

ประสบการณ์ทางความคิด เรื่องการข่มขืนกระทำชำเรา ในกฎหมายอังกฤษ The rape conceptual experience in English law

นงศิรณารถ กุศลวงษ์*

■ บทนำ

กฎหมายกับสังคมย่อมมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน กฎหมายเป็นผลผลิตจากแนวคิดของมนุษย์ในแต่ละชาติพันธุ์ ณ เวลาหนึ่ง

หลักเกณฑ์ทางกฎหมายโดยทั่วไปจึงมีลักษณะผันแปรไปตามช่วงเวลา ซึ่งบุคคลในแต่ละสังคมเชื่อว่ากฎเกณฑ์เช่นนั้นเป็นความคิดที่ยุติธรรมและเหมาะสมสำหรับมนุษย์ ถ้ามองกฎหมายผ่านกาลเวลา มนุษย์จะพบว่าตัวกฎหมายเองก็มีลักษณะที่เกิดขึ้น ตั้งอยู่ และดับไป กฎหมายเป็นสิ่งสมมุติเพื่อความยุติธรรม เกิดขึ้นเพื่อเอื้อประโยชน์ให้สังคมมีความเป็นระเบียบเรียบร้อย และมีความดีงาม การบัญญัติกฎหมายในแต่ละยุคสะท้อนให้เห็นวิธีการทางความคิดและอารยธรรมของมนุษย์ เป็นสังขารที่ว่ามีมนุษย์ในสังคมมีลักษณะเป็นเช่นไร กฎหมายก็จะถูกตราออกมาเป็นเช่นนั้น ตำรากฎหมายที่เขียนไว้เกี่ยวกับเรื่องกฎหมายและสังคมให้แนวคิดที่ว่า² บทบาทหน้าที่ของกฎหมายเป็นการตรวจสอบในรายละเอียดเกี่ยวกับการควบคุมสังคม การแก้ไขปัญหาความขัดแย้งและการเปลี่ยนแปลงทางสังคม

เมื่อพิจารณาแนวทางกฎหมายข่มขืนกระทำชำเราของทั้งประเทศไทยและประเทศอังกฤษพบว่า ทั้งสองประเทศมีพัฒนาการเกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายเรื่องข่มขืนกระทำชำเรา โดยมีแง่มุมที่แตกต่างกันและคล้ายคลึงกันในบทความนี้ผู้เขียนจึงได้บรรยายให้ผู้อ่านทราบถึงแนวทางของประเทศ

* อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏพระนคร
นิติศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

² Vago, Steven. (1991). Law and Society. p.12.

อังกฤษอันเป็นแนวทางที่ผู้พิพากษาอังกฤษใช้ โดยผู้เขียนมีการเปรียบเทียบกฎหมายอังกฤษ และกฎหมายไทยในแง่ของเนื้อหาตัวบท กฎหมายว่า กฎหมายข่มขืนกระทำชำเราที่ แก้ไขใหม่ของไทยมีความแตกต่างกับของ ต่างประเทศอย่างไร เพื่อช่วยให้ผู้อ่านเห็น ถึงพัฒนาการและอิทธิพลของกฎหมาย ต่างประเทศที่มีต่อกฎหมายไทย และบทความนี้ จักได้บรรยายถึงกรณีตัวอย่างของประเทศ อังกฤษ รวมถึงวิเคราะห์กรณีตัวอย่างเปรียบเทียบ ระหว่างสองประเทศ ซึ่งถึงแม้ว่าจะไม่มีคำ พิพากษาศาลฎีกาตามกฎหมายใหม่ของประเทศไทย แต่ผู้เขียนก็ได้ใช้กรณีศึกษาและแนวคำ พิพากษาศาลฎีกาตามกฎหมายเก่าของประเทศไทย เทียบเคียง เพื่อให้เป็นการอ้างอิงทางวิชาการ ที่มีความน่าเชื่อถือ

แนวคิดที่ผู้เขียนจักได้อธิบายนี้อาจไม่ใช่ แนวคิดที่ใหม่ในประเทศอังกฤษ แต่สำหรับ บางประเด็นของประเทศอังกฤษก็เป็นแนวคิดที่ ใหม่สำหรับประเทศไทยเป็นอย่างมาก ซึ่งตำรา กฎหมายของประเทศอังกฤษมีการขยายประเด็น ที่ลึกและละเอียดกว่าในบางจุด รวมถึงมีกรณี ตัวอย่างที่ทำให้เข้าใจได้ชัดเจน เป็นประโยชน์ อย่างมากในการทำ ความเข้าใจความผิด ทางเพศเรื่องการข่มขืนกระทำชำเรา ประเด็นที่ ผู้เขียนจะนำเสนอ นั้นไม่ได้เป็นเพียงประเด็น ที่ว่า ผู้กระทำผิดจะใช้ช่องทางใดในการร่วม ประเวณีหรือผู้กระทำและผู้ถูกกระทำเป็นบุคคล เพศใด แต่จะขยายประเด็นที่ว่าศาลอังกฤษใน ระบบจารีตประเพณี (Common Law) พิจารณา

เรื่องความยินยอมอย่างไร มีข้อสันนิษฐาน อย่างไรว่าผู้เสียหายมีความยินยอมหรือไม่ มีปัจจัยใดบ้างที่ศาลหรือลูกขุนจะได้ทำการ พิจารณาเพื่อนำไปสู่การกำหนดความผิดและ โทษของจำเลย ทั้งนี้ ศาลอังกฤษให้หลักการ ที่ดีว่า มนุษย์จะต้องทำตามขั้นตอนที่เหมาะสม เพื่อให้แน่ใจว่าคู่นอนของตนมีความยินยอม ลูกขุนจะต้องพิจารณาด้วยว่าคู่นอนทำตาม ขั้นตอนอย่างเหมาะสมและชัดเจน แม้ว่าฝ่าย หญิงจะคัดค้านและมีความกังวลเคร่งเครียด ด้วย นอกจากนี้ ลูกขุนจะต้องคอยสังเกตการ กระทำของคู่ความทั้งสองฝ่าย เหตุการณ์ที่ทั้ง โจทก์และจำเลยวางระดับความรับผิดชอบไว้ ด้วยตัวของโจทก์และจำเลยเอง

■ ประสพการณ์ทางความคิดเรื่อง การข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมาย อังกฤษ

2.1 การวิพากษ์แนวคิดเบื้องต้นเรื่องการข่มขืน กระทำชำเราในกฎหมายไทยและกฎหมาย อังกฤษ

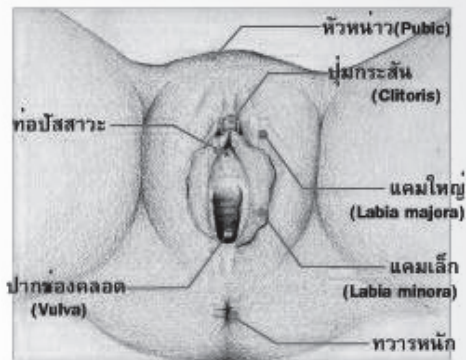
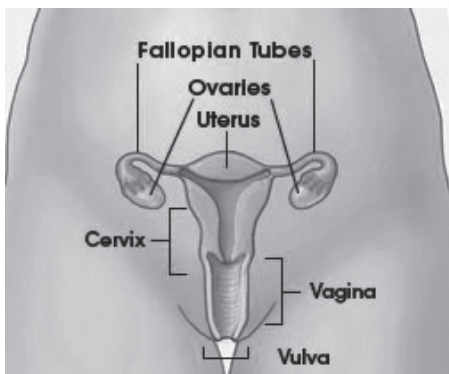
กฎหมายอังกฤษ³ มีลำดับความคิดที่ น่าสนใจดังนี้

ประการแรก กรณีการกระทำชำเรา ไม่ได้ จำกัดแค่เพียงการมีเพศสัมพันธ์ทางช่องคลอด (Vagina) แต่รวมถึงการบังคับสอดใส่ทาง ทวารหนัก (Anus) หรือปาก (Mouth) ของ ผู้เสียหายด้วย กรณีช่องคลอดให้รวมถึง ปากช่องคลอดด้วย (Vulva)⁴ ด้วย⁵

³ The Sexual Offences Act 2003.

