

การข่มขืนกระทำชำเราโดยหลอกลวง: วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 10007/2557 และการกระทำอื่น ๆ*

รณกรณ์ บุญมี**

บทคัดย่อ

ศาลฎีกาด้วยคำพิพากษาที่ 10007/2557 ตัดสินว่าการที่จำเลยหลอกลวงว่าหากผู้เสียหายยินยอมร่วมประเวณีกับตนจะช่วยให้สะเดาะเคราะห์ได้ เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ผู้เขียนเห็นว่าเป็นคำพิพากษาที่ตัดสินคลาดเคลื่อนจากข้อกฎหมายทั้งถ้อยคำตัวอักษรและเจตนารมณ์ของกฎหมาย อย่างไรก็ตามผู้เขียนยังเสนอต่อไปในบทความด้วยว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของไทยในปัจจุบันยังกำหนดรูปแบบของการ “ข่มขืน” ที่เกี่ยวข้องกับการหลอกลวงแคบเกินไป และรัฐสภาควรได้มีการพิจารณาและอภิปรายเพื่อแก้ไขกฎหมายมาตรานี้โดยเร็ว

*ผู้เขียนขอขอบคุณ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท, อาจารย์ ดร.เอมผกา เตชะภักย์คุณ, อาจารย์ ดร.นพดล เดชสมบัติรัตน์ และ อาจารย์ณัฐสุตา รัตตมณี สำหรับการแลกเปลี่ยนความเห็นที่ทำให้บทความนี้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

**ผู้ช่วยศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ น.บ. (เกียรตินิยมอันดับ 2) มธ., น.บ.ท., น.ม. มธ., LLM with Merit LSE, น.ด. มธ., PhD Candidate NUS.



Abstract

The Supreme Court ruled that if the offender lies to the victim that having sexual intercourse with him would bring the victim good luck and because of that lie, the victim consents to have sex with him, the offender will be found guilty of rape in contrary to section 276. I believe this decision is wrongly decided. It is neither in the letters nor the spirit of the offence to brand someone a rapist in a case like this. However, I further argue that the current section 276 is too narrowly defined. Parliament should consider bringing an amendment to this section in the foreseeable future.

บทนำ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557 ได้ก่อให้เกิดประเด็นที่น่าสนใจเรื่องหนึ่งคือการหลอกลวงรูปแบบใดบ้างที่ทำให้การร่วมประเวณีจากเดิมที่ไม่ผิดกฎหมายมาเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่มีโทษและการประณามอย่างรุนแรง ผู้เขียนเชื่อว่าเรื่องนี้เป็นเรื่องที่สำคัญเพราะการร่วมประเวณีและการหลอกลวงเป็นเรื่องที่คนทั่วไปประสบพบเจอได้บ่อยไม่ว่าในฐานะคนกระทำหรือถูกกระทำ จนถึงขนาดศีลธรรมพื้นฐานในศาสนาพุทธอย่างเบญจศีล หรือที่เรียกกันว่าศีลห้ายังต้องเข้ามากำหนดแนวทางความประพฤติในเรื่องนี้

ในบทความนี้ผู้เขียนจะนำเสนอสองประเด็นคือ ประเด็นที่หนึ่ง, ด้วยความเคารพศาลฎีกา, ผู้เขียนเห็นว่าศาลในคดีนี้ตัดสินผิดและสร้างบรรทัดฐานที่ไม่ดีให้กับการตีความกฎหมายฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพราะเป็นการตีความที่ไม่เคร่งครัดตามลายลักษณ์อักษรและความมุ่งหมายของความผิดอาญาดังกล่าว และประเด็นที่สองผู้เขียนเห็นว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในส่วนของรูปแบบของการข่มขืนนั้น กฎหมายบัญญัติไว้อย่างแคบเกินไป และอาจเกิดปัญหาในการตีความที่ทำให้ไม่สามารถคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกระทำอย่างเป็นธรรมได้โดยที่ยังเคารพหลักการพื้นฐานของกฎหมายอาญาที่กำหนดให้การตีความกฎหมายอาญาต้องเคร่งครัด

1. คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557

สำหรับคำพิพากษานี้มีย่อหาดังนี้

“คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557

พนักงานอัยการจังหวัดพิษณุโลก

โจทก์

นายสนั่น บางท่าโรง

จำเลย

โจทก์ฟ้องและแก้ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276, 279, 91

จำเลยให้การปฏิเสธ

ศาลชั้นต้นพิพากษาว่า จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคแรก, 279 วรรคสอง การกระทำของจำเลยเป็นความผิดหลายกรรมต่างกัน ให้ลงโทษทุกกรรมเป็นกระทงความผิดไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 91 ฐานข่มขืนกระทำชำเรา 5 กระทง จำคุกกระทงละ 6 ปี รวมจำคุก 30 ปี ฐานกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีโดยใช้กำลังประทุษร้าย จำคุก 3 ปี รวมจำคุก 33 ปี

จำเลยอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์ภาค 6 พิพากษาแก้เป็นว่า ให้ยกฟ้องในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นอกจากที่แก้ให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น



โจทก์ฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงที่คู่ความไม่ได้แย้งกันในชั้นฎีการับฟังว่า ขณะเกิดเหตุ นางสาว ธ. ผู้เสียหายที่ 1 อายุ 16 ปีเศษ เด็กหญิง ว. ผู้เสียหายที่ 2 อายุ 12 ปีเศษ โดยผู้เสียหายทั้งสองเป็นบุตรของนาง ว. กับนาย พ. ซึ่งบิดามารดาของผู้เสียหายทั้งสองหย่ากันแล้ว สถานที่เกิดเหตุเป็นบ้านของนางสาว ป. ที่จำเลยอาศัยประกอบพิธีกรรมอาบน้ำมนต์และสะเดาะเคราะห์ ตามวันเวลาและสถานที่เกิดเหตุในฟ้อง นาง ว. พาผู้เสียหายที่ 1 และที่ 2 ไปหาจำเลยที่เกิดเหตุเพื่ออาบน้ำมนต์และทำพิธีสะเดาะเคราะห์ สำหรับความผิดฐานกระทำความทารุณแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีโดยใช้กำลังประทุษร้าย ยุติไปตามคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ภาค 6 แล้ว

