



ความเหมาะสมในการกำหนดความรับผิดชอบบุคคล : ศึกษากรณีความผิด
ฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม

โดย

วัชรภัทร ด่านคงรักษ์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายอาญา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2564

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

APPROPRIATELY DETERMINING INDIVIDUAL LIABILITY
: A STUDY OF THE OFFENSE OF GANG RAPE

BY

WATCHARAPAT DANKONGRAK



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS

FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

CRIMINAL LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2021

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

วัชรภัทร ด้านคงรักษ์

เรื่อง

ความเหมาะสมในการกำหนดความรับผิดรายบุคคล : ศึกษากรณีความผิด

ฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 8 พฤษภาคม พ.ศ. 2565

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



(รองศาสตราจารย์ ดร. มาตาลักษณ์ เสรมะธากุล)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. รณกรณ์ บุญมี)

คณบดี



(รองศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความเหมาะสมในการกำหนดความรับผิดชอบบุคคล : ศึกษากรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อันมีลักษณะเป็นการโทรม
ชื่อผู้เขียน	วัชรภัทร ด่านคงรักษ์
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายอาญา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	รองศาสตราจารย์ ดร.มาตาลักษณ์ เสรมะธากุล
ปีการศึกษา	2564

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาเจตนารมณ์ที่แท้จริงและองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม รวมทั้งหลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดชอบบุคคลของผู้กระทำความผิดฐานดังกล่าวตามระบบกฎหมายไทย โดยเปรียบเทียบกับองค์ประกอบความผิดและหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดชอบบุคคลของผู้กระทำความผิดฐานดังกล่าวที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลสูงของต่างประเทศ เพื่อนำมาสู่ข้อสรุปการกำหนดความรับผิดชอบบุคคลในความผิดฐานดังกล่าวที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายไทย

จากการศึกษาในประเด็นข้างต้น พบว่า

1) เจตนารมณ์ที่แท้จริงของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม เป็นไปเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายจากการถูกล่วงล้ำมากกว่าหนึ่งครั้งโดยผู้กระทำหลายคน มิใช่จากการมีผู้กระทำหลายคนในเหตุการณ์เท่านั้น และคำว่า “อันมีลักษณะเป็นการโทรม” ถือเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ เพียงมีข้อเท็จจริงนั้นเกิดขึ้น ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบแล้ว

2) ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาซึ่งสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของผู้ยกร่าง องค์ประกอบความผิดฐานดังกล่าวประกอบด้วยกรกระทำ 2 ส่วน ได้แก่ การร่วมกันข่มขืนกระทำในลักษณะที่เป็นตัวการและการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งในส่วนของกรกระทำส่วนหลังนั้น ศาลฎีกาตีความให้รวมถึงการผลัดเปลี่ยนกันในลักษณะที่ผู้กระทำคนที่สองยังอยู่ในขั้นพยายามข่มขืนกระทำชำเราด้วย ซึ่งถือเป็นกรตีความโดยขยายความที่ไม่ถูกต้อง เนื่องจากขัดต่อเจตนารมณ์ที่แท้จริงของความผิดฐานดังกล่าว

3) กรณีที่มีผู้กระทำตั้งแต่สามคนขึ้นไป ศาลฎีกาจะอาศัยการปรากฏตัวในที่เกิดเหตุ และการกระทำร่วมกันขณะที่มีการข่มขืนกระทำชำเราเป็นเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดชอบระหว่างการเป็นตัวการกับการเป็นผู้สนับสนุนของผู้กระทำคนที่สามที่มีได้กระทำถึงขั้นพยายามข่มขืนกระทำชำเรา อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลฎีกาบางฉบับได้ขยายการเป็นตัวการให้รวมถึงการออกจากที่เกิดเหตุก่อนที่จะมีการกระทำความผิดด้วย ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ และทฤษฎีนายเหนือการกระทำความผิด (Control-Over-the Act-Theory)

4) เมื่อเปรียบเทียบกับแนวการวินิจฉัยของระบบกฎหมายต่างประเทศ พบว่า ระบบกฎหมายไทยมีแนวการวินิจฉัยที่เคร่งครัดที่สุด เนื่องจากกำหนดให้ต้องถึงขนาดได้ผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา ในขณะที่ระบบกฎหมายอังกฤษ แม้มีได้กำหนดความผิดฐานดังกล่าว แต่ศาลสูงคดีอาญาจะนำบัญชีมาตรฐานโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามาใช้ในการกำหนดโทษ ส่วนระบบกฎหมายอเมริกัน (เฉพาะมลรัฐแคลิฟอร์เนีย) และฝรั่งเศส กำหนดว่า เพียงแต่ร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราโดยผู้กระทำหลายคนก็เป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นตามความผิดฐานดังกล่าวแล้ว และท้ายที่สุด ระบบกฎหมายเยอรมันกำหนดว่า ต้องร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะเป็นตัวการจึงจะเป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นตามความผิดฐานดังกล่าว จนอาจกล่าวได้ว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมเป็นความผิดของไทยโดยแท้

ดังนั้น เพื่อลบล้างแนวการวินิจฉัยที่เป็นบรรทัดฐานเกี่ยวกับการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราซึ่งมิได้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่แท้จริงของความผิดฐานดังกล่าว จึงเสนอให้แก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสาม จาก “โดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน” แก้ไขเป็น “โดยได้กระทำชำเราด้วยกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป” รวมทั้งเสนอให้ศาลไทยพึงระมัดระวังในการนำหลักการเป็นตัวการมาปรับใช้กับผู้กระทำคนที่สามซึ่งยังมีได้ข่มขืนกระทำชำเราอันเป็นความผิดสำเร็จ โดยควรปรับใช้หลักการดังกล่าว เฉพาะกรณีที่ผู้กระทำคนที่สามนั้นได้กระทำการที่ใกล้ชิดกับความเสียหายที่ผู้เสียหายจะได้รับจากการถูกล่วงล้ำ

คำสำคัญ: การโทรม, การข่มขืนกระทำชำเรา, ความรับผิดชอบบุคคล, ประมวลกฎหมายอาญาไทย

Thesis Title	APPROPRIATELY DETERMINING INDIVIDUAL LIABILITY: A STUDY OF THE OFFENSE OF GANG RAPE
Author	Watcharapat Dankongrak
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Criminal Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Associate Professor Matalak Seramethakul, LL.D
Academic Year	2021

ABSTRACT

This thesis studied the spirit of gang rape law, its elements, and criteria for determining ensuing individual liability in the Thai legal system by comparing the aforementioned elements and criteria in judgements by international high courts. Suitable criteria are suggested for determining ensuing individual liability in the justice system of Thailand.

Results were as follows:

1) The spirit of gang rape statutes is to protect victims from assault by multiple offenders as well as repeated attacks by individual assailants. The term “with participation of persons in the nature of sexual assault” is the condition for objective punishment not necessarily known to any offender. Only if such conditions occur will offenders be liable.

2) According to stare decisis to be consistent with the intention of drafters, elements of gang rape statutes were composed of two aspects: joint commission of rape as principal participants and raping in turn. The latter was interpreted by the Supreme Court of Thailand to include a second offender’s rape attempt. Such an interpretation was inaccurately extensive insofar as it contradicted the spirit of the law.

3) In the case of three or more offenders, the Supreme Court identifies presence at the scene of the rape and joint commission while raping as criteria for determining liability between principal and accomplice status for a third offender who has not yet committed the attempted rape. However, certain judgements extended to principal participants, even those absent from the scene of the crime. Such judgements are probably incorrect according to proportionality of punishment and Control-Over-the Act-Theory

4) An international comparative legal study revealed that decision guidelines in the Thai legal system were most stringent, requiring raping in turn. In the United Kingdom (UK), even if the offense of gang rape remains unidentified, the Crown Court will apply sentencing guidelines for the offense of rape when imposing penalties. In the State of California in the United States and in France, it is stipulated that joint rape by multiple offenders leads to more severe punishment for offenders. In Germany, it is stipulated that joint rape by multiple offenders as principals results in more severe punishment. It can be said that gang rape law has a unique (*sui generis*) interpretation in Thailand.

Therefore, to overrule traditional *stare decisis* on raping in turn which is inconsistent with the spirit of the law, Section 276, paragraph three of the Thailand Penal Code should be amended from “with participation of persons in the nature of sexual assault” to “by joint raping of two or more persons.” In addition, Thai courts should carefully apply principal participant status to third offenders who have not yet committed a rape. Such participant status should be applied only to third offenders who have acted closely to produce the damage that victims incur from violation.

Keywords: Gang rape, Rape, Individual liability, Thailand Penal Code.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะสำเร็จลุล่วงมิได้หากปราศจากรองศาสตราจารย์ ดร.มาตาลักษณ์ เสรมธากุล ที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์และคอยดูแลเอาใจใส่ รวมทั้งให้กำลังใจ ความรู้ และคำแนะนำที่ประโยชน์แก่ผู้เขียน โดยเฉพาะการเขียนเค้าโครงวิทยานิพนธ์ นอกจากนี้ยังช่วยตรวจสอบข้อบกพร่องในเนื้อหาบางประการ จนเป็นผลให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์ ผู้เขียนจึงขอขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร.มาตาลักษณ์ เสรมธากุล เป็นอย่างสูงที่ได้ช่วยเหลือ และให้ความเมตตากรุณาแก่ผู้เขียนมาโดยตลอด

ผู้เขียนขอขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รณกรณ์ บุญมี ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ามาทำหน้าที่เป็นประธานกรรมการและกรรมการสอบ วิทยานิพนธ์ของผู้เขียน ตามลำดับ ซึ่งอาจารย์ทั้งสองได้ให้คำแนะนำและความคิดเห็นที่เป็นประโยชน์ ต่อการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นอย่างมาก ทั้งในเรื่องการจัดลำดับเค้าโครงวิทยานิพนธ์ การเข้าถึง แหล่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องเพิ่มเติม และการอ้างอิงแหล่งข้อมูลไว้ในวิทยานิพนธ์

ผู้เขียนขอขอบพระคุณนางจันทรา ด้านคงรักษ์ มารดาของผู้เขียน และสมาชิกครอบครัว ด้านคงรักษ์ทุกท่าน ที่คอยช่วยเหลือและเป็นแรงผลักดันให้แก่ผู้เขียนเสมอมา ทั้งในทางตรงและ ทางอ้อม จนกล่าวได้ว่าเป็นบุคคลสำคัญที่อยู่เบื้องหลังความสำเร็จของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอขอบพระคุณพี่ ๆ สำนักกำกับและตรวจสอบ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา โดยเฉพาะนายฤกษ์ ยอดสุวรรณ นายปองภพ นิลนพรัตน์ นางสาวอภัสรา ประทุมทอง นางสาว ธนิกานันท์ ปาลกะวงศ์ ณ อยุธยา และนางสาวจริงจิง นะแส รวมทั้งเพื่อนร่วมชั้นเรียนระดับปริญญาโท โดยเฉพาะนางสาวพิมพ์ปราง บุญยสมิต และนางสาวจิริยาภา ขจรบุญ ที่คอยช่วยเหลือ และคอยให้ คำแนะนำที่เป็นประโยชน์แก่ผู้เขียน ตั้งแต่ในชั้นของการศึกษารายวิชา การสอบเค้าโครงวิทยานิพนธ์ จนกระทั่งการสอบวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ผู้เขียนขอขอบพระคุณบรรณารักษ์และเจ้าหน้าที่ห้องสมุดสัญญา ธรรมศักดิ์ และหอสมุด ปรีดี พนมยงค์ ทุกท่าน ที่คอยบริการจัดส่งหนังสือและค้นหาบทความที่เกี่ยวข้องให้แก่ผู้เขียน จนเป็น ส่วนสำคัญที่ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ประกอบด้วยเนื้อหาที่สมบูรณ์ครบถ้วน

ท้ายที่สุด ผู้เขียนหวังว่า วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะ เป็นประโยชน์ต่อวงการนิติศาสตร์และผู้ ที่สนใจศึกษาความผิดเกี่ยวกับเพศ หากมีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว และขออภัยมา ณ ที่นี้ด้วย

วัชรภัทร ด้านคงรักษ์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(5)
สารบัญตาราง	(11)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ที่มาและความสำคัญ	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	4
1.3 สมมติฐานการศึกษา	4
1.4 วิธีการศึกษา	5
1.5 ขอบเขตของการศึกษา	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	5
บทที่ 2 ข้อความคิดที่สำคัญและทฤษฎีเกี่ยวข้องกับ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมม	6
2.1 ข้อความคิดเกี่ยวกับการพิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา	6
2.1.1 การตีความกฎหมายอาญา	7
2.1.1.1 แนวทางการตีความกฎหมายโดยทั่วไป	7
2.1.1.2 หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principle of Legality)	10
2.1.1.3 หลักเกณฑ์เฉพาะของการตีความกฎหมายอาญา	13

2.1.2	วิวัฒนาการความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในระบบกฎหมายไทย	17
2.1.2.1	กฎหมายตราสามดวง	18
2.1.2.2	พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118	21
2.1.2.3	กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127	24
2.1.2.4	ประมวลกฎหมายอาญา	29
2.1.3	องค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ในระบบกฎหมายไทย	31
2.1.3.1	ลักษณะของการข่มขืน	31
2.1.3.2	นิยามของการกระทำชำเรา	34
2.2	ข้อความคิดเกี่ยวกับการพิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อันมีลักษณะเป็นการโหมรม	40
2.2.1	ทฤษฎีทางจิตวิทยา	40
2.2.1.1	ปัจจัยที่ก่อให้เกิดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ที่กระทำโดยบุคคลหลายคน	41
2.2.1.2	รูปแบบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ที่กระทำโดยบุคคลหลายคน	46
2.2.2	หลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ (Proportionality of Punishment)	47
2.2.2.1	ความได้สัดส่วนเชิงลำดับ (Ordinal Proportionality)	49
2.2.2.2	ความได้สัดส่วนเชิงขนาด (Cardinal Proportionality)	51
2.2.3	ข้อความคิดว่าด้วยข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด	52
2.2.3.1	ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ที่ผู้กระทำต้องรู้	53
2.2.3.2	ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ที่ผู้กระทำไม่จำต้องรู้	55
2.2.4	แนวคิดว่าด้วยการแบ่งแยกผู้กระทำความผิดหลายคน	60
2.2.4.1	ระบบการแบ่งแยกผู้กระทำความผิดหลายคน	60
2.2.4.2	ทฤษฎีที่ใช้ในการแบ่งแยกผู้กระทำความผิดกับ ผู้ร่วมกระทำความผิด	62
2.2.4.3	หลักเกณฑ์การแบ่งแยกผู้กระทำความผิดหลายคน ในระบบกฎหมายไทย	64

2.2.5	วิวัฒนาการความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา	69
	อันมีลักษณะเป็นการโทรมในระบบกฎหมายไทย	
2.2.5.1	กฎหมายตราสามดวง	69
2.2.5.2	ประมวลกฎหมายอาญา	70
2.2.6	องค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา	74
	อันมีลักษณะเป็นการโทรมในระบบกฎหมายไทย	
2.2.6.1	การร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะเป็นตัวการ	75
2.2.6.2	การผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา	76
2.2.6.3	กรณีที่มีบุคคลที่สามขึ้นไปร่วมกระทำความผิด	78
บทที่ 3	ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคน	82
	ตามระบบกฎหมายต่างประเทศ	
3.1	การพิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา	83
3.1.1	ระบบกฎหมายอังกฤษ	84
3.1.2	ระบบกฎหมายอเมริกัน	87
3.1.3	ระบบกฎหมายฝรั่งเศส	90
3.1.4	ระบบกฎหมายเยอรมัน	91
3.2	การพิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคน	95
3.2.1	ระบบกฎหมายอังกฤษ	95
3.2.2	ระบบกฎหมายอเมริกัน	101
3.2.3	ระบบกฎหมายฝรั่งเศส	103
3.2.4	ระบบกฎหมายเยอรมัน	109
บทที่ 4	วิเคราะห์การกำหนดความรับผิดรายบุคคลในความผิด	113
	ฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม	
4.1	ปัญหาจากการแก้ไขเพิ่มเติมนิยามของการกระทำชำเรา	113
4.1.1	ประเภทของผู้กระทำ	114
4.1.2	ลักษณะของการกระทำ	117

4.2 ปัญหารูปแบบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา	120
อันมีลักษณะเป็นการโทรม	
4.2.1 การผลัดเปลี่ยนกันล้วงล้า	121
4.2.2 การล้วงล้าพร้อมกัน	125
4.3 ปัญหาเจตนาที่แท้จริงของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา	126
อันมีลักษณะเป็นการโทรม	
4.3.1 การคุ้มครองผู้เสียหายจากการถูกล้วงล้าโดยผู้กระทำหลายคน	127
4.3.2 การเป็นเงื่อนใจแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย	128
4.4 ปัญหาความรับผิดรายบุคคลในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา	130
อันมีลักษณะเป็นการโทรม	
4.5 เปรียบเทียบแนวการวินิจฉัยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา	133
อันมีลักษณะเป็นการโทรมตามระบบกฎหมายต่างประเทศกับ	
ระบบกฎหมายไทย	
4.5.1 ระบบกฎหมายอังกฤษ	133
4.5.2 ระบบกฎหมายอเมริกัน	137
4.5.3 ระบบกฎหมายฝรั่งเศส	139
4.5.4 ระบบกฎหมายเยอรมัน	140
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	143
5.1 บทสรุป	143
5.2 ข้อเสนอแนะ	148
บรรณานุกรม	150
ภาคผนวก	
ภาคผนวก ก รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวล	157
กฎหมายอาญา ครั้งที่ 278/59/2485	
วันอังคารที่ 17 กุมภาพันธ์ 2485	
(เฉพาะร่างมาตรา 248 ที่เสนอให้ที่ประชุมพิจารณา)	

(10)

ภาคผนวก ข รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวล
กฎหมายอาญา ครั้งที่ 279/63/2485
วันพฤหัสบดีที่ 19 กุมภาพันธ์ 2485
(เฉพาะส่วนที่พิจารณาร่างมาตรา 248 และการกระทำชำเรา
ผิดธรรมดาตามนุษย์)

159

ประวัติผู้เขียน

165



สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
2.1	40
2.2	72
อันมีลักษณะเป็นการโทรมในชั้นของอนุกรรมการตรวจพิจารณา แก้ไขประมวลกฎหมายอาญา	
4.1	121
4.2	122
4.3	126
4.4	131
ของผู้กระทำคนที่สามที่มีได้ลงมือข่มขืนกระทำชำเรา	
4.5	141
ลักษณะเป็นการโทรมตามระบบต่างประเทศกับระบบกฎหมายไทย	

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญ

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีภารกิจสำคัญในการรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคมและป้องปรามมิให้เกิดการกระทำอันไม่พึงประสงค์ต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจ หรือทรัพย์สินของปัจเจกบุคคลที่อาศัยในสังคมนั้น ๆ โดยเครื่องมือที่กฎหมายอาญานำมาใช้ในการป้องปรามการกระทำดังกล่าว คือ การลงโทษ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการลงโทษถือเป็นการใช้ความรุนแรงรูปแบบหนึ่ง ที่สร้างความเจ็บปวดแก่ผู้กระทำความผิดและบุคคลรอบข้าง ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีหลักประกันเพื่อคุ้มครองมิให้ผู้กระทำความผิดถูกลงโทษเกินสมควรหรือเป็นไปตามอำเภอใจของผู้ใช้อำนาจรัฐ ได้แก่ หลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ ซึ่งมีใจความสำคัญสอดคล้องกับแนวคิดของ Cesare Beccaria นักอาชญาวิทยาชาวอิตาลีเห็นว่า หากการกระทำนั้นสร้างความเสียหายต่อสังคมมาก ผู้กระทำความผิดสมควรถูกลงโทษสถานหนัก แต่หากความผิดนั้นสร้างความเสียหายต่อสังคมน้อย ผู้กระทำความผิดสมควรถูกลงโทษสถานเบา¹

ทั้งนี้ แม้ความผิดธรรมดาที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาจะเป็นการกระทำที่ผู้คนส่วนใหญ่เห็นว่ากระทบกระเทือนต่อสังคมและสมควรถูกลงโทษแล้ว แต่ผู้กระทำความผิดก็อาจได้รับโทษหนักขึ้นกว่าความผิดธรรมดาต่อเมื่อปรากฏพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงที่สะท้อนให้เห็นถึงเจตนาชั่วร้ายของกระทำเป็นพิเศษหรือลักษณะของการกระทำที่อุกอาจโดยมิได้คำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวมที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง² ซึ่งในทางตำราเรียกพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงนี้ว่า เหตุฉกรรจ์ โดยรูปแบบหนึ่งของเหตุฉกรรจ์ที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะของการกระทำที่อุกอาจหรือร้ายแรงกว่าปกติ คือ การร่วมกระทำความผิดด้วยกันโดยบุคคลหลายคน

ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย เหตุฉกรรจ์รูปแบบข้างต้นได้รับการบัญญัติไว้ในความผิดบางฐาน ได้แก่ ความผิดต่อเจ้าพนักงานตามมาตรา 140 ความผิดฐานเจ้าพนักงานละทิ้งงานตามมาตรา 166 ความผิดฐานหลบหนีระหว่างถูกคุมขังตามมาตรา 190 ความผิดต่อเสรีภาพตามมาตรา 309 ความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 335 และความผิดฐานบุกรุกตามมาตรา 365 โดยได้

¹ ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (วิญญูชน 2559) 173.

² วิจิตร ลulitanนท์, *กฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 4, โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2507) 37.

บัญญัติถ้อยคำไปในทางเดียวกันว่า “โดยรวมกระทำความผิดด้วยกันตั้งแต่ . . .คนขึ้นไป” ซึ่งหมายถึงผู้กระทำแต่ละคนต้องร่วมกันกระทำในลักษณะเป็นตัวการตามมาตรา 83 มิใช่ต่างคนต่างกระทำ¹ แต่ในกรณีที่เป็นกรณีสืบขึ้นกระทำซ้ำเราที่ได้กระทำโดยบุคคลหลายคนกลับมีการเพิ่มเติมถ้อยคำที่ว่า “อันมีลักษณะเป็นการโทรม” ต่อท้ายคำว่า “โดยรวมกระทำความผิดด้วยกัน” ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาก็ได้มีการกำหนดนิยามของถ้อยคำดังกล่าวไว้แต่อย่างใด จึงเป็นดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏเป็นรายกรณี โดยคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับแรกที่กำหนดนิยามของถ้อยคำดังกล่าว คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1685/2503 ซึ่งได้วินิจฉัยว่า

“จำเลยช่วยกันจับผู้เสียหายไว้ ให้ออกาสอีกคนหนึ่งผลัดกันกระทำซ้ำเราผู้เสียหาย ต่อหน้าต่อตาตนเอง เป็นการร่วมกันกระทำซ้ำเราหญิงอย่างนี้ ย่อมเรียกว่า เข้าลักษณะเป็นการโทรมหญิงได้แล้ว. . .”²

ทั้งนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินภายหลังปี พ.ศ. 2503 ได้ดำเนินตามนิยามข้างต้นมาโดยตลอด จนนำมาสู่ข้อสรุปในเบื้องต้นว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาต้องประกอบด้วยกรกระทำ 2 ส่วน ได้แก่ การร่วมกันข่มขืนกระทำซ้ำเราในลักษณะเป็นตัวการและการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำซ้ำเรา

ในเบื้องต้น ความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมนั้นมีพื้นฐานจากความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเรา ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนนิยามของการกระทำซ้ำเราหลายครั้ง ทั้งลักษณะการกระทำ สิ่งที่ใช้กระทำ และอวัยวะที่ถูกกระทำ โดยแต่เดิม ประมวลกฎหมายอาญามีได้กำหนดนิยามของการกระทำซ้ำเราไว้อย่างชัดเจน ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยเพียงว่า ต้องเป็นกรณีที่ของลับของชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสของหญิง แม้จะเข้าไปเพียงเล็กน้อยและเอือพรหมจารีไม่ขาดก็ตาม³ ซึ่งเท่ากับจำกัดเพียงการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ ต่อมาได้มีการกำหนดนิยามของการกระทำซ้ำเราเป็นครั้งแรกโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ซึ่งในส่วน of ลักษณะการกระทำ มีการใช้คำว่า “กระทำกับ” และในส่วน of สิ่งที่ใช้กระทำและอวัยวะที่ถูกกระทำ มีการขยายให้ครอบคลุมถึงการใช้อวัยวะเพศกระทำกับทวารหนักและช่องปากของผู้อื่น รวมทั้งการใช้อวัยวะเพศและทวารหนักของผู้อื่นด้วย แต่เมื่อนิยามดังกล่าวมีผลใช้บังคับกลับประสบปัญหาความไม่สอดคล้องกับลักษณะของการกระทำซ้ำเราตามธรรมชาติที่ปรากฏ

¹ หยุต แสงอุทัย, *กฎหมายอาญาภาค 2-3* (ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 11, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2553) 55, 82, 104, 245, 297 และ 386.

² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1685/2503 (เนติบัณฑิตยสภา) 1833.

³ จิตติ ดิงศรัทย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1* (พิมพ์ครั้งที่ 8, จีระวิชาการพิมพ์ 2548) 735.

ในแนวคำพิพากษาเดิมของศาลฎีกา จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมนิยามดังกล่าวอีกครั้งโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ซึ่งได้จำกัดเฉพาะการใช้อวัยวะเพศล่องล้าเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น โดยไม่รวมถึงการใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นล่องล้าเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนัก ซึ่งได้รับการบัญญัติให้เป็นการกระทำอนาจารที่มีระวางโทษเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเราแทน

จากการแก้ไขเพิ่มเติมนิยามของการกระทำชำเราครั้งล่าสุดซึ่งกำหนดให้มีอวัยวะที่ถูกกระทำได้ จำนวน 3 ช่องทาง จึงนำมาสู่ปัญหาที่ว่า หากผู้กระทำหลายคนมิได้ผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งเป็นนิยามเดิมที่ศาลฎีกายึดถือมาโดยตลอด แต่กลับใช้อวัยวะเพศของแต่ละคนล่องล้าเข้าไปในอวัยวะที่ถูกกระทำได้หลายช่องทางพร้อมกัน ผู้กระทำข้างต้นจะต้องรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมหรือไม่ และหากการล่องล้าหลายช่องทางพร้อมกันถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมด้วยแล้ว จึงนำมาสู่ปัญหาถัดไปที่ว่า รูปแบบของความผิดฐานดังกล่าวที่เป็นไปได้ในปัจจุบันมีทั้งสิ้นกี่รูปแบบ

ทั้งนี้ เมื่อคำว่า “อันมีลักษณะเป็นการโทรม” ที่บัญญัติไว้ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นถ้อยคำที่มีการเพิ่มเติมและแตกต่างจากความผิดฐานอื่นในกรณีที่เป็นกรกระทำโดยบุคคลหลายคน จึงนำมาสู่ปัญหาที่ว่า ในชั้นของการยกวาง ความผิดฐานดังกล่าวมีเจตนาที่แท้จริงเป็นเช่นไร และถ้อยคำข้างต้นเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดหรือเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย ซึ่งย่อมเป็นผลให้การพิสูจน์ความรับผิดชอบของผู้กระทำแตกต่างกัน กล่าวคือ หากเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิด ผู้กระทำต้องรู้ถึงข้อเท็จจริงนั้นเสียก่อน จึงจะถือว่ามีเจตนา และต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคแรก วรรคสอง และวรรคสาม แต่หากเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยแล้ว ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ข้อเท็จจริงนั้นแต่อย่างใด เพียงแต่ในความเป็นจริงมีข้อเท็จจริงนั้นปรากฏขึ้น ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบแล้ว⁴

นอกจากนี้ เมื่อความผิดฐานดังกล่าวเป็นการกระทำร่วมกันโดยบุคคลหลายคน ในกรณีที่เป็นกรกระทำโดยบุคคลสองคนนั้น ศาลฎีกาวางแนวการวินิจฉัยไว้ว่า หากผู้กระทำคนแรกข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดสำเร็จ แม้ผู้กระทำคนที่สองเพียงแต่พยายามข่มขืนกระทำชำเรา ผู้กระทำทั้งสองก็ต้องรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมซึ่งเป็นความผิดสำเร็จแล้ว⁵ จึงนำมาสู่ปัญหาที่ว่า โดยแท้จริงแล้ว ความผิดฐานดังกล่าวสามารถมีการพยายามกระทำผิดได้หรือไม่ และในกรณีที่เป็นกรกระทำโดยบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไปนั้น หากบุคคลที่สามมิได้ลงมือข่มขืนกระทำชำเรา ศาลฎีกาจะมีการนำรูปแบบของการเป็นตัวการและการเป็นผู้สนับสนุนมาปรับใช้

⁴ คณิต ญ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 6, วิญญูชน 2560) 151.

⁵ ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3051/2525 และ 3007/2532.

กับบุคคลที่สามดังกล่าว จึงนำมาสู่ปัญหาที่ว่า หลักเกณฑ์ประการใดบ้างที่ศาลนำมาใช้ในการกำหนดความรับผิดของบุคคลที่สามในฐานะเป็นตัวการหรือเป็นผู้สนับสนุนในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อันมีลักษณะเป็นการโทรม

จากปัญหาที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นควรศึกษาถึงเจตนารมณ์และองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมในระบบกฎหมายไทย รวมทั้งหลักเกณฑ์ที่ศาลฎีกานำมาใช้ในการกำหนดความรับผิดรายบุคคลของผู้ที่มีส่วนร่วมในความผิดฐานดังกล่าวอย่างละเอียด พร้อมกับศึกษาองค์ประกอบความผิดและหลักเกณฑ์ที่ศาลนำมาใช้ในการกำหนดความรับผิดรายบุคคลในความผิดฐานดังกล่าวในระบบกฎหมายต่างประเทศ เพื่อนำมาเปรียบเทียบและวิเคราะห์ซึ่งแนวทางในการกำหนดความรับผิดรายบุคคลที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายไทยต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาเจตนารมณ์ที่แท้จริงของบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม ทั้งตามระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศ

1.2.2 เพื่อศึกษาองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมตามระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศ

1.2.3 เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดรายบุคคลของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมตามแนวคำพิพากษาของศาลไทยและศาลต่างประเทศ

1.2.4 เพื่อวิเคราะห์หลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดรายบุคคลของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายไทย

1.3 สมมติฐานการศึกษา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมเป็นความผิดที่มีการบัญญัติถ้อยคำแตกต่างจากกรณีที่เป็นกรกระทำโดยบุคคลหลายคนในความผิดฐานอื่น ดังนั้น การศึกษาถึงองค์ประกอบความผิดฐานดังกล่าวและหลักเกณฑ์ที่ศาลฎีกานำมาใช้ในการกำหนดความรับผิดรายบุคคลของผู้ที่มีส่วนร่วมในความผิดฐานดังกล่าวโดยละเอียด พร้อมกับเปรียบเทียบองค์ประกอบความผิดและหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดรายบุคคลที่ปรากฏในระบบกฎหมายต่างประเทศ จะช่วยให้ทราบถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของความผิดฐานดังกล่าว และได้มาซึ่งแนวทางการกำหนดความรับผิดรายบุคคลในความผิดฐานดังกล่าวที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายไทย

1.4 วิธีการศึกษา

ศึกษาวิจัยจากตำราและเอกสารทางกฎหมาย ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ รวมทั้งคำพิพากษาศาลฎีกาของประเทศไทยและศาลสูงของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม โดยยกขึ้นเปรียบเทียบ วิเคราะห์ และหาข้อสรุปเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดรายบุคคลของผู้กระทำความผิดฐานดังกล่าวที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายไทย

1.5 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมและหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดรายบุคคลของผู้กระทำความผิดฐานดังกล่าวที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลสูงของต่างประเทศ ทั้งระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ อันได้แก่ ระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายอเมริกัน และระบบซีวิลลอว์ อันได้แก่ ระบบกฎหมายฝรั่งเศสกับระบบกฎหมายเยอรมัน โดยเปรียบเทียบกับองค์ประกอบความผิดฐานดังกล่าวและหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดรายบุคคลของผู้กระทำความผิดฐานดังกล่าวที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาของไทย เพื่อนำไปสู่ข้อสรุปเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดรายบุคคลของผู้กระทำความผิดฐานดังกล่าวที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายไทยต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทราบถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม ทั้งตามระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศ

1.6.2 ทราบถึงองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมตามระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศ

1.6.3 ทราบถึงหลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดรายบุคคลของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมตามแนวคำพิพากษาศาลไทยและศาลต่างประเทศ

1.6.4 วิเคราะห์หลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดรายบุคคลของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายไทย

บทที่ 2

ข้อความคิดที่สำคัญและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม

ในการกำหนดให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดต้องรับผิดทางอาญา หลักเกณฑ์ประการแรก ที่นำมาใช้พิจารณา คือ บุคคลนั้นต้องได้กระทำครบองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ และโดยที่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมเป็นความผิดที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นและมีพื้นฐานมาจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้น ในบทนี้ ผู้เขียนจะแบ่งการศึกษาเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนแรกจะกล่าวถึงข้อความคิดเกี่ยวกับการพิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งเป็นความผิดพื้นฐาน โดยเริ่มต้นจากแนวคิดสำคัญที่เกี่ยวข้อง คือ การตีความกฎหมายอาญา แล้วจึงจะอธิบายถึงวิวัฒนาการและองค์ประกอบความผิดฐานดังกล่าวในระบบกฎหมายไทย ซึ่งเน้นที่การกระทำอันเป็นองค์ประกอบภายนอก และส่วนที่สองจะกล่าวถึงข้อความคิดเกี่ยวกับการพิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์การศึกษาในครั้งนี้ โดยเริ่มต้นจากแนวคิดสำคัญที่เกี่ยวข้อง อันได้แก่ ทฤษฎีทางจิตวิทยา หลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ ข้อความคิดว่าด้วยข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด และการแบ่งแยกผู้กระทำความผิดหลายคน แล้วจึงจะอธิบายถึงวิวัฒนาการและองค์ประกอบความผิดฐานดังกล่าวในระบบกฎหมายไทย

2.1 ข้อความคิดเกี่ยวกับการพิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดพื้นฐานที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทยมาเป็นเวลานาน โดยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองผู้ถูกกระทำที่เป็นเพศหญิงเป็นการเฉพาะ เนื่องจากเป็นเพศที่อ่อนแอกว่าและเสี่ยงที่จะได้รับผลกระทบอย่างร้ายแรงจากการข่มขืนกระทำชำเราทั้งในทางร่างกาย ทางจิตใจ ความเป็นอยู่และโอกาสทางสังคม เกียรติยศชื่อเสียง และโดยเฉพาะความเสี่ยงจากการตั้งครรภ์ที่เป็นผลให้หญิงต้องรับภาระนั้นไปตลอดชีวิต¹ อย่างไรก็ตาม กฎหมายไทยที่มีผลบังคับใช้ในแต่ละยุคสมัยได้กำหนดองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแตกต่างกันตามแนวคิดทางสังคมที่มีอิทธิพลในขณะนั้น ซึ่งมีทั้งที่จำกัด ที่สอดคล้อง และที่ขยายขอบเขตของเจตนารมณ์ข้างต้น

¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ‘ขอชำเราครั้งใหม่ !!! สะใจผู้แก้ไข แต่เพิ่มทุกข์ภัยแก่เพศหญิง’ (2553) 3 นิติศาสตร์ 695, 696.

ทั้งนี้ ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะเริ่มต้นกล่าวถึงแนวคิดสำคัญที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ การตีความกฎหมายอาญา จากนั้นจะกล่าวถึงวิวัฒนาการและองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในระบบกฎหมายไทย ปัจจุบัน ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

2.1.1 การตีความกฎหมายอาญา

เมื่อเกิดข้อสงสัยในบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ผู้บังคับใช้กฎหมายย่อมมีหน้าที่ต้องตีความบทบัญญัตินั้นให้บรรลุภารกิจที่กฎหมายมุ่งประสงค์ โดยในเบื้องต้น การตีความบทบัญญัติประกอบด้วย 2 แนวทางใหญ่ ๆ ได้แก่ การตีความตามตัวอักษร ซึ่งเป็นการค้นหาความหมายที่แท้จริงจากตัวอักษรที่ปรากฏโดยตรง และการตีความตามเจตนารมณ์ ซึ่งเป็นการค้นหาความหมายที่แท้จริงด้วยการพิเคราะห์ถึงความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ² อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายมหาชนที่กำหนดลักษณะของการกระทำหรือการไม่กระทำที่เป็นความผิด และกำหนดโทษที่นำมาใช้บังคับแก่ผู้กระทำความผิดไว้อย่างชัดเจน³ ซึ่งการบังคับใช้โทษข้างต้นย่อมกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทั้งทางชีวิต ร่างกาย จิตใจ อนามัย และทรัพย์สิน ด้วยเหตุนี้ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิดเกินสมควร การตีความกฎหมายอาญาจึงต้องมีหลักเกณฑ์เฉพาะที่แตกต่างจากการตีความกฎหมายสาขาอื่น ซึ่งในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะเริ่มต้นกล่าวถึงแนวทางการตีความกฎหมายโดยทั่วไปที่ใช้กับการตีความกฎหมายทุกสาขา จากนั้นจะกล่าวถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นแนวคิดที่มีอิทธิพลสำคัญต่อการตีความกฎหมายอาญา และหลักเกณฑ์เฉพาะของการตีความกฎหมายอาญาที่มีข้อพิงระวังหลายประการ โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.1.1.1 แนวทางการตีความกฎหมายโดยทั่วไป

แม้ในเบื้องต้น การตีความกฎหมายจะจำแนกเป็น 2 แนวทางใหญ่ ๆ ได้แก่ การตีความตามตัวอักษรและการตีความตามเจตนารมณ์ แต่เมื่อพิจารณาแนวทางการตีความกฎหมายที่ปรากฏในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์อย่างละเอียด สามารถจำแนกย่อยได้เป็น 4 แนวทางดังนี้

² หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายอาญา ภาค 1* (ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 21, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2554) 46.

³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10, พลสยาม พรินติ้ง (ประเทศไทย) 2551) 1.

1) การตีความตามตัวอักษรหรือไวยากรณ์ (Literal or Grammatical Interpretation)

เป็นการตีความบทบัญญัติจากถ้อยคำที่ปรากฏในบทบัญญัติโดยตรง ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวสามารถแบ่งออกเป็น 4 ลักษณะ ได้แก่

1.1) ศัพท์ธรรมดา (Ordinary words) เป็นถ้อยคำที่ผู้คนโดยทั่วไปเข้าใจความหมายตรงกัน ซึ่งหากไม่เข้าใจสามารถค้นหาความหมายถ้อยคำนั้นได้จากพจนานุกรม⁴

1.2) ศัพท์เฉพาะ (Technical terms) เป็นถ้อยคำที่มีความหมายเป็นที่เข้าใจกันเฉพาะกลุ่มหรือสาขานั้น ๆ เช่น ศัพท์ทางการเงินการธนาคาร การแพทย์ วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี กฎหมาย โดยเป็นถ้อยคำที่ผู้คนโดยทั่วไปอาจเข้าใจไม่ตรงกับความหมายที่แท้จริง เช่น คำว่า “ไวรัส” ในทางการแพทย์และทางเทคโนโลยี อาจแตกต่างจากที่ผู้คนโดยทั่วไปเข้าใจ หรือคำว่า “ปล้น” ในทางกฎหมาย ซึ่งหมายถึง การชิงทรัพย์ที่มีผู้ร่วมกระทำตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป ดังนั้น ถ้าเป็นการชิงทรัพย์ที่กระทำโดยบุคคลคนเดียวจึงไม่อาจเรียกว่า “ปล้น” ดังที่ผู้คนโดยทั่วไปเข้าใจ⁵

1.3) นิยามศัพท์ (Definition) เป็นถ้อยคำที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดความหมายไว้โดยเฉพาะในบทบัญญัติ เพื่อให้เกิดความเข้าใจไปในทางเดียวกัน โดยอาจเป็นการกำหนดเพื่อให้ถ้อยคำมีความกระชับ มิได้มุ่งหมายให้มีความหมายพิเศษ เช่น นิยามของคำว่า “รัฐมนตรี” ในพระราชบัญญัติบางฉบับ ซึ่งกำหนดให้หมายถึงเฉพาะรัฐมนตรีบางกระทรวง หรืออาจเป็นการกำหนดขึ้นเพื่อให้ถ้อยคำนั้นมีความหมายต่างจากถ้อยคำทั่วไป เช่น คำว่า “ป่า” ตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 ซึ่งหมายถึง ที่ดินที่ยังไม่มีบุคคลใดได้มาตามกฎหมาย⁶ ทั้งนี้ ศาลจะต้องใช้และตีความถ้อยคำตามที่นิยามศัพท์กำหนดไว้อย่างเคร่งครัด⁷

1.4) ศัพท์กำกวม (Ambiguous words) เป็นถ้อยคำที่มีความหมายไม่ชัดเจนแน่นอนหรือไม่อาจกำหนดความหมายได้อย่างตายตัว ซึ่งเรียกอีกนัยหนึ่งว่า ถ้อยคำที่ไม่เจาะจง (Indefinite legal concept) ทั้งนี้ การกำหนดถ้อยคำข้างต้นไว้ในบทบัญญัติถือเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้บังคับใช้กฎหมายได้ปรับใช้ถ้อยคำตามบทบัญญัติให้สอดคล้องกับการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นรายกรณี เพื่อนำไปสู่ความหมายที่ถูกต้องและเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่คู่กรณี โดยตัวอย่าง

⁴ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *สังคัมกับกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 6, วิญญูชน 2563) 156-157.

⁵ เฟื่องอ้าง 158-159.

⁶ เฟื่องอ้าง 160.

⁷ ธานินทร์ ภัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ, *การตีความกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 5, โรงพิมพ์ชวนพิมพ์ 2539) 184.

ของถ้อยคำข้างต้นในประมวลกฎหมายอาญา เช่น คำว่า “น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตราย” ตามมาตรา 226 คำว่า “เดือนร้อนรำคาญ” ตามมาตรา 397 คำว่า “รับไว้โดยประการใด” ตามมาตรา 357⁸

2) การตีความตามความสัมพันธ์เชิงระบบ (Systematic Interpretation)

เป็นการตีความบทบัญญัติโดยพิจารณาจากตำแหน่งหรือหมวดหมู่ที่องค์ประกอบความผิดนั้นปรากฏอยู่ในกฎหมาย เช่น กรณีที่นำประต้อมาจุดบนเตียงนอนในห้องพักจนเป็นเหตุเกิดเสียงดัง หากพิจารณาโดยผิวเผินจากถ้อยคำที่ปรากฏในมาตรา 360 I (11) แห่งประมวลกฎหมายเยอรมัน ค.ศ. 1871 แล้ว ย่อมเป็นความผิดฐานก่อความรำคาญ แต่เมื่อพิจารณาดำเน่งของมาตราดังกล่าวซึ่งเป็นความผิดต่อความสงบสุขของประชาชน การก่อความรำคาญนั้นจึงต้องเกี่ยวข้องกับประชาชนด้วย⁹ หรือกรณีของคำว่า “โดยทุจริต” หากปรากฏอยู่ในความผิดต่อกรรมสิทธิ์ ย่อมหมายถึง การแสวงหาประโยชน์จากตัวทรัพย์สินโดยตรงในเชิงบวก มิใช่ทำลายตัวทรัพย์สิน แต่หากปรากฏอยู่ในความผิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายอื่น เช่น ความผิดฐานฉ้อโกง การแสวงหาประโยชน์ อาจไม่เกี่ยวกับตัวทรัพย์สินโดยตรง¹⁰

นอกจากนี้ การตีความข้างต้นสามารถนำมาใช้ในกรณีที่บางประเด็นมิได้กำหนดไว้กฎหมายอาญา แต่กำหนดไว้ในกฎหมายอื่น เช่น นิยามของคำว่า “ทรัพย์สิน” ซึ่งมีได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แต่มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นจึงต้องนำนิยามดังกล่าวที่ปรากฏในกฎหมายแพ่งมาปรับใช้ในกฎหมายอาญาด้วย ซึ่งเป็นไปตามหลักความเป็นหนึ่งเดียวของระบบกฎหมาย (Einheit der Rechtsordnung)¹¹

3) การตีความตามประวัติศาสตร์ (Historical Interpretation)

เป็นการตีความบทบัญญัติโดยพิจารณาจากประวัติความเป็นมาของบทบัญญัตินั้น¹² หรืออีกนัยหนึ่งคือ เจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติในอดีต¹³ ซึ่งสืบค้นได้จากหลักฐานในกระบวนการก่อนหน้าที่กฎหมายประกาศใช้ (Travaux préparatoires) เช่น คำแถลงของรัฐมนตรีต่อสภา ซึ่งจะกล่าวถึงนโยบายและเหตุผลในการเสนอร่างกฎหมาย รวมถึงบันทึกการประชุมของ

⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ (เชิงอรรถ 4) 161-162.

⁹ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, ‘การตีความตามกฎหมายอาญาเยอรมัน’ (2538) 2 นิติศาสตร์ 292, 295.

¹⁰ คณิต ฌ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 6, วิญญูชน 2560) 77.

¹¹ เพิ่งอ้าง 71.

¹² เพิ่งอ้าง 73.

¹³ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 9) 295.

คณะกรรมการและการอภิปรายในสภาเกี่ยวกับการพิจารณาร่างกฎหมายนั้น¹⁴ ทั้งนี้ การตีความข้างต้นยังเป็นแนวทางหนึ่งที่น่าไปสู่การตีความตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของบทบัญญัติดังกล่าวได้ต่อไป

อย่างไรก็ตาม การตีความข้างต้นอาจก่อให้เกิดปัญหากรณีที่มีการอุบัติของการกระทำความผิดรูปแบบใหม่ที่อยู่นอกเหนือบทบัญญัติ จะถือได้หรือไม่ว่า ความผิดรูปแบบนั้น เป็นสิ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติในอดีตได้คำนึงไว้แล้วในขณะที่บัญญัติกฎหมาย¹⁵

4) การตีความตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของบทบัญญัติ (Purposive or Teleological Interpretation)

เป็นการตีความบทบัญญัติโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์เบื้องหลังของบทบัญญัติ มิใช่เพียงเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติในขณะที่บัญญัติกฎหมาย¹⁶ โดยเครื่องมือสำคัญที่ช่วยในการตีความตามแนวทางข้างต้น คือ คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) ซึ่งหมายถึงประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง โดยแบ่งเป็น 2 ประเภท ได้แก่ คุณธรรมทางกฎหมายส่วนบุคคล (Individualrechtsgut) เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และคุณธรรมทางกฎหมายส่วนรวม (Universalrechtsgut) เช่น ความน่าเชื่อถือในการใช้ชำระหนี้ของเงินตรา ความเป็นเอกภาพหรือการดำรงอยู่ของดินแดน¹⁷ ดังนั้น กรณีที่เป็นการผ่าตัดโดยแพทย์ แม้จะได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วย แต่เป็นการกระทำเพื่อให้ผู้ป่วยมีสภาพร่างกายที่ดีขึ้น ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานทำร้ายร่างกาย คือ ความปลอดภัยของร่างกาย ดังนั้น การผ่าตัดดังกล่าวจึงไม่อยู่ในความหมายของการทำร้าย¹⁸

2.1.1.2 หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principle of Legality)¹⁹

เป็นหลักการที่ปรากฏในภาษิตละตินว่า nullum crimen, nulla poena sine lege (No crime nor punishment without law) โดยเป็นหลักการสำคัญที่นานาอารยประเทศ

¹⁴ อรุณ ภาณุพงศ์, ‘การตีความกฎหมาย’ (2539) 3 นิติศาสตร์ 546, 560.

¹⁵ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 9) 295.

¹⁶ อรุณ ภาณุพงศ์ (เชิงอรรถ 14) 562.

¹⁷ คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 10) 151.

¹⁸ เพิ่งอ้าง 74.

¹⁹ แม้ในทางวิชาการ จะมีการเรียกชื่อหลักการดังกล่าวแตกต่างกัน แต่สาระสำคัญกลับมีได้แตกต่างกัน เช่น ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ใช้คำว่า “สาระสำคัญทางกฎหมาย” ศาสตราจารย์

นำไปบัญญัติรับรองไว้ทั้งในระดับรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ²⁰ ซึ่งในส่วนของระบบกฎหมายไทย หลักการข้างต้นปรากฏอยู่ในมาตรา 29 วรรคแรก ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 และมาตรา 2 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยมีสาระสำคัญที่ว่า บุคคลต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการซึ่งกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ในขณะนั้นบัญญัติให้เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ รวมทั้งโทษที่จะลงต้องได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมาย ทั้งนี้ หลักความชอบด้วยกฎหมาย ประกอบด้วยหลักการย่อยจำนวน 4 ประการ ดังนี้

1) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร (lex scripta)

ดังจะเห็นจากการใช้ถ้อยคำในมาตรา 2 วรรคแรกที่ว่า “. . .กระทำการอันกฎหมาย . . .บัญญัติเป็นความผิด. . .” โดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรตามหลักการย่อยข้างต้นจำกัดเฉพาะที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย เช่น ประมวลกฎหมาย พระราชบัญญัติ และให้หมายความรวมถึงกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายดังกล่าว แต่ไม่รวมถึงพระราชกำหนดและพระราชกฤษฎีกาซึ่งเป็นการใช้อำนาจบริหารของรัฐบาล²¹ ซึ่งเป็นไปตามหลักแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) ที่กำหนดให้รัฐสภาเท่านั้นเป็นผู้มีอำนาจตรากฎหมาย อันจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน²²

นอกจากนี้ หลักการย่อยข้างต้นยังมีเหตุผลเบื้องหลังอีก 2 ประการ ได้แก่

1.1) เพื่อให้เป็นไปตามหลักกฎหมายที่ว่า “บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นจากความรับผิดทางอาญามีได้” ดังนั้น หากยังบังคับใช้กฎหมายอาญาที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร จึงย่อมไม่เป็นธรรมที่จะห้ามมิให้บุคคลยกความไม่รู้กฎหมายขึ้นเป็นข้อแก้ตัว

พิเศษ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ใช้คำว่า “เอกลักษณ์กฎหมายอาญา” และศาสตราจารย์พิเศษ ดร.คณิต ณ นคร ใช้คำว่า “หลักประกันในกฎหมายอาญา”.

²⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรรด 3) 16.

²¹ จิตติ ติงศภัทย์, *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10, จีระวิชาการพิมพ์ 2546) 33-37.

²² สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ‘หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา’ ใน พิเศษ สุนทรพันธุ์ (บรรณาธิการ) *รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทย์* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2536) 13.

1.2) เพื่อให้เกิดความเสมอภาคระหว่างบุคคลในการตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับเดียวกัน ไม่ว่าบุคคลนั้นจะอยู่ ณ พื้นที่ใดของประเทศ²³

2) กฎหมายอาญาต้องไม่มีผลย้อนหลัง (lex praevia)

ดังจะเห็นจากการใช้ถ้อยคำในมาตรา 2 วรรคแรกที่ว่า “. . .กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้น. . .” ซึ่งคำว่า “ในขณะกระทำ” มีความหมายเป็น 2 นัย ได้แก่

2.1) หากในขณะกระทำนั้น ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิด ต่อมาภายหลังจะบัญญัติกฎหมายย้อนหลังให้ถือว่ากระทำนั้นเป็นความผิด ย่อมไม่อาจกระทำได้ เว้นแต่เป็นเพียงมาตรการทางกฎหมายมิใช่โทษทางอาญา เช่น การถอนสัญชาติ การสั่งให้ทรัพย์สินที่ได้มาโดยมิชอบตกเป็นของแผ่นดิน การเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง การเปลี่ยนจากโทษจำคุกเป็นการฝึกและอบรมที่สถานพินิจ ย่อมสามารถบัญญัติให้มีผลย้อนหลังได้²⁴

2.2) หากในขณะกระทำนั้น มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ภายหลังจะบัญญัติกฎหมายย้อนหลังเพิ่มเติมโทษให้หนักขึ้น ย่อมไม่อาจกระทำได้ เช่น เดิมมีอัตราโทษจำคุกขั้นต่ำ 1 ปี ขั้นสูง 10 ปี ภายหลังได้เพิ่มเป็นโทษจำคุกขั้นต่ำ 4 ปี ขั้นสูง 20 ปี²⁵

อย่างไรก็ตาม การห้ามมีผลย้อนหลังจำกัดเฉพาะการย้อนหลังในทางที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิด ดังนั้น หากเป็นกรณีที่มีกฎหมายใหม่แก้ไขเป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด ย่อมนำมาใช้ย้อนหลังได้ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 วรรคสอง และมาตรา 3 แห่งประมวลกฎหมายอาญา²⁶

3) กฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอน (lex certa)

ฝ่ายนิติบัญญัติต้องบัญญัติกฎหมายอาญาด้วยถ้อยคำที่ชัดเจนแน่นอนมากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ หลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่กำกวม เพื่อสะท้อนให้เห็นถึงเจตนารมณ์อันแท้จริงของฝ่ายนิติบัญญัติและป้องปรามมิให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมบังคับใช้กฎหมายตามอำเภอใจ²⁷ รวมทั้งเพื่อให้ประชาชนได้ทราบล่วงหน้าว่าการกระทำการหรือการไม่กระทำการใดที่มีขอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ หากกฎหมายนั้นมีถ้อยคำที่คลุมเครือเกินไป เมื่อนำไปบังคับใช้ย่อมเป็น

²³ อานาจ เนตยสุภา และมนต์ปรารถนา มณีรุ่ง, ‘การตีความกฎหมายอาญา’ (2549) 3 บทบัญญัติ 135, 141-142.

²⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรรถ 3) 19-21.

²⁵ เพิ่งอ้าง 21.

²⁶ จิตติ ดิงศภักดิ์ (เชิงอรรถ 21) 49-50.

²⁷ คณิต ฦ นคร (เชิงอรรถ 10) 94.

ผลให้ประชาชนเกิดความรู้สึกขัดแย้งและเป็นปฏิปักษ์ต่อผู้บังคับใช้กฎหมาย เช่น การใช้คำว่า “ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”²⁸ ซึ่งเป็นคำที่มีความหมายกว้างและไม่แน่นอนขึ้นอยู่กับบทพิจารณาของแต่ละบุคคล

อย่างไรก็ตาม กฎหมายอาญาอาจได้รับการบัญญัติด้วยถ้อยคำที่ชัดเจนเพียงพอแล้ว แต่อาจต้องอาศัยการตีความจากบริบทของเรื่องประกอบกัน เช่น คำว่า “เดือดร้อนรำคาญ” “ลามกอนาจาร” “น่าจะเกิดความเสียหาย”²⁹

4) กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด (lex stricta)³⁰

เมื่อกฎหมายบัญญัติอย่างชัดแจ้งว่าการกระทำใดเป็นความผิด ผู้บังคับใช้กฎหมายย่อมต้องตีความจำกัดเฉพาะการกระทำนั้น ๆ ให้ถือเป็นความผิด ไม่สามารถตีความขยายเกินเลยไปถึงการกระทำที่กฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นความผิดอย่างชัดแจ้ง ทั้งนี้ การห้ามมิให้ตีความในลักษณะดังกล่าวจำกัดเพียงการตีความขยายไปในทางที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิด หากเป็นการตีความขยายไปในทางที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดหรือตีความขยายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ย่อมสามารถกระทำได้³¹ โดยรายละเอียดในการตีความตามหลักการย่อยข้างต้น ผู้เขียนจะกล่าวถึงในหัวข้อถัดไป

2.1.1.3 หลักเกณฑ์เฉพาะของการตีความกฎหมายอาญา

จากหลักความชอบด้วยกฎหมายประการสุดท้ายที่กำหนดให้กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัดนั้น นำมาสู่หลักเกณฑ์เฉพาะของการตีความกฎหมายอาญา ซึ่งในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะจำแนกหลักเกณฑ์ข้างต้นเป็น 2 ประเภท ได้แก่ หลักเกณฑ์ที่นักกฎหมายไทยมีความเห็นตรงกันและหลักเกณฑ์ที่นักกฎหมายไทยยังมีความเห็นต่างกัน โดยมีรายละเอียด ดังนี้

²⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรรถ 3) 24.

²⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 20, วิญญูชน 2562) 25.

³⁰ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.คณิต ฒ นคร เห็นว่า หลักการย่อยข้างต้นไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายไทยซึ่งเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เนื่องจากนำไปสู่ความเข้าใจผิดในหมู่นักกฎหมายไทยถึงขนาดเทียบเคียงหลักการย่อยข้างต้นเช่นเดียวกับการตีความตามตัวอักษร (Literal rule) ของระบบคอมมอนลอว์ ซึ่งตีความที่แคบกว่ามาก กล่าวคือ จะตีความให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรขัดแย้งกับกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีอยู่ก่อนมิได้. คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 10) 72-73.

³¹ จิตติ ดิงศภัทย์ (เชิงอรรถ 21) 40-41.

1) หลักเกณฑ์ที่นักกฎหมายมีความเห็นตรงกัน ได้แก่ การห้ามมิให้เทียบ (Analogy) บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้เป็นผลร้าย และการห้ามมิให้นำจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้เป็นผลร้าย

1.1) ห้ามมิให้เทียบ (Analogy) บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้เป็นผลร้าย เช่น การฆ่าตัวเองแต่ไม่ตาย ซึ่งประมวลกฎหมายอาญามีได้บัญญัติให้เป็นความผิด ดังนั้นจะนำความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288 ประกอบมาตรา 80 มาเทียบเคียงมิได้³² หรือการหลอกลวงผู้อื่นจนผู้นั้นชุดบ่อน้ำให้ ซึ่งเป็นเพียงการได้ไปซึ่งบริการมิใช่ทรัพย์สิน จะนำความผิดฐานฉ้อโกงตามมาตรา 341 มาเทียบเคียงมิได้³³ หรือการนำเหรียญมีค่าของผู้อื่นไปซ่อน โดยมีได้กระทำการใด ๆ ที่กระทบต่อลักษณะทางกายภาพหรือความสวยงามของวัตถุ จะนำความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ตามมาตรา 358 มาเทียบเคียงมิได้ ทั้งนี้ เหตุผลของการห้ามดังกล่าวเนื่องจากการกำหนดให้การกระทำใดสมควรถูกลงโทษเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเองที่จะตัดสินใจตราขึ้นใหม่หรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้น นอกจากนี้ยังเป็นการคุ้มครองมิให้การลงโทษการกระทำใด การกระทำหนึ่งขึ้นอยู่กับการรู้สึกผิดชอบของบุคคลจนเกินสมควร³⁴

1.2) ห้ามมิให้นำจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้เป็นผลร้าย ซึ่งเหตุผลของการกำหนดห้ามดังกล่าวเนื่องจากทั้งจารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไปมิได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร หากนำมาใช้เพื่อกำหนดความผิดและลงโทษบุคคลย่อมขัดต่อมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา³⁵ และเฉพาะกรณีที่เป็นจารีตประเพณีท้องถิ่นซึ่งแตกต่างกันตามแต่ละพื้นที่ หากอนุญาตให้นำมาใช้ได้ จะก่อให้เกิดความรู้สึกที่ว่าประชาชนแต่ละพื้นที่อยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายอาญาคนละฉบับกัน ซึ่งย่อมนำไปสู่ความสับสนและความไม่สงบเรียบร้อยในสังคมได้³⁶

2) หลักเกณฑ์ที่นักกฎหมายไทยยังมีความเห็นต่างกัน ได้แก่ การตีความบทบัญญัติกรณีเป็นที่สงสัย และการตีความโดยขยายความ

³² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรรถ 3) 22.

³³ หยุด แสงอุทัย (เชิงอรรถ 2) 49.

³⁴ คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 10) 89-90.

³⁵ อำนาจ เนตยสุภา และมนต์ปรารถนา มณีรุ่ง (เชิงอรรถ 23) 140.

³⁶ เพิ่งอ้าง 142.

2.1) การตีความบทบัญญัติกรณีเป็นที่สงสัย

ในกรณีที่ถ้อยคำในบทบัญญัติ “มีกรณีเป็นที่สงสัย” กล่าวคือ อาจตีความได้หลายนัย ศาลจะสามารถตีความตามนัยที่เป็นประโยชน์หรือเป็นผลดีแก่จำเลยได้หรือไม่ มากน้อยเพียงใด โดยนักกฎหมายไทยมีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 แนว ได้แก่

แนวความเห็นแรก เห็นว่า หลักการที่ว่า “ถ้ากรณีเป็นที่สงสัย ศาลจะต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่จำเลย (in dubio pro reo)” หมายถึง หากถ้อยคำในบทบัญญัติ สามารถตีความได้สองทาง และทางหนึ่งเป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหามากกว่า ให้ศาลเลือกตีความในทาง ที่ประโยชน์แก่ผู้ต้องหานั้น แต่ทั้งนี้จะต้องเป็นกรณีที่ข้อสงสัยเกิดขึ้นเท่านั้น ศาลจึงจำเป็นต้องตีความ ดังกล่าว³⁷

แนวความเห็นที่สอง เห็นว่า การยกประโยชน์ให้แก่ผู้ต้องหาจะ กระทำได้ต่อเมื่อเกิดความสงสัยในข้อเท็จจริงเท่านั้น กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีที่ไม่มีพยานหลักฐาน เพียงพอที่เอาผิดแก่จำเลยนั้นได้ จึงก่อให้เกิดความสงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงตามฟ้อง หรือไม่ ศาลย่อมต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลยด้วยการยกฟ้อง อย่างไรก็ตาม หากเป็น กรณีที่ถ้อยคำในบทบัญญัติมีลักษณะคลุมเครือกำกวม ศาลย่อมไม่อาจยกประโยชน์ให้แก่จำเลยได้ เนื่องจากศาลมีหน้าที่ต้องตีความบทบัญญัติเพื่อนำมาใช้ปรับใช้ข้อเท็จจริงและพิพากษาคดี และต้อง ไม่ตีความบทบัญญัติโดยขยายความไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่จำเลย เนื่องจากศาลไม่มีหน้าที่ ช่วยเหลือจำเลย³⁸

2.2) การตีความโดยขยายความ (Extensive interpretation)

ปัญหาประการหนึ่งที่เป็นที่ถกเถียงกันในวงการนักกฎหมายไทย คือ การตีความกฎหมายต้องตีความตามตัวอักษรและตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายโดยไม่ห้าม การตีความโดยขยายความด้วยหรือไม่ โดยนักกฎหมายไทยมีความเห็นแบ่งออกเป็น 3 แนวความเห็น ได้แก่

แนวความเห็นแรก เห็นว่า การตีความโดยขยายความกระทำ มิได้อย่างสิ้นเชิง กล่าวคือ หลักเกณฑ์ต่าง ๆ จะปรากฏอยู่ในความหมายปกติธรรมดาของถ้อยคำใน บทบัญญัติ ศาลย่อมไม่อาจตีความโดยขยายความถ้อยคำที่ปรากฏในบทบัญญัติ เพียงเพราะเห็นว่า

³⁷ หยุด แสงอุทัย (เชิงอรรถ 2) 47.

³⁸ พระยาอรรถการีย์นิพนธ์, ‘กฎหมายอาญาพิสดาร’ ใน *อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ พระยาอรรถการีย์นิพนธ์* (โรงพิมพ์สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, 2521) 113.

การกระทำความผิดนั้นเป็นไปตามความมุ่งหมายของกฎหมายแล้ว โดยที่ถ้อยคำในบทบัญญัติมิได้กล่าวถึงแต่อย่างใด³⁹

แนวความเห็นที่สอง เห็นว่า การตีความโดยขยายความออกไปให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดจะกระทำมิได้ แต่สามารถตีความโดยขยายความเป็นผลดีแก่ผู้กระทำความผิดได้⁴⁰

แนวความเห็นสุดท้าย เห็นว่า การตีความโดยขยายความสามารถกระทำได้ แม้จะเป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิด โดยพิจารณาจากเจตนารมณ์ของบทบัญญัตินั้น ๆ ซึ่งสอดคล้องกับหลักการตีความตามตัวอักษรควบคู่ไปกับการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การตีความโดยขยายความมีข้อพึงระวังตรงที่ต้องไม่ขยายความจนเกินไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย หรือถึงขนาดขัดหรือแย้งกับตัวอักษร หรือมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงความหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ มิฉะนั้นอาจกลายเป็นการอาศัยเทียบบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยืงมาใช้เป็นผลร้าย อันจะขัดกับหลักกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด⁴¹

ทั้งนี้ ตัวอย่างของคำพิพากษาศาลฎีกาที่อาจถือเป็นการตีความโดยขยายความ เช่น⁴²

1) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 571/2479 ซึ่งศาลฎีกาได้ขยายความคำว่า “ทรัพย์สินของนายหรือของผู้ที่เขาจ้างมัน” ตามมาตรา 294 อนุมาตรา 5 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ให้หมายความรวมถึงทรัพย์สินที่มีใช้เป็นประจำแต่อยู่ในความครอบครองของนายจ้างด้วย

2) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501 ซึ่งศาลฎีกาได้ขยายความคำว่า “ทรัพย์สิน” ในความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 334 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ให้รวมถึงทรัพย์สินด้วย ดังนั้น การลักกระแสไฟฟ้าจึงเป็นความผิดฐานลักทรัพย์

3) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2512 ซึ่งศาลฎีกาได้ขยายความคำว่า “เข้าไป” ในความผิดฐานบุกรุกตามมาตรา 362 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ให้รวมถึงการที่

³⁹ หลวงอรุณโกวิทวที, *แนวทางการสอนกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป* (กรมยุทธศึกษาทหารบก 2481) 44; พระยาอรุณการีย์นิพนธ์ (เชิงอรรถ 38) 113.

⁴⁰ หยุด แสงอุทัย (เชิงอรรถ 2) 47.

⁴¹ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 10) 82; เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรรถ 3) 30; ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ (เชิงอรรถ 29) 26.

⁴² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรรถ 3) 27-29.

จำเลยใช้ไม้กระดานตีขวางทับประตูห้องของโจทก์ในขณะที่โจทก์ไม่อยู่และปิดห้องไว้ ทำให้โจทก์เข้าห้องไม่ได้

อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายไทยหลายท่านเห็นว่า การตีความในคำพิพากษาศาลฎีกาข้อ 2) และ 3) มิใช่การขยายความ แต่เป็นการอาศัยบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ในการลงโทษจำเลย ซึ่งขัดกับหลักความชอบด้วยกฎหมายในส่วนที่ว่ากฎหมายอาญาต้องตีความอย่างเคร่งครัด โดยเห็นว่า กระแสไฟฟ้ามิใช่ทรัพย์สิน แต่เป็นพลังงาน ประกอบกับคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานลักทรัพย์ คือ กรรมสิทธิ์ ซึ่งเป็นสิทธิ์ในทรัพย์สินหรือสิ่งที่มีรูปร่าง ดังนั้น สิทธิในกระแสไฟฟ้าจึงมิใช่กรรมสิทธิ์⁴³ หรือเห็นว่า ความผิดฐานบุกรุกตามมาตรา 362 มิได้บัญญัติองค์ประกอบความผิดเฉพาะการรบกวนการครอบครองเท่านั้น แต่ยังบัญญัติต้องเข้าไปกระทำการอันการรบกวนนั้นด้วย ซึ่งจากข้อเท็จจริงข้างต้น การกระทำของจำเลยยังมีได้เป็นการเข้าไปในห้องของโจทก์แต่อย่างใด⁴⁴

2.1.2 วิวัฒนาการความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในระบบกฎหมายไทย

ก่อนจะมีการชำระและปรับปรุงเป็นกฎหมายตราสามดวง กฎหมายไทยที่มีผลใช้บังคับในสมัยกรุงศรีอยุธยาได้รับอิทธิพลจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ซึ่งถือว่าเป็นผลงานศักดิ์สิทธิ์ที่พระเจ้าได้ประทานมายังกษัตริย์ เพื่อใช้ในการอำนวยการความยุติธรรมให้แก่ราษฎรตามความเชื่อทางวัฒนธรรมอินเดีย⁴⁵ ทั้งนี้ การรับคัมภีร์ดังกล่าวมาใช้ก่อให้เกิดแนวคิดที่ฝังลึกในสังคมไทยเกี่ยวกับบทบาทของผู้หญิง กล่าวคือ ผู้หญิงเป็นเพียงผู้รับใช้ โดยบิดามีอำนาจควบคุมดูแลในขณะที่หญิงนั้นยังเยาว์วัยและเมื่อหญิงนั้นแต่งงาน อำนาจควบคุมดูแลดังกล่าวจะตกแก่สามี จึงสะท้อนให้เห็นถึงแนวคิดที่ว่า ผู้หญิงเปรียบได้กับวัตถุที่ขึ้นอยู่กับชายผู้เป็นเจ้าของ⁴⁶ อย่างไรก็ตาม เมื่อยุคสมัยเปลี่ยนแปลงไปแนวคิดดังกล่าวก็เริ่มอ่อนคลายลงและมุ่งที่จะคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของผู้หญิงมากขึ้น ดังจะเห็นได้จากการเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ปรากฏในแต่ละยุคสมัย ซึ่งในที่นี้

⁴³ คณิต ฌ นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 11, วิญญูชน 2559) 382.

⁴⁴ จิตติ ติงศภัทย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และ 3* (พิมพ์ครั้งที่ 7, บริษัท ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง จำกัด 2553) 1126.

⁴⁵ กฤษฏา บุญยสมิต, 'กฎหมายตราสามดวง' ใน *สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน เล่มที่ 30* (พิมพ์ครั้งที่ 4, บริษัท ด้านสุทธาการพิมพ์ จำกัด 2550) 105.

⁴⁶ ฉัตรสุมาลย์ กบิลสิงห์, 'ภาพลักษณ์ของสตรีฮินดู : มานวธรรมศาสตร์' (2542) 4 *อินเดียศึกษา* 14, 19.