⁴ พจนานุกรมคำศัพท์อังกฤษ-ไทยแต่ละเล่ม ให้ความหมายของคำว่า Vulva แตกต่างกัน อาทิ แปลว่า โยนิ แคมของช่องคลอด อวัยวะ เพศภายนอกของหญิง หรือปากช่องคลอด ผู้เขียนจึงพยายามหาอุปมาอุปไมยมาประกอบความเข้าใจ และตีความคำว่า Vulva ว่าหมายถึงความถึงส่วนใดในอวัยวะเพศหญิง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า น่าจะหมายถึงความถึงคำว่าปากช่องคลอดในภาษาไทย สอดคล้อง กับคำว่า Orifice ที่ศาลอังกฤษใช้ ซึ่งตามรากศัพท์ Orifice หมายถึง ปากท่อหรือรู โดยผู้เขียนแปลคำว่า Orifice ที่ศาลอังกฤษใช้ว่า ช่องทางใด ๆ ในการใช้ร่วมประเวณี ได้แก่ (1) Vagina ช่องคลอด (2) Anus ทวารหนัก หรือ (3) Mouth ปาก ของผู้เสียหาย

⁵ Herring, Jonathan. (2005). Criminal law. p.173.

ภาพประกอบจาก www.google.co.th

หลักการดังกล่าวของประเทศอังกฤษมีความใกล้เคียงและสอดคล้องกับหลักการของประเทศไทยเป็นอย่างมาก ชี้ให้เห็นถึงพัฒนาการของกฎหมายที่เป็นไปในทำนองเดียวกัน เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยที่แก้ไขใหม่ก็ได้บัญญัติในทำนองเดียวกัน โดยบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำชำเราว่าเป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น⁶ ซึ่งคำว่าทวารหนักในกฎหมายไทยสามารถเทียบเคียงกับคำว่า Anus ในกฎหมายอังกฤษ และคำว่าช่องปากในกฎหมายไทยสามารถเทียบเคียงกับคำว่า Mouth ในกฎหมายอังกฤษ ทั้งสองคำดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นคำเดียวกันที่มีความหมายตรงกัน แต่คำว่าอวัยวะเพศในกฎหมายไทยเมื่อเปรียบเทียบกับคำว่า Vagina (ช่องคลอด) ในกฎหมายอังกฤษ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นคำที่แตกต่างกันที่ผู้บัญญัติกฎหมายของแต่ละประเทศมีเจตนารมณ์หรือแนวคิดในการออก

กฎหมายที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม กฎหมายอังกฤษได้กล่าวถึงประเด็นของ Vagina (ช่องคลอด) ว่าหมายความรวมถึง Vulva (ปากช่องคลอด) ด้วย ซึ่งเป็นการกำหนดประเด็นที่ชัดเจนลงไป ซึ่งหากเทียบเคียงกับหลักกฎหมายของไทย การปรับใช้กฎหมายของทั้งสองประเทศค่อนข้างตรงกัน ศาลไทยได้ให้แนวบรรทัดฐานจากกฎหมายเดิมของไทยว่าการกระทำชำเราคือการที่ของลับของชายหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายล้วงล้ำเข้าไปในช่องสรีงวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของเพศหญิง⁷ ทั้งนี้ มีผู้ให้ข้อคิดเห็นทางกฎหมายในตำรากฎหมายของไทยเชิงนิติวิทยาศาสตร์ว่า⁸ ในทางกายวิภาคอวัยวะสืบพันธุ์ภายนอกของหญิง (External Genital Organs) ประกอบด้วย แคมใหญ่ (Labia Majora) แคมเล็ก (Labia Minora) ปุ่มกระสัน (Clitoris) ซึ่งเป็นอวัยวะที่มีประสาทสัมผัสเลี่ยมจำนวนมากอยู่ตรงส่วนบนของปากช่องคลอดเหนือรูถ่ายปัสสาวะ

⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง บัญญัติว่า "การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น"

⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 1048/2518.

⁸ อรรถพล เข้มสุวรรณวงศ์. (2544). นิติวิทยาศาสตร์ 3 เพื่อการสืบสวนสอบสวน (นิติเวชศาสตร์). หน้า 142.

ปากช่องคลอดเริ่มต้นที่เยื่อพรหมจารี (Hymen) เข้าไปในช่องคลอด (Vagina) ซึ่งเป็นช่องเข้าไปในร่างกายติดต่อกับปากมดลูกของหญิง ฉะนั้น การที่เราตามกฎหมายหมายถึงของลึงชาย (Penis) ต้องล่งล้าเข้าไปในช่องส้วหรือช่องคลอด (Vagina) ของหญิงโดยผ่านพรหมจารี (Hymen) การที่ของลึงของชายถูกลอยอยู่ที่ปากช่องคลอดด้านนอก บริเวณแคมใหญ่ แคมเล็ก และปุ่มกระสัน ยังไม่ได้ผ่านเยื่อพรหมจารี กรณีดังกล่าวนั้นศาลยังไม่ถือว่าได้มีการสำเร็จ และศาลจะลงโทษเพียงฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น

นอกจากนั้น ยังมีแนวคำพิพากษาฎีกาศาลไทยที่วินิจฉัยไปในทำนองที่ว่า แม้ล่งล้าเข้าไปเพียงเล็กน้อยหรือหนึ่งองคุลี ก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จ¹⁰ โดยไม่จำเป็นจะต้องมีรอยฉีกขาดที่ช่องคลอด ปากมดลูกหรือที่เยื่อพรหมจารี หรือมีการสำเร็จความใคร่หรือไม่¹²

ลำดับความคิดประการที่สองของกฎหมายอังกฤษ ผู้ชายสามารถตกเป็นเหยื่อการถูกข่มขืนกระทำชำเราในประเทศอังกฤษได้ถ้าทวารหนักหรือปากของเขาสอดใส่ด้วยองคุติ (Penis)¹³

ลำดับความคิดประการที่สามของกฎหมายอังกฤษ มีเพียงผู้ชายเท่านั้นที่กระทำการข่มขืนกระทำชำเราได้ ผู้หญิงคนใดบังคับให้ชายมีเพศสัมพันธ์ด้วยนั้น ไม่ถือว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา นั้นเพราะการสอดใส่จำเป็นต้องใช้องคุติ (Penis) แต่ผู้หญิงอาจเป็นผู้กระทำความผิดฐานอื่น ๆ เช่น การทำร้ายร่างกาย

ในทางเพศ (Sexual assault) หรือทำให้ผู้อื่นกระทำการทางเพศโดยปราศจากความยินยอม (Causing another person to perform a sexual act without consent)¹⁴

ผู้เขียนขอวิพากษ์ ความแตกต่างของกฎหมายอังกฤษและกฎหมายไทยตามลำดับคิดของกฎหมายอังกฤษประการที่หนึ่ง ประการที่สอง และประการที่สามข้างต้น โดยพิจารณาพัฒนาการทางกฎหมายในแง่ของเพศและการกระทำในทางเพศ

กรณีเป็นการกระทำระหว่างเพศชายต่อเพศชาย กฎหมายอังกฤษบัญญัติให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบผู้ถูกกระทำ เฉพาะกรณีที่มีการกระทำในทางเพศเป็นองคุติของผู้กระทำต่อทวารหนักหรือปากของเพศชายผู้ถูกกระทำ

กรณีเป็นการกระทำระหว่างเพศชายต่อเพศหญิง กฎหมายอังกฤษบัญญัติให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบผู้ถูกกระทำ ทั้งในกรณีที่มีการกระทำในทางเพศเป็นองคุติของผู้กระทำต่อช่องคลอด ทวารหนักและปากของผู้ถูกกระทำ

กรณีเป็นการกระทำระหว่างเพศหญิงต่อเพศหญิง กฎหมายอังกฤษมิได้มีการกล่าวถึงแต่ประการใด

กรณีเป็นการกระทำระหว่างเพศหญิงต่อเพศชาย กฎหมายอังกฤษกล่าวว่า การกระทำไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น แต่หญิงอาจมีความรับผิดชอบในความผิดฐานอื่น อาทิ การทำร้ายร่างกายในทางเพศ (Sexual assault) หรือทำให้ผู้อื่นกระทำการทางเพศโดย

⁹ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 บัญญัติศัพท์ว่า องคุลี หมายความว่า นิ้วมือ; ชื่อมาตราวัดแต่โบราณ ยาวเท่ากับข้อปลายของนิ้วกลาง

¹⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 1133/2509 และคำพิพากษาฎีกาที่ 4024/2534.

¹¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 2413/2520.

¹² คำพิพากษาฎีกาที่ 1133/2509 คำพิพากษาฎีกาที่ 1646/2532 และคำพิพากษาฎีกาที่ 848/2548.

¹³ Herring, Jonathan. Loc. cit.

¹⁴ Ibid.