มีปัญหาต้องวินิจฉัยตามฎีกาของโจทก์ว่า จำเลยกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามคำพิพากษาศาลชั้นต้นหรือไม่ โจทก์ฎีกาว่า พยานโจทก์มีผู้เสียหายที่ 1 เบิกความยืนยันว่า จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 โดยใช้อุบายหลอกลวงผู้เสียหายที่ 1 ให้จำยอมต่อจำเลยเพื่อทำพิธีกรรมสะเดาะเคราะห์ต่อชะตาให้ เพื่อจำเลยจะใช้โอกาสดังกล่าวกระทำความชำเราผู้เสียหายที่ 1 สอดใส่อวัยวะเพศของจำเลยเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 และจำเลยบอกห้ามมิให้ผู้เสียหายที่ 1 ร้อง เมื่อกระทำชำเราเสร็จจึงบอกห้ามมิให้ผู้เสียหายที่ 1 นำเรื่องไปบอกใครและต้องมาให้จำเลยกระทำชำเราอีก หากไม่มาจะทำให้พิธีกรรมที่จำเลยทำไม่ได้ผล อันเป็นการข่มขู่ผู้เสียหายที่ 1 ให้บังเกิดความกลัว เป็นเหตุให้ผู้เสียหายที่ 1 อยู่ในภาวะจำยอมที่ไม่สามารถขัดขืนได้และถูกจำเลยข่มขืนกระทำชำเราอีกหลายครั้งตามฟ้องนั้นเห็นว่า ได้ความจากพยานโจทก์ปากผู้เสียหายที่ 1 ที่เบิกความว่า ก่อนวันเกิดเหตุมารดาผู้เสียหายทั้งสองพาผู้เสียหายที่ 1 ไปหาจำเลยที่กระท่อมของนางสาว ป. เพื่อปรึกษาเรื่องที่บิดาผู้เสียหายทั้งสองเลิกร้างกับมารดาแล้ว ไม่ส่งเงินให้แก่ผู้เสียหายทั้งสองใช้สอย จำเลยตรวจดูลายมือและดวงให้ผู้เสียหายที่ 1 แล้ว บอกว่าผู้เสียหายที่ 1 ดวงขาดจะต้องทำพิธีอาบน้ำมนต์และพิธีเข้ากรรมเพื่อสะเดาะเคราะห์ ต่อมารดาผู้เสียหายทั้งสองจึงพาผู้เสียหายที่ 1 ไม่พบจำเลยเพื่อทำพิธีสะเดาะเคราะห์ ขณะประกอบพิธีจำเลยให้มารดาผู้เสียหายทั้งสองรออยู่ที่เพิงนอกกระท่อม ส่วนจำเลยอยู่กับผู้เสียหายที่ 1 ตามลำพังในห้องบนกระท่อม จำเลยให้ผู้เสียหายที่ 1 สวดมนต์ตามจำเลยประมาณ 30 นาที แล้วให้ผู้เสียหายที่ 1 นอนหงายบนพื้นกระท่อม เลิกเสื้อของผู้เสียหายที่ 1 ขึ้น ใช้ปากกาเขียนที่หน้าอก ที่ตัว และใช้น้ำมันทาตัวผู้เสียหายที่ 1 จำเลยบอกว่าพิธีกรรมจะได้ผลต้องเอาอวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศผู้เสียหายที่ 1 จำเลยถอดกางเกงของจำเลยและของผู้เสียหายที่ 1 ออก จากนั้นจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของจำเลยเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 ซักเข้าซักออก ระหว่างนั้นจำเลยสวดมนต์และเป่าตามร่างกายผู้เสียหายที่ 1 จำเลยกระทำชำเราจนสำเร็จความใคร่ ก่อนกลับจำเลยบอกผู้เสียหายที่ 1 ว่าจะต้องมาอีกเรื่อย ๆ และสั่งมิให้ผู้เสียหายที่ 1 บอกใคร หลังจากนั้นมารดาผู้เสียหายทั้งสองพาผู้เสียหายที่ 1 ไปพบจำเลยอีกหลายครั้ง ทุกครั้งจำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 เช่นเดียวกับครั้งแรก จากคำเบิกความของผู้เสียหายที่ 1 น่าเชื่อว่า ผู้เสียหายที่ 1 ยอมให้จำเลยกระทำชำเราเนื่องจากหลงเชื่อในอุบายของจำเลยที่ทำนายว่า ผู้เสียหายที่ 1 ดวงชะตาไม่ดีจะต้องทำพิธีกรรมเพื่อสะเดาะเคราะห์เพื่อที่บิดาผู้เสียหายทั้งสองที่เลิกรากับมารดาของผู้เสียหายทั้งสองจะส่งเงินให้แก่ผู้เสียหายที่ 1 แสดงว่าผู้เสียหายที่ 1 เยาว์วัยอ่อนต่อโลกมีความโง่เขลาเบาปัญญาหลงเชื่ออย่างมง่ายว่าจำเลยสามารถทำ

พิธีกรรมเพื่อสะเดาะเคราะห์ต่อดวงชะตาจนส่งเสริมให้บิดาส่งเงินมาให้ได้ ดังนั้น การที่ผู้เสียหายที่ 1 ยอมให้จำเลยกระทำชำเราหลายครั้งมิได้เกิดจากความสมัครใจและอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การที่จำเลยเลิกเลื้อของผู้เสียหายที่ 1 ขึ้น ใช้ปากกาเขียนที่หน้าอกที่ตัวและใช้น้ำมันทาตัวผู้เสียหายที่ 1 ถอดกางเกงของผู้เสียหายที่ 1 แล้วจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของจำเลยเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 ซักเข้าซักออกจนสำเร็จความใคร่ ถือได้ว่าเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายเป็นเหตุให้ผู้เสียหายที่ 1 อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ โดยจำเลยกระทำความผิดหลายกรรมต่างกัน ที่ศาลอุทธรณ์ภาค 6 พิพากษายกฟ้องจำเลยในข้อหาข่มขืนกระทำชำเรา นั้น ไม่ต้องด้วยความเห็นของศาลฎีกา ฎีกาของโจทก์ฟังขึ้น

พิพากษาแก้เป็นว่า ให้บังคับคดีไปตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น

