

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตการให้ความยินยอมและการบอกถอนความ ยินยอมกับความรับผิดชอบข้ามจีนกระทำซ้ำเราผู้อื่นตามกฎหมายไทยและ กฎหมายต่างประเทศ

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

4.1 ปัญหาขอบเขตการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความรับผิดชอบข้ามจีนกระทำซ้ำเราผู้อื่น

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

หรือไม่ อย่างไรก็ตามจะถือว่าเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายและถือว่าเป็นความยินยอมอย่างแท้จริงของผู้เสียหาย (Real consent) ในบทนี้ผู้เขียนจึงไม่ขอกล่าวถึงองค์ประกอบความผิดทั้งหมด แต่จะวิเคราะห์ส่วนที่เกี่ยวกับปัญหาขอขมขื่นการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

4.1.1 วิเคราะห์ขอขมขื่นการให้ความยินยอม

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

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

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

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดย การใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมิหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิง หรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกันต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต...”

1) วิเคราะห์ขอบเขตกรณีผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถจัดขึ้นได้

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

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

ดังเช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 142/2454 เหตุการณ์แวดล้อมภายนอกทั้งหลายเมื่อแต่ละอย่างเล็กน้อยแต่รวมกันก็ถือว่าหนักหนาต่อผู้เสียหายพอสมควร เพราะหากไม่จำยอมให้กระทำซ้ำเราแล้วก็จะเกิดอันตรายต่อชีวิตของผู้เสียหายได้ เป็นต้น

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

บกพร่องในเรื่องความสามารถแล้ว กฎหมายจะนำบทบัญญัติใดมาปรับใช้เพื่อให้เกิดความยุติธรรมกับผู้เสียหาย ดังจะเห็นได้จากในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65³ และมาตรา 66⁴

ดังนั้นหากจะแบ่งผู้เสียหายที่เป็นผู้ที่ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมข้างต้น⁵ แล้ว อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

(1) กรณีผู้เสียหายที่มีสภาพร่างกายไม่สมบูรณ์และหรือผู้เสียหายมีจิตบกพร่องด้วยตัวของเขาเองอยู่ก่อนการถูกข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งหากจะพิจารณาอย่างละเอียดแล้วกรณีนี้อาจสามารถแบ่งผู้เสียหายที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ 2 กรณี คือ

กรณีแรก คือ ผู้เสียหายที่มีสภาพร่างกายไม่สมบูรณ์และหรือมีจิตบกพร่อง เช่น พิกการซ้ำซ้อน เป็นต้น

กรณีที่สอง คือ ผู้เสียหายที่มีสภาพร่างกายไม่สมบูรณ์และมีจิตปกติ เช่น เป็นอัมพาตแต่มีจิตปกติ ร่างกายไม่สมบูรณ์แต่มีจิตใจที่ปกติ เป็นต้น

(2) กรณีที่ผู้เสียหายเป็นผู้ที่มีร่างกายปกติสมบูรณ์ มีจิตปกติแต่ถูกผู้กระทำความผิดหรือจำเลยกระทำให้อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขจัดขึ้นได้

2) วิเคราะห์ขอบเขตกรณีของปัญหาการตีความเรื่องความยินยอมโดยสมัครใจของศาลและความเห็นของนักวิชาการ

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

³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 ผู้ใดกระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือ จิตฟั่นเฟือนผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น

แต่ถ้าผู้กระทำความผิดยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยัง สามารถบังคับตนเองได้บ้าง ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น แต่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้

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

⁵ ไม่สามารถรู้ผิดชอบ ไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิต จิตฟั่นเฟือน มีเมินเพราะเสพยาหรือสิ่งมีเมินอื่น ดิทยาเสพติด มีร่างกายพิการ เป็นอัมพาต ป่วยเจ็บหรือเจ็บป่วย ร่างกายไม่สมบูรณ์เพราะ ไม่มีแขนหรือไม่มีขา ร่างกายอ่อนแรง กล้ามเนื้ออ่อนแรง เป็นต้น

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

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

กรณีแวดล้อมเช่นคดีนี้จึงขึ้นอยู่กับรูปแบบและวิธีการสืบคดีในศาล อาจกลายเป็นอิทธิพลที่ต้องเกิดความจำยอมได้ก็ต้องพิจารณาเป็นรายคดีไป โดยทนายความและพนักงานอัยการจะเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการชี้ให้เห็นถึงประเด็นสำคัญแก่ศาล การตกลงประเด็นที่สำคัญเพียงเพราะพนักงานสอบสวนมองข้าม พนักงานอัยการไม่กระตือรือร้น หรือทนายความไม่มีความเชี่ยวชาญในการถามพยาน ประเด็นที่ปรากฏต่อศาลจึงมีน้อย ด้วยเหตุที่กฎหมายไม่ได้มีบทนิยามและลักษณะขอบเขตความยินยอมไว้ย่อมมีผลต่อการตีความและการนำไปใช้ทั้งภาระพิสูจน์ต้องตกอยู่แก่ฝ่ายที่เสียหายซึ่งส่วนใหญ่เป็นผู้หญิงผู้หญิงยอมไม่ได้รับการอำนวยความสะดวกเป็นธรรมชาติที่เพียงพออย่างมาก

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

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

4.1.2 วิเคราะห์ภาระการพิสูจน์คดีของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

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

ปัญหาที่เกิดขึ้นในการพิสูจน์คดีของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 เป็นภาระของผู้เสียหายนับตั้งแต่เริ่มต้นดำเนินคดีชั้นแรกกับพนักงานสอบสวน ได้แก่ การแจ้งความร้องทุกข์และการสืบสวนสอบสวนคดีซึ่งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนั้นหลักฐานส่วนใหญ่อยู่ที่ตัวของผู้เสียหาย กล่าวได้ว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำความผิดที่ผู้กระทำผิดสร้างบาดแผลทั้งทางด้านจิตใจและร่างกายไปในคราวเดียวกัน และกฎหมายอาญาถือว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดที่มีความร้ายแรงมากดังจะเห็นได้จากอัตราโทษที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แต่ถึงอย่างนั้นผู้กระทำความผิดก็ไม่ได้กลัวเกรงต่อโทษที่ตนจะได้รับจากการกระทำความผิดฐานนี้