ผู้เขียนจะเริ่มต้นกล่าวถึงตั้งแต่กฎหมายตราสามดวงในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นไปจนถึงประมวลกฎหมายอาญาที่ปรากฏในปัจจุบัน ดังนี้

2.1.2.1 กฎหมายตราสามดวง

กฎหมายตราสามดวงเป็นประมวลกฎหมายโบราณของไทย ซึ่งพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช โปรดเกล้าฯ ให้ชำระและปรับปรุงแก้ไขตัวบทกฎหมายที่ใช้กันมาตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาจนถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น รวมทั้งตรากฎหมายใหม่เพิ่มเติมเพื่อให้เกิดความยุติธรรมและสอดคล้องกับยุคสมัย โดยประกาศใช้เมื่อวันที่ 30 มกราคม พ.ศ. 2347⁴⁷ (จ.ศ. 1166)

ทั้งนี้ ความผิดเกี่ยวกับเพศได้รับการกำหนดอยู่ใน “พระอัยการลักษณะผัวเมีย” ซึ่งมีเนื้อหาแบ่งเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา และส่วนที่ว่าด้วยอำนาจปกครองบุตรของบิดามารดา โดยบทบัญญัติว่าด้วยการข่มขืนกระทำชำเราจะปรากฏปะปนอยู่ในทั้งสองส่วนดังกล่าว ซึ่งแบ่งออกเป็นหลายกรณีตามสถานภาพของชายผู้กระทำและหญิงผู้ถูกระทำ ดังนี้

1) ส่วนที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา แบ่งออกเป็น 4 กรณีได้แก่

1.1) ชายข่มขืนกระทำชำเราภริยาผู้อื่น ตามมาตรา 1⁴⁸

1.2) ชายข่มขืนกระทำชำเราหญิง โดยที่ตนเคยอยู่กินฉันสามีภริยากับหญิงนั้น แต่ต่อมาได้อุปสมบทหรือบรรพชา ซึ่งถือว่าขาดจากการเป็นสามีภริยากันแล้ว ภายหลังได้ลาสิกขาบท โดยหญิงมิได้สมัครใจเป็นภริยาชายอีกต่อไป ตามมาตรา 38⁴⁹

1.3) ชายผู้เป็นเจ้าของทาสหรือพี่น้องลูกหลานของชายผู้เป็นเจ้าของทาสข่มขืนกระทำชำเราหญิงผู้เป็นทาส ตามมาตรา 46⁵⁰

1.4) ชายข่มขืนกระทำชำเราหญิงหม้าย ตามมาตรา 71⁵¹

⁴⁷ กฤษฎา บุญยสมิต (เชิงอรรถ 45) 104.

⁴⁸ มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, *ประมวลกฎหมาย รัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 พิมพ์ตามฉบับหลวงตรา 3 ดวง เล่ม 2*, (มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง 2482) 3.

⁴⁹ เพิ่งอ้าง 18.

⁵⁰ เพิ่งอ้าง 20-21.

⁵¹ เพิ่งอ้าง 34.

2) ส่วนที่ว่าด้วยอำนาจปกครองบุตรของบิดามารดา แบ่งออกเป็น 6 กรณี ได้แก่

2.1) ชายข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่ตนมิได้สุขอและหญิงนั้นอาศัยอยู่กับบิดามารดา ญาติ หรือผู้ปกครอง ตามมาตรา 76⁵²

2.2) ชายที่มีภริยาแล้วข่มขืนกระทำชำเราลูกสาวหรือหลานสาวผู้อื่น ตามมาตรา 78⁵³

2.3) ชายโสดข่มขืนกระทำชำเราลูกสาวหรือหลานสาวผู้อื่น ตามมาตรา 79⁵⁴

2.4) ชายข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงที่ยังไม่รู้เดียงสา⁵⁵ ตามมาตรา 80⁵⁶

2.5) ชายข่มขืนกระทำชำเราลูกสาวหรือหลานสาวผู้อื่นที่ตนมิได้สุขอหรือภริยาผู้อื่น โดยฉุดกระชากหญิงนั้นด้วยตนเองหรือโดยพาพวกของตนไปด้วย ตามมาตรา 90⁵⁷

2.6) ชายข่มขืนกระทำชำเราลูกสาวหรือหลานสาวผู้อื่นซึ่งชายอื่นได้สุขอแล้ว แต่ยังมีได้หมั้น โดยฉุดกระชากหญิงนั้นด้วยตนเองหรือโดยพาพวกของตนไปด้วย ตามมาตรา 98⁵⁸

จะเห็นได้ว่า ลักษณะของการข่มขืนกระทำชำเราที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะผิดเมียต้องเป็นกรณีที่ชายได้กระทำต่อหญิงที่มีใจภักดีตน โดยหญิงนั้นมีได้ยินยอมให้กระทำ

⁵² เฟิงอ้าง 41.

⁵³ เฟิงอ้าง 42.

⁵⁴ เฟิงอ้าง 42.

⁵⁵ หมายถึง มีอายุต่ำกว่า 7 ปี ตามที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะวิวาทตีต่อกัน มาตรา 11. พระเจ้าลูกยาเธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์, *ว่าด้วยกฎหมาย พิมพ์เป็นอนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ นายแสวง เตระยานนท์* (โรงพิมพ์บรรหาร 2507) 115.

⁵⁶ มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง (เชิงอรรถ 48) 42.

⁵⁷ เฟิงอ้าง 47.

⁵⁸ เฟิงอ้าง 51.

ข้าเรา⁵⁹ (ซึ่งในที่นี้ คำว่า “กระทำข้าเรา” คงหมายถึงเฉพาะการที่ของลับชายล่วงล้ำเข้าไปในของลับหญิงอันเป็นการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ - ผู้เขียน)⁶⁰

ในส่วนของโทษที่ชายผู้ข่มขืนกระทำข้าเราได้รับนั้น พระอัยการลักษณะฝ่าฝืนกำหนดให้ปรับไหม โดยให้ผู้กระทำชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ฝ่ายที่เสียหาย ซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งในการลงโทษผู้กระทำละเมิด⁶¹ และด้วยแนวคิดทางสังคมในขณะนั้นที่มองว่า หญิงเป็นเพียงทรัพย์สินของชายผู้เป็นบิดากรณีที่ยุติกันโสัด หรือชายผู้เป็นสามีกรณีที่ยุติกันสมรสแล้ว การข่มขืนกระทำข้าเราหญิงจึงถือเป็นเพียงการกระทำละเมิดต่อทรัพย์สิน⁶² โดยฝ่ายที่เสียหาย คือ ชายผู้เป็นบิดาหรือสามีของหญิงนั้น⁶³ แล้วแต่กรณี

จากการศึกษากรณีของการข่มขืนกระทำข้าเราและโทษที่ผู้กระทำได้รับข้างต้น จึงนำมาสู่ข้อสรุปที่ว่า การข่มขืนกระทำข้าเราที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนนั้นเป็นเพียงความผิดทางแพ่งมากกว่าเป็นความผิดทางอาญา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดาในกรณีที่ยุติกันโสัด หรือคุ้มครองอำนาจปกครองและเกียรติยศของสามีในกรณีที่ยุติกัน

⁵⁹ ในกรณีที่หญิงยินยอมให้ชายกระทำข้าเรา พระอัยการลักษณะฝ่าฝืนจะใช้คำว่า “ทำชั่ว” “สมจร” หรือ “สะมะเลิกัน”

⁶⁰ เนื่องจากการร่วมประเวณีทางช่องปากหรือทางทวารหนักปรากฏอยู่ในพระราชกำหนดใหม่บทที่ 36 จุลศักราช 1144 ซึ่งใช้คำว่า เสพเมถุนในมุขมรรคและเวจมรรค โดยพระราชกำหนดนี้มีได้กำหนดโทษในการกระทำดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ เพียงแต่ถือว่า ผู้กระทำการดังกล่าวขาดศีลห้าในข้อ 3 และอาจถูกลงโทษได้ตามความผิดเล็กน้อย. มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, *ประมวลกฎหมาย รัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 พิมพ์ตามฉบับหลวงตรา 3 ดวง เล่ม 3*, (มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง 2482) 430 และ 435.

⁶¹ โยเนโอะ อิชิจิ, ‘พระธรรมนูญไทย’ (นิชิ เอียวสรีวงศ์ ผู้แปล) ใน สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ (บรรณาธิการ) *กฎหมายตราสามดวงกับสังคมไทย* (โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว 2535) 30.

⁶² เพิ่งอ้าง 31-32.

⁶³ ดังจะเห็นได้จากการใช้ถ้อยคำว่า “ให้ไหมโดยประณมผิดเมีย” แทนที่จะใช้ถ้อยคำที่แสดงให้เห็นว่า เป็นการกระทำความผิดต่อตัวหญิงนั้นโดยตรง.

สมรสแล้วเท่านั้น มิได้คุ้มครองเสรีภาพทางเพศของหญิงอย่างแท้จริง⁶⁴ เว้นแต่ในกรณีที่หญิงเป็นทาส ซึ่งพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนคุ้มครองมิให้หญิงนั้นถูกบังคับขืนใจจากเจ้าของทาสหรือพี่น้องลูกหลานของเจ้าของทาส

2.1.2.2 พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118

การปฏิรูปประการหนึ่งที่ต้องเร่งกระทำในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เพื่อแก้ไขการเสียเปรียบในเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต คือ การปรับปรุงกฎหมายให้เป็นไปตามรูปแบบของกฎหมายสมัยใหม่ อย่างไรก็ตาม การปรับปรุงดังกล่าวต้องใช้ระยะเวลาอันยาวนาน ประกอบกับกฎหมายที่มีอยู่ไม่สามารถนำมาใช้แก้ไขปัญหาเฉพาะหน้าที่เกิดขึ้นได้อย่างเพียงพอ ดังนั้น การแก้ไขปัญหานั้นจึงเป็นการประกาศใช้กฎหมายเป็นเรื่อง ๆ โดยเนื้อหาของบทบัญญัติส่วนใหญ่จะได้รับอิทธิพลจากกฎหมายอังกฤษ⁶⁵ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนนั้นยังมีข้อบกพร่องบางประการที่ก่อให้เกิดข้อสงสัยเกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดี⁶⁶ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 9 เมษายน พ.ศ. 2442 โดยยกเลิกบทบัญญัติในส่วนของการข่มขืนกระทำชำเราที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนทั้งหมด⁶⁷

ทั้งนี้ พระราชกำหนดดังกล่าวได้กำหนดฐานความผิดไว้ 2 ฐาน ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนทำชำเราตามมาตรา 3 และความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุสัยตามมาตรา 5 ซึ่งแต่ละฐานความผิดมีองค์ประกอบโดยสังเขป ดังนี้

1) ความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา

มาตรา 3 จำแนกรูปแบบของการข่มขืนออกเป็น 4 รูปแบบ ได้แก่
รูปแบบแรก ขืนใจหญิง
รูปแบบที่สอง หญิงมิได้ยินยอม

⁶⁴ ชิตชนก แผ่นสุวรรณ, 'ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร : ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2548) 24.

⁶⁵ แสวง บุญเฉลิมวิภาส และอดิรุจ ดันบุญเจริญ, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย* (พิมพ์ครั้งที่ 18, วิทยาลัย 2562) 225-226.

⁶⁶ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี รัตนโกสินทรศก 118 คำปรารภ.

⁶⁷ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี รัตนโกสินทรศก 118 มาตรา 2.

รูปแบบที่สาม หญิงยินยอม โดยชายขู่เชือดว่า จะทำร้ายชีวิตและร่างกายหญิงนั้น

รูปแบบสุดท้าย หญิงมีอายุต่ำกว่า 12 ปี ไม่ว่าจะหญิงจะยินยอมหรือไม่ ในส่วนของการกระทำ การจำแนกสองรูปแบบแรกแตกต่างกันตรงที่ คำว่า “ชื่นใจ” เป็น “การใช้กำลังที่หนักทำอย่างไรไม่พัน” ซึ่งเทียบได้กับการใช้กำลังประทุษร้าย ส่วนคำว่า “มิได้ยินยอม” ตัวอย่างเช่น “มีต ๆ ชายปลอมตัวเป็นผิว หญิงไม่รู้สีก ถ้าโดยให้ยาเบื่อ เมากินไม่มีสติ”⁶⁸ ซึ่งเทียบได้กับการที่ผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือเข้าใจผิดว่าผู้กระทำเป็นบุคคลอื่น

ในส่วนของผู้ถูกระทำ แม้บทบัญญัติจะใช้คำว่า “หญิง” เท่านั้น ซึ่งอาจอนุมานได้ว่า ชายข่มขืนหญิงที่เป็นภริยาตนก็ต้องรับผิดแล้ว แต่เมื่อพิจารณาชื่อของพระราชกำหนดที่ว่า “ล่วงประเวณี” นั้น การกระทำชำเราภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายไม่ถือเป็นการล่วงประเวณี เนื่องจากมีกฎหมายรับรองให้กระทำเช่นนั้นได้⁶⁹ ดังนั้น คำว่า “หญิง” ที่ปรากฏข้างต้นจึงหมายถึง เฉพาะหญิงที่มีใช้ภริยาตน

2) ความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาโลกย์

เป็นฐานความผิดใหม่ ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ การกระทำชำเราทางทวารหนัก (เวจมรรค) และการกระทำชำเรากับสัตว์ ทั้งนี้ ในส่วนของการกระทำ บทบัญญัติใช้คำว่า “ทำชำเรา” โดยมีได้กล่าวถึงลักษณะของการข่มขืนดังเช่นมาตรา 3 ดังนั้น แม้ผู้ถูกระทำจะยินยอมให้กระทำชำเราดังกล่าว ผู้กระทำก็ยังคงต้องรับผิด

ในส่วนของผู้กระทำ บทบัญญัติใช้คำว่า “ผู้ใด” จึงเป็นผลให้เข้าใจว่า ผู้กระทำอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้ (อย่างไรก็ตาม เมื่อเทียบเคียงกับคำอธิบายของบทบัญญัติมาตรา 242 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งใช้ถ้อยคำที่ตรงกัน พบว่า ผู้กระทำชำเราทางทวารหนัก ต้องเป็นชายเท่านั้น โดยคำว่า “ผู้ใด” เป็นเพียงการบัญญัติให้บุคคลที่ต้องรับผิดชอบครอบคลุมทั้งผู้กระทำและผู้ถูกระทำที่ได้ยินยอมให้กระทำด้วย โดยเฉพาะในส่วนของผู้ถูกระทำซึ่งพระราชกำหนดมิได้บัญญัติเป็นพิเศษ จึงอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้ - ผู้เขียน)

⁶⁸ พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์, *พระราชบัญญัติในปัตยุบัน เล่ม 1* (โรงพิมพ์กองลหุโทษ 2445) 301.

⁶⁹ ไพจิตร ปุณฺณพันธ์ุ, ‘หญิงกับการเป็นตัวการในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา’ (2505) 2 *ตุลพาท* 165, 167.

ทั้งนี้ พระราชกำหนดดังกล่าวกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ ๔ สถาน ได้แก่ จำคุก ให้ทำงานหนัก ปรับเป็นเงินค่าทำขวัญให้แก่หญิง⁷⁰ และหากเป็นกรณีที่ผู้กระทำชำเราได้กระทำความผิดซ้ำ ผู้นั้นต้องถูกเขียนรวมเข้ากับโทษจำคุกและโทษปรับด้วย นอกจากนี้ตอนท้ายของพระราชกำหนดได้อธิบายเกี่ยวกับขอบเขตของการกระทำชำเราว่า “แต่เพียงชายจดถึงทวารหญิง⁷¹ เท่านั้นก็ให้ถือว่าถึงชำเราทีเดียว”⁷² แสดงให้เห็นว่า เพียงแต่ชายนำของลับของตนจรดที่ช่องคลอดหรือทวารหนักของหญิงย่อมถือเป็นการกระทำชำเราสำเร็จแล้ว โดยไม่ต้องถึงขั้นล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดหรือทวารหนักของหญิง ดังนั้น ความผิดฐานพยายามข่มขืนทำชำเราหรือทำชำเราผิดธรรมดาโลกย์ตามมาตรา 6 จึงต้องเป็นการกระทำที่ได้เกิดขึ้นก่อนที่ชายจะใช้อวัยวะเพศของตนจรดที่ช่องคลอดหรือทวารหนักของหญิง ซึ่งต่างจากแนวการวินิจฉัยของศาลฎีกาในปัจจุบัน

อาจกล่าวได้ว่า พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 เป็นตัวอย่างของวิวัฒนาการที่สำคัญประการหนึ่งในระบบกฎหมายไทย กล่าวคือ มีการแยกความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในฐานะที่เป็นความผิดทางอาญา ออกจากพระอัยการลักษณะผัวเมียซึ่งเป็นกฎหมายแพ่งที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาและระหว่างบิดามารดากับบุตร โดยได้กำหนดองค์ประกอบความผิดให้รวมอยู่ในมาตราเดียว เพื่อให้ง่ายต่อการนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและองค์ประกอบความผิดดังกล่าวได้สะท้อนให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ที่มุ่งคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของหญิงมากขึ้น มิใช่คุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดาหญิงเหมือนแต่เดิม รวมทั้งมีการปรับเปลี่ยนโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด โดยเพิ่มเติมการจำคุกซึ่งเป็นโทษทางอาญาสมัยใหม่ นอกเหนือจากการให้ทำงานหนัก และการเขียน ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นโทษทางอาญาดั้งเดิม นอกจากนี้ ยังกำหนดให้การกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์เป็นความผิดที่มีโทษทางอาญาเป็นครั้งแรก ซึ่งสอดคล้องกับความผิดฐาน Sodomy ที่ปรากฏในระบบกฎหมายตะวันตก⁷³ ทั้งที่ก่อนหน้านี้ การกระทำชำเราดังกล่าวเป็น

⁷⁰ น่าจะถือเป็นค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่มีการกระทำละเมิด มากกว่าเป็นโทษทางอาญา โดยใกล้เคียงกับการปรับไหมที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะผัวเมีย แต่ต่างกันตรงที่ผู้ได้รับชดใช้ กล่าวคือ ผู้ที่ได้รับชดใช้จากการปรับไหม ได้แก่ ชายผู้เป็นบิดาหรือสามีของหญิง แล้วแต่กรณี ส่วนผู้ที่ได้รับการชดใช้เป็นเงินค่าทำขวัญ คือ หญิงผู้เสียหาย

⁷¹ คำว่า “ทวาร” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หมายถึง “ช่อง” และโดยที่พระราชกำหนดดังกล่าวได้กำหนดความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาโลกย์ไว้ด้วย ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า คำว่า “ทวารหญิง” จึงน่าจะหมายถึงช่องคลอดและทวารหนัก

⁷² พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี รัตนโกสินทรศก 118 คำอธิบาย.

⁷³ กิตติศักดิ์ ปรกติ, ‘ตำนานรักร่วมเพศ’ (2526) 2 นิติศาสตร์ 85, 93.

เพียงข้อห้ามทางพระพุทธศาสนาที่มีได้กำหนดโทษไว้เป็นกิจจะลักษณะ และพระราชกำหนดดังกล่าวยังกำหนดลักษณะของการกระทำซ้ำเราสำเร็จไว้อย่างชัดเจน ซึ่งสะท้อนให้เห็นการขยายขอบเขตในการคุ้มครองหญิงจากการกระทำซ้ำเราที่จะเกิดขึ้น

2.1.2.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127

จากที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อที่ผ่านมาว่า เจื่อนไขสำคัญที่จะส่งผลให้ประเทศสยามในขณะนั้นสามารถเจรจาขอแก้ไขสนธิสัญญา เพื่อยกเลิกการเสียเปรียบในเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขตได้ คือ ต้องดำเนินการจัดทำประมวลกฎหมายแบบสมัยใหม่ ด้วยเหตุนี้ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายขึ้น โดยมีสมเด็จพระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรุษตรีเรกฤทธิ์ (พระยศในขณะนั้น) เป็นประธาน⁷⁴

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการแก้ไขจนเสร็จสิ้น แต่ร่างกฎหมายดังกล่าวกลับมิได้ถูกหยิบยกขึ้นพิจารณา อันเนื่องมาจากความขัดแย้งทางความคิดระหว่างผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการร่างกฎหมายดังกล่าวเกี่ยวกับการเลือกระบบกฎหมายที่จะนำมาใช้⁷⁵ รวมทั้งการมีภารกิจหลายประการที่ต้องกระทำในเวลาเดียวกันของประธานกรรมการ ส่งผลให้มีเวลาไม่เพียงพอที่จะจัดทำร่างกฎหมาย⁷⁶ ดังนั้น พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายขึ้นใหม่อีกชุดหนึ่ง โดยมีนายยอร์ช ปาดูซ์ (George Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามชาวฝรั่งเศส ทำหน้าที่เป็นประธาน ทั้งนี้ คณะกรรมการชุดของนายยอร์ช ปาดูซ์ ได้นำร่างกฎหมายอาญาที่จัดทำไว้โดยคณะกรรมการชุดก่อนมาตรวจชำระและยกร่างใหม่ให้มีลักษณะเป็นระบบซีวิลลอว์เช่นเดียวกับประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป⁷⁷ โดยนำประมวลกฎหมายอาญาของหลายประเทศมาใช้เป็นหลักในการอ้างอิง ได้แก่ ฮังการี เนเธอร์แลนด์ อิตาลี อียิปต์ อินเดีย และญี่ปุ่น อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการผู้ยกร่างมิได้ประสงค์จะนำประมวลกฎหมายอาญาฉบับหนึ่งฉบับใดมาใช้เป็นการเฉพาะ แม้ว่าจะได้นำแบบอย่างส่วนใหญ่มาจาก

⁷⁴ แสวง บุญเฉลิมวิภาส และอดิรุจ ต้นบุญเจริญ (เชิงอรรถ 65) 237.

⁷⁵ สมเด็จพระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรุษตรีเรกฤทธิ์ ทรงเห็นว่า ควรใช้ระบบคอมมอนลอว์มากกว่า ในขณะที่สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระยาดำรงราชานุภาพ ทรงเห็นว่า ควรใช้ระบบซีวิลลอว์ จะเหมาะสมกว่า.

⁷⁶ แสวง บุญเฉลิมวิภาส และอดิรุจ ต้นบุญเจริญ (เชิงอรรถ 65) 240 - 241.

⁷⁷ กฤษฎา บุญยสมิต (เชิงอรรถ 45) 125.

ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลีและเนเธอร์แลนด์ก็ตาม⁷⁸ จนในที่สุด จึงได้มีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา เมื่อวันที่ 21 กันยายน พ.ศ.2451⁷⁹ และให้มีผลเป็นการยกเลิกพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118⁸⁰

ทั้งนี้ ในส่วนของความผิดเกี่ยวกับเพศ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 บัญญัติไว้ในส่วนที่ 6 ว่าด้วยความผิดที่กระทำอนาจาร ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 หมวด ได้แก่ หมวดที่ 1 ความผิดฐานกระทำอนาจารอันเกี่ยวแก่สาธารณชน และหมวดที่ 2 ความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา ทั้งนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงเฉพาะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 243 และความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมเนียมตามนุษย์ตามมาตรา 242 ซึ่งความผิดแต่ละฐานมีรายละเอียดโดยสังเขป ดังนี้

1) ความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา

ปรากฏอยู่ในหมวดที่ 2 ซึ่งในส่วนของผู้กระทำ บทบัญญัติใช้คำว่า “ผู้ใด” โดยมิได้ระบุคุณสมบัติของผู้กระทำเป็นการเฉพาะ ดังนั้น แม้หญิงจะได้ข่มขืนกระทำชำเรา แต่ได้ใช้กำลังทำร้าย เช่น ช่วยจับแขนขาผู้เสียหาย หญิงนั้นย่อมเป็นตัวการในความผิดฐานนี้ร่วมกับชายได้⁸¹ และในส่วนของผู้ถูกกระทำ บทบัญญัติใช้คำว่า “หญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนเอง” ดังนั้น ชายกระทำต่อหญิงที่เป็นภริยาของตนจึงไม่ต้องรับผิด อย่างไรก็ตาม การเป็นสามีภริยาในที่นี้ต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งแบ่งออกเป็น 4 รูปแบบ ได้แก่ ชายหญิงสมรสกันตามประเพณี ชายได้รับพระราชทานหญิง บิดามารดาของหญิงยกหญิงนั้นให้ หรือชายหญิงอยู่กินด้วยกันอย่างเปิดเผย กรณีที่หญิงนั้นอายุครบ 20 ปี หรือหญิงนั้นไม่อยู่ในความปกครองของผู้ใดและมีอายุครบ 12 ปี⁸²

ในส่วนของกรกระทำ ประกอบด้วย 2 ส่วน ได้แก่

ส่วนแรก ต้องเป็นกรณีที่หญิงมิได้ยินยอม โดยบทบัญญัติกำหนดลักษณะของการไม่ยินยอมแบ่งเป็น 3 ลักษณะ ได้แก่

⁷⁸ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, *บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127* (วิญญูชน 2546) 50-51.

⁷⁹ กฤษฎา บุญยสมิต (เชิงอรรถ 45) 125.

⁸⁰ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 3 (1).

⁸¹ หยุด แสงอุทัย, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127* (วิญญูชน 2561) 357.

⁸² พระอินทปรีชา, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2* (โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร 2470) 1107.

ลักษณะแรก การถูกบังคับขืนใจโดยใช้กำลังกาย

ลักษณะที่สอง การถูกบังคับขืนใจโดยใช้วาจาขู่เข็ญ

อนึ่ง ทั้งสองลักษณะนี้ปรากฏอยู่ในวรรคแรก โดยคำว่า “ขืนใจ” หมายถึง “หญิงมิได้ยินยอม”⁸³ หรือมิได้สมัครใจ ดังนั้น การลอบทำชำเราหญิงขณะนอนหลับ ซึ่งแสดงว่าหญิงมิได้ยินยอม จึงเป็นความผิดฐานนี้⁸⁴

ลักษณะสุดท้าย การถูกใช้อุบายหลอกลวง ปรากฏอยู่ในวรรคสอง ซึ่งหมายถึง การทำให้หญิงเข้าใจผิดที่ถึงขนาดถ้ารู้ความจริง คงไม่ยอมให้กระทำชำเรา โดยอาจอยู่ในลักษณะที่ไม่รู้ว่าเป็นการกระทำชำเรา เช่น คิดว่าเป็นไปเพื่อการรักษาทางการแพทย์ หรือในลักษณะที่เข้าใจผิดว่าเป็นผู้อื่น เช่น คิดว่าเป็นสามีของตน แต่ไม่รวมถึงกรณีที่หญิงยินยอมให้ชายกระทำชำเรา เพราะถูกชายหลอกว่า จะเลี้ยงดูเป็นภรรยา แต่ภายหลังกลับไม่เลี้ยงดู⁸⁵ หรือเพราะถูกชายใช้อุบายยั่วกามารมณ์จนถึงขนาดหญิงยินยอมให้ทำชำเราโดยมิได้ปรินิยอกหรือแสดงกิริยาขัดขืน⁸⁶

ส่วนที่สอง ต้องมีการกระทำชำเรา โดยเป็นการร่วมประเวณีระหว่างชายและหญิงตามธรรมชาติ ซึ่งแนวการวินิจฉัยของศาลฎีกาในขณะนั้น กำหนดให้เป็นการกระทำชำเราสำเร็จต่อเมื่อ “ของลับของชายล่วงเข้าไปในของลับของหญิง แม้เพียงเล็กน้อย” และไม่คำนึงว่าชายจะได้หลังน้ำอสุจิหรือไม่⁸⁷ ดังนั้น หากชายมีเจตนาที่จะกระทำชำเราแล้ว แต่อวัยวะเพศของตนเพียงถูปลูกช่องคลอดด้านนอก⁸⁸ หรือเข้าไปบริเวณปากช่องคลอด แม้ปรากฏว่าชายได้หลังน้ำอสุจิและเยื่อพรหมจารีของหญิงฉีกขาด⁸⁹ ชายก็ต้องรับผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น

นอกจากนี้ แม้ชายจะมีเจตนากระทำชำเรา แต่หากการกระทำของตนยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำชำเราได้ กล่าวคือ ยังมีได้ปลดเปลื้องเสื้อผ้าที่ปิดกั้นอวัยวะเพศทั้งของ

⁸³ หยุด แสงอุทัย (เชิงอรรถ 81) 358.

⁸⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 234/2466 อ้างถึงใน หยุด แสงอุทัย (เชิงอรรถ 81) 358.

⁸⁵ หยุด แสงอุทัย (เชิงอรรถ 81) 358.

⁸⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 828/2486 (เนติบัณฑิตยสภา) 758.

⁸⁷ พระอินทปรีชา (เชิงอรรถ 82) 1102.

⁸⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874/2491 (เนติบัณฑิตยสภา) 1053.

⁸⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1706/2498 (เนติบัณฑิตยสภา) 1629.

ตนและของหญิง และหญิงนั้นยังอยู่ในสภาพที่สามารถขัดขึ้นได้⁹⁰ ศาลฎีกาถือว่าไม่เป็นการพยายามข่มขืนกระทำชำเรา จึงรับผิดเพียงฐานกระทำอนาจาร⁹¹ เช่น เข้าไปกอดปล้ำและจับหน้าอกของหญิงในห้องนอนของหญิง โดยที่ยังมิได้ถอดเสื้อผ้าหญิงหรือตนยังมิได้เปลือยกาย⁹² นอนกอดก่ายและเปลื้องผ้าหญิง แต่หญิงตื่นขึ้นจึงลุกหนีไป⁹³ กอดปล้ำหญิงโดยใช้มือดึงกางเกงของหญิงแล้วนั่งคร่อมบนร่างของหญิง⁹⁴ หรือผลักหญิงล้มลงและปลดกระดุมกางเกงแล้วขึ้นคร่อมหน้าอกของหญิง⁹⁵

จากตัวอย่างข้างต้น จะเห็นได้ว่า ในการพิจารณาว่าการกระทำใดถือเป็นการลงมือกระทำชำเราตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้น ศาลฎีกายึดหลักความใกล้ชิดต่อผลและหลักความไม่คลุมเครือ กล่าวคือ จะเป็นการลงมือกระทำชำเราต่อเมื่อขายนำอวัยวะเพศของตนไปจรดยังบริเวณปากช่องคลอดซึ่งเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายก่อนจะล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด และการกระทำดังกล่าวย่อมแสดงให้เห็นอย่างชัดแจ้งในตัวเองว่า ผู้กระทำมีเจตนาที่จะข่มขืนกระทำชำเรา

อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยในข้อเท็จจริงที่ว่า จิกผมแล้วขึ้นคร่อมทับหญิง จากนั้นปลดกระดุมกางเกงของตนและเลิกผ้าถุงหญิงขึ้นไปถึงโคนขา แต่หญิงเอามือกอดผ้าถุงปิดอวัยวะเพศของตนและยื่นไปที่หน้าอกชายแล้วร้องให้คนช่วย ชายอุดปากบีบคอจับนมและจูบแก้มหญิงจนมีผู้อื่นวิ่งมาร้องถาม ชายจึงผละหนีไป⁹⁶ ดังนี้ ถือเป็นการพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งจะเห็นได้ว่า ศาลฎีกามีได้นำหลักการทั้งสองข้างต้นมาใช้ในการพิจารณา แต่ได้ใช้หลักความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้นและหลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญแทน กล่าวคือ ศาลฎีกาเห็นว่า

⁹⁰ รณกรณ์ บุญมี, ‘พยายามข่มขืนกระทำชำเรา ปี 2553’ ใน สุรศักดิ์ มณีสร (บรรณาธิการ) *ครอบครัว งานบริหาร อาจารย์ไพโรจน์ รวมข้อเขียนที่ระลึกในโอกาสอายุครบ 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร. ไพโรจน์ กัมพูสิริ* (โรงพิมพ์เดือนตุลา 2553) 181.

⁹¹ จิตติ ติงศัทพ์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1* (พิมพ์ครั้งที่ 8, จีรรัชการพิมพ์ 2548) 736.

⁹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 800/2456 อ้างถึงใน รณกรณ์ บุญมี (เชิงอรรถ 90) 181.

⁹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 233/2462 อ้างถึงใน รณกรณ์ บุญมี (เชิงอรรถ 90) 181.

⁹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 193/2474 อ้างถึงใน หยุต แสงอุทัย, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ศึกษาทางคำพิพากษาศาลฎีกา* (พิมพ์ครั้งที่ 2, โรงพิมพ์เฟื่องอักษร 2511) 1140.

⁹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1740/2497 (เนติบัณฑิตยสภา) 1548.

⁹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1330/2499 <<https://deka.supremecourt.or.th>> สืบค้นเมื่อ 13 กรกฎาคม 2564.

การขึ้นคร่อมนอนทับแล้วเลิกผ้าถุงของหญิงขึ้นก่อให้เกิดภัยอันตรายโดยตรงต่อเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเองของหญิง ซึ่งเป็นประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁹⁷ และการกระทำดังกล่าวถือเป็นขั้นตอนที่สำคัญในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว เนื่องจากแสดงให้เห็นถึงเจตนาที่จะข่มขืนกระทำชำเราของชายและทำให้หญิงตกอยู่ภายใต้การควบคุมของตน ซึ่งย่อมนำไปสู่การใช้วาระเพศของตนล่วงล้ำในภายหลังได้โดยง่าย

2) ความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์

ปรากฏอยู่ในหมวดที่ 1 โดยในส่วนของกรกระทำต่อบุคคลที่ผิดธรรมดาตามนุษย์ ต้องเป็นกรณีที่ชายกระทำชำเราชาย หรือชายกระทำชำเราหญิงในทางอื่นนอกเหนือจากทางอวัยวะเพศหญิง เช่น ทางทวารหนัก⁹⁸ แต่หากเป็นกรณีที่หญิงกระทำชำเราหญิงหรือที่เรียกว่าเล่นเพื่อนั้น กฎหมายต่างประเทศไม่ถือเป็นความผิดฐานนี้⁹⁹

ทั้งนี้ คำว่า “ผู้ใด” ที่ปรากฏในบทบัญญัติ ซึ่งหมายถึง ผู้ที่ต้องรับผิดชอบนั้นมิได้จำกัดเฉพาะผู้กระทำ แต่รวมถึงผู้ถูกกระทำซึ่งได้ยินยอมให้กระทำด้วย เว้นแต่ฝ่ายใดถูกบังคับจนต้องจำยอม ฝ่ายนั้นก็ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ให้ตนไม่ต้องรับผิดชอบได้¹⁰⁰

กล่าวโดยสรุป ทั้งความผิดฐานข่มขืนทำชำเราและฐานทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ที่ปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้น ส่วนใหญ่ยังเป็นไปในแนวเดียวกับที่ปรากฏในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 คงแตกต่างกันตรงที่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ขยายขอบเขตของตัวผู้กระทำในความผิดฐานข่มขืนทำชำเรา กล่าวคือ หญิงอาจเป็นตัวการในความผิดฐานดังกล่าวร่วมกับชายได้ และจำแนกลักษณะของการไม่ยินยอมให้เป็นหมวดหมู่มากขึ้น รวมทั้งศาลฎีกายังได้เริ่มวางแนวการวินิจฉัยการกระทำที่ถือเป็นการกระทำชำเราสำเร็จและการกระทำที่ถือเป็นการลงมือกระทำชำเรา โดยยึดหลักความใกล้ชิดต่อผลและหลักความไม่คลุมเครือ ส่วนความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ยังคงได้รับการบัญญัติไว้ด้วยเหตุผลที่ว่า “เป็นเหตุให้ถึงความเจริญของบ้านเมืองในทางอ้อม นอกจากเป็นการลามกโดยนอกรื่องแล้ว ยังกระทำให้เสียชื่อเสียงพันธุไปโดยไร้ประโยชน์”¹⁰¹

⁹⁷ คณิต ญ นคร (เชิงอรรถ 43) 522.

⁹⁸ พระอินทปรีชา (เชิงอรรถ 82) 1099.

⁹⁹ หยุด แสงอุทัย (เชิงอรรถ 81) 357.

¹⁰⁰ พระอินทปรีชา (เชิงอรรถ 82) 1099-1100.

¹⁰¹ เฟิงอ้าง 1100.

2.1.2.4 ประมวลกฎหมายอาญา

ด้วยสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงของสังคมไทยส่งผลให้กฎหมายลักษณะอาญาบางมาตราไม่อาจนำมาบังคับใช้ได้เหมาะสม จึงนำไปสู่แนวคิดที่จะแก้ไขปรับปรุงกฎหมายลักษณะอาญาอย่างเป็นระบบในสมัยรัฐบาลพันเอกหลวงพิบูลสงคราม (แปลก พิบูลสงคราม) โดยได้แต่งตั้งอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในปี พ.ศ.2482 ซึ่งมีนายนาเวศ เอกถวัลย์ อารังนาเวศสวัสดิ์ ร.น. เป็นประธานอนุกรรมการ ทั้งนี้ ในชั้นแรกอนุกรรมการเพียงแต่ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญาเป็นรายมาตรา แต่เมื่อได้ดำเนินการไประยะหนึ่ง อนุกรรมการเห็นว่า ควรร่างกฎหมายอาญาขึ้นใหม่ทั้งฉบับน่าจะเหมาะสมกว่า¹⁰² เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรายมาตราต้องรักษาโครงสร้างของกฎหมายลักษณะอาญาเดิม จึงยอมแก้ไขให้ตีได้ยาก และในขณะที่ร่างขึ้นใหม่ทั้งฉบับยังมีกฎหมายลักษณะอาญาเดิมที่ใช้ได้อยู่ จึงไม่จำเป็นต้องรีบเร่งออกกฎหมาย นอกจากนี้ หากจะแก้ไขเพิ่มเติมต้องพิจารณาว่า บทบัญญัติเดิมบกพร่องอย่างไรและบทบัญญัติใหม่ที่จะนำมาใช้นั้นก่อให้เกิดประโยชน์อย่างไร¹⁰³ ซึ่งปรากฏว่า ประมวลกฎหมายอาญาใช้ระยะเวลาในการร่างและการพิจารณานานเกือบ 18 ปี จึงได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2500 และให้มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญา¹⁰⁴

ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในลักษณะ 9 ประกอบด้วยความผิดหลัก 6 ฐาน ได้แก่ ฐานข่มขืนกระทำชำเรา ฐานกระทำอนาจาร ฐานจัดหาหญิงเพื่อความใคร่ของผู้อื่น ฐานฉุดคร่าหญิง ฐานขายแมงดา และฐานค้าสิ่งลามก¹⁰⁵ โดยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราปรากฏในมาตรา 276 ซึ่งรายละเอียดส่วนใหญ่ของผู้กระทำ ผู้ถูกกระทำ และการกระทำ ยังคงเป็นไปในทำนองเดียวกับกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 243 กล่าวคือ

¹⁰² คณพล จันทน์หอม, 'วิเคราะห์กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 : ศึกษากระบวนการร่างกฎหมายและประเด็นความรับผิดชอบในทางอาญา' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2545) 180-182.

¹⁰³ หยุด แสงอุทัย, *คำบรรยายประมวลกฎหมายอาญา* (ดวงดาว 2500) 194-195.

¹⁰⁴ พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 มาตรา 3 และมาตรา 4.

¹⁰⁵ จิตติ ดิงศภัทย์ (เชิงอรรถ 91) 733.

ในส่วนของผู้กระทำ บทบัญญัติใช้คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งโดยสภาพ ผู้ลงมือต้องเป็นชายเท่านั้น แต่หากหญิงได้ร่วมกระทำความผิดด้วย เช่น ช่วยจับแขนขาผู้เสียหาย¹⁰⁶ หรือช่วยถอดเสื้อผ้าผู้เสียหาย¹⁰⁷ ก็เป็นตัวการในความผิดดังกล่าวได้เช่นกัน¹⁰⁸

ในส่วนของผู้ถูกระทำ บทบัญญัติใช้คำว่า “หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน” ดังนั้น ผู้ถูกระทำจึงหมายถึงเฉพาะผู้ที่มีเพศสภาพเป็นหญิงแต่กำเนิด ไม่รวมชายที่แปลงเพศเป็นหญิงในภายหลัง¹⁰⁹ และผู้นั้นต้องมีได้เป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้กระทำ อย่างไรก็ตามหากชายหญิงอยู่กินด้วยกันโดยมิได้จดทะเบียนสมรส แล้วชายกระทำการดังกล่าวในขณะที่แยกกันอยู่ชายอาจยกการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงตามมาตรา 62 ขึ้นเป็นข้อต่อสู้ให้ไม่ต้องรับผิดได้¹¹⁰

ในส่วนของการกระทำ บทบัญญัติได้กำหนดลักษณะของการกระทำที่ถือเป็นการข่มขืนเพิ่มเติมจากกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ในบางประการ กล่าวคือ ยังคงบัญญัติเรื่องการขู่เชี้ยและการใช้กำลังประทุษร้ายไว้ เพียงแต่เพิ่มเติมลักษณะของการกระทำที่หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เช่น ป่วยเป็นโรคมึ่วร่างกายอ่อนเพลีย¹¹¹ และแก้ไขลักษณะของการกระทำที่เป็นการใช้อุบายหลอกลวงหญิง ให้จำกัดเฉพาะการทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น เนื่องจาก การหลอกลวงประการอื่นจนหญิงสมัครใจให้กระทำชำเรานั้นไม่ควรเป็นความผิดอาญา¹¹² ทั้งนี้ รายละเอียดในส่วนของการกระทำ ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงในหัวข้อถัดไป

อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายอาญามีได้บัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราอย่างผิดธรรมดาตามนุษย์ดังที่ปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยกรณีของการกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์กับชายหรือหญิง ที่ประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาให้เหตุผลในการตัดการกระทำดังกล่าวว่า “เพราะศีลธรรมของคนไทยไม่ถึงขั้นที่จะมีบทบัญญัติห้าม เป็นเรื่องความยินยอมซึ่งอาจเป็นการผิดศีลธรรม แต่ไม่เป็นการขัดต่อกฎหมาย ควรเอาผิด

¹⁰⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 250/2510 (เนติบัณฑิตยสภา) 196, ที่ 59/2524 (เนติบัณฑิตยสภา) 63.

¹⁰⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 384/2545 (เนติบัณฑิตยสภา) 144.

¹⁰⁸ จิตติ ดิงศรัทธี (เชิงอรรถ 91) 734-735.

¹⁰⁹ เพิ่งอ้าง 734.

¹¹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 430/2532 (เนติบัณฑิตยสภา) 394.

¹¹¹ ผู้เขียนเข้าใจว่า น่าจะหมายถึงโรคกล้ามเนื้ออ่อนแรง ซึ่งไม่สามารถเคลื่อนไหวร่างกายได้

¹¹² หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ศึกษาทางคำพิพากษาศาลฎีกา (พิมพ์ครั้งที่ 2, โรงพิมพ์เฟื่องอักษร 2511) 1128-1129.

ต่อเมื่อเป็นการใช้กำลังหรือขู่เข็ญหรือทำกับเด็ก”¹¹³ ดังนั้น หากเป็นการล่อลวงล้าทางทวารหนักหรือช่องทางอื่น ผู้กระทำจึงต้องรับผิดชอบกระทำอนาจารแทน¹¹⁴ ส่วนกรณีของการกระทำชำเรากับสัตว์ พระยาอัศพลีธรรมประคัลภ์ อนุกรรมการ ให้เหตุผลของการตัดการกระทำดังกล่าวว่า “คนทำอย่างนั้น ขายหน้า เข้าเพื่อนฝูงไม่ได้อยู่แล้ว”¹¹⁵

2.1.3 องค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในระบบกฎหมายไทย

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนกล่าวถึงเฉพาะองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ในส่วนของการกระทำตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา โดยความผิดฐานดังกล่าวประกอบด้วย การกระทำ 2 ส่วน ได้แก่ การข่มขืน และการกระทำชำเรา ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

2.1.3.1 ลักษณะของการข่มขืน

การข่มขืน หมายถึง การฝืนใจหรือบังคับใจผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นความผิด ต่อเสรีภาพตามมาตรา 309¹¹⁶ โดยมาตรา 276 ได้จำแนกลักษณะของการกระทำที่ถือเป็นการฝืนใจหรือบังคับใจของผู้ถูกกระทำออกเป็น 4 ลักษณะไว้โดยเฉพาะ ซึ่งยังไม่เคยมีการแก้ไขเพิ่มเติมนับแต่ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่

1) การขู่เข็ญ เป็นกรณีที่ทำให้ผู้ถูกขู่เข็ญกลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน สิทธิ ฐานะทางสังคม หรือฐานะทางเศรษฐกิจ โดยผู้ที่จะได้รับอันตรายไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ถูกขู่เข็ญ อาจเป็นบุคคลอื่นที่มีความเกี่ยวข้องกับผู้ถูกขู่เข็ญก็ได้¹¹⁷ เช่น บิดา มารดา หรือบุตร ทั้งนี้ การขู่เข็ญดังกล่าวต้องถึงขนาดทำให้ผู้ถูกกระทำหมดโอกาสที่จะเลือกจนยอมให้กระทำชำเรา เช่น ขู่ลูกจ้างต่างดาวหญิงว่าหากไม่ให้กระทำชำเรา จะส่งตัวให้ตำรวจดำเนินคดีในข้อหาหลบหนีเข้าเมือง แต่หากยังมีโอกาสเลือกโดยไม่เกิดอันตรายแก่ตนย่อมไม่เป็นการขู่เข็ญตามมาตรา 276 เช่น ขู่หญิงว่า ถ้าไม่ยอมให้กระทำชำเรา จะเปิดเผยเรื่องที่หญิงถูกข่มขืนกระทำชำเราให้ผู้อื่นรู้ หญิงจึงยอมให้กระทำชำเราเพื่อปิดปากผู้ข่มขืนให้ออฉาน¹¹⁸

¹¹³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ‘รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 279/63/2485’ (19 กุมภาพันธ์ 2485) 11.

¹¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518 (เนติบัณฑิตยสภา) 953.

¹¹⁵ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (เชิงอรธ 113) 10.

¹¹⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ* (พิมพ์ครั้งที่ 17, วิญญูชน 2562) 201.

¹¹⁷ จิตติ ดิงศรัทีย (เชิงอรธ 91) 734.

¹¹⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ (เชิงอรธ 116) 202.

2) การใช้กำลังประทุษร้าย ซึ่งเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 1(6) กล่าวคือ เป็นการกระทำที่มีรูปร่างเพื่อให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้ถูกระทำ ไม่รวมถึงเพื่อให้เกิดอันตรายแก่เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สิน ซึ่งโดยตัวมันเองนั้น ถือเป็นความผิดแยกอีกฐานต่างหาก¹¹⁹ ทั้งนี้ การใช้กำลังประทุษร้ายดังกล่าวต้องเป็นการกระทำที่แยกออกจากการกระทำซ้ำเราซึ่งโดยตัวมันเองเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายเช่นกัน¹²⁰

3) การทำให้ผู้ถูกระทำอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เป็นกรณีที่ผู้ถูกระทำจำยอมให้กระทำโดยมิได้เกิดจากความสมัครใจ โดยอาจมีสาเหตุจากตัวผู้ถูกระทำเองที่ตกอยู่ในภาวะดังกล่าว เช่น นอนหลับ ป่วยหนัก เป็นอัมพาต ไม่รู้สึกตัว หมดสติ มึนเมา วิกจริต หรือพิการทางร่างกาย¹²¹ หรือมีสาเหตุจากการกระทำของผู้กระทำ เช่น ถูกพรรถพวงของชายข่มขืน จึงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนคนที่กระทำต่อไปได้¹²² หลอกผู้ป่วยหญิงให้เข้าใจผิดว่า จะผ่าตัดหรือจะตรวจดูทารกในครรภ์ด้วยวิธีอัลตราซาวด์ผ่านช่องคลอด แต่กลับใช้อวัยวะเพศกระทำซ้ำเราแทน ซึ่งเป็นการหลอกลวงในสภาพของการกระทำ (fraud in the factum)¹²³ แต่ไม่รวมถึงการหลอกลวงในมูลเหตุ (fraud in the inducement/purpose) ซึ่งหญิงรู้ว่าเป็นการกระทำซ้ำเรา แต่ยินยอมให้กระทำเพราะถูกชายหลอกโดยอ้างเหตุบางประการ เช่น หลอกว่าจะสมรสด้วย¹²⁴ ซึ่งตรงกับข้อยกเว้นในการใช้อุบายหลอกลวงตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

อย่างไรก็ตาม ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รณกรณ์ บุญมี เห็นว่า ไม่อาจตีความการหลอกลวงในสภาพของการกระทำให้รวมอยู่ในนิยามของการทำให้ผู้ถูกระทำอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ด้วยเหตุผลดังนี้

1. หากตีความดังเช่นที่กล่าวข้างต้น จะเป็นผลให้การทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่น ซึ่งเป็นการข่มขืนในรูปแบบที่ 4 นั้น ไม่มีที่ให้ปรับใช้ เนื่องจากการทำให้เข้าใจผิดดังกล่าวย่อมถือเป็นการกระทำหนึ่งที่รวมอยู่ในความหมายของการทำให้ผู้ถูกระทำอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้แล้ว

¹¹⁹ จิตติ ดิงศภัทย์ (เชิงอรรถ 91) 740.

¹²⁰ รณกรณ์ บุญมี, 'การข่มขืนกระทำซ้ำเราโดยหลอกลวง: วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1007/2557 และการกระทำอื่น ๆ' (2560) 3 นิติศาสตร์ 647, 656.

¹²¹ จิตติ ดิงศภัทย์ (เชิงอรรถ 91) 740-741.

¹²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2759/2532 (เนติบัณฑิตยสภา) 2035.

¹²³ จิตติ ดิงศภัทย์ (เชิงอรรถ 91) 741.

¹²⁴ จิตติ ดิงศภัทย์ (เชิงอรรถ 91) 741-742; รณกรณ์ บุญมี (เชิงอรรถ 120) 653-654.

2. กฎหมายไทยบัญญัติคำว่า “การทำให้ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถชดเชยได้” ไว้แตกต่างจากตำรากฎหมายของสหรัฐอเมริกาและอินเดียที่ศาสตราจารย์จิตติ ติงศรัทีย นำมาใช้เป็นฐานในการอธิบายเทียบเคียงเป็นอย่างมาก กล่าวคือ บางมลรัฐในสหรัฐอเมริกา ยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดนิยามของการข่มขืนกระทำชำเรา ประกอบกับมิได้มีนิติวิธีที่กำหนดให้ต้องตีความกฎหมายอาญาโดยเคร่งครัดดังเช่นกฎหมายไทย ส่วนประมวลกฎหมายอาญาอินเดียได้บัญญัติรูปแบบที่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้อย่างกว้างขวางถึง ๖ รูปแบบ โดยสองรูปแบบแรกกำหนดเพียงว่า ต้องเป็นการกระทำชำเราที่ขัดต่อเจตจำนงหรือโดยปราศจากความยินยอมของหญิง ดังนั้น การนำกฎหมายต่างประเทศข้างต้นมาใช้เพื่อประกอบการตีความคำว่า “การทำให้ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถชดเชยได้” ที่ปรากฏในกฎหมายไทยจึงไม่ถูกต้อง

3. ในชั้นของการยกร่างบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาได้ยกกรณีที่แพทย์บอกหญิงว่าจะทำการรักษา แต่กลับกระทำชำเราหญิงนั้นในฐานะตัวอย่างของการใช้กลอุบายเท่านั้น ไม่รวมถึงในฐานะตัวอย่างของการทำให้ผู้ถูกกระทำอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถชดเชยได้

ด้วยเหตุนี้ ผู้ที่กระทำชำเราด้วยการหลอกลวงในลักษณะดังกล่าว จึงรับผิดเพียงฐานกระทำอนาจาร¹²⁵ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนไม่เห็นพ้องกับความเห็นข้างต้นเนื่องจากเมื่อพิจารณารายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาโดยละเอียด จะพบว่า ที่ประชุมอนุกรรมการยังคงมีเจตนาที่มุ่งจะให้การขึ้นใจไม่ว่าด้วยวิธีใด เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งรวมถึงกรณีที่แพทย์หลอกลวงหญิงว่าจะทำการรักษา แต่กลับกระทำชำเราหญิงแทนด้วย¹²⁶ โดยที่ประชุมอนุกรรมการเพียงแต่บัญญัติการใช้อุบายหลอกลวงแยกออกมาเป็นพิเศษ เฉพาะกรณีที่ให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่น¹²⁷ ประกอบกับเมื่อพิจารณาสถานการณ์ของการหลอกลวงในสภาพของการกระทำซึ่งเป็นการหลอกลวงถึงขนาดที่ผู้ถูกกระทำไม่รู้ว่าเป็นการกระทำชำเราแล้ว ย่อมเห็นได้ชัดว่า เป็นสถานการณ์ที่ผู้ถูกกระทำมิได้ยินยอมในการกระทำชำเรานั้น และโดยสภาพแล้ว ผู้ถูกกระทำย่อมอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถชดเชยได้ ดังจะเห็นได้จากกรณีที่แพทย์ได้หลอกลวงหญิงว่าจะทำการรักษา ย่อมเป็นผลให้หญิงต้องนอนนิ่งและไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยปริยาย

¹²⁵ วรรณกรรม บุญมี (เชิงอรรถ 120) 658-660.

¹²⁶ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ‘รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 274/47/2485’ (6 กุมภาพันธ์ 2485) 5.

¹²⁷ เพิ่งอ้าง 10.

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นพ้องกับความเห็นที่ว่า การทำให้ผู้ถูกระทำ อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้รวมถึงการหลอกลวงในสภาพของการกระทำด้วย และยังเห็นว่า ความเห็นดังกล่าวมิได้ขัดต่อหลักที่กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด เนื่องจากเป็นการตีความ โดยขยายความที่มีได้เกินไปจากเจตนารมณ์ของบทบัญญัติที่ประสงค์จะลงโทษการกระทำซ้ำเราที่เป็น การขึ้นใจผู้ถูกระทำ ซึ่งนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่เห็นว่า การตีความดังกล่าวสามารถกระทำได้ แม้จะเป็นผลร้ายต่อผู้กระทำก็ตาม

4) การทำให้ผู้ถูกระทำเข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่น คือ การสำคัญผิดใน ตัวบุคคล มิใช่คุณสมบัติของบุคคล เช่น ทำให้หญิงเข้าใจผิดว่า ตนเป็นสามีของหญิงนั้น แต่ไม่รวมถึง กรณีที่หลอกหญิงว่าได้สมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งที่จริงแล้วมิได้ทำโดยชอบด้วยกฎหมาย¹²⁸ ทั้งนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แล้ว การทำให้ผู้ถูกระทำเข้าใจผิดว่า เป็นบุคคลอื่นนั้นถือเป็นส่วนหนึ่งของการใช้กลอุบายหลอกลวง

2.1.3.2 นิยามของการกระทำซ้ำเรา

ช่วงระยะเวลา 50 ปีแรกของการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ยังมิได้มีการกำหนดนิยามของการกระทำซ้ำเราแต่อย่างใด ดังนั้น ในการพิจารณาว่า การกระทำใด ถือเป็น การกระทำซ้ำเราจึงอยู่ในดุลพินิจของศาลเป็นรายกรณี โดยศาลฎีกาในช่วง ระยะเวลา นั้นได้ ดำเนินตามแนวการวินิจฉัยของศาลฎีกาที่มีมาตั้งแต่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มีผลใช้บังคับ กล่าวคือ ต้องเป็นการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ โดยที่ของลับชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในของลับหญิง¹²⁹ แม้จะเพียงเล็กน้อยราว 1 องคุลี (เท่ากับข้อปลายของนิ้วกลาง)¹³⁰ ก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว¹³¹ ทั้งนี้ หลักฐานทางการแพทย์อย่างหนึ่ง que แสดงถึงการล่วงล้ำดังกล่าว คือ การฉีกขาดของเยื่อพรหมจารี¹³²

¹²⁸ จิตติ ดิงศภัทย์ (เชิงอรรถ 91) 742.

¹²⁹ คำว่า ของลับหญิง ในทางการแพทย์ ประกอบด้วยแคมใหญ่ซึ่งเป็นส่วนนอกสุด ตามด้วย แคมเล็ก เยื่อพรหมจารี และช่องคลอดซึ่งเป็นส่วนในสุด อย่างไรก็ตาม ในทางพิจารณาของศาลไทย การล่วงล้ำเข้าไปในของลับหญิงต้องเป็นกรณีที่อวัยวะเพศชายผ่านเข้าไปในช่องคลอดหญิง. ณรงค์ สิงห์ประเสริฐ, ‘ความเห็นของแพทย์ในปัญหาการกระทำซ้ำเราที่ผิดกฎหมาย’ (2518) 4 ตุลาคม 4, 12.

¹³⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ (เชิงอรรถ 1) 695.

¹³¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509 (เนติบัณฑิตยสภา) 144.

¹³² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 848/2548 (เนติบัณฑิตยสภา) 125.

สอดคล้องกับความเห็นของศาสตราจารย์เกียรติคุณ นายแพทย์ณรงค์ สิงห์ประเสริฐ ที่ว่า “การฉีกขาดของเยื่อพรหมจารีเกิดจากการนำอวัยวะเพศชายดันเข้าไป ซึ่งชี้ให้เห็นว่า อวัยวะเพศชาย

หากชายมีเจตนากระทำชำเราและได้กระทำถึงขั้นใกล้ชิดต่อผล กล่าวคือ ได้ใช้อวัยวะเพศของตนจรดที่ปากช่องคลอดแล้ว แต่ไม่สามารถสอดใส่อวัยวะเพศของตนได้ เนื่องจากอวัยวะเพศของหญิงซึ่งเป็นเด็กอายุ 8 ปี มีขนาดเล็ก¹³³ ชายต้องรับผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา แต่หากการกระทำของชายยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำชำเราได้ กล่าวคือ ยังมีได้ปลดเปลื้องเสื้อผ้าที่ปิดกั้นอวัยวะเพศทั้งของตนและของหญิง และหญิงนั้นยังอยู่ในสภาพที่สามารถจะขัดขืนได้ เช่น ชายขืนคร่อมเอาหัวเข่ากดต้นขาไว้แล้วก้มลงกอดที่แก้มและถลกผ้าชิ้นของหญิงขืน¹³⁴ ชายคร่อมท้องน้อยของหญิง โดยชายและหญิงยังนั่งกางเกงในอยู่¹³⁵ ชายต้องรับผิดเพียงฐานกระทำอนาจาร¹³⁶

ได้เข้าไปในช่องคลอดแล้วด้วยเหตุผล 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก ปลายอวัยวะเพศชายมีลักษณะเป็นรูปโค้ง ดังนั้น หากผ่านรูระหว่างเยื่อดังกล่าวได้ ย่อมแสดงว่าส่วนปลายได้ล่วงล้ำแล้ว โดยอาจล่วงล้ำ 1 มิลลิเมตร และประการที่สอง เยื่อพรหมจารีสามารถยืดหดได้ ดังนั้น เมื่อถูกอวัยวะเพศชายดันเข้าไปในครั้งแรก เยื่อนั้นจะยืดตัวเข้าไปในช่องคลอดโดยไม่เกิดการฉีกขาด แต่เมื่อถูกอวัยวะเพศชายดันเข้าไปอีกครั้งก็จะทำให้เยื่อนั้นฉีกขาด”. ณรงค์ สิงห์ประเสริฐ, ‘ความเห็นของแพทย์ในปัญหาการกระทำชำเราที่ผิดกฎหมาย’ (2518) 4 ตุลาคม 4, 15.

¹³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4166/2547 (เนติบัณฑิตยสภา) 749.

ศาลฎีกาถือว่า อวัยวะเพศของหญิงที่มีขนาดเล็กตามธรรมชาติมิใช่ปัจจัยที่ทำให้การข่มขืนกระทำชำเราไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ตามมาตรา 81 เนื่องจากปัจจัยดังกล่าวต้องปรากฏในรูปของหญิงที่ไม่มีช่องคลอดมาแต่กำเนิด ซึ่งไม่ว่าอย่างไรก็ตาม ชายย่อมไม่อาจสอดใส่อวัยวะเพศของตนเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงนั้นได้

¹³⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1685/2516 (เนติบัณฑิตยสภา) 1293.

¹³⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2268/2529 (เนติบัณฑิตยสภา) 1160.

¹³⁶ อย่างไรก็ตาม มีนักวิชาการบางท่านเห็นแย้งกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว เช่น ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ซึ่งเห็นว่า หากสามารถกระทำต่อไปได้จนผลสำเร็จ โดยไม่สะดุดหยุดยั้งก็น่าจะถือว่าใกล้ชิดต่อผลแล้ว ผู้กระทำจึงต้องรับผิดฐานพยายาม โดยไม่คำนึงว่า ชายหรือหญิงได้ถอดเสื้อผ้าหรือไม่. จิตติ ติงศภัทย์ (เชิงอรรถ 91) 737. และศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ซึ่งเห็นว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราประกอบด้วย การข่มขืนใจและการกระทำชำเรา เมื่อผู้กระทำได้กระทำส่วนหนึ่งส่วนใด เช่น ข่มขืนใจหรือช่วยจับแขนขาหญิง ก็น่าจะต้องถือว่าลงมือแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องรอถึงขั้นได้ปลดเปลื้องเสื้อผ้าหรือถอดกางเกงในเสียก่อน. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง* (พิมพ์ครั้งที่ 42, วิญญูชน 2562) 456.

จนกระทั่งปี พ.ศ. 2550 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศครั้งสำคัญ ด้วยเหตุผลที่ว่า มาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 286 เป็นบทบัญญัติที่มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ¹³⁷ โดยในส่วนของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา 276 นั้น มีการแก้ไขประเภทของผู้ถูกระทำในวรรคแรกและเพิ่มเติมนิยามของการกระทำชำเราเป็นครั้งแรกในวรรคสอง ซึ่งเป็นผลให้เกิดการขยายขอบเขตของเจตนากรรมของความผิดฐานดังกล่าว จากที่แต่เดิมมุ่งคุ้มครองเฉพาะผู้ถูกระทำเพศหญิงซึ่งเป็นเพศที่อ่อนแอและได้รับผลกระทบที่ร้ายแรงกว่า กลายเป็นคุ้มครองเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเองแก่บุคคลทุกเพศ โดยมีรายละเอียดดังนี้

1) แก้ไขประเภทของผู้ถูกระทำ จาก “หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน” เป็น “ผู้อื่น” เป็นผลให้ผู้ถูกระทำจะเป็นเพศใดก็ได้ รวมถึงบุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศด้วย และในขณะเดียวกันก็เป็นผลให้ผู้กระทำจะเป็นเพศใดก็ได้เช่นกัน ไม่จำกัดว่าต้องเป็นชายเหมือนแต่เดิม นอกจากนี้ ยังเป็นผลให้การข่มขืนกระทำชำเราสามีหรือภริยาของตนกลายเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอีกด้วย¹³⁸

2) เพิ่มเติมนิยามของการกระทำชำเรา โดยใช้คำว่า “การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”

จะเห็นได้ว่า นิยามของการกระทำชำเราข้างต้นมีขอบเขตกว้างมาก กล่าวคือ นอกจากการกระทำชำเราตามธรรมชาติแล้ว ยังรวมถึงการกระทำชำเราผิดธรรมชาติตามนุษย์ และการใช้สิ่งอื่นในการกระทำชำเรา แต่จำกัดเพียงว่า ต้องเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำเอง ไม่รวมถึงการกระทำด้วยเจตนาพิเศษอื่น เช่น กระทำด้วยความแค้นหรือสนองความใคร่

¹³⁷ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 หมายเหตุ. อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ เห็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวมิได้ก่อให้เกิดความเสมอภาคระหว่างชายหญิงแต่อย่างใด เนื่องจากความเสมอภาค “มิใช่การให้ที่เท่ากัน แต่หมายถึงการให้ในสิ่งที่เขาควรจะได้ แม้ว่าจะไม่เหมือนกับคนอื่นก็ตาม” เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบัญญัติขึ้นด้วยวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองหญิงจากการล่วงล้ำของชาย แต่การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวกลับทำให้หญิงกลายเป็นผู้ถูกระทำผิดมากขึ้น ขณะที่ชายก็ได้รับความคุ้มครองเพิ่มขึ้น. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ‘กลุ่มผู้หญิงเรียกร้องสิทธิข่มขืนผู้ชาย’ (2542) 1 นิติศาสตร์ 161, 161-162.

¹³⁸ รณกรณ์ บุญมี (เชิงอรรถ 90) 162.

ของผู้เสียหาย¹³⁹ ซึ่งการกำหนดนิยามดังกล่าวเป็นไปเพื่อให้สอดคล้องกับประเภทของผู้ถูกระงับที่ ได้รับการแก้ไข ทั้งนี้ รายละเอียดของการกระทำชำเราตามนิยามดังกล่าวแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ ตามวัตถุหรือสิ่งที่ใช้กระทำ ได้แก่

1) การใช้อวัยวะเพศกระทำ

ต้องเป็นการ “กระทำต่อ” อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก ของผู้อื่น ซึ่งคำว่า “กระทำต่อ” นั้น ศาลฎีกายังคงยึดถือตามแนวการวินิจฉัยเดิม กล่าวคือ ต้องได้ ล้วงล้ำหรือสอดใส่ (penetrate) เข้าไปในอวัยวะใดอวัยวะหนึ่งจากอวัยวะทั้งสามข้างต้น โดยเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็น “การขยายขอบเขตของการกระทำชำเราในส่วนของอวัยวะที่ถูกกระทำ. . . ไม่จำเป็นต้องเป็นที่อวัยวะเพศ จะเป็นที่ทวารหนักหรือที่ช่องปากก็ได้ และสิ่งที่ใช้ในการกระทำ ไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศเท่านั้น จะเป็นสิ่งอื่นใดก็ได้ ดังนั้น การกระทำชำเรา. . . จึงยังคงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดให้ล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากด้วย เพราะ ไม่เช่นนั้นแล้วเพียงการสัมผัสภายนอกกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ไม่ว่าจะด้วย อวัยวะส่วนใดหรือด้วยวัตถุสิ่งใดก็จะเป็นการกระทำชำเราไปเสียทั้งหมด. . .”¹⁴⁰

จากแนวการวินิจฉัยที่กำหนดให้ต้องมีการล้วงล้ำหรือสอดใส่ จึงเป็นผลให้นักวิชาการบางท่านเห็นว่า อวัยวะเพศที่ใช้ล้วงล้ำมิได้เฉพาะอวัยวะเพศชาย ไม่รวมถึง อวัยวะเพศหญิง เนื่องจากการล้วงล้ำตามธรรมชาติต้องเป็นการสอดอวัยวะเพศเข้าไปในอวัยวะช่องใด ช่องหนึ่งที่กำหนดไว้ ซึ่งอวัยวะเพศหญิงไม่สามารถกระทำเช่นนั้นกับอวัยวะเพศชายได้ ดังนั้น ในกรณี ที่หญิงใช้อวัยวะเพศของตนสวมอวัยวะเพศชายจึงรับผิดเพียงฐานกระทำอนาจาร เว้นแต่จะตีความ ขยายให้การสวมดังกล่าวเป็นการล้วงล้ำลักษณะหนึ่งด้วย¹⁴¹ และด้วยเหตุนี้ การกระทำระหว่างเพศ เดียวกันจึงเป็นไปได้เฉพาะชายกับชายซึ่งใช้อวัยวะเพศของตนล้วงล้ำไปในทวารหนักหรือช่องปากของ

¹³⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ (เชิงอรรด 1) 698-699.

¹⁴⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1390/2555 (สำนักงานศาลยุติธรรม) 2: 57.

¹⁴¹ ในประเทศอังกฤษ การที่หญิงผู้กระทำให้ชายนำอวัยวะเพศของตนสอดเข้ามาใน อวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้กระทำเอง เรียกว่า การบังคับให้ล้วงล้ำ (Forced-to-penetrate case) ซึ่งไม่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในระบบกฎหมายอังกฤษ. Siobhan Weare, ‘Forced-to-penetrate case: lived experiences of men’ (Faculty of Arts and Social Sciences, Lancaster University 2017) 1.

อีกฝ่าย ส่วนในกรณีหญิงกับหญิงนั้น ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นการกระทำชำเรา เนื่องจากคงกระทำได้มากที่สุดเพียงใช้อวัยวะเพศของตนสอดใส่กับอวัยวะช่องทางอื่นของอีกฝ่าย¹⁴²

ทั้งนี้ หากผู้กระทำมีเจตนากระทำชำเรา แต่ได้ใช้อวัยวะเพศชายของตนสอดใส่กับอวัยวะเพศหญิงผู้เสียหายเท่านั้น โดยที่ยังมิได้มีการสอดใส่ จึงเป็นการพยายามกระทำชำเราเช่นเดิม¹⁴³ และหากการกระทำของผู้กระทำนั้นยังไม่อยู่ในลักษณะที่ใกล้ชิดพร้อมที่จะใช้อวัยวะเพศของตนสอดใส่ เช่น เพียงแต่ถอดกางเกงชั้นในของหญิงออก แล้วจับหน้าอกและอวัยวะเพศของหญิง โดยชายยังสวมกางเกงอยู่ ชายก็ต้องรับผิดชอบเพียงฐานกระทำอนาจารเช่นเดิม¹⁴⁴

ส่วนกรณีที่เป็นการใช้อวัยวะเพศล้วงล้ำในช่องปากนั้น ศาลฎีกาเห็นว่า เฉพาะกรณีที่ผู้เสียหายยอมอวัยวะเพศของผู้กระทำเท่านั้นที่เป็นการกระทำชำเรา ส่วนกรณีที่ผู้เสียหายเลียอวัยวะเพศของผู้กระทำเป็นเพียงความผิดฐานกระทำอนาจาร เนื่องจากช่องปากเป็นที่ว่างในปาก ซึ่งมีปากเป็นทางเข้าออก ต้องผ่านปากเข้าไปก่อนจึงจะถึงช่องปาก เมื่ออวัยวะเพศของผู้กระทำมิได้เข้าไปในปากของผู้เสียหาย ย่อมถือไม่ได้ว่าผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตนกระทำกับช่องปากของผู้เสียหาย จึงไม่เป็นการกระทำชำเรา¹⁴⁵ ทั้งนี้ ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยในข้อเท็จจริงที่ว่า ผู้กระทำผลักผู้เสียหายให้ล้มลงนอนกับพื้น แล้วขึ้นคร่อมทับหน้าอกของผู้เสียหาย พยายามบังคับให้ผู้เสียหายยอมอวัยวะเพศของผู้กระทำ โดยจับใส่ปาก แต่ผู้เสียหายขัดขืนสลับหน้า ดังนั้น การพยายามบังคับผู้เสียหายข้างต้นถือเป็นการพยายามกระทำชำเรา¹⁴⁶

2) การใช้สิ่งอื่นกระทำ

อาจเป็นอวัยวะอื่นนอกจากอวัยวะเพศ เช่น นิ้วมือ ช่องปาก หรือทวารหนัก¹⁴⁷ หรือเป็นสิ่งของ เช่น อวัยวะเพศเทียม โดยต้องกระทำต่ออวัยวะเพศหรือทวารหนัก

¹⁴² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ (เชิงอรรถ 116) 202-203.