(จินนิติ หะวานนท์-พรเทพ อัมพรกลิ่นแก้ว-พิสิฐ สุดลาภา)

ศาลจังหวัดพิษณุโลก - นายเจริญชัย ตริวัฒนาวงศ์

ศาลอุทธรณ์ภาค 6 - นายธีระเดช ยุวชิต

แหล่งที่มา

กองผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกา

แผนก

(ไม่มีข้อมูล)

หมายเลขคดีศาลฎีกา

อ.8591/2553

หมายเลขคดีศาลชั้นต้น

อ.675/2548

หมายเลขคดีแดงศาลชั้นต้น

อ.1498/2549

หมายเหตุ

(ไม่มีข้อมูล)”

2. วิเคราะห์คำพิพากษา

ก่อนที่จะเริ่มวิเคราะห์คำพิพากษานี้ ผู้เขียนขอแจ้งว่าผู้เขียนไม่ได้อ่านคำพิพากษฉบับเต็ม ได้อ่านเพียงคำพิพากษฉบับย่อ (และย่อสั้น) ทำให้การวิเคราะห์นี้อาจผิดพลาดอันเกิดจากความเข้าใจผิดในเนื้อหาของคำพิพากษาได้ โดยผู้เขียนขอใช้โอกาสนี้แสดงความไม่เห็นด้วย และไม่เข้าใจอีกครั้ง ที่ระบบตุลาการของไทยไม่เผยแพร่คำพิพากษฉบับเต็ม ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าการเผยแพร่คำพิพากษามีประโยชน์ที่สำคัญอย่างน้อย 2 ประการ

ประการแรกคือการสร้างความโปร่งใสให้กับกระบวนการตุลาการ เพราะประชาชนสามารถตรวจสอบการดำเนินการตัดสินคดีได้ว่าถูกต้องหรือไม่ เป็นการเสริมความแข็งแกร่งให้กับหลักการพิจารณาตัดสินคดีโดยเปิดเผย เพราะกระบวนการดำเนินคดี พยานหลักฐานที่ถูกนำมาพิจารณา รวมทั้งเหตุผลของผู้พิพากษาที่ใช้ในการตัดสินคดีจะถูกนำมาออกมาเผยแพร่แก่ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย เพราะประชาชนไม่สามารถร่วมฟังการพิจารณาตัดสินคดีได้ทุกคดีในทุกวัน สำหรับประเด็นเรื่องสิทธิส่วนตัวของคู่ความ ศาลสามารถพิจารณาได้ว่าบางคดีไม่ควรตีพิมพ์เช่นคดีครอบครัว คดีเกี่ยวกับเด็ก คดีทางเพศ หรือคดีที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงเป็นต้น หรือศาลอาจเลือกปิดชื่อโจทก์ จำเลย และผู้เกี่ยวข้องก็สามารถทำได้



ประการที่สอง การเผยแพร่คำพิพากษายังช่วยส่งเสริมกระบวนการเรียนรู้ของประชาชน ทำให้ประชาชนมีโอกาสทำความเข้าใจการปรับใช้กฎหมายได้มากขึ้นจะสามารถปฏิบัติตัวตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง และที่สำคัญยังสามารถสร้างนักกฎหมายที่ดีที่สามารถคิดวิเคราะห์และโต้แย้ง ให้เหตุผลทางกฎหมายได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อองค์กรที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตุลาการทั้งทางตรงและทางอ้อมยังพึ่งพาคำพิพากษาฎีกาอย่างมาก (ทั้งที่ตำรามาตรฐานก็ยืนยันว่าคำพิพากษาไม่ใช่บ่อเกิดของกฎหมาย) ในการสร้างนักกฎหมายและคัดเลือกคนเข้าทำงานในตำแหน่งตุลาการ ซึ่งประจักษ์พยานได้ตั้งแต่บรรดาคู่มือเตรียมสอบ ไปจนถึงธงคำตอบของข้อสอบคัดเลือกตุลาการและอัยการ ที่อ้างอิง, ถ้าไม่ใช่ยึดติด, กับคำพิพากษาฎีกา ดังนั้นเมื่อคำพิพากษาของศาลฎีกามีส่วนสำคัญในการคัดเลือกคนไปทำหน้าที่ตุลาการ นักกฎหมายก็ควรจะได้ศึกษาคำพิพากษาทั้งฉบับเพื่อจะได้วิเคราะห์เหตุผลและผลผูกพันของคำพิพากษาได้อย่างเหมาะสม ไม่ใช่เพียงมีโอกาสได้ศึกษาจากคำพิพากษาที่ถูกย่อซึ่งมีความเสี่ยงที่จะเกิดความผิดพลาดในการย่อทำให้สาระสำคัญหายไป หรือร้ายแรงกว่านั้นคือการท่องจำธงคำตอบเพื่อตอบให้ถูกต้องตามคำพิพากษาฎีกาโดยไม่สามารถให้เหตุผลได้

จากคำพิพากษานับย้อยาวดังกล่าวมีประเด็นที่น่าพิจารณาคือการที่ศาลอธิบายว่า หนึ่ง, การที่ผู้เสียหายยินยอมร่วมประเวณีกับจำเลยนั้นเกิดจากการถูกหลอกลวง เป็นความยินยอมที่ไม่ได้เกิดขึ้นโดยสมัครใจ และสอง, การที่จำเลยหลอกลวงว่าถ้าไม่ยอมให้ทำชำเราจะไม่สามารถสะเดาะเคราะห์ได้ นั้นเป็นการทำให้ผู้เสียหายไม่อยู่ในสถานะที่ชัดเจนได้จึงต้องจำยอมให้จำเลยกระทำชำเรา น่าสนใจว่าการให้เหตุผลทั้งสองลักษณะนี้ถูกต้องหรือไม่

การจะตอบคำถามนี้ได้ต้องพิจารณามาตรา 276 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” จะเห็นได้ว่ากฎหมายไทยบัญญัติให้การข่มขืนซึ่งแปลว่ามีได้ยินยอมโดยสมัครใจ¹ ให้มีความหมายรวมถึงการกระทำขณะที่ผู้ถูกกระทำอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เช่นมึนเมา² พิการ์³ หรือตกอยู่ภายใต้วงล้อม⁴ หรือทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจผิดว่าผู้กระทำเป็นบุคคลอื่น ดังนั้นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของไทยจึงไม่ใช่ความผิดที่กำหนดให้ต้องมีการใช้ความรุนแรง หรือมีการใช้กำลัง (violent crime) เท่านั้น