ปราศจากความยินยอม (Causing another person to perform a sexual act without consent)

จะเห็นได้ว่า พัฒนาการของกฎหมายอังกฤษ โดยสังคมอังกฤษให้ความสำคัญคุ้มครองป้องกันเพศหญิงจากการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นอย่างมาก โดยเพศหญิงไม่อาจตกเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่สามารถตกเป็นผู้กระทำความผิดฐานใกล้เคียงฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ และเพศหญิงได้รับความคุ้มครองจากการกระทำทางเพศจากฝ่ายชาย ไม่ว่าจะเป็นการกระทำชำเราต่อเพศหญิงทั้งทางช่องคลอด ทวารหนักหรือปาก ซึ่งช่องคลอดในทัศนะของกฎหมายอังกฤษรวมถึงปากช่องคลอดด้วย ในทางตรงกันข้าม พัฒนาการของกฎหมายไทย โดยสังคมไทยได้ขยายความรับผิดชอบของเพศหญิง โดยเพศหญิงสามารถตกเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ ในประเด็นนี้ รองศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ได้เคยให้ข้อคิดเห็นทางกฎหมายไว้ว่า¹⁵ กฎหมายข่มขืนกระทำชำเราที่ปรับแก้ไขใหม่ของประเทศไทย อาจสร้างภาระความรับผิดชอบให้แก่เพศหญิงมากเกินไป เนื่องจากหญิงอาจมีความรับผิดชอบทางอาญาที่เพิ่มมากขึ้น กฎหมายอาญาที่แก้ไขใหม่นี้ทำให้คำว่าข่มขืนกระทำชำเราถูกลดความสำคัญลงเป็นอย่างมาก ซึ่งหากเปรียบเทียบกับในอดีต เมื่อมีข้อเกี่ยวกับ

การข่มขืนกระทำชำเรา สังคมจะรู้สึกสงสารหญิงหรือเด็กที่ถูกกระทำ อย่างไรก็ตามก็ดี การวิพากษ์เรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของเพศหญิง อันเกิดจากตัวบทกฎหมายที่แก้ไขใหม่ มีความแตกต่างไปจากการปรับใช้กฎหมายเดิมเรื่องตัวการในมาตรา 83¹⁶ แห่งประมวลกฎหมายอาญาของผู้พิพากษาศาลไทย ซึ่งมีความเหมาะสมและสร้างความเป็นธรรมให้แก่โจทก์ในคดี โดยมีแนวคำพิพากษาที่ถูกปรับใช้ว่า¹⁷ คำว่าผู้ใดไม่ได้หมายความว่าเพศชายอย่างเดียว แต่อาจหมายถึงรวมถึงเพศหญิงด้วย ฉะนั้น ในกรณีที่หญิงให้สามีของหญิงข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายซึ่งเป็นหญิงรับใช้ในบ้านตน โดยหญิงนั้นเป็นผู้จับแขนขาผู้เสียหายนั้นไว้ให้สามีกระทำชำเรา หญิงนั้นก็สามารรถตกเป็นผู้กระทำความผิดได้

ลำดับความคิดประการที่สี่ของกฎหมายอังกฤษ สามีสามารถกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแก่ภริยาของตนได้¹⁸

ลำดับความคิดประการที่สี่ของกฎหมายอังกฤษนี้มีความสอดคล้องเชื่อมโยงกันกับกฎหมายไทย โดยกฎหมายไทยมีการอธิบายขยายความออกไปอีกในเรื่องการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสที่อาจเป็นสาเหตุของการดำเนินการฟ้องหย่าได้ และในทางกลับกัน กรณีที่คู่สมรสยังประสงค์ที่จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลอาจลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดหรือกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้¹⁹

¹⁵ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ์. (26 กรกฎาคม 2550). หญิงข่มขืนชาย กฎหมายสะท้อนอารมณ์. มติชน.

¹⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 บัญญัติว่า “ในกรณีความผิดใดเกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ผู้ที่ได้ร่วมกระทำความผิดด้วยกันนั้นเป็นตัวการ ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

¹⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 250/2510 ประชุมใหญ่.

¹⁸ Herring, Jonathan. Loc. cit.

¹⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคท้าย บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

โดยภาพรวมของกฎหมายอังกฤษ ตามกฎหมายที่มีชื่อว่า The Sexual Offences Act 2003 จากการวิเคราะห์ในหนังสือกฎหมายอาญา (Criminal law) ของโจนาธาน เฮอร์ริง (Jonathan Herring) ที่ออกในปี 2005 ไม่ได้กล่าวถึงกรณีของการมีเพศสัมพันธ์ด้วยรูปแบบของการใช้สิ่งอื่นใดอันมิใช่อวัยวะเพศเป็นหน้าที่ของนักกฎหมายไทยที่จะได้ติดตามดูพัฒนาการของกฎหมายข่มขืนกระทำชำเราในสังคมต่าง ๆ ด้วยทัศนะทางความคิดที่หลากหลายบนโลกใบนี้ และพิจารณาเรื่องอิทธิพลของกฎหมายในสังคมโลกที่จะมีผลต่อพัฒนาการของกฎหมายไทยต่อไป

นอกจากนั้น ตำรากฎหมายของประเทศอังกฤษกล่าวว่า²⁰ ไม่จำเป็นว่าจะต้องมีการร่วมประเวณีอย่างเต็มรูปแบบ (Full sexual intercourse) ในความผิดที่ได้เกิดขึ้น การร่วมเพศ (Penetration) ในทัศนะของกฎหมายอังกฤษในที่นี้ เป็นการกระทำอย่างต่อเนื่องด้วยการใส่เข้าไปและถอนออกมา มีตัวอย่างกรณีศึกษาที่บอกว่า โจทก์มีความยินยอมให้จำเลยกระทำการสอดใส่ในชั้นแรก จากนั้นโจทก์ขอร้องให้จำเลยถอนออก แต่จำเลยไม่ทำตาม และยังคงค้างอยู่ภายในช่องในของโจทก์ นับจากช่วงเวลา que โจทก์ได้ขอร้องให้จำเลยถอนออกแล้ว จำเลยยังจะกระทำการต่อไป จำเลยกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จากตัวอย่างดังกล่าวนี้ ถ้าจะมาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย การประยุต์ใช้กฎหมายก็คงใกล้เคียงกัน ผู้เขียนเห็นว่ามิได้เป็นความผิดในระยะแรกที่ผู้เสียหายยินยอม แต่อาจจะเป็นความผิดได้ในระยะหลัง นับจากที่ผู้เสียหายขอให้จำเลยถอนออกแล้ว แสดงว่าผู้เสียหายไม่ยินยอมในการร่วมประเวณี

แต่จำเลยยังจะทำการข่มขืนกระทำชำเรา ผู้เสียหายต่อไป จำเลยมีความผิดนับจากการกระทำที่สอดใส่ในครั้งหลัง เหตุการณ์ที่เป็นกรณีศึกษาอันเป็นประสบการณ์ทางความคิดของประเทศอังกฤษเช่นนี้อาจเกิดขึ้นได้ในเมืองไทย จะเห็นได้ว่าความซับซ้อนทางจิตใจของฝ่ายที่ไม่สมัครใจนั้น เป็นสิ่งที่ละเอียดอ่อนลึกซึ้งที่ผู้พิพากษาต้องใช้หลักความน่าจะเป็นในการตัดสินปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งอาจมีความคลาดเคลื่อนได้

2.2 ความไม่ยินยอมของผู้เสียหายในกฎหมายอังกฤษ

กฎหมายอังกฤษมีความซับซ้อนในทางความคิดมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นเกี่ยวกับความไม่ยินยอม ซึ่งศาลและคณะลูกขุนอังกฤษจักได้พิจารณาและให้ความสำคัญเกี่ยวกับเรื่องนี้โดยละเอียด ผู้เขียนขอเสนอกรณีที่ผู้เสียหายสามารถอ้างความไม่ยินยอมได้สามประการตามลำดับดังนี้

2.2.1 กรณีผู้เสียหายเชื่อว่าตนไม่ได้ยินยอมอย่างแน่นอน

2.2.2 กรณีมีพยานหลักฐานสนับสนุนว่าผู้เสียหายมิได้ยินยอม เว้นแต่มีพยานหลักฐานมาหักล้างข้ออ้างของผู้เสียหายที่กล่าวว่ามีได้ยินยอม

2.2.3 กรณีผู้เสียหายมิได้ยินยอมตามความหมายโดยทั่วไป

2.2.1 กรณีผู้เสียหายเชื่อว่าตนไม่ได้ยินยอมอย่างแน่นอน

มีสถานการณ์ขยายความเข้าใจในกรณีผู้เสียหายเชื่อว่าตนไม่ได้ยินยอมอย่างแน่นอน ได้แก่²¹

²⁰ Herring, Jonathan. Loc. cit.

²¹ Ibid. p.173-175.