ในการพิสูจน์หาพยานหลักฐานจะต้องมีการตรวจชันสูตรร่างกายโดยแพทย์ผู้ที่มีความชำนาญและให้ความเห็นว่า เกิดมีการชำเราเกิดขึ้นหรือไม่มีบาดแผลภายในลักษณะใด แต่แพทย์ไม่สามารถให้ความเห็นได้ว่าบาดแผลภายในอวัยวะที่ถูกกระทำชำเราานั้นเกิดจากการข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่ ซึ่งเป็นหน้าที่ที่ผู้เสียหายต้องมาพิสูจน์ให้ศาลเห็นต่อไปเองว่าเกิดมีการข่มขืนกระทำชำเราเกิดขึ้นจริง แต่ทั้งนี้การดำเนินคดีในชั้นศาลเป็นเรื่องที่ผู้เสียหายเท่านั้นที่จะทราบถึงเหตุการณ์ทั้งหมดที่เกิดขึ้นรวมถึงตัวผู้กระทำความผิดด้วย ระยะเวลาที่ศาลจะพิจารณาและตัดสินคดีจนกระทั่งมีคำพิพากษาว่าจะผู้กระทำความผิดกระทำความผิดจริงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่นั้นก็ต้องใช้เวลานานหลายเดือนหลายปีกรณีที่มีผู้เสียหายไม่ว่าจะเป็นผู้ใดถูกข่มขืนกระทำชำเราสังคมมักมองว่าเป็นเรื่องร้ายแรงและไม่อาจยอมรับการกระทำดังกล่าวได้ การสืบพยานในชั้นศาลก็อาจเรียกได้ว่าเป็นการข่มขืนซ้ำสอง เพราะการสืบพยานหลักฐานต้องอาศัยการซักถามพยานซึ่งพยานที่สำคัญที่สุดก็ได้แก่ผู้เสียหายในการที่จะเอาผิดผู้กระทำผิดมาลงโทษ แต่ในบางกรณีที่ผู้กระทำความผิดมีความชำนาญในการก่ออาชญากรรมในลักษณะนี้ การต่อสู้คดีของผู้เสียหายมักเป็นไปด้วยความยากลำบาก เพราะผู้กระทำความผิดบางรายมักมีประสบการณ์ในการ

กระทำความผิดซึ่งมักจะมีช่องทางในการหลบหลีกและหาช่องว่างของกฎหมายเพื่อไม่ให้ตนต้องรับโทษ

ผู้เขียนเห็นควรว่า ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ควรบัญญัติกฎหมายให้มีความชัดเจนในเรื่องขอบเขตการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมลงไปในบทบัญญัติของกฎหมาย เพื่อจะเป็นแนวทางในการอำนวยความสะดวก อำนาจความยุติธรรม คู่คุ้มครองสิทธิผู้เสียหายในคดีลักษณะนี้นับตั้งแต่ด้านแรกของการดำเนินคดี เป็นต้นว่าจะนำไปสู่การพิจารณาคดีชั้นสืบพยานว่าความยินยอมนั้นเป็นความยินยอมที่แท้จริงของผู้เสียหายหรือไม่ หรือการกระทำชำเรานั้นเกิดจากการจำยอมของผู้เสียหาย

4.1.3 วิเคราะห์ขอบเขตการบอกถอนความยินยอม

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

การบอกถอนความยินยอมของฝ่ายที่ต้องการบอกถอนความยินยอมที่เคยยินยอมร่วมประเวณี เป็นการแสดงเจตนายกเลิกความยินยอมที่ได้ให้ไว้ จึงเป็นการแสดงเจตนายกเลิกและขอให้ยุติการกระทำชำเราทันที ในการร่วมประเวณีบุคคลทั้งสองฝ่ายย่อมมีอิสระในการตัดสินใจและอาจเปลี่ยนแปลงเจตจำนงภายในจิตใจของตนเองหรือบอกยกเลิกสิ่งใดๆ ได้อย่างอิสระ ผู้ที่ต้องการบอกถอนความยินยอมที่เคยให้ไว้ก่อนมีการร่วมประเวณีย่อมสามารถบอกถอนความยินยอมของตนได้ทันที และอีกฝ่ายหนึ่งที่ได้รับคำบอกถอนนั้นจะต้องยุติการกระทำชำเราทันที มิเช่นนั้นย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราที่ฝ่าฝืนความยินยอมของผู้อื่นหรือกระทำชำเราโดย

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

ปราศจากความยินยอมของอีกฝ่าย ซึ่งลักษณะของการบอกถอนความยินยอมในเรื่องนี้ไม่เหมือนกับการบอกถอนความยินยอมในทางแพ่งที่อาจต้องมีลายลักษณ์อักษร แต่เป็นเพียงการกล่าววาจาออกเป็นคำพูดหรือแสดงอาการที่ฝ่ายบอกถอนนั้นต้องแสดงให้อีกฝ่ายทราบถึงเจตนาของตนอย่างชัดแจ้งและพอเข้าใจ ได้ก็เพียงพอแล้วการให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีเป็นการให้ความยินยอมเฉพาะไม่ใช่ความยินยอมในลักษณะเป็นการทั่วไป

ปัญหาในกรณีนี้คือ การกระทำชำเราเริ่มต้นและเป็นไปด้วยความยินยอมพร้อมใจกันของทั้งสองฝ่าย แต่ขณะที่การกระทำชำเรากำลังดำเนินการไปนั้นฝ่ายหนึ่งกลับปฏิเสธที่จะดำเนินความสัมพันธ์ต่อไป และต้องการหยุดการร่วมประเวณีในทันทีโดยไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดๆ ก็ตาม การถอนความยินยอมนั้นทำให้อีกฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่ต้องหยุดการกระทำชำเราทันทีและต้องเคารพต่อการตัดสินใจของอีกฝ่าย ตามประมวลกฎหมายอาญาในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีนั้น หากฝ่ายที่ถูกปฏิเสธไม่เคารพต่อการปฏิเสธนั้นและยังกระทำชำเราต่อไปผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น การกำหนดขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นไปถึงการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนการบอกถอนความยินยอมในการร่วมประเวณีของฝ่ายหนึ่งนั้น เป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ที่จะตกเป็นผู้เสียหาย เป็นการมีบทบัญญัติที่ครอบคลุมไปถึงขนาดที่ปกป้องสิทธิของบุคคลที่กฎหมายมองเห็นถึงพฤติการณ์ที่อาจเกิดขึ้นในระหว่างร่วมประเวณี และอีกฝ่ายที่ได้รับคำบอกถอนนั้นต้องเคารพการตัดสินใจและหยุดการกระทำชำเราทันทีนั้นมิเช่นนั้นแล้วกฎหมายย่อมถือว่าเป็นการกระทำที่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