อย่างไรก็ตามในขณะเดียวกันความผิดฐานนี้กลับจำกัดขอบเขตของการไม่ยินยอมหรือ “ข่มขืน” นี้ไว้เพียงสี่กรณีเท่านั้นคือการขู่เข็ญ, ใช้กำลังประทุษร้าย, อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้, และทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นคนอื่น เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำตัวอักษรแล้วจะเห็นได้ว่ากรณีทั้งสี่ไม่ใช่เพียงตัวอย่างที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้แนวทางแก่ศาลในการตีความคำว่า “ข่มขืน” ที่มีความหมายกว้างแค่เพียงสี่กรณี⁵ หากแต่เป็นการที่ฝ่ายนิติบัญญัติจำกัดการตีความคำว่า “ข่มขืน” ว่าจะต้องเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืน

¹จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1 (จักรีสารพิมพ์ 2548) 739.

²คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2382/2522

³คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7008/2554

⁴คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5772/2549

⁵มาถึงจุดนี้เราควรพูดกันให้ชัด, แม้จะดูไม่จำเป็นสักเพียงใด, ว่ารูปแบบการกระทำทั้งสี่ประการนี้เป็นการนิยามการ “ข่มขืน” หรือรูปแบบการกระทำที่ฝ่าฝืนความยินยอมตามมาตรา 276 ไม่ใช่เป็นการกระทำชำเราเพราะคำว่ากระทำชำเราตั้งแต่ปี 2550 ได้มีนิยามไว้โดยเฉพาะในวรรคสอง และแม้ก่อนหน้านี้รูปแบบการกระทำทั้งสี่ก็หาเป็นการนิยามส่วนของคำว่ากระทำ

ความยินยอมรูปแบบหนึ่งรูปแบบใดในสัณฐานนี้เท่านั้น⁶ ดังนั้นศาสตราจารย์จิตติ จึงกล่าวไว้ว่าคำว่า “ข่มขืนนี้จะบัญญัติไว้ในมาตรา 276 หรือไม่ “ผลก็ไม่แตกต่างกันแต่ประการใด”⁷ เพราะคำ ๆ นี้แม้จะมีผลในการตีตราและกระชับ แต่ก็ห้ามผลในทางกีดกันความผิดอย่างใด ดังนั้นแม้มาตรา 276 จะไม่เป็นการผิดที่เกี่ยวเนื่องกับความรุนแรง แต่ความผิดดังกล่าวก็ทำให้ความผิดที่ฝ่าฝืนความยินยอม (non-consensual sexual offence) โดยแท้แต่อย่างใด⁸

เมื่อพิจารณาหลักการ *nullum crime poena sine lege* ซึ่งถูกเรียกว่าเป็น “เอกลักษณ์ของกฎหมายอาญา”⁹ หรือ “หลักประกันในกฎหมายอาญา”¹⁰ เงื่อนไขข้อหนึ่งก็คือการตีความกฎหมายอาญาต้องเคร่งครัด (*lex stricta*)¹¹ ดังนั้นโดยหลักการนี้แม้โดยปกติความยินยอมในทางอาญาจะต้องเป็นความยินยอมโดยบริสุทธิ์¹² ซึ่งหมายถึงไม่มีการหลอกลวง สำคัญผิด หรือข่มขู่ใดเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอม¹³ แต่การฝ่าฝืนความยินยอมที่จะเป็นการข่มขืนในมาตรา 276 นี้ต้องเป็นการฝ่าฝืนความยินยอมด้วยการขู่เข็ญ, ใช้กำลังประทุษร้าย, ทำให้ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้, หรือหลอกลวงให้สำคัญผิดว่าเป็นคนอื่นเท่านั้น การกระทำชำเราที่แม้ปราศจากความยินยอมโดยบริสุทธิ์ ถ้าการได้มาซึ่งความยินยอมนั้นไม่ได้มาจากวิธีการหนึ่งวิธีการใดที่ระบุไว้สัณฐานนี้แล้ว การกระทำชำเรานั้นก็ควรจะไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 แต่เป็นได้อย่างมากก็แค่ความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามมาตรา 278 ซึ่งระวางโทษเบากว่า

ดังนั้นการที่ชายหลอกลวงว่าจะสมรสด้วย (หรือคบอย่างจริงจังด้วย), หลอกว่ามีฐานะร่ำรวย (หรือมีหน้าที่การงานดี), หลอกว่าจะจ่ายเงินให้ (หรือจ่ายด้วยเงินปลอม), หลงจูงยอมร่วมประเวณีด้วย¹⁴ ในทุกกรณีชายไม่มีเจตนาจะทำตามคำสัญญา ไม่ว่าจะขอเวลาอีกนานเท่าใดก็ตาม คำพูดของชายจึงเป็นการหลอกลวงหรือ, เรียกให้สุภาพ, เป็นเทคนิคการขาย¹⁵ เพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมในการที่หญิงจะ

ชำเราไม่ เพราะด้วยลักษณะของการกระทำที่นอกจากการใช้กำลังประทุษร้ายแล้ว การกระทำที่เหลืออีกสามรูปแบบไม่มีลักษณะเป็นการทำชำเรา อีกทั้งศาลฎีกาวางหลักการตีความมาโดยตลอดว่าการกระทำชำเราคือการใช้ของลับชายสอดใส่ในของลับหญิง

⁶แม้อาจจะไม่ตรงมากนัก แต่เมื่อเราเทียบมาตรา 276 กับมาตรา 313 (2) จะเห็นได้ว่าขอบเขตของรูปแบบการกระทำที่ฝ่าฝืนความยินยอมที่กำหนดไว้ในมาตรา 276 นี้แคบกว่ามาก

⁷ติงศภัทิย์ 739.

⁸ดูปัญหาเรื่องการกำหนดนิยามความผิดฐานกระทำชำเรา และการแบ่งนิยามการกระทำชำเราออกเป็น 2 กลุ่มคือ violent crime และ non-consensual sexual offence ได้ที่ Maria Erikson, *Defining Rape: Emerging Obligations for States under International Law?* (Orebro University 2010).