¹⁴³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5448/2557 (สำนักงานศาลยุติธรรม) 3: 129.

¹⁴⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6816/2554 (สำนักงานศาลยุติธรรม) 7: 143.

¹⁴⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15309/2553 <<https://deka.supremecourt.or.th>> สืบค้นเมื่อ 20 มิถุนายน 2564.

¹⁴⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4909-4910/2555 (สำนักงานศาลยุติธรรม) 3: 146-148.

¹⁴⁷ ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6336/2557 จำเลยใช้ปากอมอวัยวะเพศของผู้เสียหายและจับอวัยวะเพศใส่เข้าไปในทวารหนักของจำเลย ศาลฎีกาถือว่า เป็นการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ จึงเป็นการกระทำชำเรา

ของผู้อื่น แต่ไม่รวมช่องปาก ซึ่งคำว่า “กระทำต่อ” ต้องเป็นการสอดใส่หรือล่วงล้ำเช่นเดียวกัน¹⁴⁸ ทั้งนี้ การกระทำชำเราตามลักษณะข้างต้นสามารถเกิดขึ้นได้ทั้งในระหว่างชายต่อหญิง หญิงต่อชาย ชายต่อชาย หรือหญิงต่อหญิง¹⁴⁹ ดังนั้น ผู้ลงมือกระทำชำเราตามลักษณะข้างต้นจึงอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้

ต่อมาในปี พ.ศ. 2562 ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศอีกครั้งในส่วนที่ว่าด้วยนิยามของการกระทำชำเรา เพื่อให้เกิดความชัดเจนและสอดคล้องกับลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติ¹⁵⁰ โดยแยกไปบัญญัติในบทนิยาม มาตรา 1 (18) ด้วยถ้อยคำที่แก้ไขว่า “กระทำชำเรา หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น”

จะเห็นได้ว่า นิยามของการกระทำชำเราที่แก้ไขข้างต้นเป็นไปตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่กำหนดให้ผู้กระทำต้องใช้อวัยวะของตนล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะของผู้ถูกระทำ โดยสิ่งที่ใช้กระทำจะจำกัดเฉพาะอวัยวะเพศ โดยไม่รวมถึงวัตถุอื่น ๆ ส่วนอวัยวะที่ถูกกระทำจะแบ่งเป็นกระทำต่ออวัยวะเพศซึ่งเป็นการกระทำชำเราตามธรรมชาติ และกระทำต่อทวารหนักหรือช่องปากซึ่งเป็นการกระทำชำเราผิดธรรมชาติตามนุษย์

ทั้งนี้ การใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นนอกจากอวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นซึ่งเดิมถือเป็นการกระทำชำเราด้วยนั้น ถูกย้ายไปเป็นเหตุเพิ่มโทษของความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรคสอง เรียกว่า การกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ โดยให้มีระวางโทษเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแทน ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ยังคงตระหนักว่า การล่วงล้ำดังกล่าวมีลักษณะที่รุนแรงและสร้างความเสียหายได้เท่ากับการข่มขืนกระทำชำเรา แม้การกระทำทั้งสองอาจจะถูกประณามจากสังคมในระดับที่แตกต่างกัน¹⁵¹

จากนิยามของการกระทำชำเราที่แก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2562 ส่งผลให้สามารถจำแนกรูปแบบของการกระทำชำเราที่เป็นไปได้ในปัจจุบันออกเป็น 5 รูปแบบตาม

¹⁴⁸ เกียรติขจร วิจารณ์สวัสดิ์, *กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2* (พิมพ์ครั้งที่ 6, บริษัทกรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด 2557) 443-444.

¹⁴⁹ เพิ่งอ้าง 444.

¹⁵⁰ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 หมายเหตุ.

¹⁵¹ ปกป้อง ศรีสนิท, ‘การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเรื่องเพศ : ความหมายใหม่และโทษใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเรา’ (The101.World, 19 กรกฎาคม 2562) <<https://www.the101.world/rape-in-thai-law/>> สืบค้นเมื่อ 25 พฤษภาคม 2564.

เพศสภาพของผู้ถูกระทำ (ไม่รวมถึงกรณีที่หญิงใช้อวัยวะเพศของตนสวมอวัยวะเพศชายของผู้ถูกระทำและกรณีที่เป็นการกระทำระหว่างหญิงกับหญิง) โดยสรุปเป็นตารางได้ ดังนี้

ตารางที่ 2.1 รูปแบบของการกระทำชำเราที่เป็นไปได้ในปัจจุบัน

อวัยวะที่ใช้กระทำ	อวัยวะที่ถูกกระทำ	ตัวอย่างลักษณะ
อวัยวะเพศ	อวัยวะเพศ	- อวัยวะเพศชาย สอดใส่ อวัยวะเพศหญิง
		- อวัยวะเพศหญิง สวม อวัยวะเพศชาย
	ทวารหนัก	- อวัยวะเพศชาย สอดใส่ ทวารหนักของชาย
		- อวัยวะเพศชาย สอดใส่ ทวารหนักของหญิง
	ช่องปาก	- อวัยวะเพศชาย สอดใส่ ช่องปากของชาย
		- อวัยวะเพศชาย สอดใส่ ช่องปากของหญิง

2.2 ข้อความคิดเกี่ยวกับการพิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหด

การข่มขืนกระทำชำเราที่ร่วมกันกระทำโดยบุคคลหลายคนถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการข่มขืนกระทำชำเราที่อุกอาจและสร้างผลกระทบต่อร่างกายและจิตใจของผู้เสียหายร้ายแรงกว่าการข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลคนเดียว จึงเป็นเหตุให้ระบบกฎหมายของหลายประเทศบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราลักษณะดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาอย่างชัดเจนและกำหนดให้ผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดดังกล่าวต้องรับโทษหนักขึ้น ทั้งนี้ ระบบกฎหมายไทยได้บัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราลักษณะดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาไว้เช่นกัน ซึ่งในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะเริ่มต้นจากแนวคิดสำคัญที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานดังกล่าว ได้แก่ ทฤษฎีทางจิตวิทยา หลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ ข้อความคิดว่าด้วยข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด และแนวคิดที่ว่าด้วยการแบ่งแยกผู้กระทำความผิดหลายคน จากนั้นจึงจะกล่าวถึงวิวัฒนาการและองค์ประกอบความผิดฐานดังกล่าว โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.2.1 ทฤษฎีทางจิตวิทยา

ในอดีต ทฤษฎีทางจิตวิทยาที่ใช้อธิบายการข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคน (Multiple Perpetrator Rape; MPR) ตั้งอยู่บนทฤษฎีเกี่ยวกับความรุนแรงทางเพศ

ซึ่งได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีทางจิตวิทยาและทฤษฎีทางสังคมวิทยาในขณะนั้น เช่น ทฤษฎีจิตวิเคราะห์ (Psychodynamic theory) ทฤษฎีทางสังคมวิทยาว่าด้วยการข่มขืนเป็นกลุ่ม (Sociology theory of group rape) กลุ่มทฤษฎีสตรีนิยม (Feminist Theories) และกลุ่มทฤษฎีว่าด้วยอำนาจ การควบคุม และพันธะของความเป็นชาย (Theories of power, control and male bonding) อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบัน นักวิชาการด้านจิตวิทยาบางกลุ่มได้เสนอทฤษฎีที่ใช้อธิบายการข่มขืนกระทำชำเราลักษณะดังกล่าวอย่างครอบคลุม เรียกว่า ทฤษฎีพหุปัจจัยในความผิดทางเพศที่กระทำโดยบุคคลหลายคน (Multi-Factorial Theory of Multiple Perpetrator Sexual Offending)¹⁵² โดยจำแนกปัจจัยที่ก่อให้เกิดการข่มขืนกระทำชำเราลักษณะดังกล่าวเป็น 3 ประการ ได้แก่ ปัจจัยเชิงตัวบุคคล ปัจจัยทางสังคม วัฒนธรรม และปัจจัยทางสถานการณ์ นอกจากนี้ ยังมีนักวิชาการด้านจิตวิทยาบางกลุ่มได้จำแนกรูปแบบของการข่มขืนกระทำชำเราลักษณะดังกล่าวที่เกิดขึ้นเป็น 4 รูปแบบ ได้แก่ ความใกล้ชิด ความรุนแรง ความรู้สึกทางเพศ และความผิดทางอาญา โดยรายละเอียดของปัจจัยและรูปแบบข้างต้น มีดังนี้

2.2.1.1 ปัจจัยที่ก่อให้เกิดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคล

หลายคน

Leigh Harkins แห่งมหาวิทยาลัย Ontario Institute of Technology และ Louise Dixon แห่งมหาวิทยาลัย Victoria University of Wellington ได้จำแนกถึงปัจจัยที่ก่อให้เกิดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคนเป็น 3 ประการ ได้แก่

1) ปัจจัยเชิงตัวบุคคล (Individual factors)

เป็นปัจจัยเกี่ยวกับลักษณะเฉพาะของบุคคลที่ช่วยเพิ่มโอกาสให้บุคคลนั้นกระทำความผิดฐานดังกล่าว¹⁵³ โดยสามารถแบ่งย่อยเป็น 4 ประเภท ได้แก่

1.1) ลักษณะเฉพาะทางประชากรศาสตร์ (Socio-demographic characteristics)

ตัวอย่างเช่น อายุและความเป็นชาติพันธุ์ (Ethnicity) ภูมิหลังทางการศึกษาและครอบครัว ซึ่งงานวิจัยส่วนใหญ่พบว่า ผู้กระทำความผิดฐานดังกล่าวมักมีอายุน้อยกว่าผู้ที่ข่มขืนกระทำชำเราเพียงคนเดียว โดยมีอายุช่วงประมาณ 20 ปีตอนต้นและมักเป็นชนกลุ่มน้อย

¹⁵² Teresa da Silva, Jessica Woodhams and Leigh Harkins, 'Multiple perpetrator rape: A critical review of existing explanatory theories' (2015) 25 *Aggression and Violent Behavior* 150, 150.

¹⁵³ เพิ่งอ้าง 151.

ของสังคม รวมทั้งมีระดับการศึกษาที่ต่ำและมาจากครอบครัวที่พ่อแม่แยกทางกัน อย่างไรก็ตาม ยังมีบางงานวิจัยที่พบว่า ผู้กระทำความผิดฐานดังกล่าวเป็นผู้ที่มีรายได้สูงและมีมารดาที่สำเร็จการศึกษาในอัตราที่สูงกว่าผู้ที่ไม่เคยข่มขืนกระทำชำเรา¹⁵⁴

1.2) ลักษณะเฉพาะทางบุคลิกภาพ (Personality traits)

งานวิจัยส่วนใหญ่พบว่า ผู้กระทำความผิดฐานดังกล่าวมิได้มีบุคลิกภาพภายนอกโดยรวมต่างจากบุคคลปกติ อย่างไรก็ตาม ในด้านสภาวะทางจิต พบว่า ผู้กระทำความผิดฐานดังกล่าวจะมีลักษณะกล่าวโทษไปที่ผู้เสียหาย (Blame externalization) คล้ายคลึงกับผู้ข่มขืนกระทำชำเราเพียงคนเดียว แต่จะมีลักษณะขาดความเห็นอกเห็นใจและยึดตนเป็นศูนย์กลาง (Machiavellian egocentricity) ที่สูงกว่า¹⁵⁵

1.3) ผลประโยชน์ทางเพศ (Sexual interests)

งานวิจัยส่วนใหญ่พบว่า ผู้กระทำความผิดฐานดังกล่าวจะมีแรงจูงใจที่เกิดจากการกระตุ้นทางเพศน้อยกว่าผู้ข่มขืนกระทำชำเราเพียงคนเดียว โดยแรงจูงใจอื่นที่มีได้เกี่ยวข้องในทางเพศกลับปรากฏให้เห็นมากกว่า เช่น กระทำไปเพื่อสนองความต้องการทางสังคม อย่างไรก็ตาม สิ่งที่ใช้ทำนายถึงผลประโยชน์ทางเพศในความผิดฐานดังกล่าว ได้แก่ รูปแบบความคิดที่บิดเบือน (Cognitive distortion) ซึ่งส่งเสริมให้เกิดการข่มขืนกระทำชำเรา ความรุนแรงที่สัมพันธ์กับการรับรู้ และจินตนาการทางเพศ (Sexual fantasies) ที่มีความเสี่ยงสูง¹⁵⁶

1.4) ความเป็นผู้นำ (Leadership)

พฤติกรรมดังกล่าวสามารถประเมินได้จากระดับของอิทธิพลที่บุคคลนั้นใช้ในการกระทำความผิดฐานดังกล่าว ซึ่งโดยทั่วไปจะแสดงให้เห็นผ่านการเข้าร่วมกระทำมากกว่าการสั่งโดยตรง ทั้งนี้ พฤติกรรมดังกล่าวอาจถือได้ว่าเป็นปัจจัยหลักในความผิดฐานดังกล่าว¹⁵⁷

จะเห็นได้ว่า ในส่วนของปัจจัยเชิงตัวบุคคลนั้น ยังคงมีผลการวิจัยที่ไม่สอดคล้องกันบางประการ ซึ่งความไม่สอดคล้องดังกล่าวนำไปสู่การจำแนกประเภทของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคน 4 รูปแบบตามลักษณะของผู้กระทำความผิด ได้แก่ ความใกล้ชิด (Intimacy) ความรุนแรง (Violence) ความรู้สึทางเพศ (Sexuality) และความผิดทางอาญา (Criminality) ดังจะได้อธิบายในหัวข้อ 2.1.1.2

¹⁵⁴ เฟ็งอ้าง 152-153.

¹⁵⁵ เฟ็งอ้าง 153.

¹⁵⁶ เฟ็งอ้าง 153.

¹⁵⁷ เฟ็งอ้าง 153.

2) ปัจจัยทางสังคมวัฒนธรรม (Socio-cultural factors)

เป็นปัจจัยว่าด้วยชนบธรรมเนียม ความเชื่อ และคุณค่าเกี่ยวกับผู้หญิง ความสัมพันธ์ทางเพศ และการใช้ความรุนแรง ที่เพิ่มโอกาสในการกระทำความผิดฐานดังกล่าว เช่น วัฒนธรรมการข่มขืน (Rape culture) ซึ่งแสดงถึงการปราศจากข้อจำกัดทางสังคม (Social constraint) ที่คอยยับยั้งมิให้ความรุนแรงทางเพศเกิดขึ้น ความเชื่อผิด ๆ เกี่ยวกับการข่มขืน (Rape myth) ซึ่งให้เหตุผลว่า การใช้ความรุนแรงทางเพศต่อผู้หญิงเป็นการกระทำที่ถูกต้อง และแนวคิดปิตาธิปไตยหรือชายเป็นใหญ่ (Patriarchy) ซึ่งกำหนดบทบาททางเพศ โดยให้เพศชายเป็นผู้ครอบงำหรือมีอำนาจเหนือกว่า (Dominant) ในขณะที่เพศหญิงเป็นเพียงผู้ถูกครอบงำหรือมีอำนาจน้อยกว่า (Submissive)¹⁵⁸

3) ปัจจัยทางสถานการณ์ (Situational factors)

เป็นปัจจัยว่าด้วยสภาพแวดล้อมที่เอื้อต่อการนำไปสู่ความผิดฐานดังกล่าว เช่น สโมสรนักศึกษาชายในมหาวิทยาลัย (Fraternity) ซึ่งมองความสัมพันธ์ทางเพศที่เกินจริงเป็นเรื่องธรรมดาสามัญ หรือสภาวะสงคราม ซึ่งยอมรับถึงความต้องการที่จะควบคุมหรือมีอำนาจเหนือผู้หญิง (Hostile masculinity) รวมทั้งโรงเรียนประจำ ซึ่งปรากฏให้เห็นถึงการมีอำนาจและไม่มีอำนาจหรือกลุ่มผู้ที่มีอาการใคร่เด็ก (Pedophile organizations) ซึ่งประกอบไปด้วยบุคคลที่มีทัศนคติหรือความเชื่อใกล้เคียงกัน¹⁵⁹

นอกเหนือจากการจำแนกปัจจัยทั้งสามประการแล้ว Leigh Harkins และ Louise Dixon ยังได้เสนอปฏิสัมพันธ์ระหว่างปัจจัยทั้งสามประการข้างต้น ซึ่งช่วยเพิ่มโอกาสในการกระทำความผิดฐานดังกล่าว ดังนี้

1) การซึมซับปัจจัยทางสังคมวัฒนธรรมอย่างฝังลึก (Internalization of sociocultural factors)

เป็นปฏิสัมพันธ์ระหว่างปัจจัยเชิงตัวบุคคลและปัจจัยทางสังคมวัฒนธรรม กล่าวคือ แบบแผนและความเชื่อทางสังคมวัฒนธรรมที่ถูกซึมซับจะมีอิทธิพลต่อทัศนคติและความรู้ความเข้าใจของบุคคลนั้น ซึ่งหากมีทัศนคติทางเพศที่บิดเบือน ย่อมเพิ่มโอกาสที่บุคคลจะกระทำความผิดฐานดังกล่าว เช่น เชื่อว่าตนมีสิทธิที่จะร่วมเพศกับหญิงใดก็ได้¹⁶⁰

¹⁵⁸ เฟิงอ่าง 153.

¹⁵⁹ เฟิงอ่าง 154.

¹⁶⁰ เฟิงอ่าง 155.

2) กระบวนการกลุ่ม (Group processes)

เป็นปฏิสัมพันธ์ระหว่างปัจจัยเชิงบุคคลและปัจจัยทางสถานการณ์ ซึ่งถือเป็นลักษณะเฉพาะและปัจจัยสำคัญที่ปรากฏในความผิดทางเพศที่กระทำโดยบุคคลหลายคน¹⁶¹ โดยแนวคิดบางประการของกระบวนการกลุ่มสามารถนำมาอธิบายการเกิดขึ้นของความผิดลักษณะดังกล่าวได้ ดังนี้

- การเปรียบเทียบทางสังคม (Social comparison)

เป็นแนวคิดที่อธิบายว่า การกระทำความผิดฐานดังกล่าวเกิดจากการตอบสนองต่อความต้องการที่จะเป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มและได้รับความรักจากกลุ่ม โดยผู้กระทำเห็นว่า การร่วมกระทำนั้นจะทำให้ตนได้รับการยอมรับจากผู้กระทำผิดคนอื่นและรักษาไว้ซึ่งการเป็นสมาชิกของกลุ่ม แม้โดยแท้จริง ตนมิได้ประสงค์จะกระทำความผิดฐานดังกล่าว¹⁶²

- การมีอำนาจเหนือทางสังคม (Social dominance)

เป็นแนวคิดที่อธิบายว่า การกระทำความผิดฐานดังกล่าวเกิดจากการตอบสนองต่อความต้องการที่จะควบคุมบุคคลอื่นซึ่งตนเห็นว่าด้อยกว่าตน ไม่ว่าจะเป็นในเชิงอายุ เพศชาติพันธุ์ หรือศาสนา ทั้งนี้ นอกจากการควบคุมเหนือตัวผู้เสียหายแล้ว หัวหน้าในการกระทำความผิดฐานดังกล่าวยังต้องการที่จะควบคุมเหนือตัวผู้กระทำความผิดคนอื่นด้วย¹⁶³

- การคล้อยตาม (Conformity)

เป็นแนวคิดที่อธิบายว่า การกระทำความผิดฐานดังกล่าวเกิดจากการตอบสนองต่อรางวัลหรือบทลงโทษที่ตนจะได้รับจากการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามบรรทัดฐานของกลุ่มตามลำดับ กล่าวคือ ผู้กระทำอาจร่วมกระทำความผิดฐานดังกล่าวเนื่องจากการไม่ต้องการสูญเสียรางวัลที่ตนจะได้รับจากกลุ่ม หรือหลีกเลี่ยงที่จะถูกลงโทษหรือปฏิเสธจากกลุ่มของตน¹⁶⁴

- การเชื่อฟังผู้มีอำนาจ (Obedience to authority)

เป็นแนวคิดที่อธิบายว่า การกระทำความผิดฐานดังกล่าวเกิดจากการปฏิบัติตามคำสั่งของหัวหน้าหรือผู้บังคับบัญชา เช่น ทหารได้รับคำสั่งจากผู้บังคับบัญชาให้ข่มขืนกระทำชำเราขณะอยู่ในสภาวะสงคราม¹⁶⁵

¹⁶¹ เฟ็งอ้าง 155.

¹⁶² เฟ็งอ้าง 155.

¹⁶³ เฟ็งอ้าง 155.

¹⁶⁴ เฟ็งอ้าง 155.

¹⁶⁵ เฟ็งอ้าง 155-156.

- การยืนยันทางสังคม (Social corroboration)

เป็นแนวคิดที่อธิบายว่า การกระทำความผิดฐานดังกล่าวเกิดจากความเชื่อมั่นที่เพิ่มขึ้นในทัศนคติหรือความเชื่อต่อความผิดฐานดังกล่าว โดยเป็นผลจากการสนับสนุนของสมาชิกคนอื่นในกลุ่มที่มีทัศนคติหรือความเชื่อนั้นร่วมกัน เช่น การล้วงละเมิดทางเพศต่อเด็กของบุคคลที่เป็นสมาชิกในกลุ่มผู้ที่มีอาการใคร่เด็ก¹⁶⁶

- การสูญเสียความเป็นปัจเจกบุคคล (Deindividuation)

เป็นแนวคิดที่อธิบายว่า การกระทำความผิดฐานดังกล่าวเกิดจากการสูญเสียความเป็นตัวตนของผู้กระทำและรู้สึกเป็นเพียงส่วนหนึ่งของกลุ่ม ส่งผลให้ผู้กระทำรู้สึกว่าตนเองไม่ต้องเปิดเผยตัวตนและได้รับอนุญาตให้กระทำการใด ๆ ก็ได้ไปพร้อมกับกลุ่ม โดยปราศจากการกำกับตนเอง (Self-monitoring) และความรับผิดชอบต่อผลที่ได้กระทำ¹⁶⁷

- การคิดแบบติดกลุ่ม (Groupthink)

เป็นแนวคิดที่อธิบายว่า การกระทำความผิดฐานดังกล่าวเกิดจากการตัดสินใจภายในกลุ่มที่ไม่มีประสิทธิภาพ เนื่องจากสมาชิกในกลุ่มต้องยอมตามแรงกดดันที่เป็นผลมาจากการตัดสินใจของกลุ่ม ทั้งนี้ เพื่อลดความขัดแย้งภายในกลุ่มและทำให้สมาชิกผู้นั้นไม่กล้าที่จะประเมินการกระทำและเสนอทางเลือกอื่นให้แก่กลุ่ม¹⁶⁸

3) บริบททางวัฒนธรรมย่อย (Subcultural context)

เป็นปฏิสัมพันธ์ระหว่างปัจจัยทางสถานการณ์ที่เฉพาะเจาะจงและปัจจัยทางสังคมวัฒนธรรมโดยทั่วไป กล่าวคือ แบบแผนวัฒนธรรมบางประการก่อให้เกิดการกระทำความผิดทางเพศเป็นกลุ่มภายใต้สถานการณ์ที่เอื้ออำนวย เช่น กรณีของกลุ่มบุคคลที่เชื่อว่าการข่มขืนเป็นเรื่องปกติและเห็นว่า การข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ซึ่งสมาชิกในกลุ่มอาจมีความเชื่อทำนองนั้นอยู่ก่อนแล้วหรือได้รับความเชื่อทำนองนั้นหลังจากที่ได้ร่วมในสถานการณ์ดังกล่าว¹⁶⁹

¹⁶⁶ เฟ็งอ้าง 156.

¹⁶⁷ เฟ็งอ้าง 156.

¹⁶⁸ เฟ็งอ้าง 156.

¹⁶⁹ เฟ็งอ้าง 156.

2.2.1.2 รูปแบบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคล

หลายคน

Jemma Chambers แห่งมหาวิทยาลัย Surrey, Miranda Horvath แห่งมหาวิทยาลัย Middlesex และ Liz Kelly แห่งมหาวิทยาลัย London Metropolitan ได้จำแนกรูปแบบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมออกเป็น 4 รูปแบบ โดยวิเคราะห์จากพฤติกรรมในที่เกิดเหตุและคุณลักษณะที่เชื่อมโยงกันระหว่างผู้กระทำและผู้เสียหาย¹⁷⁰ ดังนี้

1) ความใกล้ชิด (Intimacy)

เป็นรูปแบบที่มีแนวโน้มเริ่มต้นจากการพบปะกันระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำอย่างน้อยหนึ่งคนที่สถานบันเทิง โดยผู้กระทำพยายามที่จะแตะเนื้อต้องตัวผู้เสียหายและมีการดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ รวมทั้งยังส่งให้ผู้เสียหายดื่มด้วย ทั้งนี้ ผู้เสียหายเต็มใจที่จะไปยังสถานที่เกิดเหตุพร้อมกับผู้กระทำ ซึ่งความผิดในรูปแบบนี้ประกอบด้วยหลายสิ่งซึ่งแสดงถึงการร่วมเพศโดยยินยอมพร้อมใจกัน เช่น การมีพฤติกรรมเล้าโลม โดยผู้กระทำแต่ละคนอาจผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายโดยต่อเนื่องในห้องเพียงสองต่อสองหรืออาจมีผู้กระทำคนอื่นนั่งดูอยู่ในห้อง และหลังจากข่มขืนกระทำชำเราเสร็จ ผู้กระทำพยายามทำให้เหตุการณ์กลับสู่สภาวะปกติ เช่น พุดคุยต่อเนืองกับผู้เสียหาย พาผู้เสียหายไปส่งที่บ้าน หรือติดต่อกับผู้เสียหายในภายหลัง ดังนั้น สาระสำคัญของรูปแบบนี้ คือ การมองหาเป้าหมายโดยใช้ความสัมพันธ์แบบโรแมนติกที่เป็นการหลอกลวง¹⁷¹

2) ความรุนแรง (Violence)

เป็นรูปแบบที่เริ่มต้นจากการพบปะกันระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำอย่างน้อยหนึ่งคน จากนั้นตามด้วยการวางแผนที่จะพบกันในเวลาต่อมา ซึ่งในการพบกันครั้งหลังนี้ ผู้เสียหายมิได้ถูกข่มขืนด้วยเครื่องดื่มแอลกอฮอล์และเต็มใจที่จะเดินทางไปยังสถานที่เกิดเหตุ อย่างไรก็ตาม ในระหว่างที่กระทำผิด ผู้กระทำได้ควบคุมผู้เสียหายด้วยการใช้ยาให้มึนเมาหรือใช้กำลังทำร้าย ซึ่งผู้กระทำรู้ว่าตนกำลังกระทำผิด ดังนั้น สาระสำคัญของรูปแบบนี้ คือ การบังคับขู่เข็ญผู้เสียหายด้วยวิธีการทางเพศที่รุนแรง โดยอาศัยความไร้เดียงสาของผู้เสียหาย¹⁷²

¹⁷⁰ Jemma Chambers, Miranda Horvath and Liz Kelly, 'A Typology of Multiple Perpetrator Rape' (2010) 37 Criminal Justice and Behavior 1114, 1130.

¹⁷¹ เพิ่งอ้าง 1130.

¹⁷² เพิ่งอ้าง 1130.

3) ความรู้สึกทางเพศ (Sexuality)

เป็นรูปแบบที่คล้ายคลึงกับรูปแบบที่ 2 เพียงแต่ไม่ได้มีการติดต่อกัน ในภายหลังและมีพฤติกรรมในที่เกิดเหตุที่แตกต่างกันอย่างมากระวมถึงการมีพฤติกรรมทางเพศที่รุนแรง ทั้งนี้ การกระทำหนึ่งที่เป็นองค์ประกอบในรูปแบบนี้ คือ การถ่มน้ำลาย (Voyeurism) โดยที่ผู้กระทำคนอื่นอาจช่วยหนุนเหนี่ยวผู้เสียหาย ในขณะที่ผู้กระทำที่เหลี่ยยังคงปรากฏตัวในการข่มขืนกระทำชำเราแต่ละครั้ง ซึ่งการกระทำในรูปแบบนี้มีแนวโน้มที่จะเกิดขึ้นในอาคารสาธารณะ ดังนั้นสาระสำคัญของรูปแบบนี้ คือ การสร้างความผูกพันฉันทันทีในหมู่ด้วยการแสดงออกซึ่งความเป็นชายที่ชัดเจน และการโอ้อวดตนเองผ่านพฤติกรรมทางเพศ¹⁷³

4) ความผิดทางอาญา (Criminality)

เป็นรูปแบบที่แตกต่างจากรูปแบบอื่น ๆ โดยผู้กระทำและผู้เสียหายมิได้พบปะกันก่อนหน้าที่จะกระทำความผิด แต่ผู้เสียหายจะถูกทำร้ายในสถานที่เกิดเหตุ ซึ่งมักปรากฏในกรณีที่เป็นการข่มขืนโดยคนแปลกหน้า (Stranger rape) ทั้งนี้ ผู้กระทำพยายามทำให้มั่นใจว่าตนจะไม่ถูกรบกวนในระหว่างที่กระทำความผิดหรือถูกจับกุมหลังจากที่กระทำความผิด โดยอาศัยความร่วมมือกันของกลุ่ม ดังนั้น สาระสำคัญของรูปแบบนี้ คือ การร่วมมือกันกระทำความผิดอย่างรวดเร็ว ซึ่งอาจเป็นไปได้ว่า ผู้กระทำต้องการแสวงหาความเร้าใจอย่างรวดเร็วผ่านพฤติกรรมทางเพศที่รุนแรง¹⁷⁴

2.2.2 หลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ (Proportionality of Punishment)

ในอดีต ทฤษฎีการลงโทษแบบดั้งเดิมแบ่งเป็น 2 ทฤษฎี ได้แก่ ทฤษฎีประโยชน์นิยม (Utilitarianism or Consequentialist Theory) ซึ่งผู้ที่ริเริ่มทฤษฎีนี้ คือ Jeremy Bentham โดยให้ความสำคัญกับผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากการลงโทษ กล่าวคือ การลงโทษนั้นต้องก่อให้เกิดประโยชน์ในแง่ของการป้องปรามมิให้การกระทำความผิดเกิดขึ้นในสังคม (General deterrence)¹⁷⁵ จนนำมาสู่คำกล่าวที่ว่า ในกรณีที่ความผิดสองฐานมีความร้ายแรงต่างกัน การลงโทษสำหรับความผิดที่ร้ายแรงกว่าต้องเพียงพอที่จะชักจูงผู้กระทำให้เลือกระทำความผิดที่เบากว่า¹⁷⁶ และทฤษฎีหน้าที่นิยม (Deontological Theory) ซึ่งผู้ที่ริเริ่มทฤษฎีนี้ คือ Immanuel Kant โดยให้ความสำคัญกับ

¹⁷³ เฟ็งอ้าง 1130.

¹⁷⁴ เฟ็งอ้าง 1131.

¹⁷⁵ Andrew von Hirsch, 'Proportionality in the Philosophy of Punishment' (1992) 16 Crime and Justice 55, 57.

¹⁷⁶ เฟ็งอ้าง 58.

การลงโทษแบบแก้แค้นทดแทน (Retributive sanctions) กล่าวคือ การลงโทษนั้นจะต้องสาสมกับสิ่งที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำ โดยไม่คำนึงถึงผลประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากการลงโทษ¹⁷⁷

ทั้งนี้ ในสมัยใหม่ ทฤษฎีหน้าที่นิยมปฏิเสธการกำหนดโทษที่ผู้กระทำความผิดสมควรได้รับตามแนวคิดการลงโทษแบบตาต่อตา ฟันต่อฟัน (lex talionis) ซึ่งเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดในรูปแบบเดียวกับที่ผู้ผิดได้กระทำต่อผู้เสียหาย เช่น ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนย่อมต้องถูกลงโทษโดยการถูกข่มขืนด้วย เนื่องจากทฤษฎีหน้าที่นิยมสมัยใหม่เรียกร้องให้ปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดในฐานะที่ผู้ผิดมีศักดิ์ศรี (Dignity) และมีคุณค่าทางศีลธรรม (Moral worth) ในตัวเอง จึงเปลี่ยนมาใช้วิธีการลงโทษเชิงสัญลักษณ์ กล่าวคือ ลงโทษด้วยรูปแบบอื่นที่รุนแรงและได้สัดส่วนกับความผิดที่ผู้ผิดได้ก่อขึ้นแทน¹⁷⁸ ซึ่งนำไปสู่การเกิดขึ้นของกลุ่มทฤษฎีการลงโทษที่สาสม (Desert Theories) โดยแบ่งเป็น 2 ทฤษฎีย่อย ได้แก่ ทฤษฎีผลประโยชน์และภาระ (Benefits and Burdens Theory) ซึ่งเห็นว่า ผู้กระทำความผิดสมควรถูกลงโทษเนื่องจากได้รับประโยชน์จากการไม่ปฏิบัติตนตามกฎหมาย ในขณะที่ผู้อื่นยอมจำกัดการกระทำของตนอยู่ภายใต้กฎหมาย (law-abidingness) อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีข้างต้นยังคงมีปัญหาตรงที่การกำหนดสัดส่วนของโทษ เนื่องจากการพิสูจน์ถึงผลประโยชน์แท้จริงที่ผู้กระทำความผิดได้รับนั้นเป็นไปได้โดยยาก กล่าวคือ ความผิดที่ร้ายแรงกว่าอาจให้ผลประโยชน์น้อยกว่าความผิดที่เบากว่าในบางกรณี¹⁷⁹ และทฤษฎีการแสดงออก (Expressive Theory) ซึ่งเห็นว่า มนุษย์ทุกคนล้วนมีความสามารถรู้ผิดชอบชั่วดี (moral agent) และประเมินได้ว่าการกระทำของตนนั้นเป็นที่ยอมรับในสังคมหรือไม่ ดังนั้น หากผู้ใดฝ่าฝืนกระทำการในสิ่งที่สังคมมิได้ยอมรับ ย่อมจะต้องถูกดำเนิน ซึ่งเครื่องมือที่ใช้ในการแสดงออกซึ่งการดำเนินนั้น คือ การลงโทษ¹⁸⁰ โดยหลักการตามทฤษฎีข้างต้นได้พัฒนาไปสู่หลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ (Proportionality of Punishment)

หลักความได้สัดส่วนในการลงโทษถือเป็นหลักการพื้นฐานของความเป็นธรรม โดยให้หลักประกันว่า โทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงในการกระทำความผิดของผู้ผิด¹⁸¹ ซึ่งนอกจากจะมีบทบาทสำคัญในการลงโทษของฝ่ายตุลาการแล้ว หลักดังกล่าวยังมีบทบาทสำคัญในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติด้วย โดยเฉพาะการจัดลำดับความร้ายแรง

¹⁷⁷ เฟิ่งอ่าง 59.

¹⁷⁸ Joshua Dressler, *Understanding criminal law* (7th edn, LexisNexis 2015) 52.

¹⁷⁹ Andrew von Hirsch (เชิงอรธ 175) 65-66.

¹⁸⁰ เฟิ่งอ่าง 67-68.

¹⁸¹ เฟิ่งอ่าง 55.

ของความผิดฐานต่าง ๆ¹⁸² ทั้งนี้ การกำหนดโทษตามหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษสามารถแบ่งเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่

2.2.2.1 ความได้สัดส่วนเชิงลำดับ (Ordinal Proportionality)

เป็นลักษณะของการกำหนดโทษที่ประเมินความร้ายแรงของความผิดฐานนั้น โดยเทียบเคียงกับการกระทำความผิดฐานอื่น¹⁸³ ที่คล้ายคลึงกัน และที่ร้ายแรงมากกว่าหรือน้อยกว่า เพื่อนำไปสู่ข้อสรุปที่ว่า หากความผิดที่บุคคลสองคนกระทำนั้นมีความร้ายแรงเท่ากัน บุคคลทั้งสองย่อมสมควรถูกลงโทษในระดับที่รุนแรงเท่ากัน¹⁸⁴ ทั้งนี้ ความได้สัดส่วนเชิงลำดับประกอบด้วยหลักเกณฑ์ย่อย 3 ประการ ได้แก่

1) ความเท่าเทียมกัน (Parity) ซึ่งมีเนื้อหาว่า ความผิดที่มีความร้ายแรงคล้ายคลึงกัน ผู้กระทำความผิดย่อมจะต้องได้รับโทษที่รุนแรงใกล้เคียงกัน โดยไม่จำเป็นต้องเป็นโทษสถานเดียวกันก็ได้ ทั้งนี้ ระดับความร้ายแรงที่แตกต่างกันอาจเกิดขึ้นภายในประเภทของความผิดนั้น โดยประเมินจากระดับที่คาดหมายได้ของอันตรายที่เกิดขึ้นและความน่าตำหนิ¹⁸⁵

2) การจัดลำดับ (Rank-ordering) ซึ่งมีเนื้อหาว่า การลงโทษควรเรียงลำดับตามอัตราโทษที่มีความรุนแรงลดหลั่นกันไป เพื่อสะท้อนให้เห็นถึงการจัดลำดับความร้ายแรงของความผิดอื่นที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ หากความผิด A มีความร้ายแรงมากกว่าความผิด B ผู้กระทำความผิด A ย่อมควรถูกลงโทษในระดับที่รุนแรงกว่าผู้กระทำความผิด B¹⁸⁶

3) การเว้นระยะ (Spacing) ซึ่งมีเนื้อหาว่า หากความผิด A, B และ C มีความร้ายแรงจากมากไปน้อย ซึ่งปรากฏว่า ความผิด B มีความร้ายแรงกว่าความผิด C ค่อนข้างมากแต่น้อยกว่าความผิด A เพียงเล็กน้อย ดังนั้น ระยะเวลาโทษระหว่างความผิด B กับ C ต้องมีระยะห่างที่กว้างกว่าระหว่างความผิด B กับ A¹⁸⁷

¹⁸² Andrew Ashworth and Jeremy Horder, *Principles of Criminal Law* (7th edn, Oxford University Press 2013) 20.

¹⁸³ เพิ่งอ้าง 20.

¹⁸⁴ Andrew von Hirsch and Andrew Ashworth, *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles* (Oxford University Press 2012) 138.

¹⁸⁵ Andrew von Hirsch and Andrew Ashworth (เชิงอรรถ 184) 139-140.

¹⁸⁶ เพิ่งอ้าง 140.

¹⁸⁷ เพิ่งอ้าง 140.

ทั้งนี้ จากหลักเกณฑ์ย่อยข้อ 1) ที่กล่าวว่า ความร้ายแรงของความผิดสามารถประเมินได้จากระดับของอันตรายที่เกิดขึ้นจากการกระทำ (Harmfulness of the conduct) และขอบเขตของความน่าตำหนิของผู้กระทำ (The actor's culpability) โดยในส่วนของความน่าตำหนินั้น ประเมินได้จากองค์ประกอบภายในที่กฎหมายอาญาจำแนกย่อยเป็นการกระทำโดยเจตนา การกระทำโดยเพิกเฉยต่อผลที่เกิดขึ้น และการกระทำโดยประมาท ซึ่งผู้กระทำโดยเจตนาย่อมน่าตำหนิมากกว่าผู้กระทำโดยประมาท และในระหว่างผู้กระทำโดยเจตนาด้วยกัน ผู้ที่กระทำด้วยอาการหลงผิด ย่อมน่าตำหนิน้อยกว่ามาตรฐานรับจำ¹⁸⁸

ในส่วนของอันตรายที่เกิดจากการกระทำนั้น ประเมินได้จากแนวคิดที่ว่าด้วยคุณภาพชีวิต (Notions of quality of life) ของ Amartya Sen นักเศรษฐศาสตร์ชาวอินเดียที่ได้รับรางวัลโนเบล สาขาเศรษฐศาสตร์ในปี ค.ศ. 1998 กล่าวคือ การประเมินระดับของอันตรายดังกล่าวขึ้นอยู่กับว่าอันตรายนั้นได้บั่นทอนมาตรฐานการดำรงชีพของบุคคล (Person's standard of living) มากน้อยเพียงใด ซึ่งมาตรฐานดังกล่าวเน้นการมีอยู่ของเครื่องมือและความสามารถพื้นฐานของบุคคลทั่วไปที่จะนำไปสู่การมีชีวิตที่ดีขึ้น โดยมีได้พิจารณาว่าคุณภาพชีวิตของบุคคลใดโดยเฉพาะ เว้นแต่จะมีสถานการณ์พิเศษ ทั้งนี้ ความผิดที่มีผู้เสียหาย (Victimizing offences) ส่วนใหญ่ ก่อให้เกิดความเสียหายในมิติใดมิติหนึ่งจาก 4 มิติ ดังนี้

- 1) ความสมบูรณ์ทางร่างกาย (Physical integrity)
- 2) การได้รับความสะดวกสบายหรือการสนับสนุนเชิงวัตถุ (Material support and amenity)

- 3) ความเป็นส่วนตัว (Privacy)
- 4) เสรีภาพที่จะไม่ถูกย่ำยีศักดิ์ศรี (Freedom from humiliation)

ตัวอย่าง ความผิดฐานลักทรัพย์ในเคหสถานเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายใน 2 มิติ ได้แก่ มิติในการได้รับความสะดวกสบายเชิงวัตถุ ซึ่งความเสียหายในมิติดังกล่าวประกอบด้วยทรัพย์สินที่ถูกขโมย รวมทั้งความยุ่งยากและค่าใช้จ่ายในการซ่อมแซมทรัพย์สิน และมิติในความเป็นส่วนตัว ซึ่งการสูญเสียในมิติดังกล่าวประกอบด้วยถูกรบกวนคนแปลกหน้าล่วงล้ำเข้ามาในพื้นที่อาศัยของตน โดยจะเห็นได้ว่า ความเสียหายในมิติแรกก่อให้เกิดผลกระทบต่อมาตรฐานการดำรง

¹⁸⁸ Joshua Dressler (เชิงอรรถ 178) 53.

ชีพของบุคคลน้อยกว่าความเสียหายในมิติหลัง¹⁸⁹ และเพื่อให้การจัดลำดับอันตรายที่ผู้เสียหายได้รับ เป็นไปโดยง่าย มาตรฐานการดำรงชีวิตของบุคคลยังสามารถแบ่งเป็น 4 ระดับ¹⁹⁰ ได้แก่

1) การมีชีวิตรอด (Subsistence) ซึ่งเป็นการดำรงชีวิตบนความสามารถ หรือปัจจัยพื้นฐานที่มนุษย์ผู้หนึ่งจะมี

2) การมีสุขภาวะที่ต่ำ (Minimal wellbeing) ซึ่งเป็นการดำรงชีวิต บนความสะดวกสบายและความมีศักดิ์ศรีในระดับต่ำสุด

3) การมีสุขภาวะที่เพียงพอ (Adequate wellbeing) ซึ่งเป็นการดำรงชีวิตบนความสะดวกสบายและความมีศักดิ์ศรีในระดับที่พอดี

4) การมีสุขภาวะที่ดีที่เป็นมาตรฐาน (Standard wellbeing) ซึ่งเป็นการดำรงชีวิตบนคุณภาพชีวิตที่ดีอย่างเต็มที่

ตัวอย่างการนำระดับมาตรฐานการดำรงชีพข้างต้นมาใช้ในการประเมิน ระดับของอันตรายที่เกิดขึ้น เช่น การทำร้ายร่างกายจนได้รับอันตรายสาหัสย่อมกระทบต่อการมีชีวิต อยู่รอดของผู้เสียหาย จึงมีระดับของอันตรายที่ร้ายแรงกว่าการถูกลักทรัพย์เป็นประจำ ซึ่งผู้เสียหายยังสามารถดำรงชีพบนระดับของความสะดวกสบายและความมีศักดิ์ศรีที่เป็นพื้นฐาน¹⁹¹

2.2.2.2 ความได้สัดส่วนเชิงขนาด (Cardinal Proportionality)

เป็นลักษณะของการกำหนดโทษที่มุ่งค้นหาจุดเริ่มต้น (Starting point) เพื่อนำไปสู่การกำหนดความรุนแรงของโทษโดยรวมที่จะลงแก่ผู้กระทำในความผิดหนึ่งความผิดใด โดยมีได้เปรียบเทียบกับความผิดอื่น ทั้งนี้ ความได้สัดส่วนเชิงขนาดเน้นไปที่การจำกัดการใช้รูปแบบ การลงโทษที่รุนแรง กล่าวคือ การลงโทษในความผิดทั่วไปควรมีความรุนแรงระดับปานกลาง เพื่อให้ สอดคล้องกับหลักการแทรกแซงโดยรัฐด้วยวิธีการบังคับขู่เข็ญอย่างจำกัด (The principle of sparing use of coercive state interventions) ที่เรียกร้องว่า รัฐจะล่วงล้ำในชีวิตของปัจเจกบุคคลและเป็น ผลให้บุคคลนั้นต้องประสบกับความทุกข์ทรมานได้ต่อเมื่อเป็นกรณีที่น่าจำเป็นเท่านั้น ดังนั้น การลงโทษ จำคุกเป็นเวลานานซึ่งสร้างความทุกข์ทรมานแก่ผู้ถูกจำคุกอย่างมากจึงควรสงวนไว้เฉพาะความผิดที่มี

¹⁸⁹ Andrew von Hirsch and Andrew Ashworth (เชิงอรรถ 184) 144-145.

¹⁹⁰ เพิ่งอ้าง 202.

¹⁹¹ เพิ่งอ้าง 146.

ความร้ายแรงมากที่สุด¹⁹² รวมทั้งขนาดของโทษที่กระทบสิทธิอย่างรุนแรงไม่ควรถูกขยายให้ครอบคลุมถึงกรณีที่เป็นความผิดที่ความร้ายแรงน้อยกว่า¹⁹³

อย่างไรก็ตาม ระดับของโทษที่ควรจะเป็นตามความได้สัดส่วนเชิงขนาด ยังเป็นประเด็นที่มีการถกเถียงกัน โดยต้องคำนึงถึงการวิจัยเชิงอาชญาวิทยา (Criminology research) และหลักการใช้มาตรการคุมขังอย่างจำกัด (The principle of restraint in the use of custody)¹⁹⁴

2.2.3 ข้อความคิดว่าด้วยข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด

การวินิจฉัยว่า การกระทำที่เกิดขึ้นเป็นความผิดทางอาญา และผู้กระทำต้องรับโทษหรือไม่นั้น เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่เรียกว่า “โครงสร้างของความผิดทางอาญา” ซึ่งประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ ได้แก่ การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) และความชั่ว (Schuld)¹⁹⁵ โดยสาระสำคัญสองประการแรกนั้น จะเกี่ยวข้องกับการกระทำ ส่วนสาระสำคัญประการสุดท้ายจะเกี่ยวข้องกับตัวผู้กระทำ ทั้งนี้ สามารถเรียงลำดับขั้นตอนการวินิจฉัยตามโครงสร้างข้างต้นได้ ดังนี้

ลำดับแรก พิจารณาว่าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบหรือไม่ โดยพิจารณาทั้งในส่วนองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน ซึ่งหากการกระทำนั้นครบองค์ประกอบแล้ว จึงจะพิจารณาต่อไปว่า การกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ หากเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายแล้ว จึงจะพิจารณาเป็นลำดับสุดท้ายว่า ผู้กระทำมีความชั่วหรือไม่¹⁹⁶

เมื่อพิจารณาในส่วนขององค์ประกอบภายนอก ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสาระสำคัญ ในโครงสร้างของความผิดทางอาญาลำดับแรกแล้ว จะพบว่า เป็นข้อเท็จจริงที่สามารถมองเห็นหรือสัมผัสได้ มิใช่ส่วนที่อยู่ภายในจิตใจของผู้กระทำ¹⁹⁷ โดยข้อเท็จจริงดังกล่าวแตกต่างกันตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในความผิดแต่ละฐาน ซึ่งในเบื้องต้นประกอบด้วยผู้กระทำ การกระทำ กรรมของการกระทำ และความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล นอกจากนี้ ความผิดบางฐานยังประกอบด้วยข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น¹⁹⁸

¹⁹² เฟ็งอ้าง 142-143.

¹⁹³ Andrew von Hirsch (เชิงอรรถ 175) 83.

¹⁹⁴ Andrew Ashworth and Jeremy Horder (เชิงอรรถ 182) 20.

¹⁹⁵ คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 10) 128.

¹⁹⁶ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, *หลักกฎหมายอาญา* (วิญญูชน 2539) 43.

¹⁹⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรรถ 3) 148.

¹⁹⁸ แสวง บุญเฉลิมวิภาส (เชิงอรรถ 196) 44-45.

ทั้งนี้ หากนำข้อเท็จจริงที่ปรากฏในองค์ประกอบความผิดฐานต่าง ๆ มาจำแนก โดยอาศัยการรู้ถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวของผู้กระทำเป็นเกณฑ์ เพื่อนำไปสู่ความรับผิดชอบทางอาญาแล้ว จะพบว่า สามารถจำแนกประเภทของข้อเท็จจริงข้างต้นเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ข้อเท็จจริงอันเป็น องค์ประกอบความผิดที่ผู้กระทำต้องรู้ ซึ่งความผิดเกือบทุกฐานจะปรากฏข้อเท็จจริงประเภทนี้ทั้งหมด และข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดที่ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ ซึ่งมีเพียงความผิดบางฐานที่ปรากฏ ข้อเท็จจริงประเภทนี้เพิ่มเติมจากข้อเท็จจริงประเภทแรก โดยมีรายละเอียด ดังนี้

2.2.3.1 ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดที่ผู้กระทำต้องรู้

เป็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาเป็นการทั่วไป ซึ่งจะมีข้อความแตกต่างกันตามลักษณะของฐานความผิดนั้น ๆ โดยผู้กระทำต้องรู้ถึงข้อเท็จจริงนี้เสียก่อน จึงจะถือว่าเจตนาในการกระทำ หากผู้กระทำไม่รู้ ย่อมถือว่าขาดเจตนา¹⁹⁹ และถือว่า การกระทำนั้น ยังไม่ครบองค์ประกอบภายใน จึงเป็นผลให้ไม่อาจลงโทษผู้กระทำในความผิดที่กระทำโดยเจตนาได้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคแรก ทั้งนี้ การรู้ข้อเท็จจริงดังกล่าวมีขอบเขตเพียงแค่ว่า ผู้กระทำรู้ในส่วนของข้อเท็จจริงโดยทั่ว ๆ ไปก็เพียงพอแล้ว ซึ่งต้องอยู่เหนือระดับของการคาดเดาหรือ การอาจรู้ได้ แต่ไม่จำเป็นต้องถึงขั้นรู้รายละเอียดของข้อเท็จจริงตามความเป็นจริงอย่างลึกซึ้ง จึงสรุปได้ว่า ขอบเขตของการรู้ต้องเป็นไปในระดับที่มากกว่าการอาจรู้ได้ (Potential knowledge) ขึ้นไปจนถึง การรู้จริง (Actual knowledge)²⁰⁰ เช่น ในความผิดฐานลักทรัพย์ ผู้กระทำเพียงแต่รู้ว่า สิ่งที่เขาไปนั้น มิใช่ทรัพย์ของตน แต่เป็นทรัพย์ของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยก็เพียงพอแล้ว โดยไม่ต้องรู้ถึงขนาดว่า สิ่งที่เขาไปนั้นเป็นทรัพย์ของผู้ใดระหว่างนาย ก. หรือนาย ข. และไม่ต้องรู้ว่า สิ่งที่เขาไปนั้น ถือเป็นทรัพย์ตามนิยามที่ปรากฏในบทบัญญัติหรือไม่²⁰¹ ซึ่งข้อเท็จจริงในหัวข้อนี้สามารถจำแนกย่อย ออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

1) ข้อเท็จจริงที่ประกอบขึ้นเป็นความผิดโดยพื้นฐานหรือโดยทั่วไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็น องค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย้อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น มิได้” เช่น นาย ก. ตีนนาย ข. มีบาดแผลเล็กน้อย แต่นาย ข. สลบ นาย ก. เข้าใจว่า นาย ข. เสียชีวิตแล้ว จึงนำผ้าขาวม้าผูกคอของนาย ข. แล้วแขวนไว้กับต้นไม้ จนเป็นเหตุให้นาย ข. เสียชีวิต ดังนี้ นาย ก. ไม่ต้องรับผิดชอบฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาตามมาตรา 288 เนื่องจากนาย ก. ไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็น

¹⁹⁹ เกียรติขจร วิจารณ์สวัสดิ์ (เชิงอรรถ 3) 150.

²⁰⁰ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 10) 223.

²⁰¹ แสวง บุญเฉลิมวิภาส (เชิงอรรถ 196) 55.

องค์ประกอบของความผิดฐานดังกล่าวในส่วนของกรรมของการกระทำ กล่าวคือ ไม่รู้ว่าได้กระทำต่อผู้อื่นที่ยังมีชีวิตอยู่ แต่เข้าใจว่า การแขวนคอนั้นกระทำกับผู้ที่เสียชีวิตแล้ว จึงถือว่า นาย ก. ไม่มีเจตนาฆ่าผู้อื่น²⁰²

2) ข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น หรือเหตุลดโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคท้าย ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับโทษหนักขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงใด บุคคลนั้นจะต้องได้รู้ข้อเท็จจริงนั้น” โดยจะปรากฏเฉพาะในความผิดบางฐาน เช่น กรณีการฆ่าบุพการีตามมาตรา 289(1) หรือเจ้าพนักงานซึ่งกระทำการตามหน้าที่ตามมาตรา 289(2) ผู้กระทำความผิดต้องรู้ว่า ผู้ที่ตนฆ่านั้นเป็นบิดามารดาหรือเป็นเจ้าพนักงาน (โดยไม่จำเป็นต้องรู้ว่า ได้กระทำการตามหน้าที่หรือไม่) จึงจะรับโทษหนักขึ้น หากผู้กระทำความผิดไม่รู้ข้อเท็จจริงดังกล่าว ต้องรับผิดเพียงฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288 ซึ่งเป็นการฆ่าในกรณีธรรมดา หรือกรณีการลักทรัพย์ที่เป็นของนายจ้างตามมาตรา 335(11) หรือที่เป็นของผู้มีอาชีพกสิกรรมตามมาตรา 335(12) ผู้กระทำความผิดต้องรู้ว่า ทรัพย์ที่ตนเอาไปนั้นเป็นของนายจ้างหรือเป็นผู้ประกอบอาชีพกสิกรรม จึงจะรับโทษหนักขึ้น หากผู้กระทำความผิดไม่รู้ข้อเท็จจริงดังกล่าว ต้องรับผิดเพียงฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 344 ซึ่งเป็นการลักทรัพย์ในกรณีธรรมดา²⁰³ ดังนั้น จึงอาจสรุปเนื้อหาของบทบัญญัติข้างต้นได้ว่า “รู้เท่าใด ลงโทษเท่านั้น”²⁰⁴ ทั้งนี้ นักกฎหมายไทยส่วนหนึ่งเห็นว่า แม้จะไม่บัญญัติมาตรา 62 วรรคท้ายไว้ในประมวลกฎหมายอาญาก็ไม่มีผลต่อการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของผู้กระทำแต่อย่างใด เนื่องจากสามารถนำหลักการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดที่ปรากฏในมาตรา 59 วรรคสาม มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้อยู่แล้ว²⁰⁵ ดังนั้น บทบัญญัติมาตรา 62 วรรคท้าย จึงเป็นบทบัญญัติที่ฟุ่มเฟือยและไม่ควรบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา²⁰⁶

²⁰² อย่างไรก็ตาม การไม่รู้ข้อเท็จจริงข้างต้นของนาย ก. เกิดขึ้นจากการพิจารณาที่ไม่ถี่ถ้วน จึงถือว่า ความตายของนาย ข. เกิดขึ้นด้วยความประมาทของนาย ก. นาย ก. จึงยังคงต้องรับผิดฐานประมาทเป็นเหตุผู้อื่นถึงแก่ความตายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291 ทั้งนี้ เป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคสอง.

²⁰³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ (เชิงอรรถ 29) 87-88.

²⁰⁴ เพิ่งอ้าง 86.

²⁰⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรรถ 3) 153.

²⁰⁶ คณิต ณ นคร (เชิงอรรถ 10) 235.

2.2.3.2 ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดที่ผู้กระทำไม่จำต้องรู้

เป็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏเฉพาะในความผิดบางฐาน โดยเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับการกระทำในความผิดนั้นโดยตรง²⁰⁷ และประมวลกฎหมายอาญามีได้ประสงคฺให้เจตนาของผู้กระทำคลุมถึงข้อเท็จจริงดังกล่าว²⁰⁸ กล่าวคือ จะลงโทษผู้กระทำได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับว่ามีอยู่หรือไม่มีอยู่ของข้อเท็จจริงดังกล่าว หากมีข้อเท็จจริงดังกล่าวเกิดขึ้น ผู้กระทำก็ต้องรับผิด แม้ผู้กระทำจะไม่รู้หรือไม่อาจคาดหมายว่าจะมีข้อเท็จจริงดังกล่าวเกิดขึ้นก็ตาม²⁰⁹ ซึ่งในทางตำราเรียกข้อเท็จจริงนี้ว่า “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” (objective Strafbarkeitsbedingungen)²¹⁰ โดยสามารถจำแนกย่อยออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

1) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่อาศัยผลของการกระทำ ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้กระทำต้องรับผิดตามผลของการกระทำที่เกิดขึ้นจริง โดยพิจารณาเพียงว่า การกระทำนั้นต้องสัมพันธ์กับผลที่เกิดขึ้น และไม่คำนึงว่า ผู้กระทำจะมีเจตนาให้ผลนั้นเกิดขึ้นหรือไม่²¹¹ รวมทั้งหากผลที่เกิดขึ้นทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น หรือผลฉกรรจ์ จะต้องพิจารณาโดยอาศัยหลักผลธรรมดาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 63 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าผลของการกระทำความผิดใดทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ผลของการกระทำความผิดนั้นต้องเป็นผลที่ตามธรรมดาย่อมเกิดขึ้นได้”²¹² ทั้งนี้

²⁰⁷ คณิต ฌ นคร, ‘เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย’ ใน สมยศ เชื้อไทย (บรรณาธิการ) *รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์* (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2531) 127.

²⁰⁸ หยุด แสงอุทัย (เชิงอรรถ 2) 11.

²⁰⁹ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 10) 151.

²¹⁰ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 10) 150.

ทั้งนี้ นักวิชาการท่านอื่นได้ใช้ถ้อยคำที่แตกต่างไป แต่มีเนื้อหาสาระที่คล้ายคลึงกัน เช่น ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ใช้คำว่า “เงื่อนไขแห่งการลงโทษ” ส่วนศาสตราจารย์พิเศษ ดร.เกียรติขจร วิจารณ์สวัสดิ์ ใช้คำว่า “พฤติการณ์ประกอบการกระทำ” ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอกที่มีข้อเท็จจริง ทั้งนี้ ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับถ้อยคำที่อธิบายเพิ่มเติมดังกล่าวของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.เกียรติขจรฯ โดยเห็นว่า ข้อความที่ปรากฏเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบภายนอกล้วนมีลักษณะเป็นข้อเท็จจริง เพียงแต่บางข้อความย่อมแสดงให้เห็นถึงความประสงค์ที่ว่า ผู้กระทำไม่จำต้องรู้ถึงข้อเท็จจริงนั้น ก็เป็นผลให้ผู้กระทำต้องรับผิดแล้ว หากข้อเท็จจริงนั้นเกิดขึ้น.

²¹¹ หยุด แสงอุทัย (เชิงอรรถ 2) 11.

²¹² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ‘ข้อคิดทางอาญาที่น่าพิจารณา’ (2542) 4 นิติศาสตร์ 634, 645.

เงื่อนไขข้างต้นสามารถสังเกตได้จากการใช้คำว่า “เป็นเหตุให้. . .” หรือ “จนเป็นเหตุให้. . .”²¹³ ในฐานความผิดนั้น ๆ เช่น

- ความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นตามมาตรา 295 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่น จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย. . .” จะเห็นได้ว่า กฎหมายประสงค์เพียงว่า ผู้กระทำต้องมีเจตนาทำร้ายผู้อื่น ส่วนผลที่เกิดจากการทำร้ายนั้นให้พิจารณาตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นโดยผู้กระทำไม่ต้องมีเจตนาในส่วนนี้ ดังนั้น ผลจากการทำร้ายจึงเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย ซึ่งหากเกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นและเป็นผลธรรมดาที่ย่อมเกิดขึ้นจากการทำร้ายนั้น ผู้กระทำต้องรับผิดตามมาตรา 295 แต่หากไม่ถึงขั้นที่อันตรายดังกล่าวเกิดขึ้นหรือหากเป็นผลที่เกิดขึ้นผิดไปจากธรรมดา ผู้กระทำต้องรับผิดเพียงฐานใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นโดยไม่ถึงกับเป็นให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจตามมาตรา 391²¹⁴

- ความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสตามมาตรา 297 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย จนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำร้ายรับอันตรายสาหัส. . .” จะเห็นได้ว่า กฎหมายประสงค์ให้เป็นไปในทำนองเดียวกับตัวอย่างแรก โดยในส่วนของผลจากการทำร้ายซึ่งทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นนั้น หากอันตรายสาหัสมิได้เกิดขึ้นหรือหากเป็นผลที่เกิดขึ้นผิดไปจากธรรมดา ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 297 คงต้องรับผิดตามมาตรา 295 ในฐานะที่การทำร้ายนั้นก่อให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นตามธรรมดา²¹⁵

จะเห็นได้ว่า ความผิดที่มีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยข้างต้นไม่มีการพยายามกระทำความผิด เนื่องจากหากไม่ปรากฏว่ามีการเกิดขึ้นของผลที่กฎหมายบัญญัติไว้ก็ย่อมถือว่าความผิดฐานนั้นมีได้เกิดขึ้น ส่วนผู้กระทำจะต้องรับผิดฐานอื่นหรือไม่นั้นต้องพิจารณาว่าการที่ได้กระทำไปแล้วนั้นเป็นไปตามองค์ประกอบของความผิดฐานใด²¹⁶

2) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่มีได้อาศัยผลของการกระทำ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่มีการระบุไว้ในบทบัญญัติตามนโยบายทางอาญา โดยผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบเมื่อมีข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขนั้นปรากฏ²¹⁷ เช่น

²¹³ เฟ็งอ้าง 644.

²¹⁴ หยุด แสงอุทัย (เชิงอรรถ 2) 11.

²¹⁵ เฟ็งอ้าง 12.

²¹⁶ เฟ็งอ้าง 12.

²¹⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ (เชิงอรรถ 212) 645.

- ความผิดฐานทำร้ายร่างกายหรือประทุษร้ายต่อเสรีภาพของประมุขแห่งรัฐต่างประเทศตามมาตรา 130 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดทำร้ายร่างกายหรือประทุษร้ายต่อเสรีภาพของราชาธิบดี ราชนิ ราชสามี รัชทายาท หรือประมุขแห่งรัฐต่างประเทศ ซึ่งมีสัมพันธไมตรี. . .” โดยคำว่า “ซึ่งมีสัมพันธไมตรี” เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย กล่าวคือ ผู้กระทำไม่ต้องถึงขนาดรู้ว่ารัฐนั้นมีสัมพันธไมตรีทางการทูตกับรัฐไทย เพียงแต่รู้ว่า ผู้ถูกกระทำเป็นผู้ที่อยู่ในกลุ่มบุคคลข้างต้นก็เพียงพอแล้ว²¹⁸ ดังนั้น หากได้กระทำต่อกลุ่มบุคคลข้างต้นและปรากฏข้อเท็จจริงว่า รัฐนั้นมีสัมพันธไมตรีทางการทูตกับรัฐไทย ผู้กระทำก็ต้องรับผิดตามมาตรา 130 แต่หากไม่ปรากฏข้อเท็จจริงดังกล่าว แม้ผู้กระทำจะมีเจตนากระทำต่อกลุ่มบุคคลข้างต้น คงต้องรับผิดฐานทำร้ายบุคคลธรรมดาตามมาตรา 295 เท่านั้น

- ความผิดฐานรับของโจรตามมาตรา 357 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดช่วยซ่อนเร้น ช่วยจำหน่าย ช่วยพาเอาไปเสีย ซื่อ รับจำหน่ายหรือรับไว้โดยประการใดซึ่งทรัพย์อันได้มาโดยการกระทำความผิด ถ้าความผิดนั้นเข้าลักษณะลักทรัพย์ วิ่งราวทรัพย์ กรรโชก รีดเอาทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ ฉ้อโกง ยักยอก หรือเจ้าพนักงานยักยอกทรัพย์ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานรับของโจร. . .” โดยถ้อยคำที่ระบุฐานความผิดทั้ง 9 ฐานเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย กล่าวคือ ผู้กระทำเพียงรู้ว่า ทรัพย์นั้นได้มาจากการกระทำความผิด ไม่ต้องถึงขนาดรู้ว่า ได้มาจากการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่งโดยเฉพาะ และแม้สำคัญผิดในฐานความผิดก็มีโทษสาหัสสำคัญ เช่น สำคัญผิดว่า ได้มาจากการลักทรัพย์ แต่อันที่จริงแล้ว ได้มาจากการยักยอกแทน²¹⁹ ดังนั้น หากไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า

²¹⁸ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 43) 890-891.

อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ เห็นว่า คำว่า “ซึ่งมีสัมพันธไมตรี” เป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการกระทำกับบุคคลธรรมดา ผู้กระทำจึงต้องรู้จึงจะลงโทษได้”. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ (เชิงอรรถ 212) 647. ทั้งนี้ ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วย โดยเห็นว่าการบัญญัติมาตรา 130 มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองการมีสัมพันธไมตรีระหว่างรัฐไทยกับรัฐต่างประเทศเป็นพิเศษ นอกเหนือจากการคุ้มครองความปลอดภัยในร่างกายและเสรีภาพของกลุ่มบุคคลข้างต้น ซึ่งในส่วนหลังนี้จะคล้ายคลึงกับการคุ้มครองที่ปรากฏในความผิดต่อร่างกายและต่อเสรีภาพในกรณีที่เป็นบุคคลธรรมดา ดังนั้น หากถือว่า “ซึ่งมีสัมพันธไมตรี” เป็นข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำต้องรู้เสียก่อนจึงจะลงโทษได้ ก็อาจเป็นผลให้วัตถุประสงค์ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเป็นพิเศษนั้นกลายเป็นไร้ประโยชน์ไปโดยปริยาย เนื่องจากผู้กระทำสามารถอ้างการไม่รู้ข้อเท็จจริงในส่วนดังกล่าวและทำให้การกระทำที่ครอบงำประกอบภายนอกตามมาตรา 130 นั้นขาดเจตนา.

²¹⁹ หยุค แสงอุทัย (เชิงอรรถ 2) 371.

ทรัพย์สินนั้นได้มาจากการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่งข้างต้น แม้ผู้กระทำจะมีเจตนาทรัพย์สินนั้น ก็ไม่ต้องรับผิดตามมาตรา 357

ทั้งนี้ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.คณิต ฒ นคร เรียกตัวอย่างข้อเท็จจริง ทั้งสองกรณีข้างต้นว่า “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่แท้” ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่ใช้เป็นข้อจำกัดในการลงโทษ กล่าวคือ หากไม่ปรากฏข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขดังกล่าว ก็ไม่อาจลงโทษผู้กระทำได้²²⁰

- ความผิดฐานปล้นทรัพย์สินโดยมีเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 340 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าในการปล้นทรัพย์สิน ผู้กระทำแม้แต่คนหนึ่งคนใดมีอาวุธติดตัวไปด้วย. . .” โดยคำว่า “ผู้กระทำแม้แต่คนหนึ่งคนใดมีอาวุธติดตัวไปด้วย” เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย กล่าวคือ เพียงปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้กระทำคนหนึ่งที่กระทำการปล้นทรัพย์สินมีอาวุธติดตัว ผู้กระทำคนอื่นก็ต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรานี้ แม้ผู้กระทำคนอื่นนั้นจะไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงดังกล่าว²²¹ อย่างไรก็ตาม ผู้ที่มีอาวุธติดตัวนั้นจะต้องรู้เสียก่อนว่า วัตถุที่ตนมีติดตัวมานั้นเป็นอาวุธ จึงจะถือว่า มีเจตนาพกอาวุธ และเป็นผลให้ผู้กระทำคนอื่นต้องรับผิดโทษหนักขึ้นตามไปด้วย²²²

²²⁰ คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 10) 154.

²²¹ คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 43) 414.

²²² หยุด แสงอุทัย (เชิงอรรถ 2) 323.

อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.คณิต ฒ นคร เห็นว่า การมีอาวุธติดตัวเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย ดังนั้น ผู้มีอาวุธติดตัวจึงไม่จำเป็นต้องรู้ถึงข้อเท็จจริงในส่วนนี้. คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 10) 155. ทั้งนี้ ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วย โดยเห็นว่า มาตรา 340 วรรคสอง ควรแยกพิจารณาเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนของผู้กระทำที่มีอาวุธติดตัว และส่วนของผู้กระทำคนอื่นที่ไม่ได้มีอาวุธติดตัว ประกอบกับเมื่อพิจารณาสาระสำคัญของบทบัญญัติข้างต้น พบว่า มุ่งเน้นที่การกำหนดโทษให้หนักขึ้นแก่ผู้กระทำคนอื่น แม้ผู้นั้นจะไม่ว่าพวกเขาของตนได้มีอาวุธติดตัวไปด้วย เพื่อป้องปรามมิให้ผู้ใดเลือกที่จะกระทำการปล้นทรัพย์สินในลักษณะดังกล่าว โดยที่บทบัญญัติมิได้มุ่งเน้นที่ตัวผู้กระทำที่มีอาวุธติดตัว ดังนั้น ในส่วนของผู้กระทำส่วนแรก การมีอาวุธติดตัวจึงต้องถือเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาเป็นการทั่วไป แต่ในส่วนของผู้กระทำส่วนที่สอง ซึ่งกฎหมายมุ่งเน้นเป็นพิเศษเพื่อป้องปรามมิให้มีการปล้นทรัพย์สินในลักษณะดังกล่าว นั้น การมีอาวุธติดตัวโดยพวกเขาของตนจึงต้องถือเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย.

