยอม ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และกระทำอนาจาร โดยเฉพาะความยินยอมที่เกิดจากการหลอกลวง
3. เพื่อศึกษาความเหมาะสมในการพิจารณาความผิดและแนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมความผิด ฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร
4. เพื่อนำไปใช้เป็นมาตรการคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศของบุคคล

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

แม้ว่าการให้ความยินยอมให้กระทำทางเพศ เป็นเหตุให้ผู้กระทำไม่มีความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารก็ตาม แต่การให้ความยินยอมที่เกิดจากการบังคับ ชูเชื้อ ใช้กำลังประทุษร้าย หรือหลอกลวง ไม่อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์และแท้จริง ดังนั้น กฎหมายควรกำหนดองค์ประกอบความผิดให้ชัดเจนและครอบคลุมถึงการหลอกลวงที่เป็นเหตุ ให้ความยินยอมไม่บริสุทธิ์และแท้จริงเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำ อนาจาร ทั้งนี้ เพื่อให้คุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคล

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มุ่งศึกษาแนวความคิดและทฤษฎีในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร หลักความยินยอมในทางอาญา ซึ่งรวมถึงความยินยอมที่เกิดจากการหลอกลวงในรูปแบบต่างๆ เพื่อนำมาซึ่งมาตรการทางอาญาในการพิจารณาและการกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และ 278 โดยจะศึกษากฎหมายของไทยประกอบกฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศไอร์แลนด์ ประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐเท็กซัสและมลรัฐอลาบามา

1.5 วิธีในการดำเนินการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้วิธีการวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยค้นคว้าจากบทบัญญัติของกฎหมาย หนังสือ วารสาร สิ่งพิมพ์ ตำรา บทความ รายงานการวิจัย คำพิพากษาของศาล และความคิดเห็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจารทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศเพื่อนำมาเป็นข้ออ้างอิง การคิด การวิเคราะห์ ทั้งนี้เพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สมบูรณ์

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย

1. เพื่อทราบถึงแนวความคิด ทฤษฎี หลักความยินยอมทางอาญา และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร
2. ทำให้เกิดองค์ความรู้การกระทำทางเพศที่ปราศจากความยินยอม ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร โดยเฉพาะความยินยอมที่เกิดจากการหลอกลวง
3. ทำให้ได้มาซึ่งหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมในการพิจารณาความผิดและการกำหนดบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร
4. นำไปสู่การใช้เป็นมาตรการคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคล

บทที่ 2

ความยินยอมในกฎหมายอาญา

ในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือความผิดฐานกระทำอนาจาร ไม่ว่าจะเป็ความผิดตามกฎหมายไทยหรือกฎหมายต่างประเทศ ต่างมีพื้นฐานความคิดในการให้ความคุ้มครองที่เหมือนกัน กล่าวคือ เป็ความผิดที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลภายในรัฐ ซึ่งเรียกว่า “สิทธิทางเพศ” (Sexual Rights) หรือ “เสรีภาพทางเพศ” (Sexual Autonomy) โดยการกระทำทางเพศที่จะเป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพทางเพศนั้นจะกระทำมิได้ ซึ่งรัฐจะต้องให้ความรับรองหรือคุ้มครองไว้เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิทางเพศให้แก่บุคคลภายในรัฐ ส่วนการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพทางเพศโดยสภาพของความผิดทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศก็มีลักษณะเช่นเดียวกัน คือเป็นการกระทำทางเพศที่กระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำ แต่อาจมีความแตกต่างกันในรายละเอียดในส่วนของคุณลักษณะการกระทำต่างๆ การกำหนดความผิดหรือการพิจารณาความผิด ล้วนต้องพิจารณาถึงหลักความยินยอมในทางอาญาเป็นสำคัญ ฉะนั้น ปัญหาว่าผู้ถูกระทำยินยอมหรือไม่ ความยินยอมได้มาโดยบริสุทธิ์หรือไม่ จึงเป็นประเด็นสำคัญในความผิดเกี่ยวกับเพศทั้งในด้านของการกำหนดความผิด และในด้านของการพิจารณาความผิด

หลักความยินยอมในทางอาญาหรือความยินยอมของผู้เสียหาย ถือเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งที่จะพิจารณาถึงความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ถูกกล่าวหา รวมไปถึงเป็นแนวคิดในการกำหนดความผิด โดยเฉพาะความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร ที่การกระทำจะเป็ความผิดต้องกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำ ซึ่งหากผู้ถูกระทำยินยอมให้กระทำเสียแล้ว การกระทำย่อมไม่อาจเป็ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารได้อย่างแน่นอน เนื่องจากความผิดทั้งสองฐานนี้มุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองเสรีภาพทางเพศเป็นหลัก การล่วงล้ำทางเพศโดยปราศจากความยินยอมจึงเป็อาชญากรรมอย่างหนึ่ง หลักเกณฑ์เรื่องความยินยอมในทางอาญาจึงเป็เรื่องที่จะนำมาพิจารณาความผิดเกี่ยวกับเพศ ดังนั้น ในบทแรกนี้ผู้ศึกษาจึงจะขอหยิบยกหลักเรื่องความยินยอมในกฎหมายอาญามาอธิบาย เพื่อนำไปสู่การคิดและวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมในการกำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพทางเพศ เพื่อเป็รากฐานในการศึกษาวิจัยในบทต่อไป โดยในบทนี้จะอธิบาย

ถึงแนวคิดและลักษณะของความยินยอมในทางอาญาในหัวข้อ 2.1 และหลักเกณฑ์ของความยินยอมในทางอาญาในหัวข้อ 2.2 ดังนี้

2.1 แนวความคิดและลักษณะของความยินยอมในทางอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยแม้จะไม่ได้มีการบัญญัติเรื่อง “ความยินยอมในกฎหมายอาญา” หรือ “ความยินยอมของผู้เสียหาย” ไว้อย่างชัดเจนถึงลักษณะ หลักเกณฑ์ หรือผลในทางกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งที่มีแนวความคิดของนักกฎหมายไทยในด้านที่สนับสนุนให้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ของความยินยอมในทางอาญาไว้ในประมวลกฎหมายไทย และมีแนวความคิดที่ไม่สนับสนุนให้บัญญัติหลักเกณฑ์ของความยินยอมในทางอาญาไว้ในประมวลกฎหมายไทย โดยเห็นว่าแม้ไม่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาก็สามารถนำมาใช้ได้อยู่แล้ว อย่างไรก็ตามในปัจจุบันแนวความคิดของนักกฎหมายอาญา ตำรากฎหมายอาญา รวมถึงคำพิพากษาของศาลฎีกาก็ให้การยอมรับถึงการมีอยู่ของหลักความยินยอมในทางอาญานี้ไว้ โดยถือเป็นว่า **“หลักกฎหมายทั่วไป”¹** (General principle of law) ที่เรียกว่ากันว่า **“Violenti non fit injuria”** ซึ่งหมายถึงความยินยอมไม่ก่อให้เกิดละเมิด เป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย² ความยินยอมในกฎหมายอาญาจึงเป็นเรื่องของหลักกฎหมายทั่วไป (General principle of law) ที่ว่า **“ความยินยอมเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดทางอาญา”** ตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญาในส่วนของเหตุยกเว้นความผิดหรือเหตุที่มีอำนาจกระทำได้ ที่ได้รับการยอมรับและสามารถนำมาใช้ในกฎหมายอาญาของไทยได้

โดยเห็นได้จากแนวทางการใช้การตีความกฎหมายของศาลฎีกา ที่วางแนวบรรทัดฐานที่เป็น การยอมรับเอาหลักความยินยอมมาใช้ในกฎหมายอาญา และวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาหลักความยินยอมในทางอาญาไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 วินิจฉัยว่า การยินยอมให้กระทำการตามปกติต้องด้วยบทบัญญัติว่าเป็นความผิด ได้มีหลักทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญาว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อ

¹ เกียรติชจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบาย กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2551) หน้า 432.

² คณิต ญ นคร, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554) หน้า 261.

ความสำนึกในศีลธรรมอันดีและมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้

คำพิพากษาดังกล่าวเป็นคำพิพากษาศาลฎีกาที่วางหลักเรื่องความยินยอมในกฎหมายอาญา ที่วินิจฉัยหลักเกณฑ์ของความยินยอมในทางอาญาไว้ให้เห็นอย่างชัดเจน ซึ่งเป็นการวินิจฉัยตาม ประมวลกฎหมายอาญาโดยอ้างอิงถึงนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 616/2482 และคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 787/2483 ที่วินิจฉัยเกี่ยวกับความผิดฐานประทุษร้ายแก่ร่างกายตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 254 ทั้งสองคดี ที่ศาลได้หยิบยกหลักกฎหมายทั่วไปมาเป็นข้อสนับสนุนในการใช้ การตีความ หรือในคำพิพากษาศาลฎีกาที่เคยวินิจฉัยตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 282 ในความผิดหมิ่นประมาท โดยนำหลักทั่วไปเรื่องความยินยอมในทางอาญามาวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษา ศาลฎีกาที่ 743/2464 ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 743/2464 วินิจฉัยว่า โจทก์เป็นผู้บอกข้อความแลยินยอมให้จำเลย เขียนข้อความหมิ่นประมาทโจทก์ โจทก์จะฟ้องจำเลยหาว่าหมิ่นประมาทมิได้

ดังนั้น จากแนวความคิดของนักกฎหมายอาญา ตำรากฎหมายอาญา หรือคำพิพากษาศาล ฎีกาข้างต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาของประเทศไทย ได้นำหลักความยินยอมในทางอาญา มาใช้ในการ วินิจฉัยและตีความกฎหมายในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป (General principle of law) มาอย่าง ยาวนาน ตั้งแต่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 จนถึงประมวลกฎหมายอาญาที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน

โดยแนวความคิดในกฎหมายอาญานั้น แม้ปกติแล้วกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มุ่งประสงค์ ที่จะลงโทษเพื่อป้องกันสังคม ความยินยอมของผู้เสียหายจึงไม่เป็นสาระสำคัญที่จะทำให้การกระทำ ของผู้กระทำเป็นความผิดหรือไม่เป็นความผิด แต่อย่างไรก็ตามในความผิดบางประเภทจะเกิดขึ้นเมื่อ เป็นการกระทำที่ปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย กฎหมายจึงให้นำหลักความยินยอมของ ผู้เสียหายเป็นเหตุให้การกระทำไม่เป็นความผิดมาใช้³

³ ประทีป ปรัชญาภรณ์, “ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา” (วิทยานิพนธ์ปริญญาธรรมศาสตรบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522) หน้า 1.

สำหรับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับความยินยอมของผู้เสียหาย อาจจำแนกออกเป็นรูปแบบได้หลายรูปแบบ ดังนี้⁴

(1) ในความผิดอาญาบางฐานความผิด จะมีถ้อยคำบัญญัติโดยตรงไว้ในองค์ประกอบของความผิดว่า แม้ผู้ถูกกระทำจะยินยอมการกระทำก็ยังคงเป็นความผิด เช่น ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277, 279, 301, 302, 319 เป็นต้น

(2) ในความผิดอาญาบางฐานความผิดมีถ้อยคำบัญญัติไว้ว่า หากผู้ถูกกระทำไม่ยินยอมผู้กระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้น เช่น ความผิดตามมาตรา 303 ซึ่งมีโทษหนักกว่าโทษตามมาตรา 302 หรือความผิดตามมาตรา 318 ซึ่งมีโทษหนักกว่าความผิดตามมาตรา 319 เป็นต้น

(3) ในความผิดอาญาบางฐานความผิด แม้กฎหมายไม่ได้บัญญัติคำว่า “ยินยอม” ไว้ในองค์ประกอบความผิด แต่เป็นที่เห็นได้ชัดว่าการกระทำที่จะเป็นความผิดจะต้องกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกกระทำ หากผู้ถูกกระทำยินยอมให้กระทำโดยสมัครใจ การกระทำก็ไม่เป็นความผิด เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 หากผู้ถูกกระทำยินยอมโดยสมัครใจก็ไม่เป็นการขู่脅 ไม่เป็นการใช้กำลังประทุษร้าย ไม่ใช่กรณีกระทำในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ และไม่ใช้กรณีผู้ถูกกระทำเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น หรือความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 309 และมาตรา 313 (2) หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 337 ถึงมาตรา 340 หรือความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 341 หากเป็นการยินยอมโดยสมัครใจ ปราศจากการบังคับ ขู่脅 หรือหลอกลวง การกระทำก็ไม่เป็นความผิด เป็นต้น

(4) ในความผิดอาญาบางฐานความผิด โดยสภาพของความผิดเห็นได้ชัดว่าเกิดขึ้นต่อเมื่อผู้ถูกกระทำไม่ยินยอม หากผู้ถูกกระทำยินยอมการกระทำย่อมไม่เป็นความผิด เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 334 หากผู้ครอบครองทรัพย์อนุญาตก็ไม่เป็นการ “เอาไป” ซึ่งทรัพย์ของผู้อื่นที่จะต้องเป็นการแย่งการครอบครอง หรือในความผิดฐานโกงเจ้าหนี้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 350 หากเจ้าหนี้ยินยอมให้ลูกหนี้โอนทรัพย์ก็ไม่เป็นความผิด หรือความผิดฐานยกยอกทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 352 ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์

⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง, 2555) หน้า 831-833.

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 358 ความผิดฐานบุกรุกตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 362 และมาตรา 364 ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 309 และมาตรา 310 ความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 326 และมาตรา 328 เหล่านี้หากผู้ถูกระทำยินยอมให้กระทำโดยสมัครใจเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ การกระทำก็ไม่เป็นความผิด

(5) ในความผิดอาญาบางฐานความผิด เป็นความผิดที่กฎหมายประสงค์ลงโทษโดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าผู้ถูกระทำจะให้ความยินยอมให้กระทำได้หรือไม่ ได้แก่ ความผิดต่อชีวิตและร่างกาย เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288 แม้ผู้ถูกระทำจะยินยอมให้ผู้กระทำฆ่า การกระทำความดังกล่าวก็ยังเป็นความผิดอยู่ หรือในความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 แม้ผู้ถูกระทำยินยอมให้ใช้มีดฟันเพื่อทดลองวิชาอาคม การกระทำก็ยังคงเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามในบางกรณีโดยเฉพาะความผิดต่อร่างกายตามมาตรา 295, 297 และมาตรา 391 ผู้ถูกระทำอาจให้ความยินยอมได้ หากการกระทำดังกล่าวไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น การที่คนไข้ยินยอมให้แพทย์ผ่าตัดเพื่อรักษาโรค หรือกรณีนักมวยหรือนักกีฬาอื่นๆ ที่แข่งขันกันตามกติกา เหล่านี้เป็นการให้ความยินยอมที่สามารถกระทำได้ เพราะเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ผู้กระทำย่อมมีอำนาจกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำไม่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย เป็นต้น

ดังนั้น ในหัวข้อนี้เพื่อศึกษาถึงแนวคิดและลักษณะของความยินยอมในทางอาญา ผู้ศึกษาจะได้บรรยายถึงความหมายของความยินยอมในหัวข้อ 2.1.1 เพื่อความเข้าใจที่ชัดเจนและถูกต้อง จะบรรยายเรื่องความยินยอมที่มีผลต่อองค์ประกอบภายนอกของความผิดในหัวข้อ 2.1.2 และความยินยอมที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดในหัวข้อ 2.1.3 เพื่อที่จะทำให้เข้าใจถึงสถานะของความยินยอมตามโครงสร้างกฎหมายอาญาของประเทศไทย ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1.1 ความหมายของความยินยอม

หลักความยินยอมในกฎหมายอาญาที่ความยินยอมทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด ตามหลักสุภาษิตกฎหมายทั่วไปที่ว่า “*Volenti non fit injuria*” นั้นจะต้องเป็นความยินยอมตามกฎหมายหรือความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายด้วย ซึ่งการจะพิจารณาถึงความหมายของความยินยอมพิจารณาได้จากกรณีที่ผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่านได้ให้ความหมายไว้ดังต่อไปนี้

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายไว้ว่า ความยินยอมตามความเข้าใจทั่วไปหมายความว่า “การจงใจปล่อยให้เหตุการณ์อย่างหนึ่งเกิดขึ้น โดยไม่ขัดขวางใดๆ ที่ขัดขวางได้” แต่อย่างไรก็ตาม ความหมายนี้ยังไม่พอจะถือว่าเป็นความยินยอมตามกฎหมาย ที่จะต้องเป็นการแสดงออกซึ่งความประสงค์ของผู้ถูกระงับการกระทำต่อผู้กระทำในเหตุการณ์นั้น “ให้เข้าใจว่าตนอนุญาต” ให้กระทำได้ ยกเว้น ในกรณีพิเศษอย่างยิ่งที่การ “นิ่ง” ไม่ขัดขวางในพฤติการณ์ที่เข้าใจได้ว่าผู้ถูกระงับการกระทำยินยอม การแสดงออกซึ่งความยินยอมจึงอาจเป็นการแสดงออกซึ่งความยินยอมโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย และต้องครบหลักเกณฑ์ของความยินยอม คือ เป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์มีอยู่ขณะกระทำ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี จึงจะเป็นความยินยอมตามกฎหมาย⁵

อาจารย์ พจน์ ปุษปาคม ได้อธิบายว่า ความยินยอมหมายถึง การแสดงออกซึ่งความสมัครใจที่จะได้รับการประทุษร้ายอย่างหนึ่ง ซึ่งอาจเป็นการแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย และต้องประกอบด้วยความยินยอมต่อการประทุษร้าย บุคคลผู้ให้ความยินยอมมีความสามารถให้ความยินยอม และมีได้ให้ความยินยอมเพราะถูกข่มขู่หรือเข้าใจผิด⁶

ศาสตราจารย์ คณิต ฒ นคร อธิบายไว้ว่า ความยินยอมในทางอาญา หมายถึง การแสดงออกซึ่งเจตจำนงของผู้เสียหายโดยชัดแจ้งหรือปริยายก็ได้ ที่เกี่ยวข้องกับ การ “สละคุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายมีทั้ง “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) และ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม” (Universalrechtsgut) เฉพาะคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลเท่านั้นที่สละได้ ไม่อาจสละคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมได้ เพราะบุคคลนั้นไม่ใช่เจ้าของคุณธรรมทางกฎหมายประเภทนี้⁷

ดังนั้น ความยินยอมในทางอาญาที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด มีความแตกต่างกันเล็กน้อยกับความยินยอมในความหมายต่างๆ ไปที่เข้าใจกัน กล่าวคือ เป็นการแสดงออกซึ่งความประสงค์ที่จะยอมรับการกระทำของผู้กระทำ หรือสละสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง โดยความยินยอมตามกฎหมายจะต้องครบหลักเกณฑ์ของความยินยอมด้วย ได้แก่ การให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งหรือปริยาย ผู้ให้ความยินยอมมีความสามารถให้ความยินยอมได้ ความยินยอมต้องมีอยู่ก่อน

⁵ จิตติ ดิงศภัทย์, *กฎหมายอาญา ภาค 1*, หน้า 835-836.

⁶ พจน์ ปุษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2515 หน้า 38. อ้างใน ประทีป ปรีชญารณ, “ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522) หน้า 3.

⁷ คณิต ฒ นคร, *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*, หน้า 261.

หรือขณะกระทำ ต้องเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ และความยินยอมนั้นต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี จึงจะเป็นความยินยอมตามกฎหมาย อันจะทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิด หรือเป็นเหตุยกเว้นความผิด

2.1.2 ความยินยอมที่มีผลต่อองค์ประกอบภายนอกของความผิด

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ความยินยอมในกฎหมายอาญาทำให้การกระทำของผู้กระทำ ไม่เป็นความผิด ตามหลักสุภาษิตกฎหมายทั่วไปที่ว่า “Volenti non fit injuria” แต่ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย มิฉะนั้นแล้วไม่อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอม หรือในบางความผิดกฎหมายเอาผิดแม้มีความยินยอม ดังนั้น การที่จะมีความยินยอมหรือไม่ยินยอมจึงมีผลต่อความบริสุทธิ์หรือความผิดของผู้กระทำ เนื่องจากตามโครงสร้างความรับผิดในทางอาญา การที่บุคคลจะต้องรับผิดทางอาญาจะต้องประกอบด้วย⁸

1. การกระทำครบองค์ประกอบภายนอกของความผิด
2. การกระทำครบองค์ประกอบภายในของความผิด
3. ไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือเหตุที่มีอำนาจกระทำได้
4. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษสำหรับการกระทำนั้น

ฉะนั้น การกระทำต้องครบโครงสร้างความรับผิดที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดและจะต้องรับโทษหากการกระทำขาดหลักเกณฑ์ข้อหนึ่งข้อใดตามโครงสร้าง อาจทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิดเลย หรืออาจมีความผิดแต่ไม่ต้องรับโทษ

ความยินยอมในทางอาญาของผู้เสียหายที่มีผลต่อองค์ประกอบภายนอกของความผิด กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ “ความยินยอมอยู่ในองค์ประกอบภายนอกของความผิด”⁹ เป็นกรณีที่ความยินยอมทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด เพราะขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิด¹⁰ หรือในบางกรณีความยินยอมเป็นเหตุให้ครบองค์ประกอบภายนอกของความผิด ทั้งนี้ไม่ว่าความผิดนั้นจะบัญญัติถึงคำว่า ยินยอมหรือไม่ยินยอมไว้ในเนื้อความหรือไม่ก็ตาม

⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบาย กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 86.

⁹ กมลชัย รัตนสกววงศ์, “ความยินยอมในกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 11-12.

¹⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบาย กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 435.

ตัวอย่างเช่น ในความผิดอาญาที่โดยสภาพหรือลักษณะขององค์ประกอบภายนอกความผิดเกิดขึ้นได้เมื่อผู้เสียหายหรือผู้ถูกระทำไม่ยินยอม ได้แก่ ความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 334 ต้องไม่ใช่กรณีที่เจ้าทรัพย์ยินยอมส่งมอบทรัพย์ให้ มิฉะนั้นแล้วจะทำให้การกระทำขาดองค์ประกอบความผิดในส่วนของการเอาไป ซึ่งทรัพย์ของผู้อื่น ที่ต้องเป็นการเอาไปโดยพลการลักษณะแย่งการครอบครองแบบตัดกรรมสิทธิ์ นอกจากนี้ในความผิดฐานโกงเจ้าหนี้ ยักยอกทรัพย์ ทำให้เสียทรัพย์หรือบุกรุก ความผิดเหล่านี้ถ้าผู้กระทำยินยอมให้กระทำ ถือว่าการกระทำขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิดในแต่ละบทบัญญัตินั้นๆ เป็นต้น¹¹

สำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารก็เช่นเดียวกัน องค์ประกอบภายนอกของความผิดโดยสภาพต้องเป็นกรณีกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย หากผู้เสียหายยินยอมให้กระทำโดยสมัครใจหรือบริสุทธิ์แท้จริง ครบหลักเกณฑ์ของความยินยอม ไม่เป็นการขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย การใช้กำลังประทุษร้าย การกระทำในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือการทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น จึงไม่เป็นการข่มขืนใจ ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบภายนอกในส่วนลักษณะของการกระทำ กลับกันหากความยินยอมไม่บริสุทธิ์แท้จริง ขาดหลักเกณฑ์ของความยินยอมไม่ถือว่าผู้ถูกระทำให้ความยินยอม การกระทำยังครบองค์ประกอบความผิดที่ผู้กระทำจะกล่าวอ้างว่าไม่ต้องรับผิดไม่ได้

2.1.3 ความยินยอมที่เป็นเหตุยกเว้นความผิด

ในความผิดอาญาบางฐานความผิด แม้ผู้ถูกระทำจะให้ความยินยอมโดยบริสุทธิ์ใจให้กระทำ ความผิดการกระทำก็ยังคงครบองค์ประกอบของความผิด เนื่องจากเป็นความผิดที่กฎหมายประสงค์ลงโทษโดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าผู้ถูกระทำจะให้ความยินยอมให้กระทำได้หรือไม่ ได้แก่ ความผิดต่อชีวิตและร่างกาย เป็นต้น แต่บางกรณีการกระทำก็ไม่เป็นความผิดหากความยินยอม “ไม่ขัดต่อสำนึกศีลธรรมอันดี” ฉะนั้น ความยินยอมดังกล่าวนี้เป็น “เหตุยกเว้นความผิด” ต่างกับกรณีที่ความยินยอมทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดเพราะขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิด ความยินยอมของผู้ถูกระทำในกรณีนี้จึงเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้โดยชอบ เป็นเหตุยกเว้นความผิดตาม

¹¹ เรื่องเดียวกัน หน้า 430-431.

หลักกฎหมายทั่วไปเทียบเคียงได้กับเหตุที่มีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายเช่นเดียวกับการป้องกันสิทธิ โดยชอบตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 ที่ถือเป็นเหตุยกเว้นความผิดเช่นเดียวกัน¹²

ตัวอย่างเช่น การให้ความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 และมาตรา 297 และความผิดฐานทำร้ายจนเป็นเหตุให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตายตามมาตรา 290¹³ ความผิดเหล่านี้ไม่ว่าผู้เสียหายจะยินยอมให้กระทำหรือไม่ยินยอมให้กระทำก็ตาม การกระทำยังคงครบองค์ประกอบภายนอกของความผิด หากการยินยอมให้กระทำโดยไม่ครบหลักเกณฑ์ในเรื่องความยินยอมในทางอาญา เช่น การยินยอมให้ใช้มีดฟันทำร้ายร่างกายเพื่อทดลองวิชาอาคม เป็นความยินยอมที่ขัดต่อสำนึกศีลธรรมอันดี การกระทำยังคงเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย เป็นต้น¹⁴

แต่หากเป็นการกระทำที่ไม่ขัดต่อสำนึกศีลธรรมอันดี เช่น กรณีผู้ป่วยยินยอมให้แพทย์ตัดอวัยวะเพื่อรักษาโรค แม้ผู้ถูกกระทำจะยินยอมให้กระทำ การกระทำของแพทย์ยังคงครบองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน แต่ความยินยอมดังกล่าวเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อสำนึกศีลธรรมอันดี ถือเป็นเหตุที่แพทย์มีอำนาจกระทำได้โดยชอบ การกระทำของแพทย์จึงไม่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส หรือในการแข่งขันชกมวยตามกติกาของกีฬา แม้ผู้ถูกกระทำจะยินยอมให้อีกฝ่ายหนึ่งชกตน การกระทำก็ยังคงครบองค์ประกอบของความผิดฐานทำร้ายร่างกาย แต่ความยินยอมของผู้ถูกกระทำในกรณีเช่นนี้ไม่ขัดต่อสำนึกศีลธรรมอันดี คู่ชกจึงไม่มี ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย¹⁵ แต่อย่างไรก็ตามการยินยอมให้มีการกระทบกระทั่งในการเล่นกีฬาที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดนั้น การเล่นกีฬาต้องอยู่ในกรอบของกติกาด้วย มิฉะนั้นแล้วการกระทำยังคงเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายอยู่¹⁶ เป็นต้น

ดังนั้น จากการศึกษาจึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า ความยินยอมในกฎหมายอาญาอาจอยู่ในโครงสร้างความรับผิดทางอาญาข้อแรกในส่วนขององค์ประกอบภายนอกของความผิด ซึ่งถ้าผู้เสียหายยินยอมให้กระทำย่อมทำให้การกระทำขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิด ส่วนอีกกรณีหนึ่ง

¹² เรื่องเดียวกัน หน้า 431-432.

¹³ เรื่องเดียวกัน หน้า 431.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน หน้า 433.

¹⁵ กมลชัย รัตนสกววงศ์, “ความยินยอมในกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 12. , และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1083/2510

¹⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 435.

แม้ผู้เสียหายจะยินยอมให้กระทำการกระทำที่ยังคงครบองค์ประกอบของความผิดอยู่ แต่มีผลให้ความยินยอมเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือเป็นเหตุที่มีอำนาจกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

2.2 หลักเกณฑ์ของความยินยอมในทางอาญา

การให้ความยินยอมเป็นการแสดงออกซึ่งความประสงค์ของผู้ให้ความยินยอมที่ยอมรับเอาการกระทำของผู้กระทำหรือสละประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง การแสดงออกซึ่งความยินยอมต้องครบหลักเกณฑ์ของการให้ความยินยอมด้วยจึงจะเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 ได้เคยวินิจฉัยถึงหลักเกณฑ์ประการสำคัญในการพิจารณาว่าต้องเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหาย ความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี และความยินยอมมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ความยินยอมนั้นจึงจะเป็นข้อยกเว้นมิให้กระทำความผิด¹⁷

แต่ในการศึกษาหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะได้ศึกษาถึงหลักเกณฑ์ของความยินยอมอย่างละเอียด ซึ่งจะศึกษาถึงการให้ความยินยอมในหัวข้อ 2.2.1 ผู้มีความให้ความยินยอมในหัวข้อ 2.2.2 ระยะเวลาของการให้ความยินยอมในหัวข้อ 2.2.3 ความยินยอมอันบริสุทธิ์ในหัวข้อ 2.2.4 และความยินยอมต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและสำนักศีลธรรมอันดีในหัวข้อ 2.2.5 ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.2.1 การให้ความยินยอม

ลักษณะของการให้ความยินยอมของบุคคล ที่เป็นการแสดงออกมาซึ่งความประสงค์ โดยปกติจะต้องกระทำโดยการแสดงออกมาซึ่งการให้ความยินยอมโดยชัดแจ้ง เว้นแต่ในบางกรณีที่ไม่มีการแสดงออกมาซึ่งความประสงค์ แต่ก็อาจถือได้ว่าเป็นการให้ความยินยอมโดยปริยายแล้ว หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่าความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ จึงจะเป็นการให้ความยินยอม ทั้งความยินยอมอย่างหนึ่งไม่อาจรวมถึงการให้ความยินยอมต่อการกระทำอย่างอื่นที่อยู่นอกขอบเขตของความยินยอมด้วย พิจารณาได้ดังต่อไปนี้

¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508

2.2.1.1 ความยินยอมโดยชัดแจ้ง

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าความยินยอมเป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงหรือความประสงค์ของบุคคลผู้ให้ความยินยอม ซึ่งโดยปกติแล้วการแสดงออกซึ่งความยินยอมทำได้ด้วยการแสดงเจตนาออกมาเช่นเดียวกับนิติกรรมในทางแพ่ง การแสดงออกซึ่งความยินยอมโดยชัดแจ้งอาจเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาในการให้ความยินยอมโดยวาจาหรืออากัปกิริยาอย่างใดอย่างหนึ่ง อาจเป็นการแสดงออกโดยตนเองหรือให้ผู้อื่นกระทำแทนให้เข้าใจว่าเป็นการอนุญาตให้กระทำตัวอย่างเช่น การยื่นทรัพย์สินให้ถือเป็นความยินยอมโดยชัดแจ้งให้เอาทรัพย์สินไปไม่ผิดฐานลักทรัพย์ การเชิญบุคคลเข้ามาในบ้านไม่ทำให้การเข้าไปเป็นความผิดฐานบุกรุก เป็นต้น¹⁸

ความยินยอมโดยชัดแจ้งในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารก็เช่นเดียวกัน การให้ความยินยอมก็เป็นการแสดงออกซึ่งความประสงค์ที่จะมีเพศสัมพันธ์หรือความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่น โดยการแสดงออกซึ่งความประสงค์ดังกล่าวอาจเป็นการแสดงออกซึ่งความยินยอมทางวาจาว่ายินยอมให้มีเพศสัมพันธ์หรือความสัมพันธ์ทางเพศ หรืออาจเป็นการแสดงออกซึ่งความยินยอมด้วยอากัปกิริยาต่างๆ อย่างเช่นอากัปกิริยาที่ไม่มีขัดขืนต่อการมีเพศสัมพันธ์หรือความสัมพันธ์ทางเพศในขณะที่บุคคลผู้ถูกกระทำมีความสามารถหรือมีความรู้สึกผิดชอบในการกระทำที่สามารถขัดขืนได้โดยมิได้ตกอยู่ในภาวะจำยอมให้ต้องกระทำแต่อย่างใด

2.2.1.2 ความยินยอมโดยปริยาย

สำหรับความยินยอมโดยปริยาย (Assumed Consent)¹⁹ หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้” (Mutmassliche Einwilligung)²⁰ แตกต่างกับความยินยอมโดยชัดแจ้งที่ความยินยอมประเภทนี้ไม่ได้ปรากฏออกมาโดยตรงซึ่งเจตจำนงหรือความประสงค์ของผู้มีสิทธิ แต่เป็นการสันนิษฐานได้ว่าผู้มีสิทธิได้ให้ความยินยอม ตัวอย่างเช่น การที่บุคคลได้รับบาดเจ็บสาหัสไม่รู้สึกรู้ตัวและถูกนำส่งโรงพยาบาล แพทย์ได้ทำการผ่าตัดฉุกเฉินเพื่อรักษาชีวิตโดยไม่รอความยินยอมของผู้เสียหาย จึงเป็นกรณีที่พึงสันนิษฐานได้ว่าหากผู้เสียหายรู้สึกรู้ตัวจะต้องให้ความยินยอมให้แพทย์ผ่าตัด การกระทำของแพทย์จึงไม่เป็นความผิดทำร้ายร่างกายแต่อย่างใด เป็นต้น

¹⁸ กมลชัย รัตนสกววงศ์, “ความยินยอมในกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 25.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน หน้า 26.

²⁰ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, หน้า 267.

เมื่อความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความประสงค์หรือเจตจำนงของผู้มีสิทธิ ความยินยอมโดยปริยายหรือความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ถือเป็นสิ่งที่บุคคลผู้กระทำ พึงคาดหมายได้ จึงเป็นเรื่องระหว่าง “ความยินยอมของผู้เสียหาย” กับ “ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย” (Rechtfertigender Notstand)²¹ โดยประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ ดังต่อไปนี้²²

(1) สถานการณ์ที่พึงสันนิษฐานได้ จะเป็นความยินยอมโดยปริยายหรือความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้จะต้องปรากฏถึงสถานการณ์ คือ สถานการณ์ที่ไม่สามารถขอความยินยอมจากผู้มีสิทธิได้ และจากสถานการณ์นั้นสันนิษฐานได้ว่าผู้เสียหายให้ความยินยอม

(2) ลักษณะการกระทำในสถานการณ์ที่พึงสันนิษฐานได้ กล่าวคือ ต้องปรากฏลักษณะการกระทำที่อยู่ในกรอบหรือขอบเขตความประสงค์ของผู้เสียหาย หรือเป็นการกระทำที่สมประโยชน์และต้องตามความประสงค์ของผู้เสียหายด้วย

(3) ผู้กระทำรู้ถึงสถานการณ์ที่พึงสันนิษฐานได้ คือ ผู้กระทำรู้ถึงความจำเป็นหรือความฉุกเฉินของสถานการณ์ รู้ว่าสถานการณ์นั้นตนไม่อาจขอความยินยอมจากผู้เสียหายได้ หากขาดหลักเกณฑ์ข้อนี้การกระทำยังเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอยู่

2.2.1.3 ขอบเขตของความยินยอม

ความยินยอมของผู้เสียหายที่จะชอบด้วยกฎหมายและทำให้การกระทำไม่มีความผิด การกระทำของผู้กระทำต้องอยู่ภายในขอบเขตของความยินยอมด้วย กล่าวคือ ผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมสำหรับการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้เฉพาะในขอบเขตที่ได้รับ ความยินยอมนั้น²³ การยินยอมต่อสิ่งใดสิ่งหนึ่งจึงไม่ได้หมายความว่ารวมถึงสิ่งอื่นที่เพิ่มเติมหรือแตกต่างไปจากที่ผู้เสียหายยินยอมหรือผู้เสียหายทราบขณะยินยอม จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมแต่อย่างใด²⁴ ในเรื่องนี้ได้มีผู้อธิบายถึงขอบเขตของการให้ความยินยอมไว้ ดังนี้

²¹ เรื่องเดียวกัน หน้าเดียวกัน

²² เรื่องเดียวกัน หน้า 268-269.

²³ ประพิน ประญาภรณ์, “ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522) หน้า 25-26.

²⁴ กมลชัย รัตนสกววงศ์, “ความยินยอมในกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 25.

Johannes Andenaes ได้อธิบายไว้ว่า ความยินยอมที่จะยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้ ต้องไม่เกินขอบเขตที่ให้ความยินยอมไว้ เช่น กรณีของการชกมวยหรือกีฬาอื่นๆ แม้ไม่ได้เป็นการยินยอมให้ทำร้ายร่างกายโดยชัดแจ้ง แต่เป็นการให้ความยินยอมโดยปริยาย เฉพาะที่อยู่ในขอบเขตของกฎกติกาของกีฬานั้นๆ หากมีการกระทำที่มากกว่านั้นย่อมเกินไปจากขอบเขตของความยินยอมจึงเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายได้ หรือในกรณีผู้ป่วยยินยอมให้แพทย์ตรวจรักษาโรคนั้น มิได้รวมถึงเป็นการให้ความยินยอมให้แพทย์กระทำการใดในทางการทดลองทางวิทยาศาสตร์²⁵

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายไว้ว่า ความยินยอมต่อสิ่งหนึ่งไม่หมายความว่ารวมถึงสิ่งอื่นที่เพิ่มเติม หรือแตกต่างออกไปโดยที่ผู้เสียหายไม่สามารถทราบถึง เช่น ผู้ที่กินของสิ่งหนึ่งโดยสมัครใจไม่หมายความว่าขอมกินยาพิษที่ผสมอยู่ในนั้นด้วย หรือกรณีที่หญิงยินยอมร่วมประเวณีกับชายไม่ได้หมายความว่าหญิงยินยอมรับโรคติดต่อจากชายโดยที่หญิงไม่ทราบมาก่อน²⁶

ดังนั้น โดยสรุปแล้วจากหลักเกณฑ์ของความยินยอมประการแรกในส่วนของการให้ความยินยอมนั้น อาจเป็นการให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งซึ่งเป็นการแสดงออกให้เห็นถึงความยินยอมให้กระทำโดยวาจาหรืออากัปกิริยาก็ได้ ส่วนการให้ความยินยอมอีกประการหนึ่งอาจเป็นการให้ความยินยอมโดยปริยายหรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่าความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ ซึ่งเป็นเรื่องที่ปรากฏสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่ง ที่ทำให้ผู้กระทำสันนิษฐานถึงสถานการณ์นั้นได้ว่าหากผู้ถูกกระทำรู้สึกตัวย่อมต้องให้ความยินยอมอย่างแน่นอนจึงจะนับได้ว่าเป็นความยินยอมโดยปริยาย และนอกจากนั้นการให้ความยินยอมนั้นการกระทำจะต้องอยู่ในขอบเขตของความยินยอมด้วย จึงจะถือได้ว่าได้ว่าผู้เสียหายยินยอมให้กระทำ และหากเกินขอบเขตของความยินยอมถือได้ว่าการกระทำนั้นผู้เสียหายไม่ได้ยินยอมให้กระทำแต่อย่างใด

2.2.2 ผู้มีความสามารถให้ความยินยอม

การให้ความยินยอมนั้นสิ่งที่จะต้องพิจารณาประการสำคัญประการหนึ่ง คือ ความสามารถของบุคคลผู้ให้ความยินยอม เนื่องจากการให้ความยินยอมเป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงหรือเจตนาของบุคคลผู้ให้ความยินยอม ผู้ที่จะให้ความยินยอมให้กระทำความผิดได้จะต้องเป็นบุคคลผู้ที่มี

²⁵ Johannes Andenaes, *The General Part of The Criminal Law of Norway* (New York: Fred B. Rothman & Co., 1965) อ้างใน ประทีป ปรัชญาภรณ์, “ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522) หน้า 26.

²⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, *กฎหมายอาญา ภาค 1*, หน้า 843.

ความสามารถในการให้ความยินยอมได้โดยชอบในขณะที่ให้ความยินยอม โดยรู้ถึงสภาพสาระสำคัญของการกระทำของตัวเองจึงจะเป็นการให้ความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเหตุยกเว้นความผิดแก่ผู้กระทำได้ หากบุคคลผู้ให้ความยินยอมเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมหรือไม่รู้สภาพสาระสำคัญในการกระทำของตัวเอง แม้แสดงออกไปก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมซึ่งพิจารณาดังต่อไปนี้

2.2.2.1 ความยินยอมของผู้เยาว์

ผู้เยาว์โดยปกติแล้วถือได้ว่าเป็นบุคคลที่ด้อยความสามารถประเภทหนึ่ง เนื่องจากระดับความรู้สึกรู้จักคิดหรือประสบการณ์ยังมีน้อย การกระทำการใดๆ ในทางกฎหมายมักจะมีกฎหมายบัญญัติคุ้มครองไว้ แต่สำหรับการให้ความยินยอมในทางอาญานั้น มีปัญหาถกเถียงกันว่าการให้ความยินยอมเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมอันมีผลให้เป็นการยินยอมเป็นนิติกรรมหรือไม่ เรื่องนี้มีแนวความคิดของนักกฎหมายแตกต่างออกเป็นสองฝ่าย โดยแนวความคิดฝ่ายแรกเห็นว่าการแสดงเจตนาถึงความยินยอมเป็นนิติกรรม ซึ่งในแนวความคิดฝ่ายแรกนี้แยกออกได้เป็นสองความคิดเห็นย่อย คือ ความเห็นแรกเห็นว่าเป็นการทำนิติกรรมทางเอกชน ส่วนความเห็นที่สองเห็นว่าเป็นการทำนิติกรรมทางมหาชน แต่สำหรับแนวความคิดของนักกฎหมายฝ่ายที่สองเห็นว่าการแสดงเจตนาถึงความยินยอมไม่เป็นนิติกรรมทั้งทางเอกชนหรือมหาชนใดๆ ทั้งสิ้น โดยเห็นว่าการให้ความยินยอมเป็นนิติเหตุอย่างหนึ่งซึ่งเป็นการที่ผู้เสียหายสมัครใจสละประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองเท่านั้น²⁷

แต่ทั้งนี้ไม่ว่าการให้ความยินยอมจะเป็นนิติกรรมหรือไม่ การให้ความยินยอมในกฎหมายอาญานั้นมีความแตกต่างกับการให้ความยินยอมในการทำนิติกรรมทางแพ่ง การให้ความยินยอมในทางอาญาไม่ได้พิจารณาถึงการบรรลุนิติภาวะของผู้ให้ความยินยอม กล่าวอีกนัยหนึ่งคือแม้เป็นผู้เยาว์ก็อาจให้ความยินยอมในทางอาญาได้ ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทัย ได้อธิบายเรื่องนี้ว่า ความยินยอมในทางอาญาต้องเข้าใจว่าเป็นคนละเรื่องกับกฎหมายแพ่งดังจะเห็นได้จากเรื่องอายุของผู้ให้ความยินยอม ไม่ต้องคำนึงว่าผู้ให้จะบรรลุนิติภาวะหรือไม่และไม่เกี่ยวกับเรื่องโมฆียะกรรม ผู้เยาว์

²⁷ อัครทรร จุฬารัตน์, “ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา,” วารสารนิติศาสตร์ 1 (มิถุนายน-สิงหาคม 2520):

ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะสามารถให้ความยินยอมได้²⁸ ในทางอาญาจึงพิจารณาบุคคลที่สามารถให้ความยินยอมได้ต้องเป็นบุคคลที่เข้าใจขอบเขตของการกระทำ และรู้ถึงคุณค่าของความหมายของการกระทำนั้น²⁹

ตัวอย่างเช่น ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้ที่ให้ความยินยอมต้องมีความสามารถให้ความยินยอมด้วยดังจะเห็นได้จากความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหรือกระทำอนาจารเด็กตามมาตรา 277 และมาตรา 279 ที่ว่าเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ก็ยังเป็นความผิดเพราะถือว่าเด็กเป็นบุคคลที่ไม่สามารถเข้าใจขอบเขตของการกระทำ และไม่รู้ถึงคุณค่าของความหมายของการกระทำนั้น จึงไม่มีความสามารถที่จะให้ความยินยอมได้ แต่หากเป็นเด็กที่อายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไปอาจให้ความยินยอมให้กระทำทางเพศได้ เป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย³⁰ แต่สำหรับในบางเรื่องแม้อายุต่ำกว่าอายุ 15 ปี ก็อาจให้ความยินยอมได้ เช่น การที่เด็กอายุ 14 ปี อาจให้ความยินยอมในการชกมวยกับเด็กที่มีอายุหรือขนาดร่างกายเท่าๆ กันได้³¹

2.2.2.2 ความยินยอมของคนวิกลจริต

สำหรับ “บุคคลวิกลจริต” ได้แก่ บุคคลที่มีความผิดปกติทางจิต ทางสมอง จิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ ขาดความรู้สึกในการกระทำ บุคคลเหล่านี้อาจไม่รู้ผิดชอบชั่วดี การให้ความยินยอมในทางอาญาจึงไม่อาจกระทำได้โดยสมบูรณ์อันเนื่องมาจากสภาพของร่างกายที่บกพร่องของบุคคลนั้น ซึ่งก็มีลักษณะทำนองเดียวกับความยินยอมที่มีความบกพร่องของเด็ก ที่บุคคลผู้จะให้ความยินยอมได้จะต้องเข้าใจถึงขอบเขตของการกระทำ และรู้ถึงคุณค่าของความหมายของการกระทำนั้น ดังนั้น บุคคลวิกลจริตจึงเป็นบุคคลที่มีความบกพร่องทั้งในการแสดงเจตนาทางแพ่ง และในการให้ความยินยอมแก่บุคคลใด ความยินยอมของบุคคลวิกลจริตจึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมตามกฎหมาย ไม่อาจอ้างความยินยอมของบุคคลวิกลจริตเป็นเหตุยกเว้นความผิดในทางอาญาได้

²⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด,” วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 3, ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2521): 53

²⁹ ประพิน ประชญาภรณ์, “ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522) หน้า 19.

³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 828/2486

³¹ ประพิน ประชญาภรณ์, “ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522) หน้า 19.

2.2.2.3 บุคคลอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้

บุคคลอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งมีความบกพร่องไม่สามารถให้ความยินยอมได้ กล่าวคือ บุคคลที่อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ สำหรับคำว่า “ภาวะ” หมายถึง ความมี ความเป็น ความปรากฏ ของบุคคลหรือสิ่งของ เช่น ภาวะคับขัน ภาวะสงคราม เป็นต้น³² ในความผิดทางเพศ ฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือความผิดฐานกระทำอนาจาร บุคคลที่จะให้ความยินยอมได้ต้องอยู่ใน ภาวะที่สามารถให้ความยินยอมได้ด้วย หากเป็นบุคคลที่อยู่ในภาวะของการเมาสุรา ฤกวางยา สลบ ไม่ได้สติ ในภาวะจำยอม ความพิการทางร่างกายขนาดที่ไม่อาจขัดขืนได้ หรือคนป่วยที่ไม่ได้สติ บุคคล เหล่านี้ไม่ว่าจะมีการให้ความยินยอมให้กระทำต่อตน หรือการนิ่งเพราะไม่สามารถขัดขืนหรือยินยอม ได้โดยสภาพ จะถือว่าบุคคลเหล่านี้ยินยอมให้กระทำผิดไม่ได้

การกระทำทางเพศต่อบุคคลที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้นี้หากพิจารณาตาม ประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารตามมาตรา 276 หรือ มาตรา 278 ได้บัญญัติถึงการกระทำต่อบุคคลที่อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไว้ในองค์ประกอบ ความผิดสองฐานดังกล่าว และอาจพิจารณาจากตัวอย่างของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้ตัดสินไว้ว่า การ กระทำของจำเลยที่กระทำต่อหญิงขณะป่วย หรือหมดสติเพราะดื่มสุรากับจำเลย เป็นการกระทำต่อ หญิงในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276³³ หรืออีกคดี หนึ่งที่เกิดขึ้น คือ หญิงจำยอมให้จำเลยกระทำ เพราะเกรงว่าจะถูกทำร้าย นับว่าหญิงอยู่ในภาวะไม่ สามารถขัดขืนได้ การกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงนั้น³⁴

ดังนั้น โดยสรุปแล้วการกระทำต่อบุคคลที่บกพร่องเรื่องความสามารถไม่ว่าจะเป็นเพราะเหตุ อายุ เป็นคนวิกลจริต หรือเป็นบุคคลอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าบุคคลนั้นจะแสดง เจตจำนงออกมาว่ายินยอมให้กระทำ หรือแม้แต่การนิ่งไม่ขัดขืน ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการให้ความ ยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายเพราะความยินยอมไม่อาจหาได้จากบุคคลเหล่านั้นนั่นเอง

³² พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2554, ภาวะ [ออนไลน์], แหล่งที่มา <http://rirs3.royin.go.th/new-search/word-search-all-x.asp>

³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2382/2522

³⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 271/2474

2.2.3 ระยะเวลาของการให้ความยินยอม

หลักเกณฑ์ของความยินยอมในทางอาญาที่สำคัญประการหนึ่ง คือ ระยะเวลาของการให้ความยินยอม ซึ่งระยะเวลาของการให้ความยินยอมมีความสำคัญในการพิจารณาถึงความยินยอมของผู้เสียหายเป็นอย่างมาก เนื่องจากมีผลต่อการพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของความยินยอมในทางอาญาที่จะเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้ หากการให้ความยินยอมเป็นการล่วงเลยช่วงเวลาที่จะอาจให้ความยินยอมไปแล้ว ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการให้ความยินยอมของผู้เสียหายในทางอาญา ไม่เป็นการยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายอันจะทำให้ไม่มีความผิด ดังนั้น การพิจารณาถึงระยะเวลาของการให้ความยินยอมอาจพิจารณาได้ ดังต่อไปนี้

2.2.3.1 ความยินยอมก่อนหรือขณะกระทำความผิด

ความยินยอมจะชอบด้วยกฎหมายนั้น ผู้มีสิทธิให้ความยินยอมจะต้องแสดงออกถึงความยินยอมโดยชัดแจ้งหรือพึงสันนิษฐานได้โดยปริยายว่าได้ยินยอมให้กระทำการแสดงออกซึ่งความยินยอมนั้นจะต้องแสดงออกก่อนที่จะมีการกระทำความผิดนั้น หรืออย่างช้าที่สุดจะต้องมีขณะกระทำความผิดนั้น³⁵ หากล่วงเลยช่วงเวลาของการกระทำความผิดไปแล้วย่อมไม่ใช่ความยินยอมในทางอาญา จึงมีผลให้ไม่ได้รับยกเว้นความผิดการกระทำจึงเป็นความผิด

นอกจากต้องได้รับความยินยอมก่อนหรือขณะกระทำแล้ว ความมีอยู่ของความยินยอมนั้นเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาประกอบด้วย กล่าวคือ ความยินยอมจะต้องมีอยู่ตลอดการกระทำจนกว่าผู้กระทำจะได้กระทำเสร็จสิ้นไปแล้ว จึงจะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด ในระหว่างกระทำผู้กระทำจึงอาจจะบอกถอนหรือยกเลิกความยินยอมได้ ผลของการบอกถอนหรือยกเลิกความยินยอมเป็นผลให้ความยินยอมสิ้นสุดลง หากยังขึ้นกระทำโดยฝ่าฝืนความยินยอมหลังจากนั้นการกระทำย่อมเป็นความผิด³⁶

³⁵ กมลชัย รัตนสกววงศ์, “ความยินยอมในกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 48.

³⁶ เรื่องเดียวกัน

2.2.3.2 ความยินยอมในทางอาญากับการยอมความ

สำหรับระยะเวลาของการให้ความยินยอมย่อมมีผลต่อการพิจารณาถึงข้อแตกต่างของความยินยอมในทางอาญากับการยอมความ เพราะการให้ความยินยอมหลังจากการกระทำเสร็จไปแล้วไม่อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมให้กระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำยังคงเป็นความผิดและไม่มีผลให้การกระทำที่เป็นความผิดไปแล้วกลับกลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายไม่เป็นความผิดไปได้ การให้ความยินยอมในภายหลังกระทำนั้นอาจเป็นได้แต่เพียงกรณีของการให้อภัยหรือเป็นการไม่ติดใจเอาความอันเป็นการยอมความของผู้เสียหายเท่านั้น ซึ่งจะส่งผลในทางกฎหมายที่แตกต่างกัน ระหว่างการให้ความยินยอมในทางอาญาที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด กับการยอมความซึ่งยังคงมีผลให้การกระทำนั้นเป็นความผิด แต่ถ้าเป็นความผิดต่อส่วนตัวมีผลให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 39 (2) เท่านั้น

2.2.4 ความยินยอมอันบริสุทธิ์

หลักเกณฑ์ประการสำคัญที่สุดอีกประการหนึ่งในการพิจารณาถึงความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น จะต้องปรากฏว่าความยินยอมนั้นเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์แท้จริง หรือเป็นความยินยอมโดยสมัครใจ กล่าวคือ ต้องเป็นความยินยอมที่ให้โดยมีอิสระ เสรี จริจใจ และชัดเจน³⁷ จะต้องไม่เป็นความยินยอมที่ได้มาจากการหลอกลวง บังคับ ชูเชิญ ทำให้กลัว หรือทำให้สำคัญผิดด้วยประการใดๆ³⁸ มิฉะนั้นความยินยอมจะไม่ใช่ความยินยอมที่บริสุทธิ์แท้จริง ไม่ใช่ความยินยอมโดยสมัครใจ ไม่เป็นความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่อาจถือได้ว่าผู้เสียหายยินยอมให้กระทำที่ผู้กระทำจะอ้างเพื่อเป็นเหตุยกเว้นความผิดมิได้ สำหรับเหตุที่จะทำให้ความยินยอมไม่บริสุทธิ์แท้จริงหรือเป็นความยินยอมโดยไม่สมัครใจมีหลายเหตุด้วยกัน ซึ่งพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

2.2.4.1 ความยินยอมเกิดจากการหลอกลวง

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายหลักเกณฑ์ประการสำคัญคือ ต้องเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์ แท้จริง และสมัครใจ มิฉะนั้นแล้วไม่อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายมีผลเท่ากับไม่ยินยอม สำหรับการหลอกลวงนั้นการหลอกลวงที่เป็นเหตุให้

³⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508

³⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบาย กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 432.

ผู้ถูกหลอกลวงให้ความยินยอม มีหลักโดยทั่วไปว่า “การหลอกลวงเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป” (Fraud vitiates consent)³⁹ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การหลอกลวงย่อมลบล้างความยินยอมของผู้เสียหายได้ เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะว่าการให้ความยินยอมที่เกิดจากการหลอกลวงนั้น ขณะที่มีการให้ความยินยอมผู้ให้ความยินยอมไม่ทราบข้อเท็จจริงบางประการ อันเกิดมาจากการหลอกลวงในข้อเท็จจริงบางประการนั้น ที่จะทำให้ผู้ให้ความยินยอมสามารถตัดสินใจให้ความยินยอมได้โดยอยู่บนพื้นฐานของการรู้ข้อเท็จจริงอย่างครบถ้วน มีอิสระ และเสรี ซึ่งหากผู้ให้ความยินยอมทราบข้อเท็จจริงบางประการดังกล่าวแล้วก็อาจจะไม่ให้ความยินยอมได้

แต่อย่างไรก็ตามหลักที่ว่า “การหลอกลวงเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป” (Fraud vitiates consent) นั้น มิใช่ว่าการหลอกลวงจะเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปทุกกรณีไม่ ทั้งนี้เพราะการหลอกลวงมีหลายประเภท และลักษณะของความผิดที่เกี่ยวข้องกับความยินยอมในทางอาญาก็มีหลายลักษณะที่ต้องพิจารณาประกอบกัน สำหรับประเภทของการหลอกลวงนั้น ศาตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายเรื่องนี้ว่า การหลอกลวงแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ ดังนี้⁴⁰

(1) การหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำ (Fraud in Factum) กล่าวคือ การหลอกลวงที่ทำให้ผู้ถูกหลอกลวงถึงกับหลงผิดในสาระสำคัญของการกระทำเสียทีเดียว ตัวอย่างเช่น การหลอกลวงให้ผู้เสียหายยินยอมลงลายมือชื่อในเช็คโดยเข้าใจว่าเป็นใบรับของ หรือการหลอกลวงให้ลงลายมือชื่อในสัญญาขายที่ดินโดยหลอกลวงให้เข้าใจว่าเป็นการลงลายมือชื่อหนังสือออกโฉนดที่ดินเป็นเหตุให้ผู้หลอกลวงได้ไปซึ่งที่ดินดังกล่าว เป็นต้น เหล่านี้ผู้ถูกหลอกลวงยอมลงลายมือชื่อลงในเช็คหรือสัญญาซื้อขายโดยไม่ทราบถึงสภาพของการกระทำของตนเองว่าเป็นการลงลายมือชื่อส่งจ่ายเช็คหรือลงลายมือชื่อโอนขายที่ดินของตนเองให้กับผู้อื่น ซึ่งเรียกได้ว่าเป็น “การหลอกลวงในสภาพของการกระทำ”

อย่างไรก็ตามในเรื่องนี้ “การหลอกลวงให้เข้าใจผิดในตัวบุคคล” ก็ถือว่าเป็นการหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำอีกอย่างหนึ่ง การหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำหากพิจารณาในแง่ของการทำนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ถือเป็นการแสดงเจตนา

³⁹ กมลชัย รัตนสกววงศ์, “ความยินยอมในกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 28.

⁴⁰ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 840.

ทำนิติกรรมเพราะสำคัญผิดในสาระสำคัญที่เป็นเหตุให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 156⁴¹ และในทางอาญาก็ถือว่าเป็นการแสดงข้อความอันเป็นเท็จและโดยการหลอกลวงดังว่านั้นได้ไปซึ่งทรัพย์สินของผู้ถูกลอกลวง เป็นความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 341⁴² ถือว่าการแสดงเจตนาให้ความยินยอมดังกล่าวเป็นโมฆะเสียเปล่าไปเลย

(2) การหลอกลวงในมูลเหตุ (Fraud in the inducement) กล่าวคือ การหลอกลวงบางประเภทเป็นเพียงมูลเหตุจูงใจเท่านั้น ไม่ได้หลอกลวงให้สำคัญผิดในสาระสำคัญของการกระทำ ตัวอย่างเช่น การหลอกลวงให้ผู้เสียหายลงลายมือชื่อในเช็คด้วยการหลอกลวงขายพระเครื่องของปลอม จะเห็นได้ว่าผู้เสียหายทราบถึงสภาพของการกระทำของตนเองว่าเป็นการลงลายมือชื่อส่งจ่ายเช็ค เพียงแต่เป็นการหลอกลวงให้สำคัญผิดว่าเป็นการลงลายมือชื่อส่งจ่ายเช็คเพื่อชำระราคาพระเครื่องซึ่งเป็นของแท้ จึงเป็นเพียงการหลอกลวงในมูลเหตุเท่านั้น เป็นต้น

สำหรับการหลอกลวงทั้งสองลักษณะข้างต้น หากเป็นการหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำการหลอกลวงย่อมเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป แต่อย่างไรก็ตามหากเป็นการหลอกลวงในมูลเหตุ ในบางกรณีการหลอกลวงในมูลเหตุเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป แต่ในบางกรณีลำพังเพียงการหลอกลวงในมูลเหตุก็ไม่ทำให้ความยินยอมเสียไป ซึ่งยังคงถือได้ว่าผู้ยินยอมยังคงให้ความยินยอมโดยสมัครใจ และยังเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์อยู่ ซึ่งการพิจารณาในเรื่องนี้ ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายว่า จะต้องพิจารณาลักษณะของความผิดประกอบด้วยซึ่งสามารถแยกพิจารณาตามลักษณะความผิดได้ ดังนี้⁴³

กรณีแรก ในกรณีของความผิดที่มี “การหลอกลวง” เป็นองค์ประกอบของความผิด เช่น ความผิดฐานขายของโดยหลอกลวงในแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 271 ความผิดฐานฉ้อโกงตามมาตรา 341 ความผิดฐานฉ้อโกงแรงงานตาม

⁴¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 156 บัญญัติว่า การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมเป็นโมฆะ

ความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมตามวรรคหนึ่งได้แก่ ความสำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรม ความสำคัญผิดในตัวบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรม และความสำคัญผิดในทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งนิติกรรม เป็นต้น

⁴² ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 341 บัญญัติว่า ผู้ใดโดยทุจริต หลอกลวงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง และโดยการหลอกลวงดังว่านั้นได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกลอกลวงหรือบุคคลที่สาม หรือทำให้ผู้ถูกลอกลวงหรือบุคคลที่สาม ทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานฉ้อโกง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁴³ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 841-843.