2.2.1.1 จำเลยหลอกลวงผู้เสียหายโดยเจตนา โดยมีการแสดงออกด้วยลักษณะของการกระทำหรือวัตถุประสงค์ของการกระทำ

ยกตัวอย่างเช่น จำเลยบอกผู้เสียหายว่าจำเลยสามารถทำการรักษาทางการแพทย์ได้หรือเป็นกระบวนการปรับปรุงการร้องเพลงของผู้เสียหาย ผู้เสียหายจึงยินยอม แท้จริงการหลอกลวงดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อการมีเพศสัมพันธ์ ศาลอังกฤษมีแนวคิดที่ว่า แม้ว่าผู้เสียหายจะยินยอมให้มีการกระทำการร่วมประเวณี แต่เกิดเนื่องมาจากความเข้าใจผิดในลักษณะของการกระทำ และถือได้ว่าผู้เสียหายไม่ได้มีความยินยอม ในทางกลับกัน มีกรณีตัวอย่างของหญิงโสเภณีที่ว่า ผู้ชายคนหนึ่งบอกกับหญิงโสเภณีว่าจะจ่ายเงินให้กับหญิงโสเภณีสำหรับการมีเพศสัมพันธ์ แต่หลังจากนั้นผู้ชายคนนั้นได้วิ่งออกไปโดยไม่จ่ายเงิน ศาลอังกฤษกล่าวว่า กรณีดังกล่าวไม่ใช่กรณีของการถูกข่มขืนกระทำชำเรา เพราะหญิงโสเภณีไม่ได้ถูกหลอกให้ไปกระทำการในลักษณะของการมีเพศสัมพันธ์ การอ้างอิงวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำชำเรามีความสำคัญต่อการพิพากษาคัดสินของศาลอังกฤษเป็นอันมาก มีกรณีตัวอย่างที่กล่าวว่า ชายหลอกลวงหญิงว่าอยากมีเพศสัมพันธ์เพื่อแสดงถึงความรักอันยิ่งใหญ่ซึ่งกันและกัน ฝ่ายหญิงตกลงยอมรับทั้งที่ในความเป็นจริงฝ่ายชายต้องการยุติความสัมพันธ์ลง การหลอกลวงเช่นนี้ของฝ่ายชายเป็นวัตถุประสงค์ของการกระทำหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า หากเข้าข่ายเป็นกรณีที่ผู้เสียหายเชื่อว่าตนไม่ได้ยินยอม เป็นข้อนำคิดสำหรับศาลอังกฤษและศาลไทยว่า ความไม่ยินยอมนี้อาจเป็นสาเหตุทำให้ผู้กระทำความผิดมีความรับผิดชอบก็เป็นได้

2.2.1.2 จำเลยชักนำให้ผู้เสียหายยินยอมในการกระทำโดยเจตนา ด้วยการปลอมตัวเป็นบุคคลที่ผู้เสียหายรู้จักเป็นการส่วนตัว

ครอบคลุมถึงกรณีที่จำเลยปลอมตัวเป็นสามีหรือคนรักของผู้เสียหาย กรณีนี้เป็นการใช้เฉพาะกับผู้กระทำความผิดที่แอบอ้างเป็นบุคคลที่โจทก์รู้จักเป็นการส่วนตัว ดังนั้นหากจำเลยปลอมตัวเป็นดารายอดนิยมนี่เป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลาย ซึ่งดารายอดนิยมนี่เป็นที่ชื่นชอบของโจทก์ แต่โจทก์ไม่ได้รู้จักกันเป็นการส่วนตัว และโจทก์ยินยอมเพื่อมีเพศสัมพันธ์กับจำเลย กรณีตัวอย่างนี้ไม่ใช่กรณีตามข้อ 2.2.1.2 มีข้อนำสังเกตว่าจะครอบคลุมเฉพาะกรณีที่จำเลยชักนำทำให้โจทก์คิดว่าจำเลยเป็นบุคคลอื่นโดยเจตนา กรณีตัวอย่างอีกกรณีหนึ่ง เช่น หากโจทก์มีอาการมึนเมา คิดว่าผู้ชายคนหนึ่งเป็นคนรักทั้งที่ผู้ชายคนนั้นไม่ได้เป็นและไม่ได้แกล้งว่าเป็น กรณีตัวอย่างนี้ไม่ใช่กรณีตามข้อ 2.2.1.2 เช่นเดียวกัน

2.2.2 กรณีมีพยานหลักฐานสนับสนุนว่าผู้เสียหายมิได้ยินยอม เว้นแต่มีพยานหลักฐานมาหักล้างข้ออ้างของผู้เสียหายที่กล่าวว่ามีได้ยินยอม

มีสถานการณ์ประกอบความเข้าใจในกรณีมีพยานหลักฐานสนับสนุนว่าผู้เสียหายมิได้ยินยอม เว้นแต่มีพยานหลักฐานมาหักล้างข้ออ้างของผู้เสียหายที่กล่าวว่ามีได้ยินยอมดังต่อไปนี้²²

2.2.2.1 บุคคลใดใช้ความรุนแรงกับผู้เสียหายหรือทำให้ผู้เสียหายหวาดกลัวว่าผู้เสียหายอาจได้รับความรุนแรงในขณะนั้น ในขณะกระทำหรือก่อนกระทำในทันที

²² Ibid. p.175-177.

เป็นที่น่าสังเกตว่า ไม่จำเป็นต้องแสดงให้เห็นว่าจำเลยข่มขู่ผู้เสียหายด้วยความรุนแรง ดังนั้น กรณีการปรับใช้กฎหมายมีอยู่ว่า จำเลยมีเพศสัมพันธ์กับโจทก์ภายหลังจากที่เพื่อนของจำเลยข่มขู่ตัวโจทก์ มีการเน้นย้ำว่าการข่มขู่หรือการใช้ความรุนแรงจะต้องเกิดขึ้นในทันที ก่อนการร่วมเพศ การข่มขู่จะต้องมีลักษณะของความรุนแรงด้วย การข่มขู่จะต้องนำไปสู่ความน่าอับอาย ความเจ็บปวด ส่วนกรณีที่ทรัพย์สินเสียหายไม่รวมอยู่ในข้อสันนิษฐานนี้

2.2.2.2 บุคคลใดทำให้ผู้เสียหายหวาดกลัวว่าบุคคลอื่นจักได้รับความรุนแรงหรือบุคคลอื่นอาจได้รับความรุนแรงในขณะนั้น ในขณะกระทำหรือก่อนกระทำในทันที

กรณีนี้คล้ายกับสถานการณ์ในข้อ 2.2.2.1 เว้นแต่รวมถึงเป็นการข่มขู่บุคคลที่สาม ตัวอย่างเช่น นาย ก กล่าวว่า หากนาง ค อนุญาตให้นาย ก ร่วมเพศกับนาง ค ได้ นาย ก จักไม่ทำร้ายนาย ข ข้อสันนิษฐานนี้มีอยู่ว่า นาง ค ไม่ได้มีความยินยอมในการกระทำความผิดกล่าว

2.2.2.3 ผู้เสียหายถูกกักขังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และจำเลยมิได้ถูกกักขังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ในขณะกระทำ

เป็นกรณีบุคคลผู้ถูกลักพาตัวหรือกักขังโดยมิชอบด้วยกฎหมายด้วยประการอื่นใด ไม่ยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลอีกคนหนึ่ง ข้อสันนิษฐานนี้ไม่อาจใช้ได้ในการที่การกักขังโดยมิชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นกับบุคคลอีกคนหนึ่งด้วย

2.2.2.4 ผู้เสียหายกำลังนอนหลับหรือหมดสติด้วยประการอื่นใดในขณะกระทำ

ผู้ใดมีเพศสัมพันธ์ในขณะนอนหลับหรือหมดสติ ตัวอย่างเช่น กรณีเนื่องจากการดื่มสุราหรือการเมาแล้ว จะถูกสันนิษฐานว่าไม่ได้มีความยินยอม ส่วนข้อสันนิษฐานที่นำมาหักล้างกัน

ยกตัวอย่างเช่น หากกริยาบอกกับสามีว่าอยากให้สามีร่วมเพศกับตนในขณะที่ตนกำลังนอนหลับ ซึ่งนั่นเป็นความพ้อฝันของฝ่ายกริยา คณะลูกขุนอาจถูกเกลี้ยกล่อมว่าเป็นข้อสันนิษฐานที่อาจนำมาหักล้างกันได้

2.2.2.5 ผู้เสียหายไม่สามารถสื่อสารกับจำเลยในขณะกระทำ ไม่ว่าผู้เสียหายจะยินยอมหรือไม่ อันเนื่องมาจากความทุพพลภาพทางร่างกายของผู้เสียหาย

เป็นกรณีที่ผู้เสียหายมีความทุพพลภาพทางร่างกาย ซึ่งเป็นอุปสรรคในการติดต่อสื่อสารว่าผู้เสียหายมิได้มีความยินยอมให้ร่วมเพศ การฟ้องร้องคดีประเภทนี้จะช่วยลดภาระการพิสูจน์ที่ว่า ผู้ที่มีความทุพพลภาพไม่สามารถกระทำการได้ อนึ่งหากจำเลยแสดงหลักฐานว่าบุคคลใดมีความยินยอม จำเลยควรทราบข้อสันนิษฐานนี้ใช้ไม่ได้ในกรณีที่ผู้เสียหายมีความบกพร่องทางจิต