ทั้งนี้ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.คณิต ฒ นคร เรียกตัวอย่างข้อเท็จจริงข้างต้นว่า “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่แท้” ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่ใช้เป็นเหตุในการเพิ่มโทษให้หนักขึ้นสำหรับความผิดฐานนั้น ๆ²²³

นอกจากนี้ เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยประเภทนี้ยังอาจปรากฏในรูปแบบของถ้อยคำที่แสดงให้เห็นโดยชัดแจ้งว่ากฎหมายไม่ประสงค์ให้ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาในถ้อยคำดังกล่าว โดยอาจเป็นการคาดคะเนซึ่งจะใช้คำว่า “น่าจะเกิดความเสียหาย” หรือ “อาจเกิดความเสียหาย” ดังที่ปรากฏในมาตรา 172, 188, 220, 221, 225 – 231, 233, 234, 236, 237, 264, 267 – 269, 307, 322, 323 หรืออาจเป็นพฤติการณ์ประกอบการกระทำ เช่น อันเป็นการเหยียดหยามศาสนาตามมาตรา 206, โดยประการที่น่าจะทำให้เสียชื่อเสียงตามมาตรา 326, อันเป็นการรบกวนการครอบครองตามมาตรา 362²²⁴

ผลทางกฎหมายประการหนึ่งของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยในฐานะข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำ คือ เป็นเหตุในลักษณะคดีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 89²²⁵ โดยเหตุในลักษณะคดี หมายถึง ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการกระทำความผิดนั้น และนำไปใช้เป็นคุณหรือโทษแก่ผู้กระทำด้วยกันทุกคน²²⁶ ซึ่งเหตุในลักษณะคดีสามารถแบ่งย่อยเป็น 3 ประเภท ได้แก่

1) เหตุอันควรยกเว้นโทษ เช่น การพยายามกระทำความผิดแต่ยับยั้งเสียเองตามมาตรา 82 การพยายามกระทำความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูกตามมาตรา 304

2) เหตุอันควรลดโทษ เช่น การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ อย่างแน่แท้ตามมาตรา 81 ผู้ที่ได้เบิกความเท็จต่อศาล แล้วภายหลังลู่แก่โทษและแจ้งความจริงก่อนมีคำพิพากษาตาม 183

²²³ คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 10) 154.

²²⁴ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ (เชิงอรรถ 29) 85.

²²⁵ คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 207) 129.

²²⁶ ตรงข้ามกับ “เหตุส่วนตัว” ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติส่วนตัวของผู้กระทำแต่ละคน เช่น การเป็นเด็ก การเป็นสามีภริยา การเป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดาน โดยเหตุดังกล่าวจะมีผลเป็นคุณหรือโทษเฉพาะผู้กระทำคนนั้น ไม่มีผลรวมไปถึงผู้ร่วมกระทำคนอื่น ๆ. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ (เชิงอรรถ 29) 146.

3) เหตุอันควรเพิ่มโทษ เช่น การฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามมาตรา 289 (4) การลักทรัพย์โดยมีเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 335 ยกเว้นการลักทรัพย์ที่เป็นของนายจ้างตามอนุมาตรา (11) การปล้นทรัพย์โดยใช้ปืนยิงตามมาตรา 340 วรรคสี่²²⁷

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาตัวอย่างของบทบัญญัติที่ระบุอ้อยคำอันเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยดังที่กล่าวไว้ก่อนหน้านั้น จะเห็นได้ว่า ส่วนใหญ่เป็นเหตุในลักษณะคดีประเภทเหตุอันควรเพิ่มโทษ เนื่องจากมักเป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น

2.2.4 แนวคิดว่าด้วยการแบ่งแยกผู้กระทำความผิดหลายคน

ในความผิดอาญาฐานหนึ่งฐานใดอาจมีบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปเข้าร่วมกระทำในระดับที่แตกต่างกัน ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้การลงโทษผู้กระทำความผิดแต่ละคนเป็นไปอย่างยุติธรรมและมีประสิทธิผล ระบบกฎหมายของแต่ละประเทศจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้แบ่งแยกความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิดแต่ละคน โดยจะแตกต่างกันไปตามนโยบายทางอาญาของประเทศนั้น ๆ ซึ่งในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงระบบการแบ่งแยกผู้กระทำความผิดหลายคนในภาพรวมและทฤษฎีที่ใช้ในการแบ่งแยกผู้กระทำความผิดกับผู้ร่วมกระทำความผิด จากนั้นจะกล่าวถึงหลักเกณฑ์การแบ่งแยกผู้กระทำความผิดหลายคนตามระบบกฎหมายไทย โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.2.4.1 ระบบการแบ่งแยกผู้กระทำความผิดหลายคน

ระบบการแบ่งแยกผู้กระทำความผิดหลายคนในปัจจุบันที่ฝ่ายนิติบัญญัติของแต่ละประเทศเลือกนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญา เพื่อใช้เป็นเกณฑ์ในการกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้ที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดนั้น ๆ แบ่งเป็น 2 ระบบ ได้แก่

1) ระบบผู้กระทำความผิดหนึ่งเดียว

(Einheitstätersystem หรือ Monistic Approach)

เป็นระบบที่ถือว่าผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดทุกคนล้วนเป็นผู้กระทำความผิด (principal offender) โดยสันนิษฐานว่า ความผิดใดความผิดหนึ่งที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการมีส่วนร่วมที่เท่ากันของผู้กระทำแต่ละคน²²⁸ ส่วนโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำแต่ละคนจะมากน้อยเพียงใด ศาลจะใช้ดุลพินิจในการกำหนดจากระดับการมีส่วนร่วมตามความเป็นจริง จึงอาจกล่าวได้ว่า ระบบดังกล่าวให้ความสำคัญกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น โดยมีได้พิจารณาว่าความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลหนึ่งต้องขึ้นอยู่กับความรับผิดชอบทางอาญาของอีกบุคคลหนึ่ง ซึ่งเท่ากับมิได้คำนึงถึงหลักการ

²²⁷ เพิ่งอ้าง 147.

²²⁸ Beatrice Krebs, 'Criminal Enterprise in English and German Law' (Doctoral Thesis University of Oxford 2015) 89.

อยู่ในอาณัติของความผิด (Akzessorietät)²²⁹ ทั้งนี้ ประเทศที่ใช้ระบบผู้กระทำความผิดหนึ่งเดียว เช่น อังกฤษ²³⁰ สหรัฐอเมริกา²³¹ ฝรั่งเศส²³²

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาในทางปฏิบัติ ประเทศที่ใช้ระบบข้างต้น ยังคงยอมรับการจำแนกเป็นผู้กระทำความผิด ตัวการ และผู้ร่วมกระทำความผิด²³³ เพียงแต่ไม่มีการจำแนกผู้ร่วมกระทำความผิดออกเป็นผู้ใช้และผู้สนับสนุน²³⁴

2) ระบบผู้ร่วมกระทำความผิด

(Teilnahmensystem หรือ Dualistic Approach)

เป็นระบบที่แบ่งแยกผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดแต่ละคน ออกเป็นผู้กระทำความผิดกับผู้ร่วมกระทำความผิดอย่างชัดเจนและมีการกำหนดโทษที่ลดหลั่นกัน ตามลักษณะหรือระดับของการมีส่วนร่วมกระทำความผิด²³⁵ กล่าวคือ ในส่วนของผู้กระทำความผิดสามารถแบ่งเป็น 4 รูปแบบย่อย ได้แก่ ผู้กระทำความผิดโดยตรง ผู้กระทำความผิดโดยอ้อม ผู้กระทำความผิดร่วมหรือตัวการ และผู้กระทำความผิดข้างเคียง และในส่วนของผู้ร่วมกระทำความผิดสามารถแบ่งเป็น 2 รูปแบบย่อย ได้แก่ ผู้ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดและผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ทั้งนี้ โดยทั่วไป ผู้กระทำความผิดจะมีระวางโทษหนักสุด รองลงมาเป็นผู้ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด และ

²²⁹ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 10) 407.

²³⁰ Accessories And Abettors Act 1861 (แก้ไขเพิ่มเติมโดย Criminal Law Act 1977) มาตรา 8 กำหนดให้ผู้ร่วมกระทำความผิดออกฉกรรจ์ (Indictable offence) ในลักษณะของ aiding, abetting, counselling หรือ procuring ต้องถูกพิจารณา พิพากษา และลงโทษเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดนั้น (as a principal offender).

²³¹ Model Penal Code มาตรา 2.06 (7) กำหนดให้ผู้ร่วมกระทำความผิดอาจถูกพิพากษาได้ แม้ผู้กระทำความผิดจะยังมีได้ถูกฟ้องร้อง หรือมิได้ถูกพิพากษา หรือถูกพิพากษาในความผิดหรือระดับของความผิดที่แตกต่างจากผู้ร่วมกระทำความผิด หรือได้รับความคุ้มกันที่ไม่ถูกฟ้องร้องหรือถูกพิพากษา หรือถูกพิพากษาให้พ้นจากความรับผิดแล้ว.

²³² ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส (Code pénal) มาตรา 121-6 กำหนดให้ผู้ร่วมกระทำความผิดต้องรับโทษเสมือนเป็นผู้กระทำความผิด.

²³³ George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Oxford University Press, 2000) 651.

²³⁴ เฟิงอั้ง 644.

²³⁵ Beatrice Krebs (เชิงอรรถ 228) 89-90.

ผู้สนับสนุนการกระทำความผิดมีระวางโทษเบาสุด²³⁶ จึงอาจกล่าวได้ว่า ระบบดังกล่าวให้ความสำคัญกับบทบาทในการมีส่วนร่วมกระทำความผิด ซึ่งย่อมนำไปสู่การกำหนดประเภทและโทษที่แตกต่างกันของแต่ละบุคคล โดยประเทศที่ใช้ระบบผู้ร่วมกระทำความผิด เช่น เยอรมนี²³⁷ ญี่ปุ่น²³⁸

2.2.4.2 ทฤษฎีที่ใช้ในการแบ่งแยกผู้กระทำความผิดกับผู้ร่วมกระทำความผิด

จากปัญหาที่เกิดขึ้นในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบผู้ร่วมกระทำความผิด คือ ความยากในการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้สำหรับแบ่งแยกระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้ร่วมกระทำความผิด²³⁹ ด้วยเหตุนี้ นักวิชาการและศาล โดยเฉพาะในประเทศเยอรมนี จึงได้พยายามพัฒนาหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาเป็นลำดับ จนนำมาซึ่งทฤษฎีที่ใช้ในการแบ่งแยกระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้ร่วมกระทำความผิด จำนวน 3 ทฤษฎี ดังนี้

1) ทฤษฎีการร่วมกระทำความผิดทางภาวะวิสัย

(objektive Teilnahmetheorie หรือ Objective Theory)

เป็นทฤษฎีที่เก่าแก่ที่สุด โดยจะเน้นพิจารณาจากการกระทำภายนอก กล่าวคือ ผู้ที่ได้กระทำประกอบประกอบความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติด้วยตนเอง ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน เรียกว่า ผู้กระทำความผิด ส่วนผู้ที่เพียงแต่เข้าไปมีส่วนทำให้การกระทำประกอบประกอบความผิด โดยเตรียมการหรือสนับสนุนการกระทำความผิด เรียกว่า ผู้ร่วมกระทำความผิด²⁴⁰

ทั้งนี้ ทฤษฎีดังกล่าวไม่อาจแบ่งแยกระหว่างผู้กระทำความผิดร่วมกับผู้สนับสนุนได้ กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดหลายคนร่วมกันกระทำโดยแบ่งหน้าที่กันทำ

²³⁶ คณิต ณ นคร (เชิงอรรถ 10) 407-408.

²³⁷ ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (Strafgesetzbuch) จำแนกผู้ที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดออกเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 25 ซึ่งได้กำหนดไว้ 3 รูปแบบย่อย ผู้ใช้ตามมาตรา 27 ซึ่งจะต้องรับโทษเหมือนกับที่ผู้กระทำความผิดได้รับ และผู้สนับสนุนตามมาตรา 28 ซึ่งจะต้องรับโทษลดหลั่นตามที่กฎหมายกำหนด.

²³⁸ ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นจำแนกผู้ที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดออกเป็นผู้กระทำความผิดร่วมหรือตัวการ (Co-principals) ตามมาตรา 60 ผู้ใช้ตามมาตรา 61 ซึ่งจะต้องรับโทษเสมือนเป็นผู้กระทำความผิด และผู้สนับสนุนตามมาตรา 62 ซึ่งจะต้องรับโทษน้อยกว่าผู้กระทำความผิดตามมาตรา 63.

²³⁹ Beatrice Krebs (เชิงอรรถ 228) 90.

²⁴⁰ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, 'ผู้กระทำความผิดและการร่วมกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน' (2551) 3 ตุลาคม 192, 194.

หรือในกรณีที่มีบุคคลหนึ่งคอยบงการหรือวางแผนการกระทำอยู่เบื้องหลัง จะเห็นได้ว่า บุคคลข้างต้นได้ร่วมกันกระทำความผิดและประสงค์จะถือเอาการกระทำของผู้อื่นเป็นการกระทำของตน เพียงแต่มิได้ลงมือกระทำครอบงำประกอบความผิดด้วยตนเอง จึงต้องรับผิดชอบในฐานะผู้สนับสนุนเท่านั้น นอกจากนี้ ยังไม่อาจอธิบายรูปแบบของผู้กระทำความผิดโดยอ้อมได้²⁴¹ กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดโดยอ้อมจะอาศัยการกระทำของผู้อื่นเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดแทนตน ดังนั้น โดยสภาพผู้กระทำความผิดจึงมิได้ลงมือกระทำต่อผู้เสียหายโดยตรง มีเพียงการกระทำของบุคคลผู้ถูกใช้เป็นเครื่องมือที่ได้กระทำต่อผู้เสียหาย

2) ทฤษฎีการร่วมกระทำความผิดทางอัตวิสัย

(subjektive Teilnahmetheorie หรือ Subjective Theory)

เป็นทฤษฎีที่เสนอขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาในทฤษฎีก่อนหน้า โดยจะเน้นพิจารณาจากเจตนาภายในของผู้มีส่วนในการกระทำความผิด กล่าวคือ ผู้ที่มีเจตนากระทำความผิดอย่างเป็นการกระทำของตน (animus auctoris) เรียกว่า ผู้กระทำความผิด ส่วนผู้ที่มีเจตนาก่อให้เกิดหรือสนับสนุนการกระทำความผิดอย่างเป็นการกระทำของผู้อื่น (animus socii) เรียกว่า ผู้ร่วมกระทำความผิด²⁴²

ทั้งนี้ ทฤษฎีดังกล่าวมีปัญหาตรงที่เป็นการยากที่จะพิสูจน์ถึงจิตใจของผู้กระทำความผิดในขณะนั้นว่า ได้กระทำอย่างเป็นการกระทำของผู้ใด²⁴³

3) ทฤษฎีนายเหนือการกระทำความผิด

(Tatherrschaftslehre หรือ Hegemony-Over-the-Act-Theory)

เป็นทฤษฎีที่อยู่กึ่งกลางระหว่างสองทฤษฎีข้างต้นและเป็นที่ยอมรับทั้งจากนักวิชาการและศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesgerichtshof)²⁴⁴ โดยจะเน้นพิจารณาจากอำนาจการควบคุมของผู้มีส่วนในการกระทำความผิด กล่าวคือ ผู้ที่มีอำนาจควบคุมหรือกำกับการกระทำความผิดให้เป็นไปตามที่ประสงค์หรือวางแผนไว้ ซึ่งเปรียบเสมือนเป็นเครื่องจักรสำคัญ เรียกว่า ผู้กระทำความผิด ส่วนผู้ที่ก่อหรือสนับสนุนการกระทำความผิด โดยมิได้มีอำนาจ

²⁴¹ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 10) 409.

²⁴² Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law* (Hart Publishing 2009) 162.

²⁴³ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 10) 410.

²⁴⁴ เพิ่งอ้าง 410-411.

ควบคุมหรือกำกับการกระทำความผิด ซึ่งเปรียบเสมือนเป็นฟันเฟืองชิ้นหนึ่ง เรียกว่า ผู้ร่วมกระทำความผิด²⁴⁵

ทั้งนี้ การเป็นนายเหนือการกระทำความผิดอาจปรากฏหลายรูปแบบ เช่น กรณีที่เป็นผู้กระทำความผิดโดยตรง จะปรากฏในรูปของอำนาจเหนือการกระทำความผิด กรณีที่เป็นผู้กระทำความผิดโดยอ้อม จะปรากฏในรูปของอำนาจเหนือจิตใจหรือการมีความรู้เหนือกว่าผู้ที่เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด หรือกรณีที่เป็นผู้กระทำความผิดร่วมซึ่งแบ่งหน้าที่กันทำ จะปรากฏในรูปของอำนาจเหนือการกระทำความผิดในทางภารกิจ²⁴⁶ ดังนั้น หัวหน้าขบวนการลัทธิพฤษ์ที่ปรากฏตัวในที่เกิดเหตุ และคอยสั่งการลูกน้อง แม้จะมีได้ลงมือกระทำการลัทธิพฤษ์ด้วยตนเอง ก็ถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดหรือตัวการตามทฤษฎีดังกล่าว²⁴⁷

2.2.4.3 หลักเกณฑ์การแบ่งแยกผู้กระทำความผิดหลายคนในระบบกฎหมายไทย

แม้ประมวลกฎหมายอาญาของไทยมิได้บัญญัติถึงการเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดหรือผู้กระทำความผิดโดยตรงและผู้กระทำความผิดโดยอ้อม แต่กรณีที่มีความผิดนั้นมีผู้กระทำความผิดหลายคน ประมวลกฎหมายจะบัญญัติถึงการเป็นตัวการ ผู้ใช้ และผู้สนับสนุนดังที่ปรากฏในมาตรา 83 จนถึงมาตรา 86 จึงถือว่า ระบบกฎหมายไทยมีการแบ่งแยกผู้กระทำความผิดออกจากผู้ร่วมกระทำความผิดอย่างชัดเจน และยังแบ่งแยกผู้ร่วมกระทำความผิดออกเป็นผู้ใช้และผู้สนับสนุน ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า ระบบกฎหมายไทยเลือกใช้ระบบผู้ร่วมกระทำความผิด

ทั้งนี้ จากการสืบค้นคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหม่ม พบว่า ศาลฎีกานำรูปแบบความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิดหลายคนมาปรับใช้แตกต่างกันตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น จำนวน 3 รูปแบบ ได้แก่ ผู้ลงมือกระทำความผิด ตัวการ และผู้สนับสนุน ดังนั้น ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงเฉพาะหลักเกณฑ์ในการเป็นผู้ลงมือกระทำความผิด การเป็นตัวการ และการเป็นผู้สนับสนุน ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

1) ผู้ลงมือกระทำความผิด หรือผู้กระทำความผิดโดยตรง

หมายถึง ผู้ที่ลงมือกระทำครบองค์ประกอบภายนอกและภายในของความผิดฐานหนึ่งฐานใดตามที่บัญญัติไว้ด้วยตนเอง²⁴⁸ รวมทั้งผู้ใช้สัตว์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด เช่น ก. ยุให้สุนัขที่เลี้ยงไว้เข้าไปกัด ข. หรือใช้บุคคลที่ไม่มีอาการกระทำเป็นเครื่องมือใน

²⁴⁵ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (เชิงอรรถ 240) 195.

²⁴⁶ เฟิงอ้าง 194-195.

²⁴⁷ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 10) 411-412.

²⁴⁸ เฟิงอ้าง 184.

การกระทำความผิด เช่น ก. จับมือ ข. ขณะที ข. เผลอหรือนอนหลับแล้วตบที่ศีรษะของ ค. หรือสะกดจิต ข. ให้ยิงปืนไปที่ ค.²⁴⁹ ซึ่งจะเห็นได้ว่า การเคลื่อนไหวร่างกายตามตัวอย่างข้างต้นไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับของจิตใจของ ข. ผู้กระทำ²⁵⁰ จึงถือเป็นการกระทำโดยตรงของ ก. ผู้ที่ใช้หรือบังคับให้เคลื่อนไหวนั่นเอง ทั้งนี้ ผู้ลงมือกระทำความผิดอาจมีคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ หากมีผู้ลงมือกระทำความผิดหลายคนลงมือกระทำร่วมกัน เรียกว่า ผู้กระทำความผิดร่วมหรือตัวการ²⁵¹

2) ตัวการ

หมายถึง ผู้ที่ร่วมกระทำความผิดด้วยกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป โดยต้องมีการกระทำร่วมกันในขณะที่กระทำความผิดซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ภายนอก และมีเจตนากระทำร่วมกันในขณะที่กระทำความผิดซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ภายใน ทั้งนี้ ในส่วนของหลักเกณฑ์ภายนอกนี้อาจปรากฏหลายรูปแบบ ดังนี้

2.1) การร่วมกระทำส่วนหนึ่งของการกระทำที่รวมกันเป็นความผิด โดยแบ่งออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีแรก ผู้กระทำแต่ละคนได้ร่วมกระทำความผิดนั้นเองด้วยกัน²⁵² ซึ่งเป็นกรณีที่มีผู้ลงมือกระทำความผิดหลายคนดังที่กล่าวในหัวข้อที่ผ่านมา และกรณีที่สอง ผู้กระทำแต่ละคนได้กระทำการอันใดอันหนึ่ง หากความผิดนั้นประกอบด้วยการกระทำหลายอันซึ่งเป็นความผิดในตัวเอง²⁵³

2.2) การแบ่งหน้าที่กันทำ หมายถึง ผู้กระทำคนหนึ่งได้ลงมือกระทำถึงขั้นเป็นความผิดในตัวเอง ส่วนผู้กระทำคนอื่นลงมือทำหน้าที่อื่นซึ่งโดยสภาพแล้วไม่เป็นความผิดในตัวเอง เช่น คอยดูต้นทาง แจ็งสัญญาณอันตราย หรือรอรับผู้ลงมือกระทำความผิด²⁵⁴ โดยในกรณีที่เป็นการกระทำเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย เพศ และทรัพย์สินบางฐาน แนวคำพิพากษาศาลฎีกากำหนดให้ผู้กระทำที่ทำหน้าที่อื่นนั้นต้องอยู่ในบริเวณใกล้เคียงกับที่เกิดเหตุด้วย²⁵⁵

²⁴⁹ เกียรติขจร วิจารณ์สวัสดิ์ (เชิงอรรถ 3) 128.

²⁵⁰ เฟิงอ่าง 98.

²⁵¹ คณิต ณ นคร (เชิงอรรถ 10) 194-195.

²⁵² จิตติ ดิงศรัทธี (เชิงอรรถ 21) 400.

²⁵³ เกียรติขจร วิจารณ์สวัสดิ์ (เชิงอรรถ 3) 603.

²⁵⁴ เฟิงอ่าง 604-605.

²⁵⁵ เฟิงอ่าง 610.

2.3) การอยู่ร่วมในหรือใกล้เคียงกับที่เกิดเหตุในลักษณะที่สามารถช่วยเหลือได้อย่างทันท่วงที²⁵⁶ ซึ่งคล้ายคลึงกับรูปแบบก่อนหน้า เพียงแต่ผู้ที่ร่วมกระทำด้วยกันมิได้แบ่งหน้าที่กันทำอย่างชัดเจน เช่น ผู้ที่ร่วมกระทำคนหนึ่งลงมือกระทำถึงขั้นเป็นความผิดในตัวเอง ส่วนผู้ที่ร่วมกระทำคนอื่นยืนคุมเชิง วิ่งไล่ตามผู้เสียหาย หรือหลบหนีไปพร้อมกันเมื่อกระทำผิดสำเร็จ นอกจากนี้ยังรวมถึงการอยู่ร่วมในที่เกิดเหตุและก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด ซึ่งผู้ก่อนนั้นต้องอยู่ในลักษณะที่จะช่วยให้การกระทำนั้นเป็นความผิดสำเร็จได้ทันที หากจำเป็นต้องช่วย เพราะมิฉะนั้นผู้ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดจะกลายเป็นผู้ใช้ไปโดยปริยาย²⁵⁷

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณารูปแบบของการเป็นตัวการในระบบกฎหมายไทยข้างต้น จะเห็นได้ว่า ส่วนใหญ่สอดคล้องกับทฤษฎีนายเหนือการกระทำความผิดในระบบกฎหมายเยอรมัน ที่กำหนดให้บุคคลที่ร่วมกระทำความผิดต้องรับผิดชอบในฐานะผู้กระทำความผิดต่อเมื่อสามารถควบคุมหรือกำกับการกระทำความผิดให้เป็นไปตามตนที่ประสงค์ได้ เรียกว่า อำนาจเหนือการกระทำ ดังจะเห็นได้จากรูปแบบตามข้อ 2.1) นอกจากนี้ ยังรวมถึงความสามารถในการควบคุมหรือกำกับการกระทำเฉพาะในส่วนที่ตนได้รับมอบหมายหน้าที่ให้กระทำ เรียกว่า อำนาจเหนือการกระทำในทางภารกิจ ดังจะเห็นได้จากรูปแบบตามข้อ 2.2) ที่เป็นการแบ่งหน้าที่กันทำ อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกายังได้ขยายรูปแบบของการเป็นตัวการให้รวมถึงกรณีที่อยู่ร่วมในหรือใกล้เคียงกับที่เกิดเหตุและกระทำการบางประการด้วย แม้จะไม่ปรากฏว่าเป็นการแบ่งหน้าที่กันก็ตาม ดังจะเห็นได้จากรูปแบบตามข้อ 2.3) ซึ่งเป็นรูปแบบที่สอดคล้องกับแนวคิดการแบ่งแยกผู้กระทำความผิดกับผู้ร่วมกระทำความผิดในระบบคอมมอนลอว์ที่ถือเอาการปรากฏตัวในที่เกิดเหตุ (Presence) เป็นเกณฑ์ กล่าวคือ บุคคลที่จะรับผิดชอบในฐานะผู้กระทำความผิดต้องได้ปรากฏตัวในที่เกิดเหตุขณะที่มีการกระทำความผิด ส่วนผู้ร่วมกระทำความผิดไม่ต้องปรากฏตัวในที่เกิดเหตุ ทั้งนี้ นอกจากการปรากฏตัวในที่เกิดเหตุโดยแท้จริง (Actual or Physical presence) แล้ว แนวคิดการแบ่งแยกตามระบบคอมมอนลอว์ข้างต้นยังกำหนดกรณีที่กฎหมายถือว่า เป็นการปรากฏตัวในที่เกิดเหตุ (Constructive presence) ด้วย กล่าวคือ แม้บุคคลนั้นจะอยู่ในระยะไกลจากที่เกิดเหตุ แต่หากในขณะที่มีการกระทำความผิด บุคคลนั้นได้ลงมือกระทำการใด ๆ หรือให้ข้อมูลที่ช่วยให้ความผิดนั้นบรรลุผลสำเร็จ หรือช่วยขจัดอุปสรรคที่จะทำให้ความผิดไม่บรรลุผลหรือบรรลุผลยากขึ้น ย่อมถือว่า เป็นการปรากฏตัวในที่เกิดเหตุ และบุคคลนั้นต้องรับผิดชอบ

²⁵⁶ จิตติ ดิงศรัทีย (เชิงอรรถ 21) 423.

²⁵⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรรถ 3) 617.

ฐานะผู้กระทำความผิดเช่นกัน²⁵⁸ เช่น พวกคนหนึ่งคอยส่งสัญญาณไฟบนยอดเขาซึ่งห่างออกไป 30 - 40 ไมล์ เพื่อให้พวกของตนปล้นรถม้าโดยสาร²⁵⁹

ในส่วนของหลักเกณฑ์ภายใน บุคคลที่ร่วมกระทำด้วยกันต้องรู้ถึงการกระทำของกันและกันและประสงค์จะถือเอาการกระทำของผู้อื่นทั้งหมดเสมือนเป็นการกระทำของตน แม้ตนจะมีได้ลงมือกระทำนั้นตามความเป็นจริงก็ตาม ดังนั้น หากผู้กระทำคนหนึ่งรู้ถึงการกระทำของผู้กระทำคนอื่นและประสงค์จะถือเอาผลของการกระทำของผู้นั้นเป็นของตน แต่ผู้กระทำคนอื่นนั้นมิได้มีเจตนาดังกล่าว ผู้กระทำทั้งสองก็มีใช้ตัวการ ต้องรับผิดชอบในการกระทำของตน²⁶⁰

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ภายในข้างต้น จะเห็นได้ว่า สอดคล้องกับทฤษฎีการร่วมกระทำความผิดทางอ้อมวิสัยที่กำหนดให้บุคคลที่ต้องรับผิดชอบในฐานะผู้กระทำความผิดจะต้องมองว่า การกระทำความผิดนั้นเป็นการกระทำของตน (animus auctoris) ดังนั้น หากบุคคลที่ร่วมกระทำความผิดมองว่า การกระทำความผิดของผู้อื่นนั้นเป็นการกระทำของตนเช่นกัน แม้ตนจะมีได้ลงมือกระทำความผิดนั้นก็ตาม บุคคลนั้นก็ต้องรับผิดชอบในฐานะผู้กระทำความผิด

3) ผู้สนับสนุน

หมายถึง ผู้ที่ช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการกระทำความผิดแก่ผู้อื่น โดยหลักเกณฑ์ภายนอกในการเป็นผู้สนับสนุนประกอบด้วยรายละเอียด ดังนี้

3.1) มีการกระทำความผิดของผู้อื่นเกิดขึ้นถึงขั้นที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เช่น กระทำความผิดสำเร็จ อยู่ในชั้นพยายามกระทำความผิด หรืออยู่ในชั้นเตรียมการกระทำความผิดสำหรับความผิดบางฐานก็ได้²⁶¹

3.2) กระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิด แม้เป็นเพียงส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดการกระทำความผิดนั้นขึ้น²⁶² โดยอาจอยู่ในรูปของการกระทำทางกายภาพ เช่น ให้อาวุธเพื่อนำไปใช้ในการปล้น ขับยานพาหนะรับส่งผู้กระทำความผิดโดยมิได้แบ่งหน้าที่กัน²⁶³ หรือเป็นการกระทำทางจิตใจ เช่น ช่วยพูดให้กำลังใจ

²⁵⁸ Markus D. Dubber, 'Criminalizing Complicity' (2007) 5 International Criminal Justice 977, 981.

²⁵⁹ State v. Hamilton (1878) 13 Nev. 386.

²⁶⁰ จิตติ ดิงศภัทย์ (เชิงอรรถ 21) 451.

²⁶¹ เกียรติขจร วิจารณ์สวัสดิ์ (เชิงอรรถ 3) 679.

²⁶² เพิ่งอ้าง 681.

²⁶³ จิตติ ดิงศภัทย์ (เชิงอรรถ 21) 499.

เร้าใจให้หนักแน่น²⁶⁴ ทั้งนี้ ไม่รวมถึงการนิ่งเฉยปล่อยให้การกระทำความผิดเกิดขึ้น โดยมีได้ห้ามปรามหรือขัดขวาง เว้นแต่เป็นการนิ่งเฉยต่อหน้าที่ที่ต้องป้องกันมิให้การกระทำความผิดของผู้อื่นเกิดผลซึ่งอาจถือเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกรูปแบบหนึ่ง²⁶⁵

3.3) ได้ช่วยเหลือหรือให้ความสะดวก “ก่อน” หรือ “ขณะ” กระทำความผิด หากได้กระทำภายหลังที่ผู้อื่นกระทำความผิดนั้นสำเร็จแล้วก็ไม่ถือเป็นผู้สนับสนุนในความผิดฐานดังกล่าว แต่อาจต้องรับผิดในความผิดฐานอื่นต่างหาก เช่น ฐานช่วยผู้กระทำความผิดตามมาตรา 189 และ 214 หรือฐานรับของโจรตามมาตรา 357²⁶⁶

3.4) ผู้ที่กระทำความผิดจะรู้ถึงการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้นหรือไม่ไม่ใช่สาระสำคัญ โดยผู้สนับสนุนอาจมีเจตนาที่จะสนับสนุนเพียงฝ่ายเดียวก็ได้ อย่างไรก็ตามผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับประโยชน์จากการสนับสนุนนั้น ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม²⁶⁷

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ภายนอกของการเป็นผู้สนับสนุนในระบบกฎหมายไทยข้างต้น จะเห็นได้ว่า สอดคล้องกับทฤษฎีนายเหนือการกระทำความผิดในระบบกฎหมายเยอรมันที่กำหนดให้บุคคลที่ร่วมกระทำความผิดต้องรับผิดในฐานะผู้ร่วมกระทำความผิดต่อเมื่อได้ช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการกระทำความผิดของผู้อื่น โดยที่ตนไม่มีอำนาจควบคุมหรือกำกับกับการกระทำความผิดของผู้อื่นให้เป็นไปตามที่ประสงค์ได้ เป็นแต่เพียงพินเพื่อช่วยเพิ่มความเป็นไปได้ในการกระทำความผิดของผู้อื่น หรือทำให้การกระทำความผิดของผู้อื่นเป็นไปได้ง่ายขึ้น

ในส่วนของหลักเกณฑ์ภายใน ผู้สนับสนุนจะต้องมีเจตนาช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิดนั้น โดยอาจเป็นเจตนาประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลก็ได้²⁶⁸ ดังนั้น การสนับสนุนในความผิดที่ผู้อื่นกระทำจึงมีได้เฉพาะความผิดที่ได้กระทำโดยเจตนา²⁶⁹

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ภายในข้างต้น จะเห็นได้ว่า สอดคล้องกับทฤษฎีการร่วมกระทำความผิดทางอ้อมวิสัย กล่าวคือ การที่บุคคลหนึ่งมีเจตนาเพียงจะช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่การกระทำความผิดของผู้อื่น ย่อมอนุมานได้ว่า บุคคลนั้นมองการกระทำ

²⁶⁴ เฟิ่งอ่าง 500.

²⁶⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดี (เชิงอรรถ 3) 683.

²⁶⁶ จิตติ ดิงศภทิพย์ (เชิงอรรถ 21) 505.

²⁶⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดี (เชิงอรรถ 3) 682.

²⁶⁸ เฟิ่งอ่าง 684.

²⁶⁹ เฟิ่งอ่าง 685.

ความผิดดังกล่าวในฐานะการกระทำของผู้อื่น (animus socii) มิได้มองว่าเป็นการกระทำของตน ดังนั้น บุคคลที่มีเจตนาข้างต้นจึงต้องรับผิดชอบเพียงในฐานะผู้ร่วมกระทำผิด

2.2.5 วิวัฒนาการของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมมในระบอบกฎหมายไทย

แม้การข่มขืนกระทำชำเราจะมีวิวัฒนาการของบทบัญญัติปรากฏอยู่ในกฎหมายมาอย่างต่อเนื่อง แต่เมื่อกกล่าวถึงการข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมมแล้ว กลับมิได้เป็นเช่นนั้น กล่าวคือ มีกฎหมายที่ใช้บังคับในบางยุคเท่านั้นที่กล่าวถึงการข่มขืนลักษณะดังกล่าว ซึ่งจากการสืบค้นกฎหมายที่เกี่ยวข้องเฉพาะในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ พบว่า การข่มขืนลักษณะดังกล่าวปรากฏอยู่ในกฎหมาย 2 ฉบับ ได้แก่ กฎหมายตราสามดวงและประมวลกฎหมายอาญา โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.2.5.1 กฎหมายตราสามดวง

การข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมมปรากฏในพระอัยการลักษณะผัวเมีย มาตรา 90 ซึ่งเป็นเนื้อหาในส่วนที่ว่าด้วยอำนาจปกครองบุตรของบิดามารดา ความว่า

“ชายใดมิได้สู่ขอลูกสาวหลานสาวท่าน แลบังอาจว่าตนเรี่ยวแรงผู้เดียว กิติ ภาพวกเพื่อนไปด้วยกิติ เข้ากุมเกเบาะฉะแลงลูกสาวหลานสาวแลเมียท่านไปด้วยแรงตน หญิงนั้น ร้องแรกขัดขวางมีคนรู้เห็นได้ยิน ข่มขืนหญิงนั้นได้ถึงชำเรากิติ มิได้ถึงชำเรากิติ หญิงนั้นมาหาความเป็นสัจใช้ ให้ใหม่โดยพระราชกฤษฎีกาเต็ม ถ้าข่มขืนหญิงมีบาดเจ็บ ให้ใหม่โดยบาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง พวกซึ่งได้ด้วยนั้นให้ใหม่กึ่ง ถ้าชายหลายคนข่มขืนโหมมเอาหญิงนั้นใช้ ให้ลงโทษแก่ชายนั้นด้วย ลวดหนึ่งคนละ 60 ที ให้ใหม่ตามบันดาศักดิ์ทิวคูน เพราะมันบังอาจหยาบเข้าต่อแผ่นดินเมืองท่าน”²⁷⁰

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติข้างต้นกล่าวถึงการกระทำที่ถือเป็นเหตุฉกรรจ์ ในการข่มขืนกระทำชำเราแบ่งเป็น 2 ประการ ได้แก่ การข่มขืนกระทำชำเราอันเป็นเหตุให้หญิงได้รับบาดเจ็บ ซึ่งชายผู้กระทำและพวกของตนต้องถูกปรับใหม่ ซึ่งหมายถึง การชดใช้ค่าเสียหายให้แก่บิดาหรือสามีของหญิงผู้เสียหายที่เพิ่มขึ้นจากปกติ และการข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมม ซึ่งนอกจากชายผู้กระทำจะถูกปรับใหม่ตามบรรดาศักดิ์เป็นสองเท่าแล้ว ชายผู้กระทำยังต้องถูกเขียนด้วยลวดหนึ่งคนละ 60 ครั้งด้วย จึงอาจกล่าวได้อีกเช่นกันว่า การข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมมที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะผัวเมียนั้นเป็นความผิดทางแพ่งปนอาญา ทั้งนี้ การใช้คำว่า “ลูกสาวหลานสาวแลเมียท่าน” ในฐานะผู้ถูกระทำ ย่อมแสดงให้เห็นเจตนารมณ์ของบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดาหรือสามีของหญิงนั้น ๆ

²⁷⁰ มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง (เชิงอรรถ 48) 47.

อย่างไรก็ตาม แม้ภายหลังจะมีการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จำนวน 2 ฉบับ ได้แก่ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ซึ่งยกเลิกบทบัญญัติการข่มขืนกระทำชำเราในพระอัยการลักษณะผิดเมีย แล้วกำหนดองค์ประกอบความผิดฐานดังกล่าวเสียใหม่ และกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ซึ่งยกเลิกพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 แต่กฎหมายทั้งสองฉบับนี้ก็มิได้กำหนดเหตุฉกรรจ์กรณีที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมไว้ กล่าวคือ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 กำหนดเหตุฉกรรจ์เฉพาะกรณีที่เป็นการกระทำความผิดซ้ำในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือกระทำชำเราผิดธรรมดาโลกย์²⁷¹ ส่วนกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 กำหนดเหตุฉกรรจ์เฉพาะกรณีที่การข่มขืนกระทำชำเราเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำบาดเจ็บสาหัสหรือถึงแก่ความตาย หรือกรณีที่ผู้กระทำมีความสัมพันธ์กับผู้ถูกกระทำ ไม่ว่าจะโดยทางสายโลหิตหรือโดยภาระหน้าที่²⁷² จนกระทั่งการข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะการโทรมกลับมาปรากฏอีกครั้งในประมวลกฎหมายอาญา

2.2.5.2 ประมวลกฎหมายอาญา

ในชั้นการยกร่างของอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ร่างบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมที่ได้รับการเสนอให้ที่ประชุมพิจารณานั้นปรากฏอยู่ในมาตรา 248 ความว่า

“ความผิดตามมาตรา 243 . . . ถ้า . . . มิได้เกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคลหลายคนเพื่อโทรมหญิง ให้ถือว่าเป็นความผิดต่อส่วนตัว พนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีได้ต่อเมื่อผู้เสียหายร้องทุกข์ขอให้ฟ้อง”²⁷³

ทั้งนี้ ที่ประชุมอนุกรรมการได้แก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำในร่างบทบัญญัติดังกล่าว โดยเริ่มจากคำว่า “การกระทำของบุคคลหลายคนนั้น” หลวงจํารูญนิติศาสตร์เสนอให้แก้ไขเป็นการกระทำในฐานะตัวการ²⁷⁴ ซึ่งในท้ายที่สุด ที่ประชุมเห็นควรให้ใช้คำว่า “บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปสมคบกันกระทำการชำเรา”

²⁷¹ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 มาตรา 4 วรรคสอง และมาตรา 5 วรรคสอง.

²⁷² กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 243 วรรคสามและวรรคท้าย และมาตรา 247.

²⁷³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ‘รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 278/59/2485’ (17 กุมภาพันธ์ 2485) 7.

²⁷⁴ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (เชิงจรด 113) 7.

ส่วนนิยามของคำว่า “โทรมหญิง” นั้น พระยาอรรถกรมนนุตติกกล่าวว่า “คำว่า “โทรมหญิง” ปทานุกรมแปลว่า “หลายคนรุมกันชำเราหญิง” อย่างช่วยกันหลายคนให้คนหนึ่งชำเราไม่เป็นการโทรมหญิง”²⁷⁵ และพระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์ได้กล่าวเน้นย้ำว่า “สมคบกันแต่คนเดียวชำเราไม่ใช่โทรมหญิง โทรมหญิงต้องผลัดกันทำ”²⁷⁶ ซึ่งที่ประชุมเห็นตรงกันในนิยามข้างต้น

ในส่วน of คำว่า “เพื่อโทรมหญิง” นั้น ที่ประชุมได้มีการถกเถียงกันถึงความถูกต้องของการใช้ถ้อยคำดังกล่าว โดยฝ่ายที่เห็นด้วย เห็นว่า “คำว่า “โทรมหญิง” แปลว่า รุมกันชำเรา ความคิดของผู้กระทำก็คือ เพื่อรุมกันชำเรา ซึ่งเราเรียกว่าโทรมหญิง หญิงจะโทรมหรือไม่ ไม่สำคัญ”²⁷⁷ ส่วนฝ่ายที่ไม่เห็นด้วย เห็นว่า “ผู้กระทำไม่ได้กระทำ “เพื่อโทรมหญิง” เลย เจตนาของเขาเพื่อชำเรา” และ “การที่หลายคนทำนั้นไม่ใช่เพื่อโทรมหญิง เป็นการทำให้สนุก เมื่อเขาทำแล้ว เราเรียกการกระทำอย่างนั้นว่าเป็นการโทรมหญิง”²⁷⁸ ซึ่งภายหลังที่ประชุมได้มีการแก้ไขถ้อยคำในร่างบทบัญญัติดังกล่าวตามความเห็นของฝ่ายที่ไม่เห็นด้วย โดยในเบื้องต้น หลวงจรัญเนติศาสตร์เสนอให้ใช้คำว่า “หรือมิได้เกิดขึ้นโดยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปสมคบกันกระทำชำเราอันเป็นการโทรมหญิง”²⁷⁹ แต่พระยาเลขาวิชธรรมวิทักษ์เห็นว่า “. . . การสมคบกันชำเรามีหลายลักษณะ ถ้าใช้คำว่า “อันเป็นการโทรมหญิง” จะคล้ายกับเป็นบทวิเคราะห์ของคำว่า ‘สมคบกันชำเรา’ ไป”²⁸⁰ ในท้ายที่สุด ที่ประชุมจึงเห็นควรให้ใช้คำว่า “อันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง” ในฐานะส่วนขยายของการสมคบกันกระทำชำเรา เพื่อแสดงให้เห็นว่าการโทรมหญิงเป็นชื่อเรียกของการสมคบกันกระทำชำเราแบบหนึ่ง ดังนั้น ร่างบทบัญญัติมาตรา 248 ตามมติของที่ประชุม จึงเป็นดังนี้

“ความผิดตามมาตรา 243. . . ถ้า. . . มิได้เกิดขึ้นโดยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปสมคบกันกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง. . . ให้ถือว่าเป็นความผิดต่อส่วนตัว”²⁸¹

²⁷⁵ เฟิงอ้าง 8.

²⁷⁶ เฟิงอ้าง 9.

²⁷⁷ เฟิงอ้าง 8-9.

²⁷⁸ เฟิงอ้าง 9.

²⁷⁹ เฟิงอ้าง 9.

²⁸⁰ เฟิงอ้าง 7-10.

²⁸¹ เฟิงอ้าง 10.

ทั้งนี้ จากการพิจารณาถกเถียงของอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาข้างต้น สามารถสรุปการร่างบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมในรูปของตารางได้ ดังนี้

ตารางที่ 2.2 การร่างบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม
ในชั้นของอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา

ร่างบทบัญญัติที่เสนอให้ที่ประชุมพิจารณา		
ถ้า . . . มิได้เกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคลหลายคนเพื่อโทรมหญิง		
ความเห็นของที่ประชุมต่อร่างบทบัญญัติที่เสนอ		
① การกระทำของบุคคลหลายคน	② เพื่อโทรมหญิง	
ต้องแสดงถึงการกระทำ ในลักษณะที่เป็น “ตัวการ”	ฝ่ายที่เห็นด้วย	ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วย
	เจตนาของผู้กระทำ คือ “รุมกันกระทำชำเรา” โดยไม่คำนึงว่า หญิงจะโทรมหรือไม่	เจตนาของผู้กระทำ คือ “กระทำชำเรา” แต่เมื่อกระทำหลายคน จึงเรียกว่า โทรมหญิง (ที่ประชุมเห็นตามฝ่ายนี้)
<u>แก้ไขเป็น</u> บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป สมคบกันกระทำการชำเรา	<u>แก้ไขเป็น</u> อันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง (ส่วนขยายของการสมคบกันกระทำชำเรารูปแบบหนึ่ง)	
ร่างบทบัญญัติตามมติที่ประชุม		
ถ้า . . . มิได้เกิดขึ้นโดยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป สมคบกันกระทำการชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง		

จากนั้นร่างประมวลกฎหมายอาญาได้เข้าสู่ในชั้นการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งคณะกรรมการวิสามัญเพียงแต่แก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมให้กระชับมากขึ้น โดยปรากฏอยู่ในร่างบทบัญญัติมาตรา 276 ดังนี้

“ความผิดตามมาตรา 271 (ในขณะนั้น) . . ถ้า . . . มิได้เกิดขึ้นโดย [บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปสมคบ] ร่วม—[มือ] กระทำความผิดด้วยกัน—[กระทำการซ้ำเรา] อันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง . . . เป็นความผิดอันยอมความได้”²⁸²

ท้ายที่สุด เมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ถ้อยคำที่แก้ไขเพิ่มเติมในร่างบทบัญญัติมาตรา 276 ก็ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 281

จากบทบัญญัติข้างต้น จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญาในช่วงแรก มิได้กำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมเป็นเหตุจรรยาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพียงแต่กำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราลักษณะดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ซึ่งเป็นไปตามนโยบายทางอาญาของรัฐที่ประสงค์จะป้องปรามมิให้ความผิดดังกล่าวเกิดขึ้น²⁸³ กล่าวคือ แม้หญิงผู้เสียหายจะรู้สึกอับอายจนไม่กล้าร้องทุกข์ รัฐก็ยังคงสามารถดำเนินกระบวนการเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษเองได้

ต่อมาในสมัยของรัฐบาลจอมพลถนอม กิตติขจร คณะปฏิวัติเห็นว่า อัตราโทษที่กำหนดไว้ในความผิดบางประเภทไม่เพียงพอที่จะป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม จึงได้แก้ไขอัตราโทษให้สูงขึ้นเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์ในขณะนั้น โดยออกเป็นประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 ทั้งนี้ ประกาศฉบับดังกล่าวได้ยกเลิกความในบทบัญญัติมาตรา 281 (เดิม) และให้ใช้ความใหม่ที่กล่าวถึงลักษณะของการข่มขืนกระทำชำเราที่เป็นความผิดอันยอมความได้ ดังนี้

“การกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคแรก และมาตรา 278 นั้น ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย หรือมิได้เป็นการกระทำแก่บุคคลตั้งระบุไว้ในมาตรา 285 เป็นความผิดอันยอมความได้”²⁸⁴

ส่วนการข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 281 ถูกย้ายไปบัญญัติเป็นเหตุเพิ่มโทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในมาตรา 276 วรรคสอง ดังนี้

²⁸² สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ‘รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 13/2499 (สามัญ) ชุดที่ 1 (8 กันยายน 2499) ร่างประมวลกฎหมายอาญา’ 83.

²⁸³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (เชิงอรธ 113) 9.

²⁸⁴ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 (21 พฤศจิกายน 2514) ข้อ 9.

“ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำ. . . โดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี”²⁸⁵

อย่างไรก็ตาม การข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมยังคงเป็นความผิดอาญาแผ่นดินเช่นเดิม เนื่องจากความผิดอันยอมความได้มีเฉพาะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่มีลักษณะตามความในมาตรา 281 (ใหม่)

จะเห็นได้ว่า นับแต่ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 เป็นต้นมา ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมเป็นทั้งความผิดอาญาแผ่นดินและเหตุกรรจ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แม้หลังจากนั้นจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานนี้อีกหลายครั้งก็เป็นเพียงการเพิ่มอัตราโทษให้สูงขึ้น ซึ่งรวมถึงการเพิ่มเติมโทษปรับด้วย เพื่อป้องปรามการกระทำความผิดฐานดังกล่าว²⁸⁶ นอกจากนี้ ยังเป็นการเปลี่ยนแปลงวรรคจากวรรคสองเป็นวรรคสาม เนื่องจากมีการเพิ่มเติมนิยามของการกระทำชำเราไว้ในวรรคสอง²⁸⁷ และภายหลังได้ตัดนิยามของการกระทำชำเราออก แล้วแทนที่ด้วยเหตุกรรจ์กรณีที่ทำให้ผู้ถูกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด²⁸⁸

2.2.6 องค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมในระบบกฎหมายไทย

เมื่อพิจารณาถ้อยคำในมาตรา 276 วรรคสามที่ว่า “โดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน” พอจะทำให้ทราบถึงองค์ประกอบพื้นฐานของความผิดฐานดังกล่าว กล่าวคือ ต้องมีบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปร่วมกันกระทำความผิด อย่างไรก็ตาม คำว่า “อันมีลักษณะเป็นการโทรม” ซึ่งเป็นส่วนขยายของการร่วมกันกระทำความผิดนั้น ประมวลกฎหมายอาญากลับมิได้กำหนดนิยามไว้อย่างชัดเจนว่า ลักษณะดังกล่าวต้องเป็นเช่นใด แต่จากการสืบค้นรายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในหัวข้อที่ผ่านมา ประกอบคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับแรกที่ได้กำหนดแนวการวินิจฉัยถ้อยคำดังกล่าวโดยมีข้อเท็จจริงว่า “จำเลยช่วยกันจับผู้เสียหายไว้ ให้ออกาสอีกคนหนึ่งผลัดกันกระทำชำเราผู้เสียหาย

²⁸⁵ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 (21 พฤศจิกายน 2514) ข้อ 7.

²⁸⁶ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 มาตรา 3 และ (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2560 มาตรา 13.

²⁸⁷ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 มาตรา 3.

²⁸⁸ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 มาตรา 4.

ต่อหน้าต่อตาตนเอง เป็นการร่วมกระทำชำเราหญิงอย่างนี้ ย่อมเรียกว่าเข้าลักษณะเป็นการโทรมหญิงได้แล้ว. . ."289 จึงนำมาซึ่งการจำแนกองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมเป็น 2 ประการ ดังนี้

2.2.6.1 การร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะเป็นตัวการ

บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปต้องได้กระทำร่วมกันและมีเจตนากระทำร่วมกันในขณะที่ข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปของการเป็นตัวการ โดยศาลฎีกาได้วางแนวการวินิจฉัยว่า อย่างน้อยต้องอยู่ในบริเวณที่เกิดเหตุเดียวกัน แต่ไม่ต้องถึงขนาดอยู่ในห้องเดียวกับพวกของตนที่กำลังข่มขืนกระทำชำเรา²⁹⁰ กล่าวคือ มิได้ขาดตอนในแง่ของสถานที่ ทั้งนี้ หากขาดองค์ประกอบข้างต้นย่อมถือว่าจำเลยแต่ละคนไม่ได้มีเจตนาร่วมกัน เป็นกรณีที่ต่างคนต่างแยกกันข่มขืนกระทำชำเรา จึงไม่ต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม²⁹¹ คงรับผิดเพียงฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคแรกเท่านั้น เช่น

- จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายจนสำเร็จ แล้วจึงออกจากห้องมาเรียกลูกจ้างของตนให้เข้าไปข่มขืนกระทำชำเรา โดยจำเลยมิได้อยู่ร่วมกระทำผิดด้วยในตอนนั้น²⁹²

- พวกของจำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายครั้งแรก โดยจำเลยมิได้ปรากฏตัวในที่เกิดเหตุด้วย หลังจากนั้นผู้เสียหายมุ่งทางเกงเดินออกมาพบกับจำเลย จึงถูกจำเลยกอดแล้วลากไปข่มขืน ถือว่าจำเลยได้กระทำต่างสถานที่ ต่างเวลา และขาดตอนจากการที่พวกของตนข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายในครั้งแรกแล้ว²⁹³

- ขณะที่จำเลยที่ 1 ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย จำเลยที่ 2 นั่งห่างจากผู้เสียหาย 10 วา แต่หลังจากจำเลยที่ 1 ข่มขืนกระทำชำเราเสร็จ จำเลยที่ 2 ลากผู้เสียหายไปข่มขืนกระทำชำเราห่างจากจุดที่จำเลยที่ 1 ข่มขืนกระทำชำเราพอสมควร โดยจำเลยที่ 1 มิได้มีส่วนเกี่ยวข้อง²⁹⁴

²⁸⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1685/2503 (เนติบัณฑิตยสภา) 1833. (เน้นข้อความโดยผู้เขียน)

²⁹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7346/2557 <<https://deka.supremecourt.or.th>> สืบค้นเมื่อ 30 มิถุนายน 2564.

²⁹¹ ฤทัย หงส์สิริ, ‘ข้อสังเกตจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่อง “โทรมหญิง”’ (2537) 196 อัยการ 1, 2-3.

²⁹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1965/2524 (เนติบัณฑิตยสภา) 1418-1419.

²⁹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1444/2530 (สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ) 5: 161.

²⁹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1668/2532 (เนติบัณฑิตยสภา) 2542.

2.2.6.2 การผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา

บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปต้องได้ผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา อย่างน้อยคนละหนึ่งครั้ง²⁹⁵ ดังนั้น หากมีบุคคลเพียงคนเดียวที่ข่มขืนกระทำชำเรา แม้จะมีบุคคลอื่น ร่วมกันกระทำความผิดในฐานะเป็นตัวการ ซึ่งอาจเป็นการแบ่งหน้าที่กันทำ เช่น ช่วยจับแขนและขา ผู้เสียหาย ถอดเสื้อผ้าผู้เสียหาย หรือคอยกันมิให้ผู้เสียหายหลบหนี บุคคลที่ร่วมกระทำความผิดทุกคน ก็ไม่ต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม เนื่องจากมิได้ผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา คงต้องรับผิดเพียงฐานเป็นตัวการในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา²⁹⁶

ศาลฎีกาได้วางแนวการวินิจฉัยเกี่ยวกับการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราว่า ต้องเป็นการข่มขืนกระทำชำเราที่ได้กระทำโดยต่อเนื่อง²⁹⁷ กล่าวคือ มิได้ขาดตอนในแง่ของเวลา เช่น จำเลยเข้าไปในห้องเพื่อที่จะข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย หลังจากที่พวกของตนได้ข่มขืนกระทำชำเราเสร็จและออกไปปรอที่รถแล้ว เมื่อผู้เสียหายไม่ยินยอม จำเลยจึงเรียกให้พวกของตนเข้าไปช่วยจับหัวไหล่ผู้เสียหาย เพื่อให้จำเลยข่มขืนกระทำชำเราได้ ถือเป็นผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราแล้ว เนื่องจาก “การกระทำชำเราของจำเลยกับพวกทั้งสองครั้งต่อเนื่องเชื่อมโยงกันและอยู่ในวาระเดียวกันตามแผนการที่จำเลยกับพวกคบคิดหรือนัดแนะกันมา” มิได้แยกจากกันในลักษณะที่ว่า การกระทำครั้งแรก คือ พวกของจำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายจนเสร็จ ส่วนการกระทำครั้งหลัง คือ พวกของจำเลยเพียงช่วยจับร่างกายของผู้เสียหาย เพื่อให้จำเลยข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น โดยมีได้ผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราในครั้งนี้ด้วย²⁹⁸ อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่า หลังจากที่ผู้เสียหายถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยผู้กระทำคนอื่นและได้สวมเสื้อผ้าเรียบร้อยแล้ว จำเลยได้เข้าไปในห้องน้ำที่เกิดเหตุเพื่อข่มขืนกระทำชำเราต่อ ดังนี้ ถือว่าการข่มขืนกระทำชำเราของแต่ละคนมีลักษณะเป็นการขาดช่วงแล้ว จึงมิใช่การร่วมกันกระทำความผิดอันมีลักษณะเป็นการโทรม²⁹⁹

ทั้งนี้ นอกจากผู้กระทำทั้งสองต้องได้ผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา ผู้เสียหายจนสำเร็จแล้ว ซึ่งศาลฎีกามักใช้คำว่า “ผลัดกันข่มขืนกระทำชำเราจนสำเร็จความใคร่คนละ

²⁹⁵ จิตติ ดิงศรัทียี (เชิงอรรถ 91) 744.

²⁹⁶ ภาสกร ญาณสุธี, คำอธิบายและการต่อสู้คดีข่มขืน อนาคต พรากผู้เยาว์ (นิติธรรม 2553) 31.

²⁹⁷ ฤทัย หงส์สิริ (เชิงอรรถ 291) 2.

²⁹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3089/2556 <<https://deka.supremecourt.or.th>> สืบค้นเมื่อ 30 มิถุนายน 2564.

²⁹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1766/2558 (เนติบัณฑิตยสภา) 198.

1 ครั้ง”³⁰⁰ ศาลฎีกายังได้วางแนวการวินิจฉัยการข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมที่เป็นความผิดสำเร็จให้ครอบคลุมไปถึงกรณีที่ผู้กระทำคนที่หนึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายสำเร็จแล้ว แต่ผู้กระทำคนที่สองยังอยู่ในขั้นพยายามข่มขืนกระทำชำเราด้วย เช่น ยังมีได้สอดใส่อวัยวะเพศของตนเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย³⁰¹ หรือไม่อาจสอดใส่อวัยวะเพศของตนเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายได้ เนื่องจากอวัยวะเพศของตนมีขนาดใหญ่³⁰² ดังนั้น หากการกระทำยังไม่ถึงขั้นพยายามข่มขืนกระทำชำเรา กล่าวคือ ยังมีได้ใกล้ชิดต่อผลสำเร็จของความผิด เช่น ผู้กระทำคนที่สองเพียงแต่ช่วยจับแขนและขาของหญิง³⁰³ หรือกอดจูบและนอนทับส่วนบนของผู้เสียหาย³⁰⁴ เพื่อให้ผู้กระทำคนที่หนึ่งข่มขืนกระทำชำเรา ดังนี้ ผู้กระทำทั้งสองต้องรับผิดชอบเป็นตัวการในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคแรก ประกอบมาตรา 83 เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายไทยบางท่านเห็นว่า ผู้กระทำทั้งสองต้องได้ผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายจนสำเร็จ ดังนั้น หากผู้กระทำคนที่สองเพียงแต่อยู่ในขั้นพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ผู้กระทำทั้งสองไม่ต้องรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม คงต้องรับผิดชอบเฉพาะเป็นตัวการในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา³⁰⁵ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวความเห็นนี้ ดังจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4

นอกจากนี้ แม้ผู้กระทำทั้งสองได้คบคิดกันมาล่วงหน้าว่า จะข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย แต่หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้เสียหายยินยอมให้ผู้กระทำคนแรกกระทำชำเราโดยมิได้ยินยอมให้ผู้กระทำคนที่สองกระทำชำเรา ดังนี้ ผู้กระทำทั้งสองก็ต้องรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม เนื่องจากการกระทำของผู้กระทำคนแรกมิใช่การข่มขืนกระทำชำเรา จึงไม่ปรากฏการข่มขืนกระทำชำเราที่ผลัดเปลี่ยนกันของผู้กระทำทั้งสอง โดยผู้กระทำคนที่สองเพียงผู้เดียวต้องรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคแรก ส่วนผู้กระทำคนแรกไม่ต้องรับผิดชอบ

³⁰⁰ ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1685/2503, 1992/2517, 667/2521 และ 101/2533.

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า เพียงแต่ผู้กระทำแต่ละคนใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว ศาลฎีกาไม่จำเป็นต้องบรรยายถึงขนาดที่ว่า ผู้กระทำได้กระทำจนสำเร็จความใคร่

³⁰¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3051/2525 (เนติบัณฑิตยสภา) 2201.

³⁰² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3007/2532 (เนติบัณฑิตยสภา) 2063-2064.

³⁰³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 805/2490 (เนติบัณฑิตยสภา) 948.

³⁰⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1202/2529 (เนติบัณฑิตยสภา) 1437.

³⁰⁵ อัมพร ฌ ตะกั่วทุ่ง, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3051/2525 (เนติบัณฑิตยสภา) 2203-2204.

แต่อย่างไรก็ดี เว้นแต่จะได้กระทำการใด ๆ เพิ่มเติม เช่น เมื่อกระทำซ้ำเราเสร็จได้ออกจากห้องพร้อมกับเปิดประตูไว้ให้พวกของตนเข้าไปข่มขืนกระทำซ้ำเราต่อ ซึ่งถือเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่ผู้กระทำความผิด ผู้กระทำคนแรกก็ต้องรับผิดชอบเป็นผู้สนับสนุนในความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราตามมาตรา 276 วรรคแรก ประกอบมาตรา 86³⁰⁶

อนึ่ง นอกจากคำว่า “โดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรม” จะเป็นเหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราแล้ว ในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเมื่อปี พ.ศ. 2562 ได้มีการเพิ่มเติมถ้อยคำดังกล่าวให้เป็นเหตุเพิ่มโทษในความผิดฐานกระทำอนาจารด้วย โดยปรากฏอยู่ในมาตรา 278 วรรคสี่³⁰⁷ เรียกว่า การกระทำอนาจารอันมีลักษณะเป็นการโทรม ซึ่งในการวินิจฉัยการกระทำดังกล่าวต้องเทียบเคียงจากการข่มขืนกระทำซ้ำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมตามมาตรา 276 วรรคสาม กล่าวคือ ต้องมีบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปร่วมกันกระทำอนาจาร โดยจำกัดเฉพาะการกระทำอนาจารโดยล่วงล้ำตามมาตรา 278 วรรคสอง ซึ่งผู้กระทำจะต้องใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นที่มีใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้กระทำหลายคนร่วมกันใช้นิ้วมือหรืออวัยวะเพศชายเทียมสอดใส่ในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้เสียหาย และกรณีที่ผู้กระทำคนหนึ่งข่มขืนกระทำซ้ำเราผู้เสียหายทางอวัยวะเพศ ซึ่งการข่มขืนกระทำซ้ำเราถือเป็นการกระทำอนาจารรูปแบบหนึ่งในตัวเอง ส่วนผู้กระทำอีกคนใช้นิ้วมือหรืออวัยวะเพศชายเทียมสอดใส่ในทวารหนักของผู้เสียหาย แต่หากเป็นกรณีที่ผู้กระทำเพียงคนเดียวใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นล่วงล้ำ ส่วนผู้กระทำคนอื่นทำหน้าที่เพียงคอยดูต้นทางให้ในลักษณะแบ่งหน้าที่กันทำ ผู้กระทำกลุ่มนี้คงต้องรับผิดชอบในฐานะเป็นตัวการในความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำตามมาตรา 278 วรรคสองเท่านั้น³⁰⁸

2.2.6.3 กรณีที่มีบุคคลที่สามขึ้นไปร่วมกระทำความผิด

นอกจากหลักเกณฑ์ของการเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดฐานฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมในกรณีที่ผู้กระทำความผิดสองคน ซึ่งผู้เขียนได้อธิบายไว้ในหัวข้อองค์ประกอบความผิดทั้งสองประการที่ผ่านมาแล้ว หากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่า การร่วมกันข่มขืนกระทำซ้ำเราเป็นการกระทำโดยบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไปและผู้กระทำคนที่สองได้ลงมือข่มขืนกระทำซ้ำเราผู้เสียหายแล้ว ศาลฎีกาจะนำรูปแบบของการเป็นตัวการและการเป็นผู้สนับสนุนมาปรับใช้กับผู้กระทำคนอื่นที่มีได้กระทำการถึงขั้นลงมือข่มขืนกระทำซ้ำเรา โดยมีรายละเอียด ดังนี้

³⁰⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2073/2537 (เนติบัณฑิตยสภา) 1647-1648.

³⁰⁷ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 มาตรา 8.

³⁰⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ (เชิงอรรถ 116) 209.

1) ตัวการ

การวินิจฉัยให้ผู้กระทำคนอื่นข้างต้นต้องรับผิดชอบในฐานะเป็นตัวการในความผิดฐานดังกล่าวนั้น ศาลฎีกาอาศัยหลักเกณฑ์ที่ว่า ผู้นั้นต้องได้ปรากฏตัวในที่เกิดเหตุในขณะที่มีการข่มขืนกระทำชำเรา พร้อมกับได้กระทำการใด ๆ ที่แสดงถึงการมีเจตนาาร่วมกัน ดังนั้น หากผู้นั้นเพียงแต่ปรากฏตัวในที่เกิดเหตุในขณะที่มีการข่มขืนกระทำชำเรา โดยนั่งตมกาวบนรถสามล้อเครื่อง และมีได้พูดห้ามปรามพวกของตน เพราะอาจทำให้เกิดอันตรายแก่ตนได้ ย่อมไม่ถือว่าผู้นั้นเป็นตัวการในความผิดฐานดังกล่าว³⁰⁹ ทั้งนี้ การเป็นตัวการในความผิดฐานดังกล่าวเป็นรูปแบบที่ปรากฏให้เห็นในคำพิพากษาศาลฎีกาหลายฉบับ ซึ่งผู้เขียนจะได้จำแนกเป็น 3 กรณีตามหลักเกณฑ์ภายนอกของการเป็นตัวการที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 2.2.3.3 ได้แก่

1.1) ผู้กระทำคนอื่นได้ใช้กำลังประทุษร้าย ซึ่งเป็นลักษณะหนึ่งของการข่มขืนอันเป็นการกระทำส่วนหนึ่งของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เช่น

- จำเลยช่วยจับแขนและขาผู้เสียหายให้พวกของจำเลยข่มขืนกระทำชำเรา³¹⁰

- จำเลยอุ้มและช่วยกอดคอผู้เสียหาย รวมทั้งตบตีผู้เสียหายให้พวกของจำเลยข่มขืนกระทำชำเรา³¹¹

1.2) ผู้กระทำคนอื่นกระทำการอื่น ซึ่งโดยสภาพแล้วมิใช่การกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือเรียกว่า แบ่งหน้าที่กันทำ เช่น

- จำเลยนั่งที่โต๊ะห่างจากห้องน้ำที่พวกของจำเลย 2 คนผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายประมาณ 5 เมตร โดยจำเลยได้ถือเสื่อให้พวกที่เข้าไปข่มขืนกระทำชำเราและคอยดูแลตรวจเพื่อแจ้งเหตุร้ายแก่พวกของจำเลย³¹²

- จำเลยหลอกลวงผู้เสียหายแล้วพาไปให้พวกของจำเลยข่มขืนกระทำชำเราตามที่ได้นัดหมายกันไว้ และจอดรถจักรยานยนต์รออยู่จนกระทั่งพวกของจำเลยได้ข่มขืนกระทำชำเราเสร็จสิ้นทุกคน แล้วจึงพาผู้เสียหายกลับ³¹³

³⁰⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2957/2541 (เนติบัณฑิตยสภา) 1552-1553.

³¹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2077/2530 (สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ) 10: 34.

³¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1558/2543 (สำนักงานศาลยุติธรรม) 2: 189.

³¹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1715/2528 (เนติบัณฑิตยสภา) 551-552.

³¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4796/2530 (เนติบัณฑิตยสภา) 3006.

- จำเลยนั่งขวางประตูห้องมิให้คนอื่นเปิดประตูมาเห็นหรือเข้าช่วยเหลือผู้เสียหาย เพื่อให้พวกของจำเลยข่มขืนกระทำชำเรา โดยในขณะที่พวกของจำเลยข่มขืนกระทำชำเรา จำเลยก็ได้ห้ามปราม³¹⁴

- จำเลยขับรถยนต์พาผู้เสียหายไปบ้านที่เกิดเหตุ เพื่อให้พวกของจำเลยข่มขืนกระทำชำเรา และในขณะที่พวกของจำเลยกำลังข่มขืนกระทำชำเรา จำเลยก็อยู่ร่วมรู้เห็นเหตุการณ์ในห้องที่เกิดเหตุโดยตลอด³¹⁵

ทั้งนี้ เคยมีกรณีศาลฎีกาวินิจฉัยให้ผู้กระทำคนอื่นต้องรับผิดชอบในฐานะเป็นตัวการในความผิดฐานดังกล่าว แม้ผู้นั้นจะมีได้อยู่ในที่เกิดเหตุในขณะที่พวกของตนข่มขืนกระทำชำเราก็ตาม แต่ได้อยู่ในที่เกิดเหตุและกระทำการพุดห้ามมิให้ผู้เสียหายร้องในตอนแรกที่พวกของตนช่วยกันจับขา ปิดตา และถอดกางเกงของผู้เสียหาย ซึ่งจากนั้นพวกของตนแต่ละคนได้ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายตามลำพัง โดยผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้แล้ว³¹⁶

1.3) ผู้กระทำคนอื่นอยู่ในที่เกิดเหตุในลักษณะที่สามารถช่วยเหลือได้อย่างทันท่วงที ซึ่งต้องพิจารณาจากพฤติการณ์เป็นรายกรณี เช่น

- พวกของจำเลย 2 คนผลัดกันข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย ในขณะที่จำเลยนั่งคอยข่มขืนกระทำชำเราเป็นคนถัดไปอยู่ข้างผู้เสียหาย โดยถอดกางเกงขายาว เสื้อ และหมวกวางไว้ แล้วนั่งเพียงกางเกงในตัวเดียว³¹⁷

- พวกของจำเลยบางคนข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายแล้ว และบางคนกำลังข่มขืนกระทำชำเราอยู่ ส่วนจำเลยถอดกางเกงรอที่จะข่มขืนกระทำชำเราเป็นคนต่อไป แต่ปรากฏว่ามีผู้อื่นมายังที่เกิดเหตุ จำเลยจึงหลบหนีไปก่อนที่จะได้ข่มขืนกระทำชำเรา³¹⁸

- ให้พวกของจำเลยไปส่งผู้เสียหายแทนจำเลยหลังจากที่จำเลยร่วมประเวณี แต่พวกของจำเลยกลับพาผู้เสียหายไปข่มขืนกระทำชำเรา โดยจำเลยไปอยู่ในที่เกิดเหตุขณะที่ผู้เสียหายถูกข่มขืนกระทำชำเราด้วย³¹⁹

³¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1313/2533 (สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ) 4: 153.