มาตรา 344 หรือกรณีความผิดที่ “ไม่เต็มใจ” เป็นองค์ประกอบของความผิด เช่น ความผิดฐานพรากผู้เยาว์โดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 318 เป็นต้น ความผิดเหล่านี้การได้ความยินยอมมาโดยการหลอกลวงไม่ว่าจะเป็นการหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำหรือเป็นการหลอกลวงในมูลเหตุ การหลอกลวงก็เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปทั้งสิ้น ถือว่าผู้ถูกหลอกลวงไม่ยินยอมให้กระทำ มีผลให้การกระทำของผู้หลอกลวงเป็นความผิด

กรณีที่สอง ในกรณีของความผิดซึ่งโดยสภาพของความผิดต้องปราศจากความยินยอม กล่าวคือ ความผิดเกิดขึ้นเมื่อผู้เสียหายไม่ยินยอม เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 334 ฐานโกงเจ้าหนี้ตามมาตรา 350 ฐานยกยอกทรัพย์ตามมาตรา 352 ฐานทำให้เสียทรัพย์ตามมาตรา 358 ฐานบุกรุกตามมาตรา 362 และมาตรา 364 เป็นต้น ซึ่งล้วนเป็นความผิดที่เป็นการเอาทรัพย์ไปโดยผู้เสียหายไม่ยินยอม หรือเจ้าหนี้ไม่ยินยอมให้ลูกหนี้โอนทรัพย์ หรือการเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์หรือเคหะสถานโดยไม่ได้รับความยินยอม เพราะหากได้รับความยินยอม การกระทำก็ไม่เป็นความผิด หรือในความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพฐานหวังเหนี่ยวกักขังตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 310 ซึ่งโดยสภาพของความผิดถ้าผู้เสียหายยินยอมย่อมจะมีการกักขังหรือกระทบต่อเสรีภาพไม่ได้ หรือเช่นเดียวกับความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 หรือความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 ถ้าผู้เสียหายยินยอมให้กระทำย่อมไม่เป็นความผิด ซึ่งความผิดลักษณะนี้ความยินยอมที่เกิดจากการหลอกลวงไม่เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปเสมอไป กล่าวคือ ถ้าเป็นความยินยอมที่ได้มาจากการหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป ถือได้ว่าเป็นความยินยอมที่ไม่ได้เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ ความยินยอมไม่บริสุทธิ์ไม่อาจถือได้ว่าผู้ถูกหลอกลวงยินยอมให้กระทำ แต่หากเป็นการหลอกลวงในมูลเหตุจูงใจการหลอกลวงไม่เป็นเหตุที่ทำให้ความยินยอมเสียไปอย่างเช่นการหลอกลวงในสาระสำคัญไม่ จึงยังคงถือได้ว่าการให้ความยินยอมของผู้ถูกหลอกลวงยังคงเป็นความยินยอมโดยสมัครใจ เป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์โดยสภาพจึงไม่อาจเป็นความผิดดังกล่าวได้

ดังนั้น โดยสรุปแล้วจะเห็นได้ว่าความยินยอมเพราะถูกหลอกลวงเป็นไปตามหลักโดยทั่วไปที่ว่า “การหลอกลวงเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป” (Fraud vitiates consent) ความยินยอมที่เกิดจากการหลอกลวงจึงเป็นความยินยอมที่ผู้กระทำได้มาโดยมิชอบประการหนึ่ง มีผลให้ความยินยอมเป็นความยินยอมที่ไม่สมัครใจและไม่บริสุทธิ์ ไม่ครบหลักเกณฑ์ความยินยอมในทางอาญา ไม่อาจถือได้ว่าผู้เสียหายยินยอมให้กระทำ แต่อย่างไรก็ตามในบางกรณีการหลอกลวงก็ไม่เป็น

เหตุให้ความยินยอมเสียไปตามหลักทั่วไปเสมอไป ซึ่งต้องพิจารณาถึงประเภทของการลอบกลวง ระหว่างการลอบกลวงในสาระสำคัญของการกระทำ หรือการลอบกลวงในมูลเหตุจูงใจประกอบกับการพิจารณาถึงลักษณะของความผิดที่มีการลอบกลวงเป็นองค์ประกอบของความผิดกับความผิดที่ไม่มีองค์ประกอบของการลอบกลวงเป็นความผิดด้วย

2.2.4.2 ความยินยอมเกิดจากการข่มขู่

ความยินยอมที่เกิดจากการข่มขู่ด้วยประการใดๆ เป็นความยินยอมที่ไม่บริสุทธิ์ ประการหนึ่งไม่อาจอ้างขึ้นลบล้างความผิดได้⁴⁴ เกี่ยวกับการข่มขู่จะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะเป็นการข่มขู่โดยใช้กำลังประทุษร้าย ใช้กิริยาหรือวาจาขู่เข็ญ การทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อ ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สินของผู้เสียหายหรือบุคคลที่สาม หรือการใช้อำนาจครอบงำผิดครองธรรม ในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารตามมาตรา 276 หรือมาตรา 278 หรือในความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพฐานทำให้เสื่อมเสียเสรีภาพหรือฐานจับตัวคนไปเรียกค่าไถ่ตามมาตรา 309 หรือมาตรา 313 หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินฐานกรรโชกทรัพย์ ริดเอาทรัพย์ หรือชิงทรัพย์ตามมาตรา 337 มาตรา 338 หรือมาตรา 339 การที่ผู้เสียหายยอมตามคำขู่นั้นๆ เป็น “ความจำยอม” (Submission) มิใช่ความยินยอมที่จะอ้างยกเว้นความผิดได้ สำหรับประเด็นว่าการข่มขู่เพียงใดที่จะถือได้ว่าผู้เสียหายถึงขนาดต้องจำยอมต้องพิจารณาตามพฤติการณ์เป็นรายกรณีไป ซึ่งอาจเปรียบเทียบได้จากหลักเกณฑ์การข่มขู่ให้ทำนิติกรรมทางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 164 ที่ การข่มขู่จะทำให้การแสดงเจตนาเป็นโมฆียะก็ต่อเมื่อ เป็นการข่มขู่ที่จะเกิดภัยอันตรายใกล้จะถึงและร้ายแรงถึงขนาดให้ผู้ถูกข่มขู่มีมูลต้องกลัว⁴⁵

สำหรับความผิดทางเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามมาตรา 276 และมาตรา 278 ก็ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในองค์ประกอบภายนอกของความผิดทั้งสองฐานดังกล่าวแล้วว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ...” หรือ “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่า 15 ปี โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ...” เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำ

⁴⁴ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, “ความยินยอมในกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 28.

⁴⁵ จิตติ ดิงศรัทธี, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 839-840.

อนาจาร เพราะเป็นการกระทำโดยผู้เสียหายจำยอม (Submission) มิใช่ยินยอมให้กระทำ จึงเป็นการกระทำทางเพศที่ฝ่าฝืนความยินยอมของผู้เสียหาย ไม่อาจอ้างยกเว้นความผิดได้

2.2.4.3 ความยินยอมเกิดจากการสำคัญผิด

ความยินยอมที่ได้มาโดยผู้เสียหายสำคัญผิดมีความใกล้เคียงกับความยินยอมที่เกิดจากการหลอกลวง ซึ่งในกรณีของความสำคัญผิด หรือความไม่รู้พฤติการณ์ของผู้เสียหายเกิดจากการกระทำของผู้กระทำที่มีส่วนก่อ จงใจ หรือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น การหลอกลวงให้สำคัญผิด เป็นต้น กรณีนี้ก็จะเป็นอย่างเดียวกับความยินยอมที่เกิดจากการหลอกลวง จะถือเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ ตัวอย่างเช่น การที่ชายรู้ว่าตนเป็นโรคติดต่อทางเพศอย่างร้ายแรงร่วมเพศกับหญิงโดยปกปิดข้อเท็จจริงนั้นไม่ให้หญิงรู้ จะถือว่าหญิงยินยอมให้ร่วมประเวณีและรับโรคติดต่อไม่ได้⁴⁶

แต่สำหรับในกรณีของการสำคัญผิดของผู้เสียหายหรือความไม่รู้พฤติการณ์ และได้ให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำ โดยที่ผู้กระทำไม่ได้มีส่วนก่อ จงใจ หรือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้ผู้เสียหายยินยอม เป็นกรณีที่ไม่ว่าจะดำเนินผู้กระทำได้ ไม่สามารถที่จะนำเอาความสำคัญผิดเองของผู้เสียหายมาเป็นผลร้ายกับผู้กระทำได้ ฉะนั้นในกรณีนี้ความยินยอมของผู้เสียหายไม่เสียไปเพราะเหตุว่าผู้เสียหายสำคัญผิดเอง⁴⁷

2.2.4.4 ความยินยอมเกิดจากความกดดันทางเศรษฐกิจ

ความยินยอมของผู้เสียหายที่เกิดจากความกดดันทางเศรษฐกิจ มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าจะเป็นการให้ความยินยอมไม่บริสุทธิ์หรือเสียไปหรือไม่ ในเรื่องนี้ “ท่านรองศาสตราจารย์ กมลชัย รัตนสกววงศ์” ได้อธิบายไว้โดยเห็นว่า การบีบคั้นทางเศรษฐกิจหากเป็นกรณีของผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่สูงกว่าหรือเหนือกว่า ใช้อำนาจบีบบังคับผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ต่ำกว่าหรือด้อยกว่า เพื่อให้ผู้นั้นยินยอมให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ความยินยอมที่เกิดจากการบีบบังคับนั้นเสียไป แต่หากผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ต่ำกว่าหรือด้อยกว่าเป็นผู้ยินยอมเองโดยไม่มีการใช้อำนาจทางเศรษฐกิจที่สูง

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน หน้า 843.

⁴⁷ กมลชัย รัตนสกววงศ์, “ความยินยอมในกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 41.

กว่านั้นบีบคั้นความยินยอมไม่เสียไป เพียงแต่เป็นการกระทำที่ไม่สมควร เช่น การที่ผู้เสียหายเป็นลูกจ้างกระทำความผิดต่อนายจ้างจะต้องถูกลงโทษ หากเป็นกรณีที่นายจ้างให้หญิงผู้เสียหายยอมให้ตนร่วมเพศแทนการลงโทษ แม้หญิงจะยินยอมแต่เป็นความยินยอมเกิดจากการบีบคั้นทางเศรษฐกิจ ความยินยอมของหญิงเสียไป แต่หากเป็นกรณีกลับกันถ้าหญิงลูกจ้างเป็นผู้ทำให้เกิดหรือเสนอให้มีการร่วมเพศเพื่อให้ นายจ้างเปลี่ยนใจที่จะไม่ลงโทษ ไม่อาจถือได้ว่าความยินยอมเกิดจากการบีบคั้นทางเศรษฐกิจไม่ทำให้ความยินยอมเสียไป⁴⁸

2.2.4.5 ความยินยอมที่ได้มาโดยมิชอบประการอื่น

ความยินยอมที่ไม่ชอบประการอื่นนอกเหนือจากความยินยอมที่ได้มาจากการหลอกลวง ความยินยอมจากการข่มขู่ ความยินยอมจากการสำคัญผิด และความยินยอมจากความกดดันทางเศรษฐกิจที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ยังคงมีความยินยอมที่ได้มาโดยมิชอบประการอื่นซึ่งได้แก่ ความยินยอมจากบุคคลที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ เช่น การวางยาผู้เสียหายจนผู้เสียหายไม่อาจครองสติสัมปชัญญะ เพื่อให้สะดวกหรือง่ายแก่การที่ผู้เสียหายให้ความยินยอม หรือการที่ผู้เสียหายมีเมมา จึงให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำความผิดในขณะที่มีเมมา⁴⁹ เป็นไปตามสุภาชิตที่ว่า “ความยินยอมไม่อาจหาได้จากบุคคลเหล่านี้” ความยินยอมกรณีเหล่านี้ นอกจากเป็นความยินยอมที่บกพร่องในเรื่องของความสามารถของผู้ให้ความยินยอมแล้ว ยังคงเป็นความยินยอมที่บกพร่องในเรื่องของการได้มาซึ่งไม่บริสุทธิ์ ไม่อาจถือได้ว่าผู้เสียหายยินยอม

2.2.5 ความยินยอมไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและสำนึกศีลธรรมอันดี

ความยินยอมทางอาญาที่จะชอบด้วยกฎหมายอันเป็นเหตุให้ผู้กระทำไม่มีความผิด นอกจากจะต้องให้ความยินยอมในช่วงเวลาของการกระทำแล้ว ต้องเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ด้วย และยังต้องพิจารณาว่าความยินยอมดังกล่าวขัดต่อสำนึกศีลธรรมอันดี ซึ่งเรียกอีกอย่างว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีหรือไม่ด้วย หากเป็นความยินยอมที่ขัดต่อสำนึกศีลธรรมอันดี ไม่อาจถือเอาความยินยอมนั้นมาเป็นเหตุไม่ต้องรับผิดได้ การพิจารณาถึงสำนึกศีลธรรมอันดีต้องพิจารณาตามความรู้สึก

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน หน้า 39.

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน หน้าเดียวกัน.

ของคนทั่วไปสถานที่และเวลาที่เกิดการกระทำ⁵⁰ พิจารณาความมุ่งหมายของผู้กระทำที่มุ่งกระทำการ ละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายคืออะไร โดยพิจารณาถึงความรู้สึกที่รับได้และถูกต้องของคนในสังคม นั้น⁵¹

หลักในการใช้พิจารณาถึงสำนึกศีลธรรมอันดี หรือ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีนั้น เพื่อที่จะได้ง่ายแก่การพิจารณา อาจแยกพิจารณาตามหลักเกณฑ์ก่อนหลังดังต่อไปนี้⁵²

(1) พิจารณาศีลธรรม อันดับแรกการที่จะพิจารณาว่าความยินยอมขัดสำนึกศีลธรรมอันดีหรือไม่ให้พิจารณาถึงการยินยอมนั้นขัดต่อศีลธรรมหรือไม่ เนื่องจากกฎหมายอาญาส่วนหนึ่งมาจากหลักของศีลธรรม ไม่ว่าจะเป็นความผิดต่อชีวิต ความผิดต่อร่างกาย การยินยอมให้บุคคลอื่นฆ่าตน หรือทำร้ายตน ถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรม หรือแม้ความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็ก ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรม ความยินยอมของเด็กจึงเป็นความยินยอมที่ขัดต่อศีลธรรมเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ต่อไปด้วยว่าจะขัดต่อสำนึกศีลธรรมอันดีหรือไม่

(2) พิจารณาถึงมติมหาชน คือการยอมรับหรือความรู้สึกที่รับได้ของสังคม แม้ความยินยอมให้กระทำจะขัดกับศีลธรรม โดยปกติถือว่าเป็นความยินยอมที่ขัดกับสำนึกศีลธรรมอันดี แต่หากมติมหาชนรับได้กับความยินยอมเรื่องนั้น เช่น การยินยอมให้ทำร้ายร่างกายแต่เป็นการแข่งขันชกมวยกันตามประเพณี เป็นต้น ความยินยอมดังกล่าวก็ไม่ขัดต่อสำนึกศีลธรรมอันดี เป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) พิจารณาผลประโยชน์ของสังคม ในบางกรณีการกระทำขัดต่อกฎหมายอาญา และขัดต่อศีลธรรมรวมไปถึงความยินยอมให้กระทำการนั้นก็เป็นการขัดต่อศีลธรรมด้วย แต่ถ้าการกระทำนั้นเป็นการปกป้องรักษาผลประโยชน์ของสังคม การกระทำนั้นหรือการให้ความยินยอมเช่นนั้นก็ไม่ขัดต่อสำนึกศีลธรรมอันดี เช่น การรักษาพยาบาลบุคคลโดยการผ่าตัด หรือการยินยอมให้แพทย์ฉีดยาเพื่อป้องกันการระบาดของโรค แม้การกระทำดังกล่าวจะเป็นการทำร้ายร่างกายและโดยปกติการยินยอมให้ผู้อื่นทำร้ายร่างกายจะเป็นเรื่องที่ขัดต่อสำนึกศีลธรรมอันดี แต่ความยินยอมกรณีดังกล่าวนี้เป็นไปเพื่อการรักษาชีวิตคน การให้ความยินยอมจึงไม่ขัดต่อสำนึกศีลธรรมอันดี เป็นต้น

⁵⁰ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 432.

⁵¹ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, หน้า 266.

⁵² กมลชัย รัตนสกววงศ์, “ความยินยอมในกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 54-56.

ดังนั้น ตามที่ได้พิจารณาถึงหลักความยินยอมในทางอาญามาแล้วในบทนี้ ปรากฏว่าหลักความยินยอมในทางอาญาแม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายของไทยฉบับใดก็ตาม แต่กฎหมายไทยก็ยอมรับเอาหลักความยินยอมในทางอาญามาใช้ในฐานะ **“หลักกฎหมายทั่วไป” (General principle of law)** โดยในบางกรณีความยินยอมอาจมีผลที่ทำให้ครบหรือขาดองค์ประกอบของความผิดได้ หรือในบางกรณีความยินยอมอาจเป็นเหตุในการยกเว้นความรับผิดในทางอาญาได้

ซึ่งการพิจารณาถึงหลักความยินยอมในทางอาญามีหลักเกณฑ์การพิจารณาที่สำคัญโดยสรุป 3 ประการ ได้แก่ ประการแรกความยินยอมต้องเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ ประการที่สองความยินยอมต้องไม่ขัดต่อสำนึกศีลธรรมอันดี และประการที่สามความยินยอมต้องมีอยู่ในขณะกระทำความผิดหลักเกณฑ์ประการใดประการหนึ่งก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย และสำหรับในความผิดทางเพศไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารล้วนเป็นความผิดที่ต้องกระทำที่ปราศจากความยินยอม ฉะนั้น ยินยอมหรือไม่จึงเป็นสาระสำคัญของความผิดเกี่ยวกับเพศสองฐานดังกล่าวที่จะต้องพิจารณาโดยอาศัยหลักความยินยอมในทางอาญา โดยผู้ศึกษาจะได้นำหลักความยินยอมในทางอาญาตามที่ได้ศึกษาในบทนี้ไปพิจารณากับความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารในบทต่อไป

บทที่ 3

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร

บรรดาความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งได้แก่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร เป็นความผิดที่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายของทุกรัฐรวมถึงประเทศไทย ถือเป็นความผิดในตัวเอง (Mala in se) ที่มีผลกระทบต่อสิทธิ (Right) และเสรีภาพทางเพศ (Sexual Autonomy) ของบุคคลผู้ถูกระทำ รวมถึงเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อศีลธรรมอันดีของสังคม เป็นความผิดที่รัฐทุกรัฐมุ่งคุ้มครอง สำหรับประเทศไทยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารปรากฏให้เห็นในกฎหมายไทยมาอย่างยาวนาน มีวิวัฒนาการในการกำหนดความผิดที่เหมือนและแตกต่างกันตามกฎหมายในแต่ละยุคสมัยตามความเหมาะสม

ดังนั้น สำหรับในบทที่ 3 นี้ผู้ศึกษาจะศึกษาถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยในหัวข้อที่ 3.1 จะศึกษาถึงแนวความคิดและทฤษฎีต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร ไม่ว่าจะเป็นแนวความคิดตามหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักเสรีภาพทางเพศของบุคคล หลักศีลธรรม รวมถึงแนวความคิดในการกำหนดความผิดทั้งในอดีตและปัจจุบัน ส่วนในหัวข้อ 3.2 จะศึกษาถึงวิวัฒนาการของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยจะศึกษาตั้งแต่กฎหมายตราสามดวง พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 และประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ทั้งนี้ เพื่อให้ทราบถึงแนวความคิดพื้นฐานของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร และทราบถึงวิวัฒนาการของความผิดแต่ละยุคสมัย เพื่อจะได้นำไปวิเคราะห์ในบทต่อไปได้อย่างถูกต้อง

3.1 แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารเกิดขึ้นและมีอยู่โดยมีแนวความคิดและทฤษฎีพื้นฐานในการกำหนดความผิดหลายประการ ในแต่ละยุคสมัยไม่ว่าจะเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความผิดทางเพศดั้งเดิม และความผิดทางเพศสมัยใหม่ แนวความคิดอาจจะมีแตกต่างกันหรือเหมือนกันในแต่ละเรื่อง เพื่อความเข้าใจในแนวคิดพื้นฐานของความผิดทางเพศ ผู้เขียนจึงจะได้

อรรถาธิบายถึงหลักสิทธิมนุษยชนในส่วนของหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และหลักเสรีภาพทางเพศของบุคคล อรรถาธิบายถึงหลักศีลธรรม และรวมถึงอรรถาธิบายแนวความคิดการกำหนดความผิดในอดีตและปัจจุบัน ดังต่อไปนี้

3.1.1 หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ในรัฐเสรีประชาธิปไตยล้วนยึดมั่นในลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) ทุกรัฐ ซึ่งลัทธินี้สอนว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ (Human Dignity)¹ ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประการหนึ่งในชีวิตมนุษย์ทุกชีวิต หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้เป็นหลักการคุ้มครอง “สิทธิเสรีภาพ” ที่สำคัญประการหนึ่งในหลัก “สิทธิมนุษยชน”(Human rights)

เมื่อพิจารณาถึงสิทธิและเสรีภาพ ความหมายของคำว่า “สิทธิ” (Right) หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เช่น สิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้ สิทธิเหนือทรัพย์สิน เป็นต้น² และเมื่อมีสิทธิย่อมจะก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นที่จะต้องเคารพและปฏิบัติตามสิทธินั้นด้วย แต่หากเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญย่อมหมายถึง อำนาจตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดไม่กระทำการใด³ ส่วนความหมายของคำว่า “เสรีภาพ” (Liberty) คือ ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น อำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเอง (Self-determination)⁴ หรือความอิสระที่จะทำตามความประสงค์ของตนเองโดยปราศจากการแทรกแซงของบุคคลใด⁵

ดังนั้น สิทธิและเสรีภาพของมนุษย์จึงรวมเรียกกันว่า “สิทธิมนุษยชน” (Human Rights) หมายถึง บรรดาสิทธิและเสรีภาพที่ถือกันว่าติดตัวมนุษย์ทุกคนมาแต่กำเนิด ไม่อาจถูกพรากไปจากราชกรรไกรได้โดยไม่เป็นการทำลายความเป็นมนุษย์ของราชกรรไกร เป็นสิทธิในความเป็นมนุษย์ ความเป็นคน

¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), หน้า 15-16.

² เรื่องเดียวกัน หน้า 21.

³ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), หน้า 49.

⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 22.

⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 51.

ที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิด เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย สิทธิทางเพศ สิทธิในชื่อเสียง สิทธิความเป็นอยู่ ส่วนตัว เป็นต้น⁶

ส่วนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ก็เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชน (Human Rights) โดย “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” (Human Dignity) หมายถึง คุณค่าอันเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์ เป็นคุณค่าที่มีอยู่ในตัวมนุษย์ทุกคน เป็นคุณค่าที่มีอยู่ตามธรรมชาติของในตัวมนุษย์ ไม่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขใดๆ มีพื้นฐานมาจากสิทธิในชีวิตร่างกายของมนุษย์ สิทธิที่จะได้รับความเสมอภาคของมนุษย์ เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานใช้สิทธิเรียกร้องต่อศาลเพื่อให้รัฐปกป้องคุ้มครอง ให้ความเคารพในความเป็นมนุษย์ได้⁷

เมื่อพิจารณาถึงข้อบัญญัติระหว่างประเทศที่กำหนดรับรองคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไว้ ปรากฏให้เห็นในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ข้อที่ 3 ที่ว่า “บุคคลมีสิทธิในการดำรงชีวิต เสรีภาพและความปลอดภัยในร่างกาย” หรือในข้อ 5 ที่ว่า “บุคคลใดจะถูกทรมานหรือได้รับการปฏิบัติหรือการลงโทษซึ่งทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือหยามเกียรติมิได้”⁸ แม้ปฏิญญานี้จะไม่ก่อให้เกิดพันธะทางกฎหมายผูกพันกับรัฐสมาชิก แต่ก็ยังเป็นแบบแผนหรือแบบอย่างในการชี้แนะแก่รัฐสมาชิก เพื่อจัดให้มีการรับรองคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในแต่ละประเทศ⁹

สำหรับในประเทศไทยได้ให้ความสำคัญกับหลักสิทธิมนุษยชนและเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตลอดมาจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในปัจจุบัน โดยกำหนดไว้ในหมวด 1 บททั่วไป มาตรา 4¹⁰ ที่ได้บัญญัติวางหลักอันเป็นการประกาศเจตนารมณ์ที่จะให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ โดยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 25¹¹ ยังได้กำหนดให้ผู้ถูกละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นสิทธิและเสรีภาพอย่าง

⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 32.

⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 124-125

⁸ คณะอนุกรรมการสิทธิมนุษยชนและสันติภาพ, เอกสารสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ, หน้า 10-11.

⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547) หน้า 112-113.

¹⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 4 บัญญัติว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง

¹¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 25 บัญญัติว่า สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น

หนึ่งสามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นต่อสู้ในศาลได้ รวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26¹² ได้กำหนดถึงการตรากฎหมายที่จะมีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ ซึ่งเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเคร่งครัด¹³

แนวความคิดหนึ่งที่น่ามาเป็นรากฐานในการกำหนดความผิดทางเพศฐานข่มขืนกระทำชำเรา และกระทำอนาจาร ส่วนหนึ่งมาจากหลักสิทธิมนุษยชน สิทธิเสรีภาพ สิทธิขั้นพื้นฐาน และหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั่นเอง เนื่องจากมนุษย์ทุกคนเกิดมานั้นย่อมมาพร้อมกับสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ สิทธิประการหนึ่งคือ “สิทธิในชีวิตและร่างกาย” (Recht auf Leben) เป็นสิทธิที่ติดตัวปัจเจกชนมาตั้งแต่เกิดมีอยู่ในสภาวะธรรมชาติไม่อาจถูกพรากได้¹⁴ ในสังคมแม้ว่าบุคคลใดๆ มีเสรีภาพทางเพศของตนที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลใด รูปแบบใด และในสถานการณ์ใดๆ ถ้าเป็นการกระทำการโดยการตกลงปลงใจให้ความยินยอมโดยอิสระอย่างแท้จริงแล้ว การกระทำย่อมไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกระทำแต่อย่างใด หากแต่เป็นการกระทำทางเพศต่อบุคคลอื่นโดยปราศจากความยินยอมแล้ว ไม่ว่าจะเป็นการใช้กำลังบังคับ การขู่เข็ญ การกระทำในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือการหลอกลวง ย่อมเป็นกระทำที่มีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่รัฐมีหน้าที่จะต้องให้ความคุ้มครองไว้ การข่มขืนกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารล้วนเป็น

บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำเช่นนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นนั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น

สิทธิหรือเสรีภาพใดที่รัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ แม้ยังไม่มีกฎหมายนั้นขึ้นใช้บังคับ บุคคลหรือชุมชนย่อมสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพหรือจากการกระทำความผิดอาญาของบุคคลอื่น ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาหรือช่วยเหลือจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ

¹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 26 บัญญัติว่า การตรากฎหมายที่มีผลต่อการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

¹³ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 120-121

¹⁴ เรื่องเดียวกัน หน้า 89.

ความผิดโดยสภาพต้องปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำ การฝ่าฝืนความยินยอมเพื่อเข้าถึงทางเพศจึงเป็นอาชญากรรมที่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เนื่องจากการกระทำต่อบุคคลอื่นเปรียบเสมือนไม่มีชีวิตจิตใจเพียงเพื่อสนองความใคร่หรือระบายความแค้นเท่านั้น เป็นการทำให้คุณค่าความเป็นมนุษย์ของผู้ถูกระทำลดลง เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิมนุษยชน เป็นอาชญากรรมที่รัฐต้องให้ความคุ้มครอง

3.1.2 หลักเสรีภาพทางเพศของบุคคล

เดิมในอดีตกฎหมายเกี่ยวกับเพศมุ่งประสงค์จะคุ้มครองศีลธรรมเท่านั้น โดยมองว่าการข่มขืนกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารเป็นสิ่งที่ฝ่าฝืนคำสั่งสอนของศาสนา แต่เมื่อสภาพสังคมการเมือง เศรษฐกิจเปลี่ยนแปลงไป สังคมโลกมีปฏิสัมพันธ์กันมากขึ้น “สิทธิมนุษยชน” (Human Rights) ไม่ว่าจะเป็สิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาค ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายในสังคมโลกและรัฐที่พัฒนาแล้ว รัฐต่างๆ จึงให้ความสำคัญกับการรับรองคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของสมาชิกในรัฐ ซึ่ง “สิทธิทางเพศ” (Sexual Rights) ถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักสิทธิมนุษยชน การมีสิทธิทางเพศจึงถือเป็นการเติมเต็มเสรีภาพ ความเสมอภาค และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์¹⁵

ดังนั้น สิทธิทางเพศ (Sexual Rights)¹⁶ จึงรวมอยู่ในสิทธิมนุษยชน ซึ่งได้รับการยอมรับจากกฎหมายภายในประเทศ เอกสารด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และคำแถลงอื่น ซึ่งได้รับมติเห็นชอบให้สิทธิทางเพศเป็นสิทธิของบุคคลทุกคนในการเป็นอิสระจากการบีบบังคับ การเลือกปฏิบัติ และความรุนแรงต่อสิ่งดังนี้

- มาตรฐานด้านสุขภาวะทางเพศสูงสุดที่จะสามารถบรรลุได้ ซึ่งรวมถึงการเข้าถึงบริการด้านสุขภาวะทางเพศและอนามัยการเจริญพันธุ์
- การแสวงหาได้รับและถ่ายทอดข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับเพศวิถี
- เพศวิถีศึกษา
- การมีความชอบธรรมเหนือร่างกายของตน

¹⁵ สิทธิทางเพศ : ปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศ ฉบับย่อ, แปลโดย สมาคมวางแผนครอบครัวแห่งประเทศไทย, หน้า 2.

¹⁶ เรื่องเดียวกัน หน้า 14.

- การเลือกคู่ครอง
- การตัดสินใจที่จะมีเพศสัมพันธ์หรือไม่
- ความสัมพันธ์ทางเพศแบบยินยอมพร้อมใจ
- การสมรสซึ่งเกิดจากความยินยอมพร้อมใจ
- การตัดสินใจว่าจะมีบุตรหรือไม่ และจะมีเมื่อใด และ
- การมีชีวิตทางเพศที่พึงพอใจ ปลอดภัย และน่าอภิรมย์

ในบรรดาของสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคน บุคคลมีสิทธิเสรีภาพในชีวิต ร่างกายของตนเอง และนอกเหนือจากนั้นยังรวมไปถึงสิทธิทางเพศของบุคคลถือเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคนที่พึงมี และในสิทธิทางเพศประกอบไปด้วยหลักของ **“เสรีภาพทางเพศ” (Sexual Autonomy)** เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิทางเพศ เป็นเสรีภาพอันหนึ่งที่เกิดมีมาพร้อมมนุษย์ตามธรรมชาติ และไม่อาจพรากไปจากมนุษย์ผู้นั้นได้ ซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องให้ความรับรองคุ้มครองในเสรีภาพทางเพศดังกล่าว

การมีความสัมพันธ์ทางเพศถือเป็นเรื่องปกติของมนุษย์ทุกคน เนื่องจากมนุษย์ถือเป็นสัตว์ชนิดหนึ่ง มีความรู้สึกนึกคิด ความรัก ความใคร่ เหล่านี้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ มนุษย์ทุกคนย่อมเกิดมาพร้อมกับ **“เพศวิถี” (Sexuality)**¹⁷ ซึ่งหมายถึง แง่มุมที่สำคัญของการเป็นมนุษย์ตั้งแต่เกิดจนตาย และหมายรวมถึงเรื่องเพศ อัตลักษณ์ทางเพศและบทบาทหญิงชาย รสนิยมทางเพศ ความปรารถนาทางเพศ ความพึงพอใจทางเพศ การมีความสัมพันธ์ทางเพศ และการเจริญพันธุ์ เราสามารถมีประสบการณ์และแสดงถึงเพศวิถีโดยผ่านทางความคิด มโนธรรม ความปรารถนา ความเชื่อ ทศนคติ ค่านิยม พฤติกรรม วิธีปฏิบัติ บทบาท และความสัมพันธ์ซึ่งสิทธิในเพศวิถีของตนเอง ได้แก่ รสนิยมทางเพศ ความปรารถนาทางเพศ ความพึงพอใจทางเพศ รวมถึงความสัมพันธ์ทางเพศ เป็นต้น แต่ขณะเดียวกันภายใต้เพศวิถีนี้นั้นมนุษย์ก็มีสิทธิและเสรีภาพในตัวเองทั้งในด้านร่างกายและทางเพศ การมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลใดในสถานการณ์โดยยอมเป็นไปตามเจตจำนงของตน กล่าวคือ **“การตัดสินใจในเรื่องส่วนบุคคล” (Autonomy)**¹⁸ ซึ่งหมายถึง ความสามารถที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับชีวิตและกิจของตน เช่น ความเป็นอิสระของบุคคลในการทำตามเจตจำนงของตน สิทธิที่จะเลือกในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตน และความอิสระที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตน

¹⁷ เรื่องเดียวกัน หน้าเดียวกัน.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน หน้า 12.

เป็นต้น สิทธิเหล่านี้ถือเป็นสิทธิในความเป็นส่วนตัวอย่างหนึ่งของบุคคล เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนพึงมี และรัฐมีหน้าที่ให้ความคุ้มครองอย่างเคร่งครัด สำหรับเสรีภาพทางเพศปรากฏให้เห็นจากตัวอย่างของคดีที่เกิดขึ้นในรัฐ New Jersey ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งศาลได้วางหลักไว้ในคดี M.T.S ว่า¹⁹

การตัดสินใจเลือกที่จะมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลอื่นเป็นการตัดสินใจที่เป็นส่วนตัวมากที่สุดอย่างหนึ่ง การตัดสินใจเกิดมาจากความคุ้นเคยใกล้ชิด และแต่ละคนไม่เพียงแต่มีสิทธิตัดสินใจที่จะมีความสัมพันธ์ทางเพศเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงความสามารถในการควบคุมสถานการณ์และลักษณะบุคคลที่จะมีความสัมพันธ์ด้วย

ฉะนั้น “เสรีภาพทางเพศ” (Sexual Autonomy) จึงหมายถึง ความสามารถในการตัดสินใจโดยอิสระที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนกับบุคคลใด ในสถานที่ใด ในเวลาใด และสถานการณ์ใด ปราศจากการแทรกแซงของบุคคลอื่น เป็นความอิสระที่จะมีเพศสัมพันธ์ตามเจตจำนงของตน

ดังนั้น การบังคับข่มขืนใจเพื่อกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารผู้อื่น โดยใช้กำลังประทุษร้าย การขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย หรือแม้แต่การหลอกลวงให้ผู้ถูกกระทำยินยอมให้กระทำทางเพศย่อมเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน สิทธิในชีวิตร่างกายของบุคคล และนอกจากนั้นไม่เพียงแต่จะเป็นละเมิดสิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกายเท่านั้น ยังรวมถึงการละเมิดเสรีภาพทางเพศของบุคคล ที่บุคคลทุกคนมีเสรีภาพที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลใด ในเวลาและสถานการณ์ใดโดยอิสระ โดยมีสิทธิในการเลือกหรือการแสดงออกซึ่งเจตจำนงในการมีความสัมพันธ์ทางเพศ การฝ่าฝืนจึงเป็นอาชญากรรมที่รัฐต้องให้ความคุ้มครอง โดยที่เสรีภาพทางเพศเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือความผิดฐานกระทำอนาจารประสงค์จะให้ความคุ้มครอง²⁰

¹⁹ Robert R. Slaughter, “The riddle of rape by deception and the myth of sexual autonomy,” The Yale law journal (2013) pp.1393.

²⁰ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 414

3.1.3 หลักศีลธรรม

ศาสนาถือกำเนิดขึ้นในฐานะเครื่องมือของมนุษย์ในสังคมนั้นๆ เพื่อเป็นสิ่งยึดเหนี่ยวทางจิตใจ ศาสนาทุกศาสนามีสถานะไม่แตกต่างกัน แต่รูปแบบของศาสนาอาจแตกต่างกันไปตามปัจจัยทางสังคมของแต่ละสังคม ศาสนาอยู่ในสถานะของความเชื่อ ในแต่ละศาสนามักสอนอาจมีความแตกต่างกัน สิ่งที่ควรสนใจไม่ใช่ประเด็นว่าศาสนานั้นสอนว่าอย่างไร แต่ควรสนใจในประเด็นว่าเมื่อเชื่อเช่นนั้น แล้วผลที่ตามมาคืออะไร ซึ่งแน่นอนว่าคำสอนของทุกศาสนามุ่งเน้นให้บุคคลที่เชื่อทำความดี²¹

กฎหมายกับศาสนามีความสัมพันธ์กันอย่างมากไม่อาจแยกจากกันได้ เป็นสิ่งที่ดำเนินควบคู่กันไปในสังคมตั้งแต่อดีต สำหรับประเทศไทยซึ่งเป็นสังคมเมืองพุทธมีการนับถือศาสนาพุทธมายาวนานกว่า 800 ปี นับตั้งแต่สมัยพระเจ้าอโศกมหาราช ในอดีตกฎหมายกับพระพุทธศาสนามีความสัมพันธ์ใกล้ชิดเป็นอันมากอย่างที่แยกกันไม่ออก ไม่มีการแยกกันระหว่างทางโลกกับทางธรรม กฎหมายในสมัยก่อนมีหน้าที่กำกับผู้คนให้มีศีลธรรมในชาตินี้ และเข้าถึงสุคติในชาติหน้าด้วย กฎหมายมากมายหลายฉบับถูกตราขึ้นโดยอ้างอิงหลักธรรมทางพุทธศาสนา²² โดยเฉพาะในเรื่องของกฎแห่งกรรมซึ่งเรื่องธรรมชาตินี้ว่าการดำเนินชีวิตของคนเราเป็นผลของกรรมเก่า จะดีหรือชั่วอยู่ที่การกระทำซึ่งหากทำดีก็จะได้ดี ทำชั่วก็จะได้ชั่ว ไม่มีการแบ่งสูงต่ำตามวรรณะ แต่แบ่งสูงต่ำตามการกระทำ²³ อาทิเช่น พระราชกำหนดห้ามมิให้ราษฎรล่วงประเวณี กฎหมายสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้นที่พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกได้ทรงพระกรุณาถึงความน่ากลัวของนรกผู้ทีละเมิดศีลธรรมต้องประสบเป็นเวลาหลายหมื่นปี หรือกฎหมายห้ามซื้อและสูบฝิ่น สมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธเลิศหล้านภาลัยที่ยกเหตุผลว่า “ผู้ที่สูบฝิ่นเมื่อตายไปจะต้องได้รับทุกขเวทนาในนรกอเวจีเป็นเวลานาน และเมื่อพ้นจากนรกแล้วยังต้องไปเกิดเป็นเปรต” หรือสมัยพระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงตราประกาศสงกรานต์เตือนว่า “บุคคลใดไม่ได้รักษาศีลห้าประการแล้วทำบาปสิบสี่ตัวกุศลกรรมบถสิบประการ ผู้นั้นครั้นตายก็จะไปตกอบายภูมิเป็นเทียวแล” แต่นับตั้งแต่สมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 4 ทศนคติของกฎหมายกับศาสนาได้เปลี่ยนไปได้รับอิทธิพลจากวิทยาศาสตร์และแนวความคิดแบบเหตุผลนิยมมากขึ้นจึงส่งผลต่อกฎหมายในรัชกาลนี้และรัชกาลต่อๆ มาที่มี

²¹ ปรีชา ช่างขวัญยืน, สมภาร พรหมทา, มนุษย์กับศาสนา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์, 2547) หน้า 173-176.

²² พระไพศาล วิสาโล, “กฎหมายกับพุทธศาสนา,” ใน รพี'47 : มองกฎหมายหลากหลายมุม, สุทธิชัย งามชื่นสุวรรณ ,บรรณาธิการ.(กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2547) หน้า 248.

²³ ปรีชา ช่างขวัญยืน, สมภาร พรหมทา, มนุษย์กับศาสนา, หน้า 144-145.

ลักษณะแบบโลกย์ (Secular) การอ้างกฎแห่งกรรมแบบเดิมลดลงมา มุ่งการอ้างประโยชน์หรือความจำเป็นของบ้านเมืองมากขึ้น เส้นแบ่งระหว่างโลกกับธรรมปรากฏชัดเจนขึ้น แต่ศาสนายังคงสอดคล้องควบคู่เป็นรากฐานของกฎหมายเป็นส่วนใหญ่จนถึงปัจจุบัน²⁴

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารของประเทศไทยนับตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน ล้วนมีรากฐานมาจากหลักศีลธรรมตามพุทธศาสนา กล่าวคือ เบญจศีล เบญจธรรมหรือศีลห้านั่นเอง เป็นบทกำหนดแบบแผนความประพฤติที่องค์สัมมาสัมพุทธเจ้าได้ทรงบัญญัติไว้เพื่อสั่งสอนให้คนตั้งอยู่ในคุณธรรม หลักธรรมคำสั่งสอนของพระพุทธเจ้าในศีลอันมีองค์ห้า ประการหนึ่งที่มีความเกี่ยวข้องกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร ได้แก่ บทบัญญัติข้อที่สาม “กาเมสุมิจฉาจารา เวรมณีสีขา” เบญจศีลข้อที่สามนี้มีกัลยาณธรรมคือธรรมอันเป็นการสรรเสริญกัลยาณชน ได้แก่ ความประพฤติดีงามในสิขาบททั้งห้า ข้อที่สามที่ว่า “*ความสำรวมในกาม*”²⁵ เมื่อพิจารณาถึงศีลข้อที่สามและสิขาบทข้อที่สามจะเห็นได้ถึงข้อห้ามมิให้ปฏิบัติอันประพฤติดังในศีลธรรมและทางแก้ไขมิให้ประพฤติดังในศีลธรรมนั่นเอง โดยแปลว่าให้พึงเว้นจากการประพฤติดังในกามทั้งหลาย คำว่าในกามที่นี้ ได้แก่ กิริยาที่รักใคร่กันในทางประเวณี ศีลข้อนี้เป็นข้อที่มีความมุ่งหวังป้องกันความแตกร้างในหมู่มนุษย์ ซึ่งการประพฤติดังในกามการผิดลูกผิดเมียผู้อื่น เช่น การทำชู้กับภรรยาท่าน ย่อมทำให้ขาดความไว้วางใจซึ่งกันและกัน หรือสามีภรรยาแตกแยกกันเป็นธรรมดา และยังเป็นเหตุให้สามีผู้ใจเจ็บเกิดเป็นศัตรูขึ้นมาอีก หากความสุขมิได้และเป็นบาปแก่ผู้กระทำ²⁶

ตามหลักศีลธรรมการกระทำที่จะเป็นการประพฤติดังในกามกาเมสุมิจฉาจารานั้น มีได้ทั้งชายและหญิง ในกรณีที่เป็นการกระทำของชายจะผิดศีลข้อสามนี้กล่าวคือเป็นการกระทำต่อหญิง 3 จำพวก ได้แก่²⁷

(1) ภรรยาท่าน หมายถึง หญิงที่แต่งงานกับชายหรือไม่ได้แต่งงานแต่อยู่ด้วยกันอย่างเปิดเผยหรือหญิงเลี้ยงไว้เป็นภรรยา เหล่านี้อยู่ในความหมายของภรรยาท่าน ชายอื่นนอกจากสามีทำชู้ไม่ว่าจะเป็นการร่วมสังวาส เคล้าคลึง พุดเกี่ยวพานหรือแม่ชายตา ก็เป็นการกาเมสุมิจฉาจาร

²⁴ พระไพศาล วิสาโล, “กฎหมายกับพุทธศาสนา,” หน้า 248-249.

²⁵ สมเด็จพระมหาสมณเจ้า กรมพระยาวชิรญาณวโรรส, *เบญจศีล และ เบญจธรรม*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: มหามกุฏราชวิทยาลัย, 2500) หน้า 2-4.

²⁶ เรื่องเดียวกัน หน้า 26.

²⁷ เรื่องเดียวกัน หน้า 26-28.

(2) หญิงผู้อยู่ในพิทักษ์รักษาของท่าน ได้แก่ หญิงที่อยู่ในพิทักษ์รักษาของบิดา มารดา ญาติ หรือชายคู่หมั้น หากไปลักลอบสมสู่ถือเป็นการกาเมสุมิฉฉาจาร เนื่องจากท่านเป็นผู้เป็นใหญ่เหนือหญิงนั้น เมื่อมีได้กล่าวขอให้ท่านยินยอมยกให้เสียก่อนจึงเป็นความผิดทางศีลธรรม

(3) หญิงที่จาริตห้าม ได้แก่ หญิงที่เป็นเทือกเถา คือ แม่ ย่า ยาย ทวด หรือผู้ที่เป็นเหล่ากอ คือ ลูก หลาน เหลน เหล่านี้อถือว่าเป็นผู้อยู่ในพิทักษ์ของตระกูล หรือกรณีอยู่ใต้บัญญัติศาสนาห้ามสังวาส ได้แก่ ภิกษุณี นางชี หรือหญิงที่กฎหมายห้ามและลงโทษเมื่อสมสู่

การสังวาสหญิง 3 จำพวกข้างต้นจะยินยอมพร้อมใจหรือไม่ก็เป็นการกาเมสุมิฉฉาจาร แต่ นอกเหนือจาก 3 จำพวกข้างต้น หากไม่มีความพอใจที่จะร่วมสังวาสและชายข่มขืนยอมเป็นการกาเมสุมิฉฉาจารอย่างแน่นอน สำหรับในส่วนที่เป็นกรณีที่หญิงกระทำต่อชาย 2 จำพวกต่อไปนี้ยอมเป็นการกาเมสุมิฉฉาจาร ได้แก่²⁸

(1) ชายอื่นนอกจากสามี การคบชายชู้เป็นสิ่งต้องห้ามของหญิงที่มีสามียอมเป็นกาเมสุมิฉฉาจาร แต่หากสามีตายเป็นหม้าย หรือหย่าขาดจากสามีแล้วย่อมไม่ต้องห้าม

(2) ชายที่จาริตห้าม ซึ่งได้แก่ ภิกษุ สามเณร ผู้อยู่ใต้บัญญัติพระพุทธศาสนา ผู้ที่กฎหมายบ้านเมืองห้ามมิให้หญิงร่วมประเวณี

การที่หญิงยินยอมร่วมสังวาสกับชาย 2 จำพวกข้างต้นยอมเป็นการกาเมสุมิฉฉาจาร แต่กรณีที่ไม่ยินยอม เป็นการกระทำโดยพลการของชาย หญิงไม่อาจต่อสู้หรือหลบหลีกได้ ก็ไม่เป็นการกาเมสุมิฉฉาจารแก่หญิง แต่เป็นการกาเมสุมิฉฉาจารแก่ชายฝ่ายเดียว การกาเมสุมิฉฉาจารนี้เป็นความประพฤติที่ชั่วร้ายมีโทษทั้งทางโลกธรรม และทางฝ่ายพระราชอาณาจักร มีบทบัญญัติกฎหมายลงโทษแก่ผู้กระทำ ในทางศาสนาก็จัดว่าเป็นบาปแก่ผู้กระทำด้วย

ดังนั้น ในกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศดั้งเดิมมุ่งคุ้มครองศีลธรรมทางศาสนาเป็นหลักโดยมองว่าการกระทำความผิดทางเพศเป็นสิ่งผิดศีลข้อที่สาม ผิดจริยธรรมตามหลักของพระพุทธศาสนา แต่เมื่อยุคสมัยของประชาคมโลกมีความสำคัญ ประเทศไทยซึ่งมุ่งพัฒนาไปสู่ความเป็นสากลในทุกๆ ด้าน เพื่อความทัดเทียมกับประเทศอื่นๆ ในสังคมโลก แนวความคิดทางด้านสิทธิมนุษยชนได้เกิดขึ้น และพัฒนาอย่างต่อเนื่อง ทำให้แนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง การคุ้มครองศีลธรรมเกี่ยวกับการกระทำผิดทางเพศกลายเป็นเรื่องรอง การ

²⁸ เรื่องเดียวกัน หน้า 28-29.

คุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคลในสังคมกลายเป็นเรื่องหลักแทนที่ศีลธรรม แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่า ศีลธรรมก็ยังคงเป็นรากฐานแนวความคิดที่ยังคงซ่อนอยู่ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร

3.1.4 แนวความคิดกำหนดความผิดในอดีตและปัจจุบัน

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือความผิดฐานกระทำอนาจารถือเป็นความผิดในตัวเอง (Mala in se) อย่างหนึ่ง ที่ได้มีการบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้อย่างช้านาน ในทุกๆ สังคม ล้วนมีแนวความคิดและวัตถุประสงค์ในการกำหนดความผิดในลักษณะที่คล้ายกัน โดยมีพัฒนาการในการกำหนดความผิดเป็นไปตามยุคสมัย สภาพ ลักษณะของสังคมนั้นๆ และสังคมโลก สิ่งที่จะบ่งชี้ถึงความแตกต่างทางด้านแนวความคิดของกฎหมายเพศสามารถพิจารณาจากแนวความคิดของกฎหมายเพศดั้งเดิมและกฎหมายเพศสมัยใหม่ ซึ่งจะสะท้อนให้เห็นแนวความคิดในการมุ่งคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่แตกต่างกัน

ในยุคที่สิทธิเสรีภาพยังไม่มีการกล่าวถึง การเรียกร้อง หรือการเผยแพร่ไปทั่วโลก กฎหมายเกี่ยวกับเพศไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารเกิดขึ้นและมีอยู่เพื่อปกป้องคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย คือ ศีลธรรม²⁹ มีลักษณะมุมมองที่ว่าอาชญากรรมทางเพศนี้เป็นการละเมิดศีลธรรมทางศาสนาเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสมและผิดต่อหลักคำสอนของศาสนา โดยแนวคิดการคุ้มครองในอดีตนี้ปรากฏมาตามยุคของสังคมที่เริ่มแรกมุ่งคุ้มครองศีลธรรมที่ว่า หญิงเป็นสมบัติหรือทรัพย์สินของชายไม่ว่าจะเป็นบิดาหรือสามี การล่วงละเมิดทางเพศต่อหญิงจึงเป็นการกระทำผิดต่อชายผู้เป็นบิดาหรือสามี และต่อมาพัฒนาการของสังคมนำไปสู่แนวความคิดของการปกป้องทางศีลธรรมที่มุ่งคุ้มครองตัวของหญิงซึ่งเป็นผู้ถูกล่วงละเมิดทางเพศ และเป็นผู้ได้รับความเสียหายโดยตรง

ยุคแรกๆ ของกฎหมายเพศ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไม่ได้กำหนดความผิดไว้เพื่อคุ้มครองหญิงที่ผู้ถูกล่วงละเมิดทางเพศ อันเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายโดยตรง หากแต่เป็นการกำหนดไว้โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะมุ่งคุ้มครองหญิงซึ่งฐานะเป็นสมบัติหรือทรัพย์สินของชายผู้เป็นบิดา

²⁹ จินดารดา, “ข่มขืนกระทำชำเรา,” *บทบัญญัติ* 25, ตอน 2 (พฤษภาคม 2511): หน้า 307.

หรือสามีแล้วแต่กรณี³⁰ อันเนื่องมาจากในยุคแรกนี้ในสังคมของไทยหรือต่างประเทศก็ตาม บทบาทหรือฐานะของหญิงและชายอยู่ในฐานะที่แตกต่างกันมาก ผู้หญิงอยู่ฐานะที่ต่ำกว่าชาย ผู้ชายถือว่าเป็นผู้นำในทุกๆ ด้าน เป็นหัวหน้าครอบครัวมีความสำคัญสูงสุดในครอบครัว มีอำนาจปกครองหญิงในครอบครัว ในกรณีที่หญิงยังไม่มีสามีอำนาจปกครองดูแลหญิงนั้นยังคงเป็นของบิดาผู้เป็นหัวหน้าครอบครัว แต่ในกรณีของหญิงที่แต่งงานออกเหย้าออกเรือนแล้ว อำนาจในการปกครองดูแลหญิงนั้นกลายมาเป็นของสามีผู้เป็นหัวหน้าครอบครัว หญิงมีหน้าที่ต้องเชื่อฟังคำสั่งหัวหน้าครอบครัว ต้องรับใช้ปรนนิบัติดูแลเอาใจใส่สามีหรือบิดา³¹ การล่วงละเมิดทางเพศหญิงจึงเป็นการกระทำความผิดต่อชายผู้เป็นหัวหน้าครอบครัวนั่นเอง

เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะว่าในยุคแรกนี้มีการสู้รบทำศึกสงครามกันบ่อยครั้ง ผู้ชายซึ่งเป็นเพศที่มีความแข็งแรงกว่าหญิงตามลักษณะทางกายภาพของโครงสร้างทางร่างกาย ตามปัจจัยทางธรรมชาติ (Nature) และปัจจัยทางชีวภาพ (Biology) ย่อมต้องเป็นฝ่ายออกไปทำศึกสงคราม ส่วนหญิงที่มีโครงสร้างทางร่างกายที่อ่อนแอกว่า มีหน้าที่อยู่กับเหย้าเฝ้ากับเรือน เป็นแม่บ้านแม่เรือนคอยดูแลบุตรธิดา บำรุงเรือน หรือทรัพย์สิน³² ไม่มีโอกาสได้เรียนหนังสือ หรือเข้าสังคม เป็นไปตามวิถีประชา (Folkways) จารีต (Mores) ของสังคมในยุคนั้น

ในประเทศไทยเห็นได้จากกฎหมายต่างๆ ในอดีต ซึ่งบ่งชี้ว่าหญิงอยู่ในฐานะทรัพย์สินของชาย ตัวอย่างเช่น กฎหมายในสมัยสุโขทัยที่กำหนดให้หญิงซึ่งเป็นภรรยาซื้อขายตกทอดเป็นมรดกของทายาท³³ หรือในกฎหมายตราสามดวงพระอัยการลักษณะผัวเมียที่กำหนดให้การล่วงละเมิดหญิงไม่ว่าจะเป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรือการข่มขืนยังมีถึงขั้นชำเรา หรือการจับมือถือนมแก่ภรรยาหรือบุตรของผู้อื่น เป็นการละเมิดอำนาจปกครองของชายผู้เป็นสามีหรือบิดาจำต้องให้ไหมแก่ชายผู้นั้น เป็นกฎหมายที่แสดงให้เห็นได้ชัดถึงแนวความคิดในการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองชายผู้เป็นสามีหรือ

³⁰ นิธิ เมทินีวงค์, “แนวความคิดเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 24-25.

³¹ จงจิตต์ โศกนคณาภรณ์, สังคมวิทยาสตรี, หน้า 6.

³² ปรีชา ช่างขวัญยืน, สตรีในคัมภีร์ตะวันออก, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541), หน้า 41-42.

³³ บุญเดิม ไพเราะ, “สถานภาพและบทบาทของสตรีในสังคมไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาสังคมวิทยามหาบัณฑิต แผนกวิชาสังคม จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2519) หน้า 53.

บิดาอย่างชัดเจน มิได้มีขึ้นเพื่อปกป้องคุ้มครองเกียรติยศศักดิ์ศรีหรือความปลอดภัยของตัวหญิงแต่อย่างใด

ในยุคต่อมาเมื่อสภาพสังคมมีการเปลี่ยนแปลงไปแนวความคิดที่ว่าผู้หญิงเป็นทรัพย์สินสมบัติของผู้ชายถูกเลื่อนหายไป กลุ่มสตรีมีบทบาททางสังคมมีการเคลื่อนไหวเพื่อลดบทบาทความเหลื่อมล้ำระหว่างชายและหญิง ความผิดทางเพศก็ได้กลายมาเป็นความผิดที่คุ้มครองศีลธรรมทางเพศโดยมีวัตถุประสงค์คุ้มครองตัวผู้หญิงซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับเสียหายโดยตรง มิใช่คุ้มครองชายในฐานะผู้มีสิทธิเหนือหญิงอีกต่อไป ถือเป็นพัฒนาการครั้งสำคัญของความผิดทางเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารนำมาสู่กฎหมายเพศในปัจจุบัน

สำหรับการเคลื่อนไหวทางสังคมของกลุ่มสตรีก่อให้เกิดแนวความคิดสตรีนิยม (Feminism) มุ่งให้ความสำคัญกับการกับการเข้าใจปัญหาความไม่เท่าเทียมกันระหว่างหญิงกับชาย และให้ความสนใจในการวิเคราะห์อำนาจของผู้ชายที่มีเหนือผู้หญิง³⁴ การเคลื่อนไหวเรียกร้องของกลุ่มสตรีนิยมเริ่มขึ้นในยุโรปและสหรัฐอเมริกา โดยนักคิดนักเขียนหลายคนได้เสนอแนวความคิดลงเป็นบทความ ตำรา วรรณกรรมต่างๆ “ซีโมน เดอ โบวัวร์” (Simone de Beauvoir) เป็นนักคิดที่มีอิทธิพลต่อแนวคิดสตรีนิยมมากที่สุด มีผลงานที่ถือเป็นตำราแห่งการต่อสู้เพื่อสิทธิสตรีที่มีชื่อเสียง ได้แก่ เรื่อง “The Second Sex” มีวาทะกรรมสำคัญที่เป็นที่รู้จักและได้รับการยอมรับ คือ “คนเรานั้นไม่ได้เกิดมาเป็นผู้หญิงหากแต่ได้กลายมาเป็นในภายหลัง” ซึ่งหมายความว่า เหตุผลทางชีววิทยาไม่สามารถชี้ได้ว่าผู้หญิงอ่อนแอกว่าผู้ชายแม้จะมีความแตกต่างทางสรีระหรือโครงสร้างทางร่างกายและเพศ ความแตกต่างเหล่านี้ไม่เพียงพอที่จะกำหนดได้ว่าชายเหนือกว่าหญิง และยังมีทัศนคติหลายประการที่ทำให้ผู้หญิงตระหนักถึงสิทธิสตรี ได้แก่ การปลดปล่อยตนเองจากการเป็นเพศที่สอง เป็นอิสระจากการเอาใจเอาเปรียบของผู้ชาย การพัฒนาค่านิยมให้หญิงทัดเทียมกับชาย เป็นต้น³⁵ แนวคิดสตรีนิยมเกิดขึ้นและมีพัฒนาการแบ่งออกเป็น 3 ช่วง ได้แก่³⁶

ช่วงแรก เรียกว่า “คลื่นลูกที่หนึ่ง” (First Wave) อยู่ในช่วงศตวรรษที่ 17-19 จนถึงต้นศตวรรษที่ 20 เกี่ยวข้องกับการโต้แย้งประเด็นคุณธรรมของความเป็นชายและความเป็นหญิง การ

³⁴ จงจิตต์ โสคนคณาภรณ์, *สังคมวิทยาสตรี*, หน้า 61.

³⁵ เรื่องเดียวกัน หน้า 62.

³⁶ เรื่องเดียวกัน หน้า 63-64.

เรียกร่องสิทธิเท่าเทียมระหว่างชายและหญิง ความอิสระของหญิง มีการแบ่งแยกโลกสาธารณะกับโลกส่วนตัว ผลักดันหญิงชนชั้นสูงชนชั้นกลางเข้าสู่โลกสาธารณะคือการทำงานนอกบ้าน

ช่วงที่สอง “คลื่นลูกที่สอง” (Second Wave) อยู่ในช่วงศตวรรษ 1960 ถึงศตวรรษ 1980 โดยมีความพยายามอธิบายสถานะด้อยกว่าของผู้หญิง และสาเหตุของการอยู่ในฐานะที่ด้อยกว่า ในช่วงนี้จึงเกิดสำนักคิดหลายกลุ่ม ได้แก่ สายเสรีนิยม สายสังคมนิยม สายมาร์กซ์ สายถอนรากถอนโคน สายจิตวิเคราะห์ สำนักคิดเหล่านี้แม้มีแนวคิดแตกต่างกันในรายละเอียด แต่สิ่งที่เรียกร่องเหมือนกันคือความเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย

ช่วงที่สาม “คลื่นลูกที่สาม” (Third Wave) อยู่ในช่วงปลายศตวรรษ 1980 จนถึงปัจจุบัน เกิดเนื่องจากการตั้งคำถามเกี่ยวกับสมมุติฐานที่เป็นพื้นฐานแนวคิดที่ผ่านมา เช่น เชื่อในความเป็นสากลไม่ใช่ประวัติศาสตร์ เชื่อในความรู้ทางวิทยาศาสตร์ เป็นต้น จึงก่อให้เกิดการยอมรับว่าชายและหญิงมีความแตกต่างกันในทางร่างกาย แต่ยังคงไม่ยอมรับให้มีการแบ่งแยกความแตกต่างนั้นทางสังคม ในช่วงนี้ยังรวมถึงแนวคิดเรื่องผิวสี รักร่วมเพศเข้ามาด้วย

จากพัฒนาการของแนวคิดสตรีนิยมเรื่อยมาก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางแนวความคิดในการกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำอนาจาร เพราะเหตุว่าเมื่อมีการเรียกร่องสิทธิสตรีถึงความเท่าเทียมระหว่างชายและหญิง แนวคิดการมองหญิงเป็นสมบัติหรือทรัพย์สินของชายหรือชายเป็นผู้มีอำนาจเหนือกว่าหญิงที่จะอยู่ในความปกครองของชายจึงได้ถูกแปรเปลี่ยนไป โดยมองว่าแม้ชายและหญิงจะมีเพศกำเนิด สภาพทางกายภาพที่แตกต่างกับชาย ก็ควรจะได้รับสิทธิอย่างเท่าเทียมกันหญิงจึงมีสิทธิในตัวเอง การล่วงละเมิดทางเพศจึงเป็นการกระทำที่ทำให้หญิงได้รับความเสียหายโดยตรง ความผิดทางเพศจึงมุ่งคุ้มครองทางด้านศีลธรรมที่ปกป้องตัวหญิงผู้ถูกรกระทำโดยตรง³⁷

เมื่อเข้าสู่ยุคของกฎหมายเพศสมัยใหม่ ในปัจจุบันแนวความคิดการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารมีการเปลี่ยนแปลงไป อันเนื่องมาจากแนวความคิดทางด้านสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล ที่มีอยู่ติดตัวมนุษย์ทุกคนตั้งแต่เกิดไม่อาจถูกพรากได้³⁸ ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลาย นานาอารยประเทศได้ตระหนักถึงความสำคัญจนกระทั่งมีการจัดตั้ง

³⁷ นิธิ เมทินีวงค์, “แนวความคิดเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 37.

³⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 32-37.

องค์การระหว่างประเทศขึ้น กล่าวคือ “องค์การสหประชาชาติ” เพื่อส่งเสริมถึงการเคารพ ยอมรับ และปฏิบัติต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอย่างเป็นสากล และเพื่อรับรองสิทธิเสรีภาพของมนุษย์อย่างเป็นมาตรฐานสากล³⁹

แนวความคิดที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกัน มีสิทธิเสรีภาพในตนเอง ทำให้แนวความคิดในการกำหนดความผิดทางเพศเพื่อมุ่งคุ้มครองศีลธรรมทางศาสนาของชายในฐานะผู้ปกครองหญิง หรือตัวของหญิงเองในฐานะผู้ได้รับความเสียหายโดยตรง เปลี่ยนมาเป็นการให้ความสำคัญคุ้มครองปกป้องสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเป็นหลัก แนวคิดทางด้านสิทธิมนุษยชนเข้ามามีบทบาทในแนวคิดการกำหนดความผิด แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าศีลธรรมก็ยังคงซ่อนอยู่ในกฎหมายเพศปัจจุบัน⁴⁰

จากเดิมแนวความคิดในการกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารเป็นการปกป้องคุ้มครองอำนาจปกครองของชายที่มีต่อหญิงในฐานะทรัพย์สิน และแปรเปลี่ยนมาเป็นแนวคิดในการให้ความสำคัญคุ้มครองในตัวของหญิงเองซึ่งเป็นผู้ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำ ความผิด แต่แนวคิดดั้งเดิมกฎหมายเพศมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองทางศีลธรรมเท่านั้น เมื่อมาสู่ยุคของกฎหมายเพศสมัยใหม่นี้ ได้กลายเป็นการให้ความสำคัญคุ้มครองปัจเจกบุคคลที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดทางเพศเนื่องจากบุคคลทุกคนเกิดมาพร้อมกับสิทธิเสรีภาพ สิทธิทางเพศ (Sex Rights) เป็นสิ่งที่รัฐให้ความสำคัญในการรับรองคุ้มครอง และเสรีภาพทางเพศ (Sexual Autonomy) คือ ความอิสระที่จะเลือก กำหนดความสัมพันธ์ทางเพศ เป็นสิ่งที่ถูกหยาบยกมาเป็นรากฐาน แนวความคิดในการให้ความสำคัญคุ้มครองบุคคลจากการล่วงละเมิดทางเพศ

ผลจากการเปลี่ยนแปลงของแนวความคิดในการคุ้มครองทางด้านสิทธิมนุษยชน สิทธิทางเพศ หรือเสรีภาพทางเพศ ทำให้กฎหมายเพศสมัยใหม่ตอบสนองต่อแนวความคิดในการส่งเสริมสิทธิมนุษยชนของสังคมโลก ประชากรในแต่ละรัฐ ความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง จึงมีผลให้กฎหมายเพศเปลี่ยนแปลงมาให้ความสำคัญคุ้มครองทั้งชายและหญิง ไม่จำกัดเฉพาะเป็นการกระทำของชายต่อหญิงเท่านั้น ทั้งยังให้ความสำคัญคุ้มครองไปถึงภรรยา โดยยกเลิกหลักการเดิมที่สามข่มขืนกระทำชำเรา ภรรยาไม่เป็นความผิด (Marital Rape Exemption)⁴¹ ด้วย

³⁹ กุลพล พลวัน, สิทธิมนุษยชนกับสหประชาชาติ, (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2547), หน้า 6.