⁹เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป (10 edn, พลสยาม พรินต์ 2551) 16

¹⁰คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป (3 edn, วิญญูชน 2551) 64

¹¹รณกรณ์ บุญมี, ‘ไม่มีความผิด โดยไม่มีกฎหมาย: สำรวจการปรับใช้ในกฎหมายระบบกฎหมาย Anglo-American’ (2560) วารสารนิติศาสตร์ (รอตีพิมพ์)

¹²คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508

¹³วัจนะสวัสดิ์ 432; ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป (วิญญูชน 2559) 166.

¹⁴ผู้เขียนเข้าใจดีว่าผู้กระทำผิดและผู้เสียหายอาจเป็นเพศใดก็ได้ แต่เพื่อให้งานเขียนอ่านได้ลื่นไหลผู้เขียนขออนุญาตเขียนให้ผู้กระทำผิดเป็นผู้ชายและผู้เสียหายเป็นผู้หญิง ผู้เขียนไม่มีเจตนาสร้าง gender stereotypes แต่อย่างใด และหวังว่าผู้อ่านจะอ่านโดยมีภาพและความเข้าใจว่าผู้กระทำผิดและผู้เสียหายเป็นได้ทั้งหญิงและชาย

¹⁵Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law* (LexisNexis 2009) 594.



ยอมร่วมประเวณีด้วย แม้อาจจะถือได้ว่าความยินยอมดังนั้นเป็นความยินยอมที่ไม่บริสุทธิ์เพราะเกิดขึ้นจากการหลอกลวง แต่การกระทำชำเรานั้นก็ไม่ถือว่าเป็นการ “ข่มขืน” กระทำชำเรา เพราะชายไม่ได้ขู่เชือด, ใช้กำลังประทุษร้าย, และหญิงไม่ได้อยู่ในสถานะที่ขัดขืนไม่ได้, หรือชายหลอกลวงให้หญิงเข้าใจผิดว่าชายเป็นบุคคลอื่น¹⁶ กรณีเหล่านี้เราอาจเรียกว่าเป็นการหลอกลวงในมูลเหตุ (fraud in the inducement/purpose) ผู้ถูกกระทำทราบดีว่าตนกำลังจะทำการหรือถูกทำชำเรา และให้ความยินยอมในการทำหรือถูกทำชำเรานั้น

การหลอกลวงในมูลเหตุนี้ นอกจากจะไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 276 แล้ว ในทางทฤษฎีคำอธิบายในทางตำรา¹⁷ ทั้งหลายก็เห็นต้องตรงกันว่าไม่เป็นความผิดอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพราะผู้เสียหายทราบดีถึงสาระสำคัญของการกระทำว่าตนกำลังจะร่วมประเวณีกับผู้กระทำ และได้ให้ความยินยอมไป ดังนั้นความยินยอมหรือเจตนาที่แสดงออกไบนั้นย่อมถูกต้องตรงกันกับสาระสำคัญของการกระทำที่ผู้เสียหายเข้าใจ ความยินยอมให้กระทำชำเราจึงยังคงมีอยู่ในขณะกระทำชำเรา ดังนั้นจึงไม่มีการกระทำชำเราที่ฝ่าฝืนต่อความยินยอมอันเป็นสาระสำคัญของความผิดฐาน “ข่มขืน” กระทำชำเรา ซึ่งในการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา กรรมการก็มีความเห็นไปในทางเดียวกันว่าการหลอกลวงในมูลเหตุนี้ไม่เป็นความผิดอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเรา¹⁸

นอกจากนั้น ประเด็นเรื่องการหลอกลวงในมูลเหตุนี้ สำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่เป็นความผิดจารีตประเพณี (common law offence of rape) ในประเทศกลุ่ม Anglo-American ก็ใช้หลักการเดียวกัน โดยถือว่าการหลอกลวงในมูลเหตุนี้ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา¹⁹ เช่น จำเลยเป็นแพทย์หลอกลวงคนไข้ว่าถ้ากระทำชำเรากับตนแล้วจะสามารถรักษาโรคได้²⁰ หรือจำเลยทำกลโกงทำให้ตนไม่มีทางแพ้ในการเล่นเกมการ์ดกับผู้เสียหายซึ่งมีกฎว่าหากผู้เสียหายแพ้จะต้องยอมร่วมประเวณีกับจำเลย²¹ ศาลตัดสินในทั้งสองคดีว่าเป็นการหลอกลวงในมูลเหตุ จำเลยไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อย่างไรก็ตามในปัจจุบันประเทศอังกฤษออกกฎหมาย Sexual Offences Act 2003 โดยกำหนดไว้ในมาตรา 76 (2) (a)²² ซึ่งกำหนดว่าหากผู้กระทำหลอกลวงในมูลเหตุ (รวมทั้งในสภาพของ

¹⁶ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ (12 edn, วิญญูชน 2559) 200; ดิงศักดิ์ 741.

¹⁷ดิงศักดิ์ 742; มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ 200.

¹⁸คณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 274/47/2485 ลงวันที่ 6 กุมภาพันธ์ 2485 (2485)

¹⁹Dressler 594; Wayne R LaFave, *Criminal Law* (West Group 2000) 766-767.

²⁰*Boro v. Superior Court* (1985) 163 Cal. App. 3d 1224 < <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/163/1224.html> > accessed 26 July 2017; ดิงศักดิ์ เชียงอรธ 61.

²¹*People v Harris* (1979) 93 Cal.App.3d 103 < <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/93/103.html> > accessed 26 July 2017.

²²Sexual Offences Act 2003 s.76 Conclusive presumptions about consent

(1) If in proceedings for an offence to which this section applies it is proved that the defendant did the relevant act and that any of the circumstances specified in subsection (2) existed, it is to be conclusively presumed—

(a) that the complainant did not consent to the relevant act, and

(b) that the defendant did not believe that the complainant consented to the relevant act.