กรณีที่จะเป็นการบอกถอนความยินยอมได้นั้นผู้ร่วมประเวณีจะต้องตกลงให้ความยินยอมก่อนร่วมประเวณีหรืออย่างน้อยที่สุดคือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องให้ความยินยอมขณะร่วมประเวณีและต่อมาเปลี่ยนใจปฏิเสธให้ความยินยอมนั้นซึ่งเป็นกรณีที่การกระทำชำเราเริ่มต้นขึ้นด้วยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย แต่ขณะที่การกระทำชำเรากำลังดำเนินการภายใต้ความยินยอมร่วมกันนั้น เกิดมีฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่จะกระทำชำเราอีกต่อไป ไม่ว่าจะเพราะเกิดความเจ็บปวด หรือทราบข้อเท็จจริงบางประการเพิ่มเติมกะทันหัน เช่น ทราบว่าอีกฝ่ายนั้นเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ร้ายแรง มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนในทางเพศ นิยมความรุนแรง หรือไม่ว่าโดยเหตุผลใดๆ ก็ตาม เป็นต้น แต่เมื่อปฏิเสธไม่ให้มีการกระทำชำเราต่อไปแล้ว หากว่าอีกฝ่ายหนึ่งกลับไม่ยอมหยุดการกระทำชำเราในทันที ตามหลักกฎหมายต่างประเทศถือว่าเป็นการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอม เป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ซึ่งเป็นความผิดที่รุนแรงและทำลายความสงบเรียบร้อยของสังคมอย่างมากจนต้องมีการกำหนดพระราชโทษที่สูงเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเราในกรณีทั่วไป⁹

⁹ แหล่งเดิม.

วินิจฉัยปัญหาการบอกถอนความยินยอมในขณะที่มีการร่วมประเวณีกันภายหลังความยินยอมของทั้งคู่ แต่ในระหว่างการร่วมประเวณีนั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้บอกถอนความยินยอมหรือต้องการยุติการร่วมประเวณีนั้น ปัญหาในกรณีหลังจากนี้ที่ต้องมาวิเคราะห์ คือ กรณีหากฝ่ายที่ได้รับคำบอกถอนความยินยอมนั้น ไม่ยอมหยุดโดยไม่ว่าจะเป็นเพศไหนก็ตามยังคงกระทำชำเราต่อไปโดยไม่โยยคิดต่อคำบอกถอนความยินยอมของอีกฝ่าย ตามหลักกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีถือว่า การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น และผู้กระทำไม่อาจจะเอาความยินยอมที่ให้ไว้ก่อนร่วมประเวณีมาเป็นข้ออ้างว่าการกระทำชำเรานั้นกระทำไปโดยมีความยินยอมของผู้เสียหาย

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับความเห็นของนักวิชาการที่ถือว่าการข่มขืนโดยการตีความที่รวมถึงการถอนความยินยอมภายหลังหรือขณะร่วมประเวณีและผู้เขียนเห็นว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นของไทย ควรบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนี้ครอบคลุมไปถึงกรณีการกระทำชำเราภายหลังมีการบอกถอนความยินยอมนี้ด้วย

4.2 วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเพื่อหาขอบเขตที่เหมาะสมของการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมกับความผิดทางอาญฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

การให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมกับความผิดทางอาญฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นมีนักวิชาการของประเทศไทยได้ให้ความเห็นไว้ ดังนี้

4.2.1 วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเพื่อหาขอบเขตที่เหมาะสมของการให้ความยินยอม

1) วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมายเพื่อหาขอบเขตที่เหมาะสมของการให้ความยินยอม

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

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

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

ในอาการมีนเมายอมไม่อาจให้ความยินยอมได้¹¹ และความยินยอมของผู้เสียหายที่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริงและเป็นความยินยอมที่เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจความยินยอมนั้น จะต้องมียู่ก่อนการกระทำหรืออย่างน้อยขณะกระทำ¹²

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

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

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

จากความเห็นของนักวิชาการดังกล่าวมาข้างต้นทั้งหมดนั้นเห็นได้ว่าเป็นการอธิบายถึง ขอบเขตความยินยอมของผู้เสียหายทั้งสิ้น นอกจากบทบัญญัติในมาตรา 276 วรรคสองได้นิยาม

¹¹ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 416). เล่มเดิม.

¹² กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 267). เล่มเดิม.

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

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

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

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

ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราไว้ ในมุมมองของนักวิชาการยังพิจารณาความผิดฐานนี้ไปถึงความยินยอมที่แท้จริงของผู้เสียหายด้วยว่าผู้กระทำได้กระทำไปโดยมีความยินยอมของผู้เสียหายหรือไม่ เมื่อความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดต่อส่วนตัว เป็นกรณีที่ผู้เสียหายมีอำนาจสละคุณธรรมทางกฎหมายได้เอง ดังนั้นหากผู้เสียหายยอมสละคุณธรรมทางกฎหมายที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองนี้ผู้กระทำจึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น เพราะกระทำไปโดยมีความยินยอมของผู้เสียหาย ซึ่งความยินยอมในส่วนนี้เองที่ทำให้ขาดองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นแต่ความยินยอมที่ผู้กระทำจะนำมาเป็นข้ออ้างว่าได้กระทำชำเราไปโดยมีความยินยอมของผู้เสียหายนั้น จะต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริงของผู้เสียหายและเป็นความยินยอมจากผู้เสียหายด้วยความบริสุทธิ์ใจ

ความยินยอมเป็นการที่ผู้ให้ความยินยอมอนุญาตให้ผู้กระทำกระทำในสิ่งที่เป็นผลร้ายนั้นได้โดยผู้ให้ความยินยอมจะต้องยอมรับเอาซึ่งผลร้ายที่จะเกิดขึ้นความยินยอมของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการมาพิจารณาการครบองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ดังนั้นหากผู้เสียหายยินยอมยอมไม่เป็นความผิดฐานนี้จึงสามารถสรุปขอบเขตที่เหมาะสมของการให้ความยินยอมได้ดังนี้

ก. ความยินยอมจะต้องเป็นความยินยอมโดยสมัครใจ ยินยอมโดยบริสุทธิ์ใจต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริงและต้องไม่ใช่การจำยอมให้ยอม

ข. ความยินยอมของผู้ให้ความยินยอมเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมายส่วนบุคคลเท่านั้น

ค. ระยะเวลาในการให้ความยินยอมคือ ความคงอยู่ของการความยินยอมนั้น จากระยะเวลาหนึ่งถึงระยะเวลาหนึ่ง ไม่ใช่ตลอดชีวิตหรือตลอดไปการเคยให้ความยินยอมในครั้งหนึ่งก่อนหน้าจะนำมาเป็นความยินยอมกับการกระทำในครั้งหลังไม่ได้ความยินยอมนั้นจะต้องมีอยู่ก่อนการกระทำหรืออย่างน้อยขณะกระทำ