⁴⁰ Robert R. Slaughter, “The riddle of rape by deception and the myth of sexual autonomy,” pp.1387-1388.

⁴¹ นิธิ เมทินีวงค์, “แนวความคิดเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทสาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 37.

3.2 วิวัฒนาการความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารในประเทศไทย

เนื่องจากสังคมไทยเป็นสังคมที่นับถือศาสนาพุทธมาอย่างยาวนานตั้งแต่ครั้งอดีต การประพฤติผิดทางประเวณี การผิดลูกเมียผู้อื่น เป็นการผิดศีลธรรมอันร้ายแรงเป็นสิ่งต้องห้ามในสังคมเมืองพุทธ ดังนั้นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารเกิดขึ้นและปรากฏเป็นกฎหมายให้เห็นในประเทศไทยกันมาช้านานหลายฉบับตามยุคตามสมัย เริ่มตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาปรากฏให้เห็นใน พระอัยการลักษณะผิดเมีย กฎมณเฑียรบาล และพระราชกำหนดต่างๆ ต่อมาสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นปรากฏให้เห็นอยู่ในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งได้รับการสละในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก รัชกาลที่ 1 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ และในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ มีการประกาศใช้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ต่อมาพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 5 ได้ทรงปฏิรูปกฎหมาย จึงได้บัญญัติกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ขึ้นมาจนกระทั่งวันที่ 15 พฤศจิกายน พ.ศ.2499 ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้น เพื่อให้เห็นภาพรวมวิวัฒนาการของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารในประเทศไทย ซึ่งจะเป็นพื้นฐานในการศึกษาบทต่อไป ผู้เขียนจึงจะได้ศึกษาถึงความผิดตามกฎหมายฉบับต่างๆ ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ดังต่อไปนี้

3.2.1 กฎหมายตราสามดวง

อันเนื่องมาจากคติ “อำแดงป้อม” ที่ว่าหญิงนอกใจชายมาฟ้องหย่าชาย ศาลตัดสินให้หย่ากัน ซึ่งเป็นคดีประวัติศาสตร์ที่ผลของคดีขัดกับหลักความยุติธรรม พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก รัชกาลที่ 1 จึงทรงบัญชาให้มีการตรวจสอบกฎหมาย 3 ฉบับ คือ ฉบับที่ศาลใช้ ฉบับที่หอหลวง และฉบับที่ห้องเครื่อง ซึ่งปรากฏข้อความตรงกันทั้ง 3 ฉบับ จึงได้มีพระราชดำริว่ากฎหมายไม่เหมาะสมควรทำการสละใหม่ กฎหมายตราสามดวงจึงได้รับชำระการสละขึ้นในปี พ.ศ.2347⁴² โดยลักษณะของการสละเป็นการรวบรวมกฎหมายที่มีอยู่แล้วอย่างกระจัดกระจายมาจัดให้เป็นหมวดหมู่เป็นระบบ ซึ่งหนึ่งในนั้นก็ ได้แก่ พระอัยการลักษณะผิดเมีย ที่มีอยู่ตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยามารวมอยู่ในกฎหมายตราสามดวงด้วย

⁴² แสง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552), หน้า 117-118.

สำหรับ พระอัยการลักษณะผิดเมียมี 12 ลักษณะ ความยาว 141 มาตราบัญญัติขึ้นต่อเนื่องในปี พ.ศ.1904 และพ.ศ.1905 และบัญญัติเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2347 อันเป็นปีที่ชำระกฎหมายตราสามดวง⁴³ เป็นกฎหมายที่ระคนปนกันระหว่างกฎหมายครอบครัวในทางแพ่ง และความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับเพศ

(ก) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระอัยการลักษณะผิดเมียมีบัญญัติไว้หลายมาตราโดยแตกต่างกันไปตามลักษณะของผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ ได้แก่ มาตรา 1 ชายชำเราภริยาท่าน มาตรา 38 ชายที่สึกจากบวชชำเราอดีตภรรยา มาตรา 46 เจ้าเงินข่มขืนหญิงทาส มาตรา 71 ชายข่มขืนหญิงม่าย มาตรา 76 ชายมีเมียข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่าน และมาตรา 77 ชายหาเมียมิได้ข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่าน ตามพระอัยการลักษณะผิดเมียนีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ต่างจากปัจจุบันที่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบัญญัติไว้อย่างครอบคลุมในมาตราเดียวเพื่อให้การปรับใช้ครอบคลุมรูปแบบการกระทำต่างๆ

มาตรา 1 ชายใดข่มขืนภริยาท่านถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณมผิดเมียทวีคูณ...

มาตรา 38 หญิงชายราษฎรอยู่กินเป็นผัวเมียกัน สามีสตรีทาสละครภรรยาแลทรัพย์สินสิ่งของบวดเปนภิกษุ สามเณร แล้ว แลสึกออกมาจะคืนอยู่กินด้วยหญิงอีกไซ้ร้ ถ้าหญิงมีสมักเปนภรรยาชายนั้นต่อไป ก็ตามใจหญิง เหตุว่าบวดแล้วขาดจากผัวเมียกันถ้าชายถูกลากข่มขืนหญิงนั้น ท่านให้ไหมชายดุดจทำแก่หญิงม่ายนั้น

มาตรา 46 เจ้าเงินก็ดี พี่น้องลูกหลานแห่งเจ้าเงินก็ดี ข่มขืนหญิงทาสถึงชำเรา หญิงร้องแรมมีลักขิพญาณไซ้ ท่านให้แบ่งข้าตัวหญิงนั้นเสียกึ่งหนึ่งๆ ให้มันส่งให้แก่เจ้าเงิน...

มาตรา 71 ชายใดข่มขืนหญิงม่ายถึงชำเรา ให้เอาเบี้ยในประณมผิดเมีย...

มาตรา 76 ชายใดมีเมียแล้ว ข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ไหมชายนั้นกึ่งประณมผิดเมีย...

มาตรา 77 ชายหาเมียมิได้ ข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ไหมชายนั้นกึ่งเบี้ยชายมีเมียแล้ว

⁴³ ชาคริต อนันทราวิน, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), หน้า 114.

พระอัยการลักษณะฝ่าฝืนนี้ได้รับอิทธิพลมาจากคำภีร์พระธรรมศาสตร์ ซึ่งสถานะของหญิงนั้นอยู่ในสถานะที่อ่อนแอกว่าเพศชายหญิงมีลักษณะเป็นทรัพย์สินสมบัติของชายอยู่ในความปกครองของชาย หากเป็นหญิงที่ยังไม่ออกเรือนยังคงอยู่ในความปกครองของชายผู้ซึ่งเป็นบิดา แต่หากเป็นหญิงที่แต่งงานออกเรือนไปแล้วหญิงนั้นอยู่ในความปกครองของชายผู้เป็นสามี ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายนี้มุ่งให้ความคุ้มครองชายในฐานะที่เป็นผู้ปกครองหญิงซึ่งถือเป็นการหมิ่นต่อเกียรติและศักดิ์ศรีของชายผู้เป็นบิดาหรือสามี มิใช่การคุ้มครองที่ตัวหญิงในฐานะผู้เสียหายโดยตรงดังเช่นในปัจจุบัน⁴⁴

ความผิดแม้จะมีการกำหนดไว้หลายมาตราตามลักษณะของผู้กระทำหรือผู้ถูกกระทำ แต่ทุกมาตราผู้กระทำและผู้ถูกกระทำต้องเป็นการกระทำของชายต่อหญิงเท่านั้น การกระทำของหญิงต่อหญิงจัดเป็นความผิดนอกเหนือจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งเรียกว่า “การเล่นเพื่อน”⁴⁵ และในลักษณะการกระทำที่จะเป็นความผิดจะต้องเป็นการ “ข่มขืน” และ “ชำเรา” คำว่า “ข่มขืน” มีลักษณะใกล้เคียงกับการข่มขืนในกฎหมายปัจจุบัน ซึ่งหมายความว่า การใช้กำลัง บังคับ ชูเชื้อญ โดยวิธีหนึ่งวิธีใดที่หญิงไม่ยินยอม คำว่า “ชำเรา” มีลักษณะเหมือนกับกฎหมายอาญาก่อนมีการแก้ไขปรับปรุงในปี 2550 ซึ่งหมายความว่า การร่วมประเวณีโดยใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง

ลักษณะของการกระทำที่จะเข้าองค์ประกอบของความผิดตามพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนนี้ กฎหมายไม่ได้กำหนดถึงลักษณะการกระทำว่าจะต้องเป็นการกระทำโดยวิธีใดจึงจะเป็นการข่มขืนกระทำชำเราเพียงการกำหนดไว้อย่างกว้างๆ ในคำว่า “ข่มขืน” ซึ่งปกติถือว่าเป็นการกระทำชำเราที่ปราศจากความยินยอมของหญิง “ความยินยอม” จึงเป็นสาระสำคัญของกฎหมายนี้เนื่องจากหากผู้เสียหายได้รับความยินยอมแล้วการกระทำย่อมไม่มีความผิดฐานข่มขืนตามกฎหมายนี้⁴⁶ การหลอกลวงให้หญิงมีเพศสัมพันธ์กับชายไม่มีการบัญญัติไว้ให้ชัดเจนในความผิดตามกฎหมายนี้

⁴⁴ นิธิ เมทินีวงค์, “แนวความคิดเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 55.

⁴⁵ กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ตำนานรกร่วมเพศ,” *วารสารนิติศาสตร์* 13 (ฉบับที่ 2, 2526): หน้า 86

⁴⁶ ประสิทธิ์ พัฒนอมร, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 16.

(ข) ความผิดฐานกระทำอนาจาร

ความผิดทางเพศในพระอัยการลักษณะผิดเมียไม่ได้บัญญัติถึงความผิดโดยใช้คำว่าความผิดฐานกระทำอนาจารไว้ แต่ความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายนี้อยู่ในลักษณะของความผิดฐานข่มขืนที่มีถึงขั้นชำเรา ซึ่งโทษที่ต้องรับจะน้อยกว่าการข่มขืนจนถึงขั้นชำเรา พิจารณาได้จากบทบัญญัติมาตรา 1 มาตรา 2 มาตรา 46 มาตรา 71 มาตรา 75 มาตรา 76 และมาตรา 77 ดังต่อไปนี้

มาตรา 1 ...ถ้าข่มขืนมิได้ถึงชำเรา ให้ใหม่โดยประณมผิดเมีย

มาตรา 2 ผู้ใดเล้าโลมจับมือถือนมกอดจูบเมียท่าน...

มาตรา 46 เจ้าเงินก็ดี พี่น้องลูกหลานแห่งเจ้าเงินก็ดี ข่มขืนหญิงทาสถึงชำเรา หญิงร้องแรมมีลักขีพญาณไซ้... ถ้าจับมือถือนมกอดจูบข่มขืนไม่ถึงชำเรา พิจารณาเปนลัจ ให้แบ่งชำตัวเปน 4 ส่วน ลดส่วน 1 ให้แก่เจ้าเงิน 3 ส่วน...

มาตรา 71 ชายใดข่มขืนหญิงมาย... ถ้าข่มขืนมิถึงชำเรา ให้ใหม่ถึงถึงชำเรา

มาตรา 75 บุรุษใดจับข้อมือหยอกบุตรที่ท่านก็ดี ขึ้นไปถึงที่นอนบุตรที่ท่านก็ดี และอุคลากบุตรท่านไปจูบกอดทำชู้แลทำประการใดก็ดี ท่านว่าชายนั้นผิด ให้ลงโทษโดยโทษานุโทษ

มาตรา 76 ชายใดมีเมียแล้ว ข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่าน... ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ใหม่ถึงชำเรา

มาตรา 77 ชายหาเมียมิได้ ข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่าน...ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ใหม่ถึงชำเรา

ความผิดฐานข่มขืนที่มีถึงขั้นชำเราตามพระอัยการลักษณะผิดเมียเปรียบเทียบกับความผิดฐานกระทำอนาจารหรือความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราในปัจจุบัน ลักษณะการกระทำที่เป็นความผิดเช่นเดียวกับที่ได้อธิบายไปแล้วในหัวข้อก่อนแล้วว่า ต้องประกอบด้วย การ “ข่มขืน” กล่าวคือ เป็นการกระทำโดยการบังคับด้วยประการใดโดยหญิงไม่ยินยอมให้กระทำ หากหญิงยินยอมการกระทำย่อมไม่เป็นความผิด ลักษณะการกระทำที่นอกเหนือจากการข่มขืนมีถึงขั้นชำเราอาจเป็นเพียงลักษณะจับมือถือนมกอดจูบภรรยาของผู้อื่น การจับมือบุตรสาว ลอบไปหาภรรยา หรือบุตรสาวท่านในห้องนอนการกระทำก็เป็นความผิดเพราะถือว่าเป็นการหมิ่นเกียรติและศักดิ์ศรีของบิดาหรือสามีแล้ว

3.2.2 พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118

พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณีรัตนโกสินทรศก 118 ได้ตราขึ้นในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ โดยมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ลงพระราชกิจจานุเบกษา⁴⁷ กล่าวคือ วันที่ 9 เมษายน ร.ศ.118 ตรงกับพุทธศักราช 2442 เนื่องมาจากพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงมีพระราชดำริว่ากฎหมายเดิมบกพร่องหลายประการจึงได้มีพระราชโองการความว่า⁴⁸

“จึงมีพระบรมราชโองการดำรัสเหนือเกล้าฯ ให้ประกาศให้ทราบทั่วกันว่า พระราชกำหนดกฎหมายเดิมที่ว่าด้วยการข่มขืนทำชำเราผู้หญิงนั้นยังบกพร่องอยู่หลายประการ เป็นเหตุให้เกิดความสงสัยต่างๆ ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่กล่าวหากันว่าข่มขืนกระทำชำเรา จึงทรงพระราชดำริเห็นสมควรให้แก้ไขพระราชกำหนดนั้นเสียใหม่ให้ชัดเจนดียิ่งขึ้นกว่าแต่ก่อน”

ดังนั้น จึงมีผลให้พระอัยการลักษณะผิดเมียในเฉพาะส่วนของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายตราสามดวงถูกยกเลิกไป จึงเป็นกฎหมายที่บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราให้กระชับเป็นหมวดหมู่มากขึ้น แต่ก็ยังเป็นเพียงกฎหมายที่ออกมาใช้แก้ไขปัญหาเฉพาะหน้าชั่วคราวเท่านั้น⁴⁹

(ก) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ประกอบด้วยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 3 และยังมีความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามมาตรา 5 รวมไปถึงความผิดฐานพยายามกระทำชำเราหรือชำเราผิดธรรมดาตามมาตรา 6 โดยพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณีได้แยกบัญญัติลักษณะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ที่มาตรา 3 แต่สำหรับโทษของผู้กระทำความผิดกฎหมายได้บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ซึ่งจากเดิมในพระอัยการลักษณะผิดเมียโทษอยู่ในลักษณะของการปรับไหม แต่ตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณีนี้เป็นกฎหมายทางเพศมีการกำหนดโทษจำคุกและปรับไว้ รวมไปถึงการกำหนดเพิ่มโทษกรณีกระทำความผิดซ้ำ ส่วนมาตรา 6 เป็นเรื่องของ การรับโทษกรณีพยายามกระทำความผิด มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

⁴⁷ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 16 หน้า 16 วันที่ 9 เมษายน 118

⁴⁸ ประสิทธิ์ พัฒนอมร, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 18.

⁴⁹ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 198.

มาตรา 3 ชายใดทำชำเรา ด้วยหญิงในเหตุ 4 ประการ ดังที่จะกล่าวต่อไปข้างล่างนี้
 ท่านว่าชายผู้นั้น ช่มชู้ทำชำเราหญิง คือ

- 1) ช่มชู้หญิง
- 2) หญิงมียินยอม
- 3) หญิงยินยอมด้วยชายชู้เชื้อญ จะทำร้ายร่างกายและชีวิตหญิงๆ มีความกลัวจึงยินยอม
- 4) หญิงยินยอมก็ดี ถ้าไม่ยินยอมก็ดีแต่หญิงนั้นมีอายุต่ำกว่า 12 ปี ลงมา

มาตรา 4 ชายใดช่มชู้ทำชำเราหญิงดังเช่นว่าในมาตรา 3 พิจารณาเปนด้วยสัตย์ให้
 ลงโทษจำคุกไว้ตั้งแต่ 10 ปีลงมา กับให้ทำการหนักด้วยก็ได้ ถ้ามิให้ทำการหนักด้วยก็ได้ แล้วจะ
 ปรับเงินทำขวัญ ให้แก่หญิงตั้งแต่ 100 บาทลงมาด้วยก็ได้

อนึ่งผู้ใดได้รับโทษ ถานช่มชู้ทำชำเราครั้งหนึ่งแล้ว ภายหลังยังกลับช่มชู้กระทำผิดลง
 อีกเปนครั้งที่ 2 ที่ 3 ต่อไป จะให้ลงโทษเข็ญตั้งแต่ 60 ทีลงมาเพิ่มเข้ากับโทษจำคุกและโทษปรับอีก
 ด้วยก็ได้

มาตรา 6 ผู้ใดพยายามเพื่อจะช่มชู้ทำชำเราก็ดี เพื่อจะทำชำเราทางเวจมรรคก็ดี แล
 เพื่อจะทำชำเราลัศวเดรฉานก็ดี ซึ่งเปนการผิดมาตรา 3 มาตรา 4 แลมาตรา 5 แห่งพระราชกำหนดนี้
 พิจารณาเปนสัตย์ให้ลงโทษจำคุกไว้ตั้งแต่ 5 ปีลงมา กับให้ทำการหนักด้วยก็ได้ ถ้ามิให้ทำการหนักด้วย
 ก็ได้ แล้วจะปรับเงินทำขวัญตั้งแต่ 500 บาทลงมาด้วยก็ได้

ความผิดฐานช่มชู้กระทำชำเราตามมาตรา 3 พระราชกำหนดลักษณะช่มชู้ล่วงประเวณีนี้
 องค์ประกอบภายนอกในส่วนของผู้กระทำกับบุคคลที่กฎหมายคุ้มครองมีลักษณะเช่นเดียวกับ
 พระอัยการลักษณะผิดเมียที่ต้องเป็นการกระทำของชายต่อหญิงเท่านั้น และการกระทำจะครบ
 องค์ประกอบภายนอกในส่วนของการกระทำต้องมีลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ได้แก่ ชายกระทำชำเรา
 โดยช่มชู้หญิง ชายกระทำชำเราโดยหญิงไม่ยินยอม ชายชำเราหญิงที่ยินยอมเพราะชายชู้เชื้อญให้หญิง
 กลัวว่าจะทำร้ายร่างกายและชีวิต หรือชายชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 12 ปี ไม่ว่าเด็กหญิงจะยินยอม
 หรือไม่ก็ตาม

การกระทำชำเรา หมายความว่า การที่ชายร่วมประเวณีกับหญิงโดยใช้อวัยวะเพศชายล่วงล้ำ
 เข้าไปในอวัยวะเพศหญิงจะเป็นความผิดสำเร็จถือเอาการล่วงล้ำเป็นเกณฑ์ โดยกรมหลวงราชบุรีดิเรก
 ฤทธิ์ ได้ทรงอธิบายว่า “ในการชำเราแม้เพียงชายจดถึงทวารหญิงเท่านั้นก็ให้ถือว่าถึงชำเรา

ทีเดียว”⁵⁰ ส่วนคำว่า “ชื่นใจ” กับคำว่า “หญิงมียินยอม” นั้นมีลักษณะที่แตกต่างกัน ซึ่งกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ได้ทรงอธิบายไว้ว่า⁵¹

“คำว่า ชื่นใจ กับ หญิงมียินยอม มีความแตกต่างกัน ความประสงค์ของการใช้คำว่า ชื่นใจ หมายถึง ต้องใช้กำลังที่หนี ถ้าทำอย่างไรไม่พ้น ส่วนกรณีที่หญิงมียินยอม หมายความว่า แม้มิได้ใช้กำลังชื่นใจแต่ทำให้หญิงอยู่ในสภาพไม่สามารถขัดขืนได้ เช่น มีดๆ ขायปลอมตัวเป็นผ้าหญิงไม่รู้สึกรู้หา โดยให้ยาเบื่อเมากินไม่มีสติ”

ตามคำอธิบายดังกล่าวกรณี “หญิงมียินยอม” ทำให้ทราบถึงแนวความคิดในกฎหมายของพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี⁵² ที่ยอมรับให้การหลอกลวงให้หญิงยินยอม แม้จะไม่มีการใช้กำลังบังคับให้กระทำชำเรา ย่อมเป็นกระทำชำเราที่หญิงมียินยอมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 3 (2)

(ข) ความผิดฐานกระทำอนาจาร

สำหรับความผิดฐานกระทำอนาจารไม่ปรากฏในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ดังนั้น แม้มีการตราพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ขึ้นมา ก็มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายเก่าในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น ในส่วนที่เป็นความผิดลักษณะอนาจารจึงยังคงต้องบังคับใช้ตามพระอัยการลักษณะผิดเมียต่อไปในสมัยดังกล่าว

3.2.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ร่างขึ้นในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 5 เช่นกัน ถือเป็นก้าวสำคัญของการปฏิรูปกฎหมายอาญาไทยสมัยใหม่ ซึ่งดำเนินการร่างตามประเทศตะวันตกผสมผสานกับกฎหมายเดิม วัฒนธรรม จารีตประเพณีของไทย จัดว่าเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย โดยมีการประกาศใช้เมื่อวันที่ 21 กันยายน พ.ศ. 2451⁵² เหตุผลสำคัญสำหรับการจัดทำประมวลกฎหมายนี้มาจากเหตุผลหลัก 2 ประการ ประการแรก คือ ปัญหา

⁵⁰ พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์, พระราชบัญญัติในบัดนี้, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กองทัพอากาศ ร.ศ. 120), หน้า 304.

⁵¹ เรื่องเดียวกัน หน้า 301.

⁵² คนพล จันทรหอม, “เหตุใดหลักการในกฎหมายลักษณะอาญารัตนโกสินทร์ 127 จึงทันสมัยข้ามศตวรรษ”, ใน กฎหมายลักษณะอาญา รตนโกสินทรศก 127, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), หน้า 1.

สิทธิสภาพนอกอาณาเขตที่นับแต่พ.ศ. 2398 ที่ไทยได้ทำสนธิสัญญาเบาริ่งกับประเทศอังกฤษ ในข้อตกลงเกี่ยวกับสิทธิสภาพนอกอาณาเขตเป็นผลให้ไทยต้องเสียเอกราชทางศาล ซึ่งชาวต่างชาติที่กระทำความผิดในประเทศไทยไม่ให้ใช้บังคับกฎหมายไทยและศาลไทยไม่มีอำนาจลงโทษโดยให้ไปขึ้นศาลกงสุล เนื่องจากต่างชาติเห็นว่ากฎหมายไทยล้าสมัย มีบทลงโทษที่รุนแรงป่าเถื่อน ทำให้ไทยตกอยู่ในสถานะที่เสียเปรียบ ประการที่สอง คือ ความไม่เหมาะสมกาลสมัยของกฎหมายไทยเดิม โดยที่กาลสมัยเปลี่ยนแปลงไปการติดต่อค้าขายกับต่างชาติมากขึ้น สภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปกฎหมายเดิมมีความไม่เหมาะสมล้าสมัยหลายประการ⁵³

ทั้งนี้ การจัดทำประมวลกฎหมายก็เพื่อให้บรรลุดุประสงคิให้ไทยหลุดพ้นจากปัญหาเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต เพื่อรวบรวมกฎหมายที่มีอยู่กระจัดกระจายเข้าด้วยกัน ทำให้บทบัญญัติทันสมัยตามแนวคิดสมัยใหม่ที่มีอิทธิพลเข้ามาและถือโอกาสนำหลักใหม่ๆ ที่ไม่เคยมีเข้ามาใช้ด้วย⁵⁴ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มีความทันสมัยตามแนวคิดของตะวันตก เป็นกฎหมายที่มีหลักการสืบทอดมายังกฎหมายปัจจุบันให้เห็นอยู่หลายมาตรา เหตุผลอันเนื่องมาจากข้อสังเกต 4 ประการคือ มีการนำหลักกฎหมายที่ทันสมัยบัญญัติไว้ในกฎหมาย ประการที่สองพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงมีพระปรีชาญาณในการปฏิรูปกฎหมาย ประการที่สามผู้ร่างมีความรู้ความสามารถและประสบการณ์สูง ประการสุดท้ายบทกฎหมายมีความยืดหยุ่นและเปิดช่องให้ศาลและนักวิชาการสนับสนุน⁵⁵ สำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารเช่นกันในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ที่มีความทันสมัยและเป็นรากฐานของกฎหมายปัจจุบัน

(ก) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ตามกฎหมายลักษณะอาญานั้นการชำเราที่จะเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศประกอบด้วยการกระทำสองลักษณะได้แก่ ประการแรก การชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ และประการที่สอง การข่มขืนกระทำชำเรา สำหรับความผิดฐานชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ปรากฏอยู่ในมาตรา 242 ซึ่ง “การชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์” หมายถึง การที่ฝ่ายหนึ่งใช้อวัยวะสืบพันธุ์กระทำระหว่างชายกับชาย หรือชายกับหญิง เช่น ทำชำเราโดยเวจมัก (ทวารหนัก) หรือการที่บุคคลในกระทำชำเรากับสัตว์ เช่น การกระทำ

⁵³ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 136-140.

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 204-207.

⁵⁵ คณพล จันท์หอม, “เหตุใดหลักการในกฎหมายลักษณะอาญารัตนโกสินทร์ 127จึงทันสมัยข้ามศตวรรษ”, ใน กฎหมายลักษณะอาญา รตนโกสินทรศก 127, หน้า 2.

ซ้ำเรากับสุนัข ความผิดตามมาตรานี้สำเร็จเมื่ออวัยวะสืบพันธุ์เข้าไปในร่างกายของคนหรือสัตว์นั้น⁵⁶ ความผิดฐานนี้มีรากฐานมาจากมาตรา 5 พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 แต่อย่างไรก็ตาม ความผิดฐานนี้มีความแตกต่างกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่จะต้องเป็นการกระทำชำเราโดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำตามมาตรา 243 พิจารณาได้ดังต่อไปนี้

มาตรา 242 ผู้ใดทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดี หรือทำชำเราด้วยสัตว์เดียรฉานก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

มาตรา 243 ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจา ชูเชื้อถูกระทำชำเราขึ้นใจหญิง ซึ่งมีใช้ภรรยาของตนเอง ท่านว่ามันผู้นั้นข่มขืนกระทำชำเรา ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราขึ้นใจหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนเอง ท่านว่ามันข่มขืนทำชำเรา มีความผิดต้องระวางโทษคุกกันกับที่ว่ามานั้น

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนทำชำเรานั้นมีบาดเจ็บถึงสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้ข่มขืนนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 243 เมื่อพิจารณาถ้อยคำอื่นในกฎหมายที่บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดบังอาจ...กระทำชำเรา ขึ้นใจหญิง ซึ่งมีใช้ภรรยาของตนเอง...” โดยสภาพของความผิดฐานนี้ ตัวผู้กระทำความผิดจึงมิได้เฉพาะ “ผู้ชาย” เท่านั้น เพศหญิงจึงไม่อาจเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้ แต่อาจรับผิดฐานะเป็นตัวการร่วมกับชายกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นี้ ต้องเป็นการกระทำต่อ “หญิง” เท่านั้น การกระทำของหญิงต่อชาย หญิงต่อหญิง และชายต่อชายไม่เป็นความผิด อย่างไรก็ตามหญิงที่ถูกกระทำจะต้อง “มิใช่ภรรยา” ของชายผู้กระทำด้วย การข่มขืนกระทำชำเรา ภรรยาของตนเองจึงไม่เป็นความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญา สถานะความเป็นสามีภรรยาของชาย

⁵⁶ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548), หน้า 357.

และหญิงต้องปรากฏว่าเป็นภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายด้วย หากเป็นเพียงชายหญิงที่อยู่กินฉันฉันผิวเมีย แม้เป็นเวลาหลายปีไม่ก่อให้เกิดสถานะเป็นสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมา หากมีการกระทำชำเราโดยขึ้นใจหญิงนั้นอาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ เว้นเสียแต่ว่าชายผู้กระทำนั้นจะสำคัญผิดในข้อเท็จจริงว่าตนมีอำนาจกระทำได้มาแก้ตัว⁵⁷

ลักษณะการกระทำที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 แยกพิจารณาได้เป็น 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก ต้องมี “การกระทำชำเรา” หมายถึง การร่วมประเวณีกับหญิงซึ่งมิใช่ภรรยา เป็นการใช้อวัยวะเพศของชายสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง และจะเป็นความผิดสำเร็จบริบูรณ์เมื่อของลับฝ่ายชายล่วงล้ำเข้าไปในของลับฝ่ายหญิง แม้เข้าไปเพียงเล็กน้อยก็ตาม ประการที่สอง การกระทำชำเราดังกล่าวต้องเป็นการ “ขึ้นใจหญิง” แม้กฎหมายไม่ได้ใช้คำว่า “ข่มขืน” เช่นประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบันแต่ก็มีความหมายเช่นเดียวกัน หมายถึง หญิงไม่ยินยอมให้ร่วมประเวณี และเมื่อพิจารณามาตรา 243 วรรค 1 และวรรค 2 ประกอบกันแล้ว การกระทำอันเป็นการขึ้นใจหญิงที่จะเป็นความผิดประกอบด้วย การกระทำ 3 ลักษณะ

(1) การใช้อำนาจด้วยกำลังกาย มีความหมายเช่นเดียวกับ “การใช้กำลังประทุษร้าย” ซึ่งหมายถึง การใช้กำลังกายกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลทุกชนิด เช่น การผลักใส ตบหน้า ตี ฟัน แทะ ยังจับมาคุมขัง ใช้อำนาจทำให้มีนเมา หรือสะกดจิต⁵⁸

(2) การใช้วาจาขู่เข็ญ หมายถึง การขู่เข็ญให้ต้องหวาดกลัวไม่ว่าจะเป็นอันร้ายอย่างไร

(3) การใช้อุบายหลอกลวงซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 243 วรรค 2 ที่บัญญัติให้ ผู้ที่ใช้อุบายหลอกลวงชำเราขึ้นใจหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยมีลักษณะโทษเช่นเดียวกับกบวรรค 1 ด้วย

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายไว้ว่า “**ใช้อุบายหลอกลวง**” ตามกฎหมายลักษณะอาญานี้ หมายถึง การที่ชายใช้อุบายทำให้หญิงซึ่งมิใช่ภรรยาตนเข้าใจผิดซึ่งถ้าหญิงรู้ความจริงจะไม่ยอมให้ชำเรา อาจเป็นการใช้อุบายหลอกลวงหญิงเข้าใจผิดในตัวบุคคล เช่น การเข้าไปหาภรรยาผู้อื่นในเวลากลางคืนที่มีดสนิมองไม่เห็นทำให้หญิงคิดว่าผู้นั้นเป็นสามีของตนจึงยอมให้กระทำชำเรา เป็นต้น หรืออาจเป็นการใช้อุบายหลอกลวงที่หญิงไม่รู้ถึงสภาพของการกระทำว่าเป็นการชำเรา เช่น ทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าเป็นการปฏิบัติทางการแพทย์เพื่อบำบัดรักษาโรค เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามการ

⁵⁷ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127, หน้า 358.

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน หน้า 241,358.

ใช้กลอุบายหลอกลวงขึ้นใจหญิงตามกฎหมายลักษณะอาญาหากเป็นเพียงการหลอกลวงในคุณสมบัติของบุคคล หรือคำมั่นสัญญา เช่น รับปากว่าจะดูแลเลี้ยงดูเป็นภรรยาภายหลังกลับไม่เลี้ยงดู⁵⁹ หรือการใช้อุบายยั่วแกมอารมณ์หญิงถึงขนาดหญิงยินยอมให้ชำเราโดยมิได้ปรินิพนธ์หรือแสดงกิริยาขัดขึ้นแต่อย่างใด⁶⁰ เหล่านี้ไม่ถือว่าเป็นการใช้อุบายหลอกลวงขึ้นใจหญิงที่จะเป็นความผิดตามมาตรา

ดังนั้น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามบทบัญญัติกฎหมายนี้ ความยินยอมถือเป็นสาระสำคัญของการกระทำความผิด การหลอกลวงให้หญิงยินยอมให้ชายมีความสัมพันธ์ทางเพศได้ถูกตราไว้ในบทบัญญัติกฎหมายอย่างชัดเจนในมาตรา 243 วรรคสอง แสดงให้เห็นถึงแนวคิดของการหลอกลวงเป็นการทำลายความยินยอมของผู้เสียหาย โดยลักษณะเป็นการบัญญัติไว้อย่างกว้างเพื่อให้ครอบคลุมถึงการหลอกลวงหลายรูปแบบ ให้ศาลได้ใช้ได้ดีความตามประโยชน์แห่งความยุติธรรมได้

(ข) ความผิดฐานกระทำอนาจาร

การกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดทางเพศที่ไม่ถึงขนาดกระทำชำเราก่อนหน้านี้จะมีการตรากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 นั้น อยู่ในลักษณะของการข่มขืนมิได้ถึงชำเราหรือเป็นลักษณะความผิดเกี่ยวกับการจับมือถือนม ไม่เรียกว่าการกระทำอนาจารแต่ลักษณะการกระทำพอที่จะเปรียบเทียบกันได้ คำว่า “อนาจาร” จึงเกิดครั้งแรกในการบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญาในมาตรา 246 ดังนี้

มาตรา 246 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบสามขวบขึ้นไปโดยมันใช้อำนาจด้วยกำลัง หรือด้วยวาจาขู่เข็ญ หรือมันใช้อุบายหลอกลวงด้วยประการใดๆก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง

บุคคลที่จะเป็นผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 246 นี้ บุคคลใดก็ได้ไม่ว่าจะเป็นเพศชายหรือเพศหญิง ไม่ได้จำกัดว่าจะต้องเป็นชายเท่านั้นที่จะเป็นผู้กระทำความผิดฐานอนาจารได้ แตกต่างกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ผู้กระทำจะต้องเป็นชายกระทำต่อหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาเท่านั้น บุคคลที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองตามความผิดอนาจารนี้คือ “บุคคลอายุสิบสามปีขึ้นไป” เดิมกฎหมายลักษณะอาญามาตราที่กำหนดบุคคลที่กฎหมาย

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน หน้า 358.

⁶⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 828/2486

คุ้มครองคือบุคคลอายุสิบสองปีขึ้นไป ต่อมาภายหลังได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอายุจากสิบสองปีเป็นสิบสามปีขึ้นไปโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญาพุทธศักราช 2474⁶¹

การกระทำจะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรานี้จะเป็นการกระทำต่อหญิงหรือชายก็ได้ และบุคคลนั้นจะต้องมีอายุสิบสามปีขึ้นไป ในกรณีเป็นการกระทำต่อบุคคลที่มีอายุน้อยกว่าสิบสามปีเป็นการกระทำความผิดฐานอนาจารเด็กตามมาตรา 245 ซึ่งจะมีลักษณะองค์ประกอบแตกต่างกัน ดังนั้น การกระทำอนาจารตัวผู้กระทำหรือตัวผู้ถูกระทำที่เป็นชายหรือหญิงก็ได้ หรือจะเป็นการกระทำของบุคคลเพศเดียวกันก็ได้⁶² หากเข้าลักษณะองค์ประกอบความผิดก็เป็นความผิดอนาจารตามมาตรานี้ได้

มีข้อสงสัยเกิดประการหนึ่งว่า บุคคลที่กฎหมายคุ้มครองในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจารมีลักษณะแตกต่างกัน กล่าวคือ ในความผิดฐานข่มขืนต้องเป็นการกระทำของชายต่อหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาการข่มขืนกระทำชำเราภรรยาจึงไม่มีความผิด แต่ในความผิดฐานอนาจารผู้กระทำหรือผู้ถูกระทำจะเป็นหญิงหรือชายก็ได้ จึงมีปัญหาว่าการที่ชายซึ่งเป็นสามีกระทำอนาจารภรรยาจะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายนี้หรือไม่ เคยมีคดีลักษณะนี้เกิดขึ้นซึ่งศาลฎีกาก็เคยตัดสินไว้ว่า⁶³ การกระทำของชายผู้เป็นสามีไม่มีความผิด ซึ่งเป็นไปตามหลักที่ว่า การสมรสถือเป็นการยินยอมให้กระทำชำเราและยอมถึงการอนาจารด้วย ซึ่งแม้ขนาดการกระทำชำเราอย่างไม่เป็นความผิดเหตุใดเพียงการกระทำอนาจารจึงจะเป็นความผิดตามกฎหมายนี้

ลักษณะการกระทำของผู้กระทำอันจะทำให้การกระทำเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายลักษณะอาญา ต้องประกอบด้วยกรกระทำอันเป็นการ “อนาจาร” ซึ่งหมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ อันได้แก่ การจับนม กอด จูบ ลูบ คล้ำหรือจับต้องอวัยวะต่างๆ และจะต้องประกอบไปด้วยการพิจารณาจากจิตใจของผู้กระทำด้วยว่าเจตนาที่จะกระทำด้วยความใคร่ทางเพศมิใช่เป็นเพียงกรณีแพทย์ทำการรักษาโรคตามปกติวิสัยหรือการกระทำของญาติผู้ใหญ่ด้วยความเอ็นดูสงสาร เป็นต้น การจะเป็นความผิดตามมาตรา 246 นี้จะต้องประกอบด้วยลักษณะการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ด้วย

⁶¹ เรื่องเดียวกัน หน้าเดียวกัน

⁶² เรื่องเดียวกัน หน้า 361.

⁶³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 173/2469

(1) ใช้อำนาจด้วยกำลังมีความหมายเช่นเดียวกับ “การใช้กำลังประทุษร้าย” ซึ่งหมายถึง การใช้กำลังกายกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลทุกชนิด เช่น การผลักใส่ ตบหน้า ตี ฟัน แทง ยิง จับมาคุมขัง ใช้อำนาจให้มีเงินมา หรือสะกดจิต

(2) ด้วยวาจาขู่เข็ญ หมายถึง การขู่เข็ญให้ต้องหวาดกลัวไม่ว่าจะเป็นอันตรายอย่างไร

(3) ใช้อุบายหลอกลวงด้วยประการใดๆ หมายถึง การกระทำใดๆ เป็นการหลอกลวงให้ยอมให้กระทำอนาจาร ซึ่งหากผู้ถูกกระทำทราบความจริงคงไม่ยินยอมให้กระทำ เช่น หลอึงให้ทำเสน่ห์ยาแฝดก็ใช้อุบายลอบคลำร่างกายหญิง เป็นต้น⁶⁴

จากลักษณะองค์ประกอบความผิดข้างต้น การกระทำจะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารต้องประกอบด้วยการใช้กำลังทำร้าย การขู่เข็ญโดยวาจา หรือการใช้อุบายหลอกลวงด้วยประการใดๆ แสดงให้เห็นโดยสภาพในตัวว่าความผิดฐานนี้ต้องประกอบไปด้วยความไม่ยินยอมของผู้ถูกกระทำ หากอยู่ถูกกระทำยินยอมเสียแล้วการกระทำย่อมไม่เป็นความผิดฐานนี้ ความยินยอมจึงเป็นสาระสำคัญของความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายลักษณะอาญา และการหลอกลวงให้บุคคลอื่นยินยอมให้กระทำอนาจารก็เป็นความผิดตามบทบัญญัติกฎหมายนี้ แสดงให้เห็นแนวคิดของการหลอกลวงที่จะถือว่าผู้เสียหายยินยอมให้กระทำไม่ได้ และการบัญญัติมีลักษณะชัดเจนลักษณะยึดหยุ่นที่จะให้ศาลใช้และตีความครอบคลุมถึงการหลอกลวงรูปแบบต่างๆ

3.2.4 ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญามีการยกร่างขึ้นในปี 2499 และร่างเสร็จประกาศใช้เป็นกฎหมายตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2500 มีผลให้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 สิ้นผลไป ซึ่งเดิมมีแนวความคิดที่จะปรับปรุงแก้ไข และได้แก้ไขข้อบกพร่องในกฎหมายลักษณะอาญาเท่านั้น แต่ต่อมาอนุกรรมการแก้ไขได้เห็นสมควรที่จะยกร่างกฎหมายอาญาใหม่น่าจะเหมาะสมกว่า โดยศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ให้เหตุผลว่า⁶⁵

“การร่างประมวลกฎหมายอาญาราวนี้ไม่ใช้การแก้ไขเพิ่มเติม การที่ไม่แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญาเป็นมาตราๆ ไป ก็เพราะถ้าจะแก้ไขเพิ่มเติมเป็นมาตราๆ ไป ก็ต้องรักษาโครงสร้างของกฎหมายอาญาเดิม ซึ่งยากที่จะแก้ไขให้ได้ดี เปรียบก็เสมือนเอาผ้ามาปะรูขาดของมุ้งเก่าๆ ซึ่งสู้

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน หน้า 362.

⁶⁵ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา, (พระนคร: ดวงดาว, 2500), หน้า 194-195.

ซื้อผ้ามาตัดเป็นมุ้งใหม่ทั้งมุ้งไม่ได้ เพราะถ้าตัดเป็นมุ้งขึ้นมาใหม่ก็สามารถกำหนดรูปลักษณะของมุ้งได้ตามใจชอบ เช่น อาจตัดมุ้งเป็นรูปของเตี๋ยงก็สามารถทำได้ง่าย อนึ่ง การยกร่างขึ้นใหม่ทั้งฉบับในเมื่อของเดิมมีอยู่แล้ว ความเร่งร้อนที่จะออกกฎหมายพอที่จะให้มีกฎหมายขึ้นก็ย่อมไม่มี เพราะของเดิมใช้ได้อยู่แล้ว นอกจากนี้ ถ้าจะแก้ไขใหม่จะต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติเดิมมีข้อขาดตกบกพร่องอย่างไร บทบัญญัติที่จะนำมาใส่ใหม่มีประโยชน์อย่างไร เพราะไม่ใช่ว่าจะอะไรซึ่งเป็นของใหม่และปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาต่างประเทศจะเป็นประโยชน์หรือเหมาะสมกับประเทศไทยเสมอไป เพราะสภาพการณ์ไม่เหมือนกัน”

(1) ประมวลกฎหมายอาญาก่อน พ.ศ. 2550

เมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายอาญาขึ้นมาในปี 2500 ความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และส่วนความผิดฐานกระทำอนาจารได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278 พิจารณาได้ดังต่อไปนี้

(ก) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

สำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาก่อนมีการแก้ไขในปีพ.ศ. 2550 นั้น กฎหมายได้บัญญัติองค์ประกอบความผิดไว้ว่า

มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโหดมหรุญ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ความรับผิดในทางอาญาเกิดขึ้นแก่บุคคลเท่านั้น สัตว์ สิ่งของ ไม่อาจมีความรับผิดทางอาญาได้⁶⁶ ผู้กระทำความผิดจึงต้องเป็นบุคคลโดยจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้⁶⁷ ในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาโดยส่วนใหญ่ องค์ประกอบภายนอกในส่วนของผู้กระทำความผิดกฎหมายมักบัญญัติผู้กระทำความผิดไว้คือ “ผู้ใด” ซึ่งหมายถึงบุคคลใดก็ได้ว่าจะเป็นผู้ชาย

⁶⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 128.

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน หน้า 142.

หรือผู้หญิงก็ได้ที่ “มีการกระทำ”⁶⁸ โดยการเคลื่อนไหวร่างกายหรืองดเว้นการจักต้องป้องกันผลที่ตน มีหน้าที่โดยรู้สำนึกในการกระทำ⁶⁹ ในบางครั้งผู้กระทำความผิดกฎหมายกำหนดคุณสมบัติไว้เป็นการ เฉพาะเช่นจะต้องเป็น “เจ้าพนักงาน” ซึ่งผู้กระทำความผิดจึงจะต้องรับผิดชอบเมื่อตนมีคุณสมบัติ ดังกล่าวด้วย

แต่สำหรับในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 นี้ ไม่ได้กำหนดความหมาย ของคำว่า “กระทำชำเรา” ไว้อย่างเช่นปัจจุบันแต่อย่างใด แต่ในความเห็นทางวิชาการและแนวคำ พิพากษาของศาลฎีกาก็มีความเห็นการตีความที่สอดคล้องต้องตรงกันว่า หมายถึง การที่ชายใช้ของ ลับลวงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสของหญิง⁷⁰ และประกอบกับองค์ประกอบภายนอกในส่วนของบุคคลที่ กฎหมายคุ้มครองการกระทำจะเป็นความผิดเมื่อกระทำต่อ “หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน” เมื่อพิจารณา รวมกันแล้วจะเห็นได้ว่าผู้กระทำความผิดฐานนี้จะต้องเป็น “ผู้ชาย” เท่านั้น ซึ่งความเป็นชายถือตาม เพศกำเนิดของบุคคล⁷¹ หญิงจึงไม่อาจกระทำความผิดทางเพศฐานข่มขืนโดยลำพังนี้ได้ การกระทำ ระหว่างหญิงต่อชายหรือหญิงต่อหญิงจึงไม่อาจเป็นความผิดฐานนี้ได้⁷² แต่อย่างไรก็ตามหญิงอาจมี ความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราได้ในฐานะของตัวการร่วม ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนได้⁷³

บุคคลที่กฎหมายคุ้มครองหรือองค์ประกอบภายนอกในส่วนของวัตถุที่มุ่งหมาย กระทำต่อต้องเป็นการกระทำชำเรา “หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน” การกระทำจะเป็นความผิดเมื่อเป็น การกระทำต่อ “หญิง” เท่านั้น ด้วยเหตุนี้การกระทำจึงต้องเป็นชายกระทำต่อหญิง การกระทำ ระหว่างหญิงกระทำต่อชาย ชายกระทำต่อชาย ไม่อาจเป็นความผิดฐานนี้ได้ ความเป็นหญิงถือตาม สภาพเพศกำเนิดของบุคคลเป็นเพศที่สามารถตั้งครรภ์ได้⁷⁴ แม้ปัจจุบันวิทยาการด้านการแพทย์จะ พัฒนารูตหน้าจนสามารถที่จะทำการศัลยกรรมตกแต่งแปลงเพศได้ก็ตาม แต่กฎหมายก็ไม่ได้รับรองให้ สถานภาพทางเพศเปลี่ยนแปลงเป็นหญิงไปด้วยจึงไม่รวมถึงชายที่แปลงเพศมาแล้ว⁷⁵ และขณะกระทำ

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน หน้า 86-87.

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน หน้า 80.

⁷⁰ เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 2 : ภาคความผิด สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2550), หน้า 8.

⁷¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524

⁷² เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 2 : ภาคความผิด สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, หน้า 7.

⁷³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 59/2524, 1965/2524, 3628/2524

⁷⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1, หน้า 734.

⁷⁵ นพพงษ์ จุห้อง, กฎหมายอาญา 2, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2529), หน้า 469.

หญิงนั้นจะต้องยังมีสภาพบุคคลอยู่มิใช่ศพ มิฉะนั้นการกระทำจะไม่เป็นความผิดเนื่องจากขาดองค์ประกอบภายนอกความผิดในส่วนวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ

อย่างไรก็ตาม แม้เป็นการกระทำต่อหญิงแต่หากหญิงนั้นเป็นภริยาของชายผู้กระทำ แม้จะเป็นการกระทำโดยปราศจากความยินยอมของภริยา การกระทำก็ไม่เป็นความผิดฐานนี้ อันเนื่องมาจากแนวความคิดทางกฎหมายที่ถือว่าการที่ชายและหญิงตกลงปลงใจสมรสเป็นสามีภรรยา กันตามกฎหมายนั้น หมายความว่า หญิงยินยอมที่จะร่วมประเวณีกันตามหน้าที่ของสามีภริยา⁷⁶ หญิงที่เป็นภริยาของชายจึงต้องเป็นภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หากเป็นภริยาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาเป็นเวลานานมาแล้วเท่าใดแล้วก็ตาม ก็อาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ แต่หากเข้าหลักเกณฑ์สำคัญผิดในข้อเท็จจริงผู้กระทำก็อาจยกข้อดังกล่าวขึ้นอ้างได้⁷⁷ ดังนั้น การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภริยาจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้ตามประมวลกฎหมายอาญาก่อนการแก้ไขในปี 2550

สำหรับองค์ประกอบภายนอกในส่วนของคุณลักษณะของการกระทำตามความผิดตามมาตรา 276 นี้ จะต้องประกอบไปด้วย “การข่มขืนกระทำชำเรา” ซึ่ง “ข่มขืน” หมายถึง การบังคับขืนใจ การใช้อำนาจกระทำโดยบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งไม่สมัครใจ ดังนั้น หากเป็นการกระทำโดยความยินยอม สมัครใจ การกระทำย่อมไม่เป็นการข่มขืน⁷⁸ ส่วน “กระทำชำเรา” หมายถึง การเสพยาสังวาส การร่วมเพศ การมีเพศสัมพันธ์ ระหว่างชายและหญิง⁷⁹

ตามมาตรา 276 ก่อนปี 2550 นี้ ไม่มีการบัญญัติให้ความหมายของคำว่ากระทำชำเราดังเช่นปัจจุบันนี้ การพิจารณาถึงความหมายของการชำเราต้องอาศัยการตีความของศาลฎีกาเป็นหลัก ซึ่งการกระทำจะเป็นการชำเรานั้นต้องเป็นการใช้วิธีข่มขืนของชายกระทำกับอวัยวะเพศของหญิงเท่านั้น และการกระทำจะต้องมีลักษณะเป็นการสอดใส่อวัยวะเพศชายล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง หากเป็นการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในช่องปากหรือทวารหนักเป็นเพียงความผิด

⁷⁶ รมณกรณ์ บุญมี, “พยายามข่มขืนกระทำชำเรา,” ใน ครอบครัว งานบริหาร อาจารย์ไพโรจน์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จัดพิมพ์ในโอกาสอายุครบ 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ ภัมพูสิริ, สุรศักดิ์ มณีศรี, บรรณาธิการ. (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2553), หน้า 160.

⁷⁷ โชค จารุจินดา, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา (ลักษณะ 9), (กรุงเทพมหานคร: แผนกตำราและคำบรรยาย คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์, 2520), หน้า 9-11.

⁷⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 411.

⁷⁹ โชค จารุจินดา, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา (ลักษณะ 9), หน้า 2.

ฐานกระทำอนาจารเท่านั้น⁸⁰ หากชายเพียงมีเจตนาที่จะสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิงแต่ยังไม่ได้สอดใส่การกระทำอยู่เพียงขั้นพยายามกระทำผิดเท่านั้น หากแต่เพียงล่วงล้ำเข้าไปเพียงหนึ่งองคุลี (เพียงเล็กน้อย) การกระทำเป็นความผิดสำเร็จ และการข่มขืนกระทำชำเราจะต้องประกอบด้วย

(1) โดยขู่เชือดด้วยประการใดๆ คือ การกระทำให้หญิงต้องกลัวว่าจะเป็อันตรายต่อชีวิต ร่างกาย ชื่อเสียง เสรีภาพ ทรัพย์สิน ของหญิงนั่นเอง รวมถึงของผู้อื่นด้วย⁸¹ เป็นการกระทำให้กลัวโดยการบังคับ ไม่ว่าจะโดยกิริยาหรือวาจา ถึงขนาดเป็นการบังคับจิตใจให้ยอมจำเรา⁸²

(2) โดยใช้กำลังประทุษร้าย หมายถึง การประทุษร้ายแก่ร่างกาย หรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือวิธีอื่นใด และหมายความรวมถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้ยาทำให้มึนเมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกันตามมาตรา 1 (6)⁸³

(3) โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หมายความว่า ข่มขืนกระทำชำเราในขณะที่หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ คำว่า “ภาวะ” หมายถึง สภาพในขณะที่ถูกข่มขืนนั้น หญิงไม่สามารถขัดขืนได้ เช่น กำลังนอนหลับ เป็นลมไม่ได้สติ เมาสุราไม่ได้สติ เจ็บป่วย บุคคลที่ความบกพร่องทางจิต ร่างกายพิการ เป็นต้น⁸⁴ แต่การเอายาปลูกกำหนดให้หญิงกินจนหญิงเกิดความรู้สึกทางเพศที่รุนแรงและยอมให้ชายกระทำชำเราไม่ใช่กรณีหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้⁸⁵

(4) โดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น หมายถึง การหลอกลวงให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นอันทำให้หญิงยินยอมให้กระทำชำเรา ซึ่งหากหญิงไม่เข้าใจผิดเช่นนั้นแล้วจะไม่ยินยอมให้กระทำชำเรา เช่น ชายเจตนาปลอมเป็นสามีเข้าไปนอนกับหญิงในเวลากลางคืนและกระทำชำเราหญิง เป็นต้น⁸⁶

⁸⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 407.

⁸¹ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน1, หน้า 739.

⁸² โชค จารุจินดา, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา (ลักษณะ 9), หน้า 11.

⁸³ นพพงษ์ จุห้อง, กฎหมายอาญา 2, หน้า 469.

⁸⁴ เรื่องเดียวกัน หน้า 470.

⁸⁵ โชค จารุจินดา, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา (ลักษณะ 9), หน้า 12.

⁸⁶ เรื่องเดียวกัน หน้าเดียวกัน

(ข) ความผิดฐานกระทำอนาจาร

ความผิดฐานกระทำอนาจารเดิมตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 บัญญัติไว้ใน มาตรา 246 แต่ต่อมาเมื่อมีการร่างและประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาความผิดฐานกระทำอนาจารก็ยังคงปรากฏให้เห็นในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278 ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า

มาตรา 278 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยชู้เชียวด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญานี้ มีลักษณะคล้ายคลึงกับความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายลักษณะอาญามาก ถือได้ว่ากฎหมายลักษณะอาญาเป็นรากฐานในการบัญญัติเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน

ลักษณะของการกระทำที่จะเป็นความผิดจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบภายนอกในส่วนของการกระทำ คือ “กระทำอนาจาร” ซึ่งไม่มีการบัญญัติให้ความหมายไว้ แต่แปลความได้ว่าเป็นการกระทำที่ล่วงเกินบุคคลอื่นในทางประเวณีหรือความใคร่ ซึ่งการกระทำนั้นไม่เป็นการขำเราหรือไม่ถึงขั้นขำเรา⁸⁷ หรือตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ ได้แก่ การกอด จูบ ลูบ คลำ แต่ต้องเนื้อตัวร่างกายในทางไม่สมควร⁸⁸ การกระทำความดังกล่าวดังกล่าวต้องเป็นกรณีที่ผู้เสียหายไม่ยินยอมให้กระทำ หากเป็นการที่ผู้เสียหายยินยอมโดยสมัครใจให้กระทำการกระทำย่อมไม่เป็นความผิด⁸⁹ เพราะโดยลักษณะขององค์ประกอบภายนอกในส่วนของการกระทำมีลักษณะที่ต้องประกอบไปด้วยการชู้เชียว ใช้กำลังประทุษร้าย กระทำในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือหลอกลวงให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ความยินยอมจึงเป็นสาระสำคัญของความผิด

(2) ประมวลกฎหมายอาญาหลัง พ.ศ. 2550

นับตั้งแต่พุทธศักราช 2550 เป็นต้นมา ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550⁹⁰ โดยมีเหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมดังนี้⁹¹

⁸⁷ จิน ดารา, “อนาจาร,” บทบัญญัติ เล่มที่ 25 ตอน 2 (พฤษภาคม 2511) หน้า 307.

⁸⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534, 4836/2547

⁸⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 462.

⁹⁰ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 124 ตอนที่ 56 ก หน้า 1 วันที่ 19 กันยายน 2550

โดยที่มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ให้ความสำคัญคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่บทบัญญัติมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ สมควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศที่เคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

ซึ่งการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ฐานข่มขืนกระทำชำเราครั้งนี้เป็นการแก้ไขครั้งสำคัญเพื่อให้ชายและหญิงมีฐานะเท่าเทียมกันตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ โดยเป็นการแก้ไขเฉพาะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 เท่านั้น แต่สำหรับความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 ยังคงเดิมไม่มีการแก้ไข ดังนี้

(ก) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

การแก้ไขความผิดฐานข่มขืนในปี พ.ศ.2550 นี้มีผลต่อเนื้อหาของความผิดในส่วนของผู้กระทำความผิดและบุคคลที่กฎหมายประสงค์คุ้มครอง ทั้งยังมีการเพิ่มเติมความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” ที่มีความหมายกว้างกว่าแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเดิม พิจารณาได้ดังต่อไปนี้

มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้นั้นอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะ

⁹¹ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 434.

เดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี ปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤตินั้นการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ได้มีการแก้ไขจาก “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน” เป็น “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น” แม้ว่าองค์ประกอบภายนอกในส่วนของผู้กระทำตามมาตรา 276 (เดิม) กับมาตรา 276 (ที่แก้ไขใหม่) จะใช้คำว่า “ผู้ใด” เหมือนกับกฎหมายเดิม แต่โดยการแก้ไของค์ประกอบภายนอกในส่วนบุคคลที่กฎหมายคุ้มครองจาก “กระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน” เป็น “กระทำชำเราผู้อื่น” การแก้ไขถ้อยคำดังกล่าวมีผลให้องค์ประกอบภายนอกในส่วนผู้กระทำเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม กลายเป็นผู้กระทำความผิดอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้ บุคคลที่กฎหมายคุ้มครองจะเป็นชายหรือหญิงก็ได้ ไม่ได้จำกัดว่าต้องเป็นหญิงตามกฎหมายเดิมนั้น ทั้งการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีและภริยาอาจเป็นความผิดตามมาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่ได้ ซึ่งเป็นการยกเลิกแนวความคิดทางกฎหมายเดิมที่ว่า การแต่งงานถือเป็นการยินยอมให้กระทำชำเราตามหน้าที่ของสามีภริยา ซึ่งในเรื่องนี้ปัจจุบันได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาตัดสินวางบรรทัดฐานตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่ในประเด็นนี้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4355/2558⁹² โดยได้วินิจฉัยไว้ว่า

“ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 (เดิม) ผู้ที่จะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องเป็นชายข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นที่มีใช้ภริยาตน แต่ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 (ที่แก้ไขใหม่) ซึ่งใช้บังคับขณะเกิดเหตุ ทั้งชายและหญิงอาจจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แม้จะกระทำต่อภริยาหรือสามีของตนเอง หากมีการขู่脅ด้วยประการใด ๆ ดังที่บัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276”

⁹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4355/2558

และต่อมาก็มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 302/2559⁹³ ก็ได้วินิจฉัยไว้ว่า “แม้โจทก์จำเลย เป็นสามีภรรยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 วรรคหนึ่ง ซึ่งจะต้องมีการร่วมประเวณีกันบ้าง แต่การร่วมประเวณีต้องเกิดจากความยินยอมทั้งสอง ฝ่าย หากอีกฝ่ายไม่ยินยอมก็ไม่อาจบังคับได้ หากขึ้นใจถือเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276”

ดังนั้น ในปัจจุบันการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในปัจจุบันจึงไม่ได้ จำกัดว่าต้องเป็นการกระทำของชายต่อหญิงเท่านั้น จะเป็นการกระทำของหญิงต่อชายก็เป็นความผิด ได้ หรือแม้จะเป็นการกระทำของบุคคลเพศเดียวกัน หรือเป็นการกระทำระหว่างสามีภรรยา การกระทำก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ส่วนองค์ประกอบความผิดในส่วนลักษณะของการกระทำตามมาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่ หลังปี พ.ศ.2550 นั้น การกระทำจะเป็นความผิดเมื่อมีการ “ข่มขืนกระทำชำเรา” โดยประกอบด้วย ลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้

1. โดยขู่เชือดด้วยประการใดๆ
2. โดยใช้กำลังประทุษร้าย
3. โดยผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้
4. โดยทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

ในส่วนของคำว่า “ข่มขืน” ยังคงเป็นไปตามหลักการของกฎหมายเดิม แต่กฎหมาย ใหม่ได้บัญญัติเพิ่มเติมความหมายของคำว่า “การกระทำชำเรา” ไว้ในวรรคสองของมาตรา 276 โดย เป็นการขยายความการตีความตามแนวของคำพิพากษาศาลฎีกาเดิม โดยบัญญัติให้การกระทำจะเป็น การชำเราเมื่อ ใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำ ทวารหนัก หรือช่อง ปาก นอกจากนี้แม้ผู้กระทำจะไม่ได้ใช้อวัยวะเพศของตนกระทำ แต่ได้ใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำ อาทิเช่น การใช้นิ้วมือสอดใส่ไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายก็เป็นการ กระทำชำเราแล้ว⁹⁴ เป็นต้น จึงจะเห็นได้ว่าผู้กระทำอาจจะใช้อวัยวะเพศของตนหรือสิ่งอื่นใดเป็นวัตถุ ที่กระทำต่างจากเดิมที่การตีความของศาลการชำเราเป็นการใช้อวัยวะเพศชายเป็นวัตถุในการกระทำ

⁹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 302/2559

⁹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5828/2558

เท่านั้น และส่วนของวัตถุที่ถูกกระทำได้บัญญัติขยายไปถึงการกระทำของอวัยวะเพศกับช่องปาก การกระทำของอวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดกับทวารหนักด้วย ต่างไปจากเดิมที่ต้องเป็นการกระทำกับอวัยวะเพศของหญิงเท่านั้น

แต่ทั้งนี้ตามความหมายของคำว่า “กระทำกับ” ยังคงมีปัญหาในการตีความกันว่าแค่นั้นเพียงใดที่จะถือว่าเป็นการกระทำกับอันจะเป็นการกระทำชำเรา อย่างไรก็ตามปัญหานี้ศาลฎีกายังคงยึดถือบรรทัดฐานตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเดิมที่การชำเราต้องมีการสอดใส่⁹⁵ คำว่า “กระทำกับ” จึงต้องมีการล้วงล้ำหรือสอดใส่ (Penetrate) จึงจะเป็นการชำเรา หากเพียงมีเจตนาเสียดสีถูไถไปมากับอวัยวะเพศของผู้ถูกกระทำโดยไม่มีเจตนาสอดใส่การกระทำเป็นเพียงความผิดฐานอนาจารเท่านั้น⁹⁶ ซึ่งเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1390/2555⁹⁷ ที่ว่า

การกระทำชำเราไม่ว่าเป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นยังคงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดให้ล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากด้วยเพราะไม่เช่นนั้นแล้วเพียงการสัมผัสภายนอกกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นว่าด้วยอวัยวะส่วนใดหรือวัตถุสิ่งใดจะเป็นการกระทำชำเราไปเสียหมด

ซึ่งต่อมาได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้วินิจฉัยอธิบายถึงลักษณะของคำว่า “การกระทำชำเรา” และคำว่า “กระทำกับ” ตามความหมายที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างละเอียดในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557⁹⁸ ไว้ดังนี้

มาตรา 277 วรรคสอง ให้ความหมายของการกระทำชำเราว่า หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

กรณีที่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตนกระทำชำเรา จะเป็นความผิดสำเร็จได้ต่อเมื่อหากเป็นกรณีชายกระทำต่อหญิง ต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศของชายล้วงล้ำหรือสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของหญิง

⁹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1646/2532, 848/2548

⁹⁶ เกียรติขจร วิัจจนสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 437-438.