2.2.2.6 บุคคลใดกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดหรือทำให้ผู้เสียหายปราศจากความยินยอมโดยมีสาระสำคัญอันเป็นการทำให้ผู้เสียหายหมดสติหรือหมดกำลังในขณะกระทำ

ตัวอย่างนี้มีความชัดเจนในการปรับใช้กฎหมาย กรณีการข่มขืนกระทำชำเราด้วยการถูกวางยา (Drug rape) เป็นที่น่าสังเกตว่า ไม่จำเป็นว่าการวางยาจะเป็นการกระทำด้วยตัวจำเลยเอง อาจมีการวางยาจากบุคคลที่สามโดยผู้เสียหายปราศจากความยินยอม การวางยาสามารถทำให้ผู้เสียหายหมดสติยกตัวอย่างเช่น ผู้เสียหายไม่ทราบว่าเกิดอะไรขึ้นกับตน หรือทำให้จำเลยมีผลกำลังเหนือกว่าผู้เสียหาย ไม่จำเป็นที่จะต้องพบว่าการวางยาได้ผลจริง ๆ สิ่งนี้เป็นการช่วยเหลือการดำเนินการฟ้องร้องคดี หากแสดงได้ว่าการวางยาทำให้ผู้เสียหายปราศจากความยินยอม

ไม่จำเป็นที่จะต้องพิสูจน์ถึงผลที่เกิดขึ้นจากการใช้ยากับตัวผู้เสียหาย ในทางกลับกัน หากจำเลยให้ผู้เสียหายกล่าวว่ามีความยินดีที่จะใช้ยาในข้อเท็จจริงที่ว่ายาจะช่วยทำให้มีความสะดวกง่ายขึ้นต่อการมีเพศสัมพันธ์ หรือกรณี que ผู้เสียหายมีความยินยอมที่จะใช้ยา เป็นที่ยอมรับว่าการใช้ยาไม่ได้เป็นความคิดของผู้เสียหาย ศาลจะต้องค้นหาว่าผู้เสียหายไม่ได้ยินยอมที่จะใช้ยานั้น ประเด็นสุดท้ายน่าแปลกที่ว่าการไม่มีการสร้างข้อสันนิษฐานอันเป็นข้อสรุป ในสถานการณ์ที่มีการโต้แย้งว่าผู้เสียหายในกรณีเช่นนี้แท้จริงมีความยินยอม

2.2.3 กรณีผู้เสียหายมิได้ยินยอมตามความหมายโดยทั่วไป

ความยินยอมตามความหมายทั่วไปแยกประเด็นออกเป็น²³

2.2.3.1 ผู้เสียหายยินยอมด้วยความตกลง

ความยินยอมตามความหมายทั่วไปนั้น จำต้องไม่มีข้อต่อสู้ต่อตัวจำเลยว่าผู้เสียหายไม่ยินยอม ทั้งนี้คำนิยามของการกระทำชำเรา ไม่ใช่เพียงแต่ผู้เสียหายขัดขืนหรือต่อต้านการร่วมประเวณี แต่ผู้เสียหายต้องไม่ยินยอมด้วย ดังนั้นการร่วมประเวณีในขณะที่ผู้หญิงหลับหรือ ตื่นสุรามากเกินไปจนกระทั่งไม่รู้สึกรู้ว่าเกิดอะไรขึ้นกับตนเอง ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายข่มขืนกระทำชำเรา ทั้งนี้ตามหลักทฤษฎีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ผู้เสียหายจะมีความรู้สึกขัดแย้งในจิตใจว่ามีความต้องการในการร่วมประเวณีหรือไม่ เนื่องจากผู้เสียหายไม่ได้มีความยินยอมอย่างแนบนอน

2.2.3.2 ผู้เสียหายจำต้องมีความสามารถในการเลือกตัดสินใจ

กรณีผู้เสียหายจำต้องมีความสามารถในการเลือกตัดสินใจ หมายความว่า หากผู้เสียหายอายุน้อยเกินกว่าที่จะมีความสามารถในการยินยอมหรือไม่มีภาวะทางจิตใจที่จะกระทำได้ กรณีดังกล่าวนี้ไม่ใช่การยินยอม ถึงแม้ว่าผู้เสียหายจะกล่าวคำว่าตกลง

2.2.3.3 ผู้เสียหายจำต้องมีความสามารถในการเลือกตัดสินใจ

หากสิ่งที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายเป็นสิ่งที่ผู้เสียหายยินยอมเนื่องจากความกดดันหรือการถูกข่มขู่เล็กน้อยจากตัวจำเลย หมายความว่าผู้เสียหายปราศจากเสรีภาพในการเลือกตัดสินใจ กรณีตัวอย่างอย่างง่าย อาทิเช่น หากผู้เสียหายยินยอมที่จะร่วมประเวณีเพราะจำเลยได้เอาปืนจ่อศีรษะของผู้เสียหาย สิ่งนั้นไม่ใช่ความยินยอมอย่างแท้จริง

หลักกฎหมายอังกฤษให้แง่คิดที่ดีว่าการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างการยินยอม (Consent) กับการยอมจำนน (Submission) เป็นเรื่องที่มีความสำคัญ การฟ้องร้องคดีไม่จำเป็นที่จำต้องพิสูจน์ว่า สิ่งที่ปรากฏเป็นความยินยอมอย่างแท้จริงหรือเป็นเพียงแค่การยอมจำนนจากการใช้กำลัง ความหวาดกลัว การหลอกลวง ศาลกล่าวว่าเป็นที่แน่ชัดว่าจะมีปัจจัยอย่างใดอย่างหนึ่งหรือปัจจัยหลายอย่างเกิดขึ้นในคดีข่มขืนกระทำชำเรา

เมื่อผู้เสียหายมีความยินยอม คณะลูกขุนจึงตัดสินว่าผู้เสียหายยอมรับอย่างไม่เต็มใจ (Reluctantly acquiesced) ครั้นแล้วจึงได้ให้ความยินยอม หรือในอีกทางหนึ่งผู้เสียหายยอมรับอย่างไม่เต็มใจและไม่ให้ความยินยอม คำถามที่ใช้กับคณะลูกขุนในแต่ละคดีจึงต้องมีการผสมผสานหลักสามัญสำนึกที่ดี

²³ Ibid. p.177-180.

ประสบการณ์และความรู้ในลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ รวมถึงพฤติกรรมแบบใหม่ในการปรับใช้กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีด้วยเหตุนี้เอง คณะลูกขุนจึงได้พิจารณาถึงผลกระทบของการข่มขู่ผู้เสียหายแต่ละคนในแต่ละคดี ซึ่งในความเป็นจริงการข่มขู่แบบหนึ่งอาจลบล้างความยินยอมของผู้เสียหายคนหนึ่ง ในคดีหนึ่ง แต่อาจไม่ลบล้างความยินยอมของผู้เสียหายที่แตกต่างกันในคดีอื่น สิ่งเหล่านี้ขึ้นอยู่กับบุคลิกลักษณะของผู้เสียหายและสถานการณ์ในคดี อนึ่ง ตามลักษณะในทางธรรมชาติของการข่มขู่ ไม่ว่าจะการข่มขู่นั้นจะมีความรุนแรงหรือไม่ มีผลกระทบจากการถูกข่มขู่จึงเป็นที่แน่ชัดว่าการข่มขู่ที่มีการข่มขู่เรื่องความตายหรือการได้รับอันตรายทางร่างกายอย่างสาหัส ลูกขุนจะค้นพบอย่างง่ายดายว่าผู้เสียหายไม่ได้มีความยินยอมอย่างแท้จริงในทางกลับกัน มีหลายคดีที่การข่มขู่เป็นการข่มขู่อันปราศจากความรุนแรงและได้กระทำให้ผู้เสียหายเกิดความยินยอม อาทิเช่น การที่จำเลยข่มขู่บิดาของผู้เสียหายว่า ผู้เสียหายจะต้องพบกับจำเลยจนกว่าผู้เสียหายจะได้มีเพศสัมพันธ์กับจำเลย การข่มขู่เช่นนี้ทำให้ผู้เสียหายหวาดกลัวว่าบิดาของตนจะแสดงกิริยาขับไล่ผู้เสียหายออกจากครอบครัวและจะไม่มีที่อยู่อาศัย ทำให้ผู้เสียหายจำเป็นต้องให้ความยินยอม จะเห็นได้ว่าความยินยอมในคดีนี้มีใช่ความยินยอมอย่างแท้จริง แต่เป็นการยอมจำนน