ง. ความสามารถของผู้ให้ความยินยอมคือ บุคคลต้องเป็นคนที่สติสัมปชัญญะ ไม่เป็นคนวิกลจริต ไม่เป็นผู้มีสติพันเพื่อน ผู้ที่มึนเมาสุรา หรือถูกสะกดจิต หรือผู้ป่วยเป็นอัมพาตก็ไม่อาจให้ความยินยอมได้ รวมไปถึงกรณีผู้พิการทางด้านการพูดไม่สามารถพูดหรือได้ยินได้ก็ไม่อาจให้ความยินยอมด้วยวาจาได้

2) ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติขอบเขตของความยินยอมไว้ จึงวิเคราะห์จากแนวคำพิพากษาฎีกาเพื่อหาขอบเขตที่เหมาะสมของการให้ความยินยอม ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปเรื่องความยินยอม

(1) คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ยึดถือเป็นแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย

คำพิพากษาฎีกาที่ 616/2482 วินิจฉัยว่า “ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อสำนึกศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนกระทั่งถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นย่อมเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิด”

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

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวนั้น จึงกล่าวได้ว่าศาลฎีกาได้วางหลักเกณฑ์ความยินยอมให้การกระทำที่จะใช้เป็นเหตุยกเว้นความผิดได้จะต้องครบองค์ประกอบอยู่ 4 ประการ คือ

ประการแรก คือ ต้องเป็นการให้ความยินยอมของผู้เสียหาย

ประการที่สอง คือ ต้องเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์ ซึ่งต้องเป็นความยินยอมที่เกิดจากความสมัครใจ โดยเสรีปราศจากอำนาจครอบงำ จริ่งใจและขัดแย้ง

ประการที่สาม คือ ต้องเป็นความยินยอมที่ให้ในขณะที่ให้ในขณะที่กระทำความผิดและความยินยอมนั้นมีอยู่ตลอดเวลาของการกระทำนั้น ซึ่งโดยทั่วไปความยินยอมจะต้องมีอยู่ในขณะกระทำไม่ว่าจะเป็นความยินยอมที่ผู้เสียหายแสดงออกในขณะที่มีการกระทำหรือแสดงออกก่อนการกระทำและยังคงมีผลอยู่มิได้ถอนความยินยอมก่อนการกระทำนั้นสิ้นสุด ดังนั้นการให้ความยินยอมภายหลังการกระทำผิดย่อมไม่ถือว่ามีกรให้ความยินยอมจะนำเอาการให้ความยินยอมภายหลังมาเป็นเหตุยกเว้นความผิดไม่ได้

ประการที่สี่ คือ ความยินยอมต้องไม่ขัดต่อความรู้สึกในศีลธรรมอันดีของประชาชน¹⁹

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

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

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

คำพิพากษาดังกล่าวเป็นการวางหลักเกณฑ์ของความยินยอมในกรณีความยินยอมที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดในบางฐานความผิดเท่านั้น ซึ่งไม่อาจนำหลักเกณฑ์ตามคำพิพากษานี้มาใช้กับความผิดทางอาญาในทุกฐานความผิดได้ เช่น ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 เหตุเพราะความผิดฐานนี้มีความยินยอมของผู้ต้องให้ความยินยอมเกี่ยวพันโดยตรงต่อการพิจารณาการองค์ประกอบของความผิดซึ่งความยินยอมในความผิดฐานนี้อยู่ในโครงสร้างความผิดอาญาข้อแรก เพราะหากมีความยินยอมก็ไม่อาจเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดได้ซึ่งเป็นการวิเคราะห์โครงสร้างความผิดกฎหมายอาญาที่แตกต่างจากความผิดอาญาฐานอื่นๆ ที่ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 คือ กรณีที่ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นจะเห็นได้ว่าการกระทำชำเราดังที่กฎหมายบัญญัติลักษณะของการขัดขืนนั้นต้องเป็นการแสดงให้เห็นว่าผู้ที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราต้องไม่ยินยอมทั้งสิ้น หากการข่มขืนกระทำชำเราเกิดขึ้นโดยมีความยินยอมหรือกรณีที่ผู้ถูกข่มขืนสามารถขัดขืนได้ผู้กระทำความผิดย่อมไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นดังนั้นหากผู้เสียหายไม่ได้ให้ความยินยอม หรือไม่สามารถให้ความยินยอมได้เพราะเหตุต่างๆ ที่อาจมีขึ้นได้ไม่ว่าจะเพราะตัวผู้เสียหายเองหรือผู้กระทำความผิด จึงไม่อาจเรียกได้ว่าผู้เสียหายนั้นยินยอม

(1) คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ได้วินิจฉัยความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

กรณีผู้เสียหายอยู่ในภาวะจำต้องยอม

คำพิพากษาฎีกาที่ 142/2454 หญิงตกอยู่ในอิทธิพลของผู้กระทำผิดกับพรรคพวกที่ลุดเข้าไปในป่าไม่มีทางขัดขืนได้รับความช่วยเหลือจากผู้อื่น หญิงจึงจำต้องยอมให้กระทำเรา ไม่ถือว่าหญิงยินยอม และการที่หญิงใช้เท้าถีบก็แสดงอยู่ในตัวว่าหญิงมิได้ยินยอม

คำพิพากษาฎีกาที่ 2809/2516 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น แม้จำเลยจะไม่ได้พูดหรือมีอาวุธขู่เข็ญผู้เสียหายก็ตาม ถ้าตามพฤติการณ์ผู้เสียหายกลัวจำเลยตกอยู่ในอำนาจบังคับของจำเลย ไม่กล้าขัดขืนอยู่ในภาวะจำต้องยอมแล้ว จำเลยจะอ้างว่าผู้เสียหายยินยอมไม่ได้

กรณีผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 142/2454 หญิงตกอยู่ในอิทธิพลของผู้กระทำผิดกับพรรคที่ลุดเข้าไปในป่าไม่มีทางขัดขืนได้รับความช่วยเหลือจากผู้อื่น หญิงจึงจำต้องยอมให้กระทำเราไม่ถือว่าหญิงยินยอมและการที่หญิงใช้เท้าถีบก็แสดงอยู่ในตัวว่าหญิงมิได้ยินยอม

คำพิพากษาฎีกาที่ 805/2490 ใช้กำลังจับแขนขาของหญิง แล้วกระทำชำเรา เป็นการใช้กำลังประทุษร้าย

คำพิพากษาฎีกาที่ 382/2522 จำเลยกระทำชำเราหญิงขณะหมดสติเพราะดื่มสุรากับจำเลยอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276