⁹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1390/2555

⁹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557

หากเป็นกรณีชายกระทำต่อชายด้วยกัน ต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศของชายผู้กระทำ ล้วงล้ำหรือสอดใส่เข้าไปในทวารหนักหรือช่องปากของชายผู้ถูกระทำ

หากเป็นกรณีหญิงกระทำต่อชาย ต้องเป็นกรณีให้อวัยวะเพศชายผู้ถูกระทำ ล้วงล้ำ เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงผู้กระทำ

ส่วนกรณีที่ผู้กระทำใช้สิ่งอื่นใดกระทำชำเรา จะเป็นความผิดสำเร็จได้ต่อเมื่อหากเป็น กรณีชายกระทำต่อหญิง ต้องเป็นการใช้สิ่งหนึ่งสิ่งใด ล้วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด หรือทวารหนักของหญิง

หากเป็นกรณีชายกระทำต่อชายด้วยกัน ต้องเป็นการใช้สิ่งหนึ่งสิ่งใด ล้วงล้ำหรือสอด ใส่เข้าไปในทวารหนักของผู้ถูกระทำ หรือให้อวัยวะเพศชายของชายผู้ถูกระทำ ล้วงล้ำหรือสอดใส่เข้าไปในช่องปากหรือทวารหนักของผู้กระทำ

หากเป็นกรณีหญิงกระทำต่อชาย ต้องเป็นการใช้สิ่งหนึ่งสิ่งใด ล้วงล้ำหรือสอดใส่เข้าไป ในทวารหนักของชาย หรือให้อวัยวะเพศของชาย ล้วงล้ำหรือสอดใส่เข้าไปในช่องปากหรือทวารหนัก ของหญิง

หากเป็นกรณีหญิงกระทำต่อหญิงด้วยกัน ต้องเป็นการใช้สิ่งหนึ่งสิ่งใด ล้วงล้ำหรือสอด ใส่เข้าไปในช่องคลอดหรือทวารหนักของหญิงผู้ถูกระทำ

ดังนั้น การที่จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นชายใช้ปากอมอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 ซึ่งเป็น เด็กชายอายุ 11 ปีเศษ จึงถือได้ว่าช่องปากของจำเลยที่ 1 เป็นสิ่งอื่นใดที่ใช้กระทำกับอวัยวะเพศของ ผู้เสียหายที่ 1 แล้ว การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงเป็นความผิดตาม มาตรา 277 วรรคสาม

ดังนั้น จากที่ได้บรรยายถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมาย อาญามาตรา 276 ในปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าลักษณะของการกระทำที่จะครบองค์ประกอบความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเราในส่วนของความยินยอมไม่ว่าจะเป็นการใช้กำลังประทุษร้าย การขู่เข็ญด้วย ประการใดๆ การกระทำในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ รวมถึงในส่วนของ การหลอกลวงให้ผู้เสียหาย ยินยอม ยังคงเป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา 276 ก่อน การแก้ไขในปี 2550 โดยจำกัดเฉพาะการหลอกลวงให้เข้าใจผิดในตัวบุคคล ที่เป็นการทำให้เข้าใจผิด ว่าตนเป็นบุคคลอื่นเท่านั้นที่จะเป็นความผิด ไม่รวมถึงการหลอกลวงในรูปแบบอื่นๆ

(ข) ความผิดฐานกระทำอนาจาร

สำหรับความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278⁹⁹ ไม่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในปี 2550 แต่อย่างไรก็ตาม การแก้ไขความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ก่อให้เกิดผลกระทบต่อความผิดฐานกระทำอนาจาร เนื่องจากผลของการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในครั้งดังกล่าวได้มีการแก้ไของค์ประกอบความผิดจาก “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน” เป็น “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น” และได้บัญญัติเพิ่มเติมเกี่ยวกับความหมายของคำว่า “การกระทำชำเรา” ขึ้นในมาตรา 276 วรรค 2 จึงมีผลกระทบต่อความผิดฐานกระทำอนาจารดังต่อไปนี้

ผลต่อองค์ประกอบความผิดในส่วนของผู้กระทำ เนื่องจากเดิมผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้จะต้องเป็นชายเท่านั้น แต่สำหรับผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารจะเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้ ดังนั้นหาก “หญิงกระทำต่อหญิง” หรือ “หญิงกระทำต่อชาย” ในลักษณะเป็นการชำเรา¹⁰⁰ หญิงไม่อาจเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ ยังคงเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารได้¹⁰¹ แต่นับตั้งแต่มีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในปี 2550 เป็นต้นมาปัจจุบันการกระทำลักษณะนี้กลายมาเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ผลต่อองค์ประกอบความผิดในส่วนของบุคคลที่กฎหมายคุ้มครอง ที่เดิมผู้ถูกระทำในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นหญิงเท่านั้น การกระทำของ “หญิงต่อชาย” หรือ “ชายต่อชาย” จึงไม่อาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ แต่เป็นความผิดฐานกระทำอนาจารได้¹⁰² ในปัจจุบันการกระทำในลักษณะชำเราชายก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และในการข่มขืนกระทำชำเราเดิมต้องกระทำต่อ “หญิงซึ่งมิใช่ภริยา” หากเป็นการกระทำต่อภริยาของตนจึงไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพราะถือว่าภริยาที่ชายหญิงยินยอมสมรสตามกฎหมายกับชาย

⁹⁹ **ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278** บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

¹⁰⁰ **ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรค 2** บัญญัติว่า การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

¹⁰¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 509/2529

¹⁰² เรื่องเดียวกัน

หมายความว่าหญิงยินยอมร่วมประเวณีกันนั่นเอง¹⁰³ ขณะเดียวกันก็ไม่ใช่ความผิดฐานกระทำอนาจาร เพราะถือว่ากระทำต่อภริยามีอำนาจกระทำได้ไม่เป็นการล่วงเกิน¹⁰⁴ และแม้แต่การข่มขืนกระทำชำเราภริยาซึ่งร้ายแรงกว่าการกระทำอนาจารยังไม่ผิดการกระทำอนาจารจึงมีความผิดเช่นกัน¹⁰⁵ แต่ในปัจจุบันผลของการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในปี 2550 ไม่ว่าจะเป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารแม้จะเป็นการกระทำต่อภริยาของตนก็เป็นความผิด

ผลต่อองค์ประกอบความผิดในส่วนลักษณะของการกระทำ อันเนื่องมาจากการบัญญัติเพิ่มเติมความหมายของคำว่า “การกระทำชำเรา” มีผลให้การกระทำบางอย่าง เดิมเมื่อกระทำเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้นแต่ปัจจุบันต้องด้วยความหมายของการกระทำชำเราจึงเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เช่น การใช้สิ่งอื่นใดสอดใส่อวัยวะเพศหญิง เป็นต้น แต่สำหรับองค์ประกอบภายนอกในส่วนของกรกระทำการหลอกลวงให้ยินยอมเพื่อที่จะกระทำอนาจารยังคงจำกัดเฉพาะการหลอกลวงให้สำคัญผิดในตัวบุคคลเช่นเดิมจึงจะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร

ดังนั้น โดยสรุปแล้วจากการศึกษาในบทที่ 3 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารนี้ ทำให้ทราบถึงแนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารไม่ว่าจะเป็นหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักเสรีภาพทางเพศ และหลักศีลธรรม รวมถึงทำให้เห็นถึงแนวความคิดพื้นฐานที่แตกต่างกันในการกำหนดความผิดในอดีตและปัจจุบัน นอกจากนี้ยังทำให้ได้เห็นถึงวิวัฒนาการความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตั้งแต่กฎหมายตราสามดวงจนถึงประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน ซึ่งจะเป็ประโยชน์ในการนำไปใช้ศึกษาและวิเคราะห์ในบทต่อไป

¹⁰³ รณกรณ์ บุญมี, “พยายามข่มขืนกระทำชำเรา,” ใน ครอบครัว งานบริหาร อาจารย์ไพโรจน์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จัดพิมพ์ในโอกาสอายุครบ 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ, สุรศักดิ์ มณีศรี,บรรณาธิการ. หน้า 160.

¹⁰⁴ โชค จารุจินดา, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา (ลักษณะ 9), หน้า 36,39.

¹⁰⁵ นพพงษ์ จุห์อง, กฎหมายอาญา 2, หน้า 482.

บทที่ 4

การบังคับหรือข่มขืนใจในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร

ตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 2 เรื่องความยินยอมในกฎหมายอาญาที่ทำให้เห็นถึงแนวคิด และทฤษฎีของหลักเกณฑ์การให้ความยินยอมในทางอาญาที่จะเป็นผลให้ความยินยอมเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักเกณฑ์ข้างต้น และบทที่ 3 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารที่ทำให้เห็นถึงแนวความคิดและทฤษฎีต่างๆ และรวมถึงวิวัฒนาการของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยจะเห็นได้ถึงความสัมพันธ์กันของหลักความยินยอมในทางอาญากับความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร

ดังนั้น ในบทนี้ผู้เขียนจึงจะศึกษาและวิเคราะห์ถึงการบังคับหรือข่มขืนใจในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยในหัวข้อที่ 4.1 จะศึกษาถึงการบังคับหรือการข่มขืนใจโดยจะเปรียบเทียบระหว่างความผิดเกี่ยวกับเพศฐานกับความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ และพิจารณาความหมายของการข่มขืนใจในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ส่วนในหัวข้อที่ 4.2 จะศึกษาถึงลักษณะและรูปแบบการบังคับและข่มขืนใจ โดยแยกพิจารณาตามลักษณะรูปแบบ ได้แก่ การใช้กำลังประทุษร้าย การบังคับให้กระทำ การกระทำในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ และการกระทำโดยอาศัยการครอบงำผิดคลองธรรม

ทั้งนี้ เพื่อพิจารณาถึงการบังคับหรือการข่มขืนใจ รวมถึงลักษณะและรูปแบบการบังคับและข่มขืนใจต่างๆ เพื่อวิเคราะห์ประกอบกับหลักความยินยอมในทางอาญากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1 การบังคับหรือการข่มขืนใจ

ตามที่ได้กล่าวกันมาแล้วว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารล้วนเป็นความผิดที่มุ่งคุ้มครอง “เสรีภาพทางเพศ” (Sexual Autonomy) ของบุคคลในสังคม ซึ่งเป็น “สิทธิทางเพศ” (Sexual Rights) และเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตาม “หลักสิทธิมนุษยชน” (Human Rights) เป็นความผิดที่ต้องกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหายแม้กฎหมายจะไม่ได้บัญญัติถึงถ้อยคำที่ว่า “ไม่ยินยอม” ไว้ก็ตาม ความยินยอมจึงต้องพิจารณาตามหลักความยินยอมในทางอาญาที่ได้รับการยอมรับโดยนำมาใช้ในฐานะ “หลักกฎหมายทั่วไป” (General principle of

law) ในประเทศไทย ซึ่งมีหลักเกณฑ์การพิจารณาความยินยอมที่สำคัญ 3 ประการ คือ ต้องเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ ความยินยอมต้องไม่ขัดต่อสำนึกศีลธรรมอันดี และต้องมีความยินยอมอยู่ในขณะกระทำ ซึ่งจะต้องครบหลักเกณฑ์ของการให้ความยินยอมจึงจะมีผลเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย การบังคับหรือข่มขืนใจจึงเป็นสาเหตุหนึ่งที่เป็นเหตุให้ความยินยอมไม่ครบหลักเกณฑ์จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมโดยสมัครใจ การบังคับหรือข่มขืนใจจึงมีความเกี่ยวข้องกับหลักความยินยอมในทางอาญาและมีความเกี่ยวพันกันกับความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือความผิดฐานกระทำอนาจาร

ดังนั้น ในหัวข้อที่ 4.1 นี้ ผู้ศึกษาจะขอพิจารณาถึงการบังคับหรือการข่มขืนใจโดยจะพิจารณาเปรียบเทียบความผิดเกี่ยวกับเพศกับความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพในหัวข้อ 4.1.1 เพื่อพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของความผิดทั้งสองประเภทดังกล่าว และเพื่อพิจารณาถึงความเหมือนหรือความแตกต่างของการบังคับหรือข่มขืนใจในความผิดดังกล่าว และอีกส่วนจะพิจารณาความหมายของการข่มขืนใจในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารในหัวข้อ 4.1.2 เพื่อพิจารณาถึงคำจำกัดความที่แท้จริงของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ซึ่งจะนำไปสู่การพิจารณาในประเด็นต่อไป มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1.1 เปรียบเทียบความผิดเกี่ยวกับเพศกับความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ

สำหรับความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ การกระทำที่กระทบต่อเสรีภาพแบ่งแยกพิจารณาได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ การกระทำต่อเสรีภาพในการกระทำหรือไม่กระทำตามที่ตนต้องการ กับการกระทำต่อเสรีภาพในการเคลื่อนไหวไปมา¹ ซึ่งการกระทำทั้งสองลักษณะดังกล่าวมีความแตกต่างกัน ในส่วนของการจำกัดเสรีภาพในการกระทำหรือไม่กระทำเพื่อให้ยอมตามความประสงค์ของผู้กระทำความผิดเป็นความผิดฐานทำให้ผู้อื่นเสื่อมเสียเสรีภาพตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 309² แต่การจำกัด

¹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 14(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560) หน้า 277.

² ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 309 บัญญัติว่า ผู้ใดข่มขืนใจผู้อื่นให้กระทำการใด ไม่กระทำการใด หรือจำยอมต่อสิ่งใด โดยทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียงหรือทรัพย์สินของผู้ถูกข่มขืนใจนั้นเองหรือของผู้อื่น หรือโดยใช้กำลังประทุษร้ายจนผู้ถูกข่มขืนใจต้องกระทำการนั้น ไม่กระทำการนั้นหรือจำยอมต่อสิ่งนั้น ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

เสรีภาพในการเคลื่อนไหวไปมาจากสถานที่หนึ่งไปสถานที่หนึ่งเป็นความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวกักขังตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 310³

ความผิดฐานทำให้เสื่อมเสียเสรีภาพตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 309 เป็นการข่มขืนใจให้บุคคลอื่นกระทำการใด ไม่กระทำการใด หรือจำยอมต่อสิ่งใด โดยการทำให้ผู้อื่นกลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของผู้ถูกข่มขืนใจหรือผู้อื่นก็ได้ หรือโดยการใช้อำนาจประทุษร้าย และจากการข่มขืนใจนั้นเป็นเหตุให้ผู้ถูกข่มขืนใจต้องกระทำการนั้น ไม่กระทำการนั้น หรือจำยอมต่อสิ่งนั้น เช่น การขู่ “ให้ยกมือขึ้น” หรือ “อย่าขยับ” เป็นการบังคับให้กระทำการใดหรือไม่กระทำการใด⁴ หรือการใช้อาวุธปืนขู่ให้ผู้เสียหายคิดบัญชีให้⁵ หรือการขู่ให้ผู้เสียหายซึ่งขับขี่รถจักรยานยนต์ให้หยุดรถ ผู้เสียหายยอมลดความเร็วเตรียมจะจอดเป็นการบังคับให้ผู้อื่นกระทำการใด⁶ เป็นต้น เหล่านี้ถือเป็นการ “ข่มขืนใจ” (Compels) ผู้อื่น

และตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 3 แล้วว่าบุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพ (Liberty) ที่กฎหมายรับรองคุ้มครองไว้ เมื่อกล่าวถึงเสรีภาพนั้นย่อมหมายถึงเสรีภาพทุกชนิดไม่ว่าจะเป็นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการพูด การแสดงออกต่างๆ⁷ และรวมถึงเสรีภาพทางเพศ การกระทำที่กระทบต่อเสรีภาพของบุคคลโดยมิชอบหรือโดยไม่มีสิทธิ ซึ่งผู้บังคับไม่มีอำนาจหรือสิทธิที่จะบังคับได้ จึงเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 4 และมาตรา 25 ทั้งเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมายอาญาฐานทำให้ผู้อื่นเสื่อมเสียเสรีภาพตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 309

อย่างไรก็ตามในบางกรณี “การข่มขืนใจ” (Compels) ให้บุคคลอื่นกระทำหรือไม่กระทำ หรือจำยอมให้กระทำกิจกรรมในทางเพศไม่ว่าจะเป็นการกระทำไม่สมควรในทางเพศต่อบุคคลอื่นอันเป็นการกระทำอนาจารหรือจะเป็นการกระทำชำเรา นอกจากการกระทำจะเป็นความผิดฐานทำให้บุคคลอื่นเสื่อมเสียเสรีภาพตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 309 แล้ว การกระทำอาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 หรือมาตรา 278

³ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 310 บัญญัติว่า ผู้ใดหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังผู้อื่น หรือกระทำให้ด้วยประการใดให้ผู้อื่นปราศจากเสรีภาพในร่างกายต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี ปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁴ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ, หน้า 278.

⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1447/2513

⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 616/2520

⁷ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ, หน้า 277.

แล้วแต่กรณีอีกด้วย หากเป็นการข่มขืนใจที่มีลักษณะการกระทำที่ประกอบด้วยการใช้กำลัง ประทุษร้าย การขู่เชิญด้วยประการใดๆ การกระทำในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือการกระทำให้ เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

จึงจะเห็นได้ว่าความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพฐานทำให้บุคคลอื่นเสื่อมเสียเสรีภาพตามประมวล กฎหมายอาญามาตรา 309 และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารตามประมวล กฎหมายอาญามาตรา 276 หรือมาตรา 278 เป็นบทบัญญัติความผิดที่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันโดย ล้วนเป็นความผิดที่มีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกัน คือ การให้ความคุ้มครองคุ้มครองเสรีภาพ (Liberty) ของ บุคคล เพียงแต่ความผิดฐานทำให้บุคคลอื่นเสื่อมเสียเสรีภาพตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 309 ให้ความคุ้มครองเสรีภาพ (Liberty) โดยทั่วไปอย่างกว้างขวาง ส่วนความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 หรือมาตรา 278 ให้ความคุ้มครองเฉพาะ เสรีภาพทางเพศ (Sexual Autonomy) ของบุคคลเท่านั้น จึงมีลักษณะการกระทำอันเป็นองค์ประกอบ ภายนอกของความผิดที่แตกต่างกันในรายละเอียด

สำหรับลักษณะของการกระทำอันเป็นองค์ประกอบภายนอกความผิดในส่วนของการกระทำ นั้น ในความผิดฐานทำให้ผู้อื่นเสื่อมเสียเสรีภาพตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 309 กับความผิด ฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 สิ่งที่เหมือนกันต้องเป็นความผิดที่กระทำโดยการ **“การข่มขืนใจ” (Compels)** ผู้อื่น แต่ลักษณะของ การกระทำที่เป็นการข่มขืนใจมีความแตกต่างกันตามองค์ประกอบของความผิด เนื่องจากความผิด ฐานทำให้เสื่อมเสียเสรีภาพแม้เป็นเพียงการ **“ทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตราย”** ไม่ว่าจะอันตรายนั้นจะเกิด จากผู้กระทำเองหรืออันตรายที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ เช่น การทำนายดวงชะตาว่าจะเกิดอันตรายไม่ จำต้องกระทำถึงขนาดเป็นการ **“ขู่เชิญว่าจะทำอันตราย”** ก็เป็นการข่มขืนใจตามความผิดมาตรา 309 แล้ว แต่หากเป็นการทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายที่ไม่มีลักษณะของการขู่เชิญดังกล่าว กระทำเพื่อ กระทำชำเราหรือกระทำไม่สมควรทางเพศต่อบุคคลอื่น ยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นการข่มขืนใจผู้อื่นในอัน ที่จะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร เพราะไม่ใช่การข่มขืนกระทำชำเราหรือ กระทำอนาจารโดยขู่เชิญด้วยประการใดๆ ตามองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานข่มขืนกระทำ ชำเราและฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 หรือมาตรา 278

ฉะนั้น ในกรณีที่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารตามประมวล กฎหมายอาญามาตรา 276 หรือมาตรา 278 ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยใช้กำลังประทุษร้าย โดย

ขู่เชือดด้วยประการใดๆ โดยกระทำในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยกระทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น การกระทำดังกล่าวจะเป็นความผิดฐานทำให้ผู้อื่นเสื่อมเสียเสรีภาพตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 309 ด้วยเสมอ เพราะพื้นฐานของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารมาจากการกระทำทำให้ผู้อื่นเสื่อมเสียเสรีภาพ กล่าวคือ เสรีภาพทางเพศ (Sexual Autonomy) นั่นเอง

แต่หากเป็นการกระทำความผิดฐานทำให้ผู้อื่นเสื่อมเสียเสรีภาพตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 309 อาจไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 หรือมาตรา 278 เสมอไป ดังนั้น โดยพื้นฐานแล้วความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารก็คือความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพอย่างหนึ่ง แม้ประมวลกฎหมายอาญาจะได้บัญญัติไว้ในลักษณะ 9 และลักษณะ 11 แตกต่างกันก็ตาม

โดยสรุปแล้วความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพอย่างหนึ่ง และเป็นความผิดที่รวมอยู่ในตัวของความผิดฐานทำให้ผู้อื่นเสื่อมเสียเสรีภาพ ซึ่งล้วนมีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองเช่นเดียวกัน คือ เสรีภาพของบุคคล (Liberty) แต่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารมุ่งคุ้มครองเฉพาะเจาะจงในส่วนของเสรีภาพทางเพศ (Sexual Autonomy) เป็นหลัก

ซึ่งหากเป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร มักจะเป็นความผิดความผิดฐานทำให้ผู้อื่นเสื่อมเสียเสรีภาพด้วยเสมอ แต่หากเป็นการกระทำความผิดฐานทำให้ผู้อื่นเสื่อมเสียเสรีภาพอาจไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารเสมอไป เนื่องจากองค์ประกอบความผิดฐานทำให้ผู้อื่นเสื่อมเสียเสรีภาพในส่วนของ การข่มขืนใจมีลักษณะที่กว้างกว่าความผิดฐานกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งจำกัดเฉพาะการกระทำตามองค์ประกอบความผิด 4 ประการ ได้แก่ การกระทำโดยการขู่เชือดด้วยประการใดๆ การกระทำโดยใช้กำลังประทุษร้าย การกระทำต่อผู้อื่นซึ่งอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ และการกระทำโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น เท่านั้น หากเป็นการกระทำอย่างอื่น นอกเหนือจากนี้ แม้มีลักษณะเป็นการข่มขืนใจผู้อื่น และฝ่าฝืนต่อความยินยอมของผู้อื่น การกระทำก็ไม่ครบองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278

4.1.2 พิจารณาความหมายของการข่มขืนใจในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำ

อนาจาร

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารล้วนเป็นความผิดที่มุ่งคุ้มครอง “เสรีภาพทางเพศ” (Sexual Autonomy) ของบุคคลในสังคม และเป็นความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพอย่างหนึ่งซึ่งการกระทำต้องมีการ “การข่มขืนใจ” (Compels) สำหรับความหมายของคำว่า “ข่มขืนใจ” (Compels) หากพิจารณาตามพจนานุกรมไทยฉบับราชบัณฑิตยสถานได้ให้ความหมายว่าการบังคับให้กระทำหรืองดเว้นกระทำโดยไม่สมัครใจ แต่จำต้องฝืนใจปฏิบัติตามเพราะไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้⁸ ส่วนในทางกฎหมายได้มีผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านนิติศาสตร์อธิบายถึงความหมายของคำว่า “ข่มขืนใจ” ไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายคำว่า “ข่มขืนใจ” หมายถึง การทำให้ผู้อื่นนั้นจำต้องทำไม่กระทำ หรือยอมให้กระทำ การข่มขืนใจจึงเป็นการกระทำอันเดียวกับการทำให้กลัว หรือใช้กำลังประทุษร้าย และมีผลเกิดขึ้นคือความจำยอมตามที่ถูกข่มขืนใจ มิใช่การกระทำโดยสมัครใจด้วยการวินิจฉัยตัดสติใจของตนเองโดยเสรี⁹

ศาสตราจารย์ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ได้อธิบายคำว่า “ข่มขืนใจ” หมายถึง การบังคับใจให้ผู้อื่นให้เขาต้องกระทำการใด ไม่กระทำการใด หรือจำยอมต่อสิ่งใด¹⁰

ดังนั้น การข่มขืนใจ (Compels) จึงหมายถึง การบังคับให้ผู้อื่นจำต้องกระทำการใด ไม่กระทำการใด หรือจำยอมต่อสิ่งใด และผลของการจำยอมเกิดจากการข่มขืนใจนั่นเอง เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อความประสงค์ของผู้อื่น ปราศจากความยินยอมโดยสมัครใจ ละเมิดต่อเสรีภาพในการตัดสินใจของผู้อื่น โดยการทำให้กลัวหรือใช้กำลังประทุษร้าย

ในส่วนของความหมายของคำว่า การข่มขืนใจ (Compels) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และกระทำอนาจารนั้น การพิจารณาถึงความหมายของการกระทำที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืน

⁸ พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2554, ข่มขืนใจ [ออนไลน์], แหล่งที่มา <http://rirs3.royin.go.th/new-search/word-search-all-x.asp>

⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร:บริษัท ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง จำกัด, 2553), หน้า 289.

¹⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 278.

กระทำชำเรา ในเบื้องต้นต้องแยกพิจารณาคำว่า “ข่มขืน” ออกจากคำว่า “กระทำชำเรา”¹¹ เพราะเหตุว่าในส่วนของการกระทำชำเราเป็นเพียงการร่วมประเวณีเท่านั้น หากไม่มีลักษณะเป็นการข่มขืน การกระทำก็ไม่อาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ทั้งในส่วนของการกระทำชำเราประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรค 2 ก็ได้บัญญัติให้คำจำกัดความไว้โดยเฉพาะแล้วถึงความหมายและลักษณะอันเป็นการกระทำชำเราตามกฎหมาย

สำหรับความหมายของคำว่า “ข่มขืน” ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้มีผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่านได้อธิบายหรือให้ความหมายไว้เกี่ยวกับเรื่องนี้ ดังต่อไปนี้

นายแพทย์ อังร่ง ทศนาญชลี ได้อธิบายว่า คำว่า “ข่มขืน” หมายความว่า การร่วมเพศกับบุคคลอื่นโดยบุคคลนั้นไม่ยินยอม¹²

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายว่า คำว่า “ข่มขืน” หมายความว่า หญิงมิยินยอมโดยสมัครใจ¹³

ศาสตราจารย์ โชค จารุจินดา ได้อธิบายว่า คำว่า “ข่มขืน” หมายความว่า การใช้อำนาจกระทำโดยอีกฝ่ายหนึ่งไม่สมัครใจ¹⁴

ศาสตราจารย์ คณิต ณ นคร ได้อธิบายว่า คำว่า “ข่มขืน” หมายความว่า การกระทำชำเราหญิงโดยหญิงมิได้สมัครใจ กรณีหญิงยินยอมย่อมไม่เป็นความผิด

ศาสตราจารย์ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้อธิบายว่า คำว่า “ข่มขืน” หมายความว่า ผู้ถูกระทำไม่ยินยอมให้กระทำหากยินยอมให้ร่วมประเวณีโดยสมัครใจการกระทำไม่เป็นความผิด¹⁵

และสำหรับศาสตราจารย์ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ได้อธิบายว่า คำว่า “ข่มขืน” หมายความว่า การฝืนใจ หรือบังคับใจ เป็นความผิดต่อเสรีภาพตามมาตรา 309 ได้ ถ้ายินยอมไม่เป็นความผิด¹⁶

ฉะนั้นแล้ว จากการอธิบายให้ความหมายข้างต้นของผู้ทรงคุณวุฒิโดยสรุปแล้วจะเห็นได้ว่า “การข่มขืน” หมายถึง การข่มขืนใจ หรือ การกระทำต่อผู้เสียหายโดยปราศจากความยินยอมของ

¹¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 37(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 456.

¹² อังร่ง ทศนาญชลี, “เพศกับอาชญากรรม” วารสารสมาคมจิตแพทย์แห่งประเทศไทย 23, ฉบับที่ 3 (กันยายน 2521) : 345-353

¹³ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1, หน้า 734.

¹⁴ โชค จารุจินดา, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา (ลักษณะ 9), หน้า 2.

¹⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 411.

¹⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 202.

ผู้เสียหาย การที่ผู้เสียหายไม่ยินยอมอาจเกิดจากการบังคับ ชูเชื้อ หรือการใช้กำลังประทุษร้าย อย่างไรก็ตามการพิจารณาถึงการกระทำที่ปราศจากความยินยอมนั้นมิได้จำกัดเฉพาะการบังคับ ชูเชื้อ หรือการใช้กำลังประทุษร้ายเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการกระทำอื่นๆด้วย เช่น การกระทำต่อบุคคลในภาวะที่ไม่สามารถให้ความยินยอม หรือการหลอกลวงให้ยินยอมด้วย แม้ว่าผู้เสียหายจะไม่ได้มีพฤติการณ์ต่อสู้ขัดขืนในขณะกระทำ หรือมีพฤติการณ์แสดงออกมาว่ายินยอมให้กระทำ แต่เป็นการ **“จ่ายอม” (Submission)** ไม่อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมโดยสมัครใจ มีผลเท่ากับที่ผู้เสียหายไม่ยินยอมให้กระทำ

สำหรับความผิดฐานกระทำอนาจารก็เช่นกัน โดยสภาพของการกระทำอนาจารก็มีลักษณะเช่นเดียวกันกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ที่ต้องเป็นการกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย หากผู้เสียหายยินยอมให้กระทำโดยสมัครใจแล้วการกระทำย่อมไม่อาจเป็นการกระทำอนาจาร¹⁷ ซึ่งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจาร มีข้อแตกต่างกันเพียงในลักษณะของการกระทำ โดยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำชำเราโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย ส่วนความผิดฐานกระทำอนาจาร เป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ ล่วงเกินทางเพศ ในทางประเวณี หรือทางความใคร่ เช่น การกอด จูบ ลูบคลำ โดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย¹⁸ การกระทำอนาจารจึงเป็นลักษณะการกระทำที่ยังไม่ถึงขนาดเป็นการข่มขืนกระทำชำเรานั่นเอง

ดังนั้น สิ่งที่ต้องเข้าใจเบื้องต้นคือ **“ไม่ว่าจะเป็นจะเป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารล้วนเป็นการกระทำต่อผู้เสียหายโดยปราศจากความยินยอมทั้งสิ้น”** การใช้กำลังบังคับหรือการชูเชื้อเป็นสิ่งที่เห็นได้ชัดว่าเป็นการกระทำที่ผู้เสียหายไม่ยินยอม แต่สำหรับการหลอกลวงให้ยินยอมและมีความสัมพันธ์ทางเพศกับผู้เสียหายนั้น อาจมีผู้เห็นแตกต่างกันไปว่ามีเป็นการกระทำโดยผู้เสียหายยินยอมไม่เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายหรือชูเชื้อ จึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรืออนาจาร แต่นักกฎหมายส่วนใหญ่มีความเห็นว่าการหลอกลวงให้ยินยอมเป็นการกระทำทางเพศโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย เป็นอาชญากรรมทางเพศอย่างหนึ่งที่จะต้องถูกลงโทษ

¹⁷ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1, หน้า 739,761.

¹⁸ โชค จารุจินดา, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา (ลักษณะ 9), หน้า 36. และคำพิพากษาศาลฎีกาที่

เพราะเหตุว่าความยินยอมจากการหลอกลวงไม่ใช่ความยินยอมโดยสมัครใจหรือความยินยอมที่บริสุทธิ์ และกฎหมายอาญาในหลายประเทศก็ได้บัญญัติให้การหลอกลวงให้เกิดยินยอมเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารไว้

4.2 ลักษณะและรูปแบบการบังคับหรือข่มขืนใจ

ตามที่ได้ศึกษาไปแล้วว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารล้วนเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่ต้องเป็นการกระทำชำเราหรือกระทำการไม่สมควรทางเพศโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหายเท่านั้น การกระทำที่ปราศจากความยินยอมจึงอาจเกิดจากการบังคับหรือการข่มขืนใจผู้อื่น แต่อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยก็ได้บัญญัติให้การบังคับหรือการข่มขืนใจในทุกกรณีเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 หรือความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 เพราะองค์ประกอบของความผิดที่นอกจากจะต้องมีการข่มขืนใจแล้วยังคงต้องประกอบด้วยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามองค์ประกอบของความผิดกำหนด ได้แก่ การใช้กำลังประทุษร้าย การขู่เข็ญด้วยประการใดๆ การกระทำในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้ และการทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น การกระทำนอกเหนือจากนี้แม้จะเป็นการบังคับหรือข่มขืนใจการกระทำก็ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร ดังนั้น ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจึงขอศึกษา ลักษณะและรูปแบบการบังคับหรือข่มขืนใจ โดยแบ่งเป็นการพิจารณาถึงการใช้กำลังประทุษร้าย การบังคับให้กระทำ การกระทำในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้ และการกระทำโดยอาศัยการครอบงำผิดคลองธรรม ดังนี้

4.2.1 การใช้กำลังประทุษร้าย

ตามที่ได้พิจารณามาแล้วว่า การใช้กำลังประทุษร้ายเป็นหนึ่งในองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 หรือความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 ซึ่งการใช้กำลังประทุษร้ายตามประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติให้คำนิยามไว้ในมาตรา 1(6) ว่า

“ใช้กำลังประทุษร้าย หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่ร่างกายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้ยาทำให้มึนเมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน”

การประทุษร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา ต้องเป็นการกระทำแก่ร่างกายหรือจิตใจของบุคคลเท่านั้น มิใช่เป็นการกระทำแก่ ทรัพย์สิน ชื่อเสียง เสรีภาพซึ่งจะอยู่ในความหมายของการขู่เชิญ¹⁹ หากเป็นการกระทำต่อทรัพย์สินย่อมไม่ใช่การใช้กำลังประทุษร้ายตามความหมายข้างต้นนี้ แต่อย่างไรก็ตามแม้เป็นการกระทำต่อทรัพย์สินแต่หากกระทบกระเทือนต่อร่างกายหรือจิตใจด้วยก็ถือว่าเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายได้เช่นกัน ซึ่งลักษณะการกระทำที่เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายสามารถแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ ดังนี้

(1) โดยใช้แรงกายภาพหรือวิธีอื่นใด

ลักษณะการกระทำประการแรก ซึ่งเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายตามคำนิยามในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(6) คำว่า **“ใช้กำลังประทุษร้าย”** หมายความว่า **“ทำการประทุษร้ายแก่ร่างกายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด** จากบทนิยามตามประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าว การใช้กำลังประทุษร้ายเป็นการทำการประทุษร้ายต่อร่างกายหรือจิตใจของบุคคล โดยอาจจะเกิดจากการใช้แรงทางกายภาพหรืออาจเกิดจากใช้วิธีอื่นใดก็ได้

สำหรับการใช้แรงกายภาพนั้น หมายถึง การใช้พลังร่างกาย แต่ไม่หมายถึงพลังธรรมชาติ หรือพลังทางจิต²⁰ แต่การใช้แรงกายภาพที่เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายนั้นไม่จำกัดถึงขนาดกับเป็นการใช้กำลังทำร้าย เพียงแต่การกระทำที่มีการใช้กำลังร่างกายกระทำต่อบุคคลอื่นแม้เพียงเล็กน้อยก็เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายแล้ว ตัวอย่างเช่น การปิดไฟฉายที่ผู้เสียหายถืออยู่หลุดจากมือเพื่อเอาสร้อยคอของผู้เสียหายไป การปิดไฟฉายเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายแล้ว²¹ หรือการดึงมือของผู้เสียหายออกเพื่อเอาสร้อยคอของผู้เสียหายไป ซึ่งการดึงมือเป็นการใช้แรงทางกายภาพจึงเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายเป็นความผิดฐานชิงทรัพย์²²

สำหรับในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารก็เช่นเดียวกัน การใช้กำลังประทุษร้าย คือ การใช้แรงทางกายภาพแต่ไม่ต้องถึงกับออกแรงใช้กำลังมากมายแต่อย่างใด²³ ตัวอย่างเช่น การที่จำเลยจับมือและกอดผู้เสียหายถือได้ว่าเป็นการใช้แรง

¹⁹ จิตติ ดิงศัททีย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, หน้า 715.

²⁰ เรื่องเดียวกัน หน้า 716.

²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 361/2520

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4891/2549

²³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง, หน้า 463.

ทางกายภาพ ซึ่งเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายตามความหมายในมาตรา 1 (6) เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร²⁴ หรือการที่จำเลยจับและอุบบริเวณแขน หัวไหล่ เต้านม และหน้าท้องของผู้เสียหายก็เป็นการใช้แรงทางกายภาพต่อผู้เสียหาย ถือได้ว่าเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายต่อผู้เสียหายแล้ว²⁵ เป็นต้น

ส่วนการกระทำโดยวิธีอื่นใด ตามความหมายนี้คงหมายถึงวิธีอื่นใดที่มีลักษณะทำนองเดียวกับการใช้แรงทางกายภาพ ไม่ได้หมายความถึงการใช้วิธีอื่นใดโดยไม่จำกัด เช่น การขุดหลุมไว้ให้บุคคลเดินตกลงไป หรือการเอาผงบางอย่างโรยลงบนพื้นผิวถนนเป็นเหตุให้ผู้ขับขี่รถจักรยานยนต์ล้มลงได้รับอันตราย เป็นต้น เหล่านี้ไม่ใช่การกระทำโดยใช้แรงทางกายภาพโดยตรง แต่เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายโดยวิธีอื่นใดทำนองเดียวกับการใช้แรงทางกายภาพ แต่อย่างไรก็ตามการหลอกลวงให้ตกใจแม้เป็นการทำร้ายจิตใจผู้อื่น แต่มิได้ทำโดยใช้แรงทางกายภาพไม่ใช่การใช้กำลังประทุษร้าย²⁶

(2) โดยทำให้ผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

การกระทำที่เป็นการประทุษร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (6) นอกเหนือจากการประทุษร้ายแก่ร่างกายหรือจิตใจโดยใช้แรงทางกายภาพหรือโดยวิธีอื่นใดแล้ว ตามคำนิยามของคำว่า **“ใช้กำลังประทุษร้าย”** ยังได้บัญญัติว่ารวมถึงการกระทำโดยวิธีใดๆที่ทำให้ **ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะใช้ยาทำให้มึนเมา สะกดจิต หรือวิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน**

การทำให้ผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ตามคำนิยามของประมวลกฎหมายอาญานี้จึงจำกัดเฉพาะการใช้ยาทำให้มึนเมา สะกดจิต หรือวิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน เช่น การใช้ยาเบื่อมอร์ฟีน ยาสลบ ยานอนหลับ หรือมอมเหล้า แต่ไม่รวมถึงการกักขังไว้ในห้อง หรือการที่แพทย์หลอกไม่ให้คนไข้ล้มตาหรือลุกขึ้นซึ่งไม่คล้ายคลึงกับยาเมาหรือสะกดจิตแต่อย่างใด²⁷ การกระทำทำให้ผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่เคยวางบรรทัดฐานไว้ ตัวอย่างเช่น การใช้ยาระงับประสาทและยานอนหลับผสมในกาแฟให้เจ้าทรัพย์ดื่มจนหลับแล้วลักทรัพย์ไป เป็นการ

²⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 501/2503

²⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7631/2549

²⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, หน้า 717.

²⁷ เรื่องเดียวกัน หน้า 718.

ลักทรัพย์โดยใช้กำลังประทุษร้ายเป็นความผิดฐานชิงทรัพย์²⁸ หรือการใช้ธูปผสมยาพิษให้ผู้เสียหายดม ทำให้ผู้เสียหายมีอันตรายอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้ เป็นการใช้กำลังประทุษร้าย²⁹

จากทั้งสองกรณีข้างต้น จะเห็นได้ว่าการใช้กำลังประทุษร้ายอาจเกิดจากการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งข้างต้น อย่างไรก็ตามการใช้กำลังประทุษร้ายเป็นการกระทำซึ่งต้องมีเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 ซึ่งอาจเป็นเจตนาประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลก็ได้³⁰ แต่หากผู้กระทำไม่มีเจตนาที่จะใช้กำลังประทุษร้ายการกระทำก็ไม่เป็นการใช้กำลังประทุษร้าย ดังเช่นการกระทำในบางกรณีแม้มีการกระทำโดยใช้แรงทางกายภาพ แต่เป็นเพียงวิธีการกระทำความผิดอย่างหนึ่งที่ไม่ใช่การใช้กำลังประทุษร้าย ตัวอย่างเช่น ในกรณีของการกระชากสร้อยคอทองคำโดยปกติแล้วเป็นเพียงวิธีการวิ่งราวทรัพย์เพื่อให้สร้อยคอหลุดและสามารถเอาไปจากผู้เสียหายได้ ไม่มีเจตนาใช้กำลังประทุษร้ายจึงไม่เป็นการใช้กำลังประทุษร้าย³¹ แต่ถ้าสร้อยคอที่กระชากมีลักษณะเส้นใหญ่ การกระชากย่อมเล็งเห็นได้ว่าอาจทำให้ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บก็อาจเป็นการใช้กำลังประทุษร้าย³² หรือกรณีผู้กระทำความผิดแย่งกรงนกจากผู้เสียหาย ผู้เสียหายสู้แรงไม่ได้ผู้กระทำความผิดจึงเอากรงนกไป แม้มีการใช้กำลังทางกายภาพแต่เป็นเพียงวิธีการวิ่งราวทรัพย์ของผู้เสียหาย โดยไม่มีเจตนาใช้กำลังประทุษร้ายไม่เป็นการใช้กำลังประทุษร้าย³³ แต่หากมีการกระแทกกรงนกเพื่อให้มือของผู้เสียหายหลุดจากกรงนก ถือเป็นการเจตนาใช้กำลังประทุษร้ายมิใช่เพียงวิธีการวิ่งราวทรัพย์เท่านั้น³⁴

ฉะนั้น การใช้กำลังประทุษร้ายเมื่อประมวลกฎหมายอาญาได้ให้คำนิยามไว้แล้ว การใช้การตีความในความผิดฐานต่างๆ รวมถึงความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร จึงเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ การใช้กำลังประทุษร้ายต่อผู้เสียหายเป็นเหตุให้ผู้เสียหายยินยอมหรือกระทำให้ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เป็นเหตุให้ผู้เสียหายต้องจำยอมให้กระทำชำเราหรือกระทำไม่สมควรทางเพศต่อผู้เสียหาย เป็นการกระทำโดยฝ่าฝืนต่อความยินยอมของผู้เสียหายเพราะไม่ใช่ความยินยอมโดยสมัครใจ

²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 529/2509 และ 567/2537

²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9247/2547

³⁰ จิตติ ดิงศัทพ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 ตอน 2 และภาค 3, หน้า 723.

³¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 596/2471

³² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 44/2459 และ 334/2486

³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 119/2491

³⁴ ธงคำตอบเนติบัณฑิตยสภาสมัย 54 ปีการศึกษา 2544 ข้อ 5

4.2.2 การบังคับให้กระทำ

การบังคับผู้อื่น (force) เป็นลักษณะของการกระทำอย่างหนึ่งซึ่งเป็นการข่มขืนใจให้ผู้อื่นเสียความอิสระในการตัดสินใจ กระทบต่อเสรีภาพของบุคคล หากผู้ถูกกระทำจำยอมเพราะการบังคับยอมเป็นการกระทำความผิดต่อเสรีภาพ และหากเป็นการบังคับให้บุคคลอื่นกระทำชำเรา หรือกระทำไม่สมควรทางเพศ การกระทำก็อาจจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือหรือกระทำอนาจารแล้วแต่กรณี

สำหรับความหมายของคำว่า “บังคับ” (force)³⁵ ตามพจนานุกรมไทยฉบับราชบัณฑิตยสถาน ได้ให้ความหมายไว้ว่า เป็นการใช้อำนาจสั่งให้ทำ ให้ปฏิบัติ ให้จำต้องทำ ให้เป็นไปตามประสงค์ ซึ่งเป็นการบัญญัติให้ความหมายไว้เป็นการทั่วไป

ส่วน “การบังคับ” หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติไว้ในมาตราต่างๆ สามารถแบ่งแยกรูปแบบของการกระทำที่เป็นการบังคับออกได้เป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ 1.การบังคับโดยการขู่เข็ญ และ 2.การบังคับโดยการทำให้กลัว จึงมีปัญหว่ารูปแบบใดที่นำไปสู่การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือความผิดฐานกระทำอนาจาร และการบังคับในความหมายโดยทั่วไปกับการบังคับตามประมวลกฎหมายอาญามาตราต่างๆ มีความเหมือนหรือแตกต่างกับการบังคับในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารหรือไม่อย่างไร พิจารณาดังนี้

(1) การบังคับโดยการขู่เข็ญ

การขู่เข็ญเป็นลักษณะรูปแบบหนึ่งของการบังคับให้กระทำ โดยการขู่เข็ญเป็นการแสดงออกของผู้ขู่เข็ญว่าจะทำให้เกิดอันตรายกับบุคคลอื่น ซึ่งการขู่เข็ญอาจเป็นการกระทำด้วยวาจา หรือกระทำโดยกิริยาท่าทางที่ทำให้เข้าใจว่าเป็นการขู่เข็ญ โดยไม่ได้แสดงออกซึ่งการขู่เข็ญด้วยวาจาโดยตรงก็ได้ ข้อสำคัญที่การขู่เข็ญจะเป็นการบังคับหรือเป็นการข่มขืนใจผู้อื่นอยู่ที่ว่าผู้ถูกขู่เข็ญกลัวว่าจะเกิดอันตรายขึ้น ไม่ว่าอันตรายที่มีการขู่เข็ญจะมีอยู่จริงหรือไม่ หรือผู้ขู่เข็ญไม่ได้คิดจะกระทำตามที่ขู่เข็ญเลยก็ตาม³⁶ แต่อย่างไรก็ตามถ้าหากเป็นการขู่ว่าจะกระทำตามสิทธิหรือกระทำตามอำนาจกฎหมายที่มีอยู่จริงและไม่เกินขอบเขต ก็ไม่ถือว่าเป็นการขู่เข็ญ และเป็นสิทธิโดยชอบธรรมที่จะกระทำได้

³⁵ พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2554, บังคับ [ออนไลน์], แหล่งที่มา <http://rirs3.royin.go.th/new-search/word-search-all-x.asp>

³⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 278-279.

สำหรับในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจาร การกระทำจะเป็นความผิดเมื่อการกระทำชำเราหรือการกระทำไม่สมควรทางเพศด้วยการขู่เข็ญด้วยประการใดๆ ซึ่งไม่จำกัดเฉพาะว่าจะเป็นการขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายต่อชีวิต ร่างกายของผู้ถูกขู่เข็ญ หรือรวมถึงการขู่เข็ญเกี่ยวกับอันตรายทั้งปวง อันได้แก่เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน สิทธิ ฐานะในสังคม หรือฐานะทางเศรษฐกิจ³⁷ หากผู้เสียหายยอมให้กระทำชำเราหรือกระทำไม่สมควรทางเพศ เพราะความกลัวตามที่ถูกขู่เข็ญ ถือเป็น การบังคับผู้เสียหายให้ยอมมีความสัมพันธ์ทางเพศกับผู้กระทำอย่างหนึ่ง ตัวอย่างเช่น การที่นายจ้างข่มขู่ลูกจ้างว่าหากไม่ยินยอมให้กระทำชำเราจะส่งให้ตำรวจดำเนินคดีฐานหลบหนีเข้าเมือง การกระทำจึงเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา³⁸ หรือจำเลยพาผู้เสียหายทั้งสองเข้าไปในห้องบังคับให้ถอดเสื้อผ้าออกมิฉะนั้นจะใช้ไฟฟ้าช็อต และใช้อวัยวะเพศมาถูที่อวัยวะเพศของผู้เสียหายทั้งสองจนสำเร็จความใคร่ ถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยผู้เสียหายทั้งสองนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้³⁹

ดังนั้น การกระทำเหล่านี้แม้ผู้ถูกขู่เข็ญจะแสดงออกถึงพฤติการณ์ว่ายินยอมให้กระทำชำเราหรือกระทำการไม่สมควรทางเพศ แต่หากเป็นการยินยอมเพราะเกิดความกลัวตามที่ถูกขู่เข็ญ ก็เป็นการให้กระทำเพราะ “จำยอม” (Submission) จึงไม่ใช่ความยินยอมโดยสมัครใจของผู้ถูกขู่เข็ญ ถือเป็น การบังคับข่มขืนในบุคคลผู้ถูกขู่เข็ญ การขู่เข็ญให้บุคคลอื่นยินยอมให้กระทำชำเราหรือกระทำไม่สมควรทางเพศ จึงเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามองค์ประกอบความผิดในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 ซึ่งได้บัญญัติถึงองค์ประกอบความผิดในส่วนของ การขู่เข็ญด้วยประการใดๆ เป็นความผิดไว้แล้ว

(2) การบังคับโดยการทำให้กลัว

การบังคับให้กระทำอีกลักษณะหนึ่งคือการบังคับโดยการทำให้กลัว ซึ่งการทำให้กลัวก็มีลักษณะเหมือนกับการขู่เข็ญที่ว่า การทำให้กลัวอาจเป็นการกระทำด้วยวาจา หรืออาจเป็นการกระทำด้วยกริยาท่าทางก็ได้ และโดยปกติแล้วการขู่เข็ญก็เป็นรูปแบบหนึ่งของการทำให้กลัวเช่นกัน เช่นเดียวกับการใช้กำลังประทุษร้ายก็เป็นรูปแบบหนึ่งของการทำให้กลัวโดยกริยาท่าทาง แต่การทำให้กลัวนั้นมีลักษณะการกระทำที่กว้างกว่าการขู่เข็ญหรือการใช้กำลังประทุษร้าย เนื่องจากการทำให้กลัว

³⁷ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญามาตรา 2 ตอน 1, หน้า 739.

³⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7721/2549

³⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 44-46/2536

นั้นไม่จำกัดเฉพาะการทำให้กลัวโดยการขู่เข็ญเท่านั้น ยังรวมถึงลักษณะของการกระทำที่ไม่มีลักษณะของการขู่เข็ญเลยก็ได้ เพียงแต่หากการกระทำนั้นเป็นเหตุให้บุคคลผู้ถูกระทำต้องตกอยู่ในความกลัว การกระทำก็เป็นการทำให้กลัวแล้ว ตัวอย่างเช่น การทำนายดวงชะตาว่าชะตาจะขาดต้องตายภายใน 7 วัน ถ้าไม่มาทำพิธีสะเดาะเคราะห์ เป็นต้น เช่นนี้หากผู้ถูกทำนายดวงเกิดความกลัวและยอมกระทำการทำตามก็เป็นการ “จ่ายอม” (Submission) ถือเป็น การบังคับให้บุคคลอื่นกระทำการใดโดยการทำให้กลัวซึ่งเป็นความผิดต่อเสรีภาพแล้ว⁴⁰

สำหรับความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารไม่ได้กำหนดองค์ประกอบของความผิดโดยใช้คำว่า “ทำให้กลัว” ivo อย่างชัดเจน เพียงแต่กำหนดการทำให้กลัวในบางรูปแบบเท่านั้นเป็นองค์ประกอบของความผิด กล่าวคือ การขู่เข็ญ และการใช้กำลังประทุษร้าย ซึ่งถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการทำให้กลัวเช่นกัน

ดังนั้น ในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร การบังคับให้บุคคลใดกระทำการใดโดยการทำให้กลัวที่ไม่มีลักษณะของการขู่เข็ญด้วยประการใดๆ หรือไม่มีการใช้กำลังประทุษร้าย ที่จะทำให้ผู้ถูกระทำต้องกลัว แม้การกระทำจะมีลักษณะเป็นการบังคับผู้อื่นให้กระทำการใดหรือไม่กระทำการใด และบุคคลผู้ถูกทำให้กลัวนั้นยอมกระทำตามนั้น เพราะเกิดความกลัว จึงไม่ใช่การยอมกระทำหรือยอมให้กระทำโดยสมัครใจแต่เป็นการ “จ่ายอม” (Submission) ถือเป็น การข่มขืนใจผู้ถูกทำให้กลัวซึ่งเป็นการกระทำความผิดต่อเสรีภาพของบุคคลนั้น แต่การกระทำดังกล่าวก็ไม่ใช่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร เพราะไม่ต้องด้วยองค์ประกอบภายนอกของความผิดที่จะต้องเป็นการบังคับข่มขืนใจโดยการใช้กำลังประทุษร้าย การขู่เข็ญด้วยประการใดๆ การกระทำในภาวะผู้นั้นไม่สามารถขัดขืนได้ หรือการกระทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 และมาตรา 278 แต่อย่างใด

4.2.3 การกระทำในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้

สำหรับการกระทำในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ มีลักษณะใกล้เคียงกับการใช้กำลังประทุษร้ายอยู่ลักษณะหนึ่ง กล่าวคือ หากเป็นการกระทำให้บุคคลอื่นตกอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้ ถือเป็น การใช้กำลังประทุษร้ายตามคำนิยามของคำว่าใช้กำลังประทุษร้ายตามประมวลกฎหมาย

⁴⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 278-279.

