

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา : ศึกษาขอบเขตของการให้ความยินยอม โดยผู้เสียหาย

ณัฐวรรณ ดวงกางใต้^{*}
รองศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูตินันท์^{**}

บทคัดย่อ

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ให้ความยินยอม (Consent) ของผู้เสียหายเป็นข้อเท็จจริงที่จะปฏิเสธการครอบครองประกอบของความผิดซึ่งหากการกระทำชำเราของผู้กระทำกระทำโดยมีความยินยอมของผู้เสียหายแล้วการกระทำของผู้กระทำก็ไม่อาจเป็นความผิดฐานนี้ได้ ปัญหาความไม่ชัดเจนของขอบเขตการให้ความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐานนี้ ส่งผลต่อการพิจารณาข้อเท็จจริงในชั้นศาล เพราะในบางครั้งศาลจะต้องตีความว่าข้อเท็จจริงเรื่องความยินยอมที่คู่ความนำขึ้นสู่ศาลนั้น เป็นความยินยอมที่แท้จริงของผู้เสียหายหรือไม่ แม้พฤติการณ์ที่ปรากฏจะพอสรุปได้ว่าไม่มีความยินยอมของผู้เสียหายแต่เป็นการจำต้องยอมศาลก็ไม่มีอำนาจในการตัดสินลงโทษตัวผู้กระทำความผิดได้จนกว่าศาลจะเชื่อว่าจำเลยมีผิดจริงตามฟ้องของโจทก์

หลักการในการต่อสู้คดีของในชั้นพิจารณาของไทยตามหลักกฎหมายใช้หลัก “คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำคู่ความของตนให้คู่ความฝ่ายนั้นมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น” ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 มักเป็นฝ่ายโจทก์ที่ต้องหาพยานหลักฐานพิสูจน์ความผิดของจำเลยจึงเป็นการไม่ยุติธรรมนักหากผู้ที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราจะต้องนำสืบข้อเท็จจริงเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ

ดังนั้นประมวลกฎหมายอาญาควรบัญญัติให้มีข้อสันนิษฐานทางกฎหมายเพื่อให้ฝ่ายตัวผู้ที่ถูกอ้างว่าเป็นผู้กระทำความผิดได้มีหน้าที่ที่ต้องพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตัวเองหากเขาอ้างว่ากระทำไปโดยมีความยินยอม นอกจากนี้ในกรณีที่มีการกระทำความผิดกับบุคคลกลุ่มเปราะบาง กฎหมายควรบัญญัติข้อสันนิษฐานไว้เพื่อเป็นแนวทางในการคุ้มครองผู้เสียหายที่มีความบกพร่องในการให้ความยินยอม ทั้งนี้ก็เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายที่อาจตกเป็นเหยื่อของผู้กระทำความผิดได้ง่ายกว่าผู้เสียหายที่มีร่างกายปกติด้วย

* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

** ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

1. บทนำ

ประเทศไทยใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) กฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันและรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐเพื่อไม่ให้รัฐได้รับความเสียหายจากการกระทำของบุคคลใด การใช้กฎหมายอาญาต้องเป็นไปตามหลักประกันของกฎหมายอาญา มาตรา 2 ในทางกฎหมายอาญามีความยินยอมของผู้เสียหายอยู่ 2 ลักษณะ คือ ความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้และความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นส่วนหนึ่งของข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของความผิด ในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายที่ทำให้การกระทำของผู้กระทำไม่เป็นละเมิดนั้น ตามหลักสุภาษิตลาตินที่ว่า “Volenti non fit injuria” ในทางกฎหมายอาญาย่อมอยู่ในขอบเขตที่จำกัดเพราะในประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนเรื่องนี้ไว้แต่อย่างใด (กมลชัย รัตนสกาวงศ์, 2524 : 143)

ในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 มีความยินยอมของผู้เสียหายเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นการปฏิเสธการครอบครององค์ประกอบของความผิด(กมลชัย รัตนสกาวงศ์, 2524 : 57) แต่หากกรณีผู้เสียหายเป็นผู้ที่มีความบกพร่องในการให้ความยินยอม ก็ไม่ปรากฏว่าในประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดขอบเขตของความยินยอมของผู้เสียหายไว้ชัดเจนไว้แต่อย่างใด ซึ่งเมื่อศึกษาดูแล้วมีแต่เพียงกรณีที่กฎหมายอาญาได้บัญญัติกรณีที่ผู้กระทำผิดเป็นผู้ที่มีความบกพร่องเรื่องของความสามารถขณะกระทำผิดเท่านั้น ซึ่งเป็นกรณีที่ไม่มี ความยุติธรรมต่อผู้เสียหายในความผิดฐานนี้เป็นอย่างยิ่ง กรณีมีการข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายที่มีร่างกายพิการ หรือเป็นอัมพาตทั้งตัวโดยที่ผู้กระทำอ้างว่ากระทำไปเพราะมีความยินยอมของผู้เสียหาย ทั้ง ๆ ที่ผู้เสียหายไม่อาจให้ความยินยอมได้เลยหรือผู้เสียหายจำต้องยอมให้กระทำชำเราเพราะอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การกระทำชำเราดังกล่าวจะถือเป็นการกระทำชำเราด้วยความยินยอมของทั้งสองฝ่ายได้อย่างไร กรณีตามข้อเท็จจริงดังกล่าวมักเกิดขึ้นในสังคมไทยอยู่อย่างไม่เว้นแต่ละวัน เป็นการกระทำที่ไม่อาจมีใครในสังคมยอมรับได้ หากเหตุที่ผู้เสียหายเป็นผู้ที่เกิดมา มีร่างกายพิการและหรือมีจิตบกพร่องจึงทำให้ผู้กระทำผิดมีความสะดวกต่อการกระทำชำเราเพื่อสนองความใคร่ของตนเอง จึงเป็นการตอกย้ำซ้ำเติม ความบกพร่องของผู้เสียหายซึ่งนอกจากจะขัดต่อศีลธรรมและมโนธรรมสำนึกแล้วย่อมไม่เป็นเรื่องที่ยุติธรรม

ในการต่อสู้คดีในชั้นศาลคู่ความจะต้องอาศัยหลัก “คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำคู่ความของตนให้คู่ความฝ่ายนั้นมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น” ซึ่งในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนี้โดยปกติแล้วฝ่ายผู้เสียหายจะต้องนำสืบข้อเท็จจริงมากพอที่จะให้ศาลเชื่อจนปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยได้กระทำผิดจริงตามฟ้อง ศาลจึงจะลงโทษผู้กระทำ ความผิดได้ จนกระทั่งบางครั้งอาจเรียกได้ว่าเป็นการข่มขืนซ้ำสองกฎหมายอาญาจึงควรบัญญัติบทสันนิษฐานเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายในลักษณะนี้ไว้เบื้องต้นเพื่อเป็นการผลักภาระการพิสูจน์คดีไปยังตัวผู้กระทำผิด เพื่อเป็นอำนาจความยุติธรรมให้คู่ความอย่างเท่าเทียม

2. ความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 มีความยินยอมของผู้เสียหายเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นการปฏิเสธการครอบงำประกอบของความผิด ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นกรณีที่ผู้เสียหายสละคุณธรรมทางกฎหมายที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 นี้ก็คือ เสรีภาพทางเพศของบุคคล (คณิต ฦ นคร, 2553 : 416) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นย่อมเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมายต่อส่วนตัว ซึ่งหากจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงใดที่เกิดขึ้น การร่วมประเวณีโดยมีความยินยอมของทั้งสองฝ่ายก็ย่อมไม่อาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามความหมายในมาตรานี้ได้ เมื่อบุคคลใดตัดสินใจเสี่ยงภัยเอง เขาก็ควรจะได้รับผลความเสียหายนั้น ดังนั้นหากผู้ถูกกระทำยินยอม การกระทำของผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดได้

ความยินยอมของผู้เสียหายต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริง กล่าวคือ ผู้ที่ให้ความยินยอมต้องรู้และเข้าใจถึงเนื้อหาของการร่วมประเวณีนั้นจึงจะถือได้ว่าเป็นความยินยอมที่แท้จริงได้ โดยผู้ให้ความยินยอมต้องให้ความยินยอมโดยสมัครใจ โดยมีตัวเลือก โดยมีอิสระ โดยปราศจากเงื่อนไขและจะต้องไม่ใช้การจำยอมต่อสถานการณ์ที่เกิดขึ้นหรือกำลังจะเกิดขึ้นในอนาคต ผู้วิกลจริตย่อมไม่อาจให้ความยินยอมได้เพราะเขาไม่อาจเข้าใจในเนื้อหาที่แท้จริงของการร่วมประเวณีนั้นได้ จึงย่อมถือเป็นกรณีที่ผู้เสียหายไม่อาจให้ความยินยอมนั้นได้ (คณิต ฦ นคร, 2553 : 416)