คำพิพากษาฎีกาที่ 2759/2532 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้น แม้จำเลยจะไม่ได้พูดหรือมีอาวุธขู่ขู่ผู้เสียหาย ถ้าตามพฤติการณ์ผู้เสียหายกลัวจำเลยตกอยู่ในอำนาจบังคับของจำเลยตกอยู่ในภาวะจำยอมไม่กล้าขัดขืนจะถือว่าผู้เสียหายยินยอมไม่ได้ จำเลยจึงต้องมีความผิด

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

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

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

ความสุขของจำเลยเอง อันเป็นความคิดและการกระทำที่เห็นแก่ตัว เห็นแก่ได้ฝ่ายเดียว มิได้คำนึงถึงจิตใจของผู้เสียหาย จึงเป็นความผิดที่เป็นอันตรายต่อสังคมอย่างยิ่ง ที่ศาลชั้นต้นพิพากษามานั้นชอบแล้วศาลอุทธรณ์พิพากษายืน จำเลยฎีกา

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

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

จากคำพิพากษาของศาลฎีกาดังที่กล่าวมาข้างต้นนั้น พอสรุปได้ว่า ในการพิจารณาว่ากรณีใดเป็นกรณีที่ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้นั้น ศาลได้พิเคราะห์ในเรื่องพฤติการณ์แวดล้อมและเหตุแห่งผู้เสียหายเองว่าขัดขืนได้หรือไม่ จากพฤติการณ์ตามแนวคำพิพากษาที่ปรากฏเป็นกรณีผู้เสียหายขัดขืนไม่ได้ เพราะอยู่ในภาวะที่ผู้เสียหายกลัวที่จะขัดขืน เพราะเกรงว่าจะเกิดอันตราย อาทิเช่น อยู่ในป่า อยู่ในที่ลับตาผู้คน²⁰ ผู้เสียหายถูกจับแขนจับขาตีรันไม่ได้²¹ ถูกกระทำชำเราขณะที่ผู้เสียหายหมดสติเพราะดื่มสุรา²² ผู้เสียหายกลัวจำเลยตกอยู่ในอำนาจบังคับของจำเลย²³ ถูกจำเลยทำร้ายร่างกายโดยตบหน้าผู้เสียหายและพูดขู่ว่าถ้าไม่ยอมให้ร่วม

²⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 142/2454

²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 805/2490

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 382/2522

²³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2759/2532

ประเวณีก็จะพาเพื่อนอีก 10 คนมาร่วมกันข่มขืนผู้เสียหายจึงเกิดความกลัว²⁴ ผู้เสียหายดื่มน้ำสุราจนเมามาไม่ได้สติ เมื่อลืมนอนตื่นพบจำเลยพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ผู้เสียหายพยายามขัดขืนร้องขอแต่จำเลยไม่หยุดการกระทำ²⁵ ขณะจำเลยกระทำชำเราผู้เสียหาย ผู้เสียหายได้ร้องขอไม่ให้จำเลยทำจำเลยไม่ฟังและผู้เสียหายก็มีร่างกายไม่สมประกอบไม่มีแรงที่จะขัดขืน²⁶ เป็นต้น จากกรณีดังปรากฏในคำพิพากษาหากผู้เสียหายขัดขืนอาจเกิดอันตรายกับชีวิต จึงยอมจำนนให้ผู้กระทำกระทำชำเราทั้งสิ้น ความจำยอมในลักษณะดังที่กล่าวมาตามพฤติการณ์ตามคำพิพากษา เห็นได้ชัดว่าศาลฎีกาพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมที่จำเลยกระทำต่อผู้เสียหายที่ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้เนื่องจากกลัวหรือไม่มีแรงขัดขืนจึงต้องจำยอมศาลจึงถือว่าไม่เป็นความยินยอมที่แท้จริงของผู้เสียหายได้ นอกจากนี้เห็นได้ชัดว่า ความยินยอมของผู้ที่หมดสติเพราะฤทธิ์ของยากล่อมประสาทหรืออยู่ในอาการมึนเมา ผู้เสียหายยอมไม่อยู่ในภาวะที่ให้ความยินยอมได้ เพราะไม่มีสติและไม่ทราบถึงอันตราย หรือไม่สามารถรับรู้ถึงสิ่งที่ตนจะเข้าเสี่ยงภัยนั้น การที่ผู้กระทำอาศัยจังหวะดังกล่าวจึงไม่อาจถือว่ากระทำไปโดยมีความยินยอมของผู้เสียหายได้

กรณีที่ผู้เสียหายขัดขืนไม่ได้นี้อาจรวมไปถึงกรณีที่ผู้เสียหายมีร่างกายที่ไม่สามารถขัดขืนได้ด้วย ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้เสียหายมีร่างกายที่ไม่สมประกอบ ศาลได้พิเคราะห์ถึงสิ่งทีนอกเหนือจากการกระทำของผู้กระทำผิดที่เป็นบิดาและผู้เสียหายเกรงกลัวในอำนาจของการเป็นบิดา แต่สิ่งทีนอกเหนือจากการกระทำของผู้กระทำผิดนั้น ผู้เขียนเห็นว่าศาลได้พิเคราะห์ถึงความสามารถของผู้เสียหายไปด้วย ในกรณีที่ผู้เสียหายมีร่างกายที่ไม่สมประกอบจึงอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถขัดขืนการกระทำของผู้กระทำได้จึงต้องยอมจำนนให้ผู้กระทำกระทำชำเราซึ่งสภาพร่างกายของผู้ให้ความยินยอมที่ไม่เอื้อต่อการขัดขืนไม่สามารถป้องกันตัวได้ด้วยกำลัง มีเพียงหนทางเดียว คือ การร้องขอด้วยวาจาว่าไม่ให้ยินยอมให้กระทำเมื่อพิเคราะห์จากลักษณะทางกายภาพของผู้เสียหายก็เพียงพอที่จะเรียกได้ว่าไม่ยินยอมแล้ว

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

²⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 728/2540

²⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาในคดีหมายเลขคำที่ 506/2548

²⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7008/2554

วิเคราะห์ถึงความสามารถในการรับรู้เรื่องความสัมพันธ์ทางเพศ แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าครูได้ย้ำ กามารมณ์เด็กก็ตาม แต่เด็กก็รู้ถึงจุดมุ่งหมายของครูว่าการยั่วนั้นเพื่อให้เด็กมีอารมณ์ร่วมตามและ เด็กมีอารมณ์ร่วมตามโดยเด็กนั้นรู้อยู่ตลอด โดยหากพิจารณาแล้วพบว่า การที่ศาลตัดสินว่าการที่ เด็กยินยอมนั้น ไม่ใช่การหลอกลวงข่มขืนก็เป็นที่ยืนยันแล้วว่า ความยินยอมของผู้ที่ต้องให้ความ ยินยอมโดยไม่ได้มาจากการล่อลวงเพราะผู้ที่ต้องให้ความยินยอมนั้นรู้ถึงสาระของการที่ต้องให้ความ ยินยอมนั้นจึงยินยอม การกระทำของผู้กระทำจึงไม่อาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ได้