อาญามาตรา 1(6) ตัวอย่างเช่น การที่ชายเจตนาอมหมัดหญิงจนเป็นเหตุให้หญิงเมาจนไม่ได้สติ จึงกระทำชำเราหญิงในขณะที่เมา การอมหมัดเป็นการกระทำที่เป็นเหตุให้บุคคลอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้โดยวิธีอื่นได้อันคล้ายคลึงกับการใช้ยาทำให้มีเมา ซึ่งถือเป็นการใช้กำลังประทุษร้าย แต่อย่างไรก็ตามการกระทำให้บุคคลอื่นอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้ที่จะเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายจำกัดเฉพาะการใช้ยาทำให้มีเมา สะกดจิต หรือวิธีอื่นได้อันคล้ายคลึงกัน ตามคํานิยามของการใช้กำลังประทุษร้ายตามประมวลกฎหมายอาญาได้มาตรา 1(6) เท่านั้น ไม่รวมถึงการกระทำอย่างอื่นซึ่งไม่คล้ายคลึงกับการใช้ยาทำให้มีเมา สะกดจิต แม้จะเป็นการกระทำให้บุคคลอื่นอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้เช่นกัน

แต่สำหรับการกระทำต่อบุคคลซึ่งอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้นั้น ผู้กระทำอาจเป็นผู้ที่ทำให้บุคคลอื่นนั้นตกอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้อันเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายประการหนึ่ง และขณะเดียวกันหลังจากบุคคลนั้นถูกกระทำให้ตกอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้แล้วการกระทำใดๆ ต่อบุคคลนั้นก็จะเป็นการกระทำต่อบุคคลที่อยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้ การกระทำของบุคคลเดียวกันในคราวเดียวกันจึงอาจเป็นทั้งการใช้กำลังประทุษร้ายและการกระทำต่อบุคคลอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ นอกเหนือจากนั้นการกระทำต่อบุคคลที่อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ อาจเป็นการกระทำของบุคคลอื่นที่ไม่ได้เป็นผู้กระทำให้บุคคลใดตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ซึ่งการกระทำก็ไม่ใช่การใช้กำลังประทุษร้าย แต่เป็นการกระทำต่อบุคคลที่อยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้เพียงอย่างเดียวเท่านั้น

การกระทำในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้นั้น เมื่อพิจารณาถึงความหมายของคำว่า “ภาวะ”⁴¹ ตามพจนานุกรมไทยฉบับราชบัณฑิตยสถานนั้น หมายถึง ความมี ความเป็น ความปรากฏ ของบุคคลหรือสิ่งของ เช่น ภาวะคับขัน ภาวะสงคราม เป็นต้น สำหรับ “ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” นักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่มักอธิบายว่า เป็นภาวะที่ปรากฏกับตัวของบุคคลอันเนื่องมาจากสภาพของร่างกายของผู้ถูกระทำ กล่าวคือ บุคคลที่มีความบกพร่องหรือมีความพิการทางด้านร่างกายหรือทางด้านจิตใจ เช่น คนพิการ คนป่วย คนวิกลจริต เป็นต้น หรือบุคคลที่สูญเสียความสามารถในการควบคุมตนเองชั่วคราว เช่น คนมีเมา สลบ นอนหลับ เป็นต้น ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่

⁴¹ พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2554, ภาวะ [ออนไลน์], แหล่งที่มา <http://rirs3.royin.go.th/new-search/word-search-all-x.asp>

2382/2522⁴² ที่วินิจฉัยไว้ว่า ข้าเราหญิงขณะเมาสุราหมดสติอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และนอกจากนี้ยังรวมถึงกรณีที่คุณคนไม่มีความสามารถที่จะปกป้องตนเอง กล่าวคือ บุคคลที่อยู่ในภาวะไม่ทันตั้งตัวหรือเปลอบุคคลที่ถูกจับหรือมัดไว้โดยไม่สามารถเคลื่อนไหวร่างกายได้โดยอิสระ ตัวอย่างเช่น การที่จำเลยเข้ามาทางด้านหลังแล้วจับศีรษะจอกท์ร่วมโดยจอกท์ร่วมไม่ยินยอมถือได้ว่าจอกท์ร่วมถูกจำเลยกระทำอนาจารโดยจอกท์ร่วมอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278⁴³ เป็นต้น ดังนั้น บุคคลเหล่านี้จึงเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการตัดสินใจ การให้ความยินยอมหรือการปกป้องตนเองอย่างสิ้นเชิงอันเป็นผลมาจากสภาพร่างกายของผู้ถูกกระทำนั่นเอง

อย่างไรก็ตามนอกจากภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ที่เกิดจากสภาพร่างกายหรือจิตใจของบุคคลหรือเกิดจากการไม่สามารถปกป้องตนเองได้ของบุคคล ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ยังรวมถึงภาวะแวดล้อม เหตุการณ์ ที่เป็นปัจจัยภายนอกของตัวบุคคลที่ทำให้บุคคลนั้นตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ซึ่งได้แก่ สภาพสถานที่เปลี่ยวไม่มีผู้ช่วยเหลือ สถานการณ์บังคับให้จำยอม ถูกข่มขู่ หรือถูกหลอกลวง ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5772/2549⁴⁴ ที่แม้ไม่ได้พูดหรือมีอาวุธมาขู่เชิญผู้เสียหาย แต่ตามพฤติการณ์หญิงตกอยู่ภายใต้อิทธิพล หรือกลัวจำเลยเพราะอยู่ที่เปลี่ยวลับตา หรือในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 27/2474⁴⁵ ที่ถูกอุดเข้าไปในป่าไม่มีทางขอความช่วยเหลือได้จึงต้อง “จำยอม” (Submission) ให้กระทำ หรือในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7721/2549⁴⁶ การที่นายจ้างข่มขู่ว่าหากไม่ยินยอมให้กระทำชำเราจะส่งให้ตำรวจดำเนินคดีฐานหลบหนีเข้าเมือง เป็นการทำให้ตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา เป็นต้น

ส่วนการหลอกลวงเป็นการกระทำอย่างหนึ่งที่เป็นเหตุให้บุคคลผู้ถูกหลอกลวงตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ตัวอย่างเช่น การที่แพทย์หลอกลวงหญิงว่าจะใช้อุปกรณ์ทางการแพทย์สอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงเพื่อทำการรักษาโรค แต่กลับใช้อวัยวะเพศของแพทย์นั่นเองสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงเพื่อสนองความใคร่ ถือเป็นกรกระทำต่อหญิงขณะอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องการหลอกลวงในบางกรณีมีแนวคำพิพากษาศาล

⁴² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2382/2522

⁴³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1612/2552

⁴⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5772/2549

⁴⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 27/2474

⁴⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7721/2549

ฎีกาที่แตกต่างกัน ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 509/2529⁴⁷ จำเลยทำอุบายว่าผู้เสียหายดวงชะตาไม่ดี จำต้องให้จำเลยสะเดาะเคราะห์ให้โดยใช้อวัยวะเพศสอดใส่ในทวารหนักของผู้เสียหายเป็นการกระทำที่อาศัยความเบาปัญญาของผู้เสียหายที่หลงเชื่อว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการสะเดาะเคราะห์ ไม่เป็นการขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายจนผู้เสียหายอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่เป็นความผิด หรือในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5837/2530⁴⁸ จำเลยหลอกลวงรักษาโรคให้ผู้เสียหายโดยใช้เท้าเหยียบที่หน้าขา อวัยวะเพศ ท้อง หน้าอก แล้วใช้มือคลำทั่วร่างกายเปลือยของหญิงโดยเฉพาะที่นม อวัยวะเพศ ตลอดจนใช้นิ้วล้วงเข้าไปในช่องคลอด แล้วให้หญิงนอนโค้งโค้งเพื่อเอาของลับของจำเลยมาคลึงให้แข็งตัว แสดงว่าผู้เสียหายยอมให้จำเลยกระทำโดยโง่เขลาเบาปัญญา หลงเชื่ออย่างมกมายว่าจำเลยทำการรักษาโรคให้ได้ จึงไม่เป็นการขู่เข็ญโดยใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญจนผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ไม่เป็นความผิด

ซึ่งจากทั้งสองคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวศาลฎีกาเห็นว่าการหลอกลวงว่าเป็นการสะเดาะเคราะห์ หรือการหลอกลวงว่าเป็นการรักษาโรคด้วยการกระทำทางเพศไม่เป็นการกระทำให้ผู้ถูกหลอกลวงตกอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ และไม่เป็นการกระทำในภาวะที่ผู้ถูกหลอกลวงไม่สามารถขัดขืนได้ แต่ต่อมามีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557⁴⁹ วินิจฉัยว่าผู้เสียหายยอมให้จำเลยกระทำชำเราเพราะหลงเชื่อในอุบายของจำเลยที่ทำนายว่าผู้เสียหายดวงชะตาไม่ดี จะต้องทำพิธีกรรมเพื่อสะเดาะเคราะห์ แสดงว่าผู้เสียหายมีความโง่เขลาเบาปัญญาหลงเชื่ออย่างมกมายว่าจำเลยสามารถทำพิธีสะเดาะเคราะห์ต่อดวงชะตาจนส่งเสริมให้บิดาส่งเงินมาให้ได้ เป็นการยอมให้จำเลยกระทำชำเราโดยมิได้เกิดจากความสมัครใจและอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 จากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับดังกล่าวศาลฎีกาเห็นว่าการหลอกลวงทำให้ผู้ถูกหลอกลวงตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

ดังนั้น จากที่ได้พิจารณามาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่าภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้สามารถแยกได้ออกเป็น 2 กรณี กล่าวคือ

⁴⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 509/2529

⁴⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5837/2530

⁴⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557

กรณีแรก ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ที่เป็นผลมาจากสภาพร่างกายหรือจิตใจของผู้ถูกระทำได้แก่ คนพิการ คนป่วย คนวิกลจริต หรือบุคคลที่กำลังหลับ มึนเมา ถูกสะกดจิต หรือบุคคลที่เปลือย ถูกจับมัดไว้ เป็นต้น

กรณีที่สอง ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ที่เป็นผลมาจากสภาพแวดล้อม เหตุการณ์ ภายนอก ตัวบุคคลที่ทำให้บุคคลนั้นตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ได้แก่ สถานที่เปลี่ยว การบังคับ ช่มชู้ หลอกลวง เป็นต้น

การกระทำต่อบุคคลอื่นที่อยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้ เป็นลักษณะรูปแบบหนึ่งที่เป็น การกระทำที่ฝ่าฝืนความยินยอมของผู้เสียหาย หรือเป็นกรณีที่ผู้เสียหาย “จำยอม” (Submission) ให้ กระทำ เนื่องจากผู้ถูกระทำมีความบกพร่องที่ไม่สามารถแสดงออกถึงเจตจำนงที่จะให้ความยินยอม หรือไม่ให้ความยินยอม จึงเป็นอีกรูปแบบหนึ่งของการของการบังคับหรือข่มขืนใจผู้เสียหาย เพราะ การกระทำต่อบุคคลใดที่อยู่ในภาวะไม่อาจขัดขืนได้ย่อมไม่อาจอนุมานว่าบุคคลผู้ถูกระทำยินยอมให้ กระทำได้ เว้นเสียแต่ว่าจะเป็นกรณีที่เข้าลักษณะของการให้ความยินยอมโดยปริยาย (Assumed Consent) หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ (Mutmassliche Einwilligung) เช่น กรณีที่แพทย์ทำการผ่าตัดผู้ป่วยที่ไม่ได้สติเพื่อรักษาชีวิตของผู้ป่วย แพทย์ไม่มีความผิดฐานทำร้าย ร่างกายผู้ป่วย เพราะถือว่าผู้ป่วยยินยอมให้กระทำโดยปริยายเพื่อรักษาชีวิต เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตามในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำ อนาจาร หากเป็นบุคคลที่อยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้โดยสภาพจะไม่มีเรื่องของการให้ความยินยอม โดยปริยายอันจะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดได้ แต่มักจะเป็นเรื่องของการกระทำที่ผู้กระทำ ขาดเจตนาในการสนองความใคร่ ซึ่งเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบความผิด ตัวอย่างเช่น กรณี แพทย์ทำการรักษาผู้ป่วยที่ไม่ได้สติเพื่อรักษาชีวิตของผู้ป่วย โดยการใช้อุปกรณ์ทางการแพทย์สอดใส่ ไปในอวัยวะเพศของผู้ป่วย หรือการรักษาจะต้องจับต้องเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วย การกระทำของ แพทย์ย่อมไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร เพราะไม่เป็นการกระทำชำเรา ที่จะต้องกระทำโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ หรือการกระทำก็ไม่เป็นการกระทำ ไม่สมควรในทางเพศแต่อย่างใด เนื่องจากการกระทำเพื่อรักษาผู้ป่วยเท่านั้น เป็นต้น

การกระทำชำเราหรือกระทำไม่สมควรทางเพศต่อบุคคลที่อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ นั้น จึงเป็นกระทำที่กระทบต่อเสรีภาพทางเพศของผู้เสียหาย ซึ่งตามความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมาย

อาญามาตรา 278 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดองค์ประกอบของความผิดกรณีการกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร ที่เป็นการกระทำต่อบุคคลซึ่งอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารตามองค์ประกอบความผิดไว้อย่างชัดเจนแล้ว โดยการกระทำดังกล่าวถือเป็นการบังคับหรือข่มขืนใจผู้กระทำจะอ้างว่าได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายไม่ได้

4.2.4 การกระทำโดยอาศัยการครอบงำผิดครองธรรม

ในส่วนของการกระทำโดยอาศัยการครอบงำผิดครองธรรมหรือการใช้อำนาจครอบงำผิดครองธรรมนั้น สำหรับคำว่า “ครอบงำ” นั้นหมายถึง มีอำนาจเหนือ บังคับให้เป็นไปตาม เช่น กิเลสครอบงำ⁵⁰ เมื่อพิจารณารวมกับคำว่า “ผิดครองธรรม” จึงหมายความว่า การใช้อิทธิพลผิดครองธรรมโดยมิชอบหรือการใช้อำนาจเหนือ (Dependency Power) โดยมิชอบ ซึ่งได้แก่ ฐานะของผู้ปกครองกับฐานะของคนที่อยู่ในปกครอง แม้ไม่เกินขอบเขตของสิทธิที่มีอยู่ แต่ใช้โดยไม่เป็นธรรมตามความรู้สึกของวิญญาณ หรือจำยอมโดยไม่เต็มใจหรือสมัครใจเพราะเหตุอื่นใด ที่มีน้ำหนักพอถือได้ว่าหากไม่มีพฤติการณ์ข่มขืนใจเช่นนั้นแล้ว จะขัดขืนหรือไม่ยินยอมให้กระทำ ก็ถือว่าเป็นการข่มขืนใจเพราะความประสงค์ในการข่มขืนใจก็เป็นการผิดครองธรรมอยู่ในตัว⁵¹

สำหรับการใช้อำนาจเหนือในฐานะของผู้ปกครองกับฐานะของคนที่อยู่ในปกครองนั้น ได้แก่ ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร ซึ่งรวมถึงบิดาเลี้ยงหรือมารดาเลี้ยงกับบุตรเลี้ยงผู้บังคับบัญชา กับผู้ใต้บังคับบัญชา นายจ้างกับลูกจ้าง ครูบาอาจารย์กับลูกศิษย์ เป็นต้น หรือในกรณีที่แม้จะไม่ใช่ผู้อยู่ในฐานะผู้ปกครองกับผู้ที่อยู่ในปกครองแต่เป็นบุคคลที่อยู่ในฐานะที่สามารถใช้อำนาจเหนือผู้เสียหายได้ ซึ่งได้แก่ นักสอนศาสนากับผู้ศรัทธา แพทย์กับผู้ป่วย นายความกับลูกความ ผู้ทำนายหรือหมอดูกับบุคคลที่ใช้บริการดูดวง และบุคคลที่รักษาโรคตามความเชื่อกับผู้ป่วย เป็นต้น

การกระทำของบุคคลข้างต้น หากเป็นการกระทำที่ผิดครองธรรม กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมตามความรู้สึกของวิญญาณ โดยใช้อำนาจเหนือระหว่างฐานะของบุคคล ถือเป็นการกระทำโดยอาศัยการครอบงำผิดครองธรรม หรือการใช้อำนาจครอบงำผิดครองธรรม ตัวอย่างเช่น นายจ้างบอกกับลูกจ้างว่าจะไม่จ้างต่อไปถ้าไม่ทำตามประสงค์ของนายจ้างที่ให้ผู้อื่นทำอนาจาร

⁵⁰ พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2554, ครอบงำ [ออนไลน์], แหล่งที่มา <http://rirs3.royin.go.th/new-search/word-search-all-x.asp>

⁵¹ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1, หน้า 783.

เมื่อลูกจ้างไม่เต็มใจจะทำเช่นนั้นแต่ก็ยังขใจให้ทำ⁵² หรือผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจประเมินความดีความชอบบอกให้ผู้บังคับบัญชายอมให้กระทำอนาจาร มิฉะนั้นจะประเมินความดีความชอบให้ต่ำกว่ามาตรฐาน หรือกรณีครูบาอาจารย์บอกกับลูกศิษย์ว่าหากให้กระทำอนาจารจะประเมินผลการเรียนให้ได้ในระดับที่สูง เป็นต้น กรณีเหล่านี้ถือเป็นการใช้อำนาจครอบงำผิดครองธรรม

การกระทำโดยอาศัยการครอบงำผิดครองธรรมหรือการใช้อำนาจครอบงำผิดครองธรรม มีความใกล้เคียงกับการขู่เข็ญที่เป็นการแสดงออกของผู้ขู่เข็ญว่าจะทำให้เกิดภัยอันตรายกับบุคคลใด แต่การครอบงำผิดครองธรรมอาจมีลักษณะเป็นการขู่เข็ญหรือไม่ก็ได้ ตัวอย่างการกระทำที่เป็นทั้งการขู่เข็ญและการครอบงำผิดครองธรรม เช่น การที่ผู้เป็นนายจ้างข่มขู่ลูกจ้างซึ่งหลบหนีเข้าเมืองว่า หากไม่ยินยอมให้กระทำชำเราจะส่งให้ตำรวจดำเนินคดีฐานหลบหนีเข้าเมือง ถือเป็นการขู่เข็ญโดยประการใดๆ ที่จะเกิดอันตรายต่อเสรีภาพของลูกจ้าง เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁵³ และขณะเดียวกันก็เป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจครอบงำผิดครองธรรมเช่นกัน ดังนั้น การครอบงำผิดครองธรรมจึงมีลักษณะที่กว้างกว่าการขู่เข็ญ

แต่สิ่งที่เหมือนกันของการครอบงำผิดครองธรรมและการขู่เข็ญ คือ ล้วนเป็นการกระทำให้ผู้ถูกระทำโดยอาศัยการครอบงำผิดครองธรรมหรือผู้ถูกขู่เข็ญเกรงกลัวต่ออำนาจเหนือหรือถ้อยคำที่ถูกขู่เข็ญ และต้อง “จำยอม” (Submission) กระทำการใดให้บุคคลอื่นหรือให้บุคคลอื่นกระทำการใดต่อตน ซึ่งไม่อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมโดยสมัครใจที่จะกระทำการใดหรือให้กระทำการใดต่อตน ได้ จึงเป็นการข่มขืนใจหรือเป็นการกระทำที่ปราศจากความยินยอมของผู้ถูครอบงำผิดครองธรรม และเป็นการกระทำที่กระทบต่อเสรีภาพของผู้อยู่ภายใต้อำนาจครอบงำผิดครองธรรมอย่างหนึ่ง

อย่างไรก็ตามในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 หรือความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาตามมาตรา 278 ไม่ได้กำหนดองค์ประกอบความผิดของการกระทำโดยอาศัยการครอบงำผิดครองธรรมไว้ ลำพังการกระทำชำเราหรือกระทำไม่สมควรทางเพศที่กระทำโดยอาศัยเฉพาะการครอบงำผิดครองธรรม ที่ไม่มีการใช้กำลังประทุษร้ายการขู่เข็ญ การกระทำในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือการกระทำที่เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นย่อมไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร แต่อาจเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศฐานอื่น ได้แก่ ความผิดฐานเป็นรัฐระจัดหาบุคคลเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นตามประมวลกฎหมาย

⁵² เรื่องเดียวกัน หน้าเดียวกัน

⁵³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7721/2549

อาญามาตรา 283 หรือความผิดฐานพาผู้อื่นไปเพื่อการอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 284 เป็นต้น

ดังนั้น จากที่ได้ศึกษาในบทที่ 4 มาแล้วทั้งหมด โดยสรุปแล้วความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นความผิดที่รวมอยู่ในความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพอย่างหนึ่ง การข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารมักจะเป็นการกระทำความผิดฐานทำให้ผู้อื่นเสื่อมเสียเสรีภาพด้วยอยู่ในตัว ซึ่งความผิดเกี่ยวกับเพศทั้งสองความผิดดังกล่าวล้วนเป็นความผิดที่จะต้องเป็นการกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย กล่าวคือ ต้องมีลักษณะของการ “ข่มขืนใจ” การบังคับหรือการข่มขืนใจจึงเป็นสาเหตุประการหนึ่งที่ทำให้ความยินยอมของผู้เสียหายหายไปเป็นความยินยอมโดยไม่สมัครใจ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นความ “จำยอม” (Submission) มิใช่ความยินยอม

แต่อย่างไรก็ตามในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย มิใช่การบังคับหรือข่มขืนใจทุกกรณีที่เป็นความผิดจำกัดเฉพาะการใช้กำลังประทุษร้าย การบังคับด้วยการขู่เข็ญ การกระทำในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้จึงจะเป็นความผิด ส่วนการบังคับโดยการทำให้กลัว หรือการใช้อำนาจครอบงำผิดครองธรรมนูญมิได้กำหนดเป็นองค์ประกอบของความผิดไว้ แม้จะเป็นการบังคับหรือเป็นการข่มขืนใจด้วยก็ตาม

บทที่ 5

การหลอกลวงให้ยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร

ตามที่ได้ศึกษาหลักความยินยอมในทางอาญามาแล้วในบทที่ 2 ที่มีหลักเกณฑ์อันเป็นสาระสำคัญในการพิจารณาถึงความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย 3 ประการ กล่าวคือ ต้องเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ ต้องเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือสำนึกศีลธรรมอันดี และต้องเป็นความยินยอมที่มีอยู่ในขณะกระทำ และได้ศึกษาถึงสาระสำคัญของแนวความคิดและทฤษฎี และวิวัฒนาการของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายไทยมาแล้วในบทที่ 3 และได้พิจารณาถึงการบังคับหรือข่มขืนใจในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารมาแล้วในบทที่ 4 นั้น จึงทำให้เห็นว่าหลักความยินยอมในทางอาญาเป็นหลักการประการสำคัญอย่างหนึ่งในการพิจารณาและกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร และความยินยอมที่บริสุทธิ์นั้นเป็นหลักเกณฑ์ประการสำคัญข้อหนึ่งของหลักความยินยอมในทางอาญาที่ว่าความยินยอมต้องไม่ได้เกิดจากการบังคับ ชูเชื้อ หรือการหลอกลวง การหลอกลวงจึงเป็นสาเหตุอย่างหนึ่งที่ทำให้ความยินยอมของผู้ถูกหลอกลวงเสียไปกลายเป็นความยินยอมที่ไม่บริสุทธิ์

ดังนั้น ในบทที่ 5 นี้ ผู้ศึกษาจะได้พิจารณาถึงการหลอกลวงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร โดยในหัวข้อที่ 5.1 จะพิจารณาถึงความหมายของการหลอกลวง หัวข้อ 5.2 จะพิจารณาถึงการหลอกลวงให้ยินยอม หัวข้อที่ 5.3 จะพิจารณารูปแบบการหลอกลวงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร และหัวข้อ 5.4 จะวิเคราะห์มาตรการที่เหมาะสมเกี่ยวกับการหลอกลวงให้ยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารในประเทศไทย รายละเอียดดังต่อไปนี้

5.1 ความหมายของการหลอกลวง

สำหรับการหลอกลวง (Deception หรือ Fraud) เป็นการกระทำของมนุษย์อย่างหนึ่งที่เป็น การแสดงออกมาซึ่งความไม่ซื่อตรง การเสแสร้งไม่จริงใจ หรือไม่น่าไว้วางใจ ในทางศีลธรรมการหลอกลวง ถือเป็นการผิดศีลข้อที่ 4 “มุสาวาทา เวรมณี” ที่ให้บุคคลพึงละเว้นจากกล่าวมุสา คือ การโกหก หลอกลวง การกล่าวสิ่งที่ไม่เป็นความจริง ในทางสังคมบุคคลที่ชอบหลอกลวงมักจะถูกบุคคลอื่น รังเกียจ ไม่คบหา ไม่ให้ความเชื่อถือ และสำหรับในทางกฎหมายแม้เพียงเฉพาะแค่การแสดงออกซึ่ง

การโกหก หลอกลวง จะยังไม่อาจเป็นความผิดตามกฎหมาย แต่หากการโกหกหลอกลวงประกอบกับพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดในประมวลกฎหมายอาญา เช่น การขายของโดยหลอกลวงเป็นความผิดตามมาตรา 271 การหลอกลวงเอาทรัพย์สินของผู้อื่นเป็นความผิดฐานฉ้อโกงตามมาตรา 341 การหลอกลวงโดยการทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารตามมาตรา 276 หรือมาตรา 278 การใช้อุบายหลอกลวงบุคคลอื่นเพื่อไปสนองความใคร่ของผู้อื่นเป็นความผิดตามมาตรา 283 หรือการใช้อุบายหลอกลวงพาผู้อื่นไปเพื่อการอนาจารเป็นความผิดตามมาตรา 284 หรือการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าไถ่เอาตัวบุคคลอายุกว่า 15 ปี โดยใช้อุบายหลอกลวงตามมาตรา 313 เป็นต้น การกระทำเหล่านี้กฎหมายได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองเพื่อป้องกันปราบปรามมิให้บุคคลใดถูกหลอกลวงให้กระทำการหรือถูกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือถูกหลอกลวงเพื่อเอาไปซึ่งทรัพย์สินอันใดอันหนึ่งของตนเอง ดังนั้น การพิจารณาความหมายของการหลอกลวงผู้ศึกษาจึงจะพิจารณาออกเป็น 2 กรณี คือ ความหมายโดยทั่วไปและความหมายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร ดังนี้

5.1.1 พิจารณาความหมายการหลอกลวงโดยทั่วไป

สำหรับความหมายโดยทั่วไปของคำว่า “หลอกลวง” (Deception หรือ Fraud) หากพิจารณาตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 นั้นหมายถึง การใช้อุบายทุจริตลวงให้เข้าใจผิด การแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงที่ควรบอกให้แจ้งเพื่อให้บุคคลอื่นเข้าใจผิด¹ และทั้งนี้คำว่า “หลอกลวง” ยังมีความหมายเหมือนหรือพ้องกับอีกหลายคำที่พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 ได้ให้ความหมายไว้ ดังนี้

คำว่า “ฉ้อฉล” หมายความว่า การใช้อุบายหลอกลวงโดยเอาความเท็จมากล่าวเพื่อให้หลงผิด² หรือคำว่า “เสแสร้งหรือแสร้ง” หมายความว่า แกล้งทำให้เข้าใจเป็นอื่น แกล้งทำไม่ตรงกับใจ³ หรือคำว่า “ฉ้อโกง” ซึ่งหมายความว่า ชื่อความผิดอาญาฐานหลอกลวงผู้อื่นโดยทุจริต ด้วยการ

¹ พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2554, หลอกลวง [ออนไลน์], แหล่งที่มา <http://rirs3.royin.go.th/new-search/word-search-all-x.asp>

² พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2554, ฉ้อฉล [ออนไลน์], แหล่งที่มา <http://rirs3.royin.go.th/new-search/word-search-all-x.asp>

³ พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2554, เสแสร้ง [ออนไลน์], แหล่งที่มา <http://rirs3.royin.go.th/new-search/word-search-all-x.asp>

แสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง โดยการหลอกลวงดังว่านั้นได้ไป ซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวง หรือบุคคลที่สาม หรือทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม ทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ เรียกว่า ความผิดฐานฉ้อโกง⁴

การหลอกลวงในแง่ของกฎหมายนั้น ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้มีการบัญญัติความหมายของคำว่าหลอกลวงไว้ แต่แม้ไม่มีการให้ความหมายของคำว่า “หลอกลวง” ไว้โดยตรงก็ตาม ก็อาจพิจารณาความหมายของคำว่า “หลอกลวง” ได้จากประมวลกฎหมายอาญาที่มีการบัญญัติความผิดและกำหนดโทษไว้สำหรับความผิดที่มีการหลอกลวงประกอบกับพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง ที่กฎหมายประสงค์จะลงโทษ บทบัญญัติที่สามารถนำมาพิจารณาเพื่อให้เห็นถึงลักษณะของการหลอกลวงที่ชัดเจนที่สุด คือ ความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 341⁵

ความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 341 เป็นบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นกรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สิน กล่าวคือ เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองมิให้บุคคลใดมาหลอกลวงเอาไปเสียซึ่งทรัพย์สินอันเป็นกรรมสิทธิ์ของบุคคลอื่น ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงการหลอกลวงให้ได้ไปซึ่งทรัพย์สินผู้อื่นที่จะเป็นความผิดตามบทบัญญัติดังกล่าว ปรากฏลักษณะการหลอกลวงที่สามารถแยกได้เป็น 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก คือ “การแสดงออกซึ่งข้อความอันเป็นเท็จ” และประการที่สองคือ “การปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการหลอกลวงด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จอาจเป็นการกระทำโดยวาจา กิริยา เอกสาร หรือวิธีการอื่นใดก็ได้ให้ข้อความเท็จนั้นทราบถึงผู้อื่น⁶ และข้อความที่ไม่จริงนั้นผู้กระทำรู้ดีว่าไม่ตรงตามความเป็นจริง⁷ และอีกกรณีหนึ่งการหลอกลวงอาจทำได้โดยการปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง หมายความว่า การนิ่งเฉยไม่เปิดเผยข้อความจริงซึ่งตน

⁴ พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2554, ฉ้อโกง [ออนไลน์], แหล่งที่มา <http://rirs3.royin.go.th/new-search/word-search-all-x.asp>

⁵ **ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 341** บัญญัติว่า ผู้ใดโดยทุจริต หลอกลวงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง และโดยการหลอกลวงดังว่านั้นได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวง หรือบุคคลที่สาม หรือทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม ทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิผู้นั้นกระทำความผิดฐานฉ้อโกง

⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 3, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ พลสยาม พริ้นติ้ง, 2550) หน้า 198.

⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 219/2531

มีหน้าที่ต้องเปิดเผย ซึ่งหน้าที่อาจเป็นหน้าที่ตามกฎหมาย หน้าที่ตามสัญญา หน้าที่จากการกระทำครั้งก่อนๆ ของตน หรือหน้าที่อันเกิดจากความสุจริตและความไว้วางใจซึ่งกันและกัน⁸

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าความหมายของการหลอกลวงในความหมายโดยทั่วไปของคำว่า “หลอกลวง” (Deception หรือ Fraud) ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 และความหมายการหลอกลวงในแง่ของกฎหมายซึ่งพิจารณาจากความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 341 แทบจะมีความหมายเหมือนกัน กล่าวคือ สามารถแยกได้ 2 ประการ คือ การแสดงออกซึ่งข้อความอันเป็นเท็จ และการปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งเช่นเดียวกัน

5.1.2 พิจารณาความหมายการหลอกลวงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร

ในความผิดเกี่ยวกับเพศทั้งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร การหลอกลวงเพื่อเข้าถึงทางเพศถือเป็นรูปแบบหนึ่งของอาชญากรรมทางเพศ ซึ่งจะเห็นได้จากการบัญญัติให้การหลอกลวงเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารของไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน นอกจากนั้นการหลอกลวงเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศถือเป็นความน่ารังเกียจ เป็นการเสแสร้ง หรือแสดงถึงความไม่ซื่อสัตย์ต่อกันอย่างหนึ่ง จึงเป็นการละเมิดต่อศีลธรรม เสรีภาพทางเพศ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ถูกหลอกลวง เป็นการกระทำอย่างหนึ่งที่กฎหมายควรให้ความคุ้มครองอย่างเคร่งครัด

สำหรับการหลอกลวงให้ยินยอมทางเพศมีรูปแบบการหลอกลวงหลายรูปแบบ แต่เมื่อแยกเป็นประเภทของการหลอกลวง สามารถแยกออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ ได้แก่ ประเภทแรก “**การหลอกลวงเกี่ยวกับตัวบุคคล**” กล่าวคือ การหลอกลวงโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับตัวบุคคลไม่ว่าจะเป็นการหลอกลวงให้สำคัญผิดตัวบุคคลเป็นคนละคน หรือการหลอกลวงในคุณสมบัติต่างๆ ของตัวบุคคลผู้หลอกลวงนั่นเอง และประเภทที่สอง “**การหลอกลวงเกี่ยวกับข้อเท็จจริง**” กล่าวคือ การหลอกลวงเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่นอกเหนือจากข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวบุคคล เช่น การหลอกลวงว่าเป็นการรักษาโรค หรือการกระทำเพื่อสะเดาะเคราะห์ เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะเป็นการหลอกลวงเกี่ยวกับตัวบุคคลหรือการหลอกลวงเกี่ยวกับข้อเท็จจริง ซึ่งเมื่อพิจารณาจากประเภทของการหลอกลวงแล้ว ทั้งการหลอกลวงเกี่ยวกับตัวบุคคล

⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 3, หน้า 223.

และการหลอกลวงเกี่ยวกับข้อเท็จจริงล้วนต้องกระทำโดยวิธีการแสดงออกซึ่งข้อความอันเป็นเท็จ หรือการปกปิดข้อเท็จจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง ซึ่งยังรวมถึงการใช้กิริยา ท่าทาง ให้ผู้อื่นสำคัญผิด เช่น กรณีกการแสดงกิริยา ท่าทาง ให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น เป็นต้น แม้จะไม่มี การแสดงออกซึ่ง ข้อความอย่างใดอย่างหนึ่งก็ตาม

สำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวล กฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 ปัจจุบัน คงจำกัดการหลอกลวงที่เป็นความผิดทั้งสอง ฐานดังกล่าวไว้เพียงกรณีเดียวเท่านั้น กล่าวคือ การทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ซึ่งเมื่อพิจารณา ประกอบกับความหมายของการหลอกลวงแล้ว การทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นจึงหมายถึง การแสดงออกซึ่งข้อความอันเป็นเท็จหรือการปกปิดข้อเท็จจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งให้เข้าใจผิดว่าตน เป็นบุคคลอื่น จึงจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารแล้วแต่กรณี

5.2 การหลอกลวงให้ยินยอม

ในหัวข้อ 5.2 นี้ ผู้ศึกษาจะพิจารณาถึงการหลอกลวงให้ยินยอมทั้งในส่วนของปัญหาการ หลอกลวงเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศที่เกิดขึ้นในประเทศไทย และพิจารณาถึงหลักความยินยอมในทาง อาญากับการหลอกลวงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร โดยในหัวข้อ 5.2.1 จะ พิจารณาถึงปัญหาการหลอกลวงให้ยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตาม กฎหมายไทย และในหัวข้อ 5.2.2 จะพิจารณาการหลอกลวงกับหลักความยินยอมในทางอาญา ดังนี้

5.2.1 ปัญหาการหลอกลวงให้ยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ตามกฎหมายไทย

ตามที่คุณเขียนได้อรรถาธิบายให้เห็นถึงวิวัฒนาการของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและ กระทำอนาจารของไทยมาแล้วในบทที่ 3 การหลอกลวงเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่นถือเป็นอาชญากรรมอย่างหนึ่งมีความผิดและโทษทางอาญาในประเทศไทยมาอย่างยาวนาน แนวความคิด ในการคุ้มครองทางเพศของผู้เสียหายจากการถูกหลอกลวงให้มีความสัมพันธ์ทางเพศปรากฏชัด ตั้งแต่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ที่ได้บัญญัติไว้เป็นความผิดอย่างชัดเจนในความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราตามมาตรา 243 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราขึ้นใจหญิง

ซึ่งมิใช่ภรรยาของตนเอง ท่านว่ามันข่มขืนทำชำเรา...”⁹ และความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 246 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบสามขวบขึ้นไป...โดยมันใช้อุบายหลอกลวงด้วยประการใดๆก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด...”¹⁰

ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 นี้ บัญญัติถึงการกระทำทางเพศโดยการหลอกลวงอาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารแล้วแต่กรณี เป็นการบัญญัติโดยใช้คำว่า “ใช้อุบายหลอกลวง” เป็นองค์ประกอบของความผิดโดยไม่ได้จำกัดรูปแบบหรือขอบเขตของการใช้อุบายหลอกลวงว่าเป็นกรณีใดบ้าง เปิดโอกาสให้ผู้บังคับใช้กฎหมายได้ตีความตามความเหมาะสมเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมตามกรณีที่เกิดขึ้น ซึ่งศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย ได้อธิบายไว้ว่า คำว่า “ใช้อุบายหลอกลวง” หมายถึง การที่ชายใช้อุบายที่ให้หญิงซึ่งมิใช่ภริยาตนเข้าใจผิด ถ้าหญิงรู้ความจริงจะไม่ยอมให้ชำเรา อาจเป็นการใช้อุบายหลอกลวงในตัวบุคคล อาจเป็นการใช้อุบายหลอกลวงหญิงซึ่งไม่รู้สภาพของการกระทำว่าเป็นการชำเรา แต่อย่างไรก็ตามไม่รวมถึงการหลอกลวงในคุณสมบัติของบุคคลหรือการหลอกลวงโดยการให้คำมั่นสัญญา¹¹

แต่ต่อมามีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ซึ่งเป็นกฎหมายอาญาดั้งเดิมที่ใช้มาจนถึงปัจจุบัน แม้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารเปลี่ยนแปลงจากกฎหมายลักษณะอาญาไปบ้าง แต่ยังคงไว้ซึ่งรากฐานตามกฎหมายเดิมที่ตามประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁹ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 243 ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจา ชูเชิญกระทำชำเราซึ่งใจหญิง ซึ่งมีภรรยาของตนเอง ท่านว่ามันข่มขืนกระทำชำเรา ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ผู้ใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราซึ่งใจหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนเอง ท่านว่ามันข่มขืนทำชำเรา มีความผิดต้องระวางโทษคุกกันกับที่ว่ามันนั้น

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนทำชำเรานั้นมีบาดเจ็บถึงสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้ข่มขืนนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

¹⁰ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 246 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบสามขวบขึ้นไปโดยมันใช้อำนาจด้วยกำลัง หรือด้วยวาจาชูเชิญ หรือมันใช้อุบายหลอกลวงด้วยประการใดๆ ก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

¹¹ หยุต แสงอุทัย,คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127, หน้า 358.

นั้นยังคงมีแนวความคิดที่ให้ความคุ้มครองคุ้มครองสิทธิทางเพศของบุคคลจากการหลอกลวงให้ยินยอมอยู่ เพียงแต่จำกัดกรอบของการหลอกลวงให้แคบลงกว่ากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 เท่านั้น

สำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติอยู่ในมาตรา 276¹² และมาตรา 278¹³ องค์ประกอบของความผิดทั้งสองความผิดประกอบไปด้วยองค์ประกอบภายนอกของความผิด คือ “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น” หรือ “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี” แล้วแต่กรณี โดยมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

1. โดยขู่เชือดด้วยประการใดๆ
2. โดยใช้กำลังประทุษร้าย
3. โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้
4. โดยทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

การกระทำที่จะเป็นความผิดจะต้องกระทำโดยมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งใน 4 ประการข้างต้นนี้ หากไม่มีลักษณะของการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งข้างต้น การกระทำย่อมขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือฐานกระทำอนาจารแล้วแต่กรณี ย่อมไม่เป็นความผิดแม้จะเป็นการกระทำทางเพศโดยที่โดยปกติแล้วถือว่าเป็นปราศจากความยินยอมก็ตาม

สำหรับองค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวกับการหลอกลวงให้กระทำทางเพศหรือการหลอกลวงให้ผู้เสียหายยินยอมในปัจจุบัน ได้แก่ “การข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร...โดยทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” ซึ่งหมายถึงเฉพาะการหลอกลวงให้สำคัญผิดในตัวบุคคลโดยที่ผู้กระทำมีเจตนาที่จะทำให้ผู้ถูกหลอกลวงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น อันทำให้ผู้ถูกหลอกลวงยินยอมให้มีความสัมพันธ์ทางเพศ และหากผู้ถูกหลอกลวงทราบความจริงคงจะไม่ยินยอมให้กระทำเท่านั้น¹⁴ เช่น กรณีชายเข้าไปหาหญิงเพื่อร่วมเพศในห้องที่มีด โดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นสามีของหญิง

¹² ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เชือดด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

¹³ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยขู่เชือดด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

¹⁴ โชค จารุจินดา, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา (ลักษณะ 9), หน้า 12.

นั้น หญิงจึงยินยอมให้กระทำชำเราการกระทำของชายครบองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือที่ปรากฏเป็นคดีขึ้นไปสู่ศาลฎีกาซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 233/2462 ได้วินิจฉัยไว้ว่า การปลอมตัวเป็นสามีของหญิงเข้านอนกอดกายและเปลื้องผ้าหญิง หญิงรู้ตัวตื่นแล้วลุกหนีเป็นความผิดฐานอนาจาร

จากบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารดังกล่าว แม้ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้เสียหายที่จะไม่ถูกบุคคลใดหลอกลวงเพื่อความสัมพันธ์ทางเพศไว้แล้วก็ตาม แต่การหลอกลวงเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศในปัจจุบันซึ่งเป็นยุคที่มีการติดต่อสื่อสารอย่างไร้พรมแดน ปัญหาการหลอกลวงให้ยินยอมยอมมีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงรูปแบบและมีการใช้เทคโนโลยีมาเป็นตัวสื่อทำให้เกิดการกระทำทางเพศ การหลอกลวงให้ยินยอมจึงเกิดขึ้นได้หลายกรณีนอกเหนือจากการหลอกลวงให้สำคัญผิดในตัวบุคคล เมื่อเกิดการหลอกลวงให้ยินยอมในรูปแบบอื่นๆ ขึ้นมาซึ่งเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพทางเพศ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ถูกหลอกลวง และกระทบถึงศีลธรรมอันดีของสังคม ก็ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ เนื่องจากการกระทำขาดองค์ประกอบความผิด ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5837/2530 “เป็นกรณีจำเลยหลอกลวงรักษาโรคให้ผู้เสียหาย โดยใช้ท่าเหยียบที่หน้าขา อวัยวะเพศ ท้อง หน้าอก แล้วใช้มือคลำทั่วร่างกายเปลือยของหญิงโดยเฉพาะที่นม อวัยวะเพศ ตลอดจนใช้นิ้วล้วงเข้าไปในช่องคลอด แล้วให้หญิงนอนก้มโค้งเพื่อเอาของลับของจำเลยมาคลึงให้แข็งตัว ศาลฎีกาตัดสินว่า การกระทำแสดงว่าผู้เสียหายยอมให้จำเลยกระทำอนาจาร(ปัจจุบันเป็นข่มขืนกระทำชำเรา)โดยโง่เขลาเบาปัญญา หลงเชื่ออย่างมมายว่าจำเลยทำการรักษาโรคให้ได้ จึงไม่เป็นการขู่เช็กโดยใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เช็กจนผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่เป็นความผิด”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 509/2529 “เป็นกรณีที่ผู้เสียหายไปพบจำเลยโดยจำเลยทำอุบายว่าผู้เสียหายดวงชะตาไม่ดี จำต้องให้จำเลยสะเดาะเคราะห์ให้โดยใช้อวัยวะเพศสอดใส่ในทวารหนักของผู้เสียหาย ศาลฎีกาตัดสินว่า เป็นการกระทำที่อาศัยความเบาปัญญาของผู้เสียหายที่หลงเชื่อว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการสะเดาะเคราะห์ จึงไม่เป็นการขู่เช็กว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายจนผู้เสียหายอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้ ยอมให้กระทำอนาจาร(ปัจจุบันเป็นข่มขืนกระทำชำเรา) ไม่เป็นความผิด”

ซึ่งทั้งสองคดีดังกล่าวเป็นการหลอกลวงโดยอาศัยความเชื่อส่วนบุคคลในเรื่องของการดูวง การทำนายโชคชะตา การสะเดาะเคราะห์ หรือการรักษาโรคตามความเชื่อ ซึ่งเรื่องดังกล่าวล้วนมีอิทธิพลต่อคนไทยเป็นอย่างมากไม่ว่าจะยุคสมัยใด เนื่องจากคนไทยส่วนใหญ่มักมีความเชื่อหรือความชื่นชอบในการทำนายดวงชะตาการล่วงรู้อนาคตของตัวเองล่วงหน้า บุคคลที่เป็นผู้ทำนายดวงหรือที่เรียกกันว่า “หมอดู” ก็มีอยู่มากมายทั้งที่ได้มาตรฐานมีจรรยาบรรณในการประกอบอาชีพ แต่ก็มีอีกจำนวนไม่น้อยที่อาศัยความเชื่อมงายหลอกลวงบุคคลอื่นตั้งแต่การหลอกเอาทรัพย์สินเงินทองของผู้ถูกหลอกลวง และในบางรายถูกหลอกลวงไปถึงการกระทำในทางเพศเพื่อบำบัดความใคร่ของผู้หลอกลวงด้วย การกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นบ่อยครั้งในสังคมไทยที่เป็นชาวสารพัดกิจ เช่น ในกรณีของเนรแอ หรือนายการเวกเทพหน้าทองเสน่ห์มอญแปลงรูป เป็นต้น ที่เป็นการหลอกลวงโดยอาศัยความเชื่อส่วนบุคคลให้ผู้เสียหายต้องยอมจ่ายเงินจำนวนมากเพื่อได้ประกอบพิธีกรรม และยังหลอกลวงว่าส่วนหนึ่งของพิธีกรรมจะต้องมีการกระทำทางเพศไม่ว่าจะเป็นการถอดเสื้อผ้า การลูบคลำ หรือการร่วมประเวณี

เมื่อพิจารณาถึงการหลอกลวงดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ในส่วนของความเสียหายที่เป็นตัวเงินที่ต้องเสียไปจากการหลอกลวงนั้นกฎหมายให้ความคุ้มครองทรัพย์สินที่เป็นการกระทำความผิดฐานฉ้อโกงเอาทรัพย์สินของผู้เสียหายไป แต่สำหรับความผิดเกี่ยวกับเพศไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร จะเห็นได้ว่าการกระทำดังกล่าวกลับไม่มีองค์ประกอบความผิดที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดได้ ซึ่งศาลฎีกาก็ได้วินิจฉัยวางบรรทัดฐานไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 509/2529 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5837/2530 ชำตันแล้วว่าเมื่อเป็นการกระทำที่อาศัยความบาปบุญญาของผู้เสียหายที่หลงเชื่อว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการสะเดาะเคราะห์ จึงไม่เป็นการขู่เชื้ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายจนผู้เสียหายอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้ เป็นการยินยอมให้กระทำจึงไม่มีความผิดแต่อย่างใด

ดังนั้น การหลอกลวงเพื่อกระทำทางเพศที่นอกเหนือจากการหลอกลวงในตัวบุคคลแล้ว จึงเป็นปัญหาว่าการกระทำไม่อาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารตามกฎหมายของไทยได้เลย ทั้งไม่มีบทบัญญัติกฎหมายใดบัญญัติรับรองคุ้มครองไว้ด้วย ซึ่งไม่สามารถแก้ไขสภาพปัญหาของสังคมในปัจจุบันได้ จึงทำให้ผู้หลอกลวงสามารถทำการหลอกลวงและเสาะแสวงหาเหยื่อไปได้เรื่อยๆ โดยที่ไม่มีมาตรการใดป้องกันและปราบปรามการกระทำดังกล่าวได้

แต่อย่างไรก็ตามในปัญหานี้ต่อมาได้มี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557 “ที่เป็นกรณี ผู้เสียหายที่ 1 (อายุ 16 ปี) ยอมให้จำเลยกระทำชำเราเพราะหลงเชื่อในอุบายของจำเลยที่ทำนายว่า ผู้เสียหายที่ 1 ดวงชะตาไม่ดี จะต้องทำพิธีกรรมเพื่อสะเดาะเคราะห์เพื่อที่บิดาผู้เสียหายทั้งสองที่ เลิกรากับมารดาผู้เสียหายทั้งสองจะส่งเงินให้แก่ผู้เสียหายที่ 1 แสดงว่าผู้เสียหายที่ 1 เยาววัยอ่อนต่อ โลก มีความโง่เขลาเบาปัญญาหลงเชื่ออย่างงมงายว่าจำเลยสามารถทำพิธีสะเดาะเคราะห์ต่อดวงชะตา จนส่งเสริมให้บิดาส่งเงินมาให้ได้ ดังนั้น การที่ผู้เสียหายที่ 1 ยอมให้จำเลยกระทำชำเราหลายครั้ง มิได้ เกิดจากความสมัครใจและอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การที่จำเลยเลิกเลื้อของผู้เสียหายที่ 1 ขึ้น ใช้ปากกาเขียนที่หน้าอกที่ตัว และใช้น้ำมันทาตัวผู้เสียหายที่ 1 ถอดกางเกงผู้เสียหายที่ 1 แล้วจำเลย สอดใส่อวัยวะเพศของจำเลยเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 ซักเข้าซักออกจนสำเร็จความใคร่ ถือได้ว่าเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายเป็นเหตุให้ผู้เสียหายที่ 1 อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การ กระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276”

จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557 ดังกล่าว จะเห็นได้ว่าผู้เสียหายซึ่งอายุ 16 ปี ซึ่ง ตามปกติรู้สภาพสาระสำคัญในการกระทำของตนเองสามารถตัดสินใจให้ความยินยอมให้กระทำ ทางเพศต่อตนได้แล้ว โดยได้ยอมให้จำเลยกระทำชำเราเพราะหลงเชื่อในกลอุบายของจำเลย ที่หลอกลวงว่าผู้เสียหายดวงชะตาไม่ดีจะต้องทำพิธีกรรมเพื่อสะเดาะเคราะห์ ศาลฎีกาในคดีนี้ตัดสิน ว่าการที่ผู้เสียหายยินยอมให้กระทำความดังกล่าว “เป็นความยินยอมโดยไม่สมัครใจ” เพราะเป็นความ ยินยอมที่เกิดจากการหลอกลวง และนอกจากนี้ศาลฎีกายังตีความไปในแนวที่ว่าการกระทำในขณะที่ ผู้เสียหายถูกหลอกลวงดังกล่าว เป็นการกระทำในภาวะที่ผู้เสียหายไม่สามารถขัดขืนได้ และการใช้ ปากกาเขียนที่หน้าอก ใช้น้ำมันทาตัว ถอดกางเกงผู้เสียหาย และใช้อวัยวะเพศสอดใส่ไปในอวัยวะเพศ ผู้เสียหาย ถือเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายเป็นเหตุให้ผู้เสียหายอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้ จึงเป็น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276

โดยคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวดูเสมือนเป็นการวินิจฉัยกลับหลักของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 509/2529 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5837/2530 ทั้งในส่วนของความยินยอมของผู้เสียหายที่วินิจฉัยว่า ผู้เสียหายยอมให้กระทำชำเราเพราะโง่เขลาเบาปัญญาหลงเชื่ออย่างงมงาย เป็นความยินยอมโดยสมัคร ใจ และไม่เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายจนผู้เสียหายอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้ อย่างสิ้นเชิง

ดังนั้น ตามสภาพปัญหาของสังคมไทยข้างต้นจะเห็นได้ว่าปัญหาการหลอกลวงเพื่อให้ยินยอมทางเพศเป็นปัญหาที่มีอยู่ในสังคมไทยมาอย่างยาวนาน และยังมีให้เห็นอยู่ในสังคมปัจจุบันมากมาย ปัญหาทางด้านกฎหมายก็มีให้เห็นถึงการตีความด้วยทฤษฎีของศาลฎีกาที่แตกต่างกัน จึงเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าการหลอกลวงดังกล่าวถือได้ว่าผู้เสียหายยินยอมโดยสมัครใจตามหลักความยินยอมในกฎหมายอาญาหรือไม่ ปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมดังกล่าวควรได้รับการรับรองคุ้มครองโดยกฎหมายอาญาหรือไม่ และควรได้รับการแก้ไขปัญหาดังกล่าวอย่างเหมาะสมอย่างไร ต่อไป

5.2.2 พิจารณาการหลอกลวงกับหลักความยินยอมในทางอาญา

ตามที่ได้ศึกษาหลักความยินยอมในกฎหมายอาญาในบทที่ 2 และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารในบทที่ 3 มาแล้ว จะเห็นได้ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารล้วนเป็นการกระทำที่ต้องปราศจากความยินยอมของผู้เสียหายทั้งสิ้น การพิจารณาถึงความยินยอมของผู้เสียหายจึงเป็นปัญหาสำคัญสำหรับความผิดทั้งสองฐานดังกล่าว ซึ่งตามหลักความยินยอมในกฎหมายอาญาตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 2 การที่จะถือว่าผู้เสียหายยินยอมนั้น ต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการ ได้แก่

1. ความยินยอมต้องเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์หรือสมัครใจ
2. ความยินยอมต้องมีอยู่ก่อนหรือขณะกระทำ
3. ความยินยอมต้องเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อสำนึกและศีลธรรมอันดี

ฉะนั้น ความยินยอมของผู้เสียหายต้องครบหลักเกณฑ์ข้างต้นจึงจะเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายถือได้ว่าผู้เสียหายยินยอม แต่หากขาดหลักเกณฑ์ข้อใดข้อหนึ่งไปแล้วก็จะมีใช้ความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย ถือว่าผู้เสียหายไม่ยินยอมให้กระทำการดังกล่าว

ในส่วนของการหลอกลวงที่เป็นเหตุให้ผู้ถูกหลอกลวงยินยอมนั้น โดยปกติแล้วการหลอกลวงมีผลให้ความยินยอมของผู้ถูกหลอกลวงไม่บริสุทธิ์หรือไม่ได้เกิดขึ้นโดยสมัครใจ ถือได้ว่าการหลอกลวงเป็นเหตุทำให้ความยินยอมของผู้ถูกหลอกลวงเสียไป (Fraud vitiates consent) จึงไม่อาจกล่าวอ้างได้ว่าผู้ถูกหลอกลวงยินยอมให้กระทำ แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องนี้นักนิติศาสตร์หลายท่านเห็นว่าหลักเกณฑ์ที่ว่า การหลอกลวงเป็นเหตุให้ความยินยอมไม่บริสุทธิ์หรือไม่ได้เกิดขึ้นโดยสมัครใจนั้นไม่อาจใช้ได้กับทุกกรณี มิใช่ว่าการหลอกลวงในทุกกรณีจะเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป เพราะในบาง

กรณีแม้ผู้ถูกหลอกลวงยินยอมเพราะถูกหลอกลวง ก็ยังถือได้ว่าผู้ถูกหลอกลวงยินยอมโดยบริสุทธิ์หรือสมัครใจอยู่

แต่สำหรับแนวคิดส่วนใหญ่ของนักกฎหมายไทยหรือที่เรียกได้ว่าเป็นแนวคิดตามหลักกฎหมายไทยในการพิจารณาถึงการหลอกลวงที่จะเป็นเหตุทำให้ความยินยอมเสียไปหรือไม่ ในความผิดเกี่ยวกับพหุฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งองค์ประกอบของการกระทำผิดไม่มีคำว่า “หลอกลวง” อยู่ในองค์ประกอบของความผิด ศาตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ อธิบายไว้ว่าสามารถแยกพิจารณาได้ตามลักษณะการหลอกลวง 2 ลักษณะ ได้แก่¹⁵

(ก) การหลอกลวงในสาระสำคัญ กล่าวคือ การหลอกลวงที่ทำให้ผู้ถูกหลอกลวงถึงกับหลงผิดในสาระสำคัญของการกระทำเสียทีเดียว เป็นเหตุให้ผู้ถูกหลอกลวงให้ความยินยอมเพราะถูกหลอกลวง ความยินยอมของผู้ถูกหลอกลวงย่อมไม่ใช่ความยินยอมโดยสมัครใจ และเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป ผู้กระทำไม่อาจอ้างได้ว่าผู้ถูกหลอกลวงให้ความยินยอม เช่น การหลอกลวงให้สำคัญผิดตัวบุคคล การหลอกลวงให้สำคัญผิดสภาพของการกระทำ เป็นต้น

(ข) การหลอกลวงในมูลเหตุ กล่าวคือ การหลอกลวงที่ไม่ถึงกับการหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำ แต่การหลอกลวงเป็นเพียงมูลเหตุจูงใจให้ผู้ถูกหลอกลวงให้ความยินยอมเท่านั้น ความยินยอมของผู้ถูกหลอกลวงยังคงเป็นความยินยอมโดยสมัครใจ การหลอกลวงประเภทดังกล่าวนี้ไม่ทำให้ความยินยอมของผู้ถูกหลอกลวงเสียไป ผู้กระทำยังอาจอ้างเอาความยินยอมขึ้นต่อผู้ได้ เช่น การหลอกลวงให้สำคัญผิดในคุณสมบัติตัวบุคคล เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การแยกลักษณะการหลอกลวงเพื่อพิจารณาถึงการหลอกลวงที่เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปหรือไม่เสียไปนี้ รองศาสตราจารย์ กมลชัย รัตนสกววงศ์ ได้อธิบายเรื่องนี้ว่าเมื่อพิจารณาตามหลักของคำพิพากษาและตามหลักกฎหมายต่างประเทศซึ่งมีความแตกต่างกับแนวความคิดตามหลักกฎหมายไทยบางส่วน โดยแยกพิจารณาได้ตามลักษณะการหลอกลวง 3 ลักษณะ ดังต่อไปนี้¹⁶

(A) การหลอกลวงให้สำคัญผิดในธรรมชาติของการกระทำ ตามแนวคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศพอจะจำกัดความได้ว่าการหลอกลวงให้สำคัญผิดในธรรมชาติของการกระทำ คือ การ

¹⁵ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 840.

¹⁶ กมลชัย รัตนสกววงศ์, “ความยินยอมในกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 29-33.

หลอกลวงที่เป็นเหตุให้ผู้ถูกหลอกลวงไม่รู้ถึงสภาพของการกระทำ เช่น ไม่รู้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำชำเราคิดว่าเป็นการสอดใส่อุปกรณ์ทางการแพทย์เพื่อการรักษา¹⁷ เป็นต้น และทั้งนี้ยังรวมถึงการหลอกลวงในวัตถุประสงค์ของการกระทำที่เป็นเหตุให้ผู้ถูกหลอกลวงสำคัญผิดว่าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น หัวหน้าวงดนตรีหลอกลวงหญิงซึ่งเป็นนักร้องว่าการร่วมเพศเป็นวิธีที่เปิดช่องหายใจทำให้เสียงดีขึ้น¹⁸ เป็นต้น ซึ่งการหลอกลวงดังกล่าวเป็นเหตุให้ผู้ถูกหลอกลวงไม่ทราบถึงสภาพตามธรรมชาติที่แท้จริงของการกระทำว่าเป็นการกระทำทางเพศหรือเป็นการกระทำเพื่อการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งแนวความคิดส่วนใหญ่เห็นว่าความยินยอมของผู้ถูกหลอกลวงเสียไป ไม่อาจถือได้ว่าผู้ถูกหลอกลวงให้ความยินยอม

(B) การหลอกลวงให้สำคัญผิดในตัวบุคคล กล่าวคือ การทำให้ผู้ถูกหลอกลวงเข้าใจผิดในข้อเท็จจริงว่าตนกำลังมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลที่ตนมีความประสงค์จะมีความสัมพันธ์ด้วยความจริงเป็นคนละคนกัน โดยผู้กระทำมีเจตนาให้ผู้ถูกหลอกลวงเข้าใจผิดและยินยอมมีความสัมพันธ์ทางเพศด้วย ซึ่งตามแนวของคำพิพากษาต่างประเทศมีแนวความคิดส่วนใหญ่เห็นว่า เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปถือว่าผู้ถูกหลอกลวงไม่ยินยอม แต่ยังคงมีแนวความคิดส่วนน้อยที่เห็นว่าการหลอกลวงให้สำคัญผิดในตัวบุคคลไม่เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป ยังคงถือว่าผู้ถูกหลอกลวงยินยอมให้กระทำ

(C) การหลอกลวงให้สำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคล กล่าวคือ เป็นการหลอกลวงที่ผู้ถูกหลอกลวงรู้และเข้าใจว่าตนเองกำลังมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลใด แต่สำคัญผิดในคุณสมบัติในตัวบุคคลของบุคคลที่ตนมีความสัมพันธ์ทางเพศด้วย เช่น สถานภาพการสมรส หน้าที่การงาน ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม เป็นต้น ซึ่งแนวความคิดในต่างประเทศเห็นว่าไม่เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป และยังคงถือว่าผู้ถูกหลอกลวงยินยอมให้กระทำอยู่นั่นเอง

¹⁷ คดี Pomeroy V.State (1883)

¹⁸ คดี R.V.Williams (1923)

ตารางที่ 1 เปรียบเทียบแนวความคิดการหลอกลวงให้ยินยอมในประเทศไทยกับต่างประเทศ

แนวความคิด	การแบ่งลักษณะการหลอกลวงให้ยินยอม	ผลต่อความยินยอม
แนวความคิดประเทศไทย	1.การหลอกลวงในสาระสำคัญ เช่น ตัวบุคคล สภาพการกระทำ เป็นต้น	ความยินยอมเสียไป
	2.การหลอกลวงในมูลเหตุ เช่น วัตถุประสงค์ต่างๆ คุณสมบัติต่างๆ เป็นต้น	ความยินยอมไม่เสียไป
แนวความคิดต่างประเทศ	A.การหลอกลวงให้สำคัญผิดในธรรมชาติของการ กระทำ ได้แก่ สภาพของการกระทำและ วัตถุประสงค์ในการกระทำ เป็นต้น	ความยินยอมเสียไป
	B.การหลอกลวงให้สำคัญผิดในตัวบุคคล ได้แก่ การ หลอกในสำคัญผิดตัวบุคคลไปเลย เป็นต้น	ความยินยอมเสียไป
	C.การหลอกลวงให้สำคัญผิดในคุณสมบัติตัวบุคคล ได้แก่ ฐานะทางการเงิน ชื่อเสียง อาชีพ สถานะ ทางการสมรส เป็นต้น	ความยินยอมไม่เสียไป

ตามที่ได้ศึกษาถึงการแบ่งแยกลักษณะการหลอกลวงเพื่อพิจารณาถึงการหลอกลวงใดที่เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปหรือไม่ของไทยกับต่างประเทศ พบว่ามีทั้งลักษณะการแบ่งแยกที่เหมือนกันและแตกต่างกัน และแนวความคิดในการพิจารณาถึงการเสียไปของความยินยอมก็มีแนวความคิดที่แตกต่างกันอยู่บ้าง แต่หลักการสำคัญเหมือนกัน คือ แม้ว่าการหลอกลวงเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปเป็นความยินยอมที่ไม่บริสุทธิ์ แต่ไม่ใช้การหลอกลวงเป็นเหตุที่ทำให้ความยินยอมของผู้ถูกหลอกลวงไม่บริสุทธิ์ตามหลักการหลอกลวงเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป (Fraud vitiate consent) ทุกกรณี โดยต้องพิจารณาตามลักษณะของการหลอกลวงเป็นรายกรณีไปว่าการหลอกลวงรูปแบบใด

เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปและการหลอกลวงรูปแบบใดไม่เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป ซึ่งผู้เขียนจะได้ศึกษาและพิจารณาถึงเรื่องดังกล่าวในหัวข้อต่อไป

5.3 รูปแบบการหลอกลวงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร

ตามที่คุณศึกษาได้อรรถาธิบายถึงแนวความคิดการหลอกลวงให้ยินยอมตามหลักกฎหมายไทยและตามหลักกฎหมายต่างประเทศในหัวข้อที่แล้ว ที่เป็นหลักการประการสำคัญที่จะทำให้พิจารณาถึงเรื่องความยินยอมที่เกิดจากการหลอกลวงเป็นความยินยอมโดยสมัครใจหรือไม่ ซึ่งจะมีผลให้สามารถพิจารณาถึงการให้ความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารได้ ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจึงจะนำหลักการดังกล่าวข้างต้นมาวิเคราะห์กับรูปแบบการหลอกลวงต่างๆ ที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน เพื่อพิจารณาถึงความยินยอมของผู้เสียหายกรณีถูกหลอกลวงว่าการหลอกลวงรูปแบบใดถึงขนาดเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป และรูปแบบใดไม่ถึงขนาดให้ความยินยอมเสียไป

ฉะนั้น การพิจารณาถึงรูปแบบการหลอกลวงในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารเพื่อพิจารณาถึงผลในการให้ความยินยอมของผู้เสียหาย ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะขอแยกพิจารณารูปแบบการหลอกลวงที่เกิดขึ้นในปัจจุบันออกเป็น 2 รูปแบบ กล่าวคือ การหลอกลวงเกี่ยวกับตัวบุคคลในหัวข้อ 5.3.1 และการหลอกลวงเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในหัวข้อ 5.3.2 ดังนี้

5.3.1 การหลอกลวงเกี่ยวกับตัวบุคคล

การหลอกลวงเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศ ในรูปแบบแรกนี้เป็นการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง โดยอาศัยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวบุคคลของผู้หลอกลวงเพื่อให้ผู้ถูกหลอกลวงเข้าใจผิดหรือสำคัญผิดในข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวบุคคลอย่างใดอย่างหนึ่ง และยินยอมมีความสัมพันธ์ทางเพศกับผู้หลอกลวง เป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าการหลอกลวงรูปแบบใดเป็นการหลอกลวงที่ทำให้ความยินยอมของผู้เสียหายเสียไปเป็นความยินยอมไม่สมัครใจหรือไม่บริสุทธิ์ หรือการหลอกลวงรูปแบบใดไม่ให้ความยินยอมเสียไปยังคงเป็นความยินยอมโดยสมัครใจ ซึ่งจะมีผลต่อการพิจารณาเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารตามแนวความคิดการหลอกลวงให้ยินยอมในประเทศไทยและต่างประเทศพิจารณาได้ดังนี้

5.3.1.1. การหลอกลวงให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

การหลอกลวงให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น เป็นการแสดงออกซึ่งข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อเท็จจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง โดยมีเจตนาที่จะให้ผู้ถูกหลอกลวงสำคัญผิดในตัวบุคคล โดยเข้าใจว่ามีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอีกบุคคลหนึ่งซึ่งไม่ใช่บุคคลที่กำลังมีความสัมพันธ์ทางเพศอยู่ด้วยในขณะนั้น จึงเป็นการกระทำให้ผู้ถูกหลอกลวงเข้าใจผิดไปจากความจริงของตนในเรื่องของตัวบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางเพศกับตน

ดังที่ได้ศึกษามาแล้วในบทก่อนหน้าว่าบุคคลย่อมมีเสรีภาพทางเพศที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนกับบุคคลใด ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่จะเลือกกำหนดเองโดยอิสระปราศจากการหลอกลวง และการเลือกที่จะมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลใดย่อมขึ้นอยู่กับความพึงพอใจของบุคคลนั้น การยินยอมต่อบุคคลหนึ่งย่อมไม่อาจถือได้ว่ายินยอมให้บุคคลอื่นด้วย

สำหรับการหลอกลวงโดยทำให้เข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น จนเป็นเหตุให้ผู้เสียหายยินยอมให้มีความสัมพันธ์ทางเพศนั้น โดยปกติแล้วมนุษย์ถือเป็นสัตว์สังคมชนิดหนึ่งที่เจริญแล้ว การมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลใดในสถานการณ์ใด ย่อมผ่านการตัดสินใจซึ่งเรียกว่าสิทธิในการเลือก ซึ่งเป็นส่วนสำคัญของเสรีภาพทางเพศ เพราะตามปกติวิสัยแล้วบุคคลย่อมไม่อาจมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลใดโดยไม่เลือกไม่ได้ ตามความรู้สึกของวิญญูชนคนทั่วไปแล้วตัวบุคคลจึงเป็นสาระสำคัญในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตน การหลอกลวงให้เข้าใจผิดตัวผิดคนเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศจึงเป็นการหลอกลวงที่ถึงขนาดเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป

และเมื่อพิจารณาตามลักษณะของการหลอกลวงตามแนวความคิดการหลอกลวงให้ยินยอมในประเทศไทยดังที่ได้พิจารณามาแล้วในหัวข้อ 5.2.2 การหลอกลวงให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นก็จัดอยู่ในลักษณะของการหลอกลวงในสาระสำคัญไม่ใช่เพียงการหลอกลวงในมูลเหตุจูงใจเท่านั้น จึงมีผลให้ความยินยอมของผู้เสียหายเสียไปไม่อาจถือได้ว่าผู้เสียหายยินยอมให้กระทำ เพราะผู้เสียหายยินยอมให้กระทำโดยสำคัญผิดเพราะถูกหลอกลวงไม่ใช่ความยินยอมโดยบริสุทธิ์หรือสมัครใจตามหลักความยินยอมในทางอาญา จึงเป็นการกระทำทางเพศโดยฝ่าฝืนต่อความยินยอมของผู้ถูกหลอกลวง

สำหรับในส่วนของการพิจารณาตามการแบ่งแยกลักษณะของการหลอกลวงในแนวความคิดการหลอกลวงให้ยินยอมของต่างประเทศก็เช่นกัน การหลอกลวงให้สำคัญผิดในตัวบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางเพศ ถือว่าการหลอกลวงเป็นเหตุให้ความยินยอมของผู้เสียหายเสียไป กลายเป็น

ความยินยอมที่ไม่สมัครใจหรือไม่บริสุทธิ์เช่นเดียวกัน โดยที่เดิมในประเทศสหรัฐอเมริกาศาลในหลายๆ มลรัฐได้ตัดสินถึงการหลอกลวงให้สำคัญผิดในตัวบุคคลแตกต่างกันไปว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา หรือไม่เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา แต่ส่วนมากถือว่าเป็นความผิด¹⁹

ตัวอย่างเช่น ในคดี United States v. Traylor²⁰ ที่หญิงผู้เสียหายมีเพศสัมพันธ์กับ ชายคนหนึ่งทางด้านหลัง แต่มีจำเลยเข้ามามีเพศสัมพันธ์กับหญิงแทนที่ชายคนดังกล่าวโดยหญิง ไม่รู้ตัว คดีนี้จำเลยอ้างว่าหญิงยินยอมให้ชายคนแรกมีเพศสัมพันธ์และจำเลยเพียงกระทำแทน แต่ศาล วางหลักเรื่องนี้ว่าความยินยอมไม่เพียงแต่การยินยอมให้มีเพศสัมพันธ์เท่านั้น แต่ยังรวมถึงการยินยอม ให้บุคคลใดก็เฉพาะบุคคลนั้นเท่านั้นได้รับความยินยอม เป็นต้น ซึ่งสำหรับในหลายๆ มลรัฐของประเทศ สหรัฐอเมริกาในปัจจุบัน เช่น มลรัฐเท็กซัส หรือมลรัฐอลาบามา เป็นต้น ก็ได้บัญญัติกฎหมายให้ คຸ່ມครองถึงการหลอกลวงให้สำคัญผิดในตัวบุคคลเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ เช่นเดียวกับมลรัฐ แคลิฟอร์เนียก็เกิดปัญหาเกี่ยวกับการหลอกลวงเพื่อเข้าถึงทางเพศจนเป็นที่มาของการแก้ไขกฎหมาย ให้ครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าวด้วย²¹

อย่างไรก็ตามในประเด็นปัญหานี้กฎหมายอาญาของประเทศต่างๆ ส่วนใหญ่ ก็ได้ บัญญัติรับรองคຸ່ມครองให้การกระทำชำเราหรือการกระทำไม่สมควรทางเพศต่อผู้อื่นโดยทำให้เข้าใจ ผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ และตามกฎหมายอาญาของไทยตั้งแต่ในกฎหมาย ลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 243 และในปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยมาตรา 276 และมาตรา 278 ก็ได้บัญญัติให้การหลอกลวงว่าตนเป็นบุคคลอื่น อันเป็นการหลอกลวงให้สำคัญ ผิดในตัวบุคคลเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารมาโดยตลอด ซึ่งมีคดีปรากฏ ให้เห็นตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 คือ คำพิพากษาศาล ฎีกาที่ 233/2462 ที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การปลอมตัวเป็นสามีของหญิงเข้านอนกอดกายและเปลื้องผ้า หญิง หญิงรู้ตัวตื่นแล้วลุกหนีเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร²² ซึ่งแสดงให้เห็นถึงแนวคิดในการให้

¹⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 841.