³¹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6355/2544 (สำนักงานศาลยุติธรรม) 7: 120.

³¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2957/2541 (เนติบัณฑิตยสภา) 1552.

³¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2521 (เนติบัณฑิตยสภา) 796-797.

³¹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2200/2527 (เนติบัณฑิตยสภา) 1491.

³¹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4667/2554 (สำนักงานศาลยุติธรรม) 5: 168-169.

2) ผู้สนับสนุน

ศาลฎีกาวางแนวการวินิจฉัยการเป็นผู้สนับสนุนในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมว่า ต้องเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่ผู้กระทำความผิด โดยที่ตนมิได้อยู่ร่วมในขณะที่เกิดเหตุ แม้ว่าตนจะได้ร่วมกันวางแผนหรือกระทำการใด ๆ ก่อนหน้าก็ตาม ทั้งนี้ การเป็นผู้สนับสนุนในความผิดฐานดังกล่าวเป็นรูปแบบที่ปรากฏให้เห็นในคำพิพากษาศาลฎีกาค่อนข้างน้อย เช่น

- จำเลยพาผู้เสียหายไปยังห้องพักของจำเลย เพื่อให้พวกของจำเลยข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งแม้จะได้คบคิดกันมาก่อน แต่ขณะที่พวกของจำเลยข่มขืนกระทำชำเรานั้นไม่ปรากฏว่า จำเลยอยู่ร่วมในเหตุการณ์และร่วมข่มขืนกระทำชำเราด้วย แต่เดินออกจากห้องไปก่อนที่พวกของจำเลยจะข่มขืนกระทำชำเรา อย่างไรก็ตาม จำเลยได้พาผู้เสียหายกลับไปยังห้องพักของผู้เสียหายในท้ายที่สุด³²⁰

- จำเลยกับพวกร่วมกันพาผู้เสียหายไปที่บ้านเกิดเหตุ ซึ่งจำเลยกระทำชำเราโดยผู้เสียหายยินยอม จึงไม่ผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่เมื่อออกจากห้องแล้ว จำเลยปล่อยให้พวกของจำเลยผลัดเปลี่ยนเข้าไปข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายในห้องที่ละคน โดยมิได้ขัดขวางหรือห้ามปรามแต่อย่างใด³²¹

³²⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5731/2541 (สำนักงานศาลยุติธรรม) 8: 240-241.

³²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1489/2543 (สำนักงานศาลยุติธรรม) 3: 140.

บทที่ 3

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคน ตามระบบกฎหมายต่างประเทศ

การข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมเถื่อนเป็นรูปแบบหนึ่งของการข่มขืนกระทำชำเราที่ประกอบด้วยผู้กระทำความผิดหลายคนและสร้างผลกระทบอย่างร้ายแรงทั้งต่อผู้เสียหายและสังคม ด้วยเหตุนี้ ระบบกฎหมายในแต่ละประเทศจึงได้กำหนดเครื่องมือที่ใช้สำหรับลงโทษผู้กระทำให้สอดคล้องกับความร้ายแรงของความผิด โดยอาจอยู่ในรูปของบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรที่กำหนดโทษให้หนักขึ้นหรือในรูปของเครื่องมือบางประการที่ศาลนำมาปรับใช้ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ ในส่วนที่เป็นบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของแต่ละประเทศนั้นจะมีเนื้อหาที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับระบบการแบ่งแยกความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิดหลายคนในประเทศนั้น ๆ เลือกใช้และเป็นผลให้คำพิพากษาของศาลสูงในแต่ละประเทศแตกต่างกัน

ในบทนี้ ผู้เขียนจะเริ่มต้นกล่าวถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งเป็นความผิดพื้นฐานตามที่ปรากฏในระบบกฎหมายต่างประเทศ จากนั้นจะได้กล่าวถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคน พร้อมทั้งหลักเกณฑ์การแบ่งแยกผู้กระทำความผิดหลายคนที่เกี่ยวข้องซึ่งระบบกฎหมายต่างประเทศที่ผู้เขียนยกขึ้นศึกษานั้น ประกอบด้วยจำนวน 4 ประเทศ ได้แก่ ระบบกฎหมายอังกฤษ ระบบกฎหมายอเมริกัน ระบบกฎหมายฝรั่งเศส และระบบกฎหมายเยอรมัน ทั้งนี้ เหตุผลในการเลือกระบบกฎหมายทั้งสี่ประเทศข้างต้น เนื่องจากระบบกฎหมายสองลำดับแรกนั้นเป็นระบบคอมมอนลอว์ที่เลือกใช้ระบบผู้กระทำความผิดหนึ่งเดียวเหมือนกัน แต่มีข้อแตกต่างกันตรงที่ระบบกฎหมายอังกฤษมีได้บัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคนเป็นความผิดโดยชัดแจ้ง แต่ศาลที่มีเขตอำนาจยังคงมีเครื่องมือบางประการที่สามารถนำมาปรับใช้กับการข่มขืนกระทำชำเราลักษณะดังกล่าวได้ ในขณะที่ระบบกฎหมายอเมริกันบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคนเป็นความผิดโดยชัดแจ้งในระดับมลรัฐเพียงบางมลรัฐ ซึ่งในที่นี้ ผู้เขียนจะศึกษาเฉพาะที่ปรากฏในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ส่วนระบบกฎหมายสองลำดับหลังนั้นเป็นระบบซีวิลลอว์ที่บัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคนเป็นความผิดโดยชัดแจ้งเหมือนกัน แต่มีข้อแตกต่างกันตรงที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสเลือกใช้ระบบผู้กระทำความผิดหนึ่งเดียว ในขณะที่ระบบกฎหมายเยอรมันเลือกใช้ระบบผู้ร่วมกระทำความผิดเช่นเดียวกับระบบกฎหมายไทย

3.1 การพิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราปรากฏครั้งแรกในประมวลกฎหมายฮัมมูราบี ช่วง 1900 ปีก่อนคริสต์ศักราช ซึ่งบัญญัติว่า “หากชายใดบังคับให้ภริยาของชายอื่นหรือหญิงบริสุทธิ์ ซึ่งอาศัยอยู่ในบ้านของบิดาเธอนั้นร่วมประเวณีกับตน ชายนั้นควรถูกประหารชีวิต” อย่างไรก็ตาม สังคมในยุคโบราณยังคงมีแนวคิดที่ว่า หญิงถือเป็นทรัพย์สินของชาย ดังนั้น การข่มขืนกระทำชำเรา จึงเป็นการลักทรัพย์หรือการทำให้เสียทรัพย์รูปแบบหนึ่ง และถือเป็นการละเมิดทางศีลธรรมด้วยเหตุ ที่ว่า เป็นการกระทำที่ทำลายเกียรติยศของชายผู้เป็นเจ้าของ ซึ่งได้แก่ บิดาในกรณีที่หญิงนั้นโสด หรือ สามีในกรณีที่หญิงนั้นสมรสแล้ว มิใช่ว่าการกระทำนั้นเป็นผลให้หญิงได้รับความเสียหาย ทั้งนี้ แนวคิด ข้างต้นถูกฝังรากลึกในสังคมเป็นเวลาหลายศตวรรษ จนกระทั่งในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 16 ศาลอังกฤษ ได้เปลี่ยนแปลงการรับรู้ของสังคมในเรื่องดังกล่าวเป็นครั้งแรกด้วยการกำหนดนิยามของการข่มขืน กระทำชำเราเสียใหม่ว่า หมายถึง การร่วมประเวณีกับหญิงอายุตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไป โดยฝ่าฝืนเจตจำนง ของหญิงนั้น¹ ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการริเริ่มผ่อนคลายจากแนวคิดที่เป็นไปเพื่อปกป้องผลประโยชน์ ของชายจากกรณีที่ทรัพย์สินทางเพศของตนเสื่อมราคาอันเนื่องมาจากการถูกล่วงล้ำ หันมาสู่แนวคิดที่ เป็นไปเพื่อปกป้องศักดิ์ศรีในเนื้อตัวร่างกายของหญิงเอง² แม้ว่าการเปลี่ยนแปลงระยะแรก ระบบ กฎหมายหลายประเทศจะยังรักษาแนวคิดดั้งเดิมบางประการที่ว่า ภริยายังคงเป็นทรัพย์สินของสามี ต่อไป ดังจะเห็นจากการมีอยู่ของข้อยกเว้นกรณีที่เป็นกรณีข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรส (Marital rape exemption) ในระบบคอมมอนลอว์เดิม ซึ่งอนุญาตให้ชายผู้เป็นสามีใช้กำลังข่มขืนภริยาของตน ได้โดยไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา³ แต่ท้ายที่สุด ด้วยพัฒนาการทางแนวคิดเกี่ยวกับ สิทธิมนุษยชน ซึ่งให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคน โดยเฉพาะ ความเสมอภาคทางเพศ (Gender equality) เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากความแตกต่าง ทางเพศในทุกรูปแบบ จึงเป็นผลให้หลายประเทศดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมองค์ประกอบความผิดฐาน

¹ Brooke Flagler. ‘A Brief History of Rape Law’ (The Feminist Poetry Movement, 13 ธันวาคม 2562) <<https://sites.williams.edu/engl113-f18/flagler/a-brief-history-of-rape-law/>> สืบค้นเมื่อ 21 พฤศจิกายน 2564.

² วิชัย อริยะนนทกะ, ‘วงการกฎหมายทั่วไป : แนวโน้มและข้อคิดบางประการเกี่ยวกับการปฏิรูป กฎหมายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา’ (2528) 4 ตุลาคม 120, 121.

³ Maria Pracher, ‘The Marital Rape Exemption: A Violation of a Woman's Right of Privacy’ (1981) 3 Golden Gate University Law Review 717, 717.

ข่มขืนกระทำชำเราที่ปรากฏในระบบกฎหมายของตน ซึ่งรวมถึงประเทศที่ผู้เขียนยกขึ้นศึกษาด้วย โดยมีรายละเอียด ดังนี้

3.1.1 ระบบกฎหมายอังกฤษ

ระบบกฎหมายอังกฤษกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในพระราชบัญญัติความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offences Act 2003) ซึ่งตราขึ้นแทนที่พระราชบัญญัติความผิดทางเพศ ค.ศ. 1956 (Sexual Offences Act 1956) ที่ถูกวิจารณ์ว่า “ล้าสมัย ไม่สัมพันธ์กัน และเลือกปฏิบัติ” โดยพระราชบัญญัติฉบับใหม่ได้ปฏิรูปเนื้อหาของความผิดดังกล่าวในหลายประการ เพื่อให้สอดคล้องกับแนวคิดร่วมสมัย เช่น การบัญญัติความผิดโดยไม่จำกัดเพศ (Gender – neutral offences) และมุ่งเน้นที่ความยินยอม การคุ้มครองบุคคลที่เปราะบาง (Vulnerable) เช่น เด็กหรือบุคคลที่มีสภาวะบกพร่องทางจิตใจ รวมทั้งการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด⁴

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 ได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกรณีธรรมดาไว้ในมาตรา 1 โดยจำแนกองค์ประกอบความผิดเป็น 3 ประการ ได้แก่

1) ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศชายของตนล่วงล้ำช่องคลอด ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้เสียหาย

จะเห็นได้ว่า ผู้กระทำความผิดต้องเป็นชายเท่านั้น ส่วนผู้เสียหายจะเป็นหญิงหรือชายก็ได้ เนื่องจากสามารถกระทำได้ในรูปของการล่วงล้ำทางทวารหนักหรือช่องปาก รวมทั้งหญิงสามารถรับผิดในฐานะผู้ร่วมกระทำความผิดฐานดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่หญิงบังคับให้ชายล่วงล้ำตน (Forced-to-penetrate) หญิงนั้นไม่ต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่ยังคงต้องรับผิดฐานอื่น เช่น ประทุษร้ายทางเพศ (Sexual assault) ตามมาตรา 3 หรือเป็นเหตุให้ผู้อื่นเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศ โดยปราศจากความยินยอมของผู้นั้น (Causing a person to engage in sexual activity without consent) ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติข้างต้น⁵

ทั้งนี้ บทนิยามของช่องคลอด (Vagina) ให้รวมถึงปากช่องคลอด (Vulva)⁶ และช่องคลอดที่เกิดจากการผ่าตัดแปลงเพศด้วย⁷ ส่วนการล่วงล้ำให้นับตั้งแต่มีการนำอวัยวะเพศชาย

⁴ Andrew Ashworth and Jeremy Horder, *Principles of Criminal Law* (7th edn, Oxford University Press 2013) 339-341.

⁵ Jonathan Herring, *Criminal Law* (8th edn, Palgrave Macmillan 2013) 132.

⁶ Sexual Offences Act 2003 มาตรา 79(9).

⁷ Sexual Offences Act 2003 มาตรา 79(3).

เข้าไปจนกระทั่งดึงออกมา⁸ ดังนั้น หากหญิงยินยอมตอนที่ชายนำอวัยวะเพศเข้าไปและภายหลังขอให้ชายดึงออก แต่ปรากฏว่า ชายมิได้ดึงออกแต่อย่างใด ต้องถือว่า ชายมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นับตั้งแต่ที่ไม่ยอมดึงอวัยวะเพศของตนออก⁹

2) ผู้เสียหายมิได้ให้ความยินยอมในการล่วงล้ำนั้น ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด (actus reus) โดยสามารถสันนิษฐานได้จากรูปแบบการกระทำของผู้กระทำที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติข้างต้น จำนวน 3 รูปแบบ ได้แก่

2.1) การกระทำที่ถูกสันนิษฐานโดยเด็ดขาด (Conclusive presumptions) ซึ่งเป็นไปตามสถานการณ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 76 (2) จำนวน 2 สถานการณ์ ได้แก่

2.1.1) ผู้กระทำหลอกลวงผู้เสียหายในสภาพหรือมูลเหตุของการกระทำ เช่น หลอกว่าการล่วงล้ำนั้นเป็นการรักษาทางการแพทย์¹⁰ หรือช่วยแก้ไขปัญหาเรื่องเสียงร้องเพลงของผู้เสียหาย¹¹ แต่ไม่รวมถึงการล่วงล้ำที่ผู้กระทำปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับเชื้อ HIV ของตน¹²

2.1.2) ผู้กระทำชักจูงผู้เสียหายโดยแสดงตนเป็นบุคคลที่ผู้เสียหายรู้จักเป็นการส่วนตัว ซึ่งมีได้จำกัดเพียงการแสดงตนเป็นสามีหรือคู่รักของผู้เสียหายเท่านั้น¹³

2.2) การกระทำที่ถูกสันนิษฐานโดยไม่เด็ดขาด (Evidential presumptions) ซึ่งเป็นไปตามสถานการณ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 75 (2) จำนวน 6 สถานการณ์ โดยผู้กระทำอาจนำสืบหักล้างได้หากมีพยานหลักฐานเพียงพอ ได้แก่

2.2.1) ผู้กระทำใช้กำลังหรือทำให้ผู้เสียหายกลัวว่าจะถูกใช้กำลังในพื้นที่ทันที

2.2.2) ผู้กระทำทำให้ผู้เสียหายกลัวว่าผู้อื่นจะถูกใช้กำลังในพื้นที่ทันที ซึ่งคล้ายคลึงกับสถานการณ์แรก เพียงแต่เป็นการข่มขู่ไปที่บุคคลที่สาม

2.2.3) ผู้กระทำหวังเหนี่ยวรั้งผู้เสียหายโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

⁸ Sexual Offences Act 2003 มาตรา 79(2).

⁹ Jonathan Herring (เชิงอรรถ 5) 132.

¹⁰ R v Flattery [1877] 2 QB 410.

¹¹ R v Williams [1923] 1 KB 340.

¹² R v B [2006] EWCA Crim 2945.

¹³ Andrew Ashworth and Jeremy Horder (เชิงอรรถ 4) 348.

2.2.4) ผู้กระทำลวงล้าในขณะที่ผู้เสียหายหลับหรือไม่รู้สีกตัว ซึ่งเป็นผลจากการดื่มเครื่องดื่มที่มีแอลกอฮอล์หรือเสพยาเสพติดบางชนิด¹⁴

2.2.5) ผู้เสียหายมีความบกพร่องทางกายจนไม่อาจให้ความยินยอมได้

2.2.6) ผู้กระทำลวงล้าในขณะที่ผู้เสียหายรู้สึกมึนงงหรือถูกครอบงำ ซึ่งสถานการณ์สุดท้ายนี้บัญญัติขึ้นเพื่อรองรับรูปแบบของการข่มขืนที่มีการใช้สารเสพติด (Date rape drugs) เช่น ยาเสี่ยสาว (Rophynol) รวมทั้งเครื่องดื่มที่มีแอลกอฮอล์¹⁵

2.3) ผู้เสียหายไม่ยินยอม ซึ่งนิยามของความยินยอมเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 74 กล่าวคือ จะถือว่าผู้นั้นยินยอมก็ต่อเมื่อครบองค์ประกอบทั้ง 3 ประการ ได้แก่

2.3.1) ผู้นั้นยอมรับในการลวงล้า

2.3.2) ผู้นั้นมีความสามารถในการตัดสินใจ ดังนั้น กรณีที่เป็นเด็กเล็กหรือมีสภาวะบกพร่องทางจิตใจ แม้จะแสดงว่าตนยินยอมก็ตาม ย่อมถือว่าบุคคลดังกล่าวมิได้ยินยอม

2.3.3) ผู้นั้นมีอิสระในการตัดสินใจ กล่าวคือ ไม่ถูกบังคับหรือข่มขู่ให้ต้องยินยอม¹⁶

3) ผู้กระทำไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้เสียหายยินยอม ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในของความผิด (mens rea) โดยพิสูจน์ได้จากรูปแบบที่ปรากฏในข้อ 2) กล่าวคือ หากเป็นการกระทำที่ถูกสันนิษฐานโดยเด็ดขาดตามมาตรา 76 (2) ผู้กระทำย่อมไม่สามารถอ้างเหตุอันควรเชื่อดังกล่าวได้ แต่หากเป็นการกระทำที่ถูกสันนิษฐานโดยไม่เด็ดขาดตามมาตรา 75 (2) ซึ่งโดยหลักแล้ว ผู้กระทำไม่อาจอ้างเหตุอันควรเชื่อดังกล่าวได้เช่นเดียวกัน เว้นแต่จะมีพยานหลักฐานเพียงพอที่แสดงให้เห็นถึงเหตุอันควรเชื่อนั้น ส่วนกรณีที่ผู้เสียหายไม่ยินยอมตามความในมาตรา 74 จะต้องพิสูจน์เป็นรายกรณีโดยพิจารณาจากสถานการณ์ที่เกิดขึ้นทั้งหมด¹⁷ เช่น ผู้เสียหายเพียงยิ้มเล็กน้อยเมื่อผู้กระทำถามถึงความยินยอมเข้าไปเข้ามา อาจถือได้ว่ามีเหตุอันควรเชื่อดังกล่าวแล้ว แม้โดยแท้จริง ผู้เสียหายจะมีได้ยินยอมก็ตาม¹⁸

¹⁴ Jonathan Herring (เชิงอรรถ 5) 135.

¹⁵ Andrew Ashworth and Jeremy Horder (เชิงอรรถ 4) 350.

¹⁶ Jonathan Herring (เชิงอรรถ 5) 136-137.

¹⁷ Sexual Offences Act 2003 มาตรา 1(2).

¹⁸ Jonathan Herring (เชิงอรรถ 5) 141.

3.1.2 ระบบกฎหมายอเมริกัน

ในเบื้องต้น ประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบด้วยมลรัฐจำนวน 50 มลรัฐ ซึ่งแต่ละมลรัฐจะมีประมวลกฎหมายอาญาและเขตอำนาจศาลเป็นของตนเอง โดยในส่วนของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา พบว่า แต่ละมลรัฐยังคงกำหนดรายละเอียดของความผิดฐานดังกล่าวที่แตกต่างกัน¹⁹ กล่าวคือ บางมลรัฐกำหนดให้การล่วงล้ำทางเพศที่ปราศจากความยินยอม และไม่มีการใช้กำลังเป็นความผิดฐานดังกล่าว ขณะที่มลรัฐอื่นกำหนดให้เฉพาะการล่วงล้ำทางเพศที่มีการใช้กำลังประทุษร้ายหรือบังคับขู่เข็ญผู้เสียหายหรือบุคคลอื่นจึงจะเป็นความผิดฐานดังกล่าว²⁰ อย่างไรก็ตาม Model Penal Code ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายต้นแบบของรัฐบาลกลางที่แต่ละมลรัฐสามารถนำไปแก้ไขปรับปรุงได้ตามความเหมาะสมและประกาศใช้เป็นกฎหมายของมลรัฐ ได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ในมาตรา 213.1 (1) ความว่า

“ชายกระทำชำเราหญิงที่มีใช้ภริยาของตน ต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต่อเมื่อ

(a) ใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญในทันทีใดนั้นว่า จะทำให้ถึงแก่ความตาย ทำให้ร่างกายได้รับบาดเจ็บสาหัส ทำให้ได้รับความเจ็บปวดอย่างร้ายแรง หรือจะลักพาตัวผู้ใดก็ตาม หรือ

(b) ทำให้ความสามารถในการประเมินหรือควบคุมการกระทำตนเองของหญิงลดน้อยลง โดยใช้ยาเสพติด ของมึนเมา หรือวิธีการอื่นที่หญิงไม่รู้ตัว เพื่อมิให้หญิงขัดขืน หรือ

(c) หญิงไม่รู้สีกตัว หรือ

(d) หญิงอายุต่ำกว่า 10 ปี

...”

จะเห็นได้ว่า การข่มขืนกระทำตามมาตราช้างต้นไม่รวมถึงการกระทำของชายที่ได้กระทำต่อภริยาของตน ซึ่งเป็นไปตามหลักข้อยกเว้นคู่สมรส (Spousal exception) ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์²¹ และมีลักษณะที่เจาะจงทางเพศ กล่าวคือ ชายเท่านั้นที่เป็นผู้กระทำและหญิงเท่านั้นที่

¹⁹ Carol E. Tracy and others, ‘Rape and sexual assault in the legal system’ (Presented to the National Research Council of the National Academies Panel on Measuring Rape and Sexual Assault in the Bureau of Justice Statistics Household Surveys Committee on National Statistics 2012) 12.

²⁰ เพิ่งอ้าง 29-31.

²¹ Paul H. Robinson, ‘United States’ ใน Kevin Jon Heller และ Markus D. Dubber (eds) *The Handbook of Comparative Criminal Law* (Stanford Law Books 2011) 590.

เป็นผู้เสียหายในความผิดดังกล่าว อย่างไรก็ตาม หญิงสามารถเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดดังกล่าวได้²² ทั้งนี้ บทบัญญัติข้างต้นกำหนดรูปแบบของการข่มขืน โดยเน้นที่การกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดของผู้ชายแทนที่จะเน้นที่การปราศจากความยินยอมของผู้หญิง ซึ่งผู้ยกร่างให้เหตุผลว่า ความยินยอมเป็นเรื่องซับซ้อนที่อยู่ภายในจิตใจและไม่อาจแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจน จึงควรหลีกเลี่ยงการพิสูจน์เชิงภาวะวิสัยในเรื่องดังกล่าว²³

ส่วนการกระทำชำเราใน Model Penal Code กำหนดรายละเอียดไว้ในมาตรา 213.0 (2) โดยให้รวมถึงการกระทำชำเราทางปาก (per os) หรือทางทวารหนัก (per anum) ไม่ว่าจะล่วงล้ำมากน้อยเพียงใดหรือหลังน้ำอสุจิ (Emission) หรือไม่ ดังนั้น หากชายเพียงแต่ใช้อวัยวะเพศของตนสัมผัสกับอวัยวะเพศหญิงของผู้เสียหาย จึงยังไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นการกระทำชำเรา ซึ่งมีน้อยมลรัฐมากที่จะกำหนดเป็นอย่างอื่น อย่างไรก็ตาม ยังเป็นที่ถกเถียงกันว่า การกระทำชำเราทางอวัยวะเพศ (Carnal knowledge) ต้องล่วงล้ำถึงขั้นใด โดยแนวทางส่วนใหญ่ยังยึดหลักที่ว่า เพียงแค่ชายล่วงล้ำบริเวณแคมนอก (Labia majora) ก็ต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด (Vagina)²⁴

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่บัญญัติในระดับมลรัฐ ผู้เขียนขอยกตัวอย่างความผิดฐานดังกล่าวที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนีย (The Penal Code of California) ซึ่งในเบื้องต้น ได้กล่าวถึงลักษณะของการข่มขืนกระทำชำเราไว้ในมาตรา 263 โดยกำหนดให้ต้องเป็นการล่วงล้ำทางเพศที่ได้กระทำรุนแรงต่อบุคคลและความรู้สึกของผู้เสียหาย แม้ได้ล่วงล้ำเพียงเล็กน้อยก็ตาม ซึ่งการล่วงล้ำดังกล่าว หมายถึงเฉพาะการกระทำชำเราตามธรรมชาติที่อวัยวะเพศชายล่วงล้ำช่องคลอด (Vagina) หรืออวัยวะเพศหญิง (Genitalia)²⁵ หากเป็นการกระทำชำเราผิดธรรมชาติที่ฝ่าฝืนความยินยอมของผู้เสียหายจะจัดอยู่ในหมวดที่เรียกว่า Crime Against Nature ได้แก่ การกระทำชำเราทางทวารหนัก (Sodomy) ตามมาตรา 286 ซึ่งใช้อวัยวะเพศชายล่วงล้ำทวารหนัก การกระทำชำเราทางปาก (Oral copulation) ตามมาตรา 287 ซึ่งใช้

²² Wayne R. LaFave, *Criminal Law* (5th edn, West Academic Publishing 2010) 896.

²³ Joshua Dressler, *Understanding criminal law* (7th edn, LexisNexis 2015) 600.

²⁴ Wayne R. LaFave (เชิงอรรถ 22) 896.

²⁵ Judicial Council of California. 'CALCRIM No. 1000. Rape or Spousal Rape by Force, Fear, or Threats (Pen. Code, § 261(a)(2), (6) & (7))' (Justia, ตุลาคม 2563) 749 <<https://www.justia.com/criminal/docs/calcrim/1000/1000/>> สืบค้นเมื่อ 5 มิถุนายน 2564.

ปากกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนัก²⁶ และการล่วงล้ำทางเพศ (Sexual penetration) ตาม มาตรา 289 ซึ่งใช้วัตถุและส่วนอื่นของร่างกายล่วงล้ำเข้าไปในช่องอวัยวะเพศหรือช่องทวารหนัก

ในส่วนของผู้เสียหายนั้น ประมวลกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนียได้จำแนก ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราออกเป็น 2 ประเภทตามสถานภาพของผู้เสียหาย ได้แก่ การข่มขืน กระทำชำเราผู้ที่มีใช้คู่สมรสของตนตามมาตรา 261 และการข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสของตนตาม มาตรา 262

1) การข่มขืนกระทำชำเราผู้ที่มีใช้คู่สมรสของตน

พิจารณาจากความยินยอมของผู้เสียหายเป็นสำคัญ ซึ่งมาตรา 261 ได้กำหนด ลักษณะของผู้เสียหายที่แสดงถึงความไม่ยินยอมของผู้เสียหายโดยปริยายไว้หลายลักษณะ เช่น

1.1) มีภาวะบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจ จนไม่อาจให้ความยินยอมได้

1.2) ถูกใช้กำลัง ถูกขู่เข็ญ หรือถูกทำให้กลัวว่าตนหรือผู้อื่นจะได้รับอันตราย

แก่กายในทันทีนั้น

1.3) ได้รับของมีเงินเมาหรือสารบางชนิดที่มีผลให้ไม่สามารถขัดขืนได้

1.4) ไม่รู้ถึงการล่วงล้ำทางเพศในขณะนั้น เนื่องจากไม่รู้สีกตัวหรือหลับ หรือ ถูกหลอกลวงในข้อเท็จจริงหรือถูกหลอกลวงว่า การล่วงล้ำทางเพศเป็นไปเพื่อจุดประสงค์ทางวิชาชีพ

1.5) ถูกโน้มน้าวด้วยกลอุบายให้เชื่อว่า ผู้กระทำเป็นบุคคลที่ผู้เสียหายรู้จัก

1.6) ถูกข่มขู่ว่าจะลักพาตัวหรือกักขังโดยมิชอบ หรือจะทำให้เจ็บปวดทรมาน

1.7) ถูกข่มขู่ว่าจะใช้อำนาจในฐานะเจ้าหน้าที่รัฐ เพื่อกักขัง จับกุม หรือเนรเทศ

2) การข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสของตน

มีความร้ายแรงน้อยกว่าการข่มขืนกระทำชำเราตามข้อ 1) กล่าวคือ โดยปกติ การกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของคู่สมรสนั้นไม่เป็นความผิด เว้นแต่คู่สมรสจะมีลักษณะที่ แสดงให้เห็นถึงความไม่ยินยอมโดยปริยายตามที่มาตรา 262 กำหนดไว้ ซึ่งแตกต่างจากที่มาตรา 261 กำหนดไว้เพียงเล็กน้อย โดยไม่รวมถึงกรณีดังต่อไปนี้

2.1) คู่สมรสมีภาวะบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจ จนไม่อาจให้ความยินยอมได้

²⁶ ไม่จำเป็นต้องมีการล่วงล้ำ ดังนั้น ผู้กระทำความผิดฐานดังกล่าวอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้ โดยในส่วนของอวัยวะเพศชายให้รวมถึงถุงอัณฑะ (Scrotum) ด้วย. Judicial Council of California. 'CALCRIM No. 1015. Oral Copulation by Force, Fear, or Threats (Pen. Code, § 287(c)(2) & (3), (k))' (Justia, ตุลาคม 2563) 769-770 and 773 <<https://www.justia.com/criminal/docs/calcrim/1000/1015/>> สืบค้นเมื่อ 5 มิถุนายน 2564.

2.2) ผู้กระทำไม่อาจกระทำได้โดยสภาพ เช่น หลอกหลวงว่าการล้วงล้ำทางเพศ เป็นไปเพื่อจุดประสงค์ทางวิชาชีพ หรือโน้มน้าวให้เชื่อว่าตนเป็นบุคคลที่ผู้เสียหายรู้จัก

3.1.3 ระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสแบ่งแยกความผิดเกี่ยวกับเพศเป็น 2 ประเภท ได้แก่ การกระทำความรุนแรงทางเพศ (Sexual aggression) ซึ่งกระทำโดยใช้กำลังประทุษร้าย บังคับขู่เข็ญ หรือ หลอกหลวง และการล้วงละเมิดทางเพศ (Sexual violation) ซึ่งกระทำโดยปราศจากการใช้วิธีการดังกล่าวมา²⁷ ทั้งนี้ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจัดอยู่ในความผิดประเภทแรก โดยมีรายละเอียดปรากฏในมาตรา 222-23 ซึ่งบัญญัติว่า

“การกระทำใด ๆ ที่เป็นการล้วงล้ำทางเพศ ไม่ว่าจะมียุทธลักษณะเช่นใด หากได้กระทำต่อผู้อื่นโดยใช้กำลัง (Violence) โดยบังคับขู่เข็ญ (Constraint) โดยคุกคาม (Threat) หรือโดยมิให้รู้ตัว (Surprise) เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา มีโทษจำคุก 15 ปี”²⁸

จะเห็นได้ว่า ในส่วนขององค์ประกอบภายนอกนั้น ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มิได้กำหนดเพศของผู้กระทำและผู้ถูกกระทำไว้โดยเฉพาะ เนื่องจากเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของประมวลกฎหมายดังกล่าวที่ต้องการจัดการเลือกปฏิบัติทางเพศที่ปรากฏในบทบัญญัติ²⁹ โดยกำหนดเพียงว่าต้องมีการล้วงล้ำ ซึ่งนอกจากการกระทำชำเราตามธรรมชาติแล้ว ยังครอบคลุมถึงการกระทำชำเราทางทวารหนักหรือช่องปากและการใช้สิ่งอื่นใดล้วงล้ำ เช่น นิ้วมือหรือขวดน้ำ จึงอาจได้กล่าวได้ว่าหญิงสามารถเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่ผู้เสียหายล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะของผู้กระทำ เช่น หญิงผู้กระทำอมอวัยวะเพศชายของผู้เสียหาย เช่นนี้ไม่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากการล้วงล้ำต้องเกิดจากการกระทำของฝ่ายผู้กระทำเท่านั้น³⁰

ทั้งนี้ การล้วงล้ำต้องประกอบด้วยมีมูลเหตุจูงใจทางเพศ (Sexual motive) ดังนั้น หากเพียงใช้วัตถุที่มีลักษณะเป็นแท่งสอดเข้าไปในทวารหนักของผู้เสียหาย เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินจากผู้เสียหาย ถือว่าขาดมูลเหตุจูงใจทางเพศ จึงไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา³¹

²⁷ Catherine Elliott, *French Criminal Law* (Willan Publishing 2001) 174.

²⁸ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ‘บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (ความผิดเกี่ยวกับเพศ)’ (2561) 6.

²⁹ Catherine Elliott (เชิงอรรถ 27) 174.

³⁰ CC. Crim. 16 déc 1997, 97-85.455.

³¹ Catherine Elliott (เชิงอรรถ 27) 176-177.

แม้บทบัญญัติข้างต้นจะมีได้กล่าวถึงความไม่ยินยอมของผู้เสียหายไว้อย่างชัดเจน แต่ก็สามารถอนุมานได้จากรูปแบบของการกระทำที่ปรากฏในบทบัญญัติ จำนวน 4 รูปแบบ ได้แก่³²

1) การใช้กำลังต่อผู้เสียหาย โดยไม่รวมถึงการใช้กำลังต่อทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น
2) การบังคับขู่เข็ญผู้เสียหายทางกาย ซึ่งคล้ายคลึงกับการใช้กำลัง หรือการบังคับขู่เข็ญผู้เสียหายทางจิตใจ โดยต้องทำให้กลัวว่า จะเกิดอันตรายต่อชีวิต ทรัพย์สิน หรือบุคคลที่ใกล้ชิดของผู้เสียหาย

3) การคุกคามผู้เสียหาย ซึ่งทับซ้อนกับการบังคับขู่เข็ญทางจิตใจ ทั้งนี้ ไม่รวมถึงการบังคับขู่เข็ญโดยใช้อำนาจเหนือธรรมชาติ

4) การกระทำโดยผู้เสียหายไม่รู้ตัว ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้กระทำได้หลอกลวงผู้เสียหายเกี่ยวกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นหรือได้อาศัยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุหรือสภาวะบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจของผู้เสียหาย เพื่อให้ได้มาซึ่งความพึงพอใจทางเพศ นอกจากนี้ ยังรวมถึงกรณีที่ผู้เสียหายอยู่ในอาการเมาสุรา เสน่ห์สารเสพติด หรือถูกสะกดจิต

ในส่วนขององค์ประกอบภายในนั้น ผู้กระทำเพียงมีเจตนาธรรมดา คือ รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด ก็เพียงพอแล้ว ดังนั้น หากผู้กระทำเข้าใจผิดคิดว่าผู้เสียหายยินยอม และได้แสดงหลักฐานจนเป็นที่พอใจแก่ศาล ย่อมถือว่าผู้กระทำผู้นั้นขาดองค์ประกอบภายใน³³ จึงไม่ต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

3.1.4 ระบบกฎหมายเยอรมัน

ความผิดเกี่ยวกับเพศที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า กฎหมายอาญามีได้มุ่งคุ้มครองพฤติกรรมทางศีลธรรมในมุมมองของผู้คนโดยทั่วไป แต่มุ่งยับยั้งการกระทำทางเพศที่มีขอบบางประการ เพื่อคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง โดยมีบทบัญญัติสำคัญ คือ มาตรา 177³⁴ ซึ่งกล่าวถึงการประทุษร้ายทางเพศ หรือการขู่เข็ญทางเพศ หรือการข่มขืนกระทำชำเรา (Sexual assault; sexual coercion; rape) ทั้งนี้ ภายหลังเกิดเหตุการณ์ประทุษร้ายทางเพศระหว่างการเฉลิมฉลองในวันส่งท้ายปีเก่าที่เมืองโคโลญจ์ (Attacks on New Year's Eve in Cologne) เมื่อปี ค.ศ.2015 ซึ่งมีหญิงผู้เสียหายจำนวนกว่า 100 คน แต่กลับมีการลงโทษผู้กระทำเพียงไม่กี่คน เนื่องจากบทบัญญัติในขณะนั้นกำหนดว่า จะเป็นความผิด

³² เพิ่งอ้าง 175.

³³ เพิ่งอ้าง 177.

³⁴ Thomas Weigend, 'Germany' in Kevin Jon Heller และ Markus D. Dubber (eds) *The Handbook of Comparative Criminal Law* (Stanford Law Books 2011) 277-278.

ฐานประทุษร้ายทางเพศต่อเมื่อผู้เสียหายแสดงอาการขัดขืนหรือต่อต้านเท่านั้น จึงนำไปสู่การรณรงค์ภายใต้ชื่อว่า “NeinHeisstNein” (No means No) เพื่อให้มีการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าว จนในที่สุดในปี ค.ศ. 2016 รัฐสภาเยอรมันได้เห็นชอบกับบทบัญญัติ มาตรา 177 ที่มีการแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งมุ่งเน้นพิจารณาที่ความไม่ยินยอมของผู้เสียหาย แม้จะอยู่ในรูปของการแสดงออกโดยนัยทั้งทางกายและวาจา โดยไม่จำเป็นที่ผู้เสียหายต้องถึงขั้นแสดงกิริยาตอบโต้ (fight back)³⁵ จนกล่าวได้ว่า ในปัจจุบันความผิดตามมาตรา 177 เป็น “Non-consensual sexual offence มิใช่ Violent offence”³⁶

ความไม่ยินยอมของผู้เสียหายตามมาตรา 177 สามารถจำแนกเป็น 2 กรณี ได้แก่

1) ความไม่ยินยอมโดยชัดแจ้ง ดังที่ปรากฏในมาตรา 177 (1) ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำทางเพศกับผู้อื่นหรือให้ผู้อื่นกระทำเช่นนั้นกับตน หรือก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำทางเพศกับบุคคลที่สามหรือให้บุคคลที่สามกระทำเช่นนั้นต่อผู้อื่น โดยฝ่าฝืนต่อเจตจำนงอันชัดแจ้งของผู้อื่น ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 5 ปี” ทั้งนี้ การแสดงออกถึงความไม่ยินยอมในกรณีข้างต้นต้องปรากฏในขณะที่มีการกระทำความผิดนั้น³⁷ และเป็นไปอย่างชัดแจ้งโดยพิจารณาตามเกณฑ์การรับรู้ของบุคคลภายนอก ซึ่งอาจแสดงออกในรูปของการปฏิเสธทางวาจาหรือทางกายภาพ เช่น การผลักให้พ้นไป การสะบัดไปมา การวิ่งหนี การหนีบตันขาไว้ด้วยกัน อาการตัวสั่น การกรีดร้อง³⁸

2) ความไม่ยินยอมโดยปริยาย ดังที่ปรากฏในมาตรา 177 (2) ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายถือว่าผู้เสียหายไม่อาจให้ความยินยอมโดยแท้จริงได้ ทั้งที่เกิดจากตัวผู้เสียหายเองและที่เป็นผลมาจากการกระทำของผู้กระทำ โดยผู้กระทำยังคงต้องระวางโทษเช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในมาตรา 177 (1) ทั้งนี้ กรณีที่กฎหมายถือว่าผู้เสียหายมิได้ให้ความยินยอม ได้แก่

2.1) ผู้กระทำอาศัยข้อเท็จจริงที่ผู้เสียหายไม่สามารถก่อหรือแสดงเจตนาขัดขืนได้เลยโดยสภาพ

³⁵ ‘Germany rape law: ‘No means No’ law passed’ (BBC NEWS, 7 กรกฎาคม 2559) <<https://www.bbc.com/news/world-europe-36726095>> สืบค้นเมื่อ 30 พฤษภาคม 2564.

³⁶ รณกรณ์ บุญมี, ‘การข่มขืนกระทำชำเราโดยหลอกลวง: วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1007/2557 และการกระทำอื่น ๆ’ (2560) 3 นิติศาสตร์ 647, 660.

³⁷ Mohamad El-Ghazi, ‘Der neue Straftatbestand des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB n.F.’ (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, มีนาคม 2560) <https://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_3_1094.pdf?fbclid=IwAR3G-QWPgtyeofXCNBc0k9nt3aYaliaJELVJREx_g16ngCtl_JXgTyy2E> สืบค้นเมื่อ 10 ธันวาคม 2564. 162

³⁸ เพิ่งอ้าง 166.

2.2) ผู้กระทำอาศัยข้อเท็จจริงที่ผู้เสียหายมีความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจจนไม่สามารถก่อหรือแสดงเจตนาชัดเจนได้ ซึ่งเป็นกรณีที่ถือว่าผู้เสียหายสามารถก่อหรือแสดงเจตนาชัดเจนได้ เพียงแต่ข้อจำกัดทางร่างกายหรือจิตใจของผู้เสียหาย ส่งผลให้ไม่สามารถกระทำเช่นนั้นได้³⁹

2.3) ผู้กระทำอาศัยข้อเท็จจริงที่ผู้เสียหายไม่ทันตั้งตัว ซึ่งโดยสภาพแล้ว จะเห็นได้ว่าผู้เสียหายไม่สามารถให้ความยินยอมได้ทันเวลาที่⁴⁰

2.4) ผู้กระทำอาศัยสถานการณ์ที่ผู้เสียหายถูกขู่เชื่อกว่าจะได้รับอันตรายร้ายแรงหากไม่ยินยอม

2.5) ผู้กระทำบังคับให้ผู้เสียหายกระทำทางเพศหรือยอมให้มีการกระทำทางเพศโดยขู่เชื่อกว่าจะทำให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรง

ทั้งนี้ ความไม่ยินยอมของผู้เสียหายข้างต้นไม่รวมถึงกรณีที่หญิงมิได้ยินยอมให้ชายกระทำทางเพศในตอนแรก แต่ภายหลังกลับยินยอมเพราะถูกชายหลอกลวงว่าจะจ่ายเงินให้จำนวนหนึ่ง โดยกฎหมายถือว่า ณ เวลาที่มีการกระทำทางเพศนั้น ภายในจิตใจของหญิงได้เปลี่ยนจากการปฏิเสธเป็นการให้ความยินยอมโดยแท้จริงแล้ว⁴¹

ในส่วนของการกระทำทางเพศ (Sexual act) ที่ระบุในมาตรา 177 (1) และ (2) นั้น มาตรา 184h ข้อ 1 กำหนดนิยามไว้โดยกว้างว่า เป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองในความผิดหมวดนี้ (กล่าวคือ ต้องเป็นการกระทำที่ขัดต่อการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเองของผู้เสียหาย - ผู้เขียน) ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundesgerichtshof) ได้วางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมว่า ต้องเป็นการกระทำที่ส่อไปในทางเพศอย่างชัดเจน ประกอบกับเมื่อพิจารณาถึงประเภท ความรุนแรง และระยะเวลาของการกระทำนั้นโดยรวมแล้ว จะเห็นได้ว่าไม่เป็นที่ยอมรับของสังคม⁴² เช่น จีบอวัยวะเพศของผู้เสียหายไว้แน่น โดยที่ผู้เสียหายยังสวมเสื้อผ้าอยู่ สัมผัสอวัยวะเพศอันเปลือยเปล่าของผู้เสียหาย⁴³ หรือล้วงเข้าไปสัมผัสหน้าอกของหญิง⁴⁴ อย่างไรก็ตาม แม้การกระทำบางประการมิได้ส่อไปในทางเพศอย่างชัดเจน แต่อาจถือเป็นการกระทำทางเพศตามมาตรา 184h ได้

³⁹ เพิ่งอ้าง 164.

⁴⁰ เพิ่งอ้าง 159.

⁴¹ เพิ่งอ้าง 164.

⁴² BGH, Judgement of 10 March 2016, 3 StR 437/15 para. 8.

⁴³ BGH, Judgement of 15 October 1987, 4 StR 420/87 para. 7.

⁴⁴ BGH bei Miebach NStZ 1992, 228.

ต่อเมื่อผู้กระทำมีมูลเหตุจูงใจทางเพศและบุคคลที่รู้เห็นอยู่ในเหตุการณ์ทั้งหมดนั้นเห็นว่า การกระทำดังกล่าวเข้าข่ายเป็นการกระทำทางเพศ⁴⁵

ในส่วนของบุคคลที่เป็นวัตถุแห่งการกระทำนั้น มาตรา 177 (1) และ (2) กำหนดขอบเขตไว้โดยกว้าง กล่าวคือ นอกจากผู้อื่นในฐานะเป็นผู้ถูกกระทำโดยตรงแล้ว ยังกำหนดให้รวมถึงบุคคลที่สามในฐานะเป็นผู้ถูกกระทำโดยอ้อมด้วย และในส่วนของวิธีหรือลักษณะของการกระทำนั้น มาตราทั้งสองข้างต้นยังกำหนดไว้อย่างครอบคลุม ทั้งกรณีที่ดินหรือบุคคลที่สามเป็นฝ่ายที่กระทำและกรณีที่ดินหรือบุคคลที่สามเป็นฝ่ายที่ถูกกระทำ

ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้กำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราเป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางเพศที่ร้ายแรงเป็นพิเศษ และเป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการกระทำทางเพศในกรณีธรรมดา โดยปรากฏอยู่ในมาตรา 177(6) ข้อ 1 ซึ่งบัญญัติว่า

“การกระทำดังต่อไปนี้เป็นการกระทำทางเพศที่ร้ายแรงเป็นพิเศษ ต้องระวางโทษอย่างน้อย 2 ปี

1. ผู้กระทำได้กระทำชำเราผู้เสียหายหรือให้ผู้เสียหายกระทำชำเรากับตน หรือได้กระทำทางเพศกับผู้เสียหายหรือให้ผู้เสียหายกระทำทางเพศกับตนทำนองเดียวกับการกระทำชำเรา ซึ่งเป็นการลดทอนคุณค่า (degrading) ของผู้เสียหายเป็นพิเศษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากการกระทำนั้นเกี่ยวข้องกับการล่วงล้ำทางร่างกาย (penetration of the body) (การข่มขืนกระทำชำเรา)

...

จากบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราข้างต้น จะเห็นได้ว่า มิได้ระบุเพศของผู้กระทำและผู้ถูกกระทำไว้ ดังนั้น ผู้ถูกกระทำอาจเป็นชายก็ได้ และหญิงอาจเป็นผู้กระทำใน ความผิดดังกล่าวได้ด้วยการบังคับให้หญิงอีกคนร่วมประเวณีกับชาย⁴⁶ นอกจากนี้ ยังจำแนกลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดข้างต้นเป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีแรก การล่วงล้ำทางร่างกาย ซึ่งหมายถึง การใช้อวัยวะเพศสอดเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก และช่องปาก และกรณีที่สอง การกระทำทางเพศที่ลดทอนคุณค่าของผู้เสียหายเป็นพิเศษ ซึ่งมีใช้การล่วงล้ำตามกรณีแรก เช่น การใช้วัตถุหรือ นิ้วมือสอดเข้าไปในอวัยวะเพศ⁴⁷ หรือทวารหนัก อย่างไรก็ตาม หากผู้กระทำใช้วัตถุหรือส่วนอื่น ๆ

⁴⁵ BGH, Judgement of 10 March 2016, 3 StR 437/15 para. 6.

⁴⁶ Tatjana Hörnle, ‘Penal Law and Sexuality: Recent Reforms in German Criminal Law’ (2000) 3 Buffalo Criminal Law Review 639, 656.

⁴⁷ เพิ่งอ้าง 653-654.

ของร่างกายสอดเข้าไปในปากหรือกระทำต่อส่วนที่มีใช้ส่วนเปิดของร่างกาย แม้มีมูลเหตุจูงใจทางเพศ ก็ไม่ถือเป็นการกระทำชำเรา⁴⁸

3.2 การพิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคน

จากการศึกษาในหัวข้อที่ผ่านมาเป็นการข่มขืนกระทำชำเราในกรณีธรรมดา ซึ่งกระทำโดยบุคคลคนเดียวและเป็นความผิดพื้นฐานที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายทุกประเทศ อย่างไรก็ตาม เมื่อการข่มขืนกระทำชำเราถูกเพิ่มระดับความร้ายแรงด้วยการกระทำโดยบุคคลหลายคน พบว่า ระบบกฎหมายต่างประเทศที่ผู้เขียนยกขึ้นศึกษาส่วนใหญ่มีการกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาไว้อย่างชัดเจน ในขณะที่ระบบกฎหมายต่างประเทศอีกส่วนหนึ่ง แม้จะมีได้กำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาไว้อย่างชัดเจน แต่ก็มีเครื่องมือบางประการสำหรับให้ศาลสามารถนำมาปรับใช้กับการข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะดังกล่าวได้ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

3.2.1 ระบบกฎหมายอังกฤษ

แม้พระราชบัญญัติความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 จะบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราในกรณีธรรมดาเป็นความผิดไว้ในมาตรา 1 แต่เมื่อเป็นการข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคนกลับไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติเป็นความผิดไว้โดยชัดเจน อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่ามีการข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้น ศาลสูงคดีอาญา (Crown Court) ซึ่งทำหน้าที่พิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะนำเครื่องมือประเภทหนึ่ง เรียกว่า บัญชีมาตรฐานโทษ (Sentencing Guideline) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มาใช้เป็นกรอบในการกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้มีส่วนร่วมในความผิดฐานนี้ โดยคณะกรรมการการลงโทษ (Sentencing Council) ซึ่งเป็นองค์กรอิสระที่ประกอบด้วยกรรมการจำนวน 14 คน แบ่งเป็นผู้พิพากษา 8 คนและประชาชนที่มีใช้ผู้พิพากษา 6 คน เป็นผู้ร่างบัญชีมาตรฐานโทษดังกล่าว ซึ่งก่อนหน้าที่จะประกาศใช้และเปิดเผยให้

⁴⁸ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3577/2551 (สำนักงานศาลยุติธรรม) 6: 99.

ประชาชนทราบนั้น ร่างบัญญัติมาตรฐานโทษนี้จะต้องผ่านการรับฟังความเห็นทั้งจากรัฐบาล บุคลากรที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม และบุคคลทั่วไป⁴⁹

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 มาตรา 1 กำหนดเฉพาะโทษจำคุกตลอดชีวิตในฐานะอัตราโทษสูงสุด⁵⁰ ดังนั้น ในการปรับใช้บัญญัติมาตรฐานโทษดังกล่าว ศาลสูงจึงต้องดำเนินการตามขั้นตอน ดังนี้⁵¹

1) กำหนดประเภทของความเสียหายที่เกิดขึ้น (Harm) ซึ่งแบ่งเป็น 3 ประเภทได้แก่

1.1) ประเภทที่ 1 เป็นการรวมกันของสถานการณ์ที่จัดอยู่ในประเภทที่ 2 และมีลักษณะหรือผลที่รุนแรงตั้งแต่ 2 สถานการณ์ขึ้นไป

1.2) ประเภทที่ 2 เป็นสถานการณ์ที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะการกระทำหรือความเสียหายอย่างรุนแรงอันเนื่องมาจากการข่มขืนกระทำชำเรา เช่น

- ผู้เสียหายได้รับความเสียหายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรง
- ผู้เสียหายตั้งครรภ์หรือติดเชื้อทางเพศสัมพันธ์
- ผู้เสียหายถูกกระทำในลักษณะที่เป็นการย่ำยีศักดิ์ศรีและไร้มนุษยธรรม

เกินกว่าปกติ

- ผู้เสียหายถูกลักพาตัว
- ผู้เสียหายถูกกักขังหน่วงเหนี่ยวเป็นเวลานานหรือเหตุการณ์ได้เกิดขึ้น

โดยต่อเนื่อง

- ผู้เสียหายถูกใช้ความรุนแรงหรือถูกข่มขู่ว่าจะใช้ความรุนแรงนอกเหนือ

จากลักษณะพื้นฐานของความผิด

1.3) ประเภทที่ 3 เป็นสถานการณ์อื่น ๆ ที่มีได้ปรากฏอยู่ในสองประเภทแรก

⁴⁹ ปกป้อง ศรีสนิท, ‘การมีส่วนร่วมของประชาชนในระบบศาล : การจัดทำและการเปิดเผยยึดถือในคดีอาญา’ (The 101.World, 20 พฤศจิกายน 2562) <<https://www.the101.world/sentencing-guideline-in-criminal-case/>> สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2564.

⁵⁰ Sexual Offences Act 2003 มาตรา 1(4).

⁵¹ Sentencing Council, ‘Sentencing Guideline for use in Crown Court : Rape’ (Sentencing Council, 1 เมษายน 2557) <<https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/rape/>> สืบค้นเมื่อ 10 มิถุนายน 2564.

2) กำหนดประเภทของความน่าตำหนิของผู้กระทำ (Culpability) ซึ่งแบ่งเป็น 2 ประเภท ได้แก่

2.1) ประเภท A เป็นลักษณะการกระทำที่แสดงให้เห็นถึงระดับความน่าตำหนิที่มากขึ้น เช่น มีการวางแผนที่สำคัญ มีการร่วมกันกระทำความผิดกับผู้อื่น ให้ผู้เสียหายตี๋มเครื่องตี๋มที่มีแอลกอฮอล์หรือเสพสารเสพติดเพื่อให้เกิดความสะดวกในการข่มขืนกระทำชำเรา ใช้ความรุนแรงก่อนที่จะข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย มีการบันทึกภาพในขณะที่ข่มขืนกระทำชำเรา

2.2) ประเภท B เป็นลักษณะการกระทำอื่นที่ไม่ปรากฏในประเภท A

3) กำหนดโทษเริ่มต้น (Starting point) ให้เป็นไปตามประเภทของความเสียหายที่เกิดขึ้นและประเภทของความน่าตำหนิของผู้กระทำที่กำหนดไว้ในข้อ 1) และข้อ 2) กล่าวคือ หากมีการจับคู่กันระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้น ประเภทที่ 1 และความน่าตำหนิ ประเภท A ผลที่ได้คือการกระทำความผิดนั้นจะมีโทษเริ่มต้นหนักที่สุดคือ จำคุก 15 ปี แต่หากมีการจับคู่กันระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้น ประเภทที่ 3 และความน่าตำหนิ ประเภท B ผลที่ได้คือ การกระทำความผิดนั้นจะโทษเริ่มต้นเบาที่สุด คือ จำคุก 5 ปี

4) ใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำให้อยู่ในระวางโทษ (Category range) ตามที่บัญญัติมาตรฐานโทษกำหนดไว้ โดยสามารถลดลงหรือเพิ่มขึ้นจากโทษเริ่มต้นตามข้อ 3) ได้ขึ้นอยู่กับว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมีเหตุเพิ่มโทษ (Aggravating factors) หรือเหตุลดโทษ (Mitigating factors) หรือไม่ กล่าวคือ กรณีที่มีโทษจำคุกเริ่มต้น 15 ปี จะมีระวางโทษที่สามารถลดลงหรือเพิ่มขึ้นได้ระหว่าง 13 ปี ถึง 19 ปี และกรณีที่มีโทษจำคุกเริ่มต้น 5 ปี จะมีระวางโทษที่สามารถลดลงหรือเพิ่มขึ้นได้ระหว่าง 4 ปี ถึง 7 ปี ทั้งนี้ ตัวอย่างของเหตุเพิ่มโทษ เช่น ผู้กระทำมุ่งหมายที่จะกระทำต่อกลุ่มบุคคลประะบาง ผู้กระทำมีการหลั่งน้ำอสุจิ ผู้กระทำขู่ว่าจะเปิดเผยความลับหรือข่มขู่ในลักษณะอื่น ข้อเท็จจริงในเรื่องสถานที่และเวลาที่กระทำความผิด ผู้กระทำใช้อาวุธหรือวัตถุอื่นใดในการทำให้ผู้เสียหายหวาดกลัวหรือบาดเจ็บ ผู้กระทำพยายามกำจัดหรือปกปิดพยานหลักฐาน ผู้กระทำข่มขืนกระทำชำเราในขณะที่ตกอยู่ภายใต้ฤทธิ์ของแอลกอฮอล์หรือสารเสพติด และตัวอย่างของเหตุลดโทษ เช่น ผู้กระทำไม่เคยต้องคำพิพากษามาก่อน ผู้กระทำประพฤติดีมาโดยตลอด ผู้กระทำอยู่ในวัยเยาว์หรือขาดวุฒิภาวะ ผู้กระทำมีสภาวะบกพร่องทางจิตใจ

อนึ่ง ตัวอย่างของคดีที่เป็นกรณีข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคน และมีการนำบัญญัติมาตรฐานโทษข้างต้นมาปรับใช้ในข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เช่น

1) คดี Nouri & Anor [2012] ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า ผู้เสียหายออกจากบาร์ในสภาพมึนเมา จำเลยทั้งสองและพวกอีกคนได้ชักชวนผู้เสียหายไปที่ห้องของจำเลยที่ 1 หลังจากที่ถูกผู้เสียหายตื่นขึ้นมา จำเลยที่ 2 ได้ข่มขืนกระทำชำเราทางปากของผู้เสียหาย ในขณะที่เดียวกันพวกอีกคนก็ข่มขืน

กระทำซ้ำเราทางอวัยวะเพศของผู้เสียหาย จากนั้นจำเลยที่ 1 ยังได้ข่มขืนทางอวัยวะเพศของผู้เสียหายอีกสองครั้ง ศาลอุทธรณ์แผนกคดีอาญาพิพากษาขึ้นตามศาลสูงในคดีอาญาที่ลงโทษจำคุกแก่จำเลยทั้งสองคนละ 16 ปี ด้วยเหตุผลดังนี้

1.1) การกระทำของจำเลยทั้งสองจัดอยู่ในความเสียหายประเภทที่ 2 ซึ่งประกอบด้วย

1.1.1) ลักพาตัวและกักขังหน่วงเหนี่ยว ดังจะเห็นได้จากการพาผู้เสียหายไปโดยรู้ว่าผู้เสียหายไม่อยู่ในสภาพที่จะขัดขืนได้และเพิกเฉยต่อการร้องขอของผู้เสียหาย

1.1.2) ประทุษร้ายต่อผู้เสียหายอย่างต่อเนื่องและยาวนาน ดังจะเห็นได้จากการผลัดกันข่มขืนกระทำซ้ำเราผู้เสียหาย

ทั้งนี้ เมื่อการกระทำดังกล่าวประกอบด้วยความเสียหายประเภทที่ 2 ที่มีลักษณะของการกระทำที่รุนแรงตั้งแต่ 2 สถานการณ์ขึ้นไป จึงถือเป็นความเสียหายประเภทที่ 1

1.2) การกระทำของจำเลยทั้งสองจัดอยู่ในความน่าตำหนิประเภท A กล่าวคือเป็นการร่วมกันกระทำความผิดมากกว่าหนึ่งคนขึ้นไป ดังจะเห็นได้จากภาพรวมของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น และโดยเฉพาะในช่วงระยะเวลาที่จำเลยที่ 2 ข่มขืนกระทำซ้ำเราทางปากของผู้เสียหาย

1.3) การกระทำของจำเลยทั้งสองมีเหตุเพิ่มโทษหลายประการ ได้แก่ ได้หลั่งน้ำอสุจิ และอาศัยประโยชน์จากความเมินเมาของผู้เสียหาย แม้ว่าจำเลยทั้งสองจะมีได้ให้ผู้เสียหายดื่มเครื่องดื่มที่มีแอลกอฮอล์เพื่อให้เกิดความสับสนในการกระทำความผิด (ปัจจุบัน จัดอยู่ในความน่าตำหนิประเภท A) ก็ตาม⁵²

2) คดี *McMorris & Ors* [2009] ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า จำเลยที่ 1 พาผู้เสียหายอายุ 16 ปี มาที่บ้านของตน จากนั้นได้ร่วมกันกับพวกผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำซ้ำเราผู้เสียหาย ทั้งทางอวัยวะเพศและทางช่องปาก เป็นเวลามากกว่า 1 ชั่วโมง ซึ่งในขณะที่มีการข่มขืนกระทำซ้ำเรานั้น พวกของจำเลยบางคนได้ใช้โทรศัพท์มือถือเพื่อบันทึกภาพหรือวิดีโอ อย่างไรก็ตาม ในตอนท้ายของเหตุการณ์ จำเลยที่ 1 ได้โยนโซดาไฟใส่ร่างกายของผู้เสียหาย เป็นผลให้ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บสาหัสทั้งบริเวณใบหน้าและลำตัว ต้องใช้เวลารักษาตัวนานถึง 2 เดือน ทั้งนี้ ศาลอุทธรณ์แผนกคดีอาญาเห็นว่า

2.1) การกระทำของจำเลยที่ 1 และพวก จัดอยู่ในความเสียหายประเภทที่ 2 ซึ่งประกอบด้วย

⁵² *R v Nouri & Anor* [2012] EWCA Crim 1379.

2.1.1) ก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายและจิตใจของผู้เสียหายอย่างร้ายแรง ดังจะเห็นได้จากการโยนโซดาไฟใส่ร่างกายผู้เสียหาย จนเป็นเหตุให้ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บสาหัส

2.1.2) มีการประทุษร้ายผู้เสียหายอย่างต่อเนื่องและเป็นเวลานาน

2.2) การกระทำของจำเลยที่ 1 และพวกจัดอยู่ในความน่าตำหนิประเภท A ซึ่งประกอบด้วย

2.2.1) มีการร่วมกันกระทำความผิดมากกว่าหนึ่งคนขึ้นไป

2.2.2) มีการบันทึกภาพในขณะที่กระทำความผิด ดังจะเห็นได้จากการที่พวกของจำเลยบางคนใช้โทรศัพท์มือถือเพื่อบันทึกภาพขณะที่มีการข่มขืนกระทำชำเรา

ด้วยเหตุนี้ ศาลอุทธรณ์แผนกคดีอาญาจึงพิพากษาให้คุมขังจำเลยที่ 1 และพวกไว้ในสถานพินิจ (Young offender institution) เป็นระยะเวลาลดหลั่นกัน ดังนี้

1) 14 ปี สำหรับจำเลยที่ 1 เนื่องจากเป็นผู้ที่พาผู้เสียหายมาที่บ้านและอยู่ในเหตุการณ์โดยตลอด รวมทั้งเป็นผู้โยนโซดาไฟใส่ร่างกายของผู้เสียหาย

2) 9 ปี สำหรับจำเลยที่ 2 เนื่องจากได้ร่วมข่มขืนกระทำชำเราด้วย เพียงแต่มิได้มีส่วนร่วมในการโยนโซดาไฟ

3) 8 ปี สำหรับจำเลยที่ 3 เนื่องจากเป็นเพียงตัวการที่คอยทำหน้าที่ช่วยเหลือผู้กระทำความผิดคนอื่น โดยมีได้ร่วมข่มขืนกระทำชำเราด้วย รวมทั้งได้ออกจากที่เกิดเหตุก่อนที่จำเลยที่ 1 จะโยนโซดาไฟใส่ร่างกายของผู้เสียหาย⁵³

จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดี McMorris & Ors [2009] จะเห็นได้ว่า ศาลได้นำรูปแบบของผู้ร่วมกระทำความผิดรูปแบบหนึ่งมาปรับใช้กับการลงโทษผู้กระทำความผิดในกรณีที่ปรากฏว่าการข่มขืนกระทำชำเรานั้นเป็นการกระทำโดยบุคคลหลายคน กล่าวคือ รูปแบบของตัวการซึ่งภายหลังศาลอุทธรณ์แผนกคดีอาญาได้วางแนวทางการนำรูปแบบดังกล่าวมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นไว้ในคดี Mickevicius & Ors [2012] โดยมีสาระสำคัญที่ว่า กรณีที่การข่มขืนกระทำชำเรามีการกระทำโดยบุคคลหลายคน ให้นำหลักการเป็นตัวการหรือ Joint Enterprise มาปรับใช้ต่อเมื่อคณะลูกขุนไม่แน่ใจว่า จำเลยที่อยู่ในเหตุการณ์ได้กระทำการใดอย่างแน่ชัด หรือถึงขนาดไม่แน่ใจว่า ได้มีลงมือกระทำทางกายภาพหรือไม่ เพียงแต่แน่ใจว่า จำเลยผู้นั้นได้สนับสนุนให้จำเลยอีกคนข่มขืน

⁵³ R. v McMorris & Ors [2009] EWCA Crim 1490.

กระทำซ้ำเรา ดังนั้น หากคณะลูกขุนแน่ใจว่าจำเลยผู้นั้นได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยผู้เสียหายมิได้ยินยอมแล้ว ศาลก็ไม่จำเป็นต้องนำหลักการเป็นตัวการมาปรับใช้แต่อย่างใด⁵⁴

ทั้งนี้ หลักการเป็นตัวการในระบบกฎหมายอังกฤษมิได้กำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพียงแต่เป็นหลักกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้น สืบเนื่องมาจากระบบกฎหมายอังกฤษเลือกใช้ระบบผู้กระทำความผิดหนึ่งเดียว โดยแม้จะยอมรับให้มีการแบ่งแยกเป็นผู้ลงมือกระทำความผิด (Principal offender) และผู้ร่วมกระทำความผิด (Accessory) แต่ยังคงกำหนดให้ผู้ร่วมกระทำความผิดต้องรับโทษเสมือนเป็นผู้ลงมือกระทำความผิด⁵⁵ ดังนั้น หากผู้กระทำหลายคนตกลงกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง เมื่อความผิดฐานนั้นเกิดขึ้นตามที่ได้ตกลงกัน ผู้กระทำแต่ละคนก็ต้องรับผิดชอบในฐานะผู้กระทำความผิดหรือผู้ร่วมกระทำความผิดฐานนั้น ซึ่งขึ้นอยู่กับลักษณะของการเข้ามีส่วนร่วม อย่างไรก็ตาม กรณีที่ผู้กระทำคนหนึ่งกระทำความผิดอีกฐานหนึ่งเกินไปจากหรือร้ายแรงกว่าฐานความผิดที่ตกลงกัน ระบบกฎหมายอังกฤษจึงได้สร้างหลักการที่เรียกว่า Joint enterprise หรือ Joint venture⁵⁶ เพื่อใช้ในการพิจารณาความรับผิดชอบของผู้กระทำคนอื่นที่มีได้ลงมือกระทำในความผิดอีกฐานหนึ่งนั้น โดยถือว่าหลักการดังกล่าวเป็นรูปแบบของความรับผิดชอบในฐานะผู้ร่วมกระทำความผิด (Accessorial liability)⁵⁷ รูปแบบหนึ่ง ซึ่งมีสาระสำคัญที่ว่า ผู้กระทำคนอื่นต้องรับผิดชอบในความผิดอีกฐานหนึ่งต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไข 3 ประการ ดังนี้

1) มีการตกลงร่วมกันที่จะกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง โดยข้อตกลงดังกล่าวอาจปรากฏให้เห็นโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้⁵⁸

2) คาดหมายได้ว่า ผู้กระทำความผิดผู้นั้นมีความเสี่ยงที่จะกระทำความผิดเกินไปจากที่ได้ตกลงกันไว้ เช่น คดี Rahman [2008] ซึ่งจำเลยเข้าร่วมกับพวกเพื่อไปทำร้ายกลุ่มคู่อริด้วยอาวุธที่ไม่แหลมคม แต่ปรากฏว่า คนในกลุ่มคู่อริถูกพวกของจำเลยแทงจนเป็นบาดแผลลึกและถึงแก่ความตาย ศาลสภาขุนนาง (House of Lords) พิพากษาให้จำเลยและพวกคนอื่นต้องรับผิดชอบฐานฆ่า

⁵⁴ Mickevicius & Ors v R [2012] EWCA Crim 1477.

⁵⁵ Accessories And Abettors Act 1861 (แก้ไขเพิ่มเติมโดย Criminal Law Act 1977) มาตรา 8.

⁵⁶ Andrew Ashworth and Jeremy Horder (เชิงอรรถ 4) 436.

⁵⁷ Jonathan Herring (เชิงอรรถ 5) 320.

⁵⁸ Andrew Ashworth and Jeremy Horder (เชิงอรรถ 4) 438.

ผู้อื่น โดยถือว่าจำเลยและพวกคนอื่นไม่จำเป็นต้องรู้ถึงเจตนาฆ่าของผู้กระทำความผิด เพียงแต่รู้ว่าผู้อื่นมีความเสี่ยงที่จะกระทำให้อื่นถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัสโดยเจตนาที่เพียงพอแล้ว⁵⁹

3) ความผิดอีกฐานหนึ่งที่เกิดขึ้นนั้นมิได้แตกต่างกันโดยพื้นฐานกับความผิดที่ผู้กระทำคนอื่นได้คาดหมายไว้ (not fundamentally different) โดยศาลจะพิจารณาจากลักษณะการกระทำของผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ ซึ่งตัวอย่างของการกระทำที่ถือว่าแตกต่างกันโดยพื้นฐาน เช่น คดี English [1999] ที่จำเลยกับพวกตกลงใช้ท่อนไม้ทุบตีตำรวจ แต่ปรากฏว่าในระหว่างทุบตีนั้นพวกของจำเลยได้ใช้มีดแทงตำรวจจนถึงแก่ความตาย ศาลฎีกาเห็นว่า การที่พวกของจำเลยใช้มีดแทงตำรวจโดยที่จำเลยมิได้คาดหมายก่อนนั้นอยู่นอกเหนือขอบเขตของการเป็นตัวการ จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดฐานฆ่าผู้อื่น อย่างไรก็ตาม หากเป็นอาวุธต่างชนิด แต่ก่อให้เกิดอันตรายเท่ากัน เช่น ปืนกับมีด ซึ่งอาจทำให้อื่นถึงแก่ความตายได้เช่นเดียวกัน จำเลยก็ต้องรับผิดฐานฆ่าผู้อื่น แม้นจะใช้มีดแทง ในขณะที่พวกของตนใช้ปืนยิง⁶⁰

3.2.2 ระบบกฎหมายอเมริกัน

แม้ Model Penal Code จะบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราในกรณีธรรมดาเป็นความผิดไว้ในมาตรา 213.1 (1) แต่เมื่อเป็นการข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคน กลับไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติให้เป็นความผิดโดยชัดแจ้งเช่นเดียวกับระบบกฎหมายอังกฤษ อย่างไรก็ตาม ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตาม Model Penal Code นั้น เป็นเพียงความผิดต้นแบบของรัฐบาลกลาง ซึ่งมลรัฐแต่ละแห่งสามารถนำไปแก้ไขเพิ่มเติมและประกาศใช้เป็นกฎหมายของมลรัฐได้ โดยเมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนียแล้ว พบว่า มีการบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคนเป็นความผิดที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการข่มขืนกระทำชำเราในกรณีธรรมดาตามมาตรา 261 และ 262 ซึ่งมีโทษจำคุกเพียง 3 ปี, 6 ปี หรือ 8 ปี โดยการข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะดังกล่าวปรากฏอยู่ในมาตรา 264.1 (a) ซึ่งบัญญัติว่า

“ . . . ในกรณีที่จำเลยได้ร่วมกันกระทำ (acting in concert) กับผู้อื่นโดยเจตนา โดยใช้กำลังหรือความรุนแรงและฝ่าฝืนเจตจำนงของผู้เสียหาย อันเป็นการกระทำตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 261, 262 หรือ 289 ไม่ว่าจะได้กระทำด้วยตนเอง (personally) หรือโดยยุยงส่งเสริม (aiding and abetting) บุคคลอื่น . . . จำเลยต้องรับโทษจำคุก 5 ปี, 7 ปี หรือ 9 ปี”

จะเห็นได้ว่า การร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะดังกล่าวจะจำกัดเฉพาะการข่มขืนกระทำชำเราที่มีการใช้กำลังหรือความรุนแรง (Force and violence) ไม่รวมถึงการข่มขืน

⁵⁹ เพิ่งอ้าง 439-440.