ส่วนกรณีที่ผู้เสียหายตกลงร่วมประเวณีตามสัญญาที่มีผลประโยชน์ เช่นนี้มีใช่กรณีของการถูกข่มขืนกระทำชำเรา ตัวอย่างที่เป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายอาทิเช่น ตัวอย่างแรก นักแสดงหญิงยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์กับผู้กำกับ

หลังจากผู้กำกับสัญญาว่าจะให้นักแสดงหญิงผู้นั้นมีส่วนร่วมในการแสดงภาพยนตร์ของผู้กำกับด้วย อาจกล่าวได้ว่าความยินยอมจะลดลงโดยการถูกข่มขู่แต่ไม่ได้ลดลงโดยสัญญาที่มีผลประโยชน์ ข้ออ้างประการอื่นมีอยู่ว่าผลประโยชน์ไม่จำเป็นต้องแตกต่างกันเสมอไป ตัวอย่างที่สอง ผู้กำกับข่มขู่จะไล่นักแสดงหญิงผู้ที่มีส่วนร่วมในการแสดงภาพยนตร์นั้นออกหากนักแสดงหญิงไม่ตกลงที่จะมีเพศสัมพันธ์กับผู้กำกับ กรณีเช่นนี้มีความเป็นไปได้ที่ลูกขุนจะสามารถค้นหาได้ว่า ความยินยอมจะลดลงหากถูกข่มขู่มากกว่าความยินยอมจะลดลงหากมีการยื่นข้อเสนอที่มีผลประโยชน์ อย่างไรก็ตามคิดเกี่ยวกับการยื่นผลประโยชน์ที่ก่อให้เกิดความยินยอมในตัวอย่างที่สาม ชายคนหนึ่งเจอกับหญิงไร้บ้านในค่าคืนที่เหน็บหนาวเยือกเย็นและเสนอที่พักพิงให้แก่หญิงผู้นั้น หากหญิงตกลงที่จะมีเพศสัมพันธ์ด้วยอย่างลงใจแสดงว่าหญิงนั้นมีความยินยอม ไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะกล่าวว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

กฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ให้ความสำคัญกับความยินยอมของผู้เสียหายโดยมุ่งเน้นไปที่สภาพจิตใจของผู้เสียหายเป็นหลัก หากผู้เสียหายแสดงความยินยอมเพราะความหวาดกลัวในการใช้ความรุนแรงไม่ถือว่าเป็นความยินยอม ถึงแม้ว่าในความเป็นจริงผู้เสียหายจะไม่ได้ถูกข่มขู่คุกคาม อาทิผู้เสียหายเข้าใจกิริยาท่าทางที่แสดงออกของจำเลยผิด กรณีเช่นนี้เป็นความหวาดกลัวของผู้เสียหาย ไม่ใช่การข่มขู่คุกคามของจำเลยซึ่งถือเป็นเรื่องที่สำคัญสำหรับกฎหมายจารีตประเพณีในการทำความเข้าใจเรื่องความยินยอม

2.2.3.4 กรณีที่ผู้เสียหายยินยอม แต่ตกอยู่ในความเข้าใจผิด

หากผู้เสียหายยินยอมแต่ตกอยู่ในความเข้าใจผิดจะเป็นการลบล้างความยินยอมหรือไม่ หลักกฎหมายไม่ได้กล่าวเอาไว้ ศาลมีแนวโน้มที่จะพิจารณากลับไปยังกฎหมายจารีตประเพณี ภายใต้หลักการของกฎหมายจารีตประเพณี มีความเข้าใจผิดอันเป็นการลบล้างความยินยอมอยู่สองประการ ประการแรกคือความเข้าใจผิดในลักษณะของการกระทำ และประการที่สองคือความเข้าใจผิดในรูปพรรณสัณฐานของบุคคล ความเข้าใจผิดอันเป็นการลบล้างความยินยอมทั้งสองประการเหล่านี้ จะถูกพิจารณาโดยแยกออกจากกัน

แนวทางของกฎหมายจารีตประเพณี พิจารณาอย่างเคร่งครัดเรื่องความเข้าใจผิดในลักษณะของการกระทำ มีการอ้างอิงในคดีของ โสเถณีที่ยินยอมมีเพศสัมพันธ์และคดีของชายผู้มีเพศสัมพันธ์โดยไม่ได้บอกคู่นอนของตนว่าเป็นโรคเอดส์ กรณีนี้มิใช่การหลอกลวงในลักษณะของการกระทำ สภาวะความเป็นโรคเอดส์ของบุคคลผู้นั้นไม่ได้เปลี่ยนแปลงลักษณะของการกระทำ มีความเห็นแย้งว่าไม่มีความแตกต่างในหลักการขั้นพื้นฐานระหว่างการทำหน้าที่ไม่ได้บอกกล่าวอันใด แต่ทว่าทำให้มีความสุข และการกระทำอีกอันหนึ่งซึ่งทำให้ชีวิตต้องถูกข่มขู่คุกคามเป็นพิเศษ ศาลกล่าวว่า ความยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์นั้นจะต้องไม่ทำให้เกิดโรคด้วย ข้อหาที่ถูกต้องในการฟ้องร้องคดีต่อศาลคือฐานทำให้ร่างกายเป็นอันตรายสาหัส (Inflicting grievous bodily harm) มิใช่ข้อหาฐานข่มขืนกระทำชำเรา

กฎหมายในส่วนนี้มีความสับสนบางประการ ในคำตัดสินของศาลเกี่ยวกับการกระทำอนาจาร (Indecent assault) ในคดีหนึ่ง

หญิงสามคนอนุญาตให้จำเลยตรวจสอบบริเวณหน้าอกของหญิงเหล่านั้น ภายหลังจากที่จำเลยกล่าวเท็จว่าจำเลยมีความสามารถในการรักษาทางการแพทย์ ศาลอธิบายว่า ความหมายของความยินยอมในกฎหมายฐานกระทำอนาจารเหมือนกันกับความหมายของความยินยอมในกฎหมายฐานข่มขืนกระทำชำเรา แม้ว่าหญิงจะยินยอมในลักษณะของการกระทำ อย่างไรก็ตาม หญิงนั้นไม่ได้ยินยอมในลักษณะของการถูกกระทำอนาจาร ศาลไม่ได้วางหลักอย่างกระจ่างชัดในการตีความหมายของคำว่ายินยอมนี้ คำอธิบายนั้นมีเพียงว่า หญิงนั้นถูกลอกลวงในลักษณะของการกระทำ เนื่องจากหญิงถูกลอกลวงจากจำเลยในเรื่องวัตถุประสงค์ของการตรวจร่างกายซึ่งมิใช่วัตถุประสงค์ทางการแพทย์ หากแต่เป็นวัตถุประสงค์ในเรื่องอื่นคือเรื่องเพศ หรือในบางกรณีหญิงอาจตกลงมีเพศสัมพันธ์ภายหลังจากที่ถูกขยาลอกลวงโดยมักเป็นกรณีที่ชายบอกว่ารักหญิง ทำให้หญิงเกิดความเข้าใจผิดเรื่องลักษณะของการกระทำ ซึ่งลักษณะของการมีเพศสัมพันธ์ด้วยความรัก (Loving sexual intercourse) แตกต่างจากการมีเพศสัมพันธ์ด้วยเหตุจูงใจทางกามารมณ์แต่เพียงอย่างเดียว (Sexual intercourse for purely carnal motivation)

อนึ่ง สิ่งใดเกี่ยวข้องกับความเข้าใจผิดในรูปพรรณสัณฐานของจำเลย ในคดีหนึ่งการปลอมตัวเป็นบุคคลที่ผู้เสียหายมีเพศสัมพันธ์ด้วยเป็นประจำอาจทำให้ความยินยอมของผู้เสียหายมีความผิดพลาด โดยเฉพาะการปลอมตัวเป็นสามีของผู้เสียหาย แท้จริงแล้วอาจกล่าวได้ว่า การปลอมตัวเป็นสามีหรือบุคคลอื่นใดอาจทำให้ความยินยอมมีความผิดพลาด ดังนั้นในคดีหลังจึงมีข้อยืนยันว่า การปลอมตัวเป็นบุคคลใดที่รู้จักกับผู้เสียหายอาจเป็นเหตุ

ให้เกิดความยินยอม มีความชัดเจนว่าศาลหมายความรวมถึงสถานการณ์ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น กรณีที่จำเลยปลอมตัวเป็นดารายอดนิยมที่เป็นที่ชื่นชอบของโจทก์

กฎหมายจารีตประเพณีคำนึงถึงความยินยอมเป็นสำคัญ ดังนั้นไม่ว่าจำเลยจะหลอกลวงผู้เสียหายหรือไม่ ถือว่าผู้เสียหายหนักใจในความเข้าใจผิดอันเป็นหลักการขั้นพื้นฐาน