²⁰ United States v. Traylor (1994)

²¹ Verdict Justia, Rape by Deception Rape by Impersonation and a New California Bill [Online], 1 May 2013. Available from: <https://verdict.justia.com/2013/05/01/rape-by-deception-rape-by-impersonation-and-a-new-california-bill>

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 233/2462

ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศกรณีนี้ในประเทศไทยมาอย่างยาวนาน จึงเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับและสอดคล้องกันกับต่างประเทศแล้วเป็นอย่างดี

5.3.1.2 การหลอกลวงในคุณสมบัติของตัวบุคคล

การหลอกลวงโดยอาศัยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวบุคคล อีกรูปแบบหนึ่งนอกเหนือจากการหลอกลวงให้เข้าใจผิดไปจากตัวบุคคลดังกรณีก่อน กล่าวคือ เป็นการหลอกลวงในคุณสมบัติต่างๆ ของบุคคล ซึ่งเป็นการหลอกลวงให้เข้าใจผิดในรายละเอียดต่างๆ เกี่ยวกับตัวบุคคลผู้หลอกลวงไม่ใช่กรณีการหลอกลวงให้เข้าใจผิดตัวผิดคน ซึ่งการหลอกลวงในคุณสมบัติของตัวบุคคลนี้ผู้ถูกหลอกลวงรู้และเข้าใจว่าตนมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลใด และเป็นไปตามความประสงค์ของผู้ถูกหลอกลวงที่ต้องการจะมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลนั้น แต่เหตุที่ทำให้ผู้ถูกหลอกลวงยอมให้มีความสัมพันธ์ทางเพศเกิดจากการหลอกลวงโดยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งต่อผู้ถูกหลอกลวงเกี่ยวกับคุณสมบัติบางประการของผู้หลอกลวงได้แก่ลักษณะดังต่อไปนี้

(1) **การหลอกลวงในสถานภาพทางการสมรส** กล่าวคือ การหลอกลวงโดยอาศัยสถานภาพทางการสมรส เป็นการหลอกลวงเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศกับผู้ถูกหลอกลวงอย่างหนึ่งที่เกิดขึ้นอยู่เป็นประจำ เช่น กรณีชายซึ่งแต่งงานหรือมีครอบครัวอยู่แล้ว ไปคบหาใกล้ชิดกับผู้เสียหายโดยที่ปกปิดข้อเท็จจริงที่ว่าตนแต่งงานหรือมีครอบครัวอยู่แล้ว หรือแสดงข้อความอันเป็นเท็จว่าตนยังไม่สมรสหรือไม่มีครอบครัวนำมาซึ่งความไว้วางใจและยอมให้มีความสัมพันธ์ทางเพศ ซึ่งการหลอกลวงในสถานภาพทางการสมรสนี้มีการถกเถียงกันมาโดยตลอดว่าการกระทำดังกล่าวเป็นอาชญากรรมทางเพศหรือไม่ เป็นการมีความสัมพันธ์ทางเพศเพราะถูกหลอกลวงให้ยินยอมที่เป็นความยินยอมโดยไม่สมัครใจหรือไม่

ปัญหานี้ได้เคยเกิดในประเทศอิสราเอล ในปี 2010 ซึ่งชายคนหนึ่งได้หลอกลวงหญิงว่าตนเป็นชายโสดขาวยิว ซึ่งเป็นเหตุให้หญิงหลงเชื่อและจึงคบหาดูใจกับชายคนดังกล่าว ต่อมาได้ยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์กับชายคนดังกล่าว ภายหลังหญิงทราบว่าชายคนดังกล่าวมีครอบครัวแล้ว จึงนำคดีไปฟ้องศาล ซึ่งคดีนี้ศาลในเยรูซาเลม ประเทศอิสราเอล ตัดสินลงโทษจำคุกชายคนดังกล่าวในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา²³

²³ Robert R. Slaughter, "The riddle of rape by deception and the myth of sexual autonomy," pp.1393.

(2) การหลอกลวงในสถานภาพทางสังคม กล่าวคือ การหลอกลวงโดยอาศัยสถานภาพทางสังคม เป็นการแสดงออกให้ผู้ถูกหลอกลวงเชื่อว่าบุคคลผู้หลอกลวงนั้นเป็นบุคคลที่มีหน้าตาทางสังคม มีสถานภาพทางสังคมที่ดี เป็นที่ยอมรับของสังคม เช่น การหลอกลวงว่าตนเป็นบุคคลในนามสกุลดัง การหลอกลวงว่าตนเป็นบุคคลในราชสกุล หรือการหลอกลวงว่าเป็นไฮโซมีฐานะทางสังคมที่ดี เป็นต้น สิ่งเหล่านี้เป็นการหลอกลวงโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่เป็นคุณสมบัติของตัวบุคคล

(3) การหลอกลวงในฐานะทางการเงิน กล่าวคือ ฐานะทางการเงินมักเป็นเรื่องที่ถูกนำมาเป็นสิ่งโอ้อวดเพื่อแสดงออกต่อบุคคลอื่นทั้งนี้เพราะต้องการให้ได้รับการยอมรับในสังคม สำหรับการแสวงหาความสัมพันธ์ทางเพศนั้น ฐานะทางการเงินมักจะเป็นสิ่งที่นำมาหลอกลวงเพื่อดึงดูดใจให้ผู้อื่นยอมคบหาและมีความสัมพันธ์ทางเพศกับผู้หลอกลวง การที่หญิงสำคัญผิดในข้อเท็จจริงว่าชายที่ตนคบหาและยอมมีเพศสัมพันธ์เป็นคนที่มีความฐานะร่ำรวย แต่ความจริงเป็นเพียงการแสดงออกซึ่งการหลอกลวงว่ามีฐานะทางการเงินเท่านั้น กรณีดังกล่าวเป็นการหลอกลวงโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่เป็นคุณสมบัติของตัวบุคคลอย่างหนึ่ง

(4) การหลอกลวงในตำแหน่งหน้าที่การงาน กล่าวคือ เป็นกรณีที่บุคคลผู้ที่หลอกลวงไม่ได้มีหน้าที่การงานอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่แสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือแสดงออกให้ผู้อื่นเชื่อว่าตนมีตำแหน่งหน้าที่การงานนั้น ตัวอย่างที่เกิดขึ้นให้เห็นเป็นประจำ เช่น การที่ชายมิได้เป็นตำรวจแต่อย่างไร แต่ได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จว่าตนเป็นตำรวจเพื่อหลอกลวงให้หญิงยอมคบหาและมีความสัมพันธ์ทางเพศกับตน เป็นต้น

ตามตัวอย่างของการหลอกลวงในคุณสมบัติของตัวบุคคลไม่ว่าจะเป็นการหลอกลวงในสถานภาพทางสังคม การหลอกลวงในสถานภาพทางสังคม การหลอกลวงในฐานะทางการเงิน และการหลอกลวงในตำแหน่งหน้าที่การงานที่ได้ยกขึ้นมาข้างต้น ล้วนเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในสภาพสังคมปัจจุบันปรากฏให้เห็นเป็นข่าวสารอยู่บ่อยครั้ง และเป็นปัญหาที่น่าจะต้องพิจารณาในความผิดเกี่ยวกับเพศว่าการกระทำดังกล่าวเป็นอาชญากรรมหรือไม่ การพิจารณาถึงความเป็นอาชญากรรมทางเพศสิ่งที่ควรพิจารณา คือ การกระทำของผู้หลอกลวงกระทบต่อเสรีภาพทางเพศของผู้เสียหายหรือไม่ กล่าวคือ เป็นการกระทำทางเพศที่ปราศจากความยินยอมของผู้เสียหายอันจะทำให้เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารแล้วแต่กรณี

ในกรณีการหลอกลวงในคุณสมบัติของตัวบุคคลข้างต้น เมื่อพิจารณากับหลักความยินยอมในทางอาญาตามแนวความคิดการหลอกลวงให้ยินยอมในประเทศไทยแล้วจะเห็นได้ว่าการ

หลอกลวงในคุณสมบัติของตัวบุคคลเป็นการหลอกลวงในมูลเหตุจูงใจเท่านั้น ไม่ใช่การหลอกลวงในสาระสำคัญที่จะต้องเป็นการหลอกลวงให้ผิดตัวผิดคนไปจากที่ผู้ถูกหลอกลวงเข้าใจ เหตุที่เป็นเช่นนี้ เพราะการหลอกลวงในคุณสมบัตินั้นผู้เสียหายย่อมทราบดีถึงตัวบุคคลที่ตนมีความสัมพันธ์ทางเพศ ด้วย เพียงแต่การสำคัญผิดในรายละเอียดหรือคุณสมบัติต่างๆ ของบุคคลที่เป็นผู้หลอกลวงเท่านั้น

ทั้งเมื่อพิจารณาตามมาตรฐานของวิญญูชนคนทั่วไปแล้ว คุณสมบัติของตัวบุคคลไม่ ว่าจะเป็นสถานภาพทางการสมรส ฐานะทางสังคม ฐานะทางการเงิน ตำแหน่งหน้าที่การงาน แม้บาง สิ่งบางอย่างจะเป็นองค์ประกอบในการตัดสินใจที่จะมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่นของบุคคล บางคนที่เห็นว่าเรื่องดังกล่าวเป็นสาระสำคัญ แต่สำหรับมาตรฐานของวิญญูชนแล้วก็ยังไม่ถึงขนาดที่ จะแน่นอนแน่แท้ที่ว่าหากไม่มีการหลอกลวงคงจะไม่ยินยอมให้มีความสัมพันธ์ทางเพศ เพราะหาก ผู้ถูกหลอกลวงรู้ความจริงที่ถูกหลอกลวงก็ยังสามารถให้ความยินยอมที่จะมีความสัมพันธ์ทางเพศอยู่ นั้นเอง เรื่องเหล่านี้จึงเป็นเพียงองค์ประกอบลำดับรองลงมาของการตัดสินใจที่จะมีความสัมพันธ์ทาง เพศ นอกเหนือจากการเข้าใจผิดในตัวบุคคลซึ่งเป็นสาระสำคัญ ดังนั้น ถือได้ว่าผู้ถูกหลอกลวงยินยอม ให้กระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร การหลอกลวงในคุณสมบัติไม่ทำให้ความยินยอมเสียไป ยังคงเป็น ความยินยอมโดยสมัครใจอยู่นั่นเอง

สำหรับประเด็นนี้เมื่อพิจารณาตามแนวความคิดการหลอกลวงให้ยินยอมของไทย แล้วก็มีความสอดคล้องกับแนวความคิดการหลอกลวงให้ยินยอมในต่างประเทศที่การหลอกลวง ในคุณสมบัติของตัวบุคคลไม่เป็นเหตุให้ความยินยอมไม่บริสุทธิ์ ทั้งตามประมวลกฎหมายอาญา ในปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 หรือความผิดฐานกระทำ อนาจารตามมาตรา 278 การหลอกลวงในคุณสมบัติของตัวบุคคลไม่เป็นความผิดทั้งสองฐานดังกล่าว และแม้กระทั่งในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 243 แม้จะเขียนคำว่าหลอกลวงไว้เป็น องค์ประกอบของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่แนวทางการตีความและการอธิบาย กฎหมายก็เห็นตรงกันว่าไม่รวมถึงการหลอกลวงในคุณสมบัติของตัวบุคคลแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตามในประเด็นนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับหนึ่ง คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7631/2549 ที่วินิจฉัยไว้ว่า การที่ผู้เสียหายทั้งสามยอมให้จำเลยกระทำอนาจารเพราะหลงเชื่อว่า จำเลยเป็นเจ้าของพนักงานมีอำนาจกระทำได้ เกิดจากความเบาปัญญา อ่อนต่อโลกของผู้เสียหาย มิได้เกิด จากความสมัครใจและอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การที่จำเลยจับและลอบบริเวณแขน หัวไหล่

เด้านม และหน้าท้องของผู้เสียหายทั้งสามเป็นการใช้แรงทางกายภาพต่อผู้เสียหายทั้งสาม ถือได้ว่าเป็นการใช้กำลังประทุษร้าย เป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278²⁴

ซึ่งจากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับดังกล่าวผู้เสียหายเป็นนักเรียนซึ่งอายุเกิน 15 ปี รู้สภาพสาระสำคัญการกระทำตัวเองที่สามารถให้ความยินยอมได้แล้ว แต่ผู้เสียหายถูกจำเลยหลอกลวงในคุณสมบัติในตัวของตัวเองว่าตนเองเป็นสาววัยรุ่นนักเรียนขอตรวจค้นตัวผู้เสียหาย และในการตรวจค้นจำเลยได้ใช้มือลูบและจับบริเวณแขน หัวไหล่ เด้านม และหน้าท้องของผู้เสียหาย อันเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ ซึ่งศาลฎีกาเห็นว่าความยินยอมของผู้เสียหายเป็นความยินยอมที่ไม่ได้เกิดจากความสมัครใจ และผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ทั้งการจับและลูบถือเป็นการใช้แรงทางกายภาพอันเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายต่อผู้เสียหายจึงเป็นการกระทำอนาจาร ซึ่งคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ผู้เขียนเห็นพ้องด้วยในผลของคำพิพากษา แต่มีข้อสังเกตบางประการในเหตุผลแห่งคำวินิจฉัยที่ว่าความยินยอมของผู้เสียหายมิได้เกิดจากความสมัครใจ น่าจะไม่ได้เกิดจากเหตุผลที่ว่าการหลอกลวงเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปเป็นความยินยอมที่ไม่สมัครใจ เพราะจำเลยหลอกลวงว่าตนเองเป็นสาววัยรุ่นนักเรียนถือเป็นการหลอกลวงในคุณสมบัติของตัวบุคคลเป็นเพียงการหลอกลวงในมูลเหตุจูงใจเท่านั้น ไม่ได้หลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำดังเช่นการหลอกลวงให้สำคัญผิดตัวบุคคลไปเลย หรือการหลอกลวงให้สำคัญผิดในสภาพของการกระทำ แต่พอจะอนุมานได้ว่าศาลฎีกาคงหมายถึงการหลอกลวงดังกล่าวประกอบกับพฤติการณ์แห่งการกระทำต่างๆ ในคดีเป็นเหตุให้ผู้เสียหายตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้จึงจำยอมให้จำเลยกระทำดังกล่าว ไม่ใช่ความยินยอมด้วยความสมัครใจของผู้เสียหายแต่อย่างใด

ฉะนั้นแล้ว การหลอกลวงในคุณสมบัติของตัวบุคคลนั้นเป็นเพียงการหลอกลวงในมูลเหตุจูงใจเท่านั้น แม้ผู้เสียหายจะยินยอมให้มีความสัมพันธ์ทางเพศเพราะถูกหลอกลวง ความยินยอมของผู้เสียหายก็ถือได้ว่าเป็นความยินยอมโดยสมัครใจ การหลอกลวงในคุณสมบัติของตัวบุคคลย่อมไม่เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป ตามหลักการที่ว่า การหลอกลวงเป็นเหตุให้ความยินยอมของผู้เสียหายเสียไป (Fraud vitiates consent) แนวความคิดและทฤษฎีของหลักความยินยอมในทางอาญารวมถึงกฎหมายของไทยจึงมีความสอดคล้องกันกับต่างประเทศในประเด็นนี้

²⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7631/2549

5.3.2 การหลอกลวงเกี่ยวกับข้อเท็จจริง

ตามที่ได้พิจารณาเรื่องของการหลอกลวงเกี่ยวกับตัวบุคคลในหัวข้อก่อนมาแล้ว ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะขอศึกษาถึงการหลอกลวงเกี่ยวกับข้อเท็จจริง ซึ่งการหลอกลวงเกี่ยวกับข้อเท็จจริงนั้น หมายถึงข้อเท็จจริงอื่นๆ นอกเหนือจากข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับตัวบุคคลดังเช่นในหัวข้อ 5.3.1 ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งเกี่ยวกับข้อเท็จจริงต่างๆ อาจแยกข้อเท็จจริงแห่งการหลอกลวงออกเป็นการหลอกลวงในสภาพตามธรรมชาติของการกระทำ และการหลอกลวงในวัตถุประสงค์ของการกระทำ ฉะนั้น ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะแยกพิจารณาออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ การหลอกลวงในสภาพตามธรรมชาติของการกระทำในหัวข้อ 5.3.2.1 และการหลอกลวงในวัตถุประสงค์ของการกระทำในหัวข้อ 5.3.2.2 ดังนี้

5.3.2.1 การหลอกลวงในสภาพตามธรรมชาติของการกระทำ

การหลอกลวงในสภาพตามธรรมชาติของการกระทำ คือ การหลอกลวงให้เข้าใจผิดในสภาพทางกายภาพของการกระทำนั้นๆ โดยที่ผู้ถูกหลอกลวงไม่รู้ถึงสภาพทางกายภาพของการกระทำ เช่นว่านั่นเลย เช่น ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร การที่ผู้กระทำหลอกลวงจนถึงขนาดผู้เสียหายไม่รู้ว่าการกระทำดังกล่าวโดยสภาพทางกายภาพเป็นการกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร ถือเป็นการหลอกลวงในสภาพตามธรรมชาติของการกระทำ เป็นต้น แต่หากการหลอกลวงเพื่อให้ยินยอมที่ผู้ถูกหลอกลวงยังรู้ถึงสภาพของการกระทำว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำชำเราหรือเป็นการกระทำอนาจารแล้วแต่กรณี แต่ผู้ถูกหลอกลวงสำคัญผิดว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำเพื่อรักษาโรค หรือเป็นการกระทำเพื่อสะเดาะเคราะห์ตามความเชื่อ เหล่านี้ไม่ใช่การหลอกลวงในสภาพตามธรรมชาติของการกระทำ แต่เป็นการหลอกลวงในวัตถุประสงค์ของการกระทำเพราะผู้ถูกหลอกลวงรู้ดีว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำชำเราหรือเป็นการกระทำอนาจาร ซึ่งผู้เขียนจะพิจารณาในหัวข้อต่อไป

สำหรับการกระทำที่เป็นการหลอกลวงในสภาพตามธรรมชาติของการกระทำ ตัวอย่างเช่น การที่หมอเสนอให้หลอกหญิงสาวว่าในการทำพิธีกรรมตามความเชื่อจะต้องสอดใส่อุปกรณ์ที่ใช้ในการทำพิธีกรรมเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง แต่ความจริงหมอสอดใส่กลับนำอวัยวะเพศของตนสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง ถือได้ว่าหญิงไม่รู้สภาพของการกระทำว่าการกระทำดังกล่าวเป็น

การกระทำชำเรา เพราะเหตุที่ถูกหมอบเสนอให้ลบล้างว่าเป็นการประกอบพิธีกรรมโดยอุปกรณ์อย่างอื่น ถือเป็น การลบล้างให้เข้าใจผิดในสภาพตามธรรมชาติของการกระทำ

หรือเช่นเดียวกันกับการที่แพทย์รักษาผู้ป่วยโดยในการรักษาแพทย์ลบล้างว่าจะใช้อุปกรณ์ทางการแพทย์สอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้ป่วย แต่ความจริงกลับใช้อวัยวะสอดใส่เข้าไปเพื่อสนองความใคร่ของแพทย์ โดยที่ผู้เสียหายไม่ทราบว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำชำเรา เพราะแม้การกระทำชำเราตามความหมายปัจจุบันการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายจะถือว่าเป็นการกระทำชำเราได้เช่นกัน แต่เมื่อผู้เสียหายเข้าใจว่าเป็นการสอดใส่สิ่งอื่นใดโดยที่มิใช่การกระทำด้วยความประสงค์เพื่อสนองความใคร่ ก็เท่ากับว่าผู้เสียหายไม่รู้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำชำเรา จึงถือได้ว่าเป็นการลบล้างให้เข้าใจผิดในสภาพตามธรรมชาติของการกระทำ เป็นต้น หรือในคดี *Pomeroy v.State*²⁵ การที่แพทย์ร่วมเพศกับหญิงผู้ป่วยในสภาพที่หญิงผู้ป่วยไม่ทราบถึงสภาพของการกระทำและเข้าใจว่าเป็นการรักษาโรค ซึ่งศาลในคดีดังกล่าวตัดสินว่าเป็นการลบล้างให้หญิงผู้ป่วยสำคัญผิดในธรรมชาติของการกระทำ ถือไม่ได้ว่าหญิงผู้ป่วยยินยอมให้กระทำ

สำหรับการลบล้างในสภาพตามธรรมชาติของการกระทำนั้นหากพิจารณาตามหลักความยินยอมในกฎหมายอาญา การลบล้างรูปแบบนี้เป็นเหตุให้ผู้ถูกลบล้างถึงขนาดสำคัญผิดในสภาพทางกายภาพของการกระทำของตัวเอง โดยที่ไม่สามารถรู้ถึงการกระทำของตัวเองเข้าใจว่าเป็นการกระทำอีกอย่างหนึ่ง ซึ่งผู้ถูกลบล้างย่อมไม่อาจใช้สิทธิในการตัดสินใจในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตัวเองได้ ความยินยอมของผู้ถูกลบล้างเป็นการให้ความยินยอมโดยไม่ทราบสภาพที่แท้จริงในการกระทำของตน จึงเป็นการจำยอม (Submission) มิใช่ความยินยอมซึ่งทั้งแนวความคิดการลบล้างให้ยินยอมในประเทศไทยถือเป็นการลบล้างในสาระสำคัญเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป และแนวความคิดการลบล้างให้ยินยอมในต่างประเทศก็เป็นการลบล้างในสภาพตามธรรมชาติของการกระทำ ถือว่าการลบล้างเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปเช่นกัน ซึ่งทำให้ความยินยอมของผู้ถูกลบล้างมิใช่ความยินยอมที่บริสุทธิ์ จึงไม่อาจถือได้ว่าผู้ถูกลบล้างให้ความยินยอมให้กระทำการนั้นๆ

การลบล้างในสภาพตามธรรมชาติของการกระทำนั้น แม้จะถือว่าผู้ถูกลบล้างไม่ยินยอมให้กระทำชำเราหรือกระทำอนาจารต่อตน แต่การที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

²⁵ คดี *Pomeroy v.State* (1883)

และความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาได้นอกจากจะต้องมีการกระทำชำเราหรือกระทำไม่สมควรทางเพศโดยผู้ถูกล่วงละเมิดไม่ยินยอมอันเป็นการข่มขืนใจโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหายแล้ว การกระทำของผู้ถูกล่วงละเมิดจะต้องประกอบกับการข่มขืนใจอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 276 หรือมาตรา 278 ซึ่งได้แก่ การขู่เข็ญด้วยประการใดๆ การใช้กำลังประทุษร้าย การทำขณะอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ และการทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นด้วยแล้วแต่กรณี เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้บัญญัติถึงการหลอกลวงในสภาพของการกระทำไว้เป็นองค์ประกอบของความผิดโดยตรง

อย่างไรก็ตามปกติการหลอกลวงในสภาพตามธรรมชาติของการกระทำ เป็นการหลอกลวงจนถึงขนาดผู้ถูกล่วงละเมิดไม่รู้ถึงสภาพของการกระทำทางเพศของตน โดยไม่รู้เลยว่าเป็นการกระทำของตนเป็นการกระทำชำเราหรือเป็นการกระทำไม่สมควรทางเพศอันเป็นการกระทำอนาจาร การที่ผู้ถูกล่วงละเมิดสำคัญผิดถึงขนาดดังกล่าวพอจะถือได้ว่าผู้ถูกล่วงละเมิดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เพราะโดยสภาพของผู้ถูกล่วงละเมิดย่อมตกอยู่ในภาวะที่ไม่ทราบถึงการกระทำของตนเอง ก็ย่อมไม่สามารถขัดขืนการกระทำที่ตนไม่ทราบถึงสภาพของการกระทำของตนเองได้ การกระทำจึงอาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร โดยอาศัยองค์ประกอบของความผิดในส่วนโดยผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 หรือมาตรา 278 แล้วแต่กรณี

สำหรับปัญหานี้ในต่างประเทศเมื่อพิจารณาถึงกฎหมายเพศของประเทศอังกฤษตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 (The Sexual Offence Act 2003) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่ หรือความผิดฐานทำให้ผู้อื่นต้องเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม ซึ่งล้วนเป็นความผิดที่กำหนดองค์ประกอบความผิดโดยใช้คำว่า “โดยผู้ถูกล่วงละเมิดไม่ยินยอม” เข้าไปในองค์ประกอบของความผิดแต่ละฐานไปเลย ทั้งตามมาตรา 76 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวยังได้กำหนดบทสันนิษฐานเด็ดขาดเกี่ยวกับความยินยอมถึงกรณี “การหลอกลวงเกี่ยวกับลักษณะตามธรรมชาติของการกระทำ” ถือว่าผู้ถูกล่วงละเมิดไม่ยินยอมและไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่ายินยอมไว้อย่างชัดแจ้ง หรือในประเทศสหรัฐอเมริกาบทบัญญัติในเนสซี ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามาตรา 39-13-503 ได้บัญญัติองค์ประกอบของความผิดถึง “การกระทำชำเราที่ทำโดยการหลอกลวง” เป็น

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยเป็นการบัญญัติคำว่าหลอกลวงอยู่ในองค์ประกอบของความผิด เช่นเดียวกับมลรัฐอลาบามา²⁶

ดังนั้น สำหรับการหลอกลวงให้สำคัญผิดในสภาพตามธรรมชาติของการกระทำ ทั้งในหลักความยินยอมในทางอาญาตามแนวคิดในประเทศไทยถือเป็นการหลอกลวงในสาระสำคัญ เป็นเหตุให้ความยินยอมของผู้ถูกลอกลวงเสียไป และตามหลักความยินยอมในทางอาญาตามแนว คำพิพากษาของต่างประเทศก็อยู่ในลักษณะของการหลอกลวงในธรรมชาติของการกระทำ เป็นเหตุให้ ความยินยอมของผู้ถูกลอกลวงเสียไปเช่นกัน แนวความคิดทั้งสองจึงมีความสอดคล้องกันว่า ผู้ถูกลอกลวงมิได้ยินยอมด้วยความสมัครใจ จึงเป็นการข่มขืนใจละเมิดต่อเสรีภาพทางเพศของ ผู้ถูกลอกลวงอย่างหนึ่ง ซึ่งตามกฎหมายเพศของประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกาใน มลรัฐเท็นเนสซี และมลรัฐอลาบามา ต่างกำหนดความรับผิดชอบถึงการหลอกลวงเกี่ยวกับสภาพตาม ธรรมชาติของการกระทำเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศไว้อย่างชัดเจนและเอื้อต่อการลงโทษผู้กระทำ ความผิดได้อย่างดี แต่สำหรับประเทศไทยล้าหลังเพียงการหลอกลวงในสภาพของการกระทำยังไม่อาจ เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร ซึ่งศาลฎีกาต้องอาศัยการตีความว่าการ หลอกลวงกรณีดังกล่าวถือเป็นการกระทำให้ผู้ถูกลอกลวงตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การ กระทำชำเราหรือการกระทำไม่สมควรทางเพศจึงจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำ อนาจารตามประมวลกฎหมายหมายอาญามาตรา 276 หรือมาตรา 278 แล้วแต่กรณี

5.3.2.2 การหลอกลวงในวัตถุประสงค์ของการกระทำ

การหลอกลวงในวัตถุประสงค์ของการกระทำเป็นการหลอกลวงให้ผู้เสียหายสำคัญ ผิดในสิ่งซึ่งเป็นประโยชน์สุดท้ายของการกระทำหรือเป้าหมายของการกระทำ เช่น การหลอกลวงว่า หากให้กระทำชำเราจะทำให้หายจากโรคภัยไข้เจ็บ หรือการหลอกลวงว่าถ้าให้กระทำชำเราจะทำให้ ดวงชะตาดีขึ้น เป็นต้น ซึ่งเป็นการหลอกลวงที่ทำให้ผู้ถูกลอกลวงเชื่อว่าการกระทำชำเราหรือกระทำ อนาจารมีผลเป็นการสะเดาะเคราะห์หรือรักษาโรคได้ การหลอกลวงในวัตถุประสงค์ของการกระทำ แตกต่างกับการหลอกในสภาพตามธรรมชาติของการกระทำ ที่การหลอกลวงในวัตถุประสงค์ของการ กระทำผู้เสียหายรู้ดีว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำชำเราหรือเป็นการกระทำอนาจาร แต่ยอมให้

²⁶ ดูในหัวข้อ 5.4.1 วิเคราะห์การหลอกลวงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

กระทำเพราะสำคัญผิดตามที่ผู้ถูกหลอกลวงจะทำให้หายจากโรคร้ายไข้เจ็บ หรือจะทำให้ดวงชะตาดีขึ้น ส่วนการหลอกลวงในสภาพตามธรรมชาติของการกระทำดังที่ได้บรรยายไปแล้วในหัวข้อก่อนว่าเป็นกรณีที่ผู้ถูกหลอกลวงไม่รู้ถึงสภาพของการกระทำของตนเองเลย กล่าวคือ ผู้ถูกหลอกลวงไม่รู้ว่า การกระทำของตนเป็นการกระทำชั่วเราหรือเป็นการกระทำอนาจาร

อย่างไรก็ตามการหลอกลวงในวัตถุประสงค์ “ของการกระทำ” ต้องเป็นการหลอกลวงให้ผู้ถูกหลอกลวงสำคัญผิด “ในการกระทำ” กล่าวคือ การกระทำชั่วเราหรือการกระทำอนาจารนั่นเอง โดยที่ผู้ถูกหลอกลวงเข้าใจว่าการกระทำชั่วเราหรือการกระทำไม่สมควรทางเพศนั้นมีวัตถุประสงค์อย่างอื่นนอกเหนือจากการสนองความใคร่ของผู้ถูกหลอกลวงหรือผู้หลอกลวง ไม่ใช่การหลอกลวงในวัตถุประสงค์อื่นๆ ทว่าไปที่ผู้ถูกหลอกลวงไม่ได้สำคัญผิดในวัตถุประสงค์ของการกระทำ เช่น การที่อาจารย์มหาวิทยาลัยหลอกลวงนักศึกษาว่าหากให้กระทำชั่วเราจะให้เกรดเอ หรือการที่นายจ้างหลอกลวงลูกจ้างว่าหากให้กระทำชั่วเราจะต่อสัญญาจ้างให้ หรือการหลอกลวงว่าหากให้กระทำชั่วเราจะได้รับเงิน หรือการหลอกลวงว่าถ้าให้กระทำชั่วเราจะแต่งงานด้วยเป็นเหตุให้ผู้ถูกหลอกลวงยินยอมให้กระทำชั่วเรา ซึ่งจะเห็นได้ว่าการหลอกลวงดังกล่าวแม้เป็นการหลอกลวงในวัตถุประสงค์อื่นๆ ทว่าไปอันเป็นผลให้ผู้ถูกหลอกลวงยินยอมให้กระทำชั่วเรา แต่ผู้ถูกหลอกลวงไม่ได้สำคัญผิดในวัตถุประสงค์ของการกระทำแต่อย่างใด เพราะรู้ดีว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำชั่วเราหรือกระทำอนาจาร และรู้ดีว่าการกระทำเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ทางเพศของผู้มีความสัมพันธ์ทางเพศเอง เพียงแต่มีเงื่อนไขในการให้ความยินยอมอย่างใดอย่างหนึ่ง จึงไม่เป็นการหลอกลวงในวัตถุประสงค์ของการกระทำแต่อย่างใด

สำหรับการหลอกลวงในวัตถุประสงค์ก็เป็นอีกรูปแบบหนึ่งของการหลอกลวง ซึ่งการหลอกลวงรูปแบบนี้เป็นปัญหาที่ปรากฏให้เห็นได้บ่อยครั้ง ทั้งที่ปรากฏให้เห็นในประเทศไทยและต่างประเทศ ซึ่งพิจารณาได้ดังนี้

(1) การหลอกลวงว่าเป็นการรักษาโรคทางการแพทย์แผนปัจจุบัน แผนโบราณ หรือตามความเชื่อ

ในชีวิตของมนุษย์ทุกคนสิ่งที่แน่นอนที่สุดและหลีกเลี่ยงไม่ได้ คือ ความเจ็บป่วย การรักษาโรคจึงเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นการรักษาทางการแพทย์แผนปัจจุบัน แพทย์ทางเลือก กล่าวคือแพทย์แผนโบราณ หรือบางกรณีเป็นการรักษากับผู้รักษาโรคตามความเชื่อตามประเพณีของในแต่ละสังคม ซึ่งการที่บุคคลไปพบแพทย์หรือผู้รักษาเพื่อรับการตรวจรักษา ก็โดยประสงค์จะให้ตน

ต้องพ้นจากโรคภัยไข้เจ็บที่เป็นอยู่ แต่ในบางกรณีการรักษาโรคอาจก่อให้เกิดช่องทางที่เป็นการกระทำทางเพศนอกเหนือไปจากการรักษาโรคตามปกติวิสัยของแพทย์หรือผู้รักษา และที่ยิ่งไปกว่านั้นบางกรณีการกระทำของแพทย์หรือผู้รักษาเป็นการกระทำทางเพศที่ไม่เกี่ยวข้องหรือมีผลเป็นการรักษาโรคเลยแม้แต่น้อย ซึ่งเป็นการหลอกลวงเพื่อความประสงค์ที่จะสนองความต้องการทางเพศของตนโดยแท้

สำหรับการรักษาโรคทางการแพทย์ที่ปรากฏให้เห็นเป็นคดีที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ เช่น ในคดี R.v.Flattery เป็นกรณีที่ผู้เสียหายไปพบแพทย์เพื่อทำการรักษาอาการป่วย จำเลยหลอกลวงผู้เสียหายว่าการรักษาต้องทำให้เยื่อพรหมจารีขาด ผู้เสียหายหลงเชื่อว่าเป็นการรักษาทางการแพทย์จริง จึงยินยอมให้จำเลยกระทำ ซึ่งศาลตัดสินว่าไม่อาจถือว่าผู้เสียหายยินยอมให้กระทำ²⁷ แต่อย่างไรก็ตาม ในคดี Don Moran v. People เป็นกรณีที่แพทย์ชักจูงโดยการหลอกลวงให้เด็กหญิงอายุ 15 ปี มีความสัมพันธ์ทางเพศกับเขา ศาลฎีกาพิพากษากลับความเห็นอุทธรณ์ว่าไม่เป็นการข่มขืนเพราะไม่มีการใช้กำลังบังคับ²⁸ แต่ในคดีนี้ศาลได้ตั้งข้อสังเกตว่าการมีเพศสัมพันธ์โดยการหลอกลวงอาจมีความผิดอาญารฐานบังคับข่มขืนแต่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องออกเป็นกฎหมาย²⁹

ส่วนในประเทศไทยกรณีที่แพทย์กระทำความผิดทางเพศต่อผู้ป่วยมีกรณีเกิดขึ้นให้เห็นตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19715/2555³⁰ ที่วินิจฉัยว่า จำเลยซึ่งเป็นแพทย์ใช้กำลังประทุษร้ายโจทก์ร่วมโดยใช้มือดึงเสื้อและเสื้อชั้นในของโจทก์ร่วมขึ้นแล้วจับหน้าอกของโจทก์ร่วม เมื่อโจทก์ร่วมดึงเสื้อดังกล่าวลงมา จำเลยยังเอามือสอดเข้าไปใต้เสื้อของโจทก์ร่วม แล้วใช้มือกดที่หน้าอกของโจทก์ร่วมหลายครั้ง และจำเลยเอามือสอดเข้าไปใต้กางเกงของโจทก์ร่วมและกดตรงหัวเหน่าของโจทก์ร่วม ในขณะที่จำเลยตรวจรักษาโรคให้โจทก์ร่วม ซึ่งโจทก์ร่วมอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 ซึ่งจากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวจะเห็นได้ว่าจำเลยซึ่งเป็นแพทย์ได้ใช้โอกาสที่ตนรักษาผู้ป่วยกระทำการไม่สมควรทางเพศกับผู้เสียหายโดยทำที่เป็นการตรวจรักษาโรคตามปกติวิสัยของแพทย์ แต่ผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้เข้ารับการรักษามีการบำบัดป้องกันการกระทำของจำเลย การกระทำของจำเลยนอกจากเป็นการทำที่เป็นการตรวจรักษาซึ่งเป็นการ

²⁷ คดี R.v.Flattery (1877)

²⁸ คดี Don Moran v. People (1872)

²⁹ Patricia J. Falk, "Rape by Fraud and Rape by Coercion," 64 Brooklyn Law Review 39(1998) pp.55-56.

³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19715/2555

หลอกลวงแล้ว ยังเป็นการกระทำขณะผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ และมีการใช้กำลังประทุษร้ายต่อผู้เสียหายอีกด้วยเพราะมีการป้องกันการกระทำของจำเลย

สำหรับการหลอกลวงว่าเป็นการรักษาโรคนอกเหนือจากการหลอกลวงว่าเป็นการรักษาโรคตามแพทย์แผนปัจจุบัน ในบางกรณีการรักษาโรคอาจเป็นการรักษาแพทย์ทางเลือก คือ แพทย์แผนโบราณตามวิถีของคนในแต่ละสังคม เช่น การฝังเข็ม การนวดบำบัดกล้ามเนื้อที่พิการ การตรวจรักษาโรคกับแพทย์แผนโบราณโดยสมุนไพร เป็นต้น และสำหรับในบางสังคมโดยเฉพาะสังคมในชนบทการรักษาโรคได้นำการรักษาตามฉบับแผนโบราณมาประกอบกับการรักษาโรคด้วยความเชื่อทางศาสนา ภูตผี เทวดา หรือในบางกรณีอาจเป็นการรักษาโดยอาศัยความเชื่อส่วนบุคคลเพียงอย่างเดียวเท่านั้น

สำหรับปัญหานี้หากจะพิจารณาเปรียบเทียบกับตัวอย่างที่เคยเกิดขึ้นในต่างประเทศนั้น ได้มีศาลในต่างประเทศเคยตัดสินไว้ในคดี R.v.Williams ซึ่งเป็นกรณีที่ชายหัวหน้าวงดนตรีหลอกลวงหญิงซึ่งเป็นนักร้องว่า การร่วมเพศเป็นวิธีการที่จะช่วยเปิดช่องหายใจจะทำให้มีเสียงที่ดีขึ้น หญิงหลงเชื่อและยอมร่วมเพศกับชาย การกระทำของชายเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา เพราะเป็นการหลอกลวงให้หญิงยินยอมโดยไม่รู้ถึงสาระสำคัญนั้น³¹

ส่วนในประเทศไทยศาลฎีกาได้เคยตัดสินในเรื่องนี้ไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5837/2530 กรณีจำเลยหลอกลวงรักษาโรคให้ผู้เสียหายโดยใช้เท้าเหยียบที่หน้าขา อวัยวะเพศ ท้อง หน้าอก แล้วใช้มือคลำทั่วร่างกายเปลือยของหญิงโดยเฉพาะที่นม อวัยวะเพศ ตลอดจนใช้นิ้วล้วงเข้าไปในช่องคลอด แล้วให้หญิงนอนโค้งค้ำเพื่อเอาของลับของจำเลยมาคลึงให้แข็งตัว ศาลฎีกาตัดสินว่า การกระทำแสดงว่าผู้เสียหายยอมให้จำเลยกระทำอนาจารโดยโง่เขลาเบาปัญญา หลงเชื่ออย่างมงายว่าจำเลยทำการรักษาโรคให้ได้ จึงไม่เป็นการขู่เชือดโดยใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เชือดจนผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ไม่เป็นความผิด³²

ดังนั้น การหลอกลวงว่าเป็นการรักษาโรคทางการแพทย์ปัจจุบัน แผนโบราณ หรือตามความเชื่อ ถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการหลอกลวงในวัตถุประสงค์ของการกระทำโดยที่ผู้ถูกลอกลวงรู้ดีถึงสภาพของการกระทำว่าเป็นการกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร แต่สำคัญผิดหรือเชื่อในวัตถุประสงค์ของการกระทำว่าเป็นการกระทำเพื่อรักษาโรค ไม่ใช่การกระทำเพื่อสนองความใคร่แต่

³¹ คดี R.v.Williams (1923)

³² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5837/2530

อย่างไร ซึ่งมีลักษณะเดียวกันกับการหลอกลวงว่าเป็นการทำนายดวง สะเดาะเคราะห์ หรือประกอบพิธีกรรมทางความเชื่อซึ่งจะพิจารณาต่อไป

(2) การหลอกลวงว่าเป็นการทำนายดวงชะตา การสะเดาะเคราะห์ หรือการประกอบพิธีกรรมทางความเชื่อ

ในสังคมทุกๆ สังคมมักจะมี ความเชื่อต่างๆ ตามประเพณีและวัฒนธรรมที่สืบทอดกันมาของสังคมนั้นๆ โดยเฉพาะในประเทศไทยการทำนายดวงชะต้ามักจะได้รับความนิยมจากบุคคลจำนวนมากที่ต้องการรู้ค่าทำนายชีวิตของตนล่วงหน้า ทั้งเมื่อมีการทำนายแล้วเป็นไปในทางที่ไม่ดี มักจะต้องมีการทำพิธีกรรมเพื่อแก้ไขให้ร้ายกลายเป็นดี หรือในกรณีของความเชื่อทางศาสนาหรือความเชื่อของท้องถิ่น ในบางกรณีบุคคลที่ไปทำพิธีเหล่านี้เพราะมีเรื่องเดือดเนื้อร้อนใจ เช่น ในกรณีที่หญิงที่สามีไปมีหญิงอื่นมักจะไปพึ่งความเชื่อทางพิธีกรรมเหล่านี้เพื่อให้สามีกลับมาอยู่กับตน หรือบุตรซึ่งถูกบิดาทิ้งให้อยู่กับมารดาต้องการให้บิดากลับมาอยู่ด้วยจึงไปพึ่งพาการสะเดาะเคราะห์ตามความเชื่อ เป็นต้น สิ่งเหล่านี้มีผลต่อสภาพทางจิตหรือความเชื่อของคนในสังคมอย่างมาก เป็นช่องทางให้ผู้กระทำไม่ว่าจะเป็นหมอดู พระ ผู้นำทางศาสนาหรือจิตวิญญาณอื่นๆ มักจะอาศัยความเชื่อเหล่านี้มาเป็นเหตุในการหลอกลวงเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศกับผู้ถูกหลอกลวงซึ่งส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างร้ายแรง

สำหรับในต่างประเทศในคดี State v. Dutton³³ ที่จำเลยเป็นพระคริสตจักรให้คำปรึกษากับหญิง โดยล่อลวงให้มีความสัมพันธ์ทางเพศด้วยการบอกว่าเป็นสิ่งที่ดีสำหรับตัวหญิงนั้น คดีนี้จำเลยถูกลงโทษใน 4 ข้อหาของการกระทำความผิดทางเพศของรัฐมินิโซต้า โดยศาลพิจารณาลักษณะสองส่วนทั้งด้านอารมณ์ของผู้เสียหายและการหลอกลวงของจำเลย โดยเห็นว่ากฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องผู้ที่อ่อนแอและช่วยให้สามารถวางใจในผู้ที่สามารถให้ความช่วยเหลือได้จากคดี Dutton และคดีอื่นๆ ที่มีความคล้ายคลึงกันเป็นเหตุให้ต่อมาสภานิติบัญญัติรัฐมินิโซต้าได้แก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำทางเพศด้วยการบัญญัติเฉพาะเจาะจงกรณีเป็นการกระทำของนักบวชในพระราชบัญญัติมินิโซต้ามาตรา 609.344 ซึ่งรวมถึงการกระทำของนักจิตบำบัดต่อผู้ป่วย และการหลอกลวงว่าเป็นการรักษาโรค³⁴

³³ คดี State v. Dutton (1990)

³⁴ Patricia J. Falk, "Rape by Fraud and Rape by Coercion," pp.62-63.

สำหรับการหลอกลวงว่าเป็นการทำนายดวง สะเดาะเคราะห์ หรือประกอบพิธีกรรมทางความเชื่อในประเทศไทยเกิดเป็นปัญหาที่มีมาเนิ่นนาน มีตัวอย่างเป็นคดีให้เห็นในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 509/2529 ที่เป็นกรณีและผู้เสียหายไปพบจำเลยโดยจำเลยทำอุบายว่าผู้เสียหายดวงชะตาไม่ดี จำต้องให้จำเลยสะเดาะเคราะห์ให้โดยใช้อวัยวะเพศสอดใส่ในทวารหนักของผู้เสียหาย ศาลฎีกาตัดสินว่า เป็นการกระทำที่อาศัยความเบาปัญญาของผู้เสียหายที่หลงเชื่อว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการสะเดาะเคราะห์ จึงไม่เป็นการขู่ขู่ว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายจนผู้เสียหายอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้ เป็นการยอมให้กระทำอนาจารไม่เป็นความผิด³⁵

แต่ต่อมาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557 ได้วินิจฉัยเรื่องนี้ไว้ว่า ผู้เสียหายที่ 1 ยอมให้จำเลยกระทำชำเราเพราะหลงเชื่อในอุบายของจำเลยที่ทำนายว่าผู้เสียหายที่ 1 ดวงชะตาไม่ดี จะต้องทำพิธีกรรมเพื่อสะเดาะเคราะห์เพื่อที่บิดาผู้เสียหายทั้งสองที่เลิกกับมารดาผู้เสียหายทั้งสอง จะส่งเงินให้แก่ผู้เสียหายที่ 1 แสดงว่าผู้เสียหายที่ 1 เยาว์วัยอ่อนต่อโลก มีความโง่เขลาเบาปัญญาหลงเชื่ออย่างมงายว่าจำเลยสามารถทำพิธีสะเดาะเคราะห์ต่อดวงชะตาจนส่งเสริมให้บิดาส่งเงินมาให้ได้ ดังนั้น การที่ผู้เสียหายที่ 1 ยอมให้จำเลยกระทำชำเราหลายครั้ง มิได้เกิดจากความสมัครใจและอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การที่จำเลยเลิกเสื้อของผู้เสียหายที่ 1 ขึ้น ใช้ปากกาเขียนที่หน้าอกที่ตัว และใช้น้ำมันทาตัวผู้เสียหายที่ 1 ถอดกางเกงผู้เสียหายที่ 1 แล้วจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของจำเลยเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 ซักเข้าซักออกจนสำเร็จความใคร่ ถือได้ว่าเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายเป็นเหตุให้ผู้เสียหายที่ 1 อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้³⁶

จากคำพิพากษาของศาลฎีกาทั้งสองเรื่องข้างต้น ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 509/2529 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “การที่ผู้เสียหายยินยอมให้สอดใส่อวัยวะเพศในทวารหนักของผู้เสียหาย เพราะจำเลยหลอกลวงผู้เสียหายว่าดวงชะตาไม่ดี จำต้องให้จำเลยสะเดาะเคราะห์ เป็นการกระทำที่อาศัยความโง่เขลาเบาปัญญาของผู้เสียหาย เป็นการยินยอมให้กระทำจึงไม่เป็นความผิด” แต่สำหรับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “การที่ผู้เสียหายยอมให้จำเลยกระทำชำเราเพราะหลงเชื่อในอุบายของจำเลยที่ทำนายว่าผู้เสียหายดวงชะตาไม่ดี จะต้องทำพิธีกรรมเพื่อสะเดาะเคราะห์ ซึ่งผู้เสียหายเยาว์วัยอ่อนต่อโลก มีความโง่เขลาเบาปัญญาหลงเชื่ออย่างมงาย การที่ผู้เสียหายยอมให้จำเลยกระทำชำเราหลายครั้งจึงมิได้เกิดจากความสมัครใจ” ซึ่งเมื่อพิจารณาจากทั้งสอง

³⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 509/2529

³⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557

คำพิพากษาศาลฎีกาเป็นกรณีกระทำต่อผู้เสียหายที่เป็นบุคคลอายุเกินกว่า 15 ปี ทั้งสองกรณี แต่ในการวินิจฉัยในหลักเรื่องความยินยอมในทางอาญาของผู้เสียหายกลับวินิจฉัยแตกต่างกัน โดยคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับแรกวินิจฉัยว่าการยินยอมเพราะถูกหลอกลวงว่าเป็นการสะเดาะเคราะห์เป็นความยินยอมโดยสมัครใจจึงไม่อาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารแล้วแต่กรณี ส่วนของคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับหลังกลับวินิจฉัยว่าการยินยอมเพราะถูกหลอกลวงว่าเป็นการสะเดาะเคราะห์เป็นความยินยอมไม่สมัครใจไม่อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอม จึงเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ดังนั้น จากการพิจารณาถึงการหลอกลวงว่าเป็นการรักษาโรคทางการแพทย์ปัจจุบัน แผนโบราณ หรือตามความเชื่อ และการหลอกลวงว่าเป็นการทำนายดวงชะตา การสะเดาะเคราะห์ หรือการประกอบพิธีกรรมทางความเชื่อ ประกอบตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่าทั้งสองกรณีล้วนเป็นการหลอกลวงในวัตถุประสงค์ของการกระทำ หากพิจารณาตามแนวความคิดการหลอกลวงให้ยินยอมในประเทศไทยแล้ว การหลอกลวงในวัตถุประสงค์ของการกระทำมิใช่การหลอกลวงเกี่ยวกับตัวบุคคลหรือการหลอกลวงในสภาพของการกระทำที่จะเป็นการหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำ เพราะการหลอกลวงวัตถุประสงค์ของการกระทำ ผู้กระทำรู้ดีถึงสภาพของการกระทำของตนเองแต่สำคัญผิดในวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งจึงเป็นเพียงการหลอกลวงในมูลเหตุจูงใจเท่านั้น ไม่เป็นเหตุให้ความยินยอมของผู้ถูกหลอกลวงเสียไปยังคงถือได้ว่าผู้ถูกหลอกลวงยินยอมด้วยใจสมัครจึงเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์

แต่หากพิจารณาตามแนวความคิดการหลอกลวงให้ยินยอมของต่างประเทศจะเห็นได้ว่าการหลอกลวงว่าเป็นการรักษาโรคทางการแพทย์แผนปัจจุบัน แผนโบราณ หรือตามความเชื่อ และการหลอกลวงว่าเป็นการทำนายดวงชะตา สะเดาะเคราะห์ หรือประกอบพิธีกรรมทางความเชื่อ ก็จัดได้ว่าอยู่ในลักษณะของการหลอกลวงให้สำคัญผิดในธรรมชาติของการกระทำ ซึ่งมีได้จำกัดเฉพาะการหลอกลวงที่ต้องถึงขนาดผู้ถูกหลอกลวงสำคัญผิดในสภาพของการกระทำเสียเลยเท่านั้น รวมถึงการหลอกลวงที่ทำให้ผู้ถูกหลอกลวงสำคัญผิดในวัตถุประสงค์ของการกระทำด้วย การหลอกลวงในวัตถุประสงค์ของการกระทำจึงเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป ความยินยอมของผู้ถูกหลอกลวงจึงเป็นความยินยอมที่ไม่สมัครใจ ไม่อาจถือได้ว่าผู้ถูกหลอกลวงยินยอมให้กระทำ

อย่างไรก็ตามเหตุที่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 509/2529 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557 ข้างต้น ตัดสินเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายแตกต่างกัน ผู้ศึกษาเห็นว่าเหตุที่เป็น

เช่นนี้เพราะเหตุว่าการหลอกลวงทำนายดวงชะตาและต้องทำการสะเดาะเคราะห์ จนเป็นที่มาของการกระทำทางเพศถือเป็นภัยร้ายแรงต่อสังคมก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลในสังคมวงกว้าง ก่อให้เกิดความเสียหายทั้งด้านทรัพย์สินของผู้ถูกลอกลวงที่ต้องสูญเสียเงินทอง และกระทบต่อเสรีภาพทางเพศของผู้ถูกลอกลวง ศาลฎีกาจึงตีความในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557 แตกต่างไปจากแนวคำพิพากษาเดิม โดยนอกเหนือจากจะเห็นว่าความยินยอมของผู้เสียหายไม่ใช่ความยินยอมโดยสมัครใจ ศาลฎีกายังวินิจฉัยอีกว่าการกระทำของจำเลยกระทำขณะอยู่ในภาวะที่ผู้เสียหายไม่อาจขัดขืนได้ ทั้งการใช้ปากกาเขียนที่หน้าอก การใช้น้ำมันทาตัว และการถอดกางเกงแล้วสอดใส่อวัยวะเพศไปในอวัยวะเพศผู้เสียหายแล้วชักเข้าชักออกเป็นการใช้กำลังประทุษร้าย ซึ่งดูเสมือนเป็นการตีความขยายความลักษณะของคำว่า “ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” กว้างไปกว่าคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 509/2529 ทั้งยังตีความไปถึงลักษณะตามปกติทั่วไปของการกระทำไม่สมควรทางเพศและการกระทำชำเราว่า “เป็นการใช้กำลังประทุษร้าย” อยู่ในตัว ทั้งนี้จึงจะเข้าใจได้ว่าเป็นการตีความเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม อย่างไรก็ตาม การอาศัยการตีความว่าการถูกลอกลวงเป็นเหตุให้ตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้นั้น เป็นการส่อเสี่ยงต่อการถูกโต้แย้งได้ เพราะเหตุว่าจะกลายเป็นว่าการหลอกลวงทุกรูปแบบเป็นเหตุให้ผู้ถูกลอกลวงตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ซึ่งเป็นการยากที่จะจำกัดขอบเขตและจะทำให้การหลอกลวงทุกรูปแบบอาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารแล้วกรณี ซึ่งเช่นเดียวกับการตีความถึงลักษณะตามปกติทั่วไปของการกระทำชำเราและการกระทำไม่สมควรทางเพศว่าเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายอยู่ในตัวนั่นเอง

โดยสรุปเมื่อพิจารณาตามแนวความคิดการหลอกลวงให้ยินยอมในประเทศไทยแล้ว การหลอกลวงในวัตถุประสงค์ของการกระทำนั้นเป็นเพียงการหลอกลวงในมูลเหตุจูงใจไม่ทำให้ความยินยอมเสียไป แต่การหลอกลวงในวัตถุประสงค์ในบางกรณีก่อให้เกิดผลกระทบต่อทางด้านสังคมอย่างมาก เป็นช่องทางให้ผู้กระทำความผิดแสวงหาเหยื่ออย่างไม่มีที่สิ้นสุด และกระทบต่อเสรีภาพทางเพศของผู้ถูกลอกลวง เป็นเหตุให้ศาลฎีกาต้องตีความไปถึงการหลอกลวงเป็นกระทำให้ผู้ถูกลอกลวงตกอยู่ในภาวะที่ผู้ถูกลอกลวงไม่สามารถขัดขืนได้ และต้องตีความถึงลักษณะของการกระทำชำเราและการกระทำไม่สมควรทางเพศตามปกติว่าเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายอยู่ในตัว เพื่อให้เข้าองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารแล้วแต่กรณี แต่หลักการดังกล่าวก็ได้รับการยอมรับตามแนวความคิดการหลอกลวงให้ยินยอมของต่างประเทศ ที่เห็นว่าการหลอกลวงในสำคัญผิดในวัตถุประสงค์ของการกระทำเป็นการหลอกลวงให้สำคัญผิดในธรรมชาติ

ของการกระทำ ที่เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปเป็นความยินยอมโดยไม่สมัครใจอย่างหนึ่งซึ่งไม่อาจถือว่าเป็นความยินยอม

5.4 วิเคราะห์มาตรการที่เหมาะสมเกี่ยวกับการหลอกลวงให้ยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารในประเทศไทย

สำหรับในหัวข้อนี้จากที่ผู้เขียนได้ศึกษาในบทที่ผ่านมา ก็จะได้นำมาวิเคราะห์ความเหมาะสมในการพิจารณาความผิดและมาตรการกำหนดความผิดที่เกี่ยวกับการหลอกลวงให้ยินยอมในความผิดเกี่ยวกับเพศ เพื่อจะได้พิจารณาถึงความเหมาะสมในการพิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารในส่วนของ การหลอกลวงให้ยินยอม และเพื่อพิจารณาถึงความเหมาะสมของมาตรการกำหนดความผิดในการพิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารในส่วนของ การหลอกลวงให้ยินยอม โดยจะแยกวิเคราะห์เป็น 2 หัวข้อ คือ วิเคราะห์การหลอกลวงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารของไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศในหัวข้อ 5.4.1 และวิเคราะห์ความเหมาะสมในการพิจารณาความผิดและการกำหนดบทบัญญัติความผิดที่เกี่ยวกับการหลอกลวงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารในหัวข้อ 5.4.2 ดังนี้

5.4.1 วิเคราะห์การหลอกลวงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะวิเคราะห์เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยตั้งแต่พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 และประมวลกฎหมายอาญากับความผิดเกี่ยวกับเพศของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศไอซ์แลนด์ มลรัฐเท็กซัส และมลรัฐอลาบามาประเทศสหรัฐอเมริกา โดยจะวิเคราะห์เปรียบเทียบใน 3 ประเด็น คือ ประเด็นองค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวกับการหลอกลวง ประเด็นการจำกัดประเภทของความผิด และลักษณะของโทษ ดังนี้

5.4.1.1 องค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวกับการหลอกลวง

สำหรับองค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวกับการหลอกลวงตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 มาตรา 3 กำหนดองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราว่า ชายใดชำเราด้วยหญิงในเหตุ 4 ประการ ผู้นั้น ข่มขืนทำชำเราหญิง คือ (2) หญิงยินยอม ซึ่งคำว่า หญิงยินยอม แม้ไม่ได้ใช้กำลังขืนใจแต่ทำให้หญิงอยู่ในสภาวะไม่สามารถขัดขืนได้ เช่น การปลอมตัวว่าเป็นสามีของหญิงเพื่อกระทำชำเราหญิง เป็นต้น ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงแนวความคิดเกี่ยวกับการหลอกลวงให้ยินยอมที่เป็นการหลอกลวงให้สำคัญตัวบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองในประเทศไทยตั้งแต่พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118

ต่อมาในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตาม มาตรา 243 วรรคสอง บัญญัติว่า ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราขืนใจหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของมันเอง ท่านว่ามันข่มขืนทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 246 บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบสามขวบขึ้นไปโดยมันใช้อำนาจด้วยกำลัง หรือด้วยวาจาขู่เข็ญ หรือมันใช้อุบายหลอกลวงด้วยประการใดๆ ก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ซึ่งตามความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 243 วรรคสอง และมาตรา 246 ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 เป็นการกำหนดคำว่า “ใช้อุบายหลอกลวง” ไว้ในองค์ประกอบความผิด ซึ่งตามคำอธิบายของศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย อธิบายว่า การใช้อุบายหลอกลวง หมายถึง การใช้อุบายหลอกลวงให้เข้าใจผิดซึ่งหากรู้ความจริงจะไม่ยอมให้ชำเรา ซึ่งอาจเป็นการหลอกลวงให้สำคัญผิดตัวบุคคลผู้กระทำไปเลย หรืออาจเป็นการหลอกลวงที่ผู้ถูกกระทำไม่รู้ถึงสภาพของการกระทำว่าเป็นการกระทำชำเรา และยังรวมถึงวัตถุประสงค์บางอย่าง เช่น ทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นการกระทำเพื่อรักษาโรคทางการแพทย์ เป็นต้น แต่ไม่รวมถึงการหลอกลวงในคุณสมบัติของบุคคล หรือคำมั่นสัญญาต่างๆ

และสำหรับประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบันความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 276 และมาตรา 278 กำหนดองค์ประกอบของความผิดที่เกี่ยวกับการหลอกลวงให้ยินยอมไว้เพียงประการเดียว กล่าวคือ การข่มขืนกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจาร “โดยทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” ซึ่งเป็นการกำหนดรูปแบบเดียวของการหลอกลวงเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร

แต่สำหรับในต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นประเทศอังกฤษ ประเทศไอซ์แลนด์ ประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐเท็กซัส และมลรัฐอลาบามา ต่างก็ได้บัญญัติถึงการหลอกลวงเพื่อให้ผู้เสียหาย

ยินยอมมีเพศสัมพันธ์หรือมีความสัมพันธ์ทางเพศอื่นๆ เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งอาจมีลักษณะที่เหมือนกันหรือแตกต่างกันกับกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศในแต่ละประเทศ ดังนี้

A. ประเทศอังกฤษ ตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 “The Sexual Offence Act 2003” ได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศไว้หลายฐานความผิด ได้แก่ มาตรา 1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา 2 ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ มาตรา 3 ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่ และมาตรา 4 ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นต้องเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

มาตรา 1³⁷ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

(1) ผู้ใด (A) กระทำความผิดถ้า

(a) ผู้นั้นเจตนาใช้อวัยวะเพศชายของตนสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น (B)

(b) โดยที่ B ไม่ได้ยินยอมในการสอดใส่นั้น และ

(c) A ไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าตนมีเหตุอันควรเชื่อว่า B ยินยอมในการกระทำความผิดดังกล่าว

(2) การพิสูจน์ถึงความเชื่อดังกล่าวต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งหมด รวมทั้งการกระทำทุกขั้นตอนที่ A ได้ดำเนินการเพื่อยืนยันความยินยอมของ B

(3) ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 75 และ 76 มาใช้บังคับด้วย

(4) การพิจารณาคดีใช้วิธีการ Indictment และผู้กระทำความผิดฐานนี้ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

มาตรา 2³⁸ ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่

³⁷ The Sexual Offence Act 2003 Section 1 Rape

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

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

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

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

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

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

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

- (1) ผู้ใด (A) กระทำความผิดฐานนี้ถ้า
 - (a) ผู้กระทำความผิดสอดใส่ส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือวัตถุอื่นใดเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักผู้อื่น (B)
 - (b) การสอดใส่นั้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ
 - (c) โดยผู้ถูกกระทำไม่ยินยอมให้ผู้กระทำความผิดสอดใส่ และ
 - (d) ไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้ถูกกระทำยินยอมให้ผู้กระทำความผิดเช่นนั้น
- (2) การพิสูจน์ถึงความเชื่อดังกล่าวต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งหมด รวมทั้งการกระทำทุกขั้นตอนที่ A ได้ดำเนินการเพื่อยืนยันความยินยอมของ B
- (3) ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 75 และ 76 มาใช้บังคับด้วย
- (4) การพิจารณาคดีใช้วิธีการ Indictment และผู้กระทำความผิดฐานนี้ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

มาตรา 3³⁹ ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มี การสอดใส่

³⁸ Section 2 Assault by penetration

- (1) A person (A) commits an offence if—
 - (a) he intentionally penetrates the vagina or anus of another person (B) with a part of his body or anything else,
 - (b) the penetration is sexual,
 - (c) B does not consent to the penetration, and
 - (d) A does not reasonably believe that B consents.
- (2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.
- (3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.
- (4) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

³⁹ Section 3 Sexual assault

- (1) A person (A) commits an offence if—
 - (a) he intentionally touches another person (B),
 - (b) the touching is sexual,
 - (c) B does not consent to the touching, and
 - (d) A does not reasonably believe that B consents.
- (2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.
- (3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.