การกระทำ) ของการร่วมประเวณีโดยเจตนา และผู้เสียหายหลงเชื่อจึงยอมร่วมประเวณีด้วย การกระทำของจำเลยถือว่เป็นการกระทำโดยปราศจากความยินยอมและเป็นผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา²³

ถ้าประเทศไทยจะให้รวมการกระทำในลักษณะดังกล่าวเข้าไว้เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ก็ต้องมีการแก้ไขกฎหมายให้ชัดเจน และต้องแยกแยะให้ดีกว่าการหลอกลวงในมูลเหตุแบบใดที่ควรจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เช่นหลอกลวงว่าจะทำเสน่ห์ให้สมบูรณ์ต้องได้ทำชำเรากับหมอผี, หลอกลวงว่าจะรักและสมรสด้วย, หลอกลวงว่าจะให้เงิน, หลอกลวงและสัญญาว่าจะหลังช้างนอก,²⁴ หลอกลวงว่าตนเองไม่ได้เป็นผู้ติดเชื้อเอชไอวี ฯลฯ ซึ่งผู้เขียนไม่เห็นความแตกต่างในสาระสำคัญของการหลอกลวงเหล่านี้ รูปแบบใดที่ควรจะเป็นความผิดอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเรา และเหตุใดรูปแบบอื่นถึงจะไม่ผิด อย่างไรก็ตามตราบใดที่หนึ่งไม่มีการแก้ไขกฎหมาย การที่ศาลฎีกาด้วยคำพิพากษาที่ 10007/2557 ได้ตัดสินออกมาว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้น, ด้วยความเคารพ, เป็นการตัดสินคดีนอกเหนือกว่าถ้อยคำตัวอักษรในบทกฎหมาย²⁵ และนอกเหนือเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งฝ่าฝืนหลักการพื้นฐานของกฎหมายอาญา นอกจากนั้นยังจะทำให้เกิดความไม่ชัดเจนในการปรับใช้มาตรา 276 ด้วยว่าการหลอกลวงในมูลเหตุอย่างกรณีที่ยกตัวอย่างขึ้นมานี้จะเป็นความผิดอาญาหรือไม่

3. การหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำ (fraud in the factum): กฎหมายอาญาของไทยแคบเกินไป

ผู้เขียนเชื่อมั่นว่าการตัดสินคดีของศาลในคดี 10007/2557 เป็นการตัดสินที่คลาดเคลื่อนจากหลักกฎหมาย แต่สิ่งที่ผู้เขียนคิดว่าน่าสนใจและท้าทายมากไปกว่านั้นก็คือการหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำชำเรา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามียู่สองกรณีที่มีความรุนแรงแตกต่างกันคือ

1) การหลอกลวงที่ทำให้ผู้ถูกระทำไม่รู้ว่าการกระทำที่ถูกกระทำอยู่นั้นเป็นการกระทำชำเรา เช่นกรณีที่แพทย์ทำการตรวจภายในแล้วบอกว่ากำลังใช้เครื่องมือในการตรวจช่องคลอดแต่แท้ที่จริงแล้ว

(2) The circumstances are that—

(a) the defendant intentionally deceived the complainant as to the nature or purpose of the relevant act;

(b) the defendant intentionally induced the complainant to consent to the relevant act by impersonating a person known personally to the complainant.

²³Jonathan Herring, *Criminal law: text, cases, and materials* (Seventh edn, Oxford University Press 2016) 411.

²⁴*F, R (on the application of) v The Director of Public Prosecutions & Anor* [2013] EWHC 945 (Admin) คดีนี้ศาล High Court สั่งให้อัยการทบทวนคำสั่งไม่ฟ้องคดีข่มขืนกระทำชำเราที่สามีหลังช้างในภรรยา ทั้งที่ภรรยาแจ้งอย่างชัดแจ้งว่ายินยอมร่วมประเวณีบนเงื่อนไขการให้หลังช้างนอก และการกระทำของสามีเป็นเหตุให้ภรรยาตั้งครรภ์ ซึ่งคดีนี้นอกจากจะน่าสนใจในแง่ข้อเท็จจริงของคดีแล้ว ยังน่าสนใจที่ศาลเข้าแทรกแซงโดยสั่งอัยการให้ทบทวนการตัดสินใจสั่งไม่ฟ้อง ซึ่งคดีนี้ถือเป็นข้อยกเว้นอย่างมาก < <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2013/945.html> > accessed 27 July 2017.

²⁵ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง (35 edn, วิญญูชน 2559) 446



แพทย์กำลังใช้อวัยวะเพศของตนกระทำชำเราผู้เสียหาย²⁶ หรือครูสอนร้องเพลงหลอกเด็กนักเรียนซึ่งอายุเกินกว่า 16 ปีว่าต้องใช้อุปกรณ์สอดช่องคลอดเพื่อจะทำให้ร้องเพลงได้ดียิ่งขึ้น แต่ปรากฏว่าใช้อวัยวะเพศของตนกระทำชำเราเด็กนักเรียน²⁷ หรือ

2) หลอกหลวงว่าจะทำชำเราด้วยวิธีอื่น เช่น หลอกหลวงว่าจะทำชำเราโดยใช้ถุงยางอนามัย²⁸ เป็นต้น

สำหรับการหลอกหลวงในรูปแบบที่สองนั้นผู้เขียนขอเว้นเอาไว้ยังไม่พูดถึงในตอนนี้อย่างไรก็ตาม การหลอกหลวงในรูปแบบแรกนั้นศาลในประเทศกลุ่ม Anglo-American สามารถใช้ความผิดจารีตประเพณีฐานข่มขืนกระทำชำเราลงโทษได้ แม้ยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ตาม เพราะถือว่าไม่มีความยินยอมที่ให้กระทำชำเราเลย²⁹ แต่ปัญหาคือกฎหมายไทยจะสามารถตีความเช่นนั้นได้หรือไม่