เอส การ์ดเนอร์ (S. Gardner) แนะนำว่าแนวทางในการพิจารณาประเภทของการหลอกลวงนั้นต้องมองข้ามข้อเท็จจริงเรื่องความแตกต่างของการหลอกลวง ซึ่งจะมีผลกระทบกับผู้เสียหายที่แตกต่างกันในวิธีการที่ต่างกันไป พบได้จากคดีหนึ่งที่ว่า กรณีที่ผู้เสียหายไม่ยินยอมจากการถูกข่มขู่หรือการใช้กำลังนั้น ไม่ได้ขึ้นอยู่กับรูปแบบของการถูกข่มขู่หรือลักษณะที่แสดงออก แต่ขึ้นอยู่กับความจริงที่ว่าผู้เสียหายยินยอมหรือไม่ มีแนวทางที่คล้ายกันเกี่ยวกับความเข้าใจผิดที่ว่า ความยินยอมของผู้เสียหายไม่ได้ขึ้นอยู่กับลักษณะของการหลอกลวง แต่ขึ้นอยู่กับความสามารถในการรับรู้เรื่องผลประโยชน์ของผู้เสียหายเอง ฉะนั้นความเชื่อที่เข้าใจผิดของผู้เสียหายว่าจำเลยจะสมรสกับผู้เสียหายอาจสำคัญเป็นอย่างมากและลบล้างความยินยอมโดยชัดแจ้ง ในขณะที่ผู้เสียหายอีกคนหนึ่งซึ่งเข้าใจผิดอาจจะถือเป็นความสำคัญเพียงเล็กน้อย กระทั่งไม่มีผลกระทบเลยต่อความยินยอมของผู้เสียหายนั้น

นอกจากนั้น มีประเด็นสำคัญเกี่ยวกับการตกลงและการไม่ยินยอม (Agreement and not consent) ที่กล่าวว่า²⁴ ความยินยอมอยู่ในเงื่อนไขของข้อตกลง กรณีนี้เป็นกรณีที่มีการ

โต้เถียงกันว่ามีความแตกต่างกันหรือไม่ระหว่างความตกลง (Agreement) และความยินยอม (Consent) พิจารณาตัวอย่างที่เป็นข้อสมมุติฐานต่อไปนี้ หญิงคนหนึ่งสังเกตเห็นชายคนรักของตนเข้าไปในห้องนอนของตน เพื่อความสนุกหญิงนั้นจึงตัดสินใจแกล้งหลับต่อความตื่นตัวของตนเองที่ชายคนรักจะมีเพศสัมพันธ์ด้วย มีข้อสงสัยว่าหญิงนั้นมีความยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์กับชายคนรักหรือไม่ การพิจารณาว่าหญิงมีความตกลงที่จะมีเพศสัมพันธ์กับชายคนรักหรือไม่ ขึ้นอยู่กับว่า หญิงมีความตกลงอย่างแท้จริงจากส่วนลึกภายในจิตใจ (Subjective understanding) หรือมีความตกลงอย่างอยู่บนพื้นฐานความเป็นจริง (Objective understanding) การตกลงเป็นสภาวะในทางจิตใจ (State of mind) หรือเป็นการแสดงออกในการยอมรับการกระทำหนึ่ง ศาลต้องการตอบคำถามก่อนที่จะยึดเยื้อเกินไปโดยไม่ต้องสงสัย

2.3 เจตนาในการร่วมประเวณี (An intent to penetrate) ในกฎหมายอังกฤษ

ตำรากฎหมายอังกฤษกล่าวว่า²⁵ เป็นกรณีที่หาพบได้ยากว่า จำเลยคนใดจะสามารถอ้างว่าไม่ได้ตั้งใจที่จะสอดใส่เข้าไปข้างในตัวผู้เสียหาย กรณีอาจเกิดขึ้นได้หากคนทั้งคู่ได้ตกลงว่าจะเปลือยกายกอดกัน แต่มิได้ตกลงว่าจะมีการร่วมเพศ แต่กลับมีการร่วมเพศเกิดขึ้น ปัญหาอย่างหนึ่งที่ศาลต่างประเทศมุ่งประเด็นความสนใจก็คือ จำเลยตั้งใจว่าจะมีเพศสัมพันธ์กันทางช่องคลอด แต่ในความเป็นจริงกลับมีเพศสัมพันธ์กันทางทวารหนัก ศาลแทบที่จะไม่ยอมรับโดยกล่าวว่า ข้ออ้างนี้เป็นรูปแบบของการต่อสู้คดี การพิจารณาของศาลคือจำเลยมีเจตนาจะ

²⁴ Ibid. p.180.

²⁵ Ibid. p. 181.

ร่วมเพศไม่ว่าจะช่องทางใด ๆ (Orifice) การพิจารณาเช่นนี้ศาลยอมรับว่าเป็นการเพียงพอแล้ว

2.4 กรณีจำเลยกล่าวอ้างว่าผู้เสียหายยินยอมโดยไม่มีเหตุผลเพียงพอ ในกฎหมายอังกฤษ

ศาลอังกฤษวางหลักว่า²⁶ จำเลยจะมีความผิดแม้จำเลยเชื่ออย่างมีเหตุผลว่าผู้เสียหายยินยอม สิ่งนี้หมายความว่า จำเลยจะมีความผิดหากจำเลยทราบว่าผู้เสียหายไม่ยินยอมโดยไม่ว่าจำเลยจะมีความยินยอมหรือไม่ หรือจำเลยจะมีความผิดหากจำเลยเชื่อว่าผู้เสียหายยินยอมแต่ไม่มีเหตุผลที่ดีเพียงพอมีทางเลือกสามประการในการฟ้องร้องคดีที่สามารถพิสูจน์ลักษณะความชั่วร้ายภายในจิตใจ (Mens rea) ในคดีข่มขืนกระทำชำเรา

2.4.1 กรณีเชื่อว่าจำเลยมีเจตนาชั่วร้ายอย่างชัดแจ้ง

2.4.2 กรณีมีข้อสันนิษฐานอันเป็นพยานหลักฐานว่า จำเลยมีเจตนาชั่วร้าย

2.4.3 กรณีมีการพิสูจน์ถึงเจตนาชั่วร้ายตามคำนิยาม

2.4.1 กรณีเชื่อว่าจำเลยมีเจตนาชั่วร้ายอย่างชัดแจ้ง

หากจำเลยมีเจตนาที่จะหลอกลวงผู้เสียหายด้วยลักษณะของการกระทำหรือวัตถุประสงค์ของการกระทำ หรือจำเลยมีเจตนาที่จะชักนำให้ผู้เสียหายยินยอมโดยการปลอมตัวเป็นบุคคลซึ่งผู้เสียหายรู้จักเป็นการส่วนตัว กรณีเช่นนี้อาจเชื่อได้ว่าจำเลยมีเจตนาชั่วร้ายในความผิดฐานนี้ โปรดสังเกตว่าในสถานการณ์เดียวกันนี้มีข้อสันนิษฐานชัดว่าผู้เสียหายไม่ได้ให้ความยินยอม

2.4.2 กรณีมีข้อสันนิษฐานอันเป็นพยานหลักฐานว่า จำเลยมีเจตนาชั่วร้าย

ตัวอย่างเช่น มีการข่มขู่คุกคามด้วยความรุนแรงในทันทีก่อนการร่วมประเวณี อาจสันนิษฐานได้ว่าผู้เสียหายไม่ยินยอมที่จะกระทำการ และอาจสันนิษฐานได้ว่าจำเลยไม่ได้มีเหตุผลเพียงพอที่จะเชื่อได้ว่าผู้เสียหายยินยอม อนึ่ง หากจำเลยทราบว่าผู้เสียหายนอนหลับและได้กระทำการร่วมประเวณีกับผู้เสียหายในช่วงเวลานั้น อาจสันนิษฐานได้ว่าไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะเชื่อได้ว่าผู้เสียหายยินยอม และผู้เสียหายไม่มีความยินยอม อย่างไรก็ตาม ข้อสันนิษฐานนี้จะเป็นพยานหลักฐานที่แสดงว่าจำเลยเชื่ออย่างสนิทใจว่าผู้เสียหายกำลังให้ความยินยอม

2.4.3 กรณีมีการพิสูจน์ถึงเจตนาชั่วร้ายตามคำนิยาม

หากการสันนิษฐานไม่อาจทำให้ลูกขุนพิจารณาได้โดยง่ายว่าจำเลยเชื่ออย่างมีเหตุผลว่าผู้เสียหายยินยอม มีคำถามสำหรับลูกขุนอยู่สองข้อ ข้อแรกคือจำเลยเชื่อว่าผู้เสียหายยินยอมหรือไม่ ข้อที่สองคือหากจำเลยเชื่อว่าผู้เสียหายยินยอม จำเลยมีเหตุผลเช่นไร

ไม่ว่าความเชื่อนั้นจะมีเหตุผลเหมาะสมหรือไม่ พิจารณาได้จากสถานการณ์และขั้นตอนต่าง ๆ เพื่อสืบหาข้อเท็จจริงว่าผู้เสียหายยินยอมหรือไม่ สิ่งนี้แสดงให้เห็นว่าจำเลยจะต้องไม่ใช้ความพยายามที่จะจับผิดว่าผู้เสียหายจะให้ความยินยอมด้วยสาเหตุใด ยกตัวอย่างเช่น จำเลยเชื่อว่าจำเลยอดไม่ได้ที่จะกระทำกับผู้หญิงทุกคน ข้ออ้างเช่นนี้ไม่น่าจะเป็นไปได้ที่จะโน้มน้าวลูกขุนว่า จำเลยมีเหตุผลที่ดีเพียงพอ

²⁶ Ibid. p.181-182.