- (1) ผู้ใด (A) กระทำความผิดฐานนี้ ถ้า
 - (a) ผู้กระทำมีเจตนาสัมผัสบุคคลอื่น
 - (b) การสัมผัสนั้นมีวัตถุประสงค์ทางเพศ
 - (c) โดยที่ผู้ถูกระทำไม่ยินยอมให้ผู้กระทำการสัมผัส และ
 - (d) ไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้ถูกระทำยินยอมให้ผู้กระทำฯ เช่นนั้น
 - (2) การพิสูจน์ถึงความเชื่อดังกล่าวต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งหมด รวมทั้งการกระทำทุกขั้นตอนที่ A ได้ดำเนินการเพื่อยืนยันความยินยอมของ B
 - (3) ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 75 และ 76 มาใช้บังคับด้วย
 - (4) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้
 - (a) กรณีผู้พิพากษาคนเดียวพิจารณาต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือ ทั้งจำทั้งปรับ
 - (b) กรณีคณะลูกขุนพิจารณาต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี
- และมาตรา 4⁴⁰ ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นต้องเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม**

(4) A person guilty of an offence under this section is liable—

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

⁴⁰ **Section 4 Causing a person to engage in sexual activity without consent**

- (1) A person (A) commits an offence if—
 - (a) he intentionally causes another person (B) to engage in an activity,
 - (b) the activity is sexual,
 - (c) B does not consent to engaging in the activity, and
 - (d) A does not reasonably believe that B consents.
- (2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.
- (3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.
- (4) A person guilty of an offence under this section, if the activity caused involved—
 - (a) penetration of B's anus or vagina,
 - (b) penetration of B's mouth with a person's penis,
 - (c) penetration of a person's anus or vagina with a part of B's body or by B with anything else, or

- (1) ผู้ใด (A) กระทำความผิดฐานนี้ถ้า
- (a) เขาเจตนาทำให้ผู้อื่น (B) เข้าร่วมกิจกรรม
 - (b) กิจกรรมนั้นมีลักษณะเป็นกิจกรรมทางเพศ
 - (c) ผู้ถูกกระทำไม่ยินยอมเข้าร่วมกิจกรรมนั้น และ
 - (d) ไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้อื่น (B) ยินยอม
- (2) การพิสูจน์ถึงความเชื่อดังกล่าวต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งหมด รวมทั้งการกระทำทุกขั้นตอนที่ A ได้ดำเนินการเพื่อยืนยันความยินยอมของ B
- (3) ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 75 และ 76 มาใช้บังคับด้วย
- (4) ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 75 ถ้าการกระทำนั้น
- (a) สอดใส่เข้าไปในทวารหนักหรืออวัยวะเพศหญิงของผู้ถูกกระทำ
 - (b) สอดใส่ไปในช่องปากของผู้ถูกกระทำด้วยอวัยวะเพศชายของบุคคลใด
 - (c) สอดใส่เข้าไปในทวารหนัก หรืออวัยวะเพศหญิงของผู้อื่น โดยใช้ส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายของผู้ถูกกระทำหรือสิ่งอื่นใด หรือ
 - (d) สอดใส่ไปในปากของบุคคลอื่นด้วยอวัยวะเพศชายของผู้ถูกกระทำ ซึ่งความผิดต้องระวางโทษตลอดชีวิต
- (5) การกระทำความผิดตามมาตรา 75 นอกเหนือจาก (4) ผู้กระทำต้องรับโทษดังนี้
- (a) กรณีผู้พิพากษาคนเดียวพิจารณา ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ
 - (b) กรณีคณะลูกขุนพิจารณาผู้กระทำความผิดต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี
- จากบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศทั้ง 4 มาตราของพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 ของประเทศอังกฤษ จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้บัญญัติตามลักษณะของการกระทำ

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

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

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

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years.

เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งในแต่ละบทบัญญัติมาตราจะกำหนดในองค์ประกอบของความผิดถึง การกระทำในลักษณะนั้นๆ โดยผู้ถูกระงับไม่ยินยอมและไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้ถูกระงับยินยอม จึงจะเป็นความผิด ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ที่กำหนดว่าการกระทำชำเราที่ “หญิงมิยินยอม” เป็นความผิด ทั้งนี้ ในการพิจารณาเรื่องความยินยอม ของผู้ถูกระงับตามกฎหมายเพศของประเทศอังกฤษนอกจากการพิจารณาความยินยอมตาม ความหมายโดยทั่วไปของคำว่า “มิยินยอม” แล้ว กฎหมายยังได้บัญญัติถึงบทสันนิษฐานเด็ดขาด เกี่ยวกับความยินยอมไว้ในบทบัญญัติมาตรา 76 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งในแต่ละบทบัญญัติ ความผิดเกี่ยวกับเพศได้กำหนดให้นำบทสันนิษฐานเด็ดขาดของความยินยอมตามมาตรา 76 มาใช้บังคับ ในการพิจารณาถึงความยินยอมของผู้ถูกระงับด้วย โดยหากโจทก์พิสูจน์ได้ว่ามีข้อเท็จจริงใด ข้อเท็จจริงหนึ่งตามข้อสันนิษฐานจะถือว่าผู้ถูกระงับไม่ยินยอมให้กระทำ และไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่า ผู้ถูกระงับยินยอมให้กระทำโดยที่จำเลยไม่อาจนำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานได้ ดังนี้

มาตรา 76⁴¹ บทสันนิษฐานเด็ดขาดเกี่ยวกับความยินยอม

- (1) มาตรานี้จะถูกนำมาบังคับใช้ ถ้าพิสูจน์ได้ว่าผู้กระทำได้กระทำการนั้นใน สถานการณ์ตามที่ระบุไว้ใน (2) เกิดขึ้น จะสามารถสันนิษฐานได้โดยเด็ดขาดว่า
- (a) ผู้ถูกระงับไม่ได้ให้ความยินยอมในการกระทำนั้น
 - (b) ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกระงับยินยอมให้กระทำการนั้น
- (2) สถานการณ์เหล่านั้น คือ
- (a) ผู้กระทำเจตนาหลอกลวงผู้ถูกระงับให้เชื่อเกี่ยวกับลักษณะตามธรรมชาติ หรือวัตถุประสงค์ของการกระทำที่เกี่ยวข้อง

⁴¹ Section 76 Conclusive presumptions about consent

- (1) If in proceedings for an offence to which this section applies it is proved that the defendant did the relevant act and that any of the circumstances specified in subsection (2) existed, it is to be conclusively presumed
- (a) that the complainant did not consent to the relevant act, and
 - (b) that the defendant did not believe that the complainant consented to the relevant act.
- (2) The circumstances are that
- (a) the defendant intentionally deceived the complainant as to the nature or purpose of the relevant act;
 - (b) the defendant intentionally induced the complainant to consent to the relevant act by impersonating a person known personally to the complainant.

(b) ผู้กระทำเจตนาชักจูงผู้ถูกระทำให้ยินยอมกระทำการนั้น โดยการแสดงตนว่าเป็นบุคคลที่ผู้ถูกระทำรู้จัก (คุ้นเคย) เป็นการส่วนตัว

ตามบทบัญญัติมาตรา 76 ดังกล่าว จะเห็นได้ว่าเป็นบทสันนิษฐานเกี่ยวกับความยินยอมที่ถือว่าผู้ถูกระทำไม่ได้ให้ความยินยอมและไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกระทำยินยอม ซึ่งเป็นบทสันนิษฐานเด็ดขาดที่ผู้กระทำไม่อาจนำสืบพยานหลักฐานเป็นอย่างอื่นได้ ในกรณีปรากฏพฤติการณ์เกี่ยวกับการหลอกลวงใน 2 กรณี ได้แก่

กรณีแรก⁴² ผู้กระทำหลอกลวงเกี่ยวกับลักษณะตามธรรมชาติหรือวัตถุประสงค์ของการกระทำ ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่จำเลยบอกกับผู้เสียหายว่าการร่วมเพศเป็นการรักษาทางการแพทย์หรือเป็นกระบวนการที่จะทำให้เสียงในการร้องเพลงของผู้เสียหายดีขึ้น ผู้เสียหายจึงยินยอมให้กระทำแต่ในความเป็นจริงเป็นการกระทำชำเราเพื่อสนองความต้องการทางเพศ แม้ผู้ถูกระทำจะยอมให้กระทำแต่ยอมเพราะสำคัญผิด ถือว่าผู้ถูกระทำไม่ได้ให้ความยินยอมและไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกระทำยินยอม อย่างไรก็ตามไม่รวมถึงกรณีที่มีเพศสัมพันธ์โดยปกปิดข้อเท็จจริงว่าตนเองเป็นโรคเอดส์ (HIV) ซึ่งไม่ใช่การหลอกลวงในธรรมชาติของการกระทำหรือวัตถุประสงค์ของการกระทำแต่อย่างใด

กรณีที่สอง⁴³ ผู้กระทำหลอกลวงโดยแสดงตนว่าเป็นบุคคลที่ผู้ถูกระทำรู้จัก (คุ้นเคย) เป็นการส่วนตัว กล่าวคือ เป็นการกำหนดการหลอกลวงให้เข้าใจผิดในตัวบุคคลซึ่งรวมถึงทั้งกรณีการทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าเป็นการมีความสัมพันธ์ทางเพศกับสามีหรือแฟนของหญิง และบุคคลอื่นที่รู้จักคุ้นเคย แต่ไม่รวมถึงกรณีที่เป็นการทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นดารามีชื่อเสียงที่ไม่ได้รู้จักกันเป็นการส่วนตัว ทั้งจะเข้าบทสันนิษฐานดังกล่าวต้องเป็นการกระทำของจำเลยที่เจตนาให้ผู้เสียหายสำคัญผิด ซึ่งไม่รวมถึงกรณีที่ผู้เสียหายมีนเมาและคิดว่าชายเป็นแฟนของตัวเองจึงมีความสัมพันธ์ทางเพศโดยชายมิได้เจตนากระทำให้เข้าใจผิด

อย่างไรก็ตามแม้เป็นการหลอกลวงที่ไม่เข้าข้อสันนิษฐานตามมาตรา 76 ข้างต้น ก็ไม่ได้หมายความว่าผู้ถูกลอกลวงยินยอมทุกกรณีไป เพราะการหลอกลวงตามข้อสันนิษฐานดังกล่าวเป็นเพียงตัวอย่างที่นำมากำหนดเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดเท่านั้น ดังนั้น แม้ว่าจะไม่ใช่การหลอกลวง

⁴² Jonathan herring, *Criminal Law*, 6 ed. (Great Britain: CPI Antony Roew, 2009), pp.126.

⁴³ *Ibid.*, pp.127.

ในธรรมชาติหรือวัตถุประสงค์ของการกระทำ หรือหลอกลวงโดยแสดงตนว่าเป็นบุคคลที่ผู้ถูกระทำ รู้จักเป็นการส่วนตัวก็อาจเป็นการไม่ยินยอมตามความหมายทั่วไปของคำว่า “ไม่ยินยอม” ได้⁴⁴

เมื่อพิจารณาถึงการหลอกลวงที่กำหนดไว้ในบทสันนิษฐานเด็ดขาดถึงความยินยอม ที่ถือว่าผู้ถูกระทำไม่ได้ให้ความยินยอมและไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกระทำยินยอมตาม พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 มาตรา 76 ของประเทศอังกฤษแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย ในปัจจุบันมีลักษณะใกล้เคียงกันในส่วนของ “การทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” กล่าวคือ การ หลอกลวงในตัวบุคคล แต่สำหรับ “การหลอกลวงในธรรมชาติหรือวัตถุประสงค์ของการกระทำ” นั้น ไม่ได้มีบัญญัติไว้ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวล กฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันแต่อย่างใด

B. ประเทศไอซ์แลนด์ ความผิดเกี่ยวกับเพศบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา ประเทศไอซ์แลนด์ “General Penal Code of Iceland” ใน Chapter 22 ส่วนของความผิด เกี่ยวกับเพศ โดยได้บัญญัติให้การกระทำทางเพศที่เป็นการใช้กำลังบังคับหรือขู่เข็ญว่าจะใช้กำลัง ประทุษร้ายไว้ในมาตรา 194 และการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศโดยการหลอกลวงไว้ในมาตรา 199 ซึ่งพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

มาตรา 194⁴⁵ บัญญัติว่า ผู้ใดใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย บังคับให้บุคคลอื่นมีเพศสัมพันธ์หรือมีความสัมพันธ์ทางเพศอื่นๆ ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปี แต่ไม่เกิน 16 ปี

การใช้กำลังประทุษร้าย ให้ความหมายรวมถึง การกระทำให้บุคคลใดอยู่ในสภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ โดยการกักขัง การใช้ยา หรือการกระทำอื่นๆ ลักษณะเดียวกัน

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ General Penal Code of Iceland

Art. 194 Anyone who by means of violence or threats of violence forces a person to have carnal intercourse or other sexual intimacy shall be subject to imprisonment for no less than 1 year and up to 16 years.

Violence is considered to include the deprivation of independence by means of confinement, pharmaceuticals or in other comparable ways.

มาตรา 199⁴⁶ บัญญัติว่า ผู้ใดมีเพศสัมพันธ์หรือมีความสัมพันธ์ทางเพศอื่นๆ กับบุคคล ซึ่งสำคัญผิดว่าเป็นการมีเพศสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นในการสมรสหรือการอยู่กินฉันสามีภรรยา หรือถ้าบุคคล นั้นสำคัญผิดว่ามีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 ปี

บุคคลจะต้องรับโทษเช่นเดียวกันถ้ามีเพศสัมพันธ์หรือมีความสัมพันธ์ทางเพศอื่นๆ ที่ เกิดขึ้นเพราะการหลอกลวงว่าเป็นกรณีของการรักษาทางการแพทย์ หรือการรักษาทางวิทยาศาสตร์อื่นๆ

ตามบทบัญญัติทั้งสองมาตราดังกล่าว จะเห็นได้ว่าความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศ ไอร์แลนด์ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศรวมกันไประหว่างการมีเพศสัมพันธ์ (carnal intercourse) และการกระทำทางเพศอย่างอื่น (other sexual intimacy) ในแต่ละบทบัญญัติมาตรา โดยมีได้ บัญญัติแยกกันระหว่างความผิดฐานกระทำชำเราหรือความผิดฐานกระทำอนาจารอย่างเช่นกฎหมาย ไทย แต่กลับได้บัญญัติแยกมาตราตามลักษณะของการมีเพศสัมพันธ์และการกระทำทางเพศอย่างอื่น ที่เป็นการกระทำโดยการใช้กำลังประทุษร้าย ชูเชื่อกว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย หรือเป็นการกระทำใน ภาวะที่บุคคลอื่นไม่สามารถขัดขืนได้ ไว้ในมาตรา 194 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีโทษหนักสุด และการมี เพศสัมพันธ์และการกระทำทางเพศอย่างอื่นที่เป็นการหลอกลวงบัญญัติไว้ในมาตรา 199 ซึ่งเป็น บทบัญญัติที่มีโทษเบาลงมา

ตามบทบัญญัติมาตรา 199 ของประมวลกฎหมายอาญาประเทศไอร์แลนด์ได้กำหนด ถึงการหลอกลวงให้ผู้ถูกหลอกลวงยินยอมเพื่อมีเพศสัมพันธ์หรือมีความสัมพันธ์ทางเพศอื่นๆ ที่จะเป็น ความผิดเกี่ยวกับเพศ ได้แก่ มาตรา 199 วรรคแรก เป็นการหลอกลวงให้สำคัญผิดในตัวบุคคล กล่าวคือ ผู้ถูกหลอกลวงสำคัญผิดว่าเป็นการกระทำทางเพศระหว่างผู้ถูกหลอกลวงกับคู่สมรส กับบุคคลที่อยู่กิน ด้วยกันฉันสามีภรรยา หรือกับบุคคลอื่น ซึ่งกรณีดังกล่าวมีลักษณะเช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 ของไทยในปัจจุบัน ที่กำหนดการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารโดยทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิด ว่าตนเป็นบุคคลอื่นเป็นองค์ประกอบของความผิด

⁴⁶ **Art. 199** Anyone who has carnal intercourse or other sexual intimacy with a person who incorrectly believes that the intercourse be occurring in wedlock or informal cohabitation or if he/she is erroneously thinking that he/she shall be intimate with somebody else shall be subject to imprisonment for up to 6 years.

It is subject to the same penalty if carnal intercourse or other sexual intimacy occurs because of the deception that there be a case of medical or other scientific treatment.

อย่างไรก็ตามนอกจากการหลอกลวงให้สำคัญผิดในตัวบุคคลตามมาตรา 199 วรรคแรกแล้ว แต่ในบทบัญญัติมาตรา 199 วรรคสอง ก็ยังได้บัญญัติถึงการหลอกลวงให้ผู้ถูกหลอกลวงยินยอมให้มีเพศสัมพันธ์หรือมีความสัมพันธ์ทางเพศอย่างอื่น ในกรณีการหลอกลวงว่าเป็นการรักษาโรคทางการแพทย์ หรือในกรณีการหลอกลวงว่าเป็นการรักษาหรือบำบัดทางวิทยาศาสตร์อย่างอื่นเป็นองค์ประกอบความผิดด้วย

ซึ่งการหลอกลวงในกรณีดังกล่าวนี้ หากพิจารณาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบัน ไม่ได้บัญญัติให้ลักษณะการหลอกลวงว่าเป็น “การรักษาโรคทางการแพทย์หรือการรักษาหรือบำบัดทางวิทยาศาสตร์อย่างอื่น” เป็นองค์ประกอบความผิดด้วย แต่อย่างไรก็ตามหากพิจารณาถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 243 วรรคสอง และมาตรา 246 ที่กำหนดองค์ประกอบของความผิดโดยใช้คำว่า “ใช้อุบายหลอกลวง” ซึ่งรวมถึงการหลอกลวงว่าเป็นการรักษาโรคทางการแพทย์ และการหลอกลวงว่าเป็นการรักษาหรือบำบัดทางวิทยาศาสตร์อย่างอื่นอยู่ด้วย

C. มลรัฐเทนเนสซี ประเทศสหรัฐอเมริกา สำหรับความผิดเกี่ยวกับเพศของมลรัฐเทนเนสซี ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐเทนเนสซี “Tennessee code” โดยได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ในมาตรา 39-13-503 และความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศไว้ในมาตรา 39-13-505 ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 39-13-503 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁴⁷

⁴⁷ Tennessee code

§39-13-503- Rape.

Universal Citation: TN Code § 39-13-503 (2015)

(a) Rape is unlawful sexual penetration of a victim by the defendant or of the defendant by a victim accompanied by any of the following circumstances:

- (1) Force or coercion is used to accomplish the act;
- (2) The sexual penetration is accomplished without the consent of the victim and the defendant knows or has reason to know at the time of the penetration that the victim did not consent;
- (3) The defendant knows or has reason to know that the victim is mentally defective, mentally incapacitated or physically helpless; or
- (4) The sexual penetration is accomplished by fraud.

(b) Rape is a Class B felony.

(a) การข่มขืนกระทำชำเราคือการกระทำชำเราที่ผิดกฎหมายกับผู้เสียหายโดยจำเลยหรือกับจำเลยโดยผู้เสียหายในลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) การใช้กำลังประทุษร้ายหรือการขู่เข็ญบังคับในการกระทำผิด
 - (2) การกระทำชำเราโดยไม่ได้รับความยินยอมของผู้ถูกระทำและผู้กระทำรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าผู้ถูกระทำไม่ยินยอม
 - (3) ผู้กระทำรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าผู้ถูกระทำเป็นคนวิกลจริตหรือพิการ
 - (4) การกระทำชำเราที่ทำโดยการหลอกลวง (ทุจริต)
- (b) ความผิดฐานข่มขืนนี้เป็นความผิดอุกฉกรรจ์ชั้น B

สำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของมลรัฐเทนเนสซี ประเทศสหรัฐอเมริกาที่บัญญัติไว้ในมาตรา 39-13-503 ได้กำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราคือการกระทำชำเราที่ผิดกฎหมายต่อผู้เสียหาย โดยการกระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่งตามที่กฎหมายบัญญัติจึงจะเป็นความผิด ซึ่งผู้กระทำความผิดอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้เช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยในปัจจุบัน นอกจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว ในมาตรา 39-13-505 ของประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐเทนเนสซี “Tennessee code” ยังได้กำหนดความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศซึ่งเป็นการติดต่อหรือสัมผัสทางเพศที่ไม่ถึงขนาดเป็นการกระทำชำเราที่เป็นความผิดไว้ ดังนี้

มาตรา 39-13-505 การประทุษร้ายทางเพศ⁴⁸

⁴⁸ § 39-13-505 - Sexual battery.

Universal Citation: TN Code § 39-13-505 (2015)

(a) Sexual battery is unlawful sexual contact with a victim by the defendant or the defendant by a victim accompanied by any of the following circumstances:

- (1) Force or coercion is used to accomplish the act;
- (2) The sexual contact is accomplished without the consent of the victim and the defendant knows or has reason to know at the time of the contact that the victim did not consent;
- (3) The defendant knows or has reason to know that the victim is mentally defective, mentally incapacitated or physically helpless; or
- (4) The sexual contact is accomplished by fraud.

(b) As used in this section, "coercion" means the threat of kidnapping, extortion, force or violence to be performed immediately or in the future.

(c) Sexual battery is a Class E felony.

(a) การประทุษร้ายทางเพศ คือ การติดต่อหรือสัมผัสทางเพศที่ผิดกฎหมายกับผู้ถูกระทำโดยจำเลย หรือกับจำเลยโดยผู้ถูกระทำ ในลักษณะดังต่อไปนี้

(1) การใช้กำลังประทุษร้ายหรือการขู่เชิญบังคับในการกระทำความผิด
(2) การติดต่อหรือสัมผัสทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอมของผู้ถูกระทำและผู้กระทำรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าผู้ถูกระทำไม่ยินยอม

(3) ผู้กระทำรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าผู้ถูกระทำเป็นคนวิกลจริตหรือพิการ

(4) การติดต่อหรือสัมผัสทางเพศที่ทำการหลอกลวง (ทุจริต)

(b) ในมาตรานี้ การข่มขู่ หมายถึง ภัยคุกคามของการลักพาตัว การขู่เชิญ การบังคับ หรือความรุนแรงที่จะทำในทันทีทันใดหรือในอนาคต

(c) การทำร้ายทางเพศนี้เป็นความผิดอุกฉกรรจ์ชั้น e

สำหรับมาตรา 39-13-501 ได้ให้คำจำกัดความคำว่า “การติดต่อหรือสัมผัสทางเพศ” หมายความว่า การเจตนาสัมผัสตัวของเหยื่อ ของจำเลย หรือของบุคคลใกล้ชิดอื่นใด หรือการเจตนาสัมผัสเสื้อผ้าที่สวมใส่ของเหยื่อ ของจำเลย หรือของบุคคลใกล้ชิดอื่นใด หากเชื่อได้ว่าเป็นการกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ของการปลุกเร้าอารมณ์หรือความพึงพอใจทางเพศ⁴⁹

ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในมาตรา 39-13-503 และความผิดฐานประทุษร้ายทางเพศในมาตรา 39-13-505 ดังกล่าวได้กำหนดถึงการกระทำชำเราที่ผิดกฎหมายและการสัมผัสทางเพศที่ผิดกฎหมาย ที่มีลักษณะของการกระทำที่เป็นการกระทำที่เป็นการบังคับโดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือการขู่เชิญในการกระทำความผิดเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานประทุษร้ายทางเพศ ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบัน

⁴⁹ § 39-13-501 - Definitions for §§ 39-13-501 -- 39-13-511.

Universal Citation: TN Code § 39-13-501 (2015)

As used in §§ 39-13-501 -- 39-13-511, except as specifically provided in § 39-13-505, unless the context otherwise requires:

(6) "Sexual contact" includes the intentional touching of the victim's, the defendant's, or any other person's intimate parts, or the intentional touching of the clothing covering the immediate area of the victim's, the defendant's, or any other person's intimate parts, if that intentional touching can be reasonably construed as being for the purpose of sexual arousal or gratification;

นอกจากนั้นการข่มขืนกระทำชำเราและการประทุษร้ายทางเพศตามกฎหมายมลรัฐเท็นเนสซียังได้กำหนดถึงการกระทำชำเราหรือการสัมผัสทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอมของผู้เสียหายที่ผู้กระทำรู้หรือควรรู้ว่าผู้เสียหายไม่ยินยอมเป็นความผิดด้วย ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายเพศของประเทศอังกฤษที่กำหนดคำว่า “ไม่ยินยอม” อยู่ในองค์ประกอบของความผิด

ทั้งนี้ ในความผิดทั้งสองฐานดังกล่าวได้บัญญัติถึงลักษณะการกระทำชำเราที่ผิดกฎหมายและการสัมผัสทางเพศที่ผิดกฎหมายที่กระทำโดยการหลอกลวง (ทจริต) เป็นความผิดซึ่งเป็นการกำหนดองค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวกับการหลอกลวงอย่างกว้าง โดยใช้คำว่า “หลอกลวง (ทจริต)” เป็นองค์ประกอบของความผิด ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 243 วรรคสอง และมาตรา 246 ของไทย

D. มลรัฐอลาบามา ประเทศสหรัฐอเมริกา สำหรับความผิดเกี่ยวกับเพศในมลรัฐอลาบามา ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของรัฐอลาบามา (Alabama Criminal code) ใน Chapter ที่ 6 Article ที่ 4 ความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งอยู่ในมาตรา 13A-6-60 ถึง 13A-6-70 เป็นการบัญญัติความผิดทางเพศไปหลายฐานหลายลักษณะ แต่สำหรับความผิดเกี่ยวกับเพศที่เกี่ยวกับการหลอกลวงกฎหมายได้บัญญัติไว้ในมาตรา 13A-6-65 เป็นความผิดฐานกระทำไม่สมควรทางเพศ ดังนี้

มาตรา 13A-6-65 ความผิดฐานกระทำไม่สมควรทางเพศ⁵⁰

⁵⁰ Alabama Criminal code

Section 13A-6-65 SEXUAL MISCONDUCT

(a) A person commits the crime of sexual misconduct if:

(1) Being a male, he engages in sexual intercourse with a female without her consent, under circumstances other than those covered by Sections 13A-6-61 and 13A-6-62; or with her consent where consent was obtained by the use of any fraud or artifice; or

(2) Being a female, she engages in sexual intercourse with a male without his consent; or

(3) He or she engages in deviate sexual intercourse with another person under circumstances other than those covered by Sections 13A-6-63 and 13A-6-64. Consent is no defense to a prosecution under this subdivision.

(b) Sexual misconduct is a Class A misdemeanor.

(a) บุคคลกระทำความผิดไม่สมควรทางเพศถ้า

(1) ผู้ชายที่ร่วมประเวณีกับผู้หญิงอื่นโดยปราศจากความยินยอม ในกรณีที่นอกเหนือจากองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 13A-6-61 (ข่มขืนกระทำชำเราระดับแรก) และ 13A-6-62 (ข่มขืนกระทำชำเราระดับสอง) หรือกระทำโดยหญิงยินยอมแต่เป็นความยินยอมที่เกิดจากการหลอกลวงหรือกลอุบาย หรือ

(2) ผู้หญิงที่ร่วมประเวณีกับผู้ชายอื่นโดยปราศจากความยินยอม หรือ

(3) การร่วมประเวณีแบบผิดธรรมชาติระหว่างบุคคล ในกรณีที่นอกเหนือจากองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 13-A-6-63 (การร่วมประเวณีผิดธรรมชาติลำดับแรก) และ 13A-6-64 (การร่วมประเวณีผิดธรรมชาติลำดับสอง) ไม่ว่าเป็นการกระทำโดยยินยอมหรือไม่

(b) ความผิดฐานกระทำไม่สมควรทางเพศนี้เป็นความผิด misdemeanor ชั้น A

ความผิดฐานกระทำไม่สมควรทางเพศตามมาตรา 13A-6-65 (a) (1) ได้บัญญัติถึงการกระทำที่เป็นความผิดฐานกระทำไม่สมควรทางเพศกรณีที่ชายการกระทำชำเราหญิงโดยปราศจากความยินยอม นอกเหนือจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราลำดับแรก ที่มีลักษณะเป็นการข่มขืนกระทำชำเราโดยการบังคับ ใช้กำลังประทุษร้าย หรือกระทำชำเราบุคคลที่มีความพิการทางด้านร่างกายหรือจิตใจ หรือกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 12 ปี และนอกเหนือจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราลำดับที่สอง ที่มีลักษณะของการกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 12 ปี แต่ไม่เกิน 16 ปี หรือกระทำชำเราบุคคลที่ให้ความยินยอมเนื่องจากบกร่องทางด้านจิตใจ และการกระทำชำเราหญิงที่เกิดจากการหลอกลวงหรือใช้กลอุบาย ซึ่งจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติถึงการกระทำชำเราที่กระทำโดย “ปราศจากความยินยอม” เป็นองค์ประกอบความผิด ทั้งได้บัญญัติถึง “การใช้กลอุบายหลอกลวง” เป็นองค์ประกอบความผิดด้วยเช่นกัน ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับกฎหมายเพศของมลรัฐเท็กซัส ที่มีทั้งการกระทำที่ปราศจากความยินยอมและการหลอกลวงอยู่ในองค์ประกอบของความผิด

โดยสรุปเมื่อพิจารณาองค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวข้องกับการหลอกลวงของประเทศอังกฤษ ประเทศไอร์แลนด์ ประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐเท็กซัสและมลรัฐอลาบามาแล้ว พอที่จะสามารถจำแนกแนวทางการกำหนดองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารที่เกี่ยวข้องกับการหลอกลวงได้ ดังนี้

(1) การกำหนดองค์ประกอบความผิดโดยใช้คำว่า “ไม่ยินยอม” อยู่ในองค์ประกอบของความผิดซึ่งคำว่าไม่ยินยอมนั้นรวมถึงการหลอกลวงด้วยอยู่ในตัวเอง ดังเช่น พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ของไทย กฎหมายแพศประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐเท็นเนสซีและมลรัฐอลาบามา

(2) การกำหนดองค์ประกอบของความผิดโดยใช้คำว่า “หลอกลวง” อยู่ในองค์ประกอบของความผิด ดังเช่น กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ของไทย และประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐเท็นเนสซีและมลรัฐอลาบามา

(3) การกำหนดองค์ประกอบของความผิดที่ระบุรูปแบบการหลอกลวงที่เป็นความผิดไว้ในองค์ประกอบของความผิด ดังเช่น ประมวลกฎหมายอาญาของไทย ประมวลกฎหมายอาญาประเทศไอซ์แลนด์ ซึ่งรวมถึงการกำหนดรูปแบบการหลอกลวงเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดของความยินยอมดังเช่นความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศอังกฤษ

5.4.1.2 การจัดประเภทของความผิด

สำหรับในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะพิจารณาถึงการจัดประเภทของความผิดที่เกี่ยวกับการหลอกลวงตามกฎหมายประเทศไทย ประเทศอังกฤษ ประเทศไอซ์แลนด์ ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐเท็นเนสซี และมลรัฐอลาบามา เพื่อพิจารณาถึงการจัดประเภทของความผิดของการกระทำทางเพศที่เกี่ยวกับการหลอกลวงกับการกระทำทางเพศที่มีการบังคับ ชูเชื้อ หรือใช้กำลังประทุษร้าย

การจัดประเภทของความผิดที่เกี่ยวกับการหลอกลวงตามกฎหมายประเทศไทย ประเทศอังกฤษ ประเทศไอซ์แลนด์ ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐเท็นเนสซี และมลรัฐอลาบามา นั้นเมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทยตั้งแต่พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 และประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน การหลอกลวงให้ยินยอมเพื่อกระทำชำเราหรือกระทำการไม่สมควรทางเพศ ได้บัญญัติจัดอยู่ในองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารเช่นเดียวกับการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร โดยการชูเชื้อ หรือการใช้กำลังประทุษร้ายมาโดยตลอด ถึงแม้จะมีความแตกต่างในการบัญญัติถ้อยคำในองค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวกับการหลอกลวงตามกฎหมายแต่ละฉบับก็ตาม

ในส่วนของประเทศอังกฤษดังที่ได้พิจารณาไปในหัวข้อก่อนแล้วว่าความผิดเกี่ยวกับเพศของอังกฤษกำหนดให้การหลอกลวงเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศอยู่ในบทสันนิษฐานเด็ดขาด

เกี่ยวกับความยินยอมตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 มาตรา 76 โดยบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศในแต่ละมาตราซึ่งรวมถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ก็ได้บัญญัติให้นำบทสันนิษฐานเด็ดขาดเกี่ยวกับความยินยอมมาใช้ในการพิจารณาถึงความยินยอมของผู้ถูกระทำ ในประเทศอังกฤษ การหลอกลวงให้ยินยอมเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศจึงอยู่ในองค์ประกอบของความผิดตามข้อสันนิษฐานเด็ดขาดในทุกฐานความผิดซึ่งรวมถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วย โดยมีได้แบ่งแยกระหว่างการขู่เข็ญหรือการใช้กำลังประทุษร้ายกับการหลอกลวง

แต่สำหรับในประเทศไอซ์แลนด์ความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศไอซ์แลนด์ได้กำหนดการกระทำชำเราและการกระทำทางเพศอย่างอื่นรวมกันไปในบทบัญญัติเดียวกันดังที่ได้ศึกษามาแล้วในหัวข้อก่อนหน้า แต่การแบ่งแยกฐานความผิดได้กำหนดความผิดโดยอาศัยการกระทำทางเพศที่กระทำโดยการบังคับ ขู่เข็ญ หรือการใช้กำลังประทุษร้าย กับการกระทำที่เป็นการหลอกลวงเป็นเกณฑ์ในการจัดประเภทความผิด ซึ่งกระทำชำเราหรือกระทำทางเพศอย่างอื่นโดยการใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญเป็นความผิดตามมาตรา 194 ส่วนการกระทำชำเราหรือกระทำทางเพศอย่างอื่นโดยการหลอกลวงเป็นฐานความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 199 ซึ่งแตกต่างกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของไทย หรือความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศอังกฤษที่การกระทำชำเราหรือกระทำไม่สมควรทางเพศเป็นความผิดเดียวกันไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยการใช้กำลังประทุษร้าย การใช้กำลังประทุษร้าย หรือการหลอกลวงก็ตาม

สำหรับในประเทศสหรัฐอเมริกา ในมลรัฐเท็นเนสซีการหลอกลวงเพื่อกระทำชำเรา บุคคลอื่นหรือเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศจัดอยู่ในองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และฐานประทุษร้ายทางเพศเช่นเดียวกับการขู่เข็ญหรือการใช้กำลังประทุษร้ายลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายไทยและกฎหมายประเทศอังกฤษ แต่สำหรับมลรัฐอลาบามาการหลอกลวงเพื่อกระทำชำเราจัดอยู่ในความผิดฐานกระทำไม่สมควรทางเพศ ซึ่งบัญญัติแยกต่างหากจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระดับแรก และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระดับที่สอง ซึ่งคล้ายกับประเทศไอซ์แลนด์ที่การหลอกลวงแยกออกมาเป็นความผิดต่างหากจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ดังนั้น ตามที่ได้พิจารณาการจัดประเภทของความผิดที่เกี่ยวกับการหลอกลวงตามกฎหมายประเทศไทย ประเทศอังกฤษ ประเทศไอซ์แลนด์ ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐเท็นเนสซี และมลรัฐอลาบามาแล้วข้างต้น จึงสามารถแบ่งแยกการจัดประเภทของความผิดออกเป็น 2 กรณี ได้แก่

กรณีแรก การหลอกลวงเพื่อกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารจัดรวมเป็นความผิด เช่นเดียวกับการกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารโดยการขู่เข็ญ หรือใช้กำลังประทุษร้าย ได้แก่ ประเทศไทยตั้งแต่พระราชกำหนดข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 จนถึงประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน ความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศอังกฤษ และความผิดเกี่ยวกับเพศมลรัฐเท็นเนสซีประเทศสหรัฐอเมริกา

กรณีสอง การหลอกลวงเพื่อกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารจัดเป็นความผิด นอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารโดยการบังคับ ขู่เข็ญ หรือใช้กำลังประทุษร้าย ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศไอซ์แลนด์ และความผิดเกี่ยวกับเพศของมลรัฐอลาบามาประเทศสหรัฐอเมริกา

ดังนั้น ตามที่ผู้ศึกษาได้แบ่งแยกออกเป็น 2 กรณีข้างต้น ทำให้เห็นถึงแนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศที่เกี่ยวกับการหลอกลวงเพื่อกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารว่า ในแต่ละประเทศหรือในประเทศสหรัฐอเมริกาในแต่ละมลรัฐมีมุมมองการกำหนดความผิดต่างกัน ซึ่งบางประเทศหรือบางรัฐมองว่าการหลอกลวงเพื่อกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารมีความร้ายแรงเช่นเดียวกับการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารโดยการบังคับ ขู่เข็ญ หรือใช้กำลังประทุษร้าย แต่กลับกันบางประเทศหรือบางรัฐมีมุมมองว่าการหลอกลวงเพื่อกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารไม่ได้มีความร้ายแรงเทียบเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารโดยการบังคับ ขู่เข็ญ หรือใช้กำลังประทุษร้าย แต่ทั้งนี้จุดที่มีความเหมือนกัน คือ ทุกประเทศที่กล่าวมาข้างต้นล้วนเห็นพ้องต้องกันว่าการหลอกลวงเพื่อกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารเป็นอาชญากรรมอย่างหนึ่ง ที่รัฐต้องให้ความคุ้มครอง

5.4.1.3 ลักษณะของไทย

ตามที่ได้พิจารณาเปรียบเทียบองค์ประกอบของความผิดในหัวข้อ 5.4.1.1 และพิจารณาเปรียบเทียบการจัดประเภทของความผิดในหัวข้อ 5.4.1.2 มาแล้ว ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะพิจารณาถึงลักษณะของไทยที่เกี่ยวกับการหลอกลวงตามกฎหมายประเทศไทย กฎหมายประเทศอังกฤษ กฎหมายประเทศไอซ์แลนด์ และกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกามลรัฐเท็นเนสซี และมลรัฐอลาบามา เพื่อพิจารณาถึงลักษณะโทษของการกระทำทางเพศที่เกี่ยวกับการหลอกลวงกับการกระทำทางเพศที่มีการใช้กำลังประทุษร้าย บังคับ หรือขู่เข็ญ

สำหรับลักษณะของโทษของความผิดที่เกี่ยวกับการหลอกลวงเพื่อกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร ในส่วนของกฎหมายไทยตั้งแต่พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 จนถึงประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน ความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศอังกฤษ และความผิดเกี่ยวกับเพศของมลรัฐเท็นเนสซีประเทศสหรัฐอเมริกา ล้วนได้กำหนดให้การหลอกลวงเพื่อกระทำชำเราหรือกระทำไม่สมควรทางเพศอยู่ในระดับเดียวกับการข่มขืนกระทำชำเราโดยการบังคับ ชูเชิญ และการใช้กำลังประทุษร้าย โดยมีได้แบ่งแยกระหว่างการบังคับ ชูเชิญ และการใช้กำลังประทุษร้ายกับการหลอกลวง จึงนำไปสู่ลักษณะของการกำหนดโทษที่มีได้แบ่งแยกออกจากกันจึงทำให้โทษอยู่ในระดับเดียวกันกับการข่มขืนกระทำชำเราโดยการบังคับ ชูเชิญ และการใช้กำลังประทุษร้าย

แต่สำหรับในส่วนของประเทศไอซ์แลนด์ได้กำหนดความผิดที่กระทำชำเราหรือกระทำทางเพศอย่างอื่นที่กระทำโดยการหลอกลวงเป็นบทเบาของความผิดฐานกระทำชำเราหรือกระทำทางเพศอย่างอื่นโดยการบังคับ ชูเชิญ หรือใช้กำลังประทุษร้าย เช่นเดียวกันกับมลรัฐอลาบามาประเทศสหรัฐอเมริกาที่กำหนดความผิดที่กระทำทางเพศเกี่ยวกับการหลอกลวงออกจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในระดับแรก และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในระดับที่สอง ที่มีการบังคับหรือใช้กำลังประทุษร้าย จึงเป็นผลให้การกำหนดโทษของความผิดจึงแตกต่างจากการกระทำโดยการบังคับ ชูเชิญ หรือใช้กำลังประทุษร้าย มาเป็นความผิดฐานกระทำไม่สมควรทางเพศที่เป็นบทเบาซึ่งมีโทษระดับกลาง (Misdemeanor) ชั้น A

ดังนั้น โดยสรุปแล้วเมื่อพิจารณาถึงลักษณะของโทษของการกระทำทางเพศที่เกี่ยวกับการหลอกลวงเพื่อกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารตามกฎหมายไทย กฎหมายประเทศอังกฤษ กฎหมายประเทศไอซ์แลนด์ และกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกามลรัฐเท็นเนสซี และมลรัฐอลาบามา ล้วนมีการกำหนดที่สอดคล้องกับแนวคิดการจัดประเภทความผิดของประเทศนั้นๆ ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 2 กรณี เช่นเดียวกับการจัดประเภทความผิดในหัวข้อ 5.4.1.2 กล่าวคือ กรณีแรกการกำหนดโทษที่มีความรุนแรงระดับเดียวกันกับการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารโดยการบังคับ ชูเชิญ และใช้กำลังประทุษร้าย และกรณีที่สองการกำหนดโทษที่มีลักษณะเป็นบทเบาว่าการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารโดยการบังคับ ชูเชิญ และใช้กำลังประทุษร้าย

ตารางที่ 2 เปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารที่เกี่ยวข้องกับการหลอกลวงระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

ประเทศ	องค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวกับการหลอกลวง	การจัดประเภทของความผิด	ลักษณะของโทษ
ไทย	1. พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 องค์ประกอบความผิดใช้คำว่า “หญิงยินยอม”	จัดอยู่ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา	กฎหมายทั้ง 3 ฉบับโทษหนักเท่ากับการบังคับ ชูเชื้อ
	2. กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 องค์ประกอบความผิดใช้คำว่า “ใช้อุบายหลอกลวงชำเราจิตใจหญิง”	จัดอยู่ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร	ใช้กำลังประทุษร้ายเพื่อกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร
	3. ประมวลกฎหมายอาญา องค์ประกอบความผิดใช้คำว่า “โดยทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น”	จัดอยู่ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร	
อังกฤษ	องค์ประกอบความผิดทางเพศทุกฐานกำหนดว่า “เป็นการกระทำที่ผู้ถูกกระทำไม่ยินยอม และไม่มีเหตุควรเชื่อว่าผู้ถูกกระทำยินยอม” ซึ่งมีบทสันนิษฐานเด็ดขาดเรื่องความยินยอมว่ากรณีดังต่อไปนี้ ไม่ถือว่ายินยอม 1. หลอกลวงในธรรมชาติหรือวัตถุประสงค์ของการกระทำ 2. แสดงว่าเป็นบุคคลที่ผู้ถูกกระทำรู้จักคุ้นเคย(ทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น)	อยู่ในความผิดทางเพศเกือบทุกฐานได้แก่ 1. ฐานข่มขืน 2. ฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ 3. ฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่ 4. ฐานทำให้ผู้อื่นร่วมกิจกรรมทางเพศปราศจากความยินยอม	โทษหนักเบาตามลักษณะความผิดแต่ละฐานความผิดไม่แบ่งระหว่างการบังคับ ชูเชื้อ ใช้กำลังประทุษร้ายกับการหลอกลวง

ประเทศ	องค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวกับการหลอกลวง	การจัดประเภทของความผิด	ลักษณะของโทษ
ไอซ์แลนด์	องค์ประกอบความผิดกำหนดว่า 1. การหลอกลวงให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น 2. การหลอกลวงว่าเป็นการรักษาโรคทางการแพทย์ 3. การหลอกลวงว่าเป็นการรักษาทางวิทยาศาสตร์อื่น	เป็นฐานความผิดที่แยกออกจากความผิดฐานกระทำชำเราหรือกระทำทางเพศอย่างอื่นโดยการขู่เชี้ยหรือใช้กำลังประทุษร้าย	กำหนดเป็นความผิดที่เป็นบทเบาของความผิดฐานกระทำชำเราหรือกระทำทางเพศอย่างอื่นโดยการขู่เชี้ยหรือใช้กำลังประทุษร้าย
มลรัฐ เท็นเนสซี (USA)	องค์ประกอบความผิดกำหนดว่า การข่มขืนกระทำชำเราคือการกระทำชำเราที่ผิดกฎหมายลักษณะดังนี้ “การกระทำชำเราที่ทำโดยการหลอกลวง (ทูลจริต)”	จัดอยู่ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานประทุษร้ายทางเพศ	ลักษณะของโทษเช่นเดียวกับการกระทำชำเราโดยการขู่เชี้ยหรือใช้กำลังประทุษร้ายซึ่งเป็นความผิดอุกฉกรรจ์ (Felony) ชั้น B และชั้น E
มลรัฐ อลาบามา (USA)	องค์ประกอบความผิดกำหนดว่าบุคคลกระทำความผิดไม่สมควรทางเพศถ้า “กระทำ(ร่วมประเวณี)โดยหญิงยินยอมแต่เป็นความยินยอมที่เกิดจากการหลอกลวงหรือกลอุบาย”	กำหนดเป็นความผิดที่แยกต่างหากจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระดับแรก และระดับที่สองมาเป็นความผิดฐานกระทำไม่สมควรทางเพศ	เป็นบทเบาของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระดับแรกกับระดับที่สอง มีโทษระดับกลาง (Misdemeanor) ชั้น A

5.4.2 วิเคราะห์ความเหมาะสมในการพิจารณาความผิดและการกำหนดบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการหลอกลวงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร

ตามที่ได้ศึกษาได้นำเสนอถึงปัญหาของการหลอกลวงให้ยินยอมเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศในประเทศไทยมาแล้วในบทก่อนๆ ซึ่งปรากฏปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับรูปแบบการหลอกลวงทางเพศที่เป็นเหตุให้ความยินยอมของผู้ถูกหลอกลวงเสียไปเป็นความยินยอมที่ไม่บริสุทธิ์ เป็นการกระทำที่กระทบต่อเสรีภาพทางเพศของผู้ถูกหลอกลวง ซึ่งนอกเหนือจากการหลอกลวงให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นหรือที่เรียกว่า “การหลอกลวงให้สำคัญผิดตัวบุคคล” ที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 และมาตรา 278 ได้บัญญัติไว้แล้ว ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจึงจะได้พิจารณาถึงมาตรการที่เหมาะสมเพื่อเป็นแนวทางการแก้ไขปัญหาค่าการหลอกลวงให้ยินยอมรูปแบบอื่นๆ ที่กระทบต่อความยินยอมของผู้ถูกหลอกลวงโดยจะแยกพิจารณาสองด้าน ได้แก่ ความเหมาะสมการในด้านการพิจารณาความผิด และความเหมาะสมในด้านการกำหนดบทบัญญัติความผิด ดังนี้

5.4.2.1 ความเหมาะสมในด้านการพิจารณาความผิด

ตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 3 หัวข้อ 3.4.2 ถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 และมาตรา 278 ต่างกำหนดให้การหลอกลวงในเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นเท่านั้นเป็นองค์ประกอบของความผิด แต่จากการศึกษาถึงการหลอกลวงกับหลักความยินยอมในทางอาญาในบทที่ 2 และบทนี้ในหัวข้อ 5.2 และการศึกษาถึงรูปแบบการหลอกลวงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารในหัวข้อ 5.3 ยังพบว่ามี การหลอกลวงรูปแบบอื่นที่เป็นการหลอกลวงในสาระสำคัญตามแนวคิดการหลอกลวงของประเทศไทยที่เป็นเหตุให้ความยินยอมของผู้ถูกหลอกลวงเสียไป ได้แก่ “การหลอกลวงในสภาพตามธรรมชาติของการกระทำ” ที่ผู้ถูกกระทำไม่รู้ถึงสภาพการกระทำที่แท้จริงของตนเองว่าเป็นการกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร และนอกจากนี้ยังรวมถึง “การหลอกลวงในวัตถุประสงค์ของการกระทำ” ที่แม้จะพิจารณาตามหลักความยินยอมที่เกี่ยวกับการหลอกลวงตามกฎหมายไทยเป็นเพียงการหลอกลวงในมูลเหตุจูงใจมิใช่การหลอกลวงในสาระสำคัญ แต่มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557 ที่วินิจฉัยว่าการที่ผู้เสียหายยินยอมเพราะถูกหลอกลวงว่าเป็นการสะเดาะเคราะห์มิใช่การให้ความยินยอมโดยสมัครใจ ประกอบกับเมื่อพิจารณาตามแนวความคิดของหลักความยินยอมที่เกี่ยวกับการหลอกลวงในต่างประเทศแล้ว แม้เป็นการหลอกลวงในวัตถุประสงค์ของการกระทำก็ถือเป็นการ

หลอกลวงในธรรมชาติของการกระทำอย่างหนึ่ง มีผลให้ความยินยอมที่เกิดจากการหลอกลวงเสียไป เป็นความยินยอมที่ไม่บริสุทธิ์ จะถือว่าผู้ถูกหลอกลวงให้ความยินยอมไม่ได้ ทั้งเป็นการหลอกลวงที่กระทบ ต่อเสรีภาพทางเพศและเป็นปัญหาต่อสังคมอย่างร้ายแรง

เมื่อเกิดการหลอกลวงในรูปแบบดังกล่าวข้างต้น การกระทำจึงขาดองค์ประกอบ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารไม่อาจลงโทษผู้กระทำความผิดได้ทั้งๆ ที่การ กระทำดังกล่าวเป็นสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องในสภาพสังคมไทย และเป็นภัยร้ายแรงต่อ สังคมเป็นอย่างมาก ซึ่งจะเห็นได้จากแนวการตัดสินของศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 509/2529 และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5837/2530 ที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 หัวข้อ 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของ ปัญหา

อย่างไรก็ตามในการพิจารณาถึงความผิดของผู้หลอกลวงนั้น ในบางกรณีการหลอกลวง ถึงขนาดเป็นการกระทำให้บุคคลผู้ถูกหลอกลวงตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ กรณีที่เห็นได้ชัด คือ การหลอกลวงให้สำคัญผิดในสภาพของการกระทำ ซึ่งเป็นการหลอกลวงที่ทำให้ผู้ถูกหลอกลวงไม่รู้ ถึงสภาพทางกายภาพของการกระทำของตัวเองว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำชำเราหรือ กระทำอนาจาร ถือได้ว่าผู้ถูกหลอกลวงตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ตามที่ได้ศึกษามาแล้วใน หัวข้อ 5.3.2.1 ดังนั้น การกระทำชำเราหรือกระทำไม่สมควรทางเพศโดยการหลอกลวงก็อาจเป็นการ ข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ครอบคลุมประกอบ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 หรือมาตรา 278 แล้วแต่กรณี ผู้ใช้กฎหมายจึงควรใช้การตีความตามองค์ประกอบความผิด “โดยอยู่ในภาวะที่ไม่ สามารถขัดขืนได้” เพื่อให้สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557

หรือในบางกรณีการหลอกลวงเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศ มักจะประกอบด้วย กิจกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นการใช้แรงทางกายภาพต่อร่างกายหรือจิตใจของผู้ถูกหลอกลวง หรือ การกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลผู้ถูกกระทำตกอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้โดยใช่ยาทำให้ มึนเมา สกดจิต หรือวิธีอื่นที่คล้ายคลึงกัน ซึ่งการกระทำเหล่านี้แม้ไม่ถึงขนาดมีการทำร้ายก็เป็นการ ใช้กำลังประทุษร้ายแล้ว การหลอกลวงที่ประกอบด้วยพฤติการณ์เช่นว่านั้นผู้ใช้กฎหมายจึงอาจตีความ ตามองค์ประกอบความผิด “โดยใช้กำลังประทุษร้าย” ได้ เพื่อลงโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำ ชำเราหรือกระทำอนาจาร ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7631/2549 ที่วินิจฉัยว่า จำเลย

หลอกลวงว่าเป็นเจ้าพนักงานขอตรวจค้นร่างกายผู้เสียหาย ในการตรวจค้นมีการสัมผัสร่างกายผู้เสียหายซึ่งเป็นการใช้แรงทางกายภาพจึงเป็นการกระทำโดยใช้กำลังประทุษร้ายผิดฐานกระทำอนาจาร หรือในตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557 ที่วินิจฉัยว่าการที่จำเลยหลอกลวงว่าเป็นการกระทำเพื่อสะเดาะเคราะห์โดยกระทำด้วยการใช้ปากกาเขียนที่หน้าอก ใช้น้ำมันทาตัว ถอดกางเกงผู้เสียหาย และใช้อวัยวะเพศสอดใส่ไปในอวัยวะเพศผู้เสียหาย ถือเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายแล้วจึงเป็นการข่มขืนกระทำชำเราแล้วเช่นกัน

แต่ทั้งนี้การที่จะพิจารณาความผิดถึงการกระทำชำเราหรือกระทำการไม่สมควรทางเพศ โดยการหลอกลวงให้สำคัญผิดในสภาพของการกระทำ หรือให้สำคัญผิดในวัตถุประสงค์ของการกระทำโดยอาศัยองค์ประกอบความผิด “โดยใช้กำลังประทุษร้าย” หรือ “โดยผู้อื่นนั้นตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” นั้น ผู้ใช้กฎหมายจำเป็นต้องพิจารณาก่อนว่าการที่ผู้เสียหายยอมให้กระทำชำเราหรือกระทำการไม่สมควรทางเพศ แต่การยอมดังกล่าวเนื่องจากผู้เสียหายหลงเชื่อในกลอุบายหลอกลวงด้วยความโง่เขลาเบาปัญญา จึงมีอาจถือได้ว่าเป็นการให้ความยินยอมโดยสมัครใจ โดยอาศัยหลักความยินยอมในทางอาญาที่เกี่ยวกับการหลอกลวงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร ตามแนวความคิดของประเทศไทยและแนวความคิดของต่างประเทศตามความเหมาะสมแก่กรณีตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ 5.2.2 เพราะหากไม่พิจารณาเช่นนั้นแล้วแม้จะปรากฏว่ามีการใช้แรงทางกายภาพต่อร่างกายหรือจิตใจที่ถือได้ว่าเป็นการใช้กำลังประทุษร้าย แต่เมื่อผู้เสียหายยินยอมให้กระทำชำเราหรือกระทำไม่สมควรทางเพศการกระทำโดยสภาพก็ไม่อาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารได้อย่างแน่นอน

ดังนั้น สำหรับในปัญหาทางด้านความเหมาะสมในการพิจารณาความผิดนั้น เมื่อองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 มิได้กำหนดองค์ประกอบของความผิดที่เกี่ยวกับการหลอกลวงนอกเหนือไปจาก “โดยที่ให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” เมื่อเกิดการหลอกลวงเพื่อกระทำชำเราหรือกระทำการไม่สมควรทางเพศรูปแบบอื่นที่มีผลให้ความยินยอมของผู้ถูกลอกลวงเสียไปกระทบต่อเสรีภาพทางเพศและเป็นปัญหาสำคัญของสังคม ผู้ใช้กฎหมายไม่ว่าจะเป็นพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ และศาล จึงควรใช้การตีความโดยอาศัยองค์ประกอบความผิดในส่วนอื่นประกอบกับหลักความยินยอมในทางอาญาที่เกี่ยวกับการหลอกลวงตามแนวความคิดของประเทศไทยและตามแนวความคิดของต่างประเทศเพื่อความเป็นธรรมแก่กรณี

แต่อย่างไรก็ตามการใช้การพิจารณาความผิดโดยอาศัยองค์ประกอบความผิดใน ส่วนของ “โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” และ “โดยใช้กำลังประทุษร้าย” ตามที่ผู้ศึกษาได้ พิจารณามานั้น ก็อาจก่อให้เกิดปัญหาบางประการในการใช้กฎหมาย กล่าวคือ การหลอกลวงเพื่อ กระทำชำเราหรือกระทำอนาจารมีหลายรูปแบบ แม้ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้อาจเป็นผลมาจาก สภาพร่างกายหรือจิตใจของผู้ถูกระทำ ได้แก่ คนพิการ คนป่วย คนวิกลจริต หรือบุคคลที่กำลังหลับ มึนเมา ถูกสะกดจิต หรือบุคคลที่เปลือย เป็นต้น และอาจเป็นผลมาจากสภาพแวดล้อม เหตุการณ์ ภายนอกตัวบุคคลที่ทำให้บุคคลนั้นตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ซึ่งได้แก่ สถานที่เปลี่ยว การบังคับ การข่มขู่ หรือการหลอกลวง ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 หัวข้อที่ 4.2.3 แต่ผู้ศึกษาเห็น ว่าไม่ใช่การหลอกลวงในทุกรูปแบบจะเป็นการกระทำในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้ และเป็นที่ยาก แก่การพิจารณาว่ารูปแบบใดถึงขนาดเป็นการกระทำให้ผู้ถูกละเมิดตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถ ขัดขืนได้ และรูปแบบใดที่ผู้ถูกละเมิดยังคงสามารถขัดขืนได้ ซึ่งอาจเป็นเหตุให้มีการโต้แย้งได้

และส่วนการใช้กำลังประทุษร้ายนั้น แม้การใช้กำลังประทุษร้ายเป็นเพียงการใช้แรง ทางกายภาพไม่ต้องถึงขนาดเป็นการทำร้ายร่างกาย และสามารถนำมาเป็นตัวช่วยในการพิจารณา ความผิดได้ แต่ในบางครั้งก็เป็นปัญหาระหว่างการใช้อำนาจประทุษร้ายกับรูปแบบวิธีการกระทำชำเรา หรือการกระทำไม่สมควรทางเพศตามปกติทั่วไป ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 501/2503 ที่วินิจฉัย ฎัย ว่า การจับมือและกอดถือได้ว่าเป็นการใช้แรงทางกายภาพ เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายตาม ความหมายในมาตรา 1 (6) มีความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าหากพิจารณาว่ารูปแบบ วิธีการกระทำชำเราหรือการกระทำไม่สมควรทางเพศตามปกติทั่วไปเป็นการใช้แรงทางกายภาพ เป็น การใช้กำลังประทุษร้าย ก็จะทำให้กลายเป็นว่าการกระทำชำเราหรือการกระทำไม่สมควรทางเพศทุกกรณี เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายไปเสียหมด ซึ่งการที่จะเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายนั้นน่าจะต้องมีการ กระทำที่มากกว่าการกระทำดังกล่าวข้างต้น อย่างเช่น การสะบัดมือ การผลัก หรือการใช้กำลัง แรงกายเพื่อต่อต้านขัดขืน เป็นต้น