4.2.2 วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมายเพื่อหาขอบเขตที่เหมาะสมของการบอกถอนความ ยินยอม

เนื่องจากการบอกถอนความยินยอมในการร่วมประเวณีนี้เป็นเรื่องใหม่ของประเทศไทย โดยมีนักวิชาการที่ให้ความเห็นไว้เพียงท่านเดียวเท่านั้น ซึ่งนักวิชาการของไทย²⁷ ได้ให้ความเห็นไว้ ว่า “หากผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมขณะเริ่มกระทำชำเรา แต่เปลี่ยนเป็นปฏิเสธให้ความยินยอม หลังการกระทำชำเราจนกระทั่งการกระทำชำเราจบสิ้นลง” ประเด็นที่ว่าในกรณีที่การกระทำชำเรา เริ่มต้นขึ้นด้วยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย แต่ขณะที่การกระทำชำเรากำลังดำเนินไปภายใต้ความ ยินยอมร่วมกันนั้น เกิดมีฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่จะกระทำชำเรากันไป ไม่ว่าจะเป็นเพราะเกิดความ เจ็บปวด หรือทราบข้อเท็จจริงบางประการเพิ่มเติมกะทันหัน เช่น ทราบว่าอีกฝ่ายเป็นโรคติดต่อทาง เพศสัมพันธ์ร้ายแรง มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนในทางเพศ นิยมความรุนแรง หรือไม่ว่าโดยเหตุผลใด ๆ ก็ ตาม แต่เมื่อปฏิเสธไม่ให้มีการกระทำชำเราต่อไปแล้ว อีกฝ่ายหนึ่งกลับไม่ยอมหยุดการกระทำชำเรา ในทันที ถือว่าเป็นการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของอีกฝ่าย

ความเห็นนักวิชาการ“ความยินยอมในการกระทำชำเรานั้นจำเป็นต้องมีตลอดเวลาที่การ กระทำชำเราเริ่มขึ้นและดำเนินไปจนจบ หากฝ่ายที่ไม่ได้ถอนความยินยอม ไม่ยอมหยุดการกระทำ ฝ่ายนั้นย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและถ้าหากฝ่ายหนึ่งถอนและยุติความยินยอม อีกฝ่าย หนึ่งจะต้องหยุดการกระทำทันที”

หากจะพิจารณาตามความเห็นของนักวิชาการ²⁸ ซึ่งเห็นว่า “ถ้าหากฝ่ายหนึ่งถอนและยุติ ความยินยอม อีกฝ่ายหนึ่งจะต้องหยุดการกระทำทันทีหากฝ่ายที่ไม่ได้ถอนความยินยอม ไม่ยอม หยุดการกระทำฝ่ายนั้นย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา”

จากความเห็นของนักวิชาการที่กล่าวมาข้างต้นจึงอาจกล่าวสรุปได้ว่า หากมีการถอน และยุติความยินยอม อีกฝ่ายหนึ่งต้องหยุดทันทีที่ได้รับคำบอกถอนนั้น หากไม่หยุดทันทีและยัง

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

²⁸ แหล่งเดิม.

กระทำชำเราต่อไปไม่ว่าจะนานเพียงใดก็ตามการกระทำภายหลังการบอกถอนนั้นย่อมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น กรณีดังที่ได้กล่าวมานั้นนักวิชาการได้ให้ความเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญาของไทยมีการรับรองหลักการที่จะยอมให้มีการอ้างความยินยอมมาปฏิเสธความรับผิดชอบทางอาญาเพราะขาดองค์ประกอบความผิด เฉพาะขณะที่ผู้ถูกระทำยังให้ความยินยอมอยู่เท่านั้น แต่หากเกิดกรณีที่ผู้ถูกระทำให้ความยินยอมขณะเริ่มกระทำชำเรา แต่มีการเปลี่ยนเจตนายินยอมนั้นขณะมีการร่วมประเวณีการถอนความยินยอมจะต้องเป็นการถอนโดยชัดแจ้งให้อีกฝ่ายที่กำลังชำเราทราบถึงสาระที่ต้องการถอนความยินยอมนั้นทันทีการถอนความยินยอมจะมีผลทำให้ความยินยอมที่มีอยู่ก่อนหน้าสิ้นผลลงทันที และผู้ที่กำลังกระทำการอันล่วงประเวณีนั้นจะต้องยุติการกระทำทันทีโดยไม่มีข้ออ้างที่ชอบด้วยกฎหมายอีกต่อไป

กรณีการบอกถอนความยินยอมภายหลังการร่วมประเวณีนี้อาจเกิดขึ้นในชีวิตจริงของสังคมไทยอยู่แต่เพียงอาจไม่เป็นคดีความเท่านั้น แต่ในบางกรณีก็ปรากฏเป็นข่าวเช่นกรณีสามีมีความต้องการทางเพศสูง หรือดื่มสุราจนเมาและต้องการมีเพศสัมพันธ์ทั้งที่ฝ่ายภรรยาไม่ยินยอมหรือไม่พร้อมร่วมประเวณี จนถึงขั้นที่ภรรยาทนไม่ได้ต้องทำร้ายสามีจนสามีถึงแก่ความตาย ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นเหตุที่ผู้เสียหายทนไม่ได้อดอันคันใจเพราะมีปัญหาเช่นนี้มานาน ทั้งประชาชนส่วนใหญ่อาจไม่เข้าใจและทราบถึงสิทธิของการไม่ยินยอมหรือการปฏิเสธในการร่วมหลับนอนระหว่างสามีภรรยา แม้ว่าประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ได้บัญญัติแก้ไขว่าการข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนั้น แม้คำว่า “ผู้อื่น” จะรวมถึงสามีหรือภรรยาของผู้กระทำด้วยก็ตาม แต่เรื่องการบอกถอนความยินยอมในระหว่างร่วมประเวณีนี้ก็เป็สิทธิที่มนุษย์ทุกคนย่อมกระทำได้ตามหลักสิทธิมนุษยชนและสอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบัน ดังนั้นกฎหมายควรมีบทบัญญัติที่ชัดเจนไว้เป็นแนวทางในการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ในลักษณะนี้ด้วย

4.3 เปรียบเทียบขอบเขตความยินยอม ภาวะพิสูจน์ และการถอนความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ ซึ่งจะนำมาเฉพาะจุดเด่นของระบบกฎหมายของประเทศนั้นๆ เท่านั้น มาเปรียบเทียบกับของไทย