อันจะทำให้เชื่อได้ว่าผู้เสียหายยินยอม ในทางกลับกัน หากจำเลยถามคุณอนของจำเลยซ้ำ ๆ ว่า คุณอนจะยินยอมที่จะร่วมประเวณีกับจำเลยหรือไม่ และจำเลยได้รับรอยยิ้มอันอบอุ่นอ่อนโยนตอบกลับมา อาจแสดงว่ามีเหตุผลที่ดีเพียงพอที่จะเชื่อได้ว่าฝ่ายหญิงนั้นยินยอม มีข้อเสนอแนะว่า ลูกขุนจะต้องคอยสังเกตการกระทำของคุณอนทั้งสองฝ่าย เหตุการณ์ที่ทั้งโจทก์และจำเลยได้วางระดับความรับผิดชอบไว้ด้วยตัวของโจทก์และจำเลยเอง เรื่องนี้แสดงให้เห็นว่ามนุษย์จะต้องทำตามขั้นตอนที่เหมาะสมเพื่อให้แน่ใจว่าคุณอนของคุณอนมีความยินยอม ลูกขุนจะต้องพิจารณาด้วยว่าคุณอนทำตามขั้นตอนอย่างเหมาะสมและชัดเจน แม้ว่าฝ่ายหญิงจะคัดค้านและมีความกังวลเคร่งเครียดด้วย ซึ่งตามแนวปฏิบัติ ลูกขุนจะต้องนำแนวคิดที่ล้าสมัยมาปรับใช้ด้วย เช่นแนวทางที่ว่าโจทก์ได้สวมใส่กระโปรงสั้น อันเป็นเสมือนการเชื่อเชิญแก่จำเลยสำหรับการมีเพศสัมพันธ์

ข้อโต้แย้งอีกประการหนึ่งที่มายังศาล ได้แก่ ควรพิจารณาสถานการณ์ทั้งหมด ความบกพร่องทางจิตใจของจำเลยหรือประสบการณ์ทางเพศของจำเลยเป็นสิ่งที่ควรจะถูกคำนึงถึงด้วยหรือไม่ ลูกขุนจะถูกขอร้องให้ตัดสินใจเกี่ยวกับการหมกมุ่นอยู่กับสภาพจิตใจของจำเลย การขาดประสบการณ์ทางเพศของจำเลย และความเชื่อที่สมเหตุสมผลของจำเลยในเรื่องความยินยอม อย่างไรก็ตาม มีผู้โต้แย้งว่าปัจจัยดังกล่าวไม่สมควรคำนึงถึง

■ บทสรุป

บทบาทหน้าที่ของกฎหมายช่มชื่นกระทำซ้ำเราในประเทศไทยนั้น เป็นการตรวจสอบในรายละเอียดเกี่ยวกับการควบคุมสังคม การแก้ไข

ปัญหาความขัดแย้งและการเปลี่ยนแปลงทางสังคม เพื่อให้สังคมไทยเป็นไปด้วยความสงบเรียบร้อย กฎหมายช่มชื่นกระทำซ้ำเราที่ออกในระยะหลังล้วนเป็นไปเพื่อแก้ไขปัญหาความขัดแย้งในเรื่องความหลากหลายทางเพศและรูปแบบการมีเพศสัมพันธ์ โดยกฎหมายยังคงมีลักษณะอนุญาตให้ผู้พิพากษาสามารถใช้ดุลพินิจในการประเมินความผิดและลงโทษผู้กระทำความผิด บทความนี้จะช่วยให้ผู้พิพากษาเกิดประกายทางความคิดสำหรับใช้ประกอบการพิจารณาตัดสินคดี ช่วยให้นักกฎหมายไทยเห็นถึงพัฒนาการของกฎหมายไทยและกฎหมายอังกฤษทั้งที่มีความสอดคล้องและมีความแตกต่างกัน ประกอบกับช่วยให้นักกฎหมายไทยมองเห็นอิทธิพลของกฎหมายต่างประเทศที่มีต่อกฎหมายไทยได้อีกส่วนหนึ่ง

ทั้งนี้ ผู้เขียนได้ค้นคว้าหาแนวประสบการณ์ทางความคิดเรื่องการช่มชื่นกระทำซ้ำเราในกฎหมายอังกฤษในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ค้นพบกรณีศึกษารวมถึงการวางแนวบรรทัดฐานของศาลอังกฤษบางประการที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อวงการกฎหมายไทย โดยศาลอังกฤษได้พิจารณามุ่งเน้นไปที่ลักษณะทางธรรมชาติของมนุษย์ในการร่วมประเวณี การตอบสนองของคุณอน และความยินยอมของผู้เสียหายโดยคำนึงถึงสภาพจิตใจของผู้เสียหายเป็นหลัก รวมทั้งให้แง่คิดที่สำคัญเกี่ยวกับความไม่ยินยอมของผู้เสียหาย เจตนาในการร่วมประเวณี รวมถึงกรณีที่จำเลยกล่าวอ้างว่าผู้เสียหายยินยอมโดยไม่มีเหตุผลเพียงพอ อันเป็นแนวคิดในลักษณะที่มีความละเอียดอ่อนลึกซึ้ง มีการคิดวิเคราะห์หลายขั้นตอน เคารพในสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ ซึ่งผู้เขียนเชื่อว่าประสบการณ์ทางความคิดเรื่องการช่มชื่นกระทำซ้ำเราในกฎหมายอังกฤษในบทความ

ขึ้นนี้จักช่วยสร้างประโยชน์แก่วงการกฎหมาย
อาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของ
ไทยได้ต่อไป

■ บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- โกศล โสภาคย์วิจิตร. (2525). พจนานุกรม
กฎหมายอังกฤษ-ไทย. กรุงเทพฯ: สำนักงาน
ที่ปรึกษากฎหมายฟาร์อีสต์.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 250/2510 ประชุมใหญ่.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2413/2520.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1646/2532.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 848/2548.
ถาวร โพธิ์ทอง. (2552). **พจนานุกรมกฎหมาย
และศัพท์ที่เกี่ยวข้อง อังกฤษ-ไทย.**
(พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (26 กรกฎาคม 2550).
หญิงข่มขืนชาย กฎหมายสะท้อนอารมณ์.
มติชน.
ธง วิทย์วัฒน์. (2550). **พจนานุกรมศัพท์
กฎหมาย อังกฤษ-ไทย.** (พิมพ์ครั้งที่ 2).
กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
ธง วิทย์วัฒน์. (2553). **พจนานุกรมศัพท์และ
สำนวนกฎหมาย ไทย-อังกฤษ อังกฤษ-ไทย.**
กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.

ประมวลกฎหมายอาญา.

- ราชบัณฑิตยสถาน. (2545). **ศัพท์นิติศาสตร์
อังกฤษ-ไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน.** (พิมพ์
ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน.
ราชบัณฑิตยสถาน. (2546). **พจนานุกรม ฉบับ
ราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542.** (พิมพ์ครั้งที่
1). กรุงเทพฯ: นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่นส์.
อรรถพล แสงสุวรรณวงศ์. (2544). **นิติวิทยา-
ศาสตร์ 3 เพื่อการสืบสวนสอบสวน
(นิติเวชศาสตร์).** (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ:
บริษัท ดาวฤกษ์ จำกัด.

ภาษาต่างประเทศ

- Herring, Jonathan. (2005). **Criminal law.**
(4th ed.). New York: Palgrave Macmillan
Law Masters.
Mallikamas, Prima., Chakrabongse, Narisa.,
& Piamattawat, Paisarn. (Eds.). (2012).
**Oxford-River Books English-Thai
Dictionary.** (1st ed.). Thailand: River
Books.
The Sexual Offences Act 2003.
Vago, Steven. (1991). **Law and Society.**
(3rd ed.). United States of America:
Prentice Hall.