ความยินยอมของผู้เยาว์ ความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้กำหนดเกณฑ์อายุที่แม้ว่าจะยินยอมให้กระทำชำเราผู้อื่นนั้นก็ยังคงมีความผิดอยู่ คือ ผู้ที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี เพราะกฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองความบริสุทธิ์ทางเพศของเด็ก ความสามารถของผู้พิการทางร่างกายหรือผู้ที่อยู่ในอาการมึนเมาจนไม่ถึงขนาดไม่สามารถให้ความยินยอมได้นั้น เป็นปัญหาที่ผู้กระทำผิดอาศัยความบกพร่องในการให้ความยินยอมลักษณะนี้เพื่อจะสนองความใคร่ของตนเอง จึงถือว่าผู้กระทำมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยที่ผู้กระทำอาศัยช่องนี้ง่ายต่อการข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นเสียหาย ในเรื่องเวลาความยินยอมต้องมีอยู่ก่อนหรืออย่างน้อยจะต้องมีอยู่ขณะกระทำและมีอยู่ตลอดการกระทำนั้น ซึ่งโดยทั่วไปความยินยอมจะต้องมีอยู่ขณะกระทำไม่ว่าจะเป็นความยินยอมที่ผู้เสียหายแสดงออกในขณะที่มีการกระทำหรือจะแสดงออกก่อนการกระทำแล้วยังคงมีผลอยู่มิได้บอกถอนเสียก่อนการกระทำนั้นสิ้นสุดลง ดังนั้นการบอกถอนความยินยอม (รณกรณ์ บุญมี, 2553 : 769) จึงอาจมีขึ้นได้และฝ่ายที่ได้รับคำบอกถอนต้องหยุดกิจการทันที มิฉะนั้นต้องถือว่าเป็นการกระทำโดยฝ่าฝืนเจตนาของผู้บอกถอนความยินยอมนั้น หากไม่ยอมหยุดจึงต้องมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

3. ภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้อันทำให้ผู้เสียหายจำต้องยอม

กรณีภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้อาจเกิดจากตัวของผู้เสียหายเป็นผู้ที่อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้เองอยู่ก่อนการถูกข่มขืนกระทำชำเรา อาทิเช่น มีร่างกายพิการไม่สมประกอบป่วย เป็นอัมพาต มีนเมาสารเสพติด เมาสุรา เป็นต้น หรืออาจเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้ก่อให้เกิดผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้ อาทิเช่น ลากผู้เสียหายเข้าไปในป่าเพื่อข่มขืนกระทำชำเราและขู่ให้ผู้เสียหายกลัวว่าถ้าไม่ยอมก็จะทำร้ายหรือฆ่าทิ้งเสีย เป็นต้น “ผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้” ยังเป็นปัญหาในการตีความของศาลอยู่มากและยังไม่มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่แน่นอน เพราะคำว่า ภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้ของผู้เสียหายนี้สามารถตีความได้กว้างและในบางครั้งก็คาบเกี่ยวกับคำว่า “โดยขู่เชือดด้วยประการใด ๆ” เพราะภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้อาจเกิดจากการขู่เชือดจนกระทั่งทำให้ผู้เสียหายกลัวจึงต้องจำยอมและในบางกรณีอาจมีลักษณะเป็นกรณี “โดยใช้กำลังประทุษร้าย” ด้วย เช่น กรณีผู้กระทำความผิดใช้ร่างกายทาบผู้เสียหายไว้ก็เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายและทำให้ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้ภายในตัวด้วยเช่นกัน เป็นต้น

หากจะพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา ในเรื่องพฤติการณ์แวดล้อมและเหตุแห่งผู้เสียหายเองว่าขัดขึ้นได้หรือไม่ หากพฤติการณ์ที่ปรากฏเป็นกรณีผู้เสียหายขัดขึ้นไม่ได้เพราะอยู่ในภาวะที่ผู้เสียหายกลัวที่จะขัดขึ้นเพราะเกรงว่าจะเกิดอันตราย อาทิเช่น ถูกข่มขืนกระทำชำเราอยู่ในป่าในที่ลับตาคน ผู้เสียหายถูกจับแขนจับขา ผู้เสียหายหมดสติเพราะดื่มสุรา ผู้เสียหายกลัวจำเลยตกอยู่ในอำนาจบังคับของจำเลย จำเลยทำร้ายร่างกายโดยตบหน้าผู้เสียหายและพูดขู่ว่าถ้าไม่ยอมให้ร่วมประเวณีก็จะพาเพื่อนอีก 10 คนมาร่วมกันข่มขืน ผู้เสียหายพยายามขัดขึ้นร้องขอแต่จำเลยไม่หยุดการกระทำและผู้เสียหายได้ร้องขอไม่ให้จำเลยทำ จำเลยไม่ฟังและผู้เสียหายก็มีร่างกายไม่สมประกอบไม่มีแรงที่จะขัดขึ้น เป็นต้น จากกรณีดังปรากฏในคำพิพากษาของศาลฎีกา หากผู้เสียหายขัดขึ้นอาจเกิดอันตรายกับชีวิต จึงยอมจำยอมให้ผู้กระทำความผิดกระทำชำเราทั้งสิ้น ความจำยอมในลักษณะนี้ เห็นได้ว่าศาลฎีกาพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมที่จำเลยกระทำต่อผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้เนื่องจากกลัวหรือไม่มีแรงขัดขึ้นทางกายภาพจึงต้องจำยอม

ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัตินิยามของคำว่า ภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้ ไว้เป็นการเฉพาะและศาลสามารถตีความได้อย่างกว้างขวาง เมื่อความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นมีการบัญญัติกรณีที่ผู้กระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายที่อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้เป็นความผิดฐานนี้ แต่ในทางปฏิบัติศาลยังต้องอาศัยการตีความและพฤติการณ์ตามแต่ละคดี ๆ ไปซึ่งหากจะคุ้มครองผู้เสียหายได้มากกว่านั้นก็กฎหมายควรบัญญัตินิยามความหมายหรือบัญญัติเป็นข้อสันนิษฐานทางกฎหมายในการผลักภาระการพิสูจน์ไปยังผู้กระทำความผิดไว้เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหาย

4. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) เช่น ประเทศอังกฤษ มีพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำผิดทางเพศ Sexual Offences Act 2003 ของประเทศอังกฤษ ได้บัญญัติถึงความยินยอมของผู้ถูกระทำเอาไว้โดยชัดเจนและแตกต่างออกไป ในมาตรา 74 ได้บัญญัติไว้ทำนองว่า “เพื่อวัตถุประสงค์แห่งหมวดนี้ ความยินยอมของบุคคล ถ้าเขาตกลงให้ความยินยอมโดยมีตัวเลือก และมีความเป็นอิสระและความสามารถที่จะตัดสินใจให้ความยินยอม” และบทนิยามมิได้อยู่ในเพียงมาตรา 74 เท่านั้น แต่รวมมาตรา 75 และ 76 คือบทบัญญัติอธิบายบทนิยามด้วยไปด้วย เช่น บทนิยามมาตรา 74 ไม่ได้บัญญัติว่าชำเราหญิงพิการอาจเป็นการข่มขืน แต่มาตรา 75(2)(e) ผู้กระทำได้กระทำชำเราโดยอาศัยเหตุเพราะผู้อื่นมีร่างกายทุพพลภาพ หรือเพราะความสามารถสื่อสารให้ความยินยอมให้เข้าใจในขณะนั้นแก่ผู้กระทำได้ ในขณะที่กระทำ กฎหมายให้สันนิษฐานว่าไม่มีความยินยอมของหญิงเว้นแต่ฝ่ายผู้กระทำจะพิสูจน์ว่ามีความยินยอม ดังนั้นมาตรา 75 แสดงให้เห็นว่าอะไรคือการขาดความยินยอม เพราะข้อเท็จจริงตามมาตราที่ชี้ให้เห็นถึงสภาพของเหยื่อที่ไม่อาจให้ความยินยอมได้โดยอิสระนั่นเอง

ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้คำพิพากษาวางบรรทัดฐานแทน เช่น หากความยินยอมของหญิงนั้นเกิดจากการที่ชายใช้กำลังบังคับหรือขู่ขู่หรือหลอกลวงหญิงจนหญิงไม่สามารถขัดขืนได้หรือหลงเชื่อตามที่ถูกหลอกลวง หรือชายได้ปลอมหรือแสดงตนว่าเป็นสามีของหญิงจนหญิงนั้นหลงเชื่อว่าเป็นสามี หรือหญิงเป็นผู้บกร้องในการแสดงเจตนา หรือฉวยโอกาสขณะที่หญิงกำลังหลับ หรือทำให้หญิงเกิดอาการมึนเมาแล้วฉวยโอกาสเช่นนี้มีเพศสัมพันธ์กับหญิง หรือโดยหญิงถูกพาไปยังกะโล่แห่งหนึ่งโดยไม่สมัครใจโดยทั้งที่ไม่รู้ว่าอยู่ที่ไหนห่างไกลจากที่อยู่อาศัยมากและเป็นเวลากลางคืน เมื่อพยายามหนีแต่ฝ่ายชายไปตาม หญิงได้ปฏิเสธการร่วมประเวณีในตอนแรก และฝ่ายชายชู้ว่าจะไม่ไปส่งที่บ้านถ้าหากไม่ยอมมีเพศสัมพันธ์ 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) คดีต่อ ๆ มาในภายหลังศาลตัดสินว่าระดับของการขัดขืนไม่ถือเป็นเรื่องเด็ดขาด ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมของเหตุการณ์ อย่างไรก็ตามศาลก็ยังเห็นว่า การขัดขืนจะต้องเป็นอะไรที่มากกว่าการตอบปฏิเสธด้วยวาจา (Negative Verbal Response) โดยรวม

แล้วบทนิยามการข่มขืนกระทำชำเราไม่ได้มีความแตกต่างในสาระสำคัญกับของประมวลกฎหมายอาญาไทยในมาตรา 276 เลย

ในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ไม่มีบทนิยามความหมาย ความยินยอมในความผิดเกี่ยวกับเพศไว้และบทบัญญัติในมาตรา 177 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันก็มีเนื้อหาไม่แตกต่างกันกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ของไทย แต่ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมีบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้ที่อยู่ในภาวะที่ไม่อาจช่วยเหลือตนเองได้ ในมาตรา 179 ได้แก่ ผู้ที่เจ็บป่วยทางจิต หรือความพิการรวมทั้งการติดยาเสพติดหรือเพราะความผิดปกติเกี่ยวกับความรู้สึกทางจิต ประสาท รวมถึงผู้ที่ไร้ความสามารถทางด้านร่างกาย ในที่นี้อาจหมายถึงผู้ป่วยอัมพาตก็ได้ ซึ่งกฎหมายเยอรมนีเกี่ยวข้องกับหลักคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งเป็นสิ่งที่แยกออกจากกันไม่ได้ ซึ่งนักกฎหมายอาญาของไทยหลายท่านก็ได้อธิบายเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายนี้เมื่อวิเคราะห์กับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทย ไม่ปรากฏว่ากฎหมายไทยมีบทบัญญัติที่ชัดเจนไปถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้ป่วยทางจิต ผู้พิการ ผู้ที่ติดยาเสพติด หรือผู้ที่ไร้ความสามารถทางด้านร่างกาย มีแต่เพียงคำพิพากษาของศาลฎีกาเท่านั้นที่มีคำพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดในลักษณะดังกล่าว โดยศาลไทยอาศัยการตีความตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 เท่านั้น ซึ่งเป็นการกระทำที่ผู้กระทำความผิดที่ผู้เสียหายไม่สามารถปกป้องตนเองได้จากการข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วการกระทำความผิดในลักษณะนี้ ควรมีบทบัญญัติของกฎหมายที่ลงโทษผู้กระทำความผิดให้ได้รับโทษที่หนักขึ้นกว่าการข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นที่เป็นคนปกติทั่วไป