⁶⁰ เพิ่งอ้าง 442.

กระทำชำเราที่มีการใช้รูปแบบอื่น เช่น ชูเชื้อหรือทำให้กลัว⁶¹ นอกจากนี้ ผู้ที่ต้องรับผิดชอบตามมาตราดังกล่าวอาจเพียงแต่ปรากฏตัวในที่เกิดเหตุโดยรอบ (General scene) และได้ยุยงส่งเสริมผู้กระทำความผิดก็ได้ โดยไม่จำเป็นต้องลงมือกระทำด้วยตนเองหรือปรากฏตัวในที่เกิดเหตุเฉพาะเจาะจง (Exact scene)⁶² จึงกล่าวได้ว่า ในการวินิจฉัยความผิดตามมาตรา 264.1 (a) ศาลพิจารณาเพียงว่าการข่มขืนกระทำชำเรานั้นมีผู้ที่ร่วมกระทำปรากฏตัวอยู่ในที่เกิดเหตุหรือไม่ ถ้ามีการปรากฏตัวดังกล่าว แม้ผู้นั้นเพียงยุยงส่งเสริมให้ผู้อื่นข่มขืนกระทำชำเรา ก็เป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้นเช่นเดียวกับที่ตนลงมือข่มขืนกระทำชำเราด้วยตนเอง

ถ้อยคำของการร่วมกันกระทำที่ว่า “ไม่ว่าจะได้กระทำด้วยตนเองหรือโดยยุยงส่งเสริมบุคคลอื่น” ยังปรากฏเป็นเหตุเพิ่มโทษของการกระทำชำเราทางทวารหนักตามมาตรา 286 (d) (1) และการกระทำชำเราทางปากตามมาตรา 287 (d) (1) ส่วนการล่องล้าทางเพศตามมาตรา 289 จะปรากฏอยู่ในมาตรา 264.1 (a) ดังที่ได้กล่าวข้างต้น จึงสรุปได้ว่า ไม่ว่าจะเป็นการกระทำชำเราตามธรรมชาติหรือผิดธรรมชาติ ซึ่งฝ่าฝืนความยินยอมของผู้เสียหาย ประมวลกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนียได้กำหนดเหตุเพิ่มโทษกรณีที่เป็นกรกระทำโดยบุคคลหลายคนไว้ในลักษณะเดียวกัน

ทั้งนี้ ตัวอย่างของการนำบทบัญญัติมาตรา 264.1 (a) มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เช่น

1) คดี *People v. Best* [1983] ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า หนึ่งในจำเลยสองคนผลักผู้เสียหายลงไปนอนกับพื้น แล้วถอดกางเกงผู้เสียหาย จากนั้นจำเลยที่ 1 จับแขนของผู้เสียหายไว้ให้จำเลยที่ 2 ข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งในขณะที่ถูกข่มขืนกระทำชำเรานั้น ผู้เสียหายพยายามดิ้นรนและกรีดร้อง จำเลยที่ 1 จึงได้ทุบไปที่ศีรษะของผู้เสียหายหลายครั้งพร้อมกับขู่มิให้ขัดขืน เมื่อจำเลยที่ 2 ข่มขืนจนสำเร็จและออกจากห้อง จำเลยที่ 1 ได้ปล่อยผู้เสียหายไป ศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียวินิจฉัยว่า การกระทำของจำเลยทั้งสองเป็นการข่มขืนกระทำชำเราที่ใช้กำลังประทุษร้ายหรือทำให้กลัวว่าจะได้รับอันตรายแก่กายในทันทีโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 261 (a) (2) และเป็นการร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราโดยเจตนาตามมาตรา 264.1

นอกจากนี้ ศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียยังวินิจฉัยเพิ่มเติมว่า มาตรา 264.1 เป็นความผิดที่แยกเป็นเอกเทศ (Separate crime) มิใช่ความผิดที่เป็นเหตุจรรยาของมาตรา

⁶¹ Judicial Council of California. ‘CALCRIM No. 1001. Rape or Spousal Rape in Concert (Pen. Code, § 264.1)’ (Justia, ตุลาคม 2563) 757 <<https://www.justia.com/criminal/docs/calcrim/1000/1001/>> สืบค้นเมื่อ 5 มิถุนายน 2564.

⁶² เพิ่งอ้าง 758.

261 เนื่องจากมาตรา 264.1 ใช้ถ้อยคำว่า “shall suffer confinement” มิใช่ “enhancement” หรือ “additional term” ดังเช่นที่ได้ปรากฏในมาตราอื่น อันจะแสดงให้เห็นถึงการเพิ่มโทษอย่างชัดเจน รวมทั้งมาตราอื่นก็กล่าวถึงมาตรา 264.1 แยกเป็นความผิดต่างหากจากมาตรา 261⁶³

2) คดี *People v. Champion* [1995] ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า ขณะที่พวกของจำเลยชักอาวุธปืนข่มขู่สมาชิกในครอบครัวของผู้เสียหาย จำเลยได้ตั้งผมของผู้เสียหายแล้วผลักผู้เสียหายเข้าไปในห้องน้ำ จากนั้นจึงข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายถึงสองครั้ง โดยศาลสูงสุดแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียวินิจฉัยว่า แม้ขณะที่จำเลยได้ข่มขืนกระทำชำเรา จะไม่ปรากฏว่ามีพวกของจำเลยคนใดคนหนึ่งอยู่ในห้องน้ำ แต่พวกของจำเลยยังคงอยู่ในบ้านที่เกิดเหตุและช่วยให้จำเลยได้กระทำการนั้น จึงเพียงพอที่จะทำให้จำเลยต้องรับผิดชอบตามมาตรา 264.1 แล้ว ทั้งนี้ ศาลสูงสุดฯ ให้เหตุผลว่า มาตรา 264.1 มีเจตนารมณ์ที่จะลงโทษการประทุษร้ายทางเพศที่ได้กระทำเป็นกลุ่มให้หนักกว่าปกติและเพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าผู้ที่มีส่วนร่วมกระทำการดังกล่าว ไม่ว่าจะลงมือกระทำเองหรือเพียงแค่ช่วยเหลือผู้อื่น ต้องได้รับโทษที่หนักขึ้น

อย่างไรก็ตาม ศาลสูงสุดฯ มิได้ระบุว่า กรณีที่ผู้ร่วมกระทำความผิดช่วยเหลือในการกระทำนั้น แต่มิได้ปรากฏตัวในที่เกิดเหตุ เช่น ให้ข้อมูลเกี่ยวกับผู้เสียหาย หรือจ้างให้ข่มขืนกระทำชำเรา จะถือว่าเป็นการร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่⁶⁴

3.2.3 ระบบกฎหมายฝรั่งเศส

การข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคนได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 222-24 ในฐานะเหตุฉกรรจ์ประการหนึ่งของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งเป็นความผิดที่มีโทษจำคุก 15 ปี จากจำนวนเหตุฉกรรจ์ทั้งสิ้น 13 ประการ โดยมาตรา 222-24 บัญญัติว่า

“ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ต้องรับโทษจำคุก 20 ปี ต่อเมื่อ

...

6° ความผิดนั้นได้กระทำโดยบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป ในฐานะผู้กระทำความผิดด้วยกันหรือผู้ร่วมกระทำความผิด”

จากบทบัญญัติข้างต้น ศาลฎีกาแผนกคดีอาญา (*Chambre criminelle de la Cour de Cassation*) ได้วางแนวการวินิจฉัยเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำโดยบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปว่า ต้องเป็นการร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราที่ผู้กระทำความผิดคนอื่นได้ร่วมกระทำ ไม่ว่าในฐานะ

⁶³ *People v. Best* (1983) 143 Cal.App.3d.

⁶⁴ *People v. Champion* (1995) 9 Cal.4th.

เป็นตัวการ (coauteur) หรือผู้ร่วมกระทำความผิด (le complice)⁶⁵ ดังนั้น หากบุคคลแรกได้ลงมือกระทำความผิดแล้ว บุคคลที่สองจะเป็นตัวการหรือเป็นเพียงผู้ร่วมกระทำความผิด ย่อมเป็นผลให้ผู้ที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดทุกคนต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกรณีธรรมดาแล้ว ทั้งนี้ แม้การข่มขืนกระทำชำเรานั้นถูกกระทำอย่างต่อเนื่องโดยบุคคลหลายคน แต่หากปราศจากการแสดงให้เห็นถึงการกระทำร่วมกันหรือการยุยงส่งเสริมต่อผู้กระทำความผิด ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการข่มขืนกระทำชำเรานั้นย่อมไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตราดังกล่าว⁶⁶

นอกจากนี้ ศาลฎีกาฯ ยังวางแนวการวินิจฉัยเพิ่มเติมว่า การร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราตามมาตราดังกล่าวต้องเป็นการรวมกลุ่มกัน (en réunion) โดยนอกจากจะประกอบด้วยผู้ร่วมกระทำความผิดซึ่งมีเจตนาที่จะให้ความสะดวกในการเตรียมการหรือลงมือกระทำความผิดแล้ว ยังต้องปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า ผู้กระทำแต่ละคนมีส่วนร่วมในการข่มขืนกระทำชำเรานั้นในเวลาเดียวกัน (participation simultanée)⁶⁷ อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากศาลฎีกาฯ ได้วางแนวการวินิจฉัยที่เป็นข้อยกเว้นว่า แม้การข่มขืนกระทำชำเราจะกระทำต่างเวลาและต่างสถานที่กัน แต่หากการข่มขืนกระทำชำเรานั้นเป็นผลมาจากการร่วมมือกันตามที่ได้ตกลงไว้ล่วงหน้า ผู้กระทำทุกคนก็ยังคงต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตราดังกล่าว⁶⁸

จากบทบัญญัติและแนวการวินิจฉัยของศาลฎีกาฯ ข้างต้นแสดงให้เห็นถึงการนำรูปแบบความรับผิดของผู้กระทำความผิดหลายคนที่ปรากฏในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมาปรับใช้กับกรณีที่ปรากฏว่าการข่มขืนกระทำชำเรานั้นเป็นการกระทำโดยบุคคลหลายคน ซึ่งในเบื้องต้น ระบบกฎหมายฝรั่งเศสเลือกใช้ระบบผู้กระทำความผิดหนึ่งเดียวเช่นเดียวกับระบบกฎหมายอังกฤษและอเมริกัน กล่าวคือ ยอมรับการแบ่งแยกเป็นผู้ลงมือกระทำความผิด (l'auteur matériel) และผู้ร่วมกระทำความผิด (les complices) แต่ยังคงกำหนดให้ผู้ร่วมกระทำความผิดรับโทษเสมือนเป็นผู้ลงมือกระทำความผิด⁶⁹ โดยรูปแบบความรับผิดที่ศาลฎีกาฯ นำมาปรับใช้ คือ ตัวการและผู้ร่วมกระทำความผิด ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

⁶⁵ CC. Crim. 18 juin 1997, Bulletin no 241.

⁶⁶ CC. Crim. 16 mars 2016, 15-87.750.

⁶⁷ CC. Crim. 14 janv. 1998, 96-82.307.

⁶⁸ CC. Crim. 30 sept. 2009, 09-84.598.

⁶⁹ Code pénal มาตรา 121-6.

1) ตัวการ (coauteur)

แม้ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสมิได้บัญญัติเรื่องบุคคลหลายคนร่วมกันกระทำความผิดหรือตัวการไว้ แต่ในทางปฏิบัติพบว่า ศาลฎีกาฯ ได้แบ่งแยกตัวการและผู้ร่วมกระทำความผิดออกจากกันเพื่อลดภาระในการพิสูจน์ กล่าวคือ หากต้องรับผิดในฐานะตัวการ ศาลจะพิสูจน์เฉพาะองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในของความผิดหลัก แต่หากต้องรับผิดในฐานะผู้ร่วมกระทำความผิด ศาลต้องพิสูจน์ถึงหลักเกณฑ์เฉพาะของการร่วมกระทำความผิดด้วยนอกเหนือจากองค์ประกอบของความผิดหลัก⁷⁰ ทั้งนี้ การวินิจฉัยให้บุคคลใดต้องรับผิดในฐานะตัวการนั้นประกอบด้วยหลักเกณฑ์สำคัญ 3 ประการ ได้แก่

1.1) ลงมือกระทำโดยพร้อมเพรียงกัน

บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปได้ลงมือกระทำความผิดในเวลาและสถานที่เดียวกัน ซึ่งรวมถึงการคอยดูต้นทางให้พวกของตนในระหว่างที่กระทำความผิด⁷¹ หรืออาจได้กระทำในรูปของการร่วมมือกัน (Coordinated actions) กรณีที่มีได้อยู่ในสถานที่เดียวกัน⁷² เช่น ถอนเงินของผู้เสียหายซึ่งเป็นญาติของจำเลยคนหนึ่งจากธนาคารหลายแห่ง แม้จำเลยทั้งสองจะแยกกันกระทำโดยอิสระ แต่ถือเป็นการกระทำในลักษณะการร่วมมือกัน จำเลยทั้งสองจึงเป็นตัวการ⁷³

1.2) ช่วยเหลือซึ่งกันและกัน (Mutual assistance)

ต้องถึงขนาดที่หากปราศจากการช่วยเหลือนั้น ความผิดก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้ กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดต้องพึ่งพาการกระทำของผู้อื่น เพื่อช่วยให้ความผิดนั้นบรรลุผล โดยรูปแบบของการช่วยเหลืออาจแตกต่างกันตามบทบาทของผู้กระทำแต่ละคน ทั้งนี้ การช่วยเหลือดังกล่าวยังแสดงให้เห็นถึงการมีอยู่ของข้อตกลงระหว่างผู้กระทำด้วยกันเกี่ยวกับการกระทำความผิดหรือผลของการกระทำความผิดนั้น⁷⁴

⁷⁰ Tony Marguery, 'France' in Laura Peters (eds) *Acting together in crime : a comparative analysis of joint perpetration of and assistance to criminal offences under French, German, Austrian and Italian criminal law in light of five Dutch Supreme Court cases* (Eleven International Publishing 2018) 82.

⁷¹ เพิ่งอ้าง 98.

⁷² เพิ่งอ้าง 86.

⁷³ CC. Crim. 27 mai 2004, Bulletin no 141.

⁷⁴ Tony Marguery (เชิงอรรถ 70) 86.

1.3) ตกลงพร้อมใจที่จะกระทำความผิด

จะตกลงกันก่อนหรือขณะกระทำความผิดในรูปแบบก็ได้ แต่ต้องแสดงให้เห็นถึงเจตนาร่วมกันที่จะกระทำความผิดในระดับเดียวกับผู้กระทำความผิด⁷⁵

2) ผู้ร่วมกระทำความผิด

ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 121-7 แห่งประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ความว่า

“ผู้ร่วมกระทำความผิดในความผิดอุกฤษโทษหรือความผิดมัธยโทษ คือ บุคคลผู้ให้ความสะดวกในการเตรียมการหรือการกระทำความผิดด้วยการช่วยเหลือหรือการสนับสนุนโดยเจตนา

ผู้ที่ยุยงให้กระทำความผิด โดยการให้ทรัพย์สิน ให้คำมั่นสัญญา ชูเชิญสั่งการ ใช้อำนาจหรืออิทธิพลโดยมิชอบ หรือผู้ที่ให้คำแนะนำในการกระทำความผิดนั้น ย่อมเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดด้วย”

จะเห็นได้ว่า ความผิดที่มีผู้ร่วมกระทำความผิดได้ต้องเป็นความผิดอุกฤษโทษ (crime) หรือมัธยโทษ (délit)⁷⁶ เท่านั้น ทั้งนี้ การวินิจฉัยให้บุคคลใดต้องรับผิดในฐานะผู้ร่วมกระทำความผิดนั้นประกอบด้วยหลักเกณฑ์สำคัญ 3 ประการ ได้แก่

2.1) การกระทำของผู้อื่นนั้นเป็นความผิดทางอาญา

ในกรณีที่การกระทำของผู้อื่นไม่เป็นความผิดทางอาญา เช่น การฆ่าตัวตาย การค้าประเวณีด้วยตนเอง หรือในกรณีที่ผู้อื่นยังมีได้กระทำการถึงขั้นพยายามหรือได้ยับยั้ง

⁷⁵ เพิ่งอ้าง 86-87.

⁷⁶ ระบบกฎหมายอาญาฝรั่งเศสแบ่งความผิดทางอาญาเป็น 3 ระดับ ตามความร้ายแรงของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด ดังนี้

1) ความผิดอุกฤษโทษ (crime) เป็นความผิดที่มีโทษร้ายแรงมากที่สุด ซึ่งปัจจุบันมีระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปีจนถึงจำคุกตลอดชีวิต และไม่มีโทษประหารชีวิต เนื่องจากได้รับการยกเลิกไปในปี ค.ศ. 1981

2) ความผิดมัธยโทษ (délit) เป็นความผิดที่มีโทษร้ายแรงระดับกลาง ซึ่งปัจจุบันมีระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี

3) ความผิดลหุโทษ (contraventions) เป็นความผิดที่มีโทษร้ายแรงน้อยที่สุด ซึ่งปัจจุบันมีเพียงเฉพาะโทษปรับ ไม่มีโทษจำคุก. ศูนย์ศึกษากฎหมายอาญาฝรั่งเศส, ‘ศัพท์กฎหมายฝรั่งเศส’ (2561) 1 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 197, 200-201.

การกระทำนั้นด้วยความสมัครใจ ผู้ที่ช่วยเหลือในการกระทำนั้นมิใช่ผู้ร่วมกระทำผิด เว้นแต่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิดโดยเฉพาะ เช่น ยุยงให้บุคคลอื่นฆ่าตัวตายหรือยุยงให้บุคคลอื่นค้าประเวณี⁷⁷

ทั้งนี้ หากเป็นกรณีที่ผู้อื่นพ้นจากความรับผิดเพราะเหตุทางภาวะวิสัย (Objective factor) เช่น ยืนฟ้องเมื่อพ้นอายุความหรือการกระทำไม่เป็นความผิดเพราะเหตุป้องกันตนเอง ผู้ร่วมกระทำก็ไม่ต้องรับผิด แต่หากเป็นกรณีที่ผู้อื่นพ้นจากความรับผิดเพราะเหตุทางอัตวิสัย (Subjective factor) เช่น อายุต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดหรือมีภาวะบกพร่องทางจิต ผู้ร่วมกระทำก็ยังคงต้องรับผิด⁷⁸

2.2) ช่วยเหลือหรือก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด

จากบทบัญญัติข้างต้น สามารถแบ่งรูปแบบของการร่วมกระทำความผิดออกเป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ การช่วยเหลือหรือการสนับสนุนตามวรรคหนึ่ง และการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดตามวรรคสอง โดยทั้งสองรูปแบบต้องมีความเชื่อมโยง (Causal link) กับการกระทำความผิดอย่างชัดเจน⁷⁹ และเกิดขึ้นก่อนหรือขณะที่มีการกระทำความผิด เว้นแต่การช่วยเหลือหลังการกระทำความผิดนั้นได้มีการให้คำมั่นสัญญากันไว้ล่วงหน้า เช่น หญิงสองคนว่าจ้างชายคนหนึ่งให้รอที่รถยนต์เพื่อให้พาพวกของตนหลบหนี ในขณะที่พวกของตนเข้าไปขโมยทรัพย์สินในร้านค้า⁸⁰ ทั้งนี้ การร่วมกระทำความผิดทั้งสองรูปแบบมีรายละเอียด ดังนี้

2.2.1) การช่วยเหลือหรือสนับสนุน (Help or Assistance)

ตัวอย่างของการร่วมกระทำในรูปแบบดังกล่าว เช่น เป้าต๋อเพื่อหลบเสียงร้องไห้ของผู้เสียหายในขณะที่ถูกผู้กระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเรา ให้กุญแจสำรองเพื่อใช้สำหรับล็อกทรัพย์ในเคหสถาน ให้ยืมรถยนต์เพื่อใช้สำหรับล็อกทรัพย์ หรือผู้อำนวยการโรงเรียนสอนขับรถอนุญาตให้บุคคลหนึ่งทำหน้าที่เป็นครูฝึกสอนขับรถ ทั้งที่บุคคลนั้นขาดคุณสมบัติทางวิชาชีพดังกล่าว ทั้งนี้ ผู้กระทำความผิดจะได้รับประโยชน์จากการช่วยเหลือหรือสนับสนุนนั้นหรือไม่ มิใช่สาระสำคัญ⁸¹

⁷⁷ เพิ่งอ้าง 89-90.

⁷⁸ เพิ่งอ้าง 90.

⁷⁹ Catherine Elliott (เชิงอรรถ 27) 86.

⁸⁰ เพิ่งอ้าง 89-90.

⁸¹ เพิ่งอ้าง 88.

2.2.2) การก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด (Instigation)

สามารถกระทำได้ในรูปของการยุยง (Provocation) หรือการให้คำแนะนำ (Giving of instructions) โดยในส่วนของกรยุยงประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก การยุยงต้องได้กระทำต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ และประการที่สอง ต้องเป็นไปตามลักษณะใดลักษณะหนึ่งที่ปรากฏในมาตรา 121-7 คือ ให้ทรัพย์สิน ให้คำมั่นสัญญา ชูเชิญ สั่งการใช้อำนาจหรืออิทธิพลโดยมิชอบ อย่างไรก็ตาม หากกฎหมายบัญญัติให้การยุยงให้ผู้อื่นกระทำการใดเป็นความผิดไว้โดยเฉพาะ เช่น ยุยงให้ผู้อื่นเสพยาเสพติด ให้เกิดการเหยียดเชื้อชาติ หรือให้ผู้อื่นฆ่าตัวตาย ผู้ที่ยุยงย่อมเป็นผู้กระทำความผิด มิใช่ผู้ร่วมกระทำความผิด ดังนั้น จึงไม่ต้องนำเงื่อนไขทั้งสองประการมาใช้⁸²

ในส่วนของกรให้คำแนะนำไม่จำเป็นต้องประกอบด้วยเงื่อนไข เช่นเดียวกับการยุยง เพียงแต่ต้องชัดเจนแน่นอน ซึ่งจะกระทำโดยตรงหรือโดยผ่านบุคคลที่สามก็ได้ เช่น ให้ที่อยู่ของผู้ทำแท้งแก่หญิง อย่างไรก็ตาม หากชายเพียงแนะนำภรรยาลับว่า สามารถทำแท้งโดยผิดกฎหมายด้วยการฉีดยา ชายผู้นั้นยังไม่เป็นผู้ร่วมกระทำความผิด ทั้งนี้ ผู้ร่วมกระทำความผิดยังคงต้องรับผิด แม้ผู้ลงกระทำความผิดจะมีได้ลงมือกระทำตามที่ตนได้ให้คำแนะนำก็ตาม⁸³

โดยทั่วไป การเพียงแต่ปรากฏตัวในที่เกิดเหตุ (Mere presence) หรืองดเว้นกระทำการใด ๆ ยังไม่ถือว่าเป็นการร่วมกระทำความผิด เว้นแต่การปรากฏตัวหรืองดเว้นกระทำการนั้นจะเป็นที่น่าตำหนิ เช่น ชายปรากฏตัวอยู่ด้วยในขณะที่แฟนสาวของตนกำลังทำแท้งผิดกฎหมาย หรือมีข้อตกลงที่ได้กระทำล่วงหน้ากับผู้กระทำความผิด เช่น ผู้สอบบัญชีสร้างทำเป็นไม่รู้ไม่เห็นเกี่ยวกับการทุจริตของผู้กระทำความผิด หรือละลายต่อหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามอาชีพของตน เช่น เจ้าของสถานบันเทิงมิได้ห้ามปรามลูกค้าที่ส่งเสียงดังรบกวนเพื่อนบ้านเกินสมควร หรือตำรวจมิได้ห้ามปรามเพื่อนร่วมงานของตนที่กำลังขโมยทรัพย์สิน ในขณะที่ทั้งคู่กำลังปฏิบัติหน้าที่ร่วมกัน⁸⁴

2.3) มีเจตนาที่จะร่วมกระทำความผิด

ผู้ร่วมกระทำความผิดต้องประกอบด้วยเจตนา 2 ประการ ได้แก่ รู้ว่า จะมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น และประสงค์ที่ช่วยเหลือผู้กระทำความผิด⁸⁵

⁸² เพิ่งอ้าง 88-89.

⁸³ เพิ่งอ้าง 89.

⁸⁴ เพิ่งอ้าง 87-88.

⁸⁵ Tony Marguery (เชิงอรรถ 70) 93.

หากเจตนาของผู้ร่วมกระทำความผิดแตกต่างกับของผู้กระทำความผิดบางส่วน ผู้ร่วมกระทำความผิดยังคงต้องรับผิดชอบ เช่น ผู้ร่วมกระทำมีเจตนาช่วยเหลือในการลักทรัพย์ แต่ปรากฏว่าผู้กระทำได้ลักทรัพย์โดยใช้กำลังประทุษร้าย ดังนี้ ยังถือเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดฐานลักทรัพย์โดยใช้กำลังประทุษร้าย แต่หากเจตนาของบุคคลทั้งสองแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง ผู้ร่วมกระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบ เช่น เจ้าหนี้ให้อาวุสแก่ลูกน้อง โดยมีเจตนาให้นำไปใช้ข่มขู่ลูกหนี้ แต่สุดท้ายลูกน้องกลับตัดสินใจฆ่าลูกหนี้ด้วยตนเอง โดยมีได้ถูกกีดกันจากพฤติการณ์ภายนอก ดังนี้ เจ้าหนี้มิใช่ผู้ร่วมกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา⁸⁶

3.2.4 ระบบกฎหมายเยอรมัน

นอกจากจะบัญญัติถึงการกระทำทางเพศที่มีขอบด้วยกฎหมายอันเป็นความผิดพื้นฐานแล้ว มาตรา 177 ยังบัญญัติถึงเหตุฉกรรจ์ของการกระทำทางเพศข้างต้นหลายกรณี ซึ่งรวมถึงกรณีที่เป็นการกระทำโดยบุคคลหลายคนด้วย โดยในมาตรา 177(6) ข้อ 1 เป็นการบัญญัติถึงลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ส่วนกรณีที่เป็นการกระทำโดยบุคคลหลายคนจะปรากฏในมาตรา 177(6) ข้อ 2 ซึ่งบัญญัติว่า

“การกระทำดังต่อไปนี้เป็นการกระทำทางเพศที่ร้ายแรงเป็นพิเศษ ต้องระวางโทษอย่างน้อย 2 ปี

...

2. ร่วมกันกระทำความผิดมากกว่า 1 คนขึ้นไป”

จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันกำหนดให้ทั้งการข่มขืนกระทำชำเราซึ่งถือเป็นการกระทำทางเพศรูปแบบหนึ่ง และการร่วมกันกระทำทางเพศโดยบุคคลหลายคน ซึ่งเป็นการร่วมกันกระทำทางเพศรูปแบบใดก็ได้ เป็นการกระทำทางเพศที่ร้ายแรงเป็นพิเศษในระดับเดียวกัน ซึ่งจะเหตุให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการกระทำทางเพศในกรณีธรรมดา

ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐวางแนวการวินิจฉัยเกี่ยวกับการปรับใช้มาตรา 177(6) ข้อ 2 ว่า เพียงแต่ได้ร่วมกันกระทำทางเพศตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 177(1) ก็เพียงพอที่จะต้องรับผิดชอบตามมาตรา 177(6) ข้อ 2 แล้ว ไม่ต้องถึงขนาดได้ร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราก็ได้ และผู้ที่ร่วมกระทำแต่ละคนไม่จำเป็นต้องถึงขนาดลงมือกระทำทางเพศกับผู้เสียหายด้วยตนเองหรือไม่จำเป็นต้องให้ผู้เสียหายกระทำทางเพศกับตน เนื่องจากการลงโทษตามบทบัญญัติข้างต้นตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า

⁸⁶ เพิ่งอ้าง 93.

การกระทำความผิดที่มีผู้ร่วมกระทำหลายคนนั้นช่วยลดโอกาสที่ผู้เสียหายจะขัดข้องและเพิ่มอันตรายที่จะเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการส่งเสริมซึ่งกันและกันระหว่างกลุ่มผู้กระทำ⁸⁷

นอกจากนี้ การร่วมกันกระทำตามบทบัญญัติข้างต้นต้องเป็นการร่วมกันกระทำในลักษณะที่เป็นตัวการ ซึ่งศาลยุติธรรมฯ ได้ให้เหตุผลประกอบไว้ว่า เมื่อเปรียบเทียบคำว่า “von mehreren gemeinschaftlich begangen” (committed jointly by more than one person) ที่ปรากฏในมาตรา 177(6) ข้อ 2 จะพบว่า คล้ายคลึงกับคำว่า “Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich” (several persons commit an offence jointly) ที่ปรากฏในมาตรา 25(2) ว่าด้วยตัวการ ขณะที่หากเปรียบเทียบกับความผิดฐานทำให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายโดยมีเหตุฉกรรจ์ มาตรา 224(1) ข้อ 4 ซึ่งใช้คำว่า “mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich” (acting jointly with another party to the offence) ย่อมแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างในการปรับใช้ กล่าวคือ หากผู้กระทำความผิดได้ลงมือกระทำร่วมกับบุคคลอื่นซึ่งเป็นผู้สนับสนุน ก็เพียงพอที่จะต้องรับผิดตามมาตรา 224(1) ข้อ 4 แล้ว ไม่จำเป็นที่บุคคลอื่นต้องได้ร่วมกระทำถึงขั้นเป็นตัวการ⁸⁸

จากแนวการวินิจฉัยของศาลยุติธรรมฯ ข้างต้นแสดงให้เห็นถึงการนำรูปแบบความรับผิดของผู้กระทำความผิดหลายคนที่ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมันมาปรับใช้กับ กรณีที่ปรากฏว่าการข่มขืนกระทำชำเรา นั้นเป็นการกระทำโดยบุคคลหลายคน ซึ่งในเบื้องต้น ระบบกฎหมายเยอรมันเลือกใช้ระบบผู้ร่วมกระทำความผิด โดยจะมีการแบ่งแยกผู้กระทำความผิดและผู้ร่วมกระทำ ความผิดออกเป็นประเภทย่อยอย่างชัดเจน รวมทั้งกำหนดโทษให้ลดหลั่นกันตามประเภทย่อยที่ได้แบ่งแยกไว้⁸⁹ ทั้งนี้ รูปแบบความรับผิดที่ศาลยุติธรรมฯ นำมาปรับใช้ คือ ผู้กระทำความผิดร่วมหรือตัวการ ซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของการเป็นผู้กระทำความผิดและได้รับการบัญญัติไว้ในส่วนที่ว่าด้วยการกระทำความผิด (Täterschaft) ตามมาตรา 25(2) แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ความว่า “ถ้าบุคคลหลายคนได้เข้าร่วมกระทำความผิดด้วยกัน แต่ละบุคคลต้องรับโทษฐานเป็นผู้กระทำความผิด (ผู้กระทำความผิดร่วม)”

จะเห็นได้ว่า มาตรา 25(2) กำหนดเพียงลักษณะพื้นฐานของตัวการ กล่าวคือ ต้องเป็นการร่วมกันกระทำอย่างน้อยสองคนขึ้นไป อย่างไรก็ตาม ในทางวิชาการและในทางพิจารณาของศาล การวินิจฉัยให้บุคคลใดต้องรับผิดในฐานะตัวการประกอบด้วยหลักเกณฑ์สำคัญ 2 ประการ ได้แก่

⁸⁷ BGH, Judgement of 21 March 2001, 1 StR 32/01 para. 13.

⁸⁸ BGH, Judgement of 10 January 2017, 3 StR 278/16 para 12.

⁸⁹ คณิต ฌ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 6, วิญญูชน 2560) 407-408.

1) มีแผนการหรือจุดประสงค์ร่วมกัน (Common plan or purpose)

การมีแผนการหรือจุดประสงค์ร่วมกันสะท้อนให้เห็นผ่านข้อตกลงระหว่างผู้กระทำด้วยกัน ซึ่งอาจเกิดขึ้นโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ และข้อตกลงนั้นอาจเกิดขึ้นทันทีในระหว่างที่กระทำความผิดก็ได้

ทั้งนี้ ตัวการเพียงรู้อถึงประเด็นสำคัญของแผนก็เพียงพอแล้ว เช่น รู้อถึงบทบาททั่วไปของตัวการคนอื่น โดยไม่จำเป็นต้องรู้อถึงรายละเอียดทั้งหมดของแผน รวมทั้งยังต้องประสงค์ที่จะถือเอาการกระทำของตัวการคนอื่นเป็นการกระทำของตนด้วย⁹⁰ โดยศาลจะพิจารณาเจตนาดังกล่าวจากการมีส่วนร่วมกระทำความผิดตามที่ปรากฏให้เห็นภายนอกและผลประโยชน์ที่ผู้นั้นได้รับจากผลสำเร็จของการกระทำความผิด⁹¹

2) มีส่วนร่วมในการกระทำที่เป็นสาระสำคัญ (Substantial contribution)

การพิจารณาว่าการมีส่วนร่วมกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นสาระสำคัญของการกระทำความผิดนั้นหรือไม่ จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ประการ⁹² ได้แก่

2.1) ระดับผลประโยชน์ที่ได้รับจากผลสำเร็จของความผิดนั้น (Degree of self-interest in the successful execution of the act) ซึ่งผลประโยชน์ดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงความประสงค์ที่จะถือเอาการกระทำของผู้อื่นเป็นการกระทำของตน เช่น จำเลยจับผู้เสียหายนอนลงแล้วให้ผู้อื่นข่มขืนกระทำชำเรา ศาลพิพากษาให้จำเลยต้องรับผิดในฐานะเป็นตัวการข่มขืนกระทำชำเรา ด้วยเหตุผลที่ว่าผลประโยชน์ที่จำเลยได้รับจากการข่มขืนกระทำชำเรานั้นชี้ให้เห็นถึงการถือเอาการข่มขืนกระทำชำเราของผู้อื่นเป็นการกระทำของตนด้วย⁹³

⁹⁰ Kai Hamdorf, 'The Concept of a Joint Criminal Enterprise and Domestic Modes of Liability for Parties to a Crime' (2007) 5 International Criminal Justice 208, 212.

⁹¹ Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law* (Hart Publishing 2009) 163-164.

⁹² Johanna Rinceanu, 'Germany' in Laura Peters (eds) *Acting together in crime : a comparative analysis of joint perpetration of and assistance to criminal offences under French, German, Austrian and Italian criminal law in light of five Dutch Supreme Court cases* (Eleven International Publishing 2018) 106.

⁹³ George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Oxford University Press, 2000) 675.

2.2) ความซับซ้อนของการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด (Complexity of participation) ซึ่งพิจารณาจากลักษณะของการเข้าร่วมกระทำความผิดที่ปรากฏให้เห็นภายนอก⁹⁴

2.3) อำนาจเหนือการกระทำความผิด (Control over the act) ซึ่งถือเป็นเงื่อนไขสำคัญและสอดคล้องกับทฤษฎีนายเหนือการกระทำความผิด (Tatherrschaftslehre) กล่าวคือ ในกรณีที่มีการร่วมกันกระทำความผิด ผู้ที่มีบทบาทต้องรับผิดชอบ (Responsible role) ซึ่งมีอำนาจตัดสินใจในการกระทำความผิดนั้น เรียกว่า ตัวการ⁹⁵ ส่วนผู้ที่มีบทบาทเพียงช่วยเหลือหรืออยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของผู้กระทำความผิดคนอื่น (Assisting or Subordinate role) เช่น ทำหน้าที่คอยสังเกตการณ์ หรือช่วยยานพาหนะพาผู้กระทำความผิดคนอื่นหลบหนี เรียกว่า ผู้สนับสนุน⁹⁶

อย่างไรก็ตาม ตัวการไม่จำเป็นต้องปรากฏตัวในที่เกิดเหตุ ดังนั้น หัวหน้าขบวนการ ซึ่งเป็นเพียงผู้วางแผนการกระทำความผิดก็สามารถรับผิดชอบในฐานะตัวการได้ แม้ในทางข้อเท็จจริงนั้น ลูกน้องของตนจะเป็นผู้ที่ลงมือกระทำความผิดจริงก็ตาม⁹⁷

อนึ่ง เคยมีตัวอย่างของการข่มขืนกระทำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคน ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า จำเลยที่ 1 สอดอวัยวะเพศชายเทียมเข้าไปในทวารหนักของผู้เสียหาย แม้ผู้เสียหายร้องขอให้หยุดและพยายามผลักจำเลยที่ 1 ก็ไม่เป็นผล โดยมีจำเลยที่ 2 ช่วยเปิดไฟฉายจากโทรศัพท์มือถือเพื่อให้แสงสว่างแก่จำเลยที่ 1 ในการสอดอวัยวะเพศชายเทียม ศาลยุติธรรมฯ วินิจฉัยว่า การกระทำของจำเลยทั้งสองมิได้เป็นการร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 177(2) ข้อ 2 (ปัจจุบันคือ มาตรา 177(6) ข้อ 2) เนื่องจากจำเลยที่ 2 มิได้กระทำในฐานะเป็นตัวการ กล่าวคือ เมื่อพิจารณาจากระดับของผลประโยชน์ที่จำเลยที่ 2 ได้รับจากผลสำเร็จของความผิดนั้น ความซับซ้อนของการเข้าร่วมกระทำความผิด และอำนาจของจำเลยที่ 2 ในการควบคุมเหนือการกระทำความผิดแล้ว เห็นว่า จำเลยที่ 2 เพียงแต่ให้ความช่วยเหลือจำเลยที่ 1 ในการข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้น จำเลยที่ 2 จึงต้องรับผิดชอบในฐานะผู้สนับสนุนตามมาตรา 27(1) เท่านั้น ส่วนจำเลยที่ 1 ต้องรับผิดชอบในฐานะผู้ลงมือกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 177(2) ข้อ 1 (ปัจจุบันคือ มาตรา 177(6) ข้อ 1) เนื่องจากการใช้อวัยวะเพศชายเทียมสอดเข้าไปในทวารหนักถือเป็นการกระทำทางเพศที่ลดทอนคุณค่าของผู้เสียหายเป็นพิเศษ⁹⁸

⁹⁴ Michael Bohlander (เชิงอรรถ 91) 163.

⁹⁵ Johanna Rinceanu (เชิงอรรถ 92) 107.

⁹⁶ Kai Hamdorf (เชิงอรรถ 90) 331.

⁹⁷ Thomas Weigend (เชิงอรรถ 34) 266.

⁹⁸ BGH, Judgement of 10 January 2017, 3 StR 278/16 para 13.

บทที่ 4

วิเคราะห์การกำหนดความรับผิดรายบุคคลในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมที่เหมาะสม

จากการศึกษาข้อความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม รวมทั้งบทบัญญัติและแนวการวินิจฉัยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมทั้งที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศ ในบทนี้ ผู้เขียนจะเริ่มต้นวิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในฐานะที่เป็นความผิดพื้นฐาน อันเป็นผลมาจากการแก้ไขเพิ่มเติมนิยามของการกระทำชำเราในระบบกฎหมายไทย จากนั้นจะได้วิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม ทั้งในส่วนของรูปแบบที่เป็นไปได้ในปัจจุบัน เจตนารมณ์ที่แท้จริง และการกำหนดความรับผิดรายบุคคล แล้วเปรียบเทียบกับแนวการวินิจฉัยความผิดฐานดังกล่าวที่ปรากฏในระบบกฎหมายต่างประเทศ เพื่อนำไปสู่บทสรุปและข้อเสนอแนะในการกำหนดความรับผิดรายบุคคลในความผิดฐานดังกล่าวที่ถูกต้องและเหมาะสมกับระบบกฎหมายไทย

4.1 ปัญหาจากการแก้ไขเพิ่มเติมนิยามของการกระทำชำเรา

จากการศึกษาองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในหัวข้อ 2.1.3 สามารถสรุปได้ว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาไทยประกอบด้วยกรกระทำ 2 ส่วน ได้แก่ การข่มขืนและการกระทำชำเรา โดยในส่วนของกรข่มขืนซึ่งแสดงถึงความไม่ยินยอมของผู้เสียหายนั้น ประมวลกฎหมายอาญาไทยมิได้กำหนดนิยามหรือข้อสันนิษฐานของการกระทำที่แสดงถึงความไม่ยินยอมของผู้เสียหายไว้อย่างละเอียดดังเช่นที่ปรากฏในระบบกฎหมายอังกฤษตามมาตรา 74 ถึงมาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 และในระบบกฎหมายอเมริกัน ตามมาตรา 261 และ 262 แห่งประมวลกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนีย แต่จำกัดรูปแบบของการกระทำที่ถือเป็นการข่มขืนไว้ 4 รูปแบบ ได้แก่ การขู่เชือด การใช้กำลังประทุษร้าย การทำให้ผู้อยู่ในภาวะที่สามารถขัดขืนได้ และการทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ซึ่งคล้ายคลึงกับที่ปรากฏในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ตามมาตรา 222-23 แห่งประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส และในระบบกฎหมายอเมริกัน ตามมาตรา 213.1 (1) แห่ง Model Penal Code โดยที่กรกระทำทั้ง 4 รูปแบบนี้ไม่เคยมีการแก้ไขเพิ่มเติมนับตั้งแต่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา จึงกล่าวได้ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามระบบกฎหมายไทยมีลักษณะกึ่งความผิดที่ต้องใช้ความรุนแรง

(violent crime) กิ่งความผิดที่ฝ่าฝืนความยินยอม (non-consensual sexual offence) กล่าวคือ แม้จะมีได้กำหนดให้เฉพาะการกระทำที่เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายเท่านั้นเป็นความผิด แต่ก็จำกัดการกระทำที่เป็นความผิดเพียงแค่นั้นที่ไปเป็นไปตามรูปแบบทั้งสี่ข้างต้น โดยมิได้รวมถึงการแสดงออกในรูปแบบอื่น ๆ ที่เป็นการฝ่าฝืนต่อความยินยอมของผู้ถูกระทำ

ในส่วนของการกระทำชำเรา จากการศึกษาพบว่า มีการเปลี่ยนแปลงนิยามถึง 2 ครั้ง ได้แก่ ในปี พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นการบัญญัตินิยามของการกระทำชำเราอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรก โดยได้ขยายแนวคิดของการกระทำชำเราเกินจากความเข้าใจทั่วไป กล่าวคือ ให้รวมถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับทวารหนักและช่องปากของผู้อื่น และการใช้สิ่งอื่นใดกระทำต่ออวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นด้วย แต่ภายหลังกลับพบปัญหาของการบังคับใช้นิยามดังกล่าว โดยเฉพาะความไม่สอดคล้องกับการกระทำตามธรรมชาติและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ยังคงถือว่า ต้องได้มีการล่วงล้ำมิใช่เพียงแต่ดูเถิด รวมทั้งการลดความสำคัญของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากมีการนำเอาการกระทำที่เป็นอันตรายน้อยกว่าการข่มขืนกระทำชำเรา (การใช้สิ่งอื่นใดกระทำต่ออวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น – ผู้เขียน) มากำหนดเป็นความผิดดังกล่าว ส่งผลให้ประชาชนเห็นว่า ความผิดดังกล่าวมิได้สร้างผลกระทบต่อสังคมอย่างร้ายแรงดังที่ผ่านมา¹ ด้วยเหตุนี้ จึงได้มีการแก้ไขนิยามของการกระทำชำเราอีกครั้งในปี พ.ศ. 2562 โดยจำกัดให้เหลือเพียงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ส่วนการใช้สิ่งอื่นใดล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นถูกย้ายไปบัญญัติไว้เป็นเหตุเพิ่มโทษของความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งเรียกว่า การกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ

อย่างไรก็ตาม แม้การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวจะช่วยทำให้การกระทำชำเรากลับเข้าสู่นิยามตามที่ควรจะเป็นมากขึ้น แต่ยังคงก่อให้เกิดปัญหาบางประการที่ผู้เขียนเห็นว่าควรจะวิเคราะห์ให้เกิดความชัดเจนตรงกันเสียก่อน ดังนี้

4.1.1 ประเภทของผู้กระทำ

จากนิยามของการกระทำชำเราที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2562 โดยแก้ไขลักษณะการกระทำจากคำว่า “กระทำกับ” เป็น “ล่วงล้ำ” และต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศของตน

¹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ‘หลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติ (Checklist) ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (ความผิดเกี่ยวกับเพศ)’ (2561) 1.

กระทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น นำมาสู่ปัญหาการตีความที่ว่า ผู้หญิงสามารถเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดตามนิยามที่แก้ไขเพิ่มเติมข้างต้นได้หรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาข้างต้นต้องอาศัยทั้งการตีความตามตัวอักษรและการตีความตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติไปพร้อมกัน กล่าวคือ

เมื่อพิจารณาจากตัวอักษรที่ปรากฏในบทบัญญัติ พบว่า คำว่า “ล่วงล้ำ” มิได้เป็นถ้อยคำเชิงวิชาการที่ต้องอาศัยความรู้ความเข้าใจเฉพาะกลุ่ม จึงมิใช่ศัพท์เฉพาะ และมีได้มีการกำหนดความหมายไว้ในประมวลกฎหมายอาญาโดยเฉพาะ จึงมิใช่นิยามศัพท์ แต่เป็นศัพท์ธรรมดาที่คนทั่วไปสามารถเข้าใจความหมายได้ โดยความหมายของถ้อยคำดังกล่าวสามารถค้นหาจากพจนานุกรม ซึ่งได้ให้ความหมายว่า หมายถึง ผ่านพินเข้า, บุกรุก, ละเมิด² จึงนำมาสู่การตีความที่ว่า การล่วงล้ำต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศกระทำในลักษณะของการผ่านพินเข้า ซึ่งพบได้ในการใช้อวัยวะเพศชายกระทำเท่านั้น แต่หากใช้อวัยวะเพศหญิงกระทำ อวัยวะเพศหญิงนั้นย่อมอยู่ในลักษณะของการถูกผ่านพินเข้า จึงไม่อาจเรียกว่า ได้กระทำการล่วงล้ำ ประกอบกับเมื่อพิจารณาประเภทของอวัยวะที่ถูกล่วงล้ำซึ่งเป็นบริบทแวดล้อมของถ้อยคำดังกล่าวแล้ว จะพบว่า ทวารหนักและช่องปากมีลักษณะเป็นรูหรือช่องที่ใช้สำหรับประกอบกิจกรรมได้³ ดังนั้น การตีความอวัยวะที่ถูกล่วงล้ำ จึงต้องเป็นไปในการทำงานเดียวกับอวัยวะทั้งสองข้างต้น กล่าวคือ ควรหมายถึงอวัยวะที่มีลักษณะเป็นรูหรือช่องซึ่งจำกัดเฉพาะอวัยวะเพศหญิง ไม่รวมถึงอวัยวะเพศชาย

ทั้งนี้ หากตีความการกระทำของหญิงให้หมายถึงการล่วงล้ำด้วย ผู้เขียนเห็นว่า น่าจะเป็นการตีความโดยขยายความที่ขัดหรือแย้งกับตัวอักษรที่ปรากฏในบทบัญญัติ ประกอบกับเมื่อเปรียบเทียบกับกรณีที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะประมวลกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนียและประมวลกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งบัญญัติคำว่า “ล่วงล้ำ” และมีได้กำหนดเพศของผู้กระทำไว้เช่นเดียวกับระบบกฎหมายไทย พบว่า ศาลมลรัฐแคลิฟอร์เนียกำหนดให้การล่วงล้ำที่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจำกัดเฉพาะการใช้อวัยวะเพศชายล่วงล้ำ⁴ เช่นเดียวกับศาลฎีกาแผนก

² ‘พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554’ (สำนักงานราชบัณฑิตยสภา) <<https://dictionary.orst.go.th/>> สืบค้นเมื่อ 29 กรกฎาคม 2564.

³ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 (วิญญูชน 2561) 562.

⁴ Judicial Council of California. ‘CALCRIM No. 1000. Rape or Spousal Rape by Force, Fear, or Threats (Pen. Code, § 261(a)(2), (6) & (7))’ (Justia, ตุลาคม 2563) 749 <https://www.justia.com/criminal/docs/calcrim/1000/1000/> สืบค้นเมื่อ 5 มิถุนายน 2564.

คดีอาญาของฝรั่งเศสที่กำหนดให้การล่วงล้ำนั้นต้องเกิดจากฝ่ายผู้กระทำเอง มิใช่เกิดจากฝ่ายผู้เสียหาย เป็นผู้ล่วงล้ำ⁵

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาในส่วนเจตนารมณ์ของการแก้ไขเพิ่มเติมนิยามข้างต้น พบว่า เป็นไป“เพื่อให้สอดคล้องกับลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติ”⁶ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า นับแต่ในอดีต การกระทำชำเราตามธรรมชาติที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจำกัดเฉพาะการล่วงล้ำโดยใช้อวัยวะเพศชายของผู้กระทำ ทั้งนี้ เนื่องมาจากการล่วงล้ำดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อตัวหญิงผู้เสียหาย ทั้งทางร่างกายซึ่งนอกจากผู้ถูกกระทำจะมีการเจ็บเคืองบริเวณอวัยวะสืบพันธุ์หรือปัสสาวะไม่สะดวกในระยะแรกแล้ว ในระยะยาวยังมีโอกาสตั้งครรภ์และเกิดภาวะแทรกซ้อนของโรคทางนรีเวช (Gynecological complications) ตามมา เช่น เลือดออกหรือติดเชื้อในช่องคลอด เนื้องอกในมดลูก รวมทั้งเสี่ยงต่อการติดเชื้อ HIV⁷ และทางจิตใจซึ่งผู้ถูกกระทำจะเกิดความละอาย รู้สึกผิด ต่ำหนืดตนเอง และมีอาการหวาดระแวง รวมทั้งทางสังคมซึ่งผู้ถูกกระทำอาจกลับไปเรียนหรือทำงานตามปกติ แต่จะเข้าร่วมกิจกรรมทางสังคมน้อยลง โดยมองว่าตนเองไม่มีคุณค่าเพราะถูกข่มขืน และหลีกเลี่ยงการถูกตราหน้า⁸ ดังนั้น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงได้รับการบัญญัติขึ้นและดำรงอยู่ด้วยเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองหญิงผู้ถูกกระทำเป็นพิเศษมิให้ได้รับความเสียหายจากการถูกล่วงล้ำ อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา โดยเฉพาะการเปลี่ยนแปลงประเภทของผู้ถูกกระทำจาก “หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน” เป็น “ผู้อื่น” นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงทางแนวคิดในเบื้องต้นที่ว่า ผู้ถูกกระทำสามารถเป็นเพศใดก็ได้ และนำไปสู่การตีความต่อไปว่า หญิงสามารถลงมือกระทำชำเราอันเป็นความผิดได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การตีความในส่วนหลังน่าจะเป็นการตีความที่เกินไปจากเจตนารมณ์ตามที่ควรจะเป็นของการกระทำชำเราตามธรรมชาติที่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยควรพิจารณาตามแนวทางดั้งเดิม คือ การกระทำชำเราต้องจำกัดเฉพาะการล่วงล้ำโดยใช้อวัยวะเพศชาย เนื่องจากลักษณะของการล่วงล้ำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ถูกกระทำ ร้ายแรงกว่าการกระทำโดยใช้อวัยวะเพศหญิง อย่างไรก็ตาม หากจะตีความถึงขนาดให้หญิงสามารถลงมือกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้นั้น ผู้เขียนเห็นว่า มีกรณีเดียว กล่าวคือ หญิงผ่าตัด

⁵ CC. Crim. 16 déc 1997, 97-85.455.

⁶ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 หมายเหตุ.

⁷ Etienne G. Krug et al., ‘World report on violence and health’ (World Health Organization, 2002) 162–163.

⁸ จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย, รายงานผลการวิจัย เรื่อง ปัจจัยที่มีความเสี่ยงต่อการตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมทางเพศของผู้หญิงไทย (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544) 24.

แปลงเพศเป็นชายและมีอวัยวะเพศชาย แล้วได้ใช้อวัยวะเพศชายนั้นล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น

ดังนั้น การตีความให้ผู้ที่เป็นหญิงโดยสภาพสามารถลงมือกระทำชำเราอันจะเป็น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามนิยามแก้ไขใหม่ได้นั้น น่าจะเป็นการตีความที่เกินจากตัวอักษร และไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ตามที่ควรจะเป็นของความผิดฐานดังกล่าว

4.1.2 ลักษณะของการกระทำ

จากนิยามของการกระทำชำเราตั้งแต่ปี พ.ศ. 2550 ถึงปัจจุบัน ซึ่งมีการเพิ่มเติม อวัยวะที่ถูกกระทำนอกเหนือจากอวัยวะเพศ คือ ทวารหนักและช่องปาก นำมาสู่ปัญหาที่ว่า การกระทำ ในลักษณะใดกับทวารหนักหรือกับช่องปากที่จะถือว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จ และการกระทำใน ลักษณะใดกับทวารหนักหรือกับช่องปากที่จะถือว่าเป็นการพยายามกระทำชำเรา

1) การกระทำชำเราสำเร็จทางทวารหนักหรือช่องปาก

จากการสืบค้นพบว่า คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15309/2553 ได้เคยวินิจฉัย การกระทำชำเราทำนองดังกล่าว โดยกล่าวถึงเฉพาะการกระทำชำเราทางช่องปาก ซึ่งศาลฎีกาได้วาง แนวการวินิจฉัยว่า จะเป็นการกระทำชำเราทางช่องปากต่อเมื่อผู้เสียหายยอมอวัยวะเพศของผู้กระทำ ไม่รวมกรณีที่ผู้เสียหายเลียอวัยวะเพศของผู้กระทำซึ่งเป็นเพียงความผิดฐานกระทำอนาจาร เนื่องจาก ช่องปากเป็นที่ว่างในปากซึ่งมีปากเป็นทางเข้าออก ต้องผ่านปากเข้าไปเสียก่อนจึงจะถึงช่องปาก เมื่ออวัยวะเพศของผู้กระทำมิได้เข้าไปในปากของผู้เสียหาย ย่อมถือไม่ได้ว่าผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของ ตนกระทำกับช่องปากของผู้เสียหาย จึงไม่เป็นการกระทำชำเรา

จากแนวการวินิจฉัยของศาลฎีกาข้างต้น จะพบว่า ศาลฎีกากำหนดเส้นแบ่ง ของการกระทำชำเราทางช่องปากเป็น 2 ระยะ ได้แก่ ระยะที่เข้าไปในปากซึ่งเป็นเพียงทางเข้าออกกับ ระยะที่เข้าไปในช่องปากซึ่งจะอยู่ลึกกว่า ดังนั้น หากอวัยวะเพศของผู้กระทำไม่ถึงขั้นได้สัมผัสกับปาก ของผู้เสียหายตั้งแต่แรก เช่น ผู้เสียหายเลียอวัยวะเพศของผู้กระทำ จึงเป็นเพียงการกระทำอนาจาร แต่ในส่วนของ การกระทำชำเราทางช่องปากจะเป็นความผิดสำเร็จต่อเมื่อได้กระทำถึงระยะใดนั้น ศาลฎีกามีได้วางแนวทางที่ชัดเจน ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ควรเทียบเคียงจากแนวการวินิจฉัยที่ปรากฏ ในคำพิพากษาศาลฎีกากรณีที่เป็นการล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า เพียงแต่ อวัยวะเพศชายได้ล้วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของหญิง แม้จะเพียงเล็กน้อย ย่อมเป็นการกระทำชำเรา สำเร็จแล้ว แต่หากเป็นการถูไถบริเวณปากช่องคลอดด้านนอก ก็เป็นเพียงการพยายามกระทำชำเรา จึงนำมาสู่ข้อสรุปโดยเทียบเคียงว่า จะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จทางช่องปากต่อเมื่อผู้กระทำได้ใช้ อวัยวะเพศของตนล้วงล้ำเข้าไปในช่องปากของผู้เสียหายซึ่งอยู่ลึกกว่าปาก แม้จะเพียงเล็กน้อยก็ตาม โดยไม่ต้องถึงขั้นผู้เสียหายได้อมอวัยวะเพศนั้น ส่วนการสัมผัสหรือล้วงล้ำเข้าไปเพียงบริเวณปากยังไม่

ถึงขั้นเข้าไปในช่องปาก เช่น ชายพยายามใช้อวัยวะเพศของตนดันเข้าไปในช่องปาก โดยผ่านริมฝีปากของผู้เสียหายแล้ว แต่ไปกระทบกับฟันของผู้เสียหายที่กัดค้างไว้ จึงเป็นเพียงการพยายามกระทำชำเรา คล้ายคลึงกับการถูกละเมิดบริเวณปากช่องคลอดด้านนอกในกรณีที่เป็นการล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ

ในส่วนที่เป็นการกระทำชำเราทางทวารหนัก แม้จะไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยการกระทำชำเราดังกล่าว แต่เมื่อเทียบเคียงจากแนวการวินิจฉัยที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกากรณีเป็นการล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ จึงนำมาสู่ข้อสรุปในทำนองเดียวกันที่ว่า จะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จทางทวารหนักต่อเมื่อผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตนล้วงล้ำเข้าไปในรูทวารหนักของผู้เสียหาย แม้เพียงเล็กน้อยก็ตาม

ทั้งนี้ จากลักษณะทางกายภาพของการกระทำข้างต้น ได้เน้นย้ำให้เห็นว่า แม้บทบัญญัติมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา จะใช้ถ้อยคำว่า ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น อันหมายถึง ผู้กระทำจะเป็นเพศใดก็ได้ แต่ในกรณีของการกระทำชำเราทางทวารหนักและช่องปาก ผู้ที่สามารถกระทำได้จึงมีเฉพาะชายหรือหญิงที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นชายและมีอวัยวะเพศชายเท่านั้น เนื่องจากโดยสภาพแล้ว อวัยวะเพศหญิงย่อมไม่สามารถล้วงล้ำหรือสอดใส่เข้าไปในทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่นได้

2) การพยายามกระทำชำเราทางทวารหนักหรือช่องปาก

จากการสืบค้นพบว่า คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4909-4910/2555 เคยวินิจฉัยการกระทำชำเราทำนองดังกล่าว โดยกล่าวถึงเฉพาะการกระทำชำเราทางช่องปาก ซึ่งมีข้อเท็จจริงในคดีว่า จำเลยพยายามบังคับให้ผู้เสียหายอมอวัยวะเพศของจำเลย โดยจับใส่ปาก แต่ผู้เสียหายขัดขืนสะบัดหน้า ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การกระทำของจำเลยเป็นการพยายามกระทำชำเรา ทั้งนี้ อากกล่าวได้ว่า การวินิจฉัยของศาลฎีกาข้างต้นเป็นไปในทำนองเดียวกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกากรณีที่เป็น การล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ กล่าวคือ จะเป็นการลงมือกระทำชำเราต่อเมื่อชายนำอวัยวะเพศของตนไปจรดยังบริเวณปากช่องคลอด ซึ่งเป็นไปตามหลักความใกล้ชิดต่อผล (The Proximity Rule) เนื่องจากการกระทำขั้นสุดท้ายก่อนที่จะได้ใช้อวัยวะเพศของตนล้วงล้ำเข้าไป รวมทั้งเป็นไปตามหลักความไม่คลุมเครือ (The Unequivocal Rule) เนื่องจากการกระทำดังกล่าวแสดงให้เห็นอย่างชัดแจ้งในตัวเองว่า ผู้กระทำมีเจตนาที่จะข่มขืนกระทำชำเรา⁹ ดังนั้น จึงนำมาสู่ข้อสรุปที่ว่า ในกรณีที่

⁹ หลักความใกล้ชิดต่อผล (The Proximity Rule) เป็นหลักการที่ถือว่าจะเป็นการลงมือกระทำ ความผิดต่อเมื่อผู้กระทำได้กระทำขั้นสุดท้าย (Last act or Final act) กล่าวคือ ได้กระทำการทั้งหมด ที่เห็นว่าจำเป็นต่อการกระทำ ความผิดนั้นแล้ว เหลือเพียงรอว่าผลจะเกิดขึ้นตามความประสงค์ของผู้กระทำ ความผิดหรือไม่ ส่วนหลักความไม่คลุมเครือ (The Unequivocal Rule) เป็นหลักการที่ถือว่า

เป็นการล้วงล้ำเข้าไปในทวารหนักหรือช่องปาก ศาสตราจารย์กานีแนวน้อมที่จะวินิจฉัยในทำนองเดียวกันว่า จะเป็นการพยายามกระทำชำเราต่อเมื่อผู้กระทำได้กระทำถึงขั้นใช้อวัยวะเพศของตนจรดทวารหนัก หรือบริเวณปากของผู้เสียหาย

ทั้งนี้ ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับการนำหลักความใกล้ชิดต่อผลและหลักความไม่คลุมเครือมาใช้ในการวินิจฉัยการกระทำที่จะถือเป็นการพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ทั้งในกรณีที่เป็น การกระทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก และช่องปาก ซึ่งต้องรอนจนกระทั่งผู้กระทำได้ใช้อวัยวะเพศของตนจรดที่อวัยวะทั้งสามเสียก่อน จึงจะถือเป็นการพยายามข่มขืนกระทำชำเรา โดยผู้เขียนเห็นพ้องกับแนวคิดของศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ที่เห็นว่า การกระทำที่จะเป็นการพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ไม่ต้องรอให้ถึงขั้นมีการปลดเปลื้องเสื้อผ้า เพียงแต่พิจารณาได้ว่า การกระทำที่เกิดขึ้นนั้นจะนำไปสู่การข่มขืนกระทำชำเราที่เป็นความผิดสำเร็จอย่างแน่นอน หากมิได้ถูกสะกดหยุดยั้งด้วยเหตุใด ๆ¹⁰ และแนวคิดของศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ที่เห็นว่า หากผู้กระทำเพียงกระทำการที่เป็น การข่มขืนใจ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำที่เป็นองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ย่อมถือเป็นการพยายามข่มขืนกระทำชำเราแล้ว โดยไม่ต้องรอให้เกิดการกระทำในส่วนที่เป็นการกระทำชำเรา¹¹ ซึ่งการวินิจฉัยการกระทำตามแนวคิดทั้งสองข้างต้นจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการคุ้มครองผู้เสียหายมากขึ้น เนื่องจากการกระทำบางประการแม้ไม่ถึงขั้นได้ใช้อวัยวะเพศจรดที่อวัยวะทั้งสาม เช่น ขึ้นคร่อมแล้วปลดเปลื้องเสื้อผ้า ไม่ว่าจะของตนเองหรือของผู้เสียหาย ก็ถือว่ามีลักษณะที่ร้ายแรง และกระทบต่อเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของผู้เสียหาย ซึ่งเป็นคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว รวมทั้งการวินิจฉัยการกระทำตามแนวคิดทั้งสองข้างต้นยัง

จะเป็นการลงมือกระทำความผิดต่อเมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนในตัวเองว่าผู้กระทำมีเจตนาที่จะกระทำความผิดฐานใด ทั้งนี้ ได้มีการนำหลักความไม่คลุมเครือมาขยายขอบเขตของหลักความใกล้ชิดต่อผล โดยให้ถือเอาการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งของการกระทำขั้นสุดท้ายซึ่งต้องได้กระทำโดยต่อเนื่องกัน เป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลเพียงพอที่จะลงโทษได้แล้วในบางการกระทำ เช่น การเล็งปืน โดยไม่ต้องรอให้เหนี่ยวไกปืน. รมณกรณ์ บุญมี, ‘พยายามข่มขืนกระทำชำเรา ปี 2553’ ใน สุรศักดิ์ มณีศร (บรรณาธิการ) *ครอบครัว งานบริหาร อาจารย์ไพโรจน์ รวมข้อเขียนที่ระลึกในโอกาสอายุครบ 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร. ไพโรจน์ กัมพูสิริ (โรงพิมพ์เดือนตุลา 2553) 175-177*”

¹⁰ จิตติ ดิงศภัทย์, *คำอธิบาย ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1 (พิมพ์ครั้งที่ 8, จีรรัชการพิมพ์ 2548) 737.*

¹¹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง (พิมพ์ครั้งที่ 42, วิญญูชน 2562) 465.*

เป็นการป้องปรามมิให้ผู้คนในสังคมคิดที่จะกระทำความผิดดังกล่าว ซึ่งเป็นภารกิจสำคัญประการหนึ่งของกฎหมายอาญา กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องรอถึงขั้นให้ผู้กระทำได้ใช้อวัยวะเพศของตนจรดที่อวัยวะของผู้เสียหาย ก็สามารถนำตัวผู้กระทำนั้นมารับโทษฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราได้

4.2 ปัญหารูปแบบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม

จากการศึกษาองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม ในหัวข้อ 2.2.5 สามารถสรุปได้ว่า นอกจากการกระทำในส่วนของ การข่มขืนและการกระทำชำเราแล้ว ความผิดฐานดังกล่าวยังต้องประกอบด้วย การร่วมกันกระทำซึ่งประมวลกฎหมายอาญาใช้ถ้อยคำว่า “อันมีลักษณะเป็นการโทรม” ทั้งนี้ ถ้อยคำดังกล่าวอาจเรียกได้ว่า เป็นองค์ประกอบเปิด กล่าวคือ เป็นองค์ประกอบที่ประมวลกฎหมายอาญามีได้กำหนดลักษณะไว้อย่างชัดเจน แต่ให้เป็นดุลพินิจของศาลและนักวิชาการที่จะตีความและกำหนดหลักเกณฑ์ของถ้อยคำดังกล่าวให้เป็นภาวะวิสัยมากที่สุด¹² โดยแนวคำพิพากษาศาลฎีกากำหนดว่า นอกจากเป็นการร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะเป็น ตัวการแล้ว “การโทรม” ยังต้องมีการผลัดเปลี่ยนกันกระทำชำเราตั้งแต่สองคนขึ้นไป ซึ่งสอดคล้องกับ เจตนารมณ์ในชั้นยกร่างของอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้น จึงนำมาสู่ ข้อสรุปในเบื้องต้นว่า หากมีผู้กระทำเพียงคนเดียว ไม่ว่าจะได้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำอวัยวะ ช่องทางเดียวเข้าไปมา เช่น ล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิงรอบแรกเสร็จ สักพักล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิงอีกเป็น รอบที่สอง หรือใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำอวัยวะช่องทางหนึ่งแล้วสลับไปล่วงล้ำอวัยวะอีกช่องทาง หนึ่งคนละช่องทาง เช่น ล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิงเสร็จ สักพักสลับไปล่วงล้ำทวารหนักของหญิงต่อ ไม่ถือเป็นการข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม

อย่างไรก็ตาม ก่อนที่จะมีการกำหนดนิยามของการกระทำชำเรา อวัยวะที่ถูกล่วงล้ำได้ ซึ่งเป็นผลให้ผู้กระทำต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้น มีอยู่ช่องทางเดียว คือ อวัยวะเพศหญิง ส่วนการล่วงล้ำทางช่องทางอื่น เช่น ทวารหนักหรือช่องปาก ผู้กระทำต้องรับผิดเพียงฐานกระทำ อนาจาร ดังนั้น รูปแบบของการข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมจึงมีเพียงรูปแบบเดียว คือ ชายผลัดเปลี่ยนกันล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง แต่เมื่อมีการกำหนดนิยามของการกระทำชำเราในปี พ.ศ. 2550 และมีการแก้ไขในปี พ.ศ. 2562 ได้กำหนดอวัยวะที่ถูกล่วงล้ำได้เพิ่มเติมอีก 2 ช่องทาง คือ ทวารหนักและช่องปาก จึงนำมาสู่ปัญหาที่ว่า รูปแบบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมที่เป็นไปได้ในปัจจุบันมีทั้งสิ้นกี่รูปแบบ โดยผู้เขียนจะจำแนกเป็น

¹² คณิต ฐ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 6, วิญญูชน 2560) 184.