อย่างที่กล่าวไปข้างต้นกฎหมายไทยตราความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอย่างจำกัดโดยกำหนดรูปแบบของการกระทำชำเราโดยปราศจากความยินยอมไว้เพียงสี่กรณีเท่านั้น และเมื่อเราต้องตีความกฎหมายอาญาอย่างจำกัดเราย่อมมองเห็นได้ว่าการกระทำของแพทย์หรือครูสอนร้องเพลงไม่ได้มีการขู่ เชื้อ หรือหลอกหลวงว่าเป็นบุคคลอื่น ส่วนกรณีการใช้กำลังประทุษร้ายนั้น แม้ด้วยตัวการทำชำเราจะเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายอยู่ในตัว แต่การจะเป็นการกระทำชำเราได้นั้นต้องมีการกระทำอันเป็นใช้กำลังประทุษร้ายอีกการกระทำแยกออกมาจากการกระทำชำเรา ไม่เช่นนั้นประโยชน์การใช้กำลังประทุษร้ายจะแทนที่รูปแบบอื่น ๆ ของการข่มขืนทั้งหมด และการเป็นส่วนเกินหรือไม่มีที่ใช้

สิ่งที่น่าจะใกล้เคียงที่สุดคือการทำให้ตกอยู่ในภาวะที่ขัดขืนไม่ได้ ประเด็นก็คือคำว่า “อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” นั้นมีความหมายกว้างเพียงใด โดยแต่เดิมกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 243 กำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยวรรคหนึ่งของมาตราดังกล่าวบัญญัติว่า “ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เชือดกระทำชำเราซึ่งมีใจหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนเอง ท่านว่าผู้นั้นข่มขืนกระทำชำเรา ต้องระวางโทษ...”³⁰ นอกจากนั้นวรรคสองยังบัญญัติต่อไปว่า “ผู้ใดใช้อุบายหลอกหลวงกระทำชำเราซึ่งมีใจหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนเอง ท่านว่าผู้นั้นข่มขืนกระทำชำเรา มีความผิดต้องระวางโทษดุจกัน...” จะเห็นได้ว่าลักษณะการกระทำที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายเดิมนั้นกำหนดไว้เพียงสามรูปแบบเท่านั้นคือ ใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เชือด, หรือใช้อุบายหลอกหลวง โดยไม่มีการกล่าวถึงการกระทำชำเราในขณะที่ผู้ถูกระทำอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

อย่างไรก็ตามตัวอย่างของการกระทำชำเราในขณะที่ผู้ถูกระทำไม่สามารถขัดขืนได้ที่ยกกันตามกฎหมายอาญาปัจจุบันนั้น เมื่อเกิดขึ้นในขณะที่บังคับใช้กฎหมายลักษณะอาญาก็สามารถเอาผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายเดิมนี้นี้ได้ โดยศาลฎีกาตีความคำว่า “ขืนใจ” ให้มีความหมายอย่างกว้าง ๆ โดย “ให้

²⁶*Pomeroy v State* (1883) 94 Ind.96 cited in Dressler 594.

²⁷*R v Williams* (1923) 1 KB 340 and see more discussion at Patricia J. Falk, ‘Rape by fraud and rape by coercion’ (1998) 64 Brooklyn Law Review 39

²⁸ดูรายละเอียดด้านล่างเมื่อกล่าวถึงกฎหมายสวีต

²⁹*Pomeroy v State* (1883) 94 Ind.96 cited in Dressler 594 and *R v Williams* (1923) 1 KB 340.

³⁰แก้ตัวสะกด โดยใช้ตัวสะกดแบบปัจจุบัน

พึงเข้าใจว่าหมายรวมทั้งการที่หญิงไม่สมัครใจด้วย”³¹ ดังนั้นการกระทำชำเราหญิงขณะหลับ³², ขณะหญิงป่วยหนักลุกไม่ขึ้น³³ ก็เป็นความผิดฐานข่มขืนทำชำเราได้ โดยศาสตราจารย์ ดร.หยุดอธิบายว่า ชื่นใจตามกฎหมายลักษณะอาญานี้เพียงหมายถึง “หญิงไม่ยินยอม”³⁴ ซึ่งเป็นคำอธิบายกว้าง ไม่เคร่งครัดว่าจะต้องเป็นการไม่ยินยอมจากการกระทำในรูปแบบที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ซึ่งสอดคล้องกับคำพิพากษาศาลฎีกาในขณะนั้น ที่ตีความความผิดฐานนี้อย่างกว้างขวาง

โดยนอกจากศาลจะตีความคำว่าชื่นใจอย่างกว้างว่าขาดความยินยอมแล้ว ตัวกฎหมายเองยังกำหนดให้การใช้อุปายหุลอกลงทำชำเราชื่นใจหญิงให้เป็นความผิดฐานข่มขืนทำชำเราด้วย โดยไม่ได้กำหนดว่าใช้อุปายหุลอกลงนั้นจะต้องจำกัดเฉพาะการใช้อุปายหุลอกลงให้เข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่นอย่างที่กำหนดในกฎหมายปัจจุบัน อย่างไรก็ตามคำอธิบายในทางตำราเมื่อกล่าวถึงประเด็นนี้กลับอธิบายอย่างแคบว่าการหุลอกลงใช้อุปายนี้ต้องเป็นไปในลักษณะที่จะทำให้หญิงไม่รู้ตัวกำลังถูกทำชำเรา หรือทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่น หากหญิงรู้สาระสำคัญของการกระทำว่ากำลังถูกทำชำเราแต่ให้ความยินยอมเพราะถูกหุลอกลงเช่นชายหลอกว่าจะเลี้ยงดู หญิงจึงยอมให้ทำชำเรา ดังนี้ไม่ถือเป็นความผิด³⁵

อย่างไรก็ตามเมื่อประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดครอบคลุมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา, ในคำของศาสตราจารย์ จิตติ, “ให้มีหลักเกณฑ์เคร่งครัดชัดเจนกว่าเดิม” และในการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา กรรมการก็ได้แสดงความคิดเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายไว้เพียงกว้าง ๆ ว่าใช้อุปายหุลอกลงนั้นไม่ชัดเจนและจะทำให้การใช้อุปายหุลอกลงบางประการเช่นบอกว่าจะเลี้ยงเป็นภรรยาแล้วไม่เลี้ยง เป็นการชื่นใจทำชำเราได้ จึงควรเห็นแก่โดยจำกัดอยู่เฉพาะการหุลอกลงว่าเป็นบุคคลอื่น³⁶ แล้วการที่จำเลยที่เป็นแพทย์หลอกหญิงว่าจะทำอัลตราซาวด์ผ่านทางช่องคลอด (vaginal ultrasound) เพื่อตรวจดูทารกในครรภ์ แต่กลับใช้อวัยวะเพศสอดใส่ในช่องคลอดหญิงแทน ดังนั้นจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นแรกที่น่าจะตรงกันกับความคิดผู้อ่านทั่วไปก็คือกรณีนี้เป็นการทำชำเราโดยไม่มีความยินยอมของผู้ถูกระทำ เพราะหญิงยินยอมให้ใช้เครื่องมือทางการแพทย์สอดใส่ในช่องคลอด ไม่ใช่ใช้อวัยวะเพศของแพทย์มาสอดใส่ การสอดใส่ของแพทย์จึงชัดเจนว่าเป็นการทำชำเราโดยปราศจากความยินยอม อย่างไรก็ตามในประเด็นที่เราอาจต้องพิจารณาต่อมา, และอาจมีความเห็นแย้ง