5. ข้อสันนิษฐานทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิผู้เสียหาย

ประเทศอังกฤษได้บัญญัติข้อสันนิษฐานทางกฎหมายที่อาจหักล้างได้ (rebuttable presumption) ในเรื่องความยินยอมในบทบัญญัติมาตรา 75 พุทธการณั้แวดลั้มไต่ให้ถึ้อว่าผู้อื่นหรือผู้เสียหายไม่ได้ให้ความยินยอม เช่น ใช้ความรุนแรงขัดขืนใจผู้อื่น หรือก่อให้เกิดความกลัวว่าในทันทีทันใดจะเกิดภัยอันตรายแก่ผู้เสียหาย ผู้เสียหายหลับอยู่หรือไม่ได้สติในขณะกระทำผิดนั้นและข้อสันนิษฐานที่ไม่อาจหักล้างได้ (irrebuttable presumption) ในบทบัญญัติมาตรา 76 การหลอกลวงผู้เสียหายหรือการปลอมตัวเป็นบุคคลที่ผู้เสียหายคุ้นเคย จะถูกสันนิษฐานไว้ก่อนอย่างแน่ชัดว่าไม่มีความยินยอม จึงเห็นว่า มาตรา 75 และ 76 ได้ขยายนิยามมาจากมาตรา 74 ซึ่งผลของการบัญญัติเช่นนี้ ฝ่ายโจทก์มีหน้าที่นำสืบก่อนแต่เพียงแค้พิสูจนั้หลักฐานตามอนุมาตรา 75(2) โดยเพียงแสดงให้เห็นว่าจำเลยได้กระทำการที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายนี้และอยู่ในพุทธิการณั้แวดลั้มไต่ที่บัญญัติไว้ 75(2)และจำเลยรู้ถึงสถานการณ์เช่นนี้ ถ้าโจทก์สามารถพิสูจนั้ได้ถึงเพียงนี้ ภาระการพิสูจนั้จะตกอยู่แก่จำเลย ทำให้จำเลยต้องพิสูจนั้โดยนำพยานหลักฐานมาหักล้างว่าจำเลยเชื่อว่าความยินยอมมีอยู่จริงและเชื่อไปโดยสุจริต อย่างไรก็ตาม

หากฝ่ายโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ให้หนักแน่นเหนือข้อสงสัย (beyond reasonable doubt) ในองค์ประกอบของการกระทำที่กฎหมายต้องการทั้งหมด และถึงแม้จำเลยไม่รู้ว่าจะเอาประเด็นอะไรมาสู้แก้ จำเลยยังเป็นผู้บริสุทธิ์อยู่

ตามกฎหมายไทยโดยหลัก ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้บัญญัติเรื่องภาระการพิสูจน์เอาไว้โดยเฉพาะ จึงต้องอาศัยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 มาใช้บังคับเท่าที่จะใช้บังคับได้ กล่าวคือต้องใช้หลัก “คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำคู่ความของตนให้คู่ความฝ่ายนั้นมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น” เมื่อในคดีอาญา โจทก์เป็นฝ่ายกล่าวอ้างว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดอาญา โจทก์จึงต้องมีภาระการพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดอาญาตามที่ตนได้กล่าวอ้าง และในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศ โจทก์ต้องเป็นฝ่ายนำสืบและสืบให้สมปราศจากข้อสงสัย ซึ่งเป็นภาระของผู้เสียหายมาก เช่น การจะพิสูจน์ได้ขนาดไหนว่าโจทก์มีความสามารถระดับใดขณะให้ความยินยอม และอาจนำไปสู่การยกประโยชน์แห่งข้อสงสัยแก่จำเลย อย่างไรก็ตามกรณีที่โจทก์เสียเปรียบรวมถึงการเพิ่มข้อสันนิษฐานเพื่อผลภาระไปยังจำเลย ซึ่งเป็นการช่วยเหลือเหยื่อผู้เสียหายเพื่อความสะดวกในกระบวนการยุติธรรม และเลี่ยงความเสี่ยงที่ผลของคดีที่ทนายจำเลยจะใช้กลวิธีด้วย

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยยังขาดความชัดเจนในขอบเขตความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น รวมทั้งบทบัญญัติในส่วน of บทนิยามความหมายความยินยอมที่ขอบด้วยกฎหมายอาญา ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามบทบัญญัติที่กฎหมายบัญญัติโทษอย่างสูงถึง 20 ปี ผู้เขียนเห็นว่ายังไม่อาจเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายได้อย่างแท้จริง โดยการบัญญัติขอบเขตความยินยอมและการบอกถอนความยินยอม ข้อสันนิษฐานทางกฎหมายในการพิสูจน์คดี ตลอดจนการบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้ที่ไม่สามารถแสดงเจตจำนงได้ หรือแม้กระทั่งผลของการให้ความยินยอมของผู้ที่มีความบกพร่องทางร่างกายหรือไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอมเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นเหยื่ออาชญากรรมในลักษณะนี้ และเพื่อให้ผู้กระทำผิดเกรงกลัวต่อกฎหมายและได้รับโทษอย่างถูกต้องตามหลักกฎหมายอย่างยุติธรรม จึงเห็นว่าควรปรับปรุงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทยดังนี้

1. แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไปดังนี้

เพิ่มเติมบทบัญญัติความสามารถของผู้ให้ความยินยอมของกฎหมายอาญาให้มีความชัดเจนแน่นอน โดยสร้างหลักเกณฑ์เรื่องความสามารถของผู้ให้ความยินยอมในกฎหมายอาญา ซึ่งเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายอาญาเพื่อคุ้มครองบุคคลบางประเภทที่อาจมีความบกพร่องในการให้ความยินยอม อาทิเช่น บุคคลผู้ที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ ไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิต จิตฟั่นเฟือน มีนเมาเพราะเสพยาหรือสิ่งมีนเมาอื่น ดิตยาเสพติด มี

ร่างกายพิการ เป็นอัมพาต ป่วยเจ็บหรือเจ็บป่วย ร่างกายไม่สมประกอบเพราะไม่มีแขนและหรือไม่มีขา ร่างกายอ่อนแรง เป็นโรคกล้ามเนื้ออ่อนแรง ผู้ที่มีปัญหาเกี่ยวกับการพูดไม่ได้ เป็นใบ้ หรือกรณีที่ผู้วิกลจริตมีปัญหาทางการรับรู้สติปัญญาไม่ดี เป็นต้น โดยบัญญัติเรื่องความสามารถของผู้ให้ความยินยอมนี้ให้อยู่ในประมวลกฎหมายอาญาบทบัญญัติทั่วไป ทั้งนี้ก็เพื่อให้สอดคล้องกับการแก้ไขบทบัญญัติในภาคความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศตามข้อเสนอแนะข้อที่ 2. และเพื่อเป็นเครื่องมือในการผดุงความยุติธรรมหากเกิดกรณีปัญหาเกี่ยวกับความยินยอมในกฎหมายอาญาความผิดเกี่ยวกับเพศและเป็นมาตรการป้องกันไม่ให้บุคคลผู้มีความบกพร่องทางด้านร่างกายและสติปัญญาดังกล่าวมานี้ให้ไร้ผลอย่างชัดเจน ป้องกันการตกเป็นเหยื่อของผู้กระทำความผิด

2. แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายอาญาภาคความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ

1) ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายอาญาควรบัญญัติให้ขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนั้นรวมถึงกรณี “การกระทำชำเราภายหลังมีการบอกถอนความยินยอมว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น” การบอกถอนความยินยอมภายหลังการร่วมประเวณี โดยเฉพาะในระหว่างการร่วมประเวณีนั้นอาจเกิดการบอกถอนความยินยอมขึ้นได้และกฎหมายควรบัญญัติขอบเขตความรับผิดชอบที่เหมาะสมของการกระทำชำเราภายหลังความยินยอมไว้ด้วย เพื่อป้องกันการอาศัยความยินยอมที่ให้ไว้ในตอนแรกของผู้ให้ความยินยอมในการกระทำชำเราโดยไม่ยุติตามเจตนารมณ์ของผู้บอกถอนความยินยอม

ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญาของไทยควรได้รับการแก้ไขเพิ่มเติม ในส่วนของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 บัญญัติเพิ่มเติมว่า การข่มขืนกระทำชำเรา ในวรรคสองว่า “การข่มขืนกระทำชำเรารวมถึงการกระทำชำเราภายหลังการบอกถอนความยินยอม” เพื่อให้สอดคล้องกับระบบกฎหมายไทยที่ใช้ประมวลกฎหมายและเพื่อเป็นประโยชน์ในการวินิจฉัยการครบองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ซึ่งจะทำให้ประมวลกฎหมายอาญาของไทยมีความชัดเจนและสามารถคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายในรัฐได้อย่างแท้จริง

2) นอกจากข้อเสนอแนะแก้ไขบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาตามข้อ 1) แล้วประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ ควรปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติให้มีข้อสันนิษฐานของกฎหมายเกี่ยวกับข้อเท็จจริง วิสัยและพฤติการณ์ใด ๆ ของการกระทำที่ส่อไปในทางที่ผู้กระทำน่าจะกระทำโดยที่ผู้เสียหายนั้นไม่ความยินยอม หากมีการกระทำชำเราบุคคลดังต่อไปนี้ อาทิเช่น บุคคลผู้ที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ ไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิต จิตฟั่นเฟือน มึนเมาเพราะเสพยาสุราหรือสิ่งมึนเมาอื่น ดิตยาเสพติด มีร่างกายพิการ เป็นอัมพาต ป่วยเจ็บหรือเจ็บป่วย ร่างกายไม่สมประกอบเพราะไม่มีแขนและหรือไม่มีขา ร่างกายอ่อนแรง เป็นโรคกล้ามเนื้ออ่อนแรง ผู้ที่มีปัญหาเกี่ยวกับการพูดไม่ได้ เป็นใบ้ หรือกรณีที่ผู้วิกลจริตมี