ดังนั้น จึงจะเห็นได้ว่าการใช้การพิจารณาความผิดโดยอาศัยองค์ประกอบความผิดใน ส่วนของการกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร “โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” และ “โดยใช้กำลังประทุษร้าย” นั้น ในทางหนึ่งเป็นการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมได้ และก่อให้เกิดความ เป็นธรรมแก่กรณี แต่ในอีกทางหนึ่งก็มีปัญหาที่ต้องพึงระมัดระวังในการใช้การตีความของผู้ใช้

กฎหมายที่ต้องอยู่ในกรอบขอบเขตของกฎหมายที่มีในปัจจุบัน อย่างไรก็ตามผู้ศึกษาจะได้ศึกษาในหัวข้อต่อไปถึงความเหมาะสมในด้านการกำหนดความผิดเพื่อพิจารณาถึงแนวทางการแก้ไขปัญหาคต่อไป

5.4.2.2 ความเหมาะสมในด้านการกำหนดบทบัญญัติความผิด

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 มีองค์ประกอบของความผิดที่เกี่ยวกับการหลอกลวงเพียงประการเดียว กล่าวคือ “โดยทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” เมื่อเกิดการหลอกลวงนอกเหนือจากการทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นศาลก็ไม่สามารถพิพากษาลงโทษได้เพราะขาดองค์ประกอบความผิด หรือในบางกรณีศาลก็พิพากษาลงโทษโดยนำองค์ประกอบของความผิดในส่วนอื่นมาใช้บังคับกับการหลอกลวงเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศ กล่าวคือ องค์ประกอบความผิดในส่วนการกระทำ “โดยใช้กำลังประทุษร้าย” และกระทำ “โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” ซึ่งสุ่มเสี่ยงต่อการถูกโต้แย้ง และไม่สามารถเป็นบรรทัดฐานได้ว่าหากเกิดกรณีการหลอกลวงอย่างอื่นที่เป็นเหตุให้ความยินยอมของผู้ถูกหลอกลวงเสียไปจะสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ทุกคราวไป เพื่อเป็นการแก้ไขสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องในสังคมไทยได้ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 5.4.2.1 ฉะนั้น มาตรการที่จะสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่ต้องหยิบยกมาพิจารณาและทบทวนก็คือ ความเหมาะสมในการกำหนดบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 ในปัจจุบัน

ตามที่ได้ศึกษามาแล้วว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นความผิดที่มุ่งคุ้มครอง “เสรีภาพทางเพศ” (Sexual Autonomy) ของบุคคล พื้นฐานสำคัญของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารล้วนเป็นความผิดที่ต้องกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหายทั้งสิ้น ซึ่งสำหรับคำว่า “ข่มขืน” ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้น หมายถึง การข่มขืนใจ กล่าวคือ เป็นการกระทำต่อผู้เสียหายโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย เช่นเดียวกับความผิดฐานกระทำอนาจารที่โดยสภาพการกระทำความผิดก็ต้องเป็นการกระทำที่ผู้เสียหายไม่ยินยอมเช่นกัน

หลักความยินยอมในทางอาญาจึงสามารถนำมาใช้ในฐานะ “หลักกฎหมายทั่วไป” (General principle of law) เพื่อพิจารณาถึงความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและ

กระทำอนาจารตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 2 โดยสามารถนำมาใช้ได้ทั้งการพิจารณาความผิดและรวมถึงการกำหนดองค์ประกอบความผิดที่จะวิเคราะห์ในหัวข้อนี้ด้วย ซึ่งหลักความยินยอมในทางอาญามีหลักเกณฑ์ประการสำคัญอันหนึ่งที่จะพิจารณาถึงความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ความยินยอมต้องเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์หรือสมัครใจ ไม่ได้เกิดจากการบังคับ ชูเชื้อ ใช้กำลัง ประทุษร้าย หรือหลอกลวง มิฉะนั้นแล้วจะไม่อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ ไม่ใช่ความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย ถือว่ามีได้รับความยินยอม

โดยจากการศึกษาถึงความผิดเกี่ยวกับเพศที่เกี่ยวกับการหลอกลวงของต่างประเทศ เปรียบเทียบกับประเทศไทยในหัวข้อ 5.4.1 มาแล้ว ทำให้เห็นถึงแนวทางการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศของแต่ละประเทศที่แตกต่างกันไป ซึ่งสามารถจำแนกเป็นแนวทางการกำหนดองค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวกับการหลอกลวงได้เป็น 3 กรณี ดังนี้

1. การกำหนดองค์ประกอบความผิดโดยใช้คำว่า “ไม่ยินยอม” เป็นองค์ประกอบของความผิด ซึ่งคำว่าไม่ยินยอมนั้นรวมถึงการหลอกลวงด้วยอยู่ในตัวเอง ดังเช่น พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ของไทย กฎหมายเพศประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐเท็นเนสซีและมลรัฐอลาบามา

2. การกำหนดองค์ประกอบของความผิดโดยใช้คำว่า “หลอกลวง” เป็นองค์ประกอบของความผิด ดังเช่น กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ของไทย และกฎหมายเพศของประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐเท็นเนสซีและมลรัฐอลาบามา

3. การกำหนดองค์ประกอบของความผิดโดยระบุรูปแบบการหลอกลวงที่เป็นความผิดไว้ในองค์ประกอบของความผิด ดังเช่น ประมวลกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบัน ประมวลกฎหมายอาญาประเทศไอซ์แลนด์ ซึ่งรวมถึงการกำหนดระบุรูปแบบการหลอกลวงเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดของความยินยอม ดังเช่นความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศอังกฤษ

สำหรับทั้ง 3 รูปแบบการกำหนดความผิดดังกล่าวผู้ศึกษาเห็นว่า การกำหนดองค์ประกอบความผิดโดยใช้คำว่า “ไม่ยินยอม” เป็นองค์ประกอบความผิดเพียงอย่างเดียวนั้น แม้จะรวมถึงการหลอกลวงที่เป็นเหตุให้ความยินยอมของผู้ถูกลอกลวงเสียไปเท่ากับเป็นการไม่ยินยอม และมีลักษณะที่สอดคล้องตรงกันกับพื้นฐานของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารที่ล้วนเป็นความผิดที่ต้องกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหายทั้งสิ้น แต่การกำหนดดังกล่าวมีลักษณะเป็นการเปิดกว้าง อาจก่อให้เกิดการตีความที่กว้างขวางของผู้ใช้กฎหมายจนเกินไป

และอาจมีความเห็นไม่ตรงกันได้ ซึ่งไม่ตรงกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาที่ต้องมีความชัดเจนไม่คลุมเครือและผู้ใช้กฎหมายจะต้องตีความอย่างเคร่งครัด

ส่วนการกำหนดองค์ประกอบความผิดโดยใช้คำว่า “หลอกลวง” เป็นองค์ประกอบของความผิดนั้น แม้จะเป็นการกำหนดที่ชัดเจนแสดงให้เห็นถึงแนวทางการกำหนดความผิดที่มุ่งคุ้มครองการหลอกลวงเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศที่มีชอบ แต่เนื่องจากตามที่ได้ศึกษามาแล้วว่ามีใช้การหลอกลวงทุกรูปแบบที่จะเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปตามหลัก “การหลอกลวงเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป” (Fraud vitiate consent) ที่ถือว่าผู้ถูกหลอกลวงมิได้ให้ความยินยอมโดยสมัครใจ จึงอาจทำให้เกิดปัญหาในการใช้การตีความกฎหมายที่ให้ดุลพินิจที่กว้างขวางเกินไปเพื่อพิจารณาว่าการหลอกลวงใดเป็นการข่มขืนใจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร ทั้งที่ตามหลักการพิจารณาความผิดตามแนวคิดของประเทศไทยแล้วความผิดฐานใดกำหนดองค์ประกอบของความผิดโดยใช้คำว่า “หลอกลวง” เป็นองค์ประกอบของความผิดนั้น การหลอกลวงย่อมหมายถึงการหลอกลวงทุกรูปแบบเป็นความผิดไม่ว่าจะเป็นการหลอกลวงในสาระสำคัญหรือการหลอกลวงในมูลเหตุจูงใจก็ตาม โดยไม่อาจตีความว่าเพียงการหลอกลวงรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งเท่านั้น ดังเช่นในความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 341 ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 หัวข้อ 2.2.4.1

สำหรับการกำหนดองค์ประกอบของความผิดโดยระบุรูปแบบการหลอกลวงที่เป็นความผิดไว้ในองค์ประกอบของความผิด หรือการกำหนดรูปแบบการหลอกลวงเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดของความยินยอมนั้น ตามที่ได้พิจารณาการหลอกลวงกับหลักความยินยอมตามแนวคิดความยินยอมที่เกี่ยวกับการหลอกลวงของประเทศไทยและต่างประเทศในหัวข้อที่ 5.2.2 และพิจารณาถึงรูปแบบการหลอกลวงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารในหัวข้อที่ 5.3 จะเห็นได้ว่ามิใช่การหลอกลวงทุกรูปแบบจะเป็นเหตุให้ความยินยอมของผู้ถูกหลอกลวงเสียไป โดยสามารถจำแนกรูปแบบการหลอกลวงที่เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปออกมาได้ ดังนี้

(1) การหลอกลวงให้สำคัญผิดเกี่ยวกับตัวบุคคล หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า การหลอกลวงให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ซึ่งเป็นการหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปกลายเป็นความยินยอมโดยไม่สมัครใจถือว่ามิได้ยินยอม ซึ่งในรูปแบบนี้ทั้งแนวคิดของไทยและต่างประเทศสอดคล้องกัน และปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาของไทยก็ได้บัญญัติเป็นความผิดตามมาตรา 276 และมาตรา 278 แล้ว

(2) การลบลอกลงให้สำคัญผิดในสภาพของการกระทำ ซึ่งเป็นเหตุให้ผู้ถูกลบลอกลงไม่ทราบถึงสภาพที่แท้จริงของการกระทำว่าเป็นการกระทำซ้ำเราหรือการกระทำอนาจาร ซึ่งตามแนวความคิดหลักความยินยอมที่เกี่ยวกับการลบลอกลงของไทยกับต่างประเทศก็สอดคล้องกันว่าการลบลอกลงดังกล่าวเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปถือไม่ได้ว่าผู้ถูกลบลอกลงยินยอมให้กระทำ

(3) การลบลอกลงให้สำคัญผิดในวัตถุประสงค์ของการกระทำ ซึ่งเป็นเหตุให้ผู้ถูกลบลอกลงสำคัญผิดในวัตถุประสงค์ที่กระทำ กล่าวคือ สำคัญผิดในประโยชน์สุดท้ายของการกระทำนั้น แม้ตามแนวความคิดความยินยอมที่เกี่ยวกับการลบลอกลงของประเทศไทยจะถือว่าเป็นการลบลอกลงในมูลเหตุจูงใจ แต่ตามแนวความคิดของต่างประเทศถือว่าการลบลอกลงดังกล่าวเป็นเหตุให้ความยินยอมของผู้ถูกลบลอกลงเสียไป และความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศไอซ์แลนด์และประเทศอังกฤษก็ได้บัญญัติให้การลบลอกลงในวัตถุประสงค์ของการกระทำเป็นความผิดไว้ ทั้งศาลฎีกาของไทยก็ได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557 ว่าการที่ผู้เสียหายยินยอมเพราะถูกลบลอกลงว่าเป็นการสะเดาะเคราะห์ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของการกระทำนั้น มิใช่ความยินยอมโดยสมัครใจ การลบลอกลงรูปแบบดังกล่าวผู้ศึกษาจึงเห็นว่าเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปอย่างหนึ่ง เช่นเดียวกับการลบลอกลงในตัวบุคคลหรือสภาพของการกระทำ

ฉะนั้น เมื่อมิใช่การลบลอกลงทุกรูปแบบจะเป็นการกระทำให้ความยินยอมเสียไปเป็นความยินยอมโดยไม่สมัครใจ และจากการศึกษาก็สามารถจำแนกรูปแบบการลบลอกลงที่มีผลกระทบต่อความยินยอมออกมาได้ 3 รูปแบบข้างต้น การกำหนดองค์ประกอบของความผิดโดยใช้คำว่า “ไม่ยินยอม” เป็นองค์ประกอบของความผิดเพียงลำพัง หรือการกำหนดองค์ประกอบของความผิดโดยใช้คำว่า “ลบลอกลง” เป็นองค์ประกอบของความผิดจึงอาจทำให้เกิดปัญหาการใช้การตีความได้ดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้วข้างต้น

ส่วนการจัดประเภทของความผิดและการกำหนดโทษเกี่ยวกับการลบลอกลงเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศนั้นตามที่ได้พิจารณาเปรียบเทียบมาแล้วในหัวข้อที่ 5.4.1.2 และหัวข้อ 5.4.1.3 ซึ่งสามารถแบ่งการจัดประเภทความผิดออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ การจัดเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราหรือกระทำอนาจารเช่นเดียวกับการกระทำซ้ำเราหรือกระทำอนาจารโดยการบังคับ ชูเชิญ หรือใช้กำลังประทุษร้าย และการจัดเป็นความผิดต่างหากนอกเหนือจากการข่มขืนกระทำซ้ำเราหรือกระทำอนาจารโดยการบังคับ ชูเชิญ หรือการใช้กำลังประทุษร้าย

และส่วนลักษณะของโทษมีการกำหนดที่สอดคล้องกับการจัดประเภทความผิด กล่าวคือ การจัดประเภทความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารเช่นเดียวกับการกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารโดยการบังคับ ชูเชิญ หรือใช้กำลังประทุษร้าย การกำหนดโทษก็จะมี ความรุนแรงระดับเดียวกันกับการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารโดยการบังคับ ชูเชิญ หรือใช้กำลังประทุษร้าย ส่วนการจัดประเภทความผิดต่างหากนอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารโดยการบังคับ ชูเชิญ หรือการใช้กำลังประทุษร้าย การกำหนดโทษก็จะมีลักษณะเป็นบทเบาของความผิดข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารโดยการบังคับ ชูเชิญ หรือใช้กำลังประทุษร้าย

อย่างไรก็ตามการจัดประเภทของความผิดและการกำหนดโทษตามกฎหมายไทย ตั้งแต่พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จนถึงประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน ก็ได้ยืนยันแนวความคิดในการจัดประเภทความผิดและรวมถึงแนวความคิดของการกำหนดโทษ ที่รวมอยู่กับการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารโดยการบังคับ ชูเชิญ และใช้กำลังประทุษร้าย แสดงให้เห็นถึงแนวความคิดในการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ ความรับรองคุ้มครองเสรีภาพทางเพศจากการหลอกลวงเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศเช่นเดียวกับการบังคับ ชูเชิญ หรือใช้กำลังประทุษร้ายเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศ ซึ่งสอดคล้องกับประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐเห็นเน็สซึ่งรวมถึงอีกหลายๆ มลรัฐในปัจจุบัน

ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าแนวทางการกำหนดองค์ประกอบของความผิดโดยกำหนดระบุ รูปแบบของการหลอกลวงที่เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปที่ไม่อาจถือได้ว่าผู้ถูกหลอกลวงยินยอมเป็น องค์ประกอบของความผิดน่าจะเป็นการเหมาะสมที่สุด เพื่อป้องกันการโต้แย้งและการใช้กฎหมายที่ เกินขอบเขตที่กำหนดได้ ซึ่งการหลอกลวงเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศที่เป็นเหตุให้ความยินยอมของ ผู้ถูกหลอกลวงเสียไปถือได้ว่าผู้ถูกหลอกลวงไม่ยินยอม ไม่ว่าจะเป็นการหลอกลวงให้สำคัญผิดเกี่ยวกับ ตัวบุคคล หรือโดยเฉพาอย่างยิ่งการหลอกลวงที่อาศัยความเชื่อทางศาสนา พิธีกรรม การสะเดาะเคราะห์ หรือการหลอกลวงว่าการกระทำเป็นการรักษาโรคทางการแพทย์แผนปัจจุบัน แผนโบราณ หรือการรักษาตามความเชื่อ ซึ่งเป็นการหลอกลวงให้สำคัญผิดในสภาพของการกระทำ หรือเป็นการ หลอกลวงให้สำคัญผิดในวัตถุประสงค์ของการกระทำ ที่ปรากฏให้เห็นอย่างต่อเนื่องในสังคมไทย และเป็นภัยร้ายแรงต่อสังคม กระทบต่อเสรีภาพทางเพศของผู้ถูกหลอกลวงที่แทบจะไม่มี ความแตกต่างกับการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารโดยการบังคับ ชูเชิญ และใช้กำลังประทุษร้าย การจัด ประเภทความผิดที่รวมอยู่ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารโดยการบังคับ ชูเชิญ

หรือใช้กำลังประทุษร้าย และมีโทษเช่นเดียวกันกับการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารโดยการบังคับ ชู่เซี่ย หรือใช้กำลังประทุษร้าย เช่นเดียวกับความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐเห็นเน่สซีและรวมถึงอีกหลายๆ มลรัฐ และยังสอดคล้องกับแนวทางการกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 ที่ใช้บังคับในปัจจุบันด้วย

สำหรับการกำหนดองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 ในปัจจุบัน ก็ได้กำหนดองค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวกับการหลอกลวงโดยระบุรูปแบบการหลอกลวงเป็นองค์ประกอบของความผิดอยู่แล้ว ในส่วนของการหลอกลวง “โดยที่ให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” แต่ยังไม่ครอบคลุมถึงการหลอกลวงรูปแบบอื่นที่เป็นเหตุให้ความยินยอมของผู้ถูกหลอกลวงเสียไปด้วย กล่าวคือ “การหลอกลวงในสภาพของการกระทำ” และ “การหลอกลวงในวัตถุประสงค์ของการกระทำ” เหมือนดังเช่นความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศไอซ์แลนด์ที่นอกจากกำหนดให้การหลอกลวงให้เข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่นแล้วยังรวมถึงการหลอกลวงว่าเป็นการรักษาโรคทางการแพทย์และการหลอกลวงว่าเป็นการรักษาทางวิทยาศาสตร์อย่างอื่น หรือความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศอังกฤษที่กำหนดถึงบทสันนิษฐานเด็ดขาดความยินยอมที่หากเป็นการหลอกลวงให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นรวมถึงการหลอกลวงในธรรมชาติของการกระทำและวัตถุประสงค์ของการกระทำ ถือว่าเป็นการกระทำที่ผู้ถูกหลอกลวงไม่ยินยอมและไม่มีเหตุควรเชื่อว่ายินยอม เป็นองค์ประกอบของความผิดเกี่ยวกับเพศฐานต่างๆ ที่ให้นำบทสันนิษฐานมาใช้ในการพิจารณา

ดังนั้น ตามที่ได้วิเคราะห์มาแล้วข้างต้นผู้ศึกษาเห็นว่ามาตรการที่จะสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้อย่างถาวร ก็คือมาตรการในการกำหนดความผิดโดยการเพิ่มเติมองค์ประกอบของความผิดที่เกี่ยวกับการหลอกลวงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 ให้ครอบคลุมถึงการหลอกลวงที่เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปทุกกรณี กล่าวคือ เพิ่มเติมข้อความในองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 ในส่วนของ “โดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” เป็น “โดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นหรือเข้าใจผิดในสภาพของการกระทำหรือเข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ของการกระทำ” เพื่อเป็นการคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคลผู้ถูกหลอกลวงให้ยินยอมมีความสัมพันธ์ทางเพศ

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ตามที่คุณศึกษาได้กล่าวถึงความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 เรื่องการให้ความยินยอมในบทที่ 1 หลักความยินยอมในทางอาญาในบทที่ 2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารในบทที่ 3 การบังคับหรือข่มขืนใจในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารในบทที่ 4 และการหลอกลวงให้ยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารในบทที่ 5 มาแล้ว ทำให้เห็นถึงความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมปัจจุบัน ทำให้ทราบถึงแนวความคิด ทฤษฎีของหลักความยินยอมทางอาญา และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร และนำมาซึ่งการพิจารณาและวิเคราะห์มาตรการที่เหมาะสมเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร ดังนั้น ในบทนี้ผู้ศึกษาจะสรุปถึงภาพรวมที่ได้ศึกษามาทั้งหมดในหัวข้อ 6.1 และนำเสนอข้อเสนอนะในการแก้ไขปัญหาในหัวข้อ 6.2 เพื่อเป็นแนวทางในการพัฒนาบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 ต่อไป

6.1 บทสรุป

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นความผิดที่มุ่งคุ้มครอง “เสรีภาพทางเพศ” (Sexual Autonomy) ของบุคคลในสังคม ซึ่งเป็น “สิทธิทางเพศ” (Sexual Rights) และเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตาม “หลักสิทธิมนุษยชน” (Human Rights) ที่มนุษย์ทุกคนพึงได้รับความคุ้มครองตั้งแต่เกิด ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คำว่า ข่มขืน หมายถึง การข่มขืนใจ กล่าวคือ เป็นการกระทำต่อผู้เสียหายโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย เช่นเดียวกับความผิดฐานกระทำอนาจารที่โดยสภาพการกระทำผิดก็ต้องเป็นการกระทำที่ผู้เสียหายไม่ยินยอมเช่นกัน หากผู้เสียหายยินยอมก็ไม่อาจเป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารได้ การให้ความยินยอมตามหลักความยินยอมในทางอาญาจึงเป็นสาระสำคัญในความผิดทั้งสองฐานดังกล่าว

หลักความยินยอมในทางอาญาถูกนำมาใช้ในฐานะ “หลักกฎหมายทั่วไป” (General principle of law) ซึ่งมีหลักเกณฑ์การพิจารณาความยินยอมที่สำคัญ 3 ประการ คือ ประการแรก

ต้องเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ ประการที่สองความยินยอมต้องไม่ขัดต่อสำนึกศีลธรรมอันดี และ ประการที่สามต้องมีความยินยอมอยู่ในขณะกระทำ หากขาดหลักเกณฑ์ประการใดประการหนึ่งก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอม โดยเฉพาะความยินยอมที่บริสุทธิ์ กล่าวคือ ความยินยอมต้องไม่ได้เกิดจากการบังคับ ชูเชื้อ ใช้กำลังประทุษร้าย หรือหลอกลวง หากความยินยอมเกิดจากการบังคับ ชูเชื้อ ใช้กำลังประทุษร้าย หรือหลอกลวง ถือเป็นการจำยอม (Submission) มิใช่ความยินยอมโดยสมัครใจเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักเสรีภาพทางเพศ (Sexual Autonomy) และหลักความยินยอมในทางอาญา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 นอกจากจะต้องเป็นการกระทำที่ต้องมีการข่มขืนใจโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหายแล้ว การกระทำจะต้องประกอบด้วยลักษณะประการใดประการหนึ่ง คือ การชูเชื้อด้วยประการใดๆ การใช้กำลังประทุษร้าย การกระทำขณะผู้อื่นตกอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้ และการทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น การกระทำนอกเหนือจากนี้แม้เป็นการข่มขืนใจผู้เสียหายก็ตาม ก็เป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร

แม้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารจะได้กำหนดถึงการชูเชื้อด้วยประการใดๆ การใช้กำลังประทุษร้าย การกระทำขณะผู้อื่นตกอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้ และการทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ซึ่งล้วนเป็นการกระทำที่เป็นการบังคับหรือข่มขืนใจเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป แต่สำหรับการหลอกลวงได้กำหนดให้การทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น กล่าวคือ การหลอกลวงให้สำคัญผิดตัวบุคคลเท่านั้นเป็นความผิด หากเกิดการกระทำที่เป็นการหลอกลวงรูปแบบอื่นที่เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป และกระทบต่อสภาพสังคมส่วนรวมในการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพทางเพศ การกระทำขาดองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารไม่อาจลงโทษผู้กระทำความผิดได้

ซึ่งตามสมมุติฐานที่ผู้ศึกษาตั้งไว้ในบทที่ 1 ว่า “แม้ว่าการให้ความยินยอมให้กระทำทางเพศเป็นเหตุให้ผู้กระทำไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารก็ตาม แต่การให้ความยินยอมที่เกิดจากการบังคับ ชูเชื้อ ใช้กำลังประทุษร้าย หรือหลอกลวง ไม่อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์และแท้จริง ดังนั้น กฎหมายควรกำหนดองค์ประกอบความผิดให้ชัดเจนและครอบคลุมถึงการหลอกลวงที่เป็นเหตุให้ความยินยอมไม่บริสุทธิ์และแท้จริงเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร ทั้งนี้ เพื่อให้คุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคล”

จากการศึกษาวิจัยพบว่าแม้การหลอกลวงเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ความยินยอมเสียไปเป็นความยินยอมที่ไม่บริสุทธิ์ตามหลัก “การหลอกลวงเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป” (Fraud vitiates consent) แต่ไม่ใช่การหลอกลวงทุกกรณีที่จะเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป ตามแนวความคิดการหลอกลวงให้ยินยอมในประเทศไทยแบ่งประเภทของการหลอกลวงออกเป็น 2 ประเภท คือ 1) การหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป ได้แก่ การหลอกลวงให้สำคัญผิดในตัวบุคคล และการหลอกลวงให้สำคัญผิดในสภาพของการกระทำโดยผู้ถูกหลอกลวงไม่รู้สภาพการกระทำของตนเองว่าเป็นการกระทำซ้ำเราหรือกระทำอนาจาร 2) การหลอกลวงในมูลเหตุจูงใจไม่เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป ได้แก่ การหลอกลวงในคุณสมบัติต่างๆ ในตัวบุคคล หรือการหลอกลวงในวัตถุประสงค์ของการกระทำ อย่างไรก็ตามแนวความคิดการหลอกลวงให้ยินยอมในต่างประเทศแบ่งประเภทการหลอกลวงได้เป็น 3 ประเภท คือ 1) การหลอกลวงให้สำคัญผิดในธรรมชาติของการกระทำเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป ซึ่งธรรมชาติของการกระทำตามแนวความคิดนี้รวมถึงทั้งสภาพของการกระทำและวัตถุประสงค์ของการกระทำอยู่ด้วยเช่นกัน 2) การหลอกลวงให้สำคัญผิดในตัวบุคคลเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป 3) การหลอกลวงให้สำคัญผิดในคุณสมบัติของตัวบุคคลไม่เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป

สำหรับการหลอกลวงเกี่ยวกับตัวบุคคลเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศ กรณีแรก คือ การหลอกลวงให้สำคัญผิดตัวบุคคลจากบุคคลหนึ่งเป็นอีกบุคคลหนึ่งนั้น เป็นการหลอกลวงในสาระสำคัญตามแนวความคิดการหลอกลวงให้ยินยอมในประเทศไทยจึงเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป ซึ่งสอดคล้องกับแนวความคิดการหลอกลวงให้ยินยอมของต่างประเทศ โดยที่ปัจจุบันความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้บัญญัติต้องประกอบความผิดเกี่ยวกับการหลอกลวงให้สำคัญผิดตัวบุคคลเป็นความผิดไว้แล้ว ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายต่างประเทศหลายๆ ประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศไอซ์แลนด์ รวมถึงประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐเท็กซัส มลรัฐอลาบามา และรวมถึงมลรัฐอื่นๆ อีกหลายมลรัฐที่การหลอกลวงให้สำคัญผิดตัวบุคคลเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ แต่สำหรับกรณีที่สอง คือ การหลอกลวงให้สำคัญผิดในคุณสมบัติของตัวบุคคล เช่น สถานภาพทางสมรส สถานภาพทางสังคม ฐานะทางการเงิน หรือตำแหน่งหน้าที่การงาน เป็นต้น เป็นเพียงการหลอกลวงในมูลเหตุจูงใจเท่านั้น การหลอกลวงไม่เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป โดยสอดคล้องกับแนวความคิดการหลอกลวงให้ยินยอมของต่างประเทศที่ส่วนใหญ่ล้วนเห็นว่าการหลอกลวงไม่เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป

ส่วนการหลอกลวงเกี่ยวกับข้อเท็จจริงเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศ กรณีแรก คือ การหลอกลวงในสภาพตามธรรมชาติของการกระทำ เป็นการหลอกลวงที่ทำให้ผู้ถูกหลอกลวงไม่รู้ถึงสภาพสาระสำคัญของการกระทำว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารทางเพศ ซึ่งตามแนวความคิดการหลอกลวงให้ยินยอมในประเทศไทยถือเป็นการหลอกลวงในสาระสำคัญจึงเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป เช่นเดียวกับแนวความคิดการหลอกลวงให้ยินยอมของต่างประเทศที่การหลอกลวงดังกล่าว เป็นการหลอกลวงให้สำคัญผิดในธรรมชาติของการกระทำเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปเช่นกัน ส่วนกรณีที่สอง คือ การหลอกลวงในวัตถุประสงค์ของการกระทำเป็นการหลอกลวงให้เข้าใจผิดว่าการกระทำชำเราหรือการกระทำไม่สมควรทางเพศมีวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง นอกเหนือจากการสนองความใคร่ ได้แก่ การหลอกลวงว่าเป็นการรักษาโรคทางการแพทย์แผนปัจจุบัน แผนโบราณ ตามความเชื่อ หรือการหลอกลวงว่าเป็นการทำนายดวง สะเดาะเคราะห์ หรือประกอบพิธีกรรมทางความเชื่อ ตามแนวความคิดการหลอกลวงให้ยินยอมในประเทศไทยถือเป็นการหลอกลวงในมูลเหตุจูงใจไม่ทำให้ความยินยอมเสียไป อย่างไรก็ตามปัจจุบันปัญหานี้เป็นปัญหาที่สำคัญและเกิดผลกระทบต่อสังคมวงกว้าง กระทบต่อเสรีภาพทางเพศของผู้ถูกหลอกลวง ศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557 ได้วินิจฉัยว่า ความยินยอมที่เกิดจากการหลอกลวงดังกล่าวมิใช่ความยินยอมโดยสมัครใจจึงไม่อาจถือได้ว่าผู้ถูกหลอกลวงยินยอมให้กระทำ ทั้งพบว่าแนวความคิดการหลอกลวงให้ยินยอมของต่างประเทศการหลอกลวงดังกล่าวจัดเป็นรูปแบบหนึ่งของการหลอกลวงในธรรมชาติของการกระทำจึงเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป แนวความคิดการให้ความคุ้มครองสิทธิทางเพศจากการหลอกลวงรูปแบบนี้ปรากฏให้เห็นชัดเจนในกฎหมายเพศของประเทศอังกฤษ และประเทศไอซ์แลนด์ที่กำหนดให้การหลอกลวงให้สำคัญผิดในวัตถุประสงค์ของการกระทำเป็นความผิดทางเพศ

เมื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาในการพิจารณาความผิดแล้วพบว่า นอกเหนือจากการหลอกลวง “โดยทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” ที่กำหนดในองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 อยู่แล้ว ยังคงมีการหลอกลวงรูปแบบอื่นที่การหลอกลวงเป็นเหตุให้ความยินยอมของผู้ถูกหลอกลวงเสียไปถือว่าผู้ถูกหลอกลวงไม่ได้ให้ความยินยอมโดยสมัครใจ กล่าวคือ การหลอกลวงในสภาพตามธรรมชาติของการกระทำที่ผู้ถูกหลอกลวงไม่รู้ถึงสภาพการกระทำที่แท้จริงของตนเองว่าเป็นการกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร และรวมถึงการหลอกลวงในวัตถุประสงค์ของการกระทำที่

ผู้ถูกลอกลงเข้าใจว่าการกระทำซ้ำเราหรือกระทำไม่สมควรทางเพศเป็นการกระทำเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งมิใช่การกระทำเพื่อสนองความใคร่ทางเพศ โดยประมวลกฎหมายอาญาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารไม่ได้กำหนดให้ชัดเจนในองค์ประกอบของความผิดทั้งสองฐานดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามการลอกลงในบางกรณีเป็นการกระทำที่ถึงขนาดเป็นเหตุให้ผู้ถูกลอกลงตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ประกอบกับในบางครั้งนอกจากมีการลอกลงแล้วยังอาจมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่มีลักษณะเป็นการใช้แรงทางกายภาพต่อร่างกายหรือจิตใจของผู้ถูกลอกลงด้วย ดังนั้น เมื่อเกิดการลอกลงดังกล่าวผู้ใช้กฎหมายจึงควรพิจารณาเบื้องต้นว่า “การให้ความยินยอมมิได้เกิดจากความยินยอมโดยสมัครใจไม่อาจถือได้ว่าผู้ถูกลอกลงยินยอม” และนำองค์ประกอบความผิดส่วนของการกระทำ “โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” หรือ “โดยใช้กำลังประทุษร้าย” มาใช้ในพิจารณาความผิดตามความเหมาะสมแล้วแต่กรณี

และเมื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาในการกำหนดบทบัญญัติความผิดแล้วพบว่า แม้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 จะกำหนดองค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวกับการลอกลงไว้เพียงรูปแบบเดียวคือ การลอกลง “โดยทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” และผู้บังคับใช้กฎหมายอาจใช้การพิจารณาตีความกฎหมายในกรณีการลอกลงที่เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปซึ่งถือว่าผู้ถูกลอกลงมิได้ให้ความยินยอมโดยสมัครใจประกอบกับองค์ประกอบความผิดในส่วนของกรกระทำ “โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” หรือ “โดยใช้กำลังประทุษร้าย” มาใช้พิจารณาความผิดได้ แต่ก็สุมเสี่ยงต่อการถูกโต้แย้งและไม่สามารถเป็นหลักประกันได้ว่าเมื่อเกิดการลอกลงรูปแบบดังกล่าวจะสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ทุกคราวไป เพราะผู้บังคับใช้กฎหมายแต่ละคนอาจมีแนวความคิดและความคิดเห็นที่แตกต่างกัน แนวทางการแก้ไขปัญหาก็ต้องพิจารณาทบทวนถึงการกำหนดบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน

ซึ่งเมื่อการศึกษาพบว่ามิใช่การลอกลงทุกรูปแบบเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป โดยสามารถจำแนกการลอกลงที่เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปได้ 3 รูปแบบ ได้แก่ 1)การลอกลงให้สำคัญผิดตัวบุคคล 2)การลอกลงให้สำคัญผิดในสภาพของการกระทำ 3)การลอกลงให้สำคัญผิดในวัตถุประสงค์ของการกระทำ การกำหนดองค์ประกอบความผิดโดยใช้คำว่า “ไม่ยินยอม” หรือโดยใช้คำว่า “ลอกลง” เป็นองค์ประกอบความผิดโดยลำพังในลักษณะอย่างกว้าง อาจก่อให้เกิดปัญหา

ในการใช้การตีความกฎหมายตามดุลยพินิจของผู้ใช้กฎหมายแต่ละคนที่อาจพิจารณาหลักความยินยอมในทางอาญาที่แตกต่างกัน ทั้งขัดต่อการใช้กฎหมายอาญาที่หากบทบัญญัติกฎหมายใดกำหนดองค์ประกอบของการลอบกลวงเป็นองค์ประกอบของความผิดย่อมหมายถึงการลอบกลวงทุกรูปแบบที่เป็นความผิด โดยมีได้ค้ำประกันว่าการลอบกลวงรูปแบบใดเป็นการลอบกลวงที่เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปหรือไม่

ฉะนั้น แนวทางการกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารที่เกี่ยวกับการลอบกลวงตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 ที่กำหนดองค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวกับการลอบกลวงโดยระบุเป็นรูปแบบการลอบกลวงอย่างแคบ กล่าวคือ “โดยที่ให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” จึงเป็นแนวทางการกำหนดบทบัญญัติความผิดที่เหมาะสมแล้ว แต่อย่างไรก็ตามเพื่อความชัดเจนครอบคลุมถึงการลอบกลวงทุกรูปแบบที่เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปกฎหมายจึงควรกำหนดให้ “การลอบกลวงให้สำคัญผิดในสภาพของการกระทำ” และ “การลอบกลวงให้สำคัญผิดในวัตถุประสงค์ของการกระทำ” เป็นองค์ประกอบความผิดด้วย ทั้งนี้ เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมปัจจุบัน และเพื่อให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคลในสังคม

ผลการศึกษาวิจัยเรื่องนี้ก่อให้เกิดประโยชน์หลายประการ กล่าวคือ ทำให้ทราบถึงแนวความคิดและทฤษฎีของหลักความยินยอมในทางอาญา และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ก่อให้เกิดองค์ความรู้ถึงการกระทำทางเพศที่ปราศจากความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของความยินยอมที่เกิดจากการลอบกลวงซึ่งนำมาสู่การพิจารณาถึงมาตรการในการพิจารณาความผิดและการกำหนดบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร เพื่อใช้เป็นมาตรการในการให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคลในสังคมต่อไป

6.2 ข้อเสนอแนะ

ตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 1 ถึงบทที่ 5 และได้สรุปภาพรวมของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ทั้งหมดในบทที่ 6 หัวข้อที่ 6.1 มาแล้ว ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะได้นำเสนอข้อเสนอแนะตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ผ่านๆ มา เพื่อนำไปสู่การแก้ไขปัญหาและให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคล โดยผู้ศึกษาจะนำเสนอข้อเสนอแนะทั้งหมดสองด้าน ได้แก่ ข้อเสนอแนะในด้านการพิจารณาความผิด และข้อเสนอแนะในด้านการกำหนดบทบัญญัติความผิด ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

ข้อเสนอแนะประการที่หนึ่ง ในด้านการพิจารณาความผิด

ข้อเสนอแนะข้อนี้ มาจากสภาพปัญหาที่ปัจจุบันความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 หรือมาตรา 278 กำหนดองค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวกับการหลอกลวงไว้เพียงรูปแบบเดียว กล่าวคือ การหลอกลวง “โดยทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” ซึ่งไม่รวมถึง “การหลอกลวงให้สำคัญผิดในสภาพของการกระทำ” และ “การหลอกลวงให้สำคัญผิดในวัตถุประสงค์ของการกระทำ” ตามที่ได้ศึกษาแล้วพบว่าการหลอกลวงในสภาพตามธรรมชาติของการกระทำที่ผู้ถูกระทำไม่รู้ถึงสภาพการกระทำที่แท้จริงของตนเองว่าเป็นการกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร เป็นการหลอกลวงในสาระสำคัญตามแนวคิดการหลอกลวงของประเทศไทยเป็นเหตุให้ความยินยอมของผู้ถูกลอกลวงเสียไป และนอกจากนี้ยังรวมถึงการหลอกลวงในวัตถุประสงค์ของการกระทำที่แม้จะพิจารณาตามหลักความยินยอมที่เกี่ยวกับการหลอกลวงตามกฎหมายไทยเป็นเพียงการหลอกลวงในมูลเหตุจูงใจมิใช่การหลอกลวงในสาระสำคัญ แต่มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557 ที่วินิจฉัยว่า การที่ผู้เสียหายยินยอมเพราะถูกหลอกลวงว่าเป็นการสะเดาะเคราะห์ มิใช่ความยินยอมโดยสมัครใจ และตามแนวความคิดของหลักความยินยอมที่เกี่ยวกับการหลอกลวงในต่างประเทศแม้เป็นการหลอกลวงในวัตถุประสงค์ของการกระทำจัดเป็นการหลอกลวงในธรรมชาติของการกระทำอย่างหนึ่ง ความยินยอมที่เกิดจากการหลอกลวงจึงเสียไปเป็นความยินยอมที่ไม่บริสุทธิ์ จะถือว่าผู้ถูกลอกลวงให้ความยินยอมไม่ได้

เมื่อเกิดการหลอกลวงในรูปแบบดังกล่าวข้างต้น การกระทำจึงขาดองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารไม่อาจลงโทษผู้กระทำความผิดทั้งๆที่การกระทำดังกล่าวเป็นภัยร้ายแรงต่อสังคม ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 509/2529 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5837/2530 ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

ซึ่งในบางกรณีการหลอกลวงเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศ มักจะประกอบด้วยกิจกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นการใช้แรงทางกายภาพต่อร่างกายหรือจิตใจของผู้ถูกลอกลวง หรือการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลผู้ถูกระทำตกอยู่ในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้โดยใช่ยาทำให้มึนเมา สะกดจิตหรือวิธีอื่นที่คล้ายคลึงกัน ซึ่งการกระทำเหล่านี้แม้ไม่ถึงขนาดมีการทำร้ายก็เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายแล้ว การหลอกลวงที่ประกอบด้วยพฤติการณ์เช่นว่านั้นจึงอาจตีความตามองค์ประกอบความผิด “โดยใช่กำลังประทุษร้าย” ได้

หรือในบางกรณีการหลอกลวงถึงขนาดเป็นการกระทำที่บุคคลผู้ถูกหลอกลวงตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เช่น การหลอกลวงในสภาพของการกระทำที่โดยสภาพผู้ถูกหลอกลวงไม่สามารถขัดขืนได้เนื่องจากไม่เข้าใจสภาพสาระสำคัญการกระทำของตัวเองเพราะถูกหลอกลวง เป็นต้น ดังนั้น การกระทำชำเราหรือกระทำไม่สมควรทางเพศโดยการหลอกลวงก็อาจเป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ครบองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 หรือมาตรา 278 แล้วแต่กรณี ผู้ใช้กฎหมายจึงควรใช้การตีความตามองค์ประกอบความผิด “โดยอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” เพื่อให้สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้

แต่การพิจารณาความผิดโดยอาศัยองค์ประกอบความผิด “โดยใช้กำลังประทุษร้าย” หรือ “โดยอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” นั้น ผู้ใช้กฎหมายจำเป็นต้องพิจารณาเสียก่อนว่า “การหลอกลวงในสภาพของการกระทำ” หรือ “การหลอกลวงในวัตถุประสงค์ของการกระทำ” แม้ผู้เสียหายยอมให้กระทำชำเราหรือกระทำการไม่สมควรทางเพศก็ตาม แต่เนื่องจากผู้เสียหายหลงเชื่อในอุบายหลอกลวงของผู้หลอกลวงจึงมิได้เป็นการยินยอมโดยสมัครใจ ตามหลักความยินยอมในทางอาญาที่สามารถนำมาใช้ได้ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป (General principle of law) เพราะหากไม่พิจารณาเช่นนั้นแล้วแม้จะปรากฏว่ามีการใช้แรงทางกายภาพต่อร่างกายหรือจิตใจที่ถือได้ว่าเป็นการใช้กำลังประทุษร้าย แต่เมื่อผู้เสียหายยินยอมให้กระทำการกระทำโดยสภาพก็ไม่อาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารได้เนื่องจากไม่มีการข่มขืนใจ

แต่อย่างไรก็ตามการใช้การพิจารณาความผิดโดยอาศัยองค์ประกอบความผิดในส่วนของ “โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” และ “โดยใช้กำลังประทุษร้าย” ตามที่ผู้ศึกษาได้พิจารณามานั้น ก็อาจก่อให้เกิดปัญหาบางประการในการใช้กฎหมาย กล่าวคือ การหลอกลวงเพื่อกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารมีหลายรูปแบบ แม้ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้อาจเป็นผลมาจากสภาพร่างกายหรือจิตใจของผู้ถูกระทำ ได้แก่ คนพิการ คนป่วย คนวิกลจริต หรือบุคคลที่กำลังหลับ มึนเมา ถูกสะกดจิต หรือบุคคลที่เผลอ ถูกจับมัดไว้ เป็นต้น หรืออาจเป็นผลมาจากสภาพแวดล้อม เหตุการณ์ภายนอกตัวบุคคลที่ทำให้บุคคลนั้นตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ได้แก่ สถานที่เปลี่ยว การบังคับ การข่มขู่ หรือการหลอกลวง แต่ผู้ศึกษาเห็นว่าไม่ใช้การหลอกลวงในทุกรูปแบบจะเป็นการกระทำในภาวะไม่สามารถขัดขืนได้ และเป็นการยากแก่การพิจารณาในทางปฏิบัติว่ารูปแบบ

ใดถึงขนาดเป็นการกระทำให้ผู้ถูกหลอกลวงตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ และรูปแบบใดที่ผู้ถูกหลอกลวงยังคงสามารถขัดขืนได้และอาจเป็นเหตุให้มีการโต้แย้งทางความเห็นกันได้

และส่วนการใช้กำลังประทุษร้ายนั้น แม้การใช้กำลังประทุษร้ายเพียงแต่การใช้แรงทางกายภาพไม่ต้องถึงขนาดการทำร้ายร่างกาย และสามารถนำมาเป็นตัวช่วยในการพิจารณาความผิดได้ แต่ในบางครั้งก็เป็นปัญหาระหว่างการใช้อำนาจประทุษร้ายกับรูปแบบวิธีการกระทำชำเราหรือการกระทำไม่สมควรทางเพศตามปกติธรรมดา ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าหากพิจารณาว่ารูปแบบวิธีการกระทำชำเราหรือการกระทำไม่สมควรทางเพศตามปกติธรรมดาเป็นการใช้แรงทางกายภาพจึงการใช้กำลังประทุษร้ายก็จะทำให้กลายเป็นว่าการกระทำชำเราหรือการกระทำไม่สมควรทางเพศทุกกรณีเป็นการใช้อำนาจประทุษร้ายไปเสียหมด ซึ่งการที่จะเป็นการใช้อำนาจประทุษร้ายนั้นน่าจะต้องมีการกระทำที่มากกว่าการกระทำดังกล่าวข้างต้น ตัวอย่างเช่น การสะบัดมือ การผลัก การใช้กำลังร่างกายเพื่อต่อต้านขัดขืน เป็นต้น

ฉะนั้น การใช้การพิจารณาความผิดโดยอาศัยองค์ประกอบความผิดในส่วนของ “โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” และ “โดยใช้อำนาจประทุษร้าย” ตามข้อเสนอแนะประการที่หนึ่งนี้ ในทางหนึ่งเป็นการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมและก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่กรณีได้ แต่ในอีกทางหนึ่งก็มีปัญหาที่ต้องพึงระมัดระวังในการใช้การตีความของผู้ใช้กฎหมายที่ต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมายที่มีในปัจจุบัน

ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเสนอแนะว่าตราบใดที่ยังไม่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวกับการหลอกลวงตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 ผู้มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายจึงควรใช้การพิจารณาความผิดในการตีความกฎหมายถึงการหลอกลวงในรูปแบบที่เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปตามหลักความยินยอมทางอาญา โดยถือว่าผู้ถูกหลอกลวงมิได้ให้ความยินยอมโดยสมัครใจอันเป็นการข่มขืนใจผู้ถูกหลอกลวงอย่างหนึ่ง โดยพิจารณาประกอบกับองค์ประกอบของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 ในส่วนของการกระทำ “โดยใช้อำนาจประทุษร้าย” หรือ “โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” ตามข้อเท็จจริงแล้วแต่กรณี ทั้งนี้ เพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคลจนกว่าจะมีการพิจารณาทบทวนถึงการกำหนดบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278

ข้อเสนอแนะประการที่สอง ในด้านการกำหนดบทบัญญัติความผิด

ข้อเสนอแนะข้อนี้ มาจากสภาพปัญหาที่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 กำหนดองค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวกับการหลอกลวงไว้เพียงรูปแบบเดียว คือ การหลอกลวง “โดยทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” ซึ่งไม่รวมถึงการหลอกลวงให้สำคัญผิดในสภาพของการกระทำ และการหลอกลวงให้สำคัญผิดในวัตถุประสงค์ของการกระทำ การใช้แนวทางในการพิจารณาความผิดตามข้อเสนอแนะประการแรกนั้นอาจสุ่มเสี่ยงต่อการถูกโต้แย้งและไม่สามารถเป็นหลักประกันได้ว่าจะสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ทุกคราวไป เพราะผู้บังคับใช้กฎหมายแต่ละคนอาจมีแนวความคิดและความคิดเห็นที่แตกต่างกัน เพื่อความชัดเจนและครอบคลุมถึงการหลอกลวงทุกรูปแบบที่เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป กฎหมายจึงควรกำหนดให้การหลอกลวงที่เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปเป็นองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 ให้ครอบคลุมทุกกรณี

ตามที่ได้ศึกษาถึงความผิดเกี่ยวกับเพศที่เกี่ยวกับการหลอกลวงของต่างประเทศเปรียบเทียบกับประเทศไทยแล้วพบว่าสามารถจำแนกเป็นแนวทางการกำหนดองค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวกับการหลอกลวงได้เป็น 3 กรณี ดังนี้

- (1) การกำหนดองค์ประกอบความผิดโดยใช้คำว่า “ไม่ยินยอม”
- (2) การกำหนดองค์ประกอบของความผิดโดยใช้คำว่า “หลอกลวง”
- (3) การกำหนดองค์ประกอบของความผิดโดยระบุรูปแบบการหลอกลวงที่เป็นความผิดไว้ในองค์ประกอบของความผิด

ซึ่งการกำหนดองค์ประกอบความผิดโดยใช้คำว่า “ไม่ยินยอม” เป็นองค์ประกอบแม้มีลักษณะตรงกันกับพื้นฐานของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารที่ต้องกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย และรวมถึงการหลอกลวงที่เป็นเหตุให้ความยินยอมของผู้ถูกหลอกลวงเสียไปเท่ากับเป็นการไม่ยินยอม และการกำหนดองค์ประกอบความผิดโดยใช้คำว่า “หลอกลวง” เป็นองค์ประกอบของความผิด แม้จะชัดเจนแสดงให้เห็นถึงแนวทางการกำหนดความผิดที่มุ่งคุ้มครองการหลอกลวงเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศที่มีขอบ แต่เนื่องจากมิใช่การหลอกลวงทุกรูปแบบที่จะเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปตามหลัก “การหลอกลวงเป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป” (Fraud vitiates

consent) การกำหนดดังกล่าวจึงมีลักษณะที่กว้าง อาจก่อให้เกิดการตีความที่กว้างขวางเกินขอบเขต และอาจมีความเห็นไม่ตรงกันได้ ไม่สอดคล้องกับหลักทางกฎหมายอาญาที่ต้องมีความชัดเจนไม่คลุมเครือและผู้ใช้กฎหมายจะต้องตีความอย่างเคร่งครัด และยังขัดต่อแนวคิดที่ความผิดฐานใดกำหนดองค์ประกอบของความผิดโดยใช้คำว่า “หลอกลวง” เป็นองค์ประกอบของความผิดไว้ การหลอกลวงย่อมหมายถึงการหลอกลวงทุกรูปแบบเป็นความผิดไม่ว่าจะเป็นการหลอกลวงในสาระสำคัญหรือการหลอกลวงในมูลเหตุจูงใจก็ตาม โดยไม่อาจตีความว่าเพียงการหลอกลวงรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งเท่านั้น ดังเช่นในความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 341

เมื่อจากการศึกษาการหลอกลวงกับหลักความยินยอมในทางอาญาตามแนวคิดความยินยอมที่เกี่ยวกับการหลอกลวงของประเทศไทยและต่างประเทศ และพิจารณาถึงรูปแบบการหลอกลวงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร พบว่ามีใช้การหลอกลวงทุกรูปแบบจะเป็นเหตุให้ความยินยอมของผู้ถูกหลอกลวงเสียไป ซึ่งมีรูปแบบการหลอกลวงที่เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไป ได้แก่

- (1) การหลอกลวงให้สำคัญผิดในตัวบุคคล กล่าวคือ เป็นการหลอกลวงให้สำคัญผิดตัวบุคคลมิใช่เพียงคุณสมบัติในตัวบุคคลเท่านั้น
- (2) การหลอกลวงให้สำคัญผิดในสภาพของการกระทำ กล่าวคือ เป็นการหลอกลวงที่ผู้ถูกหลอกลวงไม่รู้ถึงสภาพที่แท้จริงว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจาร
- (3) การหลอกลวงให้สำคัญผิดในวัตถุประสงค์ของการกระทำ กล่าวคือ การหลอกลวงที่ผู้ถูกหลอกลวงรู้สภาพว่าเป็นการกระทำชำเราหรืออนาจาร แต่สำคัญผิดในประโยชน์สุดท้ายของการกระทำว่าเป็นการกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่ง เช่น สำคัญผิดว่ากระทำเพื่อรักษาโรคหรือสำคัญผิดว่าเป็นการสะเดาะเคราะห์ เป็นต้น

ส่วนการจัดประเภทของความผิดและการกำหนดโทษเกี่ยวกับการหลอกลวงเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศพบที่สามารถแบ่งออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีแรกการจัดเป็นประเภทความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารเช่นเดียวกับการกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารโดยการบังคับ ชูเชิญ หรือใช้กำลังประทุษร้าย ซึ่งการกำหนดโทษก็จะมี ความรุนแรงระดับเดียวกันกับการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารโดยการบังคับ ชูเชิญ หรือใช้กำลังประทุษร้าย กรณีที่สองการจัดเป็นประเภทความผิดต่างหากนอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารโดยการบังคับ ชูเชิญ หรือการใช้กำลังประทุษร้าย การกำหนดโทษก็จะมีลักษณะเป็นบทเบาของความผิดข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารโดยการบังคับ ชูเชิญ และใช้กำลังประทุษร้าย

เมื่อมีการหลอกลวงทุกรูปแบบจะเป็นการกระทำให้ความยินยอมเสียไปเป็นความยินยอมโดยไม่สมัครใจ และสามารถจำแนกรูปแบบการหลอกลวงที่มีผลกระทบต่อความยินยอมได้ 3 รูปแบบ การกำหนดองค์ประกอบของความผิดโดยกำหนดระบुरूบบนรูปแบบของการหลอกลวงที่เป็นเหตุให้ความยินยอมเสียไปที่ไม่อาจถือได้ว่าผู้ถูกหลอกลวงยินยอมเป็นองค์ประกอบของความผิด จึงมีความเหมาะสมที่สุดเพื่อป้องกันการโต้แย้งและการใช้กฎหมายที่เกินขอบเขตได้ และตามกฎหมายไทยตั้งแต่พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 จนถึงประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน ก็แสดงถึงแนวความคิดในการจัดประเภทความผิดและการกำหนดโทษที่รวมอยู่กับการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารโดยการบังคับ ชูเชื้อ และใช้กำลังประทุษร้าย แสดงให้เห็นถึงแนวความคิดในการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศจากการหลอกลวงเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศเช่นเดียวกับการบังคับ ชูเชื้อ หรือใช้กำลังประทุษร้ายเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศ ซึ่งสอดคล้องกับประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อเห็นเนื้อที่รวมถึงอีกหลายๆ มลรัฐในปัจจุบัน

การหลอกลวงเพื่อมีความสัมพันธ์ทางเพศโดยเฉพาะอย่างยิ่งการหลอกลวงที่อาศัยความเชื่อทางศาสนา พิธีกรรม การสะเดาะเคราะห์ หรือการหลอกลวงว่าการกระทำเป็นการรักษาโรคทางการแพทย์แผนปัจจุบัน แผนโบราณหรือการรักษาตามความเชื่อ ซึ่งบางกรณีอาจเป็นการหลอกลวงให้สำคัญผิดในสภาพของการกระทำ หรือบางกรณีที่ถูกหลอกลวงรู้สภาพของการกระทำก็อาจเป็นการหลอกลวงให้สำคัญผิดในวัตถุประสงค์ของการกระทำปรากฏให้เห็นอย่างต่อเนื่องในสังคมไทย เป็นภัยร้ายแรงต่อสังคม และกระทบต่อเสรีภาพทางเพศของผู้หลอกลวง ซึ่งแทบจะมีผลกระทบที่ไม่แตกต่างกับการข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารโดยการบังคับ ชูเชื้อ และใช้กำลังประทุษร้าย จึงควรกำหนดองค์ประกอบของความผิดเพิ่มเติมให้มีความครอบคลุมในกฎหมายปัจจุบัน ซึ่งเป็นองค์ประกอบของความผิดโดยตรงชัดเจนถึงการหลอกลวงให้สำคัญผิดในสภาพของการกระทำหรือวัตถุประสงค์ของการกระทำ เพื่อเป็นมาตรการที่จะสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้อย่างถาวร

ดังนั้น เมื่อองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 ในปัจจุบัน ก็ได้กำหนดองค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวกับการหลอกลวงโดยระบुरूบบนรูปแบบการหลอกลวงเป็นองค์ประกอบของความผิดอยู่แล้ว ในส่วนของการหลอกลวง “โดยที่ให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” แต่ยังไม่ครอบคลุมถึงการหลอกลวงรูปแบบอื่นที่เป็นเหตุให้ความยินยอมของผู้ถูกหลอกลวงเสียไปด้วย กล่าวคือ “การหลอกลวงใน

สภาพของการกระทำ” และ “การหลอกลวงในวัตถุประสงค์ของการกระทำ” ผู้ศึกษาจึงเสนอแนะให้เพิ่มเติมข้อความในองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และมาตรา 278 ในส่วนของ “โดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” เป็น “โดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นหรือเข้าใจผิดในสภาพของการกระทำหรือเข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ของการกระทำ” ดังนี้

“มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ โดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นหรือเข้าใจผิดในสภาพของการกระทำหรือเข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ของการกระทำ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท”

“มาตรา 278 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ โดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นหรือเข้าใจผิดในสภาพของการกระทำหรือเข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ของการกระทำ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคลผู้ถูกลอกลวงให้ยินยอมมีความสัมพันธ์ทางเพศ

รายการอ้างอิง

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. ความยินยอมในกฎหมายอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2523.
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. ตำนานรักร่วมเพศ. วารสารนิติศาสตร์ 13, ฉบับที่ 2 (2526): 85.
- กุลพล พลวัน. สิทธิมนุษยชนกับสหประชาชาติ. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2547.
- เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์. หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง, 2557.
- . คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2551.
- . คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 3. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2550.
- คุณพล จันทร์หอม. เหตุใดหลักการในกฎหมายลักษณะอาญารัตนโกสินทร์ 127 จึงทันสมัยข้ามศตวรรษ. กฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทร์ศก 127. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.
- คณะอนุกรรมการสิทธิมนุษยชนและสันติภาพ. เอกสารสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ. 10-11. คณิต ฒ นคร. กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.
- . กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553.
- จงจิตต์ โศกนคณาภรณ์. สังคมวิทยาสตรี.
- จิตติ ดิงศภัทย์. กฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง, 2555.
- . กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2548.
- . ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด. วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 3, ฉบับที่ 2 (2521): 53.
- . คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: บริษัท ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง จำกัด, 2553.

- จิน ดารา. ช่มชืนกระทำชำเรา. บทบัญญัติ 2511.
- ชาคริต อนันทรารวัน. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.
- โชค จารุจินดา. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา (ลักษณะ 9). กรุงเทพมหานคร: แผนกตำราและคำบรรยาย คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- . เณรแอ...อนาจาร ? วารสารกฎหมายใหม่ ปีที่ 3, ฉบับที่ 57 (2548): 56.
- . ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง พิมพ์ครั้งที่ 37. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- ธำรง ทศนาญชลี. เพศกับอาชญากรรม. วารสารสมาคมจิตแพทย์แห่งประเทศไทย 23, ฉบับที่ 3 (2521).
- นพพงษ์ จุห้อง. กฎหมายอาญา 2. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2529.
- นิธิ เมทินีวงศ์. แนวความคิดเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในความผิดฐานช่มชืนกระทำชำเรา. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2551.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.
- บุญเดิม ไพเราะ. สถานภาพและบทบาทของสตรีในสังคมไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาสังคมวิทยา มหาบัณฑิต, แผนกวิชาสังคม จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2519.
- ประพิณ ปรัชญาภรณ์. ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2522.
- ประสิทธิ์ พัฒนอมร. ความผิดฐานช่มชืนกระทำชำเรา. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ปรีชา ช้างขวัญยืน, สมภาร พรมทา. มนุษย์กับศาสนา. กรุงเทพมหานคร: คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547.
- . สตรีในคัมภีร์ตะวันออก. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541.
- พจน์ ปุชปาคม. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2515.
- พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์. พระราชบัญญัติในปัตยุบัน. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กองลหุโทษ, ร.ศ.120.

- พระไพศาล วิสาโล. กฎหมายกับพุทธศาสนา. โดย สุทธิชัย งามชื่นสุวรรณ, รพี'47 : มองกฎหมายหลากหลายมุม. กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2547.
- รณกรณ์ บุญมี. พยายามข่มขืนกระทำชำเรา. โดย สุรศักดิ์ มณีศรี, ครอบครัว งานบริหาร อาจารย์ไพโรจน์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จัดพิมพ์ในโอกาสอายุครบ 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2553.
- ราชบัณฑิตยสถาน. 2558.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538.
- สมเด็จพระมหาสมณเจ้า กรมพระยาวชิรญาณวโรรส. เบญจศีล และ เบญจธรรม. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: มหามกุฏราชวิทยาลัย, 2500.
- สิทธิทางเพศ:ปฏิญญาสหพันธ์การวางแผนครอบครัวระหว่างประเทศ ฉบับย่อ.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.
- หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548.
- . คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา. พระนคร: ดวงดาว, 2500.
- อักษราทร จุฬารัตน์. ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา. วารสารนิติศาสตร์ 1, มิถุนายน-สิงหาคม (2520): 61.
- เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 2 : ภาคความผิด สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2550.
- Andenaes, J. The General Part of the Criminal Law of Norway. New York: Fred B. Rothman & Co., 1965.
- Falk, P. J. Rape by Fraud and Rape by Coercion. 64 Brooklyn Law Review (1998): 39.
- Herring, J. Criminal Law. 6 ed. Great Britain: CPI Antony Roew, 2009.
- Justia, V. "Rape by Deception Rape by Impersonation and a New California Bill." 2013.
- Robert, S. R. The Riddle of Rape by Deception and the Myth of Sexual Autonomy. The Yale Law Journal (2013): 1393.

ภาคผนวก



ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายปริญญา สมนึก เกิดเมื่อวันที่ 6 มิถุนายน พ.ศ.2532 ที่จังหวัดพัทลุง สำเร็จการศึกษา ระดับชั้นมัธยมศึกษาตอนต้นและตอนปลายจากโรงเรียนพัทลุง ระดับปริญญาตรีนิติศาสตร์ จาก มหาวิทยาลัยรามคำแหงในปีพ.ศ.2554 นอกจากนี้ยังสอบผ่านหลักสูตรวิชาว่าความของสำนัก ผูกอบรมวิชาว่าความแห่งสหภาพนายความ รุ่นที่ 38 และสอบไล่ได้ความรู้ชั้นเนติบัณฑิต สำนัก อบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 65 ในปีพ.ศ.2555 ปัจจุบันกำลังศึกษาอยู่ในชั้น ปริญญามหาบัณฑิต หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และรับราชการในตำแหน่งพนักงานไต่สวน สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการ ททุจริตแห่งชาติ