4.3.1 เปรียบเทียบบทนิยามความยินยอมตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้มีการบัญญัติบทนิยามความหมายคำว่า “ความยินยอม” เอาไว้ การใช้หลักความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 จะใช้ตามหลักการจากคำพิพากษาฎีกาและวิเคราะห์ตามองค์ประกอบภายนอกเท่านั้น

เนื่องจากกฎหมายไทยไม่มีบทนิยามความหมายให้ความหมายไว้ในประมวลกฎหมายอาญา จึงเห็นเป็นข้อแตกต่างจากกฎหมายของต่างประเทศ ที่ได้มีบทบัญญัติ ความหมายของ “ความยินยอม” ไว้ชัดเจน เช่น

1) เปรียบเทียบตามกฎหมายไทยและกฎหมายอังกฤษ

กฎหมายอาญาของอังกฤษมีบทนิยามของการข่มขืนในพระราชบัญญัติความผิดทางเพศ Sexual Offences Act 2003 มาตรา 1 เช่นเดียวกับบทนิยามการข่มขืนกระทำชำเราของประมวลกฎหมายอาญาไทยในมาตรา 276

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

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

ทางเพศได้ง่าย³⁰ด้วยการบัญญัติเช่นนี้ทำให้ “ความยินยอม” (Consent) ทางเพศที่อยู่ภายใต้อิทธิพลของบุคคลอื่นโดยไม่เป็นอิสระ และที่ไม่มีความสามารถรับรู้ตัดสินใจ ไม่เป็นความยินยอมทั้งสิ้น แต่ประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่มีบทนิยามดังกล่าวและไม่มีบทบัญญัติอธิบายบทนิยามด้วย

2) เปรียบเทียบตามกฎหมายไทยและกฎหมายสหรัฐอเมริกา

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

ขอบเขตและคำวินิจฉัยคดีของศาลสูงในสหรัฐอเมริกาไปไกลกว่าศาลไทย มีการอธิบายและพิเคราะห์ที่ละเอียด การอธิบายบทนิยามความหมายต่าง ๆ ที่ศาลในคดีต่อมาในเรื่องเดียวกันสามารถนำมาเป็นแนววินิจฉัยได้อย่างสมบูรณ์ ทั้งนี้ก็เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้เสียหายและ

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

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

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

3) เปรียบเทียบตามกฎหมายไทยและกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

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

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

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

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

4.3.2 เปรียบเทียบภาระพิสูจน์ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

ประเทศสหรัฐอเมริกาและเยอรมนีไม่ได้กำหนดข้อสันนิษฐานในเรื่องความยินยอมไว้เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย

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

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

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

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

ซึ่งเป็นการช่วยเหลือเหยื่อผู้เสียหายเพื่อความสะดวกในกระบวนการยุติธรรม และเลี่ยงความเสี่ยงที่ผลของคดีที่ทนายจำเลยจะใช้กลวิธีด้วย

4.3.3 เปรียบเทียบการบอกถอนความยินยอมตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

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

ประเทศสหรัฐอเมริกามีคำพิพากษาที่ศาลได้วางหลักเกี่ยวกับการบอกถอนความยินยอมไว้ซึ่งมีอิทธิพลถึง 7 มลรัฐที่ศาลแต่ละมลรัฐนั้นนำมาปรับใช้ เช่น แนวคำพิพากษาคดีเกี่ยวกับการบอกถอนความยินยอมขณะประเวณีระหว่าง People V. John ที่ฝ่ายหญิงได้มีการถอนความยินยอมแต่ฝ่ายชายได้ดำเนินการร่วมประเวณีนั้นต่อโดยขึ้นใจฝ่ายหญิง³⁴ ศาลจึงได้ตัดสินว่าเป็นการข่มขืนในรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้นิยาม “การข่มขืน” คือ การกระทำที่เกี่ยวกับการร่วมประเวณี โดยลักษณะของการข่มขืน โดยใช้กำลัง ความรุนแรง การกดดัน การคุกคาม หรือก่อให้เกิดความกลัวว่าทันทีนั้นจะเกิดอันตรายต่อร่างกายต่อผู้นั้นหรือผู้อื่น อย่างไรก็ตาม รัฐแคลิฟอร์เนียเป็น 1 ใน 7 รัฐ (รัฐที่มีกฎหมายในเรื่องความยินยอมคล้ายคลึงกัน Alaska, California, Connecticut, Kansas, Maine, South Dakota และ Illinois) ที่ศาลได้ขยายหลักนิยามของการข่มขืนโดยการตีความที่รวมถึงการ

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

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

ถอนความยินยอมภายหลังหรือขณะร่วมประเวณี และคดีดังกล่าวได้ทำให้ รัฐอลิโนยส์ได้นำไปปรับใช้ภายหลัง³⁵ บางรัฐที่ได้มีการปรับการตีความนี้ไปใช้ได้พยายามผ่อนหนักเรื่องเวลาสำหรับให้โอกาสฝ่ายชายในการยุติการสอดใส่ภายหลังที่ได้มีการบอกถอนความยินยอม ซึ่งเรียกว่าเวลาที่สมเหตุสมผล (Reasonable Time)

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

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

เห็นได้ว่า แม้ว่าสหรัฐอเมริกาใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีจะไม่มีบทบัญญัติเป็นกฎหมายที่เป็นประมวลกฎหมายแต่ศาลมีอำนาจวางหลักถ้าสมเหตุสมผลศาลอื่นๆ ก็จะนำไปใช้จนแพร่หลายเป็นบรรทัดฐาน ทำให้เห็นว่าสหรัฐอเมริกาหลายรัฐยอมรับการบอก “ถอนความยินยอม” แต่ของศาลไทยยังไม่มีความชัดเจนสู่ศาลฎีกาเพื่อวินิจฉัยเพื่อเผยแพร่และอีกทั้งไม่มีตัวบทกฎหมายที่บัญญัติการบอกถอนความยินยอมเอาไว้ยังคงเป็นเพียงกระแสที่ต้องได้รับแรงกระตุ้นในสังคม

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

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

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

4.4 เหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดขอบเขตที่เหมาะสมของการให้ความยินยอมและการบอก ถอนความยินยอมกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

การพิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นมีความยินยอมของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบความผิดภายนอกในการปฏิเสธการครอบงำประกอบของความผิดฐานนี้ ปัญหาการพิจารณาคดีในชั้นศาล นอกจากที่ศาลจะต้องวินิจฉัยถึงการครอบงำประกอบของความผิดฐานนี้แล้ว ในบางคดีศาลจำต้องพิเคราะห์ให้ลึกกลงไปถึงความยินยอมของผู้เสียหาย ว่าความยินยอมนั้นเป็นความยินยอมที่แท้จริงของผู้เสียหายหรือไม่ หรือเป็นการจำยอมตามสถานการณ์ที่บังคับให้ต้องจำยอมโดยสถานการณ์นี้อาจเกิดจากการกระทำของผู้กระทำเอง โดยพฤติการณ์ที่บ่งชี้ว่าผู้เสียหายปฏิบัติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ที่เป็นการพิจารณาถึงการกระทำที่ผู้เสียหายไม่ยินยอมดังที่ได้กล่าวมาหรืออาจเป็นพฤติการณ์จากผู้เสียหายเองก็แล้วแต่ข้อเท็จจริงในแต่ละคดี ในบางกรณีผู้เขียนเห็นว่าความยินยอมโดยการจำยอมซึ่งความจำยอมนี้ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นความยินยอมที่แท้จริงของผู้เสียหาย แม้ไม่ถึงขนาดที่ผู้เสียหายต้องจำยอมแต่การจำยอมนั้นได้มาซึ่งการที่ผู้กระทำได้กระทำชำเราโดยผู้เสียหายไม่ได้ต้องการร่วมประเวณีด้วยแล้วนั้น จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมที่แท้จริงของผู้เสียหายซึ่งจะต้องถือเป็นการกระทำที่ครอบงำประกอบของความผิดฐานนี้

ปัญหาการบอกถอนความยินยอมภายหลังการร่วมประเวณี โดยเฉพาะในระหว่างการร่วมประเวณีนั้นอาจเกิดขึ้นได้และกฎหมายควรบัญญัติขอบเขตที่เหมาะสมของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นภายหลังผู้เสียหายได้บอกถอนความยินยอมไว้ด้วย เพื่อป้องกันการอาศัยความยินยอมที่ให้ไว้ในตอนแรกของผู้ให้ความยินยอมในการกระทำชำเราโดยไม่ยุติตามเจตนารมณ์ของผู้บอกถอนความยินยอม ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายอาญาควรบัญญัติให้ขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไปถึงกรณี “การกระทำชำเราภายหลังมีการบอกถอนความยินยอมว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น” ไว้ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นไว้ด้วย

ประมวลกฎหมายอาญาควรบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้ที่มีความบกพร่องในการให้ความยินยอม อาทิเช่น ไม่สามารถรู้ผิดชอบ ไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิต จิตฟั่นเฟือน มีนเมาเพราะเสพยาสุราหรือสิ่งมีนเมาอื่น ดินยาเสพติด มีร่างกายพิการเป็นอัมพาต ป่วยเจ็บหรือเจ็บป่วย ร่างกายไม่สมประกอบเพราะไม่มีแขนและหรือไม่มีขา ร่างกายอ่อนแรง เป็นโรคกล้ามเนื้ออ่อนแรง ผู้ที่มีปัญหาเกี่ยวกับการพูดไม่ได้ เป็นใบ้ หรือกรณีที่ถูกกลจริต มีปัญหาทางด้านกรับรู้สติปัญญาไม่ดี เป็นต้น ไว้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิบุคคลผู้ที่มีความบกพร่องทางด้านร่างกายและหรือจิตใจดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อเป็นแนวทางเบื้องต้นในการป้องกันไม่ให้บุคคลผู้มีความบกพร่องทางด้านร่างกายและหรือจิตใจดังกล่าวมานี้ตกเป็นเหยื่อของผู้กระทำความผิด ทั้งยังเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองสิทธิผู้ที่เป็กลุ่มเปราะบางนี้ให้ชัดเจน

และขจัดข้อยุ่งยากในการวินิจฉัยคดีเบื้องต้นอันเป็นแนวทางในการผลักภาระการพิสูจน์คดีไปยังผู้กระทำความผิดหรือจำเลยแทนฝ่ายผู้เสียหายหรือโจทก์ แต่ทั้งนี้ก็ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นข้อสันนิษฐานที่เด็ดขาดเลยเสียทีเดียวเนื่องจากว่าในกรณีที่ผู้เสียหายที่มีร่างกายไม่สมประกอบแต่มีจิตใจที่ปกติดีอย่างคนปกติและสามารถรับรู้เข้าใจสาระของการร่วมประเวณีนั้นก็มีได้ ซึ่งกรณีบุคคลเช่นนี้ก็อาจให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีได้ ผู้กระทำผิดหรือจำเลยจึงมีหน้าที่ต้องนำสืบเพื่อให้ตนเองพ้นผิดหากมีข้อกล่าวอ้างว่าผู้กระทำผิดกระทำไปโดยมีความยินยอมของผู้เสียหายและผู้เสียหายมีจิตปกติทุกประการขณะร่วมประเวณี

ประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ในส่วนของบทบัญญัติ “โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้”³⁸ โดยนัยของคำว่า ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้นี้มีความหมายทั้งกรณีที่เนื่องจากตัวผู้กระทำความผิดเป็นผู้กระทำให้ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้และกรณีที่ผู้เสียหายเป็นผู้ที่มีสภาพร่างกายและหรือจิตใจที่ไม่สามารถขัดขืนได้เองอยู่ก่อนแล้ว

ผู้เขียนเห็นว่าหากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นของไทยได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมกล่าวคือ มีบทบัญญัติเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนผู้ที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ ไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิต จิตฟั่นเฟือน มึนเมาเพราะเสพย์สุราหรือสิ่งมึนเมาอื่น ดิทยาเสพติด มีร่างกายพิการ เป็นอัมพาต ป่วยเจ็บหรือเจ็บป่วย ร่างกายไม่สมประกอบเพราะไม่มีแขนและหรือไม่มีขา ร่างกายอ่อนแรง เป็นโรคกล้ามเนื้ออ่อนแรง ผู้ที่มีปัญหาเกี่ยวกับการพูดไม่ได้ เป็นใบ้ หรือกรณีที่ผู้วิกลจริตมีปัญหาทางการรับรู้สติปัญญาไม่ดี ฯลฯ ไว้เป็นความผิดอีกมาตราหนึ่งเพื่อเป็นข้อสันนิษฐานว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยไม่มี ความยินยอมของผู้เสียหาย ก็จะทำให้ประมวลกฎหมายอาญามีความชัดเจนและคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายที่เป็นกลุ่มเปราะบางได้อย่างชัดเจน และบัญญัติเพิ่มเติมความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราในวรรคสองว่า “การข่มขืนกระทำชำเรารวมถึงการกระทำชำเราภายหลังการบอกถอนความยินยอม” ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับการที่กฎหมายไทยเป็นระบบประมวลกฎหมายและเพื่อเป็นประโยชน์ในการวินิจฉัยคดีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ซึ่งจะทำให้ประมวลกฎหมายอาญาของไทยมีความชัดเจนและสามารถคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายในรัฐได้อย่างแท้จริง

³⁸ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276