ปัญหาทางด้านการรับรู้สติปัญญาไม่ดี เป็นต้น โดยบัญญัติเป็นข้อสันนิษฐานเพิ่มเติมในมาตรา 276/1 ว่า

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276/1

“กรณีที่ผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ตามมาตรา 276 อาจหมายถึงกรณีดังต่อไปนี้

(1) เป็นผู้มีความเจ็บป่วยทางจิตหรือความพิการรวมทั้งการติดยาเสพติดหรือเพราะความผิดปกติเกี่ยวกับความรู้สึกทางจิตประสาท ในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือ จิตฟั่นเฟือน หรือกรณีที่ผู้วิกลจริตมีปัญหาทางด้านการรับรู้สติปัญญาไม่ดี หรืออยู่ในอาการมึนเมาเพราะเสพยาหรือสิ่งมึนเมาอื่น หรือ

(2) เป็นผู้ไร้ความสามารถทางด้านร่างกาย มีร่างกายพิการ เป็นอัมพาต ป่วยเจ็บหรือเจ็บป่วย มีร่างกายไม่สมประกอบ หรือเพราะไม่มีแขนและหรือไม่มีขา ร่างกายอ่อนแรง หรือเป็นโรคกล้ามเนื้ออ่อนแรง หรือผู้ที่มีปัญหาเกี่ยวกับการพูดไม่ได้ เป็นใบ้ โดยผู้กระทำความผิดประโยชน์จากความไม่สามารถที่จะป้องกันช่วยเหลือตนเองของผู้อื่นดังที่กล่าวมานั้น เพื่อปฏิบัติกิจกรรมทางเพศกับบุคคลผู้ขาดความสามารถนั้น หรือช่วยให้ผู้อื่นมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับบุคคลผู้ขาดความสามารถนั้น”

กรณีมีข้อสันนิษฐานของกฎหมายข้างต้น ก็เพื่ออำนวยความสะดวกแก่ผู้เสียหายและเป็นการผลักระการพิสูจน์ให้ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิด ให้เป็นผู้มีหน้าที่ในการพิสูจน์และหาพยานหลักฐานว่าการกระทำชำเรานั้นมีความยินยอมของผู้เสียหายหรือไม่อย่างไร การบัญญัติเช่นนี้ไม่เพียงช่วยเรื่องการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมอย่างยุติธรรม แต่ยังเป็นการช่วยผู้เสียหายลดภาระค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดีและสู้คดีได้อย่างเป็นธรรมมากขึ้นกว่าเดิม ทั้งนี้เพื่อทบทวนบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาจะได้มีความชัดเจนในส่วนขององค์ประกอบของความผิดฐานนี้และขจัดปัญหาการตีความตามพฤติการณ์ต่างๆ ตามแต่ละคดีไปอย่างไม่มีขอบเขต ซึ่งมีความยุ่งยากและซับซ้อนไม่เหมือนกัน การมีบทบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจนจะทำให้การดำเนินคดีในทุกชั้นเป็นไปด้วยความรวดเร็วและลดปัญหาการใช้ดุลยพินิจที่ไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนของศาลและอาจเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลาได้เป็นอย่างมาก ทั้งนี้ก็เป็นที่น่าทึ่งว่าขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่คู่ความมีความสามารถนำขึ้นสู่ศาลนั่นเอง

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์พลสยามพริ้นติ้ง (ประเทศไทย)
- คณิต ฌ นคร. (2553). กฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- _____. (2556). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- จิตติ ดิงศภัทย์. (2529). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
- _____. (2543). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1 (พิมพ์ครั้งที่ 7). สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2552). สังคมกับกฎหมาย (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.

บทความ

- รณกรณ์ บุญมี. (2553). “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหลังการกระทำชำเราด้วยความยินยอม”. วารสารนิติศาสตร์, 39 (4), กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

วิทยานิพนธ์

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2523). ความยินยอมในกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

กฎหมาย

- ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
ประมวลกฎหมายอาญา

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

- Molan, M. (2003). *Modern Criminal Law: Fifth Edition*. London: Cavendish Publishing.
- Tadros, V. (2006). "Rape Without Consent". *Oxford Journal of Legal Studies*, 26, 3. p. 516.

LAWS

- Sexual Offences Act 2003.
- The German Criminal Code.