2 หัวข้อ ได้แก่ การผลัดเปลี่ยนกันล้วงลำและการล้วงลำพร้อมกัน รวมทั้งกล่าวถึงปัญหาที่ปรากฏในแต่ละหัวข้อ ดังนี้

4.2.1 การผลัดเปลี่ยนกันล้วงลำ

การผลัดเปลี่ยนกันล้วงลำถือเป็นรูปแบบดั้งเดิมของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะโทรม ซึ่งในอดีตจำกัดเฉพาะการผลัดเปลี่ยนกันล้วงลำในอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น แต่หลังจากมีการกำหนดนิยามของการกระทำชำเรา ซึ่งเพิ่มเติมอวัยวะที่ถูกล้วงลำได้อีก 2 ช่องทาง คือ ทวารหนักและช่องปาก ผู้เขียนจึงเห็นว่า รูปแบบของการผลัดเปลี่ยนกันล้วงลำย่อมเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย โดยสามารถแบ่งเป็น 2 รูปแบบใหญ่ คือ การผลัดเปลี่ยนกันล้วงลำในอวัยวะช่องทางเดียวกัน และการผลัดเปลี่ยนกันล้วงลำในอวัยวะคนละช่องทาง

1) การผลัดเปลี่ยนกันล้วงลำในอวัยวะช่องทางเดียวกัน

จากที่ได้วิเคราะห์ในหัวข้อ 4.1.1 ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า โดยธรรมชาติแล้ว หญิงไม่สามารถเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดตามนิยามของการกระทำชำเราที่แก้ไขเพิ่มเติมได้ เว้นแต่จะผ่าตัดแปลงเพศเป็นชายและมีอวัยวะเพศชายด้วย ดังนั้น อวัยวะที่ใช้กระทำในหัวข้อนี้ จึงหมายถึงเฉพาะอวัยวะเพศชาย ทั้งตามธรรมชาติและที่เกิดจากการแปลงเพศ โดยผู้กระทำคนแรกได้ใช้อวัยวะเพศของตนล้วงลำเข้าไปในอวัยวะช่องใดช่องหนึ่งจาก 3 ช่องทางที่นิยามกำหนด และต่อมาผู้กระทำคนที่สองได้ใช้อวัยวะเพศของตนล้วงลำเข้าไปในอวัยวะช่องทางเดิมที่ผู้กระทำคนแรกได้ล้วงลำในครั้งแรก ซึ่งมีรูปแบบของการล้วงลำที่เป็นไปได้ จำนวน 5 รูปแบบ ตามเพศของผู้ถูกกระทำ ดังนี้

ตารางที่ 4.1 รูปแบบของการผลัดเปลี่ยนกันล้วงลำในอวัยวะช่องทางเดียวกัน

อวัยวะที่ใช้กระทำ	อวัยวะที่ถูกกระทำ ครั้งแรก	อวัยวะที่ถูกกระทำ ครั้งที่สอง
อวัยวะเพศชาย	อวัยวะเพศหญิง	อวัยวะเพศหญิง
	ทวารหนักของหญิง	ทวารหนักของหญิง
	ช่องปากของหญิง	ช่องปากของหญิง
	ทวารหนักของชาย	ทวารหนักของชาย
	ช่องปากของชาย	ช่องปากของชาย

2) การผลัดเปลี่ยนกันล่องลำในอวัยวะคนละช่องทาง

เช่นเดียวกับในหัวข้อที่ผ่านมา อวัยวะที่ใช้กระทำ คือ อวัยวะเพศชาย ทั้งตามธรรมชาติและที่เกิดจากการแปลงเพศ โดยผู้กระทำคนแรกได้ใช้อวัยวะของตนล่องลำเข้าไปในอวัยวะช่องใดช่องหนึ่งจาก 3 ช่องทางที่นิยามกำหนด แต่ต่อมาผู้กระทำคนที่สองได้ใช้อวัยวะของตนล่องลำเข้าไปในอวัยวะช่องทางที่แตกต่างจากผู้กระทำคนแรกได้ล่องลำในครั้งแรก ซึ่งมีรูปแบบของการล่องลำที่เป็นไปได้ จำนวน 8 รูปแบบ ตามเพศของผู้ถูกกระทำและอวัยวะที่ถูกกระทำก่อน – หลัง ดังนี้

ตารางที่ 4.2 รูปแบบของการผลัดเปลี่ยนกันล่องลำในอวัยวะคนละช่องทาง

อวัยวะที่ใช้กระทำ	อวัยวะที่ถูกกระทำ ครั้งแรก	อวัยวะที่ถูกกระทำ ครั้งที่สอง
อวัยวะเพศชาย	อวัยวะเพศหญิง	ช่องปากของหญิง
	อวัยวะเพศหญิง	ทวารหนักของหญิง
	ทวารหนักของหญิง	อวัยวะเพศหญิง
	ทวารหนักของหญิง	ช่องปากของหญิง
	ช่องปากของหญิง	อวัยวะเพศหญิง
	ช่องปากของหญิง	ทวารหนักของหญิง
	ทวารหนักของชาย	ช่องปากของชาย
	ช่องปากของชาย	ทวารหนักของชาย

ทั้งนี้ ศาลฎีกาได้วางแนวการวินิจฉัยกรณีที่เป็นกรณีการผลัดเปลี่ยนกันล่องลำไว้ว่า ต้องเป็นการข่มขืนกระทำชำเราที่ได้กระทำกันโดยต่อเนื่อง ทั้งในแง่ของสถานที่และระยะเวลา ซึ่งจากการศึกษาในหัวข้อ 2.2.5 พบว่า ศาลฎีกาได้นำหลักเกณฑ์บางประการนำมาใช้ในการวินิจฉัยเรื่องความต่อเนื่องดังกล่าว ดังนี้

1) ความต่อเนื่องในแง่ของสถานที่

ในเบื้องต้น ศาลฎีกาวางแนวการวินิจฉัยไว้ว่า ผู้กระทำแต่ละคนอย่างน้อยต้องปรากฏตัวในบริเวณที่เกิดเหตุเดียวกัน แต่ไม่ต้องถึงขนาดอยู่ในห้องเดียวกับพวกของคนที่กำลังข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้น ในกรณีที่ต่างคนต่างข่มขืนกระทำชำเราในสถานที่ต่างกัน แม้จะได้กระทำต่อผู้เสียหายคนเดียวกัน ก็ไม่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรรม

นอกจากนี้ ยังอนุมานหลักเกณฑ์เพิ่มเติมได้ว่า การปรากฏตัวในหรือใกล้เคียงกับที่เกิดเหตุต้องดำรงอยู่ตลอดในขณะที่ผู้กระทำอีกคนข่มขืนกระทำชำเรา¹³ ดังนั้น หากผู้กระทำคนแรกได้ข่มขืนกระทำชำเราเสร็จ ซึ่งขณะที่ข่มขืนกระทำชำเรานั้นมีผู้กระทำคนที่สองปรากฏตัวในที่เกิดเหตุหรือใกล้เคียงกับที่เกิดเหตุ แต่เมื่อถึงคราวที่ผู้กระทำคนที่สองจะข่มขืนกระทำชำเรา ผู้กระทำคนแรกได้ออกจากที่เกิดเหตุ โดยไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่ายังคงอยู่ในบริเวณใกล้เคียงพอที่จะช่วยเหลือผู้กระทำคนที่สองได้อย่างทันท่วงที ผู้กระทำทั้งสองย่อมมิใช่ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหม แต่ต่างคนต่างต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคแรกเท่านั้น

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นด้วยกับหลักเกณฑ์เพิ่มเติมข้างต้น ซึ่งนอกเหนือจากเหตุผลโดยทั่วไปไปที่ศาลยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐเยอรมนีเคยกล่าวไว้ว่า การกระทำโดยบุคคลหลายคนจะช่วยลดโอกาสการขัดขืนของผู้เสียหายและสร้างภัยอันตรายที่รุนแรงแก่ผู้เสียหายแล้ว¹⁴ หากพิจารณาจากเหตุผลทางจิตวิทยา จะพบว่า การเกิดขึ้นของการข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคนนั้น แตกต่างจากที่กระทำโดยบุคคลคนเดียวตรงที่มีปัจจัยสำคัญที่เรียกว่า กระบวนการกลุ่ม (Group processes) กล่าวคือ เมื่อมีการอยู่ร่วมกันเป็นกลุ่มจะส่งผลต่อพฤติกรรมบางประการของสมาชิกที่นำไปสู่ความรุนแรงทางเพศเพิ่มขึ้น ซึ่งหากสมาชิกผู้นั้นอยู่ตามลำพังแล้ว คงไม่กล้าที่จะกระทำการดังกล่าว เช่น กระทำไปเพื่อให้ได้รับการยอมรับจากกลุ่ม (Social comparison) หรือกระทำไปเพราะเห็นว่า เป็นการกระทำส่วนหนึ่งของกลุ่ม มิใช่เป็นการกระทำของตนโดยเฉพาะ อันเป็นความรู้สึกของการสูญเสียความเป็นตัวตน (Deindividuation) ดังนั้น หากกำหนดให้ผู้กระทำทั้งสองต้องรับโทษหนักขึ้น ทั้งที่ในการข่มขืนครั้งที่สองนั้น ผู้กระทำคนที่สองกระทำแต่เพียงผู้เดียว ไม่ปรากฏผู้กระทำคนแรกอยู่ในที่เกิดเหตุด้วย ก็อาจไม่สอดคล้องกับเหตุผลโดยทั่วไปและเหตุผลทางจิตวิทยาข้างต้น จึงสมควรที่จะต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการปรากฏตัวในที่เกิดเหตุพร้อมกันของผู้กระทำทั้งสอง และดำรงอยู่ด้วยกันตลอดทั้งในตอนและผู้กระทำคนแรกและผู้กระทำคนที่สองข่มขืนกระทำชำเรา

2) ความต่อเนื่องในแง่ของระยะเวลา

จากการศึกษาในหัวข้อ 2.2.5.2 พบว่า หลักเกณฑ์ประการหนึ่งที่ศาลฎีกานำใช้ในการวินิจฉัยว่าการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรานั้นขาดตอนแล้ว คือ การที่ผู้เสียหายได้สวม

¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1965/2524 (เนติบัณฑิตยสภา) 1418-1419.

¹⁴ BGH, Judgement of 21 March 2001, 1 StR 32/01 para. 13.

เสื้อผ้าเรียบร้อยแล้วก่อนที่ผู้กระทำคนที่สองจะข่มขืนกระทำชำเรา¹⁵ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับดังกล่าว จะพบว่า เป็นกรณีที่ผู้กระทำหลายคนมิได้ตกลงกันมาก่อนว่าจะข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย โดยศาลฎีกาเพียงแต่นำหลักเกณฑ์ข้างต้นมาใช้ประกอบการอธิบายถึงเจตนาในการกระทำความผิดโดยลำพังของผู้กระทำแต่ละคน จึงนำมาสู่ปัญหาที่ว่า หากผู้กระทำหลายคนตกลงที่จะข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายร่วมกันแล้ว แต่ปรากฏว่า ในช่วงระยะเวลาของการผลัดเปลี่ยนกันนั้นได้มีการกระทำอื่นแทรกเข้ามา เช่น ให้ผู้เสียหายสวมเสื้อผ้าหรือพับพันร่างกายหลังจากถูกผู้กระทำคนแรกข่มขืนกระทำชำเราแล้ว ดังนี้ เมื่อผู้กระทำคนที่สองได้เข้าข่มขืนกระทำชำเราต่อ ถือว่าการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราของผู้กระทำทั้งสองขาดตอนแล้วหรือไม่

ในปัญหาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า ควรเทียบเคียงกับแนวการวินิจฉัยของศาลฎีกากรณีที่บุคคลคนเดียวข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายหลายครั้ง แต่ศาลฎีกาวินิจฉัยให้การข่มขืนกระทำชำเราดังกล่าวเป็นกรรมเดียว ซึ่งพบว่า หลักเกณฑ์ที่ศาลฎีกานำมาใช้ คือ การพ้นจากภยันตรายในแต่ละครั้งของผู้เสียหาย โดยหากหลังจากการข่มขืนกระทำชำเราในแต่ละครั้ง ผู้กระทำมิได้ควบคุมหรือหน่วงเหนี่ยวผู้เสียหายไว้เพื่อข่มขืนกระทำชำเราในครั้งต่อไปอีก ย่อมถือว่าผู้เสียหายพ้นจากภยันตรายที่เกิดจากการข่มขืนกระทำชำเราของผู้กระทำในแต่ละครั้งแล้ว และเป็นผลให้การข่มขืนกระทำชำเราในแต่ละครั้งมิใช่การกระทำต่อเนื่องกัน แต่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราที่ผู้กระทำมีเจตนาขึ้นใหม่ในทุกครั้งที่ลงมือ จึงเป็นความผิดหลายกรรมต่างกัน¹⁶

ด้วยเหตุนี้ จึงนำมาเทียบเคียงได้ว่า กรณีที่บุคคลทั้งสองร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย โดยมีการควบคุมหรือหน่วงเหนี่ยวผู้เสียหายตลอดระยะเวลาที่ทั้งสองข่มขืนกระทำชำเรานั้น แม้ผู้เสียหายจะได้สวมเสื้อผ้าหรือใช้เวลาพับพันร่างกายหลังจากที่ถูกผู้กระทำคนแรกข่มขืนกระทำชำเรานานเท่าใดก็ตาม ก็ถือว่าบุคคลทั้งสองได้ข่มขืนกระทำชำเราโดยต่อเนื่องกันแล้ว เนื่องจากตัวผู้เสียหายเองยังไม่ถือว่าพ้นจากภยันตรายที่เกิดจากการข่มขืนกระทำชำเราของบุคคลทั้งสอง

¹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1444/2530 (สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ) 5: 161; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1766/2558 (เนติบัณฑิตยสภา) 198.

¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6441/2540 (สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ) 9: 219; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6792/2542 (สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ) 10: 158-159.

4.2.2 การลวงล้าพร้อมกัน

หลังจากมีการกำหนดนิยามของการกระทำชำเรา ซึ่งเพิ่มเติมอวัยวะที่ถูกลวงล้าได้อีก 2 ช่องทาง ได้แก่ ทวารหนักและช่องปาก ย่อมเป็นผลให้การลวงล้าในหนึ่งครั้งโดยบุคคลสองคนสามารถกระทำได้ในหลายช่องทางพร้อมกัน จึงนำมาสู่ปัญหาที่ว่า การลวงล้าพร้อมกันหลายช่องทางจะถือเป็นการข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมด้วยหรือไม่ เนื่องจากเจตนากรรมของอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นผู้ยกร่างบทบัญญัติดังกล่าวแต่แรก และแนวคำพิพากษาศาลฎีกาแต่เดิมประสงค์เพียงว่า ต้องเป็นการผลัดเปลี่ยนกันลวงล้า

ในปัญหาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า น่าจะตีความโดยขยายความคำว่า “อันมีลักษณะเป็นการโทรม” ให้ความหมายรวมถึงการลวงล้าพร้อมกันหลายช่องทางได้ โดยไม่ถือเป็นการขัดต่อเจตนากรรมของบทบัญญัติดังกล่าว เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากรายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา เมื่อวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2485 ซึ่งพระยาปลัดพิธีกรรมประคัลภ์กล่าวย้ำกับที่ประชุมว่า “สมคบกันแต่คนเดียวทำชำเราไม่ใช่โทรมหญิง โทรมหญิงต้องผลัดกันทำ”¹⁷ และอนุกรรมการทุกคนก็เห็นพ้องด้วย จึงสะท้อนให้เห็นว่า โดยแท้จริงแล้ว เจตนากรรมของบทบัญญัติดังกล่าวมิได้คุ้มครองผู้เสียหายจากความรุนแรงที่กระทำเพียงโดยบุคคลหลายคน แต่ต้องถึงขนาดเป็นความเสียหายหรือผลกระทบจากการที่ผู้เสียหายถูกลวงล้ามากกว่าหนึ่งครั้ง ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า แม้การลวงล้าพร้อมกันหลายช่องทางจะเป็นการกระทำเพียงครั้งเดียว แต่ในท้ายที่สุดย่อมก่อให้เกิดความเสียหายทางกายภาพแก่ตัวผู้เสียหายในลักษณะเช่นเดียวกับการผลัดเปลี่ยนกันลวงล้าในอวัยวะคนละช่องทาง การลวงล้าพร้อมกันหลายช่องทางจึงจัดอยู่ในรูปแบบหนึ่งของการข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมในปัจจุบันได้

ทั้งนี้ จากการสืบค้นพบว่า คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4909-4910/2555 เคยวินิจฉัยรูปแบบการลวงล้าดังกล่าว โดยมีข้อเท็จจริงว่า จำเลยหลักผู้เสียหายให้ล้มลงและขึ้นคร่อมทับหน้าอกของผู้เสียหาย พยายามบังคับให้ผู้เสียหายอมอวัยวะเพศของตน ซึ่งในขณะเดียวกัน พวกคนที่หนึ่งกำลังกระทำชำเราผู้เสียหาย ส่วนพวกคนที่สองช่วยจับแขนของผู้เสียหาย ศาลฎีกาพิพากษาให้การกระทำของจำเลยเป็นการพยายามกระทำชำเรา และจำเลยต้องรับผิดชอบเป็นตัวการในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม เนื่องจากได้กระทำการดังกล่าวในขณะที่พวกคนที่หนึ่งกำลังกระทำชำเราผู้เสียหาย¹⁸ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นในส่วนที่

¹⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ‘รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 279/63/2485’ (19 กุมภาพันธ์ 2485) 10.

¹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4909-4910/2555 (สำนักงานศาลยุติธรรม) 3: 148.

กำหนดให้จำเลยต้องรับผิดชอบชดเชยกรณีกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมซึ่งเป็นความผิดสำเร็จ ทั้งที่การกระทำของจำเลยเป็นเพียงการพยายามกระทำชำเรา ดังจะได้วิเคราะห์ในหัวข้อถัดไป

ในส่วนของรูปแบบของการล่วงล้ำพร้อมกันหลายช่องทาง อวัยวะที่ใช้กระทำ คือ อวัยวะเพศชาย ทั้งตามธรรมชาติและที่เกิดจากการแปลงเพศ ซึ่งโดยสภาพแล้ว ผู้กระทำแต่ละคนต้องล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะช่องใดช่องหนึ่งจาก 3 ช่องทางที่นิยามกำหนด คนละช่องทางการ โดยมิรูปแบบของการล่วงล้ำที่เป็นไปได้ จำนวน 4 รูปแบบ ตามเพศของผู้ถูกระทำและไม่คำนึงว่าอวัยวะช่องทางใดถูกระทำก่อน - หลัง ดังนี้

ตารางที่ 4.3 รูปแบบของการล่วงล้ำพร้อมกัน

อวัยวะที่ใช้กระทำ	อวัยวะที่ถูกกระทำ	
อวัยวะเพศชาย	อวัยวะเพศหญิง	ช่องปากของหญิง
	อวัยวะเพศหญิง	ทวารหนักของหญิง
	ทวารหนักของหญิง	ช่องปากของหญิง
	ทวารหนักของชาย	ช่องปากของชาย

จากการจำแนกรูปแบบของความผิดฐานชดเชยกรณีกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมที่เป็นไปได้ในปัจจุบัน พบว่า มีจำนวนทั้งสิ้น 17 รูปแบบ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อตัวผู้เสียหาย พบว่า แต่ละรูปแบบมีระดับความร้ายแรงที่แตกต่างกัน กล่าวคือ จากระดับน้อยที่สุด ได้แก่ การผลัดเปลี่ยนกันล่วงล้ำเข้าไปในปาก จนถึงระดับมากที่สุด ได้แก่ การผลัดเปลี่ยนกันล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ซึ่งรูปแบบสุดท้ายนี้นอกจากทำให้ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บทางร่างกายแล้วยังเพิ่มโอกาสเสี่ยงที่หญิงผู้เสียหายจะตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์อีกด้วย ดังนั้น ในการลงโทษผู้กระทำความผิดฐานดังกล่าว จึงสมควรที่จะลงโทษให้แตกต่างกันตามระดับความร้ายแรงโดยคำนึงถึงอวัยวะที่ถูกกระทำเป็นสำคัญ

4.3 ปัญหาเจตนารมณ์ที่แท้จริงของความผิดฐานชดเชยกรณีกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหม

การชดเชยกรณีกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมเป็นรูปแบบของการชดเชยกรณีกระทำชำเราที่ประกอบด้วยการร่วมกันกระทำโดยบุคคลหลายคน และเป็นเหตุให้ที่บุคคลที่ร่วมกันกระทำต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการชดเชยกรณีกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลคนเดียว ซึ่งในเบื้องต้น ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ผ่านมาว่า แนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้วางแนวการวินิจฉัยการชดเชยกรณีกระทำชำเรา

รูปแบบดังกล่าวที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ในชั้นยกร่างของอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ จะเป็น “การโทรม” ได้ต่อเมื่อมีการร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะเป็นตัวการและมีการผลัดเปลี่ยนกันกระทำชำเราตั้งแต่สองคนขึ้นไป อย่างไรก็ตาม การเพิ่มเติมองค์ประกอบความผิดของ “การโทรม” ในส่วนหลัง ซึ่งแตกต่างจากความผิดฐานอื่นที่มีการกำหนดให้การร่วมกันกระทำโดยบุคคลหลายคนเป็นเหตุจรรยาจรรยา นั้น นำไปสู่ปัญหาที่ว่า เจตนารมณ์ที่แท้จริงของผู้ยกร่างที่มีต่อคำว่า “อันมีลักษณะเป็นการโทรม” เป็นเช่นไร โดยเฉพาะองค์ประกอบความผิดที่เป็น การผลัดเปลี่ยนกันกระทำชำเรานั้นถือเป็นข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำจำต้องรู้เสียก่อน จึงจะเป็นผลให้ต้องรับโทษหนักขึ้นหรือไม่ ทั้งนี้ จากการศึกษารายงานการประชุมของอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาที่ปรากฏในหัวข้อ 2.2.5.2 ประกอบกับตำราทางวิชาการเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดที่ปรากฏในหัวข้อ 2.2.3 นำมาสู่ข้อสรุปตามลำดับดังนี้

4.3.1 การคุ้มครองผู้เสียหายจากการถูกล่วงล้ำโดยผู้กระทำหลายคน

จากการศึกษารายงานการประชุมของอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา พบว่า ที่ประชุมได้ให้ความหมายของคำว่า “โทรมหญิง” ตามที่ปรากฏในพยานุกรมในช่วงเวลานั้นว่า หมายถึงกรณีที่หลายคนร่วมกันชำเราหญิง ดังนั้น เมื่อนำถ้อยคำดังกล่าวมาบัญญัติไว้เป็นความผิดในประมวลกฎหมายอาญา จึงสะท้อนให้เห็นถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมว่า เป็นไปเพื่อ “คุ้มครองผู้เสียหายจากการถูกล่วงล้ำมากกว่าหนึ่งครั้งโดยผู้กระทำหลายคน” มิใช่เพียงแค่ว่า “คุ้มครองผู้เสียหายจากกรณีที่การข่มขืนกระทำชำเราผู้กระทำหลายคน แต่มีผู้ล่วงล้ำเพียงคนเดียว” โดยหากผู้ยกร่างมีเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองผู้เสียหายในกรณีหลังแล้ว ก็คงจะบัญญัติถ้อยคำไปในทำนองที่ว่า “โดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป” เช่นเดียวกับเหตุจรรยาจรรยาที่เป็นกรร่วมกันกระทำโดยบุคคลหลายคนดังที่ปรากฏในความผิดฐานอื่น ๆ

จากเจตนารมณ์ที่แท้จริงข้างต้น นำมาสู่รูปแบบของข้อเท็จจริงที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม นั่นคือ ผู้กระทำสองคนร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะที่เป็นตัวการและผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายเป็นความผิดสำเร็จ โดยต่างได้ใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้เสียหาย อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาในหัวข้อ 2.2.6.2 พบว่า ศาลฎีกาได้วางแนวการวินิจฉัยความผิดฐานดังกล่าวให้รวมถึงกรณีที่ผู้กระทำคนหนึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายเป็นความผิดสำเร็จแล้ว ส่วนผู้กระทำคนที่สองยังอยู่ในชั้นพยายามข่มขืนกระทำชำเราด้วย โดยศาลฎีกาให้เหตุผลในการวินิจฉัยไว้ว่า

“...แม้พวกของจำเลยจะไม่สามารถสอดใส่อวัยวะเพศเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายได้ แต่ก็เป็นที่เห็นได้ว่า พวกของจำเลยได้ลงมือกระทำการข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายถึงขั้นพยายามแล้ว ดังนั้น การที่จำเลยกับพวกผลัดเปลี่ยนกันกระทำชำเราผู้เสียหายต่อเนื่องกัน จึงเป็นการรุมกันข่มขืนกระทำชำเราต่อผู้เสียหาย กรณีถือได้ว่าเป็นการร่วมกันกระทำชำเราผู้เสียหาย อันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง...”¹⁹

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ที่แท้จริงของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อันมีลักษณะเป็นการโทรม ประกอบกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับข้างต้น พบว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นยังคงเป็นการถูกล่วงล้ำเพียงหนึ่งครั้ง ซึ่งมีได้แตกต่างจากกรณีที่เป็นกรรรมกันข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะเป็นตุการณ์และมีผู้ข่มขืนกระทำชำเราเพียงคนเดียว ดังนั้น การวินิจฉัยให้การกระทำของจำเลยทั้งสองซึ่งยังมีได้มีการล่วงล้ำผู้เสียหายมากกว่าหนึ่งครั้งเป็นการข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม จึงน่าจะเป็นการตีความโดยขยายความที่ไม่ถูกต้อง เนื่องจากขัดต่อเจตนารมณ์ที่แท้จริงของความผิดฐานดังกล่าว โดยผู้เขียนเห็นว่า ควรตีความการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราให้หมายถึงเฉพาะกรณีที่ผู้กระทำสองคนต่างได้ผลัดกันข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดสำเร็จแล้วทั้งคู่ ซึ่งสอดคล้องกับแนวความเห็นของนายอัมพร ณ ตะกั่วทุ่ง อธิบดีรองประธานศาลฎีกา²⁰ อย่างไรก็ตาม ในส่วนของข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับข้างต้น ผู้กระทำทั้งสองต้องรับผิดชอบในตนนั้น ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ในหัวข้อย่อยถัดไป

4.3.2 การเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย

จากการศึกษารายงานการประชุมของอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา พบว่า ก่อนที่จะมาเป็นคำว่า “อันมีลักษณะเป็นการโทรม” ที่ปรากฏในบทบัญญัติความผิดฐานดังกล่าวจนถึงปัจจุบันนั้น ร่างแรกของบทบัญญัติที่มีการเสนอต่อที่ประชุมอนุกรรมการใช้คำว่า “การกระทำของบุคคลหลายคนเพื่อโทรมหญิง” ซึ่งที่ประชุมได้อภิปรายกันอย่างกว้างขวาง ทั้งที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วย โดยฝ่ายที่เห็นด้วยเห็นว่า ผู้กระทำได้กระทำด้วยเจตนาที่จะรุมกันกระทำชำเรา ส่วนฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยเห็นว่า ผู้กระทำมีเพียงเจตนากระทำชำเรา แต่ได้กระทำด้วยความสนุก และเรียกการกระทำนั้นว่า “การโทรม” ทั้งนี้ ความเห็นของฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยนั้นสอดคล้องกับงานวิจัยทางจิตวิทยาส่วนใหญ่ที่พบว่า การข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะดังกล่าวเป็นผลมาจากแรงจูงใจอื่นมากกว่าแรงจูงใจทางเพศ เช่น กระทำไปเพื่อสนองความต้องการทางสังคม จนในที่สุด ที่ประชุมจึงได้

¹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3007/2532 (เนติบัณฑิตยสภา) 2064.

²⁰ อัมพร ณ ตะกั่วทุ่ง, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3051/2525 (เนติบัณฑิตยสภา) 2203-2204.

ปรับถ้อยคำของบทบัญญัติตามฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยเป็น “บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปสมคบกันกระทำการซ้ำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมหนิง” ซึ่งคำว่า “อันมีลักษณะเป็นการโทรม” นั้น บัญญัติขึ้นเพื่อเป็นส่วนขยายในการอธิบายถึงการร่วมกันข่มขืนกระทำซ้ำเราในรูปแบบหนึ่งเท่านั้น โดยมีได้ประสงค์จะให้เจตนาของผู้กระทำคลุมไปถึงถ้อยคำดังกล่าว

ดังนั้น คำว่า “อันมีลักษณะเป็นการโทรม” จึงถือเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย กล่าวคือ ในเบื้องต้น ผู้กระทำแต่ละคนต้องรู้ว่า การกระทำของตนเป็นการข่มขืนกระทำซ้ำเรา ส่วนการผลัดเปลี่ยนกันลวงล้า นั้น ผู้กระทำแต่ละคนไม่จำเป็นต้องรู้ เพียงแต่หากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่า มีการผลัดเปลี่ยนกันลวงล้าระหว่างผู้กระทำในการร่วมกันข่มขืนกระทำซ้ำเรานั้น ก็เป็นเหตุให้ผู้กระทำแต่ละคนต้องรับโทษหนักขึ้นแล้ว ทั้งนี้ ถ้อยคำดังกล่าวเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่มีได้อาศัยผลของการกระทำ เนื่องจากการโทรมเป็นลักษณะของการข่มขืนกระทำซ้ำเรา มิใช่ผลที่เกิดจากการข่มขืนกระทำซ้ำเราดังเช่นกรณีที่เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายตามมาตรา 277 ทวิ ประกอบกับการบัญญัติให้การข่มขืนกระทำซ้ำเราในลักษณะดังกล่าวเป็นความผิดโดยชัดแจ้งนั้นเป็นนโยบายทางอาญาของรัฐที่ประสงค์จะป้องปรามการกระทำดังกล่าว ซึ่งในช่วงแรกของการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา การข่มขืนกระทำซ้ำเราในลักษณะดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแผ่นดินเท่านั้นตามมาตรา 281 จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2514 การข่มขืนกระทำซ้ำเราในลักษณะดังกล่าวถูกย้ายจากมาตรา 281 มาเป็นเหตุเพิ่มโทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราตามมาตรา 276 ด้วย ส่งผลให้กลายเป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการข่มขืนกระทำซ้ำเราในกรณีธรรมดา จึงอาจก่อให้เกิดการตีความว่า ผู้กระทำต้องรู้ถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวเสียก่อนจึงจะลงโทษที่หนักขึ้นได้ตามมาตรา 62 วรรคท้าย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เป็นการตีความที่ขัดต่อเจตนารมณ์แต่แรกของผู้ยกร่าง ประกอบกับหากกำหนดให้ผู้กระทำต้องรู้ถึงการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำซ้ำเราเสียก่อน จึงจะต้องรับโทษหนักขึ้น ย่อมเป็นผลให้ผู้เสียหายไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ด้วยเหตุนี้ จากทัศนะของผู้เขียนข้างต้น หากผู้กระทำทั้งสองได้ตกลงที่จะร่วมกันข่มขืนกระทำซ้ำเรา โดยผู้กระทำคนแรกได้ข่มขืนกระทำซ้ำเราผู้เสียหายแล้ว แต่ปรากฏว่าผู้กระทำคนที่สองไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงนั้นและได้ข่มขืนกระทำซ้ำเราต่อ ย่อมเป็นผลให้ผู้กระทำทั้งสองต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม เนื่องจากได้มีการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำซ้ำเราเกิดขึ้นแล้ว โดยไม่คำนึงว่าผู้กระทำคนที่สองจะรู้หรือไม่ก็ตาม

ทั้งนี้ เมื่อคำว่า “อันมีลักษณะเป็นการโทรม” เป็นข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย จึงนำมาสู่ผลทางกฎหมายประการหนึ่งที่ว่า ไม่มีการพยายามกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม เนื่องจากในกรณีที่ความผิดฐานใดมีข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย ผู้กระทำจะต้องรับผิดฐานนั้นต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงที่เป็น

เงื่อนไขปรากฏ หากข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขไม่ปรากฏ ย่อมถือว่าความผิดฐานนั้นมิได้เกิดขึ้นเลย ผู้กระทำจึงไม่ต้องรับผิดแม้กระทั่งการพยายามกระทำความผิดฐานดังกล่าวก็ตาม โดยในส่วนของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมนั้น ข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย คือ ต้องปรากฏว่า ผู้เสียหายถูกล่วงล้ำเป็นความผิดสำเร็จมากกว่าหนึ่งครั้งโดยผู้กระทำหลายคน หากไม่ปรากฏข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขดังกล่าว ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม แม้กระทั่งการพยายามกระทำความผิดฐานดังกล่าวก็ตาม เช่น กรณีที่ผู้กระทำคนแรกใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำเป็นความผิดสำเร็จ ส่วนผู้กระทำคนที่สองเพียงแต่ดูไถ่ยังมีได้ใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำ หรือไม่อาจล่วงล้ำได้ เนื่องจากอวัยวะเพศของตนมีขนาดใหญ่ ซึ่งถือว่ายังอยู่ในขั้นพยายามข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น ผู้กระทำทั้งสองต้องรับผิดในฐานะเป็นตัวการในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคแรก ประกอบมาตรา 83 เท่านั้น หรือกรณีผู้กระทำทั้งสองต่างได้กระทำถึงขั้นพยายามข่มขืนกระทำชำเรา โดยที่ยังไม่มีผู้กระทำคนใดได้ล่วงล้ำเป็นความผิดสำเร็จ ผู้กระทำทั้งสองต้องรับผิดในฐานะเป็นตัวการในการพยายามกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคแรก ประกอบมาตรา 80 และมาตรา 83 เท่านั้น

นอกจากนี้ เมื่อคำว่า “อันมีลักษณะเป็นการโทรม” เป็นข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย จึงนำมาสู่ผลทางกฎหมายอีกประการหนึ่งที่ว่า ข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นเหตุในลักษณะคดี โดยจัดอยู่ในเหตุอันควรเพิ่มโทษ กล่าวคือ เมื่อผู้กระทำตั้งแต่สองคนขึ้นไปได้ผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา อย่างน้อยคนละหนึ่งครั้งแล้ว ย่อมมีผลไปยังผู้ที่ร่วมกระทำความผิดนั้น คนอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน ให้ต้องรับผิดในฐานะเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมด้วย แล้วแต่กรณี มิใช่มีผลจำกัดเฉพาะผู้กระทำความผิดที่จะต้องรับผิดฐานดังกล่าว และย่อมเป็นผลให้ผู้ที่ร่วมกระทำความผิดคนอื่น ๆ ต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการร่วมกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกรณีธรรมดาตามมาตรา 276 วรรคแรก

4.4 ปัญหาความรับผิดรายบุคคลในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม

จากการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมในหัวข้อ 2.2.6.3 พบว่า กรณีที่ผู้กระทำคนที่สองได้กระทำถึงขั้นพยายามข่มขืนกระทำชำเรา

ผู้เสียหายแล้ว²¹ หากมีบุคคลที่สามขึ้นไปได้ร่วมกระทำความผิดด้วย โดยบุคคลนั้นยังมิได้กระทำถึงชั้นลงมือข่มขืนกระทำชำเรา ศาลฎีกาจะนำรูปแบบของการเป็นตัวการและการเป็นผู้สนับสนุนมาปรับใช้กับบุคคลที่สามขึ้นไปข้างต้น

ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ที่ศาลฎีกานำมาใช้ในการจำแนกระหว่างการเป็นตัวการและการเป็นผู้สนับสนุนของผู้กระทำคนที่สามที่มีได้ลงมือข่มขืนกระทำชำเรานั้น คือ การปรากฏตัวในที่เกิดเหตุ ในขณะที่มีการข่มขืนกระทำชำเราเกิดขึ้น โดยหากผู้กระทำคนที่สามได้ปรากฏตัวในที่เกิดเหตุและกระทำการใด ๆ ที่แสดงให้เห็นถึงการมีเจตนาร่วมกัน ผู้นั้นย่อมต้องรับผิดในฐานะตัวการ แต่หากมิได้ปรากฏตัวในที่เกิดเหตุในขณะที่มีการข่มขืนกระทำชำเรา แม้ผู้นั้นจะกระทำการใด ๆ ที่แสดงให้เห็นถึงการมีเจตนาร่วมกัน ก็ต้องรับผิดเพียงในฐานะเป็นผู้สนับสนุน อย่างไรก็ตาม หากมีการปรากฏตัวในที่เกิดเหตุข้างต้นจริง แต่มิได้กระทำการใด ๆ เลย เพียงแต่นั่งตมกวาง หรือยืนดูโดยมิได้ห้ามปรามหรือขัดขวาง ผู้นั้นก็ไม่ต้องรับผิดใด ๆ เลย แม้กระทั่งในฐานะผู้สนับสนุน²² ซึ่งสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของการเป็นผู้สนับสนุนที่ว่า การเพียงแต่อยู่ร่วมในเหตุการณ์โดยมิได้กระทำการใดนั้น ไม่ถึงขนาดเป็นการช่วยเหลือหรืออำนวยความสะดวกทางจิตใจให้แก่ผู้กระทำความผิด ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ในการจำแนกข้างต้นสามารถแสดงให้เห็นในรูปของตาราง ดังนี้

ตารางที่ 4.4 หลักเกณฑ์ในการจำแนกระหว่างการเป็นตัวการและการเป็นผู้สนับสนุนของผู้กระทำคนที่สามที่มีได้ลงมือข่มขืนกระทำชำเรา

ปรากฏตัวในที่เกิดเหตุขณะที่ข่มขืนกระทำชำเรา	กระทำการที่แสดงถึงเจตนาร่วมกัน	ความรับผิดของผู้กระทำ
/	/	ตัวการ
X	/	ผู้สนับสนุน
/	X	ไม่ต้องรับผิด

²¹ อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้วิเคราะห์ในหัวข้อที่ผ่านมา ผู้เขียนเห็นว่า จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมต่อเมื่อผู้กระทำสองคนต่างได้ผลักดันข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดสำเร็จแล้วทั้งคู่ มิใช่เพียงแค่ผู้กระทำคนที่สองกระทำถึงขั้นพยายามข่มขืนกระทำชำเรา

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2957/2541 (เนติบัณฑิตยสภา) 1552-1553.

ในส่วนของหลักเกณฑ์การเป็นตัวการของผู้กระทำคนที่สามตามกรณีที่ 1 นั้น ผู้เขียนพบว่า มีคำพิพากษาศาลฎีกาบางฉบับที่กำหนดให้การเป็นตัวการในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อันมีลักษณะเป็นการโทรมรวมไปถึงกรณีที่ผู้กระทำคนที่สามมิได้ปรากฏตัวในที่เกิดเหตุในขณะที่ผู้เสียหายถูกข่มขืนกระทำชำเรา แต่ได้กระทำการบางประการร่วมกับพวกของตนก่อนที่ผู้เสียหายจะถูกพวกของตนข่มขืนกระทำชำเรา นั่นคือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2957/2541 ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงว่า จำเลยอยู่ในที่เกิดเหตุและพูดห้ามมิให้ผู้เสียหายร้องในตอนแรกที่พวกของตนช่วยกันจับขา ปิดตา และถอดกางเกงของผู้เสียหายเท่านั้น โดยผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษานี้ด้วยเหตุผล 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก คำพิพากษานี้ขัดแย้งกับหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ (Proportionality of Punishment) ซึ่งกำหนดให้โทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงในการกระทำความผิดของผู้นั้น ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากหลักความได้สัดส่วนเชิงลำดับในส่วนที่ว่าด้วยความเท่าเทียมกัน (Parity) ซึ่งกำหนดให้ภายในประเภทของความผิดนั้นอาจมีระดับความร้ายแรงที่แตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับระดับของอันตรายที่เกิดขึ้นจากการกระทำและความน่าตำหนิของผู้กระทำ จะเห็นได้ว่า แม้จำเลยอาจมีเจตนาข่มขืนกระทำชำเราซึ่งเป็นความน่าตำหนิที่เทียบเท่ากับพวกของจำเลย แต่ในส่วนของอันตรายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของจำเลยนั้นยังคงห่างไกลจากความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับจากการถูกล่วงล้ำ เนื่องจากเป็นเพียงการพูดห้ามมิให้ผู้เสียหายร้องก่อนหน้าที่พวกของตนจะข่มขืนกระทำชำเรา จึงถือได้ว่า มีระดับความร้ายแรงที่น้อยกว่าการกระทำของพวกของจำเลย ดังนั้น การวินิจฉัยให้จำเลยต้องรับผิดถึงขั้นเป็นตัวการในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม จึงน่าจะไม่ต้องตามทฤษฎีความได้สัดส่วนในการลงโทษ และไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของความผิดฐานดังกล่าวที่ประสงค์จะคุ้มครองผู้เสียหายจากการถูกล่วงล้ำมากกว่าหนึ่งครั้ง เนื่องจากการกระทำของจำเลยในขณะนั้นยังห่างไกลจากความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับจากการถูกล่วงล้ำ

ประการที่สอง คำพิพากษานี้ขัดแย้งกับทฤษฎีนายเหนือการกระทำ ความผิด (Hegemony-Over-the Act-Theory) ซึ่งมุ่งเน้นพิจารณาว่า จำเลยผู้นั้นมีอำนาจที่จะทำให้การกระทำครบองค์ประกอบความผิดได้หรือไม่ หากจำเลยสามารถควบคุมหรือกำกับให้มีการกระทำ ความผิดตามเจตนาหรือตามที่มีการวางแผนกันได้ ย่อมต้องรับผิดในฐานะผู้กระทำความผิด แต่หากไม่อาจควบคุมหรือกำกับเช่นนั้นได้ ย่อมต้องรับผิดเพียงในฐานะผู้ร่วมกระทำความผิด²³ โดยจาก

²³ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, 'ผู้กระทำความผิดและการร่วมกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน' (2551) 3 ตุลาคม 192, 194-195.

ข้อเท็จจริงข้างต้น จะเห็นได้ว่า จำเลยได้ออกจากที่เกิดเหตุก่อนที่พวกของตนจะข่มขืนกระทำชำเรา ผู้เสียหาย จึงย่อมไม่สามารถควบคุมหรือกำกับการข่มขืนกระทำชำเราของพวกเขาของตนได้ ดังนั้น จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดในฐานะผู้กระทำความผิด คือ ผู้กระทำความผิดร่วมหรือตัวการ แต่การพูดห้ามมิให้ผู้เสียหายร้องนั้นถือเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกก่อนที่พวกของตนจะผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา จำเลยจึงต้องรับผิดในฐานะผู้ร่วมกระทำความผิด คือ ผู้สนับสนุนในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม นอกจากนี้ข้อเท็จจริงข้างต้นมิได้แตกต่างจากการพาผู้เสียหายมาอยู่ที่เกิดเหตุ โดยที่ผู้กระทำมิได้อยู่ร่วมในเหตุการณ์ขณะที่พวกของตนข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยให้ผู้กระทำการดังกล่าวต้องรับผิดในฐานะเป็นผู้สนับสนุนในความผิดฐานดังกล่าวเท่านั้น

4.5 เปรียบเทียบแนวการวินิจฉัยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมตามระบบกฎหมายต่างประเทศกับระบบกฎหมายไทย

จากการศึกษาแนวการวินิจฉัยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมในระบบกฎหมายอังกฤษ ระบบกฎหมายอเมริกัน (เฉพาะมลรัฐแคลิฟอร์เนีย) ระบบกฎหมายฝรั่งเศส และระบบกฎหมายเยอรมัน ผ่านตัวอย่างคำพิพากษาของศาลสูงทั้งสี่ประเทศดังที่ปรากฏในบทที่ 3 พบว่า มีแนวการวินิจฉัยที่แตกต่างจากระบบกฎหมายไทย โดยสามารถเปรียบเทียบได้ ดังนี้

4.5.1 ระบบกฎหมายอังกฤษ

พระราชบัญญัติความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 กำหนดให้เฉพาะการข่มขืนกระทำชำเราในกรณีธรรมดาเป็นความผิดตามมาตรา 1 โดยมีได้กำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมเป็นความผิดไว้ อย่างไรก็ตาม เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงในคดีว่า มีการข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะดังกล่าว ศาลสูงคดีอาญา (Crown Court) จะมีการนำบัญชีมาตรฐานโทษ (Sentencing Guideline) สำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามาใช้เป็นกรอบในการกำหนดโทษแก่ผู้ข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งจากการศึกษารายละเอียดของบัญชีมาตรฐานโทษดังกล่าว พบว่า บัญชีมาตรฐานโทษประกอบด้วยองค์ประกอบพื้นฐาน 2 ส่วน ได้แก่ ความเสียหายที่เกิดขึ้น (Harm) และความน่าตำหนิของผู้กระทำ (Culpability) โดยที่แต่ละองค์ประกอบจะมีการกำหนดรายละเอียดภายในไว้อย่างหลากหลาย เพื่อให้ครอบคลุมถึงรูปแบบที่เป็นไปได้ของการข่มขืนกระทำชำเรา และจำแนกเป็นประเภทตามระดับความรุนแรงและระดับความน่าตำหนิอย่างชัดเจน นอกจากนี้ ยัง

ประกอบด้วยองค์ประกอบเพิ่มเติม 2 ส่วน ได้แก่ เหตุเพิ่มโทษ (Aggravating Factors) และเหตุลดโทษ (Mitigating Factors) ซึ่งก็จะมีการกำหนดรายละเอียดไว้หลากหลายเช่นกัน

ทั้งนี้ เมื่อเลือกองค์ประกอบข้างต้นครบถ้วนแล้ว ย่อมนำมาสู่การกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด ซึ่งบัญญัติมาตรฐานโทษบัญญัติทั้งในส่วนของโทษเริ่มต้นที่เป็นผลจากการจับคู่องค์ประกอบพื้นฐานและในส่วนของระวางโทษที่สามารถลดลงหรือเพิ่มขึ้นได้ตามเหตุลดโทษหรือเหตุเพิ่มโทษที่ปรากฏในคดี จึงกล่าวได้ว่า บัญชีมาตรฐานโทษดังกล่าวมีลักษณะที่ยืดหยุ่นมากและเอื้อต่อการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาอย่างเต็มที่ โดยสามารถเลือกนำรายละเอียดบางประการมาปรับใช้ให้สอดคล้องกับลักษณะของการข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้น เพื่อนำไปสู่การกำหนดโทษให้ได้ สอดคล้องกับความร้ายแรงของการข่มขืนกระทำชำเรา

จากตัวอย่างของคดีที่ยกขึ้นศึกษา จำนวน 2 คดี พบว่า เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า มีการข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมม ศาลสูงคดีอาญาจะเลือกใช้รายละเอียดที่ปรากฏอยู่ในบัญชีมาตรฐานโทษตามความแตกต่างของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดี เช่น ในคดี Nouri & Anor [2012] ซึ่งมีการพาตัวผู้เสียหายมาข่มขืนโดยที่ผู้เสียหายอยู่ในสภาพมีเมมา ศาลสูงคดีอาญาเลือกใช้รายละเอียดที่เป็นกล่าวถึงการลักพาตัว หรือในคดี McMorris & Ors [2009] ซึ่งมีการโยนโซดาไฟใส่ผู้เสียหายจนเกิดอาการผิวหนังไหม้และใช้โทรศัพท์มือถือถีบับตีภาพ ศาลสูงคดีอาญาก็เลือกใช้รายละเอียดที่กล่าวถึงการก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายและจิตใจของผู้เสียหายอย่างร้ายแรง รวมทั้งการบันทึกภาพในขณะที่กระทำความผิด อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาในภาพรวมหากเป็นการข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมม ศาลสูงคดีอาญามักเลือกใช้รายละเอียดที่กล่าวถึงการประทุษร้ายต่อผู้เสียหายโดยตรงและเป็นเวลานาน ในฐานะความเสียหายประเภทที่ 2 ประกอบกับการร่วมกันกระทำความผิดมากกว่าหนึ่งคนขึ้นไป ในฐานะความน่าตำหนิประเภท A โดยไม่ต้องคำนึงว่า ผู้ที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดคนอื่นนั้นจะได้ลงมือข่มขืนกระทำชำเราเองหรือเพียงแต่ช่วยเหลือผู้อื่นในการข่มขืนกระทำชำเรา นั้น เนื่องจากระบบกฎหมายอังกฤษเลือกใช้ระบบผู้กระทำความผิดหนึ่งเดียว ซึ่งแม้ว่าจะยอมรับให้มีการแบ่งแยกระหว่างผู้ลงมือกระทำความผิด (Principal offender) และผู้ร่วมกระทำความผิด (Accessory) แต่ยังคงกำหนดให้ผู้ร่วมกระทำความผิดต้องรับโทษเสมือนเป็นผู้ลงมือกระทำความผิด²⁴

²⁴ Accessories And Abettors Act 1861 (แก้ไขเพิ่มเติมโดย Criminal Law Act 1977) มาตรา 8.

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การมีอยู่ของบัญญัติมาตรฐานโทษข้างต้นน่าจะเป็นเหตุผลหนึ่ง ที่แสดงให้เห็นถึงความไม่จำเป็นที่จะต้องบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหม เป็นความผิดไว้โดยชัดแจ้ง กล่าวคือ แม้จะมีได้บัญญัติการกระทำดังกล่าวไว้ แต่ระบบกฎหมายอังกฤษ ก็มีเครื่องมือสำคัญประการอื่นที่จะนำมาใช้ในการลงโทษผู้ข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะดังกล่าวได้ เป็นอย่างดี

นอกจากนี้ ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะ ดังกล่าว หากคณะลูกขุนไม่มั่นใจว่าจำเลยที่อยู่ในเหตุการณ์ได้กระทำการใดอย่างแน่ชัด หรือถึงขนาด ไม่มั่นใจว่าได้มีการกระทำทางกายภาพหรือไม่ แต่มั่นใจว่าจำเลยได้สนับสนุนให้ผู้กระทำอีกคนข่มขืน กระทำชำเรา ศาลอังกฤษจะนำหลักการเป็นตัวการมาปรับใช้กับจำเลยผู้นั้น โดยหลักการเป็นตัวการ ตามระบบกฎหมายอังกฤษต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ประการ ได้แก่ มีการตกลงร่วมกัน คาดหมาย ได้ว่าผู้กระทำความผิดมีความเสี่ยงที่จะกระทำความผิดเกินไปจากที่ตกลงกัน และโดยพื้นฐานแล้ว ความผิดอีกฐานหนึ่งที่เกิดขึ้นไม่แตกต่างกับความผิดที่ได้คาดหมายไว้

เมื่อเปรียบเทียบกับแนวการวินิจฉัยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะ เป็นการโหมตามระบบกฎหมายไทยแล้ว พบว่า ศาลไทยไม่สามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษได้ อย่างยืดหยุ่นและหลากหลายเช่นเดียวกับศาลอังกฤษ เนื่องจากถูกจำกัดให้วินิจฉัยความผิดฐาน ดังกล่าวตามองค์ประกอบความผิดที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ ศาลไทยสามารถใช้ดุลพินิจได้เพียงว่า การกระทำของจำเลยหลายคนนั้นเป็นการร่วมกันกระทำในลักษณะที่เป็นตัวการ หรือไม่ และในการร่วมกันนั้น จำเลยได้มีการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่ อย่างไรก็ตาม แม้ในทางปฏิบัติ ศาลไทยจะมีบัญญัติมาตรฐานโทษที่เรียกว่า “ยี่ตอก” เพื่อใช้ในการกำหนดโทษที่จะลง แก่ผู้กระทำความผิดฐานต่าง ๆ เช่นเดียวที่ปรากฏในศาลอังกฤษ แต่บัญญัติมาตรฐานโทษดังกล่าวมิได้ มีการเปิดเผยให้สาธารณชนทราบ²⁵ ดังนั้น ในชั้นนี้ ผู้เขียนจึงไม่สามารถเปรียบเทียบข้อเหมือนและ ข้อแตกต่างระหว่างบัญญัติมาตรฐานโทษของศาลไทยกับของศาลอังกฤษได้ และในการปรับใช้หลัก การเป็นตัวการในกรณีที่คณะลูกขุนไม่มั่นใจในการกระทำของจำเลยข้างต้นนั้น ผู้เขียนเห็นว่า น่าจะ เทียบเคียงได้กับการอยู่ในที่เกิดเหตุในลักษณะที่สามารถช่วยเหลือได้อย่างทันท่วงที ซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่ง ของการเป็นตัวการตามระบบกฎหมายไทย

²⁵ ปกป้อง ศรีสนิท, ‘การมีส่วนร่วมของประชาชนในระบบศาล : การจัดทำและการเปิดเผย ยี่ตอกในคดีอาญา’ (The 101.World, 20 พฤศจิกายน 2562) < <https://www.the101.world/sentencing-guideline-in-criminal-case/> > สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2564.

อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่า การมิได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมมโวยอย่างชัดแจ้ง แต่เลือกที่จะลงโทษการข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะดังกล่าวให้หนักขึ้นผ่านบัญชีมาตรฐานโทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น น่าจะไม่สอดคล้องกับหลักการตีตราอย่างเป็นธรรม (Fair labelling)²⁶ เนื่องจากการบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะดังกล่าวเป็นเหตุจรรยาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือแม้กระทั่งบัญญัติแยกเป็นความผิดอีกฐานหนึ่งอย่างชัดแจ้ง ย่อมแสดงให้เห็นถึงนัยสำคัญของการตีตราความร้ายแรงระหว่างการเป็นผู้ข่มขืนกระทำชำเราในกรณีธรรมดา (Rapist) กับการเป็นผู้ข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมม (Gang rapist) ได้มากกว่าที่จะกำหนดให้เป็นเพียงปัจจัยประการหนึ่งในบัญชีมาตรฐานโทษ และจะเป็นผลให้ผู้ข่มขืนกระทำชำเราในแต่ละกรณีถูกประณามจากสังคมในระดับที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ผู้ข่มขืนกระทำชำเราในกรณีหลังจะถูกประณามในระดับที่รุนแรงกว่าผู้ข่มขืนกระทำชำเราในกรณีแรก ดังเช่นที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทย²⁷

²⁶ เป็นหลักการที่เรียกร้องว่า ฝ่ายนิติบัญญัติต้องแบ่งแยกประเภทของความผิดและกำหนดระดับของการกระทำผิดนั้น เพื่อแสดงให้เห็นถึงการตีตราลักษณะและขนาดของการกระทำที่ผิดกฎหมายอย่างเป็นธรรม โดยเฉพาะการบัญญัติแยกการกระทำบางประการเป็นความผิดที่เป็นเอกเทศเพื่อดึงดูดความสนใจของผู้คนในสังคมให้ตระหนักถึงความผิดของการกระทำนั้นเป็นพิเศษ ซึ่งตัวอย่างของการตีตราที่ปรากฏในระบบกฎหมายอังกฤษ เช่น การกำหนดให้การทำร้ายเจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นความผิดแยกไว้โดยเฉพาะ หรือการกำหนดให้การกระทำที่มีมูลเหตุจูงใจจากชาติพันธุ์หรือศาสนาเป็นเหตุจรรยาที่ปรากฏเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดบางฐานโดยชัดแจ้ง แทนที่จะเป็นปัจจัยประการหนึ่งที่ถูกนำมาพิจารณาในชั้นของการกำหนดโทษเท่านั้น. Andrew Ashworth and Jeremy Horder, *Principles of Criminal Law* (7th edn, Oxford University Press 2013) 77 และ 79.

²⁷ พระราชบัญญัติความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 ได้จำแนกการกระทำที่เป็นการประทุษร้ายทางเพศไว้เป็น 3 ประเภทใหญ่ ๆ โดยเรียงลำดับตามความร้ายแรงจากน้อยไปมาก ดังนี้ ความผิดฐานกระทำอนาจาร (Sexual assault) ตามมาตรา 3 ความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ (Assault by penetration) ตามมาตรา 2 และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) ตามมาตรา 1

ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญาไทยในปัจจุบันได้จำแนกการกระทำที่เป็นการประทุษร้ายทางเพศไว้เป็น 4 ประเภทใหญ่ ๆ โดยเรียงลำดับตามความร้ายแรงจากน้อยไปมาก ดังนี้ ความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรคแรก ความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำตามมาตรา 278 วรรคสอง ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคแรก และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมมตามมาตรา 276 วรรคสาม.

4.5.2 ระบบกฎหมายอเมริกัน

Model Penal Code ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายต้นแบบมิได้บัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมเป็นความผิดอย่างชัดแจ้ง คงบัญญัติเฉพาะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกรณีธรรมดาไว้ในมาตรา 213.1 แต่เมื่อพิจารณากฎหมายระดับมลรัฐ พบว่า มีมลรัฐบางมลรัฐที่กำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะดังกล่าวเป็นความผิดโดยชัดแจ้ง ซึ่งกฎหมายระดับมลรัฐที่ผู้เขียนยกขึ้นศึกษา คือ ประมวลกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนีย โดยการข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคนปรากฏเป็นความผิดในมาตรา 264.1 ซึ่งกำหนดให้การร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราตาม 261 อันเป็นการข่มขืนกระทำชำเราผู้ที่มีใช้คู่สมรสของตน หรือตามมาตรา 262 อันเป็นการข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสของตน ไม่ว่าผู้ใดจะได้ “กระทำชำเราด้วยตนเองหรือเพียงแต่ยุยงส่งเสริมให้ผู้อื่นกระทำชำเรา” ก็เป็นเหตุให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกระทำทุกคน (รวมถึงตัวผู้หนึ่งเอง) ต้องรับโทษที่หนักขึ้นกว่าการข่มขืนกระทำชำเราในกรณีธรรมดาแล้ว

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติข้างต้นสอดคล้องกับบทบัญญัติตามมาตรา 31 แห่งประมวลกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนีย ซึ่งได้กำหนดให้ทุกคนที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดร้ายแรง (Felony) หรือความผิดไม่ร้ายแรง (Misdemeanor)²⁸ ไม่ว่าจะได้กระทำความผิดนั้นโดยตรงหรือยุยงส่งเสริมการกระทำความผิดนั้น ย่อมถือเป็นผู้กระทำความผิด (Principals) และสอดคล้องกับระบบผู้กระทำความผิดหนึ่งเดียวที่ระบบกฎหมายอเมริกันเลือกใช้ ซึ่งแม้จะยอมรับการแบ่งแยกระหว่างผู้กระทำความผิด (Perpetrators) และผู้ร่วมกระทำความผิด (Accomplices) แต่ก็ยังกำหนดให้ผู้ร่วมกระทำความผิดอาจถูกพิพากษาได้ แม้ผู้กระทำความผิดจะยังมีได้ถูกฟ้องร้อง หรือมิได้ถูกพิพากษา หรือถูกพิพากษาในความผิดหรือระดับของความผิดที่แตกต่างจากผู้ร่วมกระทำ ความผิด หรือได้รับความคุ้มกันที่จะไม่ถูกฟ้องร้องหรือถูกพิพากษา หรือถูกพิพากษาให้พ้นจากความรับผิดแล้วก็ตาม²⁹

อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนียกำหนดให้ความผิดตามมาตรา 264.1 จำกัดเฉพาะกรณีที่เป็นกรร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราซึ่งได้ใช้กำลังหรือความรุนแรง และเฉพาะผู้ยุยงส่งเสริมผู้กระทำความผิดที่ปรากฏตัวในที่เกิดเหตุเท่านั้น ไม่ว่าในที่เกิดเหตุโดยรอบหรือในที่เกิดเหตุเฉพาะเจาะจง ต้องรับผิดตามมาตราดังกล่าว

²⁸ Model Penal Code มาตรา 1.04 (1) แบ่งประเภทของความผิดอาญา (crime) ออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ ความผิดร้ายแรง (felony) ความผิดไม่ร้ายแรง (misdemeanor) และความผิดลหุโทษ (petty misdemeanor).

²⁹ Model Penal Code มาตรา 2.06 (7).

ทั้งนี้ ศาลสูงแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้วางแนวการวินิจฉัยมาตรา 264.1 ว่า เพียงมีผู้กระทำความผิดหลายคน โดยผู้กระทำคนหนึ่งลงมือข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย ในขณะที่ผู้กระทำคนอื่น ๆ ปรากฏตัวในที่เกิดเหตุและทำหน้าที่สนับสนุนให้การข่มขืนกระทำชำเราเป็นไปอย่างสะดวกไม่ว่าจะโดยทางตรง เช่น คอยจับแขนขาของผู้เสียหาย หรือโดยทางอ้อม เช่น ใช้ปืนข่มขู่สมาชิกในครอบครัวของผู้เสียหาย ก็ถือเป็นการร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 264.1 แล้ว โดยไม่จำเป็นต้องมีการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา อย่างไรก็ตาม ศาลสูงแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียเห็นว่า มาตราดังกล่าวมิใช่เหตุจรรยาของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่เป็นความผิดอีกฐานที่มีโทษหนักกว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ดังจะเห็นได้จากการใช้ถ้อยคำในส่วนของข้อกำหนดโทษซึ่งแตกต่างจากมาตราอื่นที่เป็นเหตุจรรยา

เมื่อเปรียบเทียบกับแนวการวินิจฉัยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมตามระบบกฎหมายไทย พบว่า มีทั้งข้อที่เหมือนกันและข้อที่แตกต่างกัน ดังนี้

ข้อที่เหมือนกัน คือ ทั้งศาลสูงแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียและศาลฎีกาของไทยวางแนวการวินิจฉัยว่า ผู้ที่ต้องรับผิดชอบในความผิดฐานดังกล่าวอย่างน้อยต้องปรากฏตัวในที่เกิดเหตุ ซึ่งอาจเป็นการปรากฏตัวบริเวณโดยรอบก็ได้ ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดอยู่ในห้องที่เกิดเหตุ

ข้อที่แตกต่างกัน ประกอบด้วย 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก ประมวลกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนียกำหนดให้ลักษณะของการข่มขืนกระทำชำเราที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 264.1 นั้น จำกัดเฉพาะการข่มขืนกระทำชำเราที่มีการใช้กำลังหรือความรุนแรง ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญาไทย มาตรา 276 วรรคสาม มิได้จำกัดลักษณะของการข่มขืนกระทำชำเราที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมไว้โดยเฉพาะ กล่าวคือ ไม่ว่าจะเป็นการใช้กำลังประทุษร้าย การขู่เข็ญ การทำให้ผู้ถูกระทำอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือการทำให้ผู้ถูกระทำเข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่น ก็สามารถนำไปสู่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมได้

ประการที่สอง ศาลสูงแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียวางแนวการวินิจฉัยว่า เพียงแต่เป็นการกระทำโดยบุคคลหลายคน ก็เป็นความผิดตามมาตรา 264.1 แล้ว โดยไม่จำเป็นต้องถึงขั้นเป็นตัวการหรือได้ผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราแต่อย่างใด ในขณะที่ศาลฎีกาไทยวางแนวการวินิจฉัยว่า นอกจากจะเป็นการกระทำโดยบุคคลหลายคนแล้ว ยังต้องประกอบด้วยกรกระทำอีก 2 ส่วน ได้แก่ ต้องเป็นการร่วมกันกระทำในลักษณะเป็นตัวการและต้องมีการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา จึงจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม

4.5.3 ระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 222-24 6° กำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ทั้งในฐานะผู้กระทำความผิดด้วยกันหรือมีผู้ร่วมกระทำความผิด เป็นเหตุฉกรรจ์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 222-23

ทั้งนี้ ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาได้วางแนวการวินิจฉัยมาตรา 222-24 6° ว่า โดยหลักต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำแต่ละคนมีส่วนร่วมกระทำความผิดในเวลาและสถานที่เดียวกัน เว้นแต่จะได้กระทำต่างเวลาและต่างสถานที่อันเป็นผลมาจากการที่ได้ตกลงกันล่วงหน้า ซึ่งสอดคล้องกับข้อยกเว้นของ “การลงมือกระทำโดยพร้อมเพรียงกัน” อันเป็นหลักเกณฑ์สำคัญประการหนึ่งของการเป็นตัวการ โดยที่บุคคลแรกต้องเป็นผู้ลงมือกระทำความผิด ส่วนบุคคลที่สองจะเป็นตัวการหรือเป็นผู้ร่วมกระทำความผิด ก็ล้วนเป็นเหตุให้ผู้ที่มีส่วนร่วมในการกระทำทุกคนต้องรับโทษหนักขึ้นแล้ว สอดคล้องกับระบบผู้กระทำความผิดหนึ่งเดียวที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสเลือกใช้ ซึ่งแม้จะยอมรับการแบ่งแยกระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้ร่วมกระทำความผิด แต่ก็ยังกำหนดให้ผู้ร่วมกระทำความผิดต้องรับโทษเสมือนเป็นผู้กระทำความผิด³⁰ และคล้ายคลึงกับแนวการวินิจฉัยการข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคนตามประมวลกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนีย มาตรา 264.1 อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่าไม่มีการกระทำร่วมกันหรือการยุยงส่งเสริมกันในระหว่างผู้กระทำความผิดด้วยกัน แม้จะมีการข่มขืนกระทำชำเราโดยต่อเนื่อง ก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 222-24 6°

เมื่อเปรียบเทียบกับแนวการวินิจฉัยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมตามระบบกฎหมายไทย พบว่า มีทั้งข้อที่เหมือนกันและข้อที่แตกต่างกัน ดังนี้

ข้อที่เหมือนกัน ประกอบด้วย 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก ทั้งศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของฝรั่งเศสและศาลฎีกาของไทยวางแนวการวินิจฉัยว่า ผู้ที่ต้องรับผิดในความผิดฐานดังกล่าวต้องได้ปรากฏตัวในเวลาและสถานที่เดียวกัน

ประการที่สอง แม้การข่มขืนกระทำชำเราจะได้กระทำโดยต่อเนื่อง แต่หากไม่มีพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำร่วมกัน ผู้กระทำแต่ละคนก็ไม่ต้องรับผิดในความผิดฐานดังกล่าวอันจะเป็นผลให้ต้องรับโทษหนักขึ้น

ข้อที่แตกต่างกัน ประกอบด้วย 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของฝรั่งเศสวางแนวการวินิจฉัยให้รวมถึงการร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราที่ได้เกิดขึ้นต่างเวลาและต่างสถานที่กันอันเป็นการตกลงกันล่วงหน้า

³⁰ ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส (Code pénal) มาตรา 121-6.

ด้วย ในขณะที่ศาลฎีกาของไทยไม่ปรากฏแนวการวินิจฉัยเกี่ยวกับการร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะดังกล่าว

ประการที่สอง ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของฝรั่งเศสวางแนวการวินิจฉัยว่า เพียงแต่เป็นการกระทำโดยบุคคลหลายคน โดยที่บุคคลที่สองอาจกระทำในฐานะผู้ร่วมกระทำ ความผิด ก็เป็นเหตุให้ผู้มีส่วนร่วมในการกระทำทุกคนต้องรับโทษหนักขึ้นแล้ว ในขณะที่ศาลฎีกาของ ไทยวางแนวการวินิจฉัยว่า นอกจากจะเป็นการกระทำโดยบุคคลหลายคนแล้ว ยังต้องประกอบด้วยการกระทำอีก 2 ส่วน ได้แก่ ต้องเป็นการร่วมกันกระทำในลักษณะเป็นตัวการและต้องมีการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา จึงจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม

4.5.4 ระบบกฎหมายเยอรมัน

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันกำหนดให้ทั้งการข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งปรากฏ ในมาตรา 177(6) ข้อ 1 ในฐานะรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางเพศ และการร่วมกันกระทำทางเพศ ไม่ว่าจะในรูปแบบใดโดยบุคคลหลายคน ซึ่งปรากฏในมาตรา 177(6) ในข้อ 2 เป็นการกระทำทางเพศ ที่ร้ายแรงเป็นพิเศษในระดับเดียวกัน อันเป็นผลให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการกระทำทางเพศ ในกรณีธรรมดาตามมาตรา 177(1) และมาตรา 177(2)

ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐได้วางแนวการวินิจฉัยมาตรา 177(6) ข้อ 2 ไว้ว่า การร่วมกันกระทำทางเพศข้างต้นต้องเป็นการร่วมกันกระทำในลักษณะเป็นตัวการ โดยผู้ร่วมกระทำ ทุกคนไม่จำเป็นต้องได้กระทำชำเราผู้เสียหายหรือได้ให้ผู้เสียหายกระทำเช่นนั้นกับตน จึงเท่ากับว่ามีได้ คำนี้ถึงการผลัดเปลี่ยนกันกระทำชำเรา โดยการกระทำในลักษณะเป็นตัวการนั้นต้องพิจารณาจาก หลักเกณฑ์สำคัญ 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก ต้องมีการวางแผนร่วมกัน และประการที่สอง ต่างคน ต่างมีส่วนร่วมในการกระทำที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งคำว่า “การกระทำที่เป็นสาระสำคัญ” นั้น สามารถพิจารณาได้จากเงื่อนไขย่อย 3 ประการ ได้แก่ ระดับผลประโยชน์ที่ผู้กระทำได้รับจากผลสำเร็จของ ความผิด ความซับซ้อนของการมีส่วนร่วมในการกระทำ ความผิด และอำนาจเหนือการกระทำ ความผิด

เมื่อเปรียบเทียบกับแนวการวินิจฉัยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะ เป็นการโทรมตามระบบกฎหมายไทย พบว่า แม้ศาลยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐและศาลฎีกาของไทย จะวางแนวการวินิจฉัยที่เหมือนกัน คือ ต้องเป็นการร่วมกันกระทำในลักษณะที่เป็นตัวการ อันเป็นผล มาจากการที่ระบบกฎหมายทั้งสองเลือกใช้ระบบผู้ร่วมกระทำ ความผิด ซึ่งได้จำแนกผู้มีส่วนร่วมใน การกระทำ ความผิดออกเป็นผู้กระทำ ความผิดและผู้ร่วมกระทำ ความผิดอย่างชัดเจน รวมทั้งมี

การกำหนดโทษให้ลดหลั่นตามรูปแบบที่ได้แบ่งแยกไว้³¹ แต่ก็ยังมีข้อที่แตกต่างกันตรงที่ศาลฎีกาของ ไทยได้เพิ่มเติมแนวการวินิจฉัยว่า ต้องประกอบด้วยการกระทำอีกส่วน คือ ต้องมีการผลัดเปลี่ยนกัน ช่มชืดกระทำซ้ำเราด้วย จึงจะเป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบช่มชืดกระทำซ้ำเราอันมีลักษณะเป็น การโทรม

ทั้งนี้ ผลการเปรียบเทียบแนวการวินิจฉัยความผิดฐานช่มชืดกระทำซ้ำเราอันมีลักษณะ เป็นการโทรมระหว่างระบบกฎหมายอังกฤษ ระบบกฎหมายอเมริกัน (เฉพาะมลรัฐแคลิฟอร์เนีย) ระบบกฎหมายฝรั่งเศส และระบบกฎหมายเยอรมัน กับระบบกฎหมายไทยนั้น สามารถแสดงให้เห็น ในรูปของตารางได้ ดังนี้

ตารางที่ 4.5 เปรียบเทียบแนวการวินิจฉัยความผิดฐานช่มชืดกระทำซ้ำเราอันมีลักษณะ เป็นการโทรมตามระบบต่างประเทศกับระบบกฎหมายไทย

ระบบกฎหมาย	แนวการวินิจฉัย		
	ร่วมกันกระทำ โดยบุคคลหลายคน	ร่วมกันกระทำใน ลักษณะที่เป็นตัวการ	ผลัดเปลี่ยนกัน ช่มชืดกระทำซ้ำเรา
อังกฤษ	/	X	X
อเมริกัน (เฉพาะมลรัฐ แคลิฟอร์เนีย)			
ฝรั่งเศส			
เยอรมัน	/	/	X
ไทย	/	/	/

จากตารางผลการเปรียบเทียบข้างต้น จะเห็นได้ว่า ระบบกฎหมายไทยมีแนวการวินิจฉัย ความผิดฐานดังกล่าวที่เคร่งครัดที่สุด กล่าวคือ นอกจากจะเป็นการกระทำโดยบุคคลหลายคนแล้ว ต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้กระทำได้ผลัดเปลี่ยนกันช่มชืดกระทำซ้ำเราด้วย จึงจะเป็นเหตุให้ผู้ร่วม

³¹ ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (Strafgesetzbuch) มาตรา 27(2).

กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการข่มขืนกระทำชำเราในกรณีธรรมดา ซึ่งข้อเท็จจริงส่วนหลังนี้ถือเป็นองค์ประกอบความผิดที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทยเท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ความผิดฐานดังกล่าวเป็นความผิดของไทยโดยแท้ ส่วนที่ปรากฏในระบบกฎหมายต่างประเทศนั้น เป็นเพียงการนำรูปแบบความรับผิดของผู้กระทำความผิดหลายคนมาปรับใช้หรือบัญญัติแทรกไว้ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพื่อให้ผู้ที่ร่วมกระทำต้องรับโทษหนักขึ้น โดยไม่ต้องถึงขนาดมีการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้น จึงควรเรียกความผิดทำนองดังกล่าวที่ปรากฏในระบบกฎหมายต่างประเทศว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคน

อนึ่ง เมื่อพิจารณาระวางโทษจำคุกขั้นต่ำของการข่มขืนในลักษณะดังกล่าวที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับที่ปรากฏในระบบกฎหมายต่างประเทศที่ยกขึ้นศึกษา พบว่า ระบบกฎหมายไทยกำหนดระวางโทษจำคุกขั้นต่ำของการข่มขืนกระทำชำเราในกรณีธรรมดาและในกรณีที่มีลักษณะเป็นการโทรมค่อนข้างแตกต่างกันมาก กล่าวคือ จำคุกตั้งแต่ 4 ปี สำหรับการข่มขืนกระทำชำเราในส่วนแรก และจำคุกตั้งแต่ 15 ปี สำหรับการข่มขืนกระทำชำเราในส่วนหลัง ในขณะที่ระบบกฎหมายต่างประเทศที่ยกขึ้นศึกษาส่วนใหญ่กำหนดระวางโทษจำคุกสำหรับการข่มขืนกระทำชำเราทั้งสองลักษณะไว้ต่างกันเล็กน้อย เช่น ระบบกฎหมายอเมริกัน (เฉพาะมลรัฐแคลิฟอร์เนีย) กำหนดโทษจำคุก 3 ปี, 6 ปี หรือ 8 ปี สำหรับการข่มขืนกระทำชำเราในกรณีธรรมดา และโทษจำคุก 5 ปี, 7 ปี หรือ 9 ปี สำหรับการข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคน ระบบกฎหมายฝรั่งเศสกำหนดโทษจำคุก 15 ปี สำหรับการข่มขืนกระทำชำเราในส่วนแรก และจำคุก 20 ปี สำหรับการข่มขืนกระทำชำเราในส่วนหลัง แต่ระบบกฎหมายเยอรมันกำหนดระวางโทษจำคุกขั้นต่ำสำหรับการข่มขืนกระทำชำเราในกรณีธรรมดาและการกระทำทางเพศที่มีการร่วมกันกระทำโดยบุคคลหลายคนไว้เท่ากัน คือ อย่างน้อย 2 ปี จากการเปรียบเทียบความแตกต่างของการกำหนดระวางโทษจำคุกข้างต้น จึงอาจเป็นเหตุผลที่สนับสนุนการมีอยู่ขององค์ประกอบความผิดในส่วนของการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราในระบบกฎหมายไทย ซึ่งนำไปสู่แนวการวินิจฉัยที่เคร่งครัดที่สุด เนื่องจากจะเป็นผลให้ผู้กระทำต้องรับโทษจำคุกขั้นต่ำหนักขึ้นกว่าการข่มขืนกระทำชำเราในกรณีธรรมดาหลายเท่า ต่างจากในระบบกฎหมายต่างประเทศที่ผู้กระทำต้องรับโทษจำคุกหนักขึ้นกว่าการข่มขืนกระทำชำเราในกรณีธรรมดาเพียงเล็กน้อย ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องมีแนวการวินิจฉัยที่เคร่งครัดถึงขนาดต้องผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราแต่อย่างใด

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การกำหนดให้การร่วมกันกระทำความผิดโดยบุคคลหลายคนเป็นเหตุจรรยาบรรณนั้นปรากฏอยู่ในความผิดเพียงบางฐาน ได้แก่ ความผิดต่อเจ้าพนักงานตามมาตรา 140 ความผิดฐานเจ้าพนักงานละทิ้งงานตามมาตรา 166 ความผิดฐานหลบหนีระหว่างถูกคุมขังตามมาตรา 190 ความผิดต่อเสรีภาพตามมาตรา 309 ความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 335 และความผิดฐานบุกรุกตามมาตรา 365 โดยใช้ถ้อยคำเป็นไปในแนวทางเดียวกันว่า “โดยรวมกระทำความผิดด้วยกันตั้งแต่...คนขึ้นไป” ซึ่งหมายถึงเพียงผู้กระทำแต่ละคนได้ร่วมกันกระทำในลักษณะเป็นตัวการ ก็เป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการกระทำโดยบุคคลคนเดียวแล้ว อย่างไรก็ตาม ในส่วนของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากลับมีการเพิ่มเติมคำว่า “อันมีลักษณะเป็นการโทรม” ต่อท้ายคำว่า “โดยรวมกันกระทำความผิดด้วยกัน” อีกด้วย ซึ่งจะแตกต่างจากที่ปรากฏในเหตุจรรยาบรรณของความผิดฐานอื่น ๆ ดังนั้น จึงนำมาสู่ปัญหาที่ว่า เจตนารมณ์ที่แท้จริงและองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมในระบอบกฎหมายไทยมีรายละเอียดเป็นเช่นไร ซึ่งจะนำไปสู่รูปแบบที่เป็นไปได้ของความผิดฐานดังกล่าวรวมทั้งหลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดรายบุคคลของผู้กระทำความผิดฐานดังกล่าวมีอะไรบ้าง

จากการศึกษาวิวัฒนาการของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมที่ปรากฏในระบอบกฎหมายไทย พบว่า ความผิดฐานดังกล่าวได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายตราสามดวง พระอัยการลักษณะฝ่าฝืน มาตรา 90 ในฐานะเป็นเหตุจรรยาบรรณของการข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งนอกจากจะถูกปรับใหม่อันเป็นการชดเชยค่าเสียหายให้แก่บิดาหรือสามีของหญิงผู้เสียหายตามบรรดาศักดิ์เป็นสองเท่าแล้ว ชายผู้ลงมือกระทำยังต้องถูกเขียนด้วยลวดหนังกนละ 60 ครั้งด้วย จึงถือได้ว่า การข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะดังกล่าวเป็นความผิดทางแพ่งปนอาญา จากนั้น ความผิดฐานดังกล่าวได้รับการบัญญัติอีกครั้งในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งตามรายงานการประชุมของอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ที่ประชุมอนุกรรมการฯ มีมติให้ใช้ถ้อยคำว่า “บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปสมคบกันกระทำการชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง” โดยในส่วนของคำว่า “โทรมหญิง” นั้นที่ประชุมอนุกรรมการฯ ได้ให้ความหมายตามที่ปรากฏในพยานุกรมในช่วงเวลาขณะนั้นว่า หมายถึงกรณีที่หลายคนรุมกันชำเราหญิง จึงสะท้อนให้เห็นว่า เจตนารมณ์ที่แท้จริงของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมเป็นไปเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายจากการถูกล่วงล้ำมากกว่าหนึ่งครั้งโดยผู้กระทำหลายคน ดังนั้น กรณีที่จะเป็นความผิดฐานดังกล่าวต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่า

ผู้กระทำสองคนได้ร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราและผลัดเปลี่ยนกันใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้เสียหาย อันเป็นความผิดสำเร็จ

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกา พบว่า ศาลฎีกาวางแนวการวินิจฉัยความผิดฐานดังกล่าวให้รวมถึงกรณีที่ผู้กระทำคนที่หนึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายเป็นความผิดสำเร็จ ส่วนผู้กระทำคนที่สองยังอยู่ในขั้นพยายามข่มขืนกระทำชำเราด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า น่าจะเป็นการตีความโดยขยายความที่ไม่ถูกต้อง เนื่องจากขัดต่อเจตนารมณ์ที่แท้จริงของความผิดฐานดังกล่าว กล่าวคือ การกระทำของจำเลยทั้งสองยังมิได้ล่วงล้ำผู้เสียหายมากกว่าหนึ่งครั้งแต่อย่างใด นอกจากนี้ ในส่วนของคำว่า “อันมีลักษณะเป็นการโทรม” นั้น ที่ประชุมอนุกรรมการฯ บัญญัติขึ้นในฐานะเป็นส่วนขยายสำหรับใช้อธิบายถึงการร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราในรูปแบบหนึ่ง โดยประสงค์เพียงให้ผู้กระทำต้องมีเจตนาข่มขืนกระทำชำเรา ไม่จำเป็นต้องมีเจตนาคลุมไปถึงถ้อยคำดังกล่าว ดังนั้น คำว่า “อันมีลักษณะเป็นการโทรม” จึงถือเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ได้อาศัยผลของการกระทำ โดยที่ผู้กระทำแต่ละคนไม่จำเป็นต้องรู้ เพียงแต่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า มีการผลัดเปลี่ยนกันล่วงล้ำระหว่างผู้กระทำในการร่วมกันข่มขืนกระทำชำเรา นั้น ก็เป็นเหตุให้ผู้กระทำแต่ละคนต้องรับโทษหนักขึ้นแล้ว ดังนั้น หากผู้กระทำทั้งสองตกลงร่วมกันข่มขืนกระทำชำเรา โดยผู้กระทำคนแรกได้ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายแล้ว แต่ผู้กระทำคนที่สองไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงนั้น และได้ข่มขืนกระทำชำเราต่อ ย่อมเป็นผลให้ผู้กระทำทั้งสองต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม เนื่องจากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่า ได้ผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราแล้ว โดยไม่คำนึงว่าผู้กระทำคนที่สองจะรู้หรือไม่ก็ตาม และจากการเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยข้างต้น จึงนำมาสู่ผลทางกฎหมายที่ว่า ไม่มีการพยายามกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม เนื่องจากหากไม่ปรากฏข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขว่า ผู้เสียหายได้ถูกล่วงล้ำเป็นความผิดสำเร็จมากกว่าหนึ่งครั้งโดยผู้กระทำหลายคน ย่อมถือว่าความผิดฐานดังกล่าวมิได้เกิดขึ้น ผู้กระทำจึงไม่ต้องรับผิดแม้กระทั้งการพยายามกระทำผิดฐานนั้น ดังนั้น กรณีที่ผู้กระทำคนแรกใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำเป็นความผิดสำเร็จ ส่วนผู้กระทำคนที่สองยังอยู่ในขั้นพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ผู้กระทำทั้งสองจึงต้องรับผิดในฐานะเป็นตัวการในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคแรก ประกอบมาตรา 83 เท่านั้น หรือกรณีที่ผู้กระทำทั้งสองต่างได้กระทำถึงขั้นพยายามข่มขืนกระทำชำเรา โดยที่ยังไม่มีผู้กระทำคนใดได้ล่วงล้ำเป็นความผิดสำเร็จ ผู้กระทำทั้งสองจึงต้องรับผิดในฐานะเป็นตัวการในการพยายามกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคแรก ประกอบมาตรา 80 และมาตรา 83

นอกจากนี้ จากการเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยข้างต้น จึงนำมาสู่ผลทางกฎหมายอีกประการหนึ่งที่ว่า “อันมีลักษณะเป็นการโทรม” เป็นเหตุในลักษณะคดี ประเภทเหตุอันควรเพิ่มโทษ โดยเมื่อผู้กระทำตั้งแต่สองคนขึ้นไปได้ผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา อย่างน้อยคนละหนึ่งครั้งแล้ว ย่อมมีผลไปยังผู้ที่ร่วมกระทำผิดนั้นคนอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือ

ผู้สนับสนุน ให้ต้องรับผิดชอบในฐานะเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อันมีลักษณะเป็นการโทรมด้วย แล้วแต่กรณี และเป็นผลให้ผู้เข้าร่วมกระทำผิดคนอื่น ๆ ต้องรับโทษหนักขึ้น

ในส่วนขององค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมนั้น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1685/2503 ซึ่งเป็นคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับแรกที่ให้นิยามของคำว่า “อันมีลักษณะเป็นการโทรม” ว่า ต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำสองคนได้ร่วมกัน “ผลัดกันกระทำชำเราผู้เสียหาย ต่อหน้าต่อตาตนเอง” จนกลายเป็นนิยามที่ศาลฎีกายึดถือจนถึงปัจจุบัน และสอดคล้องกับเจตนารมณ์ในชั้นของการยกร่างดั่งที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น จึงนำมาสู่ข้อสรุปที่ว่า องค์ประกอบความผิดฐานดังกล่าว ประกอบด้วยกรกระทำ 2 ส่วน ได้แก่

1. การร่วมกันข่มขืนกระทำในลักษณะที่เป็นตัวการ โดยอย่างน้อย ผู้กระทำแต่ละคน ต้องอยู่ในบริเวณที่เกิดเหตุเดียวกัน แต่ไม่ต้องถึงขนาดอยู่ในห้องเดียวกับพวกของตนที่กำลังข่มขืนกระทำชำเรา

2. การผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา โดยผู้กระทำตั้งแต่สองคนขึ้นไป อย่างน้อย คนละหนึ่งครั้ง ซึ่งต้องเป็นการกระทำโดยต่อเนื่อง อย่างไรก็ตาม หากผู้กระทำทั้งสองได้คบคิดกันมาล่วงหน้า แต่เมื่อผู้เสียหายยินยอมให้ผู้กระทำเพียงคนเดียวกระทำชำเรา ผู้กระทำทั้งสองก็ไม่ต้องรับผิดชอบฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม เนื่องจากไม่ปรากฏว่า มีการข่มขืนกระทำเราที่ผลัดเปลี่ยนกัน

ทั้งนี้ จากการแก้ไขนิยามของการกระทำชำเราในปี พ.ศ. 2562 ซึ่งกำหนดให้หมายถึง เฉพาะการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ส่งผลให้รูปแบบที่เป็นไปได้ในปัจจุบันของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม มีจำนวนทั้งสิ้น 17 รูปแบบ ซึ่งแบ่งเป็นการผลัดเปลี่ยนกันล่วงล้ำ ทั้งในอวัยวะช่องทางเดียวกันและอวัยวะคนละช่องทาง จำนวน 13 รูปแบบ และการล่วงล้ำพร้อมกัน จำนวน 4 รูปแบบ โดยรูปแบบที่เป็นไปได้ข้างต้นไม่รวมถึงการใช้อวัยวะเพศหญิงของผู้กระทำสวมอวัยวะเพศชายของผู้ถูกระทำ ซึ่งน่าจะเป็นการตีความคำว่า “ล่วงล้ำ” ที่เกินไปจากตัวอักษรและไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ตามที่ควรจะเป็นของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อนึ่ง การผลัดเปลี่ยนกันล่วงล้ำจะเกี่ยวข้องกับความต่อเนื่องทั้งในแง่ของสถานที่และเวลา โดยศาลฎีกาได้วางหลักเกณฑ์ในแง่ของสถานที่ว่า ผู้กระทำแต่ละคนต้องปรากฏตัวในหรือใกล้เคียงกับที่เกิดเหตุตลอดเวลาที่ผู้กระทำอีกคนข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งจะสอดคล้องกับเหตุผลโดยทั่วไปที่การปรากฏตัวดังกล่าวช่วยลดโอกาสที่ผู้เสียหายจะขัดขืนและนำไปสู่ภัยอันตรายที่รุนแรงมากขึ้น รวมทั้งสอดคล้องกับเหตุผลทางจิตวิทยาที่ว่า กระบวนการกลุ่ม (Group processes) เป็นปัจจัยสำคัญที่ก่อให้เกิดความผิดฐานดังกล่าว ส่วนในแง่ของเวลานั้น ศาลฎีกายังมิได้วางหลักเกณฑ์

ที่ชัดเจน จึงอาจเทียบเคียงได้จากกรณีที่บุคคลคนเดียวข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายหลายครั้ง แต่ถือเป็นการข่มขืนกระทำชำเราเพียงกรรมเดียว ซึ่งหลักเกณฑ์ที่ศาลฎีกานำมาใช้ คือ การพ้นจากภยันตรายในแต่ละครั้งของผู้เสียหาย ดังนั้น หากผู้กระทำทั้งสองได้ควบคุมหรือหน่วงเหนี่ยวผู้เสียหายตลอดระยะเวลาที่ทั้งสองข่มขืนกระทำชำเรา แม้ผู้เสียหายจะได้สวมเสื้อผ้าหรือพับพันร่างกาย ก็ยังถือว่าการข่มขืนกระทำชำเราของผู้กระทำทั้งสองมิได้ขาดตอน เนื่องจากผู้เสียหายยังมิได้พ้นจากภยันตรายที่เกิดขึ้น

ในส่วนของการกำหนดความรับผิดชอบบุคคล โดยเฉพาะกรณีที่มีผู้กระทำตั้งแต่สามคนขึ้นไปและผู้กระทำคนที่สองได้กระทำถึงขั้นพยายามข่มขืนกระทำชำเราแล้ว หากปรากฏว่าผู้กระทำคนที่สามขึ้นไปนั้นมิได้กระทำการถึงขั้นลงมือข่มขืนกระทำชำเรา ศาลฎีกาจะนำหลักการเป็นตัวการและการเป็นผู้สนับสนุนมาปรับใช้กับผู้กระทำคนที่สามขึ้นไปนั้น ซึ่งหลักเกณฑ์สำคัญที่ใช้จำแนกระหว่างการเป็นตัวการกับการเป็นผู้สนับสนุน คือ การปรากฏตัวในที่เกิดเหตุในขณะที่มีการข่มขืนกระทำชำเรา โดยในการเป็นตัวการนั้น นอกจากต้องปรากฏตัวในที่เกิดเหตุแล้ว ยังต้องได้กระทำการที่แสดงให้เห็นถึงการมีเจตนาช่วยกันด้วย เช่น การใช้กำลังประทุษร้ายร่วมด้วย การแบ่งหน้าที่กันทำ หรือการอยู่ในที่เกิดเหตุในลักษณะที่สามารถช่วยเหลือได้อย่างทันท่วงที และในการเป็นผู้สนับสนุนนั้น ต้องเป็นกรณีที่มีได้ปรากฏตัวในที่เกิดเหตุ และได้ร่วมกันวางแผนหรือกระทำการที่เป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่ผู้กระทำผิดก่อนหน้าที่พวกของตนจะข่มขืนกระทำชำเรา ทั้งนี้ หากเพียงปรากฏตัวในที่เกิดเหตุ โดยมิได้กระทำการที่แสดงให้เห็นถึงการมีเจตนาช่วยกัน ผู้นั้นไม่ต้องรับผิดชอบไม่ว่าจะในฐานะใดก็ตาม อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีมีข้อเท็จจริงว่า ผู้กระทำคนที่สามมิได้ปรากฏตัวในที่เกิดเหตุในขณะที่พวกของตนข่มขืนกระทำชำเรา แต่ได้พูดห้ามมิให้ผู้เสียหายร้องก่อนหน้าที่พวกของตนจะข่มขืนกระทำชำเรา โดยศาลฎีกาถือว่า ผู้กระทำคนที่สามข้างต้นเป็นตัวการในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมด้วย ซึ่งน่าจะไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ เนื่องจากอันตรายซึ่งเป็นผลมาจากการกระทำของผู้กระทำคนที่สามนั้นยังห่างไกลจากความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับจากการถูกล่วงล้ำ และไม่สอดคล้องกับ ทฤษฎีนายเหนือการกระทำผิด (Control-Over-the Act-Theory) เนื่องจากเมื่อผู้กระทำได้ออกจากที่เกิดเหตุแล้วก่อนที่พวกของตนจะข่มขืนกระทำชำเรา ผู้กระทำย่อมไม่อาจควบคุมหรือกำกับการข่มขืนกระทำชำเราของพวกของตนได้ แต่การกระทำดังกล่าวถือเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกก่อนที่พวกของตนจะผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้น จึงควรรับผิดชอบในฐานะเป็นผู้สนับสนุนมากกว่า

เมื่อพิจารณาแนวการวินิจฉัยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมในระบบกฎหมายอังกฤษ ระบบกฎหมายอเมริกัน (เฉพาะมลรัฐแคลิฟอร์เนีย) ระบบกฎหมายฝรั่งเศส และระบบกฎหมายเยอรมัน พบว่า มีแนวการวินิจฉัยที่แตกต่างจากระบบกฎหมายไทยทั้งสิ้น ซึ่งเป็น

ผลมาจากระบบการแบ่งแยกผู้กระทำความผิดหลายคนที่แต่ละประเทศเลือกใช้ เริ่มจากระบบกฎหมายอังกฤษ ซึ่งเลือกใช้ระบบผู้กระทำความผิดหนึ่งเดียว แม้ไม่ได้กำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราลักษณะดังกล่าวเป็นความผิด แต่เมื่อปรากฏว่ามีการข่มขืนกระทำชำเราลักษณะดังกล่าว ศาลสูงคดีอาญาจะนำบัญญัติมาตรฐานโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามาใช้กำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำ ซึ่งบัญญัติข้างต้นมีรายละเอียดที่ยืดหยุ่นมากและเอื้อต่อการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาที่จะนำรายละเอียดบางประการมาปรับใช้กับการข่มขืนกระทำชำเราลักษณะดังกล่าว เช่น รายละเอียดที่กล่าวถึงการประทุษร้ายต่อผู้เสียหายโดยต่อเนื่องและเป็นเวลานาน ซึ่งจัดอยู่ในความเสียหายรูปแบบหนึ่ง และรายละเอียดที่กล่าวถึงการร่วมกันกระทำความผิดมากกว่าหนึ่งคนขึ้นไป ซึ่งเป็นความน่าตำหนิรูปแบบหนึ่ง โดยไม่คำนึงว่าผู้ที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดคนอื่นนั้นจะได้ลงมือข่มขืนกระทำชำเราเองหรือเพียงแต่ช่วยเหลือผู้อื่น ส่วนระบบกฎหมายอเมริกัน (เฉพาะมลรัฐแคลิฟอร์เนีย) และระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งเลือกใช้ระบบผู้กระทำความผิดหนึ่งเดียวเช่นเดียวกัน กำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราลักษณะดังกล่าวเป็นความผิดไว้อย่างชัดเจนซึ่งผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการข่มขืนกระทำชำเราในกรณีธรรมดา ทั้งนี้ ระบบกฎหมายทั้งสองประเทศมีเนื้อหาของบทบัญญัติและแนวการวินิจฉัยของศาลสูงที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ เพียงแต่การร่วมกันข่มขืนกระทำชำเรานั้นมีผู้กระทำหลายคน โดยผู้ที่ร่วมกระทำไม่จำเป็นต้องได้กระทำถึงขั้นเป็นตัวการหรือได้ผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา ก็เป็นเหตุให้ผู้กระทำทุกคนต้องรับผิดฐานดังกล่าวแล้ว อย่างไรก็ตาม การร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราต้องตั้งอยู่บนหลักเกณฑ์ที่ว่า ผู้กระทำแต่ละคนปรากฏตัวในที่เกิดเหตุหรือใกล้เคียงกับบริเวณที่เกิดเหตุด้วย เว้นแต่ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่ให้รวมถึงกรณีที่เป็นกรร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราที่ได้เกิดขึ้นต่างเวลาและต่างสถานที่กันอันเป็นผลมาจากการตกลงกันล่วงหน้าด้วย ส่วนระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งเลือกใช้ระบบผู้ร่วมกระทำความผิดเช่นเดียวกับระบบกฎหมายไทย กำหนดให้การร่วมกันกระทำทางเพศไม่ว่ารูปแบบใดโดยบุคคลหลายคน เป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการกระทำทางเพศในกรณีธรรมดา ซึ่งการข่มขืนกระทำชำเราถือเป็นการกระทำทางเพศรูปแบบหนึ่งที่ร้ายแรงเป็นพิเศษ โดยศาลสูงได้วางแนวการวินิจฉัยว่า เพียงแต่ได้ร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะที่เป็นตัวการ โดยไม่จำเป็นต้องถึงขนาดผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา ก็เป็นเหตุให้ผู้กระทำที่เกี่ยวข้องต้องรับผิดฐานดังกล่าวแล้ว

ทั้งนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทย พบว่า ระบบกฎหมายไทยมีแนวการวินิจฉัยการข่มขืนลักษณะดังกล่าวที่เคร่งครัดที่สุด กล่าวคือ นอกจากจะเป็นการกระทำโดยบุคคลหลายคนแล้วยังต้องประกอบด้วยกรกระทำอีก 2 ส่วน ได้แก่ ต้องได้ร่วมกันกระทำในลักษณะที่เป็นตัวการ และต้องได้ผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งการกระทำในส่วนหลังนี้ปรากฏในระบบกฎหมายไทยเท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมเป็นความผิด

ของไทยโดยแท้ ส่วนในระบบกฎหมายต่างประเทศ เป็นเพียงการนำรูปแบบความรับผิดชอบของผู้กระทำ ความผิดหลายคนมาปรับใช้หรือบัญญัติแทรกไว้ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยไม่ต้องถึงขนาด มีการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้น จึงควรเรียกความผิดทำนองดังกล่าวในระบบกฎหมาย ต่างประเทศว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคน

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษารายงานการประชุมในชั้นการยกร่างของอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไข ประมวลกฎหมายอาญา วันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2485 นำมาสู่อุบัติเหตุที่ว่า เจตนากรรมของความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมเป็นไปเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายจากการถูกล่วงล้ำมากกว่า หนึ่งครั้ง มากกว่าเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายจากความรุนแรงหรืออันตรายทางเพศที่เกิดจากการกระทำ โดยบุคคลหลายคน ประกอบกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาซึ่งดำเนินตามกันมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2503 จนถึงปัจจุบันนั้นได้กำหนดให้อรรถประกอบความผิดฐานดังกล่าวต้องประกอบด้วยกระทำการ 2 ส่วน ได้แก่ ต้องเป็นการร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะที่เป็นตัวการและต้องมีการผลัดเปลี่ยนกัน ข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งนับเป็นแนวการวินิจฉัยที่เคร่งครัดที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับตัวอย่างของระบบ กฎหมายต่างประเทศที่ยกขึ้นศึกษา ได้แก่ ระบบกฎหมายอังกฤษ ระบบกฎหมายอเมริกัน (เฉพาะมลรัฐ แคลิฟอร์เนีย) ระบบกฎหมายฝรั่งเศส และระบบกฎหมายเยอรมัน

เมื่อพิจารณาการนำองค์ประกอบความผิดในส่วนของการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น พบว่า ศาลฎีกาตีความการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา อันเป็นความผิดสำเร็จให้รวมถึงกรณีที่ผู้กระทำคนหนึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จแล้ว ส่วน ผู้กระทำคนที่สองยังอยู่ในชั้นของการพยายามข่มขืนกระทำชำเราด้วย โดยให้เหตุผลว่า การที่ผู้กระทำ คนที่สองได้กระทำถึงขั้นพยายามข่มขืนกระทำชำเราย่อมแสดงให้เห็นถึงการผลัดเปลี่ยนโดยต่อเนื่องกัน ระหว่างพวกของผู้กระทำแล้ว ทั้งนี้ ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับแนวทางการตีความของศาลฎีกาดังกล่าว ด้วยเหตุผลที่ว่า น่าจะขัดต่อเจตนารมณ์ที่แท้จริงของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็น การโหมซึ่งมุ่งคุ้มครองผู้เสียหายจากถูกล่วงล้ำมากกว่าหนึ่งครั้งโดยผู้กระทำหลายคน โดยการ ผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราข้างต้นควรหมายถึงเฉพาะการผลัดเปลี่ยนกันในลักษณะที่ผู้กระทำ ตั้งแต่สองคนขึ้นไปได้ข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดสำเร็จแล้วทั้งคู่

ดังนั้น เพื่อลบล้างแนวการวินิจฉัยที่เป็นบรรทัดฐานของศาลฎีกาในส่วนที่ว่าด้วยการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราซึ่งมิได้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่แท้จริงของความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหม ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 276 วรรคสาม จากประโยคที่ว่า “โดยรวมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหนิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน” แก่ไขเป็น “โดยได้กระทำซ้ำเราด้วยกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป”

ทั้งนี้ การแก้ไขข้างต้นจะช่วยให้การตีความการร่วมกันกระทำที่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมหนิงนั้นเป็นไปอย่างชัดเจนและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่แท้จริง กล่าวคือ ต้องปรากฏข้อเท็จจริงเสียก่อนว่า ผู้กระทำความผิดตั้งแต่สองคนขึ้นไปได้ร่วมกันข่มขืนกระทำซ้ำเราถึงขั้นที่ผู้กระทำแต่ละคนใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้เสียหายแล้ว จึงจะเป็นผลให้ผู้กระทำความผิดตั้งแต่สองคนขึ้นไปนั้นต้องรับผิดฐานดังกล่าว รวมทั้งยอมเป็นที่ยุติว่า ไม่ครอบคลุมถึงการผลัดเปลี่ยนกัน ในลักษณะที่ผู้กระทำคนที่สองได้ใช้อวัยวะเพศจรดหรือถูไถที่อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้เสียหาย โดยยังมีได้ล่วงล้ำ ซึ่งเป็นเพียงการพยายามข่มขืนกระทำซ้ำเราเท่านั้น

นอกจากนี้ หากมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสาม ดังที่ได้ระบุไว้ข้างต้น ผู้เขียนยังเห็นว่า ศาลควรนำหลักการเป็นตัวการมาปรับใช้กับผู้กระทำคนที่สามที่ยังมิได้ข่มขืนกระทำซ้ำเราอันเป็นความผิดสำเร็จ ในกรณีที่ผู้กระทำสองคนแรกได้ข่มขืนกระทำซ้ำเราแล้วอย่างระมัดระวัง กล่าวคือ ไม่ควรนำหลักการเป็นตัวการมาปรับใช้กับผู้กระทำคนที่สาม หากการกระทำของผู้นั้นยังห่างไกลจากความเสียหายที่ผู้เสียหายจะได้รับจากการถูกล่วงล้ำ ดังเช่นที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2957/2541 ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า จำเลยอยู่ในที่เกิดเหตุและพุดห้ามมิให้ผู้เสียหายร้องในตอนแรกที่พวกของจำเลยช่วยกันจับขา ปิดตา และถอดกางเกงของผู้เสียหายเท่านั้น ก่อนที่พวกของจำเลยแต่ละคนจะข่มขืนกระทำซ้ำเราผู้เสียหายตามลำพัง โดยผู้เขียนเห็นว่า การกระทำของจำเลยเป็นเพียงการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกก่อนที่พวกของตนจะผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำซ้ำเราเท่านั้น ดังนั้น จำเลยจึงต้องรับผิดในฐานะเป็นผู้สนับสนุนในความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม

บรรณานุกรม

หนังสือ

ภาษาไทย

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 10, พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย) 2551).

— กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2 (พิมพ์ครั้งที่ 6, บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด 2557).

คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 (วิญญูชน 2561).

คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 11, วิญญูชน 2559).

— กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 6, วิญญูชน 2560).

จิตติ ติงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 10, จีรัชการพิมพ์ 2546).

— คำอธิบาย ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1 (พิมพ์ครั้งที่ 8, จีรัชการพิมพ์ 2548).

— คำอธิบาย ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และ 3 (พิมพ์ครั้งที่ 7, บริษัท ศูนย์การพิมพ์ เพชรรุ่ง จำกัด 2553)

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ (พิมพ์ครั้งที่ 17, วิญญูชน 2562).

— คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 20, วิญญูชน 2562)

— ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง (พิมพ์ครั้งที่ 42, วิญญูชน 2562)

— สังคมกับกฎหมาย (พิมพ์ครั้งที่ 6, วิญญูชน 2563).

ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 5, โรงพิมพ์ชวนพิมพ์ 2539).

ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง (วิญญูชน 2559).

พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรดิเรกฤทธิ, พระราชบัญญัติในปัตยุบัน เล่ม 1 (โรงพิมพ์กองลหุโทษ 2445)

พระเจ้าลูกยาเธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์, ว่าด้วยกฎหมาย พิมพ์เป็นอนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ นายแสวง เตระยานนท์ (โรงพิมพ์บรรหาร 2507).

พระอินทปรีชา, คำอธิบายกฎหมายลักษณอาญา ภาค 2 ตอน 2 (โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร 2470).

ภาสกร ญาณสุธี, คำอธิบายและการต่อสู้คดีข่มขืน อนาคต พรากผู้เยาว์ (นิติธรรม 2553).

- มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, *ประมวลกฎหมาย รัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 พิมพ์ตาม
ฉบับหลวงตรา 3 ดวง เล่ม 2*, (มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง 2482).
- *ประมวลกฎหมาย รัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 พิมพ์ตามฉบับหลวงตรา 3 ดวง เล่ม 3*, (มหาวิทยาลัย
วิชาธรรมศาสตร์และการเมือง 2482).
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, *บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมาย
ของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127* (วิญญูชน 2546).
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส, *หลักกฎหมายอาญา* (วิญญูชน 2539).
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส และอดิรุจ ต้นบุญเจริญ, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย* (พิมพ์ครั้งที่ 18, วิญญูชน
2562).
- วิจิตร ลulitanนท์, *กฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 4, โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2507).
- หยุด แสงอุทัย, *คำบรรยายประมวลกฎหมายอาญา* (ดวงดาว 2500).
- *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ศึกษาทางคำพิพากษาศาลฎีกา* (พิมพ์ครั้งที่ 2, โรงพิมพ์
เฟื่องอักษร 2511).
- *กฎหมายอาญาภาค 1* (ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 21, มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์ 2554).
- *กฎหมายอาญาภาค 2-3* (ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 11, มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์ 2553).
- *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127* (วิญญูชน 2561).
- หลวงอรรถโกวิทวที, *แนวทางการสอนกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป* (กรมยุทธ
ศึกษาทหารบก 2481).

ภาษาต่างประเทศ

- Andrew Ashworth and Jeremy Horder, *Principles of Criminal Law* (7th edn, Oxford
University Press 2013).
- Andrew von Hirsch and Andrew Ashworth, *Proportionate Sentencing: Exploring
the Principles* (Oxford University Press 2012).
- Catherine Elliott, *French Criminal Law* (Willan Publishing 2001).
- George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Oxford University Press 2000).
- Jonathan Herring, *Criminal Law* (8th edn, Palgrave Macmillan 2013).
- Joshua Dressler, *Understanding criminal law* (7th edn, LexisNexis 2015).

Kevin Jon Heller และ Markus D. Dubber (eds) *The Handbook of Comparative Criminal Law* (Stanford Law Books 2011).

Laura Peters (eds) *Acting together in crime : a comparative analysis of joint perpetration of and assistance to criminal offences under French, German, Austrian and Italian criminal law in light of five Dutch Supreme Court cases* (Eleven International Publishing 2018).

Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law* (Hart Publishing 2009).

Michael Jefferson, *Criminal Law* (8th edn, Pearson Longman 2007).

Siobhan Weare, *'Forced-to-penetrate case: lived experiences of men'* (Faculty of Arts and Social Sciences, Lancaster University 2017).

Wayne R. LaFave, *Criminal Law* (5th edn, West Academic Publishing 2010).

บทความ

ภาษาไทย

กฤษฎา บุญยสมิต, 'กฎหมายตราสามดวง' ใน สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน เล่มที่ 30 (พิมพ์ครั้งที่ 4, บริษัท ด้านสุทธาการพิมพ์ จำกัด 2550).

กิตติศักดิ์ ปรกติ, 'ตำนานรักร่วมเพศ' (2526) 2 นิติศาสตร์ 85.

คณิต ณ นคร, 'เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย' ใน สมยศ เชื้อไทย (บรรณาธิการ) *รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์* (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2531).

ฉัตรสุมาลย์ กบิลสิงห์, 'ภาพลักษณ์ของสตรีอินดู : มานวธรรมศาสตร์' (2542) 4 อินเดียนศึกษา 14.

ณรงค์ สิงห์ประเสริฐ, 'ความเห็นของแพทย์ในปัญหาการกระทำชำเราที่ผิดกฎหมาย' (2518) 4 ดุลพาห 4.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 'กลุ่มผู้หญิงเรียกร้องสิทธิข่มขืนผู้ชาย' (2542) 1 นิติศาสตร์ 161.

— 'ข้อคิดทางอาญาที่น่าพิจารณา' (2542) 4 นิติศาสตร์ 634.

— 'ขอชำเราครั้งใหม่ !!! สะใจผู้แก้ไข แต่เพิ่มทุกข์ภัยแก่เพศหญิง' (2553) 3 นิติศาสตร์ 695.

พระยาอรรถการีย์นิพนธ์, 'กฎหมายอาญาพิสดาร' ใน *อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ พระยาอรรถการีย์นิพนธ์* (โรงพิมพ์สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, 2521).

ไพจิตร บุญญพันธุ์, 'หญิงกับการเป็นตัวการในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา' (2505) 2 ดุลพาห 165.

โยเนโอ อีซีอี, ‘พระธรรมสาตราไทย’ (นิธิ เอียวศรีวงศ์ ผู้แปล) ใน สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ (บรรณาธิการ) *กฎหมายตราสามดวงกับสังคมไทย* (โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว 2535) 30

รณกรณ์ บุญมี, ‘พยายามข่มขืนกระทำชำเรา ปี 2553’ ใน สุรศักดิ์ มณีศรี (บรรณาธิการ) *ครอบครัวงานบริหาร อาจารย์ไพโรจน์ รวมข้อเขียนที่ระลึกในโอกาสอายุครบ 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร. ไพโรจน์ กัมพูสิริ* (โรงพิมพ์เดือนตุลา 2553).

— ‘การข่มขืนกระทำชำเราโดยหลอกลวง: วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1007/2557 และการกระทำอื่น ๆ’ (2560) 3 นิติศาสตร์ 647.

ฤทัย หงส์สิริ, ‘ข้อสังเกตจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่อง “โทรมหญิง”’ (2537) 196 อัยการ 1.

ศูนย์ศึกษากฎหมายฝรั่งเศส, ‘ศัพท์กฎหมายฝรั่งเศส’ (2561) 1 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 197.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ‘หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา’ ใน พิทวัส สุคนธ์พันธุ์ (บรรณาธิการ) *รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศรัทย์* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2536).

สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, ‘การตีความตามกฎหมายอาญาเยอรมัน’ (2538) 2 นิติศาสตร์ 292.

— ‘ผู้กระทำความผิดและการร่วมกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน’ (2551) 3 ดุลพาห 192.

วิชัย อริยะนนทกะ, ‘วงการกฎหมายทั่วไป : แนวโน้มและข้อคิดบางประการเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา’ (2528) 4 ดุลพาห 120.

อรุณ ภาณุพงศ์, ‘การตีความกฎหมาย’ (2539) 3 นิติศาสตร์ 546.

อำนาจ เนตยสุภา และมนต์ปรารธนา มณีรุ่ง, ‘การตีความกฎหมายอาญา’ (2549) 3 บทบัณฑิตย 135.

ภาษาต่างประเทศ

Andrew von Hirsch, ‘Proportionality in the Philosophy of Punishment’ (1992) 16 *Crime and Justice* 55.

Jemma Chambers, Miranda Horvath and Liz Kelly, ‘A Typology of Multiple Perpetrator Rape’ (2010) 37 *Criminal Justice and Behavior* 1114.

Kai Hamdorf, ‘The Concept of a Joint Criminal Enterprise and Domestic Modes of Liability for Parties to a Crime’ (2007) 5 *International Criminal Justice* 208.

Maria Pracher, 'The Marital Rape Exemption: A Violation of a Woman's Right of Privacy' (1981) 3 Golden Gate University Law Review 717.

Markus D. Dubber, 'Criminalizing Complicity' (2007) 5 International Criminal Justice 977.

Tatjana Hörnle, 'Penal Law and Sexuality: Recent Reforms in German Criminal Law' (2000) 3 Buffalo Criminal Law Review 639.

Teresa da Silva, Jessica Woodhams and Leigh Harkins, 'Multiple perpetrator rape: A critical review of existing explanatory theories' (2015) 25 Aggression and Violent Behavior 150.

วิทยานิพนธ์

ภาษาไทย

คณพล จันทน์หอม, 'วิเคราะห์กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 : ศึกษากระบวนการร่างกฎหมาย และประเด็นความรับผิดในทางอาญา' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2545).

เฉลิมชัย ศีลาขาว, 'ความรับผิดทางอาญาของตัวการ : ศึกษาเฉพาะกรณีตัวการอยู่ร่วมในที่เกิดเหตุ' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2557).

ชิตชนก แผ่นสุวรรณ, 'ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร : ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2548).

ภาษาต่างประเทศ

Beatrice Krebs, 'Criminal Enterprise in English and German Law' (Doctoral Thesis University of Oxford 2015).

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

ภาษาไทย

ปกป้อง ศรีสนิท, 'การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเรื่องเพศ : ความหมายใหม่และโทษใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเรา'(The 101.World, 19 กรกฎาคม 2562) < <https://www.the101.world/rape-in-thai-law/>> สืบค้นเมื่อ 25 พฤษภาคม 2564.

— ‘การมีส่วนร่วมของประชาชนในระบบศาล : การจัดทำและการเปิดเผย ยี่ตอกในคดีอาญา’ (The 101.World, 20 พฤศจิกายน 2562) <<https://www.the101.world/sentencing-guideline-in-criminal-case/>> สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2564.

ภาษาต่างประเทศ

— ‘Germany rape law: ‘No means No’ law passed’ (BBC NEWS, 7 กรกฎาคม 2559) <<https://www.bbc.com/news/world-europe-36726095>> สืบค้นเมื่อ 30 พฤษภาคม 2564.

Brooke Flagler. ‘A Brief History of Rape Law’ (The Feminist Poetry Movement, 13 ธันวาคม 2562) <<https://sites.williams.edu/engl113-f18/flagler/a-brief-history-of-rape-law/>> สืบค้นเมื่อ 21 พฤศจิกายน 2564.

Judicial Council of California. ‘CALCRIM No. 1000. Rape or Spousal Rape by Force, Fear, or Threats (Pen. Code, § 261(a)(2), (6) & (7))’ (Justia, ตุลาคม 2563) 749 <<https://www.justia.com/criminal/docs/calcrim/1000/1000/>> สืบค้นเมื่อ 5 มิถุนายน 2564.

— ‘CALCRIM No. 1001. Rape or Spousal Rape in Concert (Pen. Code, § 264.1)’ (Justia, ตุลาคม 2563) 757 <<https://www.justia.com/criminal/docs/calcrim/1000/1001/>> สืบค้นเมื่อ 5 มิถุนายน 2564.

— ‘CALCRIM No. 1015. Oral Copulation by Force, Fear, or Threats (Pen. Code, § 287(c)(2) & (3), (k))’ (Justia, ตุลาคม 2563) 769-770 and 773 <<https://www.justia.com/criminal/docs/calcrim/1000/1015/>> สืบค้นเมื่อ 5 มิถุนายน 2564.

Mohamad El-Ghazi, ‘Der neue Straftatbestand des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB n.F.’ (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, มีนาคม 2560) <https://www.zis-online.com/dat/artikel/2017_3_1094.pdf?fbclid=IwAR3G-QWPgtyeefXC NBc0k9nt3aYaliaJELVJREx_g16ngCtl_JXgTyy2E> สืบค้นเมื่อ 10 ธันวาคม 2564.

Sentencing Council, ‘Sentencing Guideline for use in Crown Court : Rape’ (Sentencing Council, 1 เมษายน 2557) <<https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/rape/>> สืบค้นเมื่อ 10 มิถุนายน 2564.

เอกสารอื่น ๆ

ภาษาไทย

จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย, ‘รายงานผลการวิจัย เรื่อง ปัจจัยที่มีความเสี่ยงต่อการตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมทางเพศของผู้หญิงไทย’ (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544).

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ‘รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 274/47/2485’ (6 กุมภาพันธ์ 2485)

— ‘รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 278/59/2485’ (17 กุมภาพันธ์ 2485).

— ‘รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 279/63/2485’ (19 กุมภาพันธ์ 2485).

— ‘บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (ความผิดเกี่ยวกับเพศ)’ (2561).

— ‘หลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติ (Checklist) ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (ความผิดเกี่ยวกับเพศ)’ (2561).

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ‘รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 13/2499 (สามัญ) ชุดที่ 1 (8 กันยายน 2499) ร่างประมวลกฎหมายอาญา’.

ภาษาต่างประเทศ

Carol E. Tracy and others, ‘*Rape and sexual assault in the legal system*’ (Presented to the National Research Council of the National Academies Panel on Measuring Rape and Sexual Assault in the Bureau of Justice Statistics Household Surveys Committee on National Statistics 2012).

Etienne G. Krug et al., ‘World report on violence and health’ (World Health Organization, 2002).



ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา
ครั้งที่ 278/59/2485 วันอังคารที่ 17 กุมภาพันธ์ 2485
(เฉพาะร่างมาตรา 248 ที่เสนอให้ที่ประชุมพิจารณา)

หน้า 1

คณะกรรมการกฤษฎีกา		
รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา		
ครั้งที่ ๒๗๘/๕๙/๒๔๘๕		
วันอังคารที่ ๑๗ กุมภาพันธ์ ๒๔๘๕		
ผู้ที่มาประชุม คือ		
(๑) หลวงจางกูญเนติศาสตร์		กรรมการ
(๒) หลวงประสาทคุภินิติ		กรรมการ
(๓) นายพิชานู บุคยอง		กรรมการ
(๔) พระยาลักษณ์พิสิธรรมประคัลภ์		กรรมการ
(๕) พระยาเลขาวิชิตธรรมวิทักษ์		กรรมการ
(๖) หม่อมเจ้าสกลวรรณากร วรวรรณ		กรรมการ
(๗) พระยารรณกรมมุนต์		กรรมการ
(๘) พระยารรณการีย์นันท		กรรมการ
นายสายหยุด แสงอุทัย		ผู้ตรวจรายงาน
นายวิเชียร นุมนนท		ผู้ตรวจรายงาน
นายนาวาเอก ถวัลย์ ชำรงนาวาสวัสดิ์ ร.น.		ติตราชการที่อื่น
นายอุทัย แสงมณี		ติตราชการที่อื่น
นายเคื่อน บุนนาค		ติตราชการที่อื่น
นายเสริม วินิจฉัยกุล		ติตราชการที่อื่น
เปิดประชุมเวลา ๑๐.๐๐ น.		
โดยที่ประธานและรองประธานอนุกรรมการ ไม่น่าประชุม ที่ประชุมจึงลงมติให้พระยาลักษณ์พิสิธรรมประคัลภ์หนึ่ง เป็นประธาน		
ประธาน ฯ กล่าวเปิดประชุมและขอให้ที่ประชุมพิจารณารายงานการประชุมและมติของที่ประชุมครั้งที่ ๒๗๓/๕๖/๒๔๘๕ ครั้งที่ ๒๗๔/๕๗/๒๔๘๕ และครั้งที่ ๒๗๕/๕๘/๒๔๘๕ ที่ประชุมไต่ถามคิรับรองรายงานการประชุมและมติของที่ประชุมทั้งสามคราวนั้น		
ประธาน ฯ ขอให้พิจารณา <u>ร่างมาตรา ๒๔๗</u> ซึ่งมีความว่า "ถ้าผู้กระทำผิดตามมาตรา ๒๔๓ มาตรา ๒๔๔ มาตรา ๒๔๕ หรือมาตรา ๒๔๖ เป็นบุพพการี ครู บำอาจารย์ ซึ่งรับคุณแลผู้ถูกกระทำร้าย เจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ปกครองหรือรักษา		

มาตรา ๒๔๖ ตรี เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน คิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมความหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม"

หลวงจ่ารัฐ ๑ - โทษร่างมาตรา ๒๔๖ ตรี เท่ากับฆาตกรตายที่เกี่ยว

พระยาวรฤการีย์ ๑ - บางกรณีร้ายกว่าฆาตกรตายอีก

หลวงประสาธ ๑ - มีมากที่ผู้หญิงไปมาทั่วตามภายหลัง

ที่ประชุมเห็นว่าโทษที่ร่างมาก็แล้ว

ประธาน ๑ - จะเอาคำว่า "ผู้ถูกประทุรร้าย" หรือ "ผู้ถูกกระทำ"

หลวงจ่ารัฐ ๑ - ใช้คำว่า "ผู้ถูกกระทำ" ดีกว่า

ม.จ.สกล ๑ - ไกลกับคำว่า victim มากกว่า

ที่ประชุมตกลงให้ใช้คำว่า "ผู้กระทำ"

นายพิชายุ ๑ - ทำไมไม่เพิ่มโทษข้อ (๒) เป็นจำคุกตลอดชีวิต ในเรื่องความผิดฐานทำให้เกิดภัยอันตรายแก่ประชาชนก็มีโทษจำคุกตลอดชีวิตเหมือนกัน

หลวงประสาธ ๑ - มาตรา ๒๔๔ ก็มีโทษจำคุกตลอดชีวิต

ที่ประชุมตกลงให้เพิ่มโทษจำคุกตลอดชีวิตลงไปด้วย ฉะนั้นร่างมาตรา ๒๔๖

ตรี เมื่อแก้ตามมติของที่ประชุมแล้วจึงมีข้อความดังนี้ "ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา ๒๔๓ มาตรา ๒๔๔ มาตรา ๒๔๖ หรือมาตรา ๒๔๖ ทวิ เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำ

"(๑) ถึงบาดเจ็บสาหัส ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทถึงหนึ่งพันบาท

"(๒) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบสองปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งร้อยบาทถึงหนึ่งพันบาท"

ประธาน ๑ ขอให้พิจารณาร่างมาตรา ๒๔๔ ซึ่งมีความว่า "ความผิดตาม มาตรา ๒๔๓ วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง และความผิดตามมาตรา ๒๔๖ นั้น ถ้าไม่ได้เกิดขึ้นต่อหน้าธารกำนัล หรือไม่ได้เกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคลหลายคนเพื่อโทรมหญิง ให้ถือว่าเป็นความผิดต่อส่วนตัว พนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีใดต่อเมื่อผู้เสียหายร้องทุกข์ขอโทษฟ้อง"

ประธาน ๑ - มาตรานี้ควรยกไปเป็นวรรค ๒ ของมาตรา ๒๔๓ และมาตรา ๒๔๖ ใช้คำว่า "ความผิดตามมาตรานี้เป็นความผิดต่อส่วนตัว เว้นแต่เป็นการกระทำของบุคคลหลายคนเพื่อโทรมหญิง..."

พระยาวรฤการีย์ ๑ - ถ้าเป็นความผิดต่อส่วนตัวเสมอไป เราเคยเอา

ภาคผนวก ข

รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา
ครั้งที่ 279/63/2485 วันพฤหัสบดีที่ 19 กุมภาพันธ์ 2485
(เฉพาะส่วนที่พิจารณาร่างมาตรา 248 และการกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์)

หน้า 1

คณะกรรมการกฤษฎีกา		
รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา		
ครั้งที่ ๒๗๙/๖๓/๒๔๘๕		
วันพฤหัสบดีที่ ๑๙ กุมภาพันธ์ ๒๔๘๕		
ผู้ที่มาประชุม คือ		
(๑) หลวงจําบุญเนติศาสตร์		กรรมการ
(๒) นายประมุข สุวรรณพร		กรรมการ
(๓) นายพิชานู บุลยง		กรรมการ
(๔) พระยาตักขิธรรมประคัลภ์		กรรมการ
(๕) พระยาเลขาภิธรรมวิทักษ์		กรรมการ
(๖) หม่อมเจ้าสกลวรรณกร วรวรรณ		กรรมการ
(๗) พระยาอรรถกรมมนตรี		กรรมการ
(๘) พระยาอรรถการีย์พันธ์		กรรมการ
นายสายหยุด แสงอุทัย		ผู้จกรายงาน
นายวิเชียร นุมนนท		ผู้จกรายงาน
นายนาวาเอก ถวัลย์ ชำรงนาวาสวัสดิ์ ร.น.		พิจาราชการที่อื่น
นายอุทัย แสงมณี		พิจาราชการที่อื่น
นายเคื่อน บุนนาค		พิจาราชการที่อื่น
นายเสริม วินิจฉัยกุล		พิจาราชการที่อื่น
เปิดประชุมเวลา ๑๔.๐๐ น.		
โดยที่ประธานอนุกรรมการและรองประธานอนุกรรมการพิจาราชการที่อื่น		
ที่ประชุมจึงลงมติให้พระยาตักขิธรรมประคัลภ์หนึ่งเป็นประธานแทน		
ประธาน ฯ กล่าวเปิดประชุม		
ประธาน ฯ - มาตรา ๒๔๖ ทวิ มีคำว่า "ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่		
ก็ตาม" แต่มาตรา ๒๔๘ ไม่มีคำนี้		
พระยาอรรถการีย์ ฯ - ที่เป็นเช่นนั้นเพราะมาตรา ๒๔๓ มีคำว่า "ข่มขืน"		
แต่มาตรา ๒๔๘ ไม่มีคำว่า "ข่มขืน" ฉะนั้นมาตรา ๒๔๘ จึงเข้าใจได้ว่ารวมทั้งข่มขืน		
และไม่ข่มขืน		

มาตรา ๒๔๓ ทวิ หรือมาตรา ๒๔๖ นั้น ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล หรือมิได้เป็นเหตุใหญ่ถูกกระทำมีปากเจ็บสาหัสหรือถึงตาย หรือมิได้เกิดขึ้นโดยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป เป็นตัวการในความผิดนั้น ให้ถือว่าเป็นความผิดส่วนตัว"

ประธาน ฯ - ยังขาดอยู่อย่างหนึ่ง คือ เรื่องครูบาอาจารย์ข่มขืนศิษย์

พระยาอรรณการีย์ ฯ - ต้องเติมคำว่า "หรือผู้ถูกกระทำมิได้เป็นบุคคลตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๒๔๗"

นายประมุข ฯ - ร่างอย่างนี้จะเป็นอย่างไร "ความผิดตามมาตรา ๒๔๓ หรือมาตรา ๒๔๖ ถ้ามิได้เป็นความผิดที่ประกอบด้วยมาตราอื่นหรือมิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล ให้ถือว่าเป็นความผิดส่วนตัว"

พระยาอรรณการีย์ ฯ - จะเป็นการหักกฏแห่งเขาเข้าไปข่มขืนทำชำเราจะไม่เป็นความผิดส่วนตัว

นายประมุข ฯ - ไม่ควรจะเป็น

พระยาอรรณการีย์ ฯ - เรื่องหักกฏแห่งเขาเป็นเรื่องหนึ่งต่างหาก

หลวงจำรุง ฯ - อย่างที่นายประมุข ฯ เสนอไม่ถี่ ควรใช้คำว่า "หรือมิได้เป็นการกระทำต่อบุคคลทั้งระบุไว้ในมาตรา ๒๔๗"

พระยาอรรณการีย์ ฯ - ถ้อยคำที่ข้าพเจ้าเสนอเหมือนชักกว่า

นายประมุข ฯ - ใช้ถ้อยคำอย่างที่ข้าพเจ้าเสนอเติมมาตราลงไปด้วยจะเป็นอย่างไร

หลวงจำรุง ฯ - ควรพูดง่าย ๆ ว่า "หรือมิได้เป็นการกระทำแก่บุคคลตามมาตรา ๒๔๗...." เพราะมาตรา ๒๔๗ ใช้คำว่าเป็นการกระทำแก่บุคคลนั้นบุคคลนี้

ที่ประชุมตกลงรับร่างของพระยาอรรณการีย์ ฯ แต่ให้ใช้คำว่า "หรือมิได้เป็นการกระทำแก่บุคคลทั้งระบุไว้ในมาตรา ๒๔๗"

ม.จ.สกล ฯ - คำว่า "โทรมหญิง" เขาหมายถึงการข่มขืนชำเรา แต่ตามร่างที่ตกลงไปแล้วชาย ๒ - ๓ คนจับนมหญิงก็เข้า

หลวงจำรุง ฯ - อยากจะขอแก้เรื่องตัวการ ควรใช้คำว่า "หรือมิได้เกิดขึ้นโดยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปเป็นตัวการโทรมหญิง" ไม่อย่างนั้นเด็กชายสองคนชวนกันไปจับนมหญิงก็จะเข้า

พระยาอรรณการีย์ ฯ - ถ้าประสงค์อย่างนั้นก็ควรเขียนอีกมาตราหนึ่งต่างหาก เพราะ "อนาจาร" เป็นการโทรมหญิงหรือไม่ก็ไม่แน่

หลวงจำรุง ฯ - "โทรมหญิง" ต้องเป็นการใหญ่หน่อย

พระยาอรรดกรม ๑ - "โทรมหญิง" ต้องเป็นการชำเรา
 ประชาน ๑ - ถ้าใช้คำว่า "โทรมหญิง" ท่านเคียวจะไม่เป็นการโทรม
 หญิง
 นายประมุข ๑ - อย่างชายหลายคนจับหญิงมัดแล้วดูบล่าจนหญิงสลบ
 ไปจะไม่ถือว่าเป็นการโทรมหญิงหรือ
 ประชาน ๑ - ไม่เป็นการโทรมหญิง
 นายประมุข ๑ - เอาอะไรเป็นหลัก
 ประชาน ๑ - มีในกฎหมายเก่าว่าอะไร เป็นการ "โทรมหญิง"
 พระยาอรรดกรม ๑ - คำว่า "โทรมหญิง" ปทานุกรมแปลว่า "หลาย
 คนรวมกันชำเราหญิง" อย่างช่วยกันหลายคนให้คนหนึ่งชำเราไม่เป็นการโทรมหญิง
 พระยาอรรดการีย์ ๑ - หลักการของเราหลายคนสมคบกันทำอนาจาร
 จะเอาหรือไม่
 ประชาน ๑ - ไม่ควรเอา
 ม.จ.สกล ๑ - อย่าใช้คำว่า "โทรมหญิง" ใช้คำว่า "โดยบุคคลตั้งแต่
 สองคนขึ้นไปกระทำชำเรา"
 นายประมุข ๑ - ถ้าสมคบกันไปล่อหญิงมาแล้วคนหนึ่งข่มขืนหญิง ๑๕ วัน
 แล้วปล่อยให้อีกคนหนึ่งข่มขืนก็จะเข้าเหมือนกัน
 พระยาอรรดการีย์ ๑ - ถึงแม้ปทานุกรมจะแปลคำว่า "โทรมหญิง" ว่า
 หลายคนรวมกันชำเรา แต่เราได้ใช้คำตอนต้นว่าความผิดตามมาตรา ๒๔๓ หรือมาตรา
 ๒๔๒ และใช้คำว่า ไม่เป็นการโทรมหญิง ผู้แปลก็อาจแปลว่าหลายคนทำอนาจารก็เป็นการ
 โทรมหญิงเหมือนกัน
 หลวงจ่าบุญ ๑ - ถ้าเช่นนั้นต้องพูดยุติว่าถ้าการกระทำนั้นไม่ถึงชู้
 โทรมหญิง
 นายประมุข ๑ - ควรใช้คำว่า "มิได้เกิดขึ้นโดยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป
 กระทำผิดตามมาตรา ๒๔๓ เพื่อโทรมหญิง"
 พระยาอรรดการีย์ ๑ - ผู้กระทำไม่ใคร่กระทำ "เพื่อโทรมหญิง" เลย
 เจตนาของเขาเพื่อชำเรา ควรแยกเขียนใช้คำว่า "ความผิดตามมาตรา ๒๔๒
 นั้น ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล...." ไม่ต้องพูดถึงการกระทำโดยบุคคลตั้งแต่สอง
 คนขึ้นไป แล้วมีวรรค ๒ ใช้คำว่า "ความผิดตามมาตรา ๒๔๓ ถ้ามิได้มีลักษณะดังกล่าว
 ในวรรคก่อนหรือเกิดขึ้นโดยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปเป็นตุ๊กการ..." จะชัด

- พระยาอรรณกรม ฯ - เอมามาตรา ๒๔๒ มาก่อน คุณาเกลียด
- นายประมุข ฯ - ถ้าชายหากคนจับหญิงไปเพื่อทำชำเรา แม้นคนเคียวทำ
ชำเราก็ไม่ควรเอาเป็นความผิดคอสวนตัว ถ้าเอาเช่นนั้นไซ้คำว่า "โดยบุคคลทั้งแต่
สองคนขึ้นไปสมคบกันกระทำความผิดตามมาตรา ๒๔๓ เพื่อโทรมหญิง" ก็ได้
- ม.จ.สกล ฯ - ควรใช้คำว่า "ในการโทรมหญิง"
- พระยาอรรณกรีย์ ฯ - ถ้าหลายคนทำผิดตามมาตรา ๒๔๓ ไม่ควรมีคำ
ว่า "โทรมหญิง" ก็ได้
- พระยาอรรณกรม ฯ - ถ้าคนห้าคนสมคบกันเอาผิดจ้อหญิง พอคนหนึ่ง
ทำเสร็จ ตำรวจก็มา ควรเอาเหมือนกัน
- ประธาน ฯ - ข้าพเจ้าเห็นว่าควรเอาเป็นความผิดต่อแผ่นดิน
- พระยาอรรณกรีย์ ฯ - การที่คนหลายคนทำนั้นไม่ใช่เพื่อโทรมหญิง
เป็นการทำเพื่อสนุก เมื่อเขาทำแล้วเราเรียกการกระทำอย่างนั้นว่าเป็นการโทรมหญิง
- นายประมุข ฯ - คำว่า "โทรมหญิง" แปลว่ารวมกันชำเรา ความคิดของ
ผู้กระทำก็คือ เพื่อรวมกันชำเรา ซึ่งเราเรียกว่าโทรมหญิง หญิงจะโทรมหรือไม่ ไม่สำคัญ
- นายพิชาญ ฯ - การให้เป็นความผิดคอสวนตัวก็เพื่อคุ้มครองบุคคล แต่
ถ้าท่านพูดว่าการข่มขืนบุคคลหลายคนไม่เป็นความผิดคอสวนตัวจะกลับไม่คุ้มครองหญิง
เพราะเท่ากับไปบังคับหญิงให้เบ็ดเตล็ดตนเองให้คนอื่นทราบ
- ประธาน ฯ - เรามองอีกแง่หนึ่ง คือมองในแง่ป้องกัน
- พระยาอรรณกรม ฯ - เราคิดถึงพวกนักเลงที่ดูคร่าหญิงไปทำชำเรา
- หลวงจ่าบุญ ฯ - ควรใช้คำว่า "หรือมิได้เกิดขึ้นโดยบุคคลทั้งแต่สองคน
ขึ้นไปสมคบกันกระทำชำเราอันเป็นการโทรมหญิง"
- นายประมุข ฯ - ควรมีคำว่า "ข่มขืน" ด้วย
- ประธาน ฯ - ไม่ควรมีคำว่า "ข่มขืน" เพราะตอนต้นได้มีคำว่า "ความ
ผิดตามมาตรา ๒๔๓"
- ที่ประชุมให้ใช้คำกึ่งที่หลวงจ่าบุญ ฯ เสนอ
- ม.จ.สกล ฯ - ถ้าหลายคนสมคบกัน แต่เขาไปที่ละคนจะเป็นการ "โทรม
หญิง" หรือไม่
- หลวงจ่าบุญ ฯ - เป็นการ "โทรมหญิง"
- พระยาเลขาวิชัย ฯ - ถ้าใช้คำว่า "สมคบกันชำเราอันเป็นการโทรมหญิง"
คำว่า "อันเป็นการโทรมหญิง" จะเป็นประโยคแต่งของ "ชำเรา" ไป

นายประมุข ฯ - ไม่ได้หมายความว่า การสมคบกันฆ่าเรานั้นเป็นการ "โทรมหญิง" หมายถึงการสมคบกันฆ่าเรานั้นมีลักษณะโทรมหญิง แต่เขาไม่ใช่คำว่า "อันมีลักษณะ"

พระยาเลขวิธิ ฯ - ควรใช้คำว่า "สมคบกันกระทำฆ่าเราที่เป็นการ โทรมหญิง" คือการสมคบกันฆ่าเรามีหลายลักษณะ ถ้าใช้คำว่า "อันเป็นการโทรมหญิง" จะคล้ายกับ เป็นบทวิเคราะห์ของคำว่า "สมคบกันฆ่าเรา" ไป

พระยาอรณการีย์ ฯ - ถ้าใช้คำว่า "สมคบกันฆ่าเรา" จะขัดข้อง อย่างไร

ประธาน ฯ - สมคบกันแต่คนเดียวฆ่าเราไม่ใช่ "โทรมหญิง" "โทรมหญิง" ต้องปลัดกันทำ

ที่ประชุมตกลงให้ใช้คำว่า "หรือมิได้เกิดขึ้นโดยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป สมคบกันกระทำการฆ่าเราอันมีลักษณะ เป็นการโทรมหญิง" ร่างมาตรา ๒๔๕ เมื่อแก้ แล้วจึงมีข้อความดังนี้ "ความผิดตามมาตรา ๒๔๓ หรือมาตรา ๒๔๖ นั้น ถ้ามิได้เกิด ต่อหน้าธารกำนัล หรือมิได้ เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำมีบาดเจ็บสาหัสหรือถึงตาย หรือมิได้ เกิดขึ้นโดยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปสมคบกันกระทำการฆ่าเราอันมีลักษณะ เป็นการโทรมหญิง หรือมิได้เป็นการกระทำแก่บุคคลทั้งระบุไว้ในมาตรา ๒๔๗ ให้ถือว่าเป็นความผิด ต่อส่วนตัว"

ประธาน ฯ - ควรเอามาตรา ๒๔๒ มาพิจารณา

นายพิชาญ ฯ - มาตรา ๒๔๐ ควรไปอยู่หลังหมวดที่เกี่ยว

ที่ประชุมตกลงให้พิจารณา ร่างมาตรา ๒๔๒ ก่อน ซึ่งมีข้อความดังนี้ "ผู้ใดกระทำการสังวาสกับบุคคลเพศเดียวกับตน มีความผิดของระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี และปรับไม่เกินห้าร้อยบาท"

ประธาน ฯ - มาตรานี้ควรเอาออกเสีย เพราะไม่ค่อยเหมาะ

นายพิชาญ ฯ - มาตรานี้ไม่มีในกฎหมายอาญาและกฎหมายฉ้อโกง และ ความกฎหมายต่างประเทศซึ่งไม่มีบทบัญญัติเช่นนี้ เขาถือว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นการ ทำอนาจาร

นายประมุข ฯ - ในเรื่องฆ่าเราสัตว์เคราะห์ควรเอาออก

ประธาน ฯ - คนทำอย่างนั้นขายหน้า เข้าเพื่อนฝูงไม่ได้อยู่แล้ว

หลวงจ่าบุญ ฯ - สำหรับการฆ่าเราสัตว์เคราะห์ที่ตัดออกนั้นข้าพเจ้า เห็นด้วย แต่สำหรับการฆ่าเราผู้ชายจะตัดออกไม่ได้ เพราะถ้ามีกรณีเกิดขึ้นจะลำบาก

หน้า 11

นายพิชาญ ฯ - ถ้าไม่มีพิเศษก็เป็นการทำอนาจาร
หลวงจำรูญ ฯ - จะเข้าใจว่ากฎหมายเก่ามี เวลานี้ไม่มี จะยอมให้ทำ
กันได้โดยเสรี

นายพิชาญ ฯ - เป็นปัญหาในทางศีลธรรมมากกว่า ในหมวดความผิดฐาน
กระทำร่วมประเวณีกับอนาจารนั้น ควรลงโทษต่อเมื่อเป็นการใช้กำลังหรือขู่ เชื้อ หรือ
ทำกับเด็ก การกระทำอย่างอื่นนอกจากนี้เมื่อเจ้าตัวเขายินยอมแล้วก็เป็นผิดศีลธรรม
เท่านั้น ทำไมเราจึงจะไปห้ามความยินยอมของเขา

ประชาชน ฯ - เป็นการลงโทษไปในตัว ใครที่ยอมให้ทำเช่นนั้นก็ได้รับ
ความอับอาย ถ้ามีคนเช่นนั้นคงจะอยู่ในกรุงเทพ ฯ ไม่ได้

พระยาอรธการีย์ ฯ - มาตรานี้ควร เอาออก เพราะน่าเกลียด
ที่ประชุมตกลงให้ตัดร่างมาตรา ๒๔๒ ออก เพราะศีลธรรมของคนไทยไม่
ถึงขั้นที่ควรจะมีบทบัญญัติห้าม เป็นเรื่องความยินยอมซึ่งอาจเป็นการผิดศีลธรรม แต่ไม่
เป็นการขัดกับกฎหมาย ควรจะเอาผิดเมื่อใช้กำลังหรือขู่ เชื้อหรือทำกับเด็ก

ประชาชน ฯ - ท่อไปจะควรพิจารณามาตราใดก่อน เห็นควรยกมาตรา
๒๔๑ เป็นมาตรา ๒๔๔ ทวิ และเอามาตรา ๒๔๐ ไว้ข้างหลัง

นายประมุข ฯ - มาตรา ๒๔๒ ทวิ ควรมาก่อน
ที่ประชุมตกลงให้ยกมาตรา ๒๔๒ ทวิ เป็นมาตรา ๒๔๔ ทวิ มาตรา ๒๔๑
ทวิ เป็นมาตรา ๒๔๔ ทรี มาตรา ๒๔๐ เป็นมาตรา ๒๔๔ จัตวา

นมกเวลาประชุม นัดประชุมคราวหน้าวันศุกร์ที่ ๒๐ กุมภาพันธ์ ๒๔๔๕
เวลา ๑๐.๐๐ น.

ปิดประชุมเวลา ๑๖.๐๐ น.

ศาสตราจารย์ ดร. ป๋วย อึ๊งภากรณ์
ผู้จกรายงาน.

สิทธิ พิมพ์

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ

วัชรภัทร ด่านคงรักษ์

วุฒิการศึกษา

ปีการศึกษา 2559: นิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ผลงานทางวิชาการ

วัชรภัทร ด่านคงรักษ์, ‘ความเหมาะสมในการกำหนดความรับผิดรายบุคคล : ศึกษากรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2564).