³¹คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 234/2466 “ศาลฎีกาเห็นว่า เมื่อหญิงตื่นในขณะที่จำเลยทำชำเรา ได้แสดงความไม่ยินยอมจนถึงถึงจำเลยดังนี้ เป็นที่เห็นได้ว่าการที่จำเลยได้กระทำก่อนถูกถึนั้นเป็นการชื่นใจหญิง ถูกต้องตามความใน มาตรา 243 แล้วอนึ่งความหมายในมาตรา 243 นี้ คำว่า “ชื่นใจ” นั้น ให้พึงเข้าใจว่าหมายรวมทั้งการที่หญิงไม่สมัครใจด้วย ศาลอุทธรณ์ข้าหลวงพิเศษลงโทษจำเลยนั้นชอบแล้ว จึงพิพากษายืน”

³²คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 234/2466

³³คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 255/2472 อย่างไรก็ตามศาสตราจารย์เอื้อตเห็นว่าการทำชำเราขณะหลับเป็นการทำชำเราโดยใช้อุปายตามมาตรา 243 วรรค 2 ดู เอื้อต, คำอธิบายกฎหมายอาญา ของ มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง (ร้านกาญจนพิมพ์ดีด 2477) 816.

³⁴หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา (6 edn, วิญญูชน 2548) 358.

³⁵Ibid.

³⁶คณะกรรมการกฤษฎีกา 161.



ได้มาก, ก็คือแล้วการกระทำดังกล่าวเป็นการ “ข่มขืน” ตามนัยของมาตรา 276 ที่กำหนดรูปแบบการกระทำไว้เพียงสี่รูปแบบหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าในประเด็นนี้เราอาจตีความได้ 2 แนวทาง

แนวทางที่ 1 อาจพิจารณาเมื่อจำเลยเลือกใช้วิธีการ “หลอกลวง” เพื่อนำไปสู่การชำเรา แต่การหลอกลวงนี้ไม่ได้เป็นไปเพื่อทำให้ผู้ถูกระทำเข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่น การกระทำดังกล่าวจึงไม่ใช่การ “ข่มขืน” ตามนัยมาตรา 276 ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติตั้งใจตรากฎหมายให้แคบกว่ากฎหมายลักษณะอาญาเดิมที่เปิดกว้างให้รวมถึงการใช้กลอุบายทุกรูปแบบ, อย่างน้อยก็ในต้วบทกฎหมาย, เมื่อจำเลยหลอกลวงโดยใช้วิธีการอื่นนอกจากที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงต้องถือว่าการกระทำของจำเลยอยู่นอกขอบเขตของมาตรา 276 และเป็นความผิดฐานทำอนาจารตามมาตรา 278 แทน

แนวทางที่ 2 อาจพิจารณาได้ว่าแม้การกระทำของจำเลยที่หลอกลวงผู้เสียหายจะไม่ใช่การหลอกลวงตามที่กฎหมายกำหนด แต่โดย “สภาพ” การกระทำของจำเลยทำให้ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ โดยหากจำเลยรู้ความจริงว่าถูกหลอกลวงก็คงจะได้ขัดขืนไม่ยินยอม แต่ที่จำเลยไม่ขัดขืนและปล่อย (ไม่ได้ยอม) ให้จำเลยกระทำนั้นก็เป็นเพราะจำเลยถูกหลอกลวงให้อยู่ในภาวะนั้น แม้ด้วยความรู้สึกแรกผู้เขียนจะมีความคิดโน้มเอียงมาในแนวทางที่ 2 นี้อย่างมาก ด้วยเหตุผลหลักคือการที่คิดว่าการกระทำของนายแพทย์เป็นการข่มขืนกระทำชำเราในทุก ๆ ความหมาย และควรต้องถูกลงโทษทางอาญาด้วยความผิดนี้ ไม่ใช่เพียงการอนาจารที่ไม่ได้สะท้อนความรุนแรงของผู้กระทำอย่างเหมาะสม อย่างไรก็ตามเมื่อคิดด้วยหลักเหตุผลทางกฎหมายผู้เขียนลังเลอย่างยิ่ง เพราะเหตุผลสามประการ

ประการแรก หากเราตีความคำว่า “ทำให้อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” อย่างกว้างขวางรวมถึงการหลอกลวงด้วย นั้นจะทำให้รูปแบบของการข่มขืนรูปแบบที่สี่คือการทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่นไม่มีที่ใช้ เพราะการกระทำดังกล่าวก็ย่อมรวมอยู่แล้วในความหมายของการอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การข่มขืนในรูปแบบนี้จะถูกแปลความว่าหากนาย ก. ไม่ได้หลอกลวงว่าเป็น นาย ข. ผู้เสียหายก็คงไม่อยู่ในภาวะที่ปล่อยให้ชำเรา และคงได้ขัดขืน แต่การหลอกลวงนั้นทำให้ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ผู้เขียนเข้าใจได้หากรูปแบบของการกระทำที่เป็นองค์ประกอบความผิดจะทับซ้อนกันบ้าง³⁷ แต่หากจะทับซ้อนจนไม่มีที่ใช้เลยย่อมไม่มีเหตุผลที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติรูปแบบการกระทำรูปแบบที่สี่นี้มา เพราะสามารถตีความการกระทำในรูปแบบที่สามให้ครอบคลุมไปถึงได้อยู่แล้ว ดังนั้นเราควรตีความไปในทางที่รูปแบบทั้งสี่มีที่ใช้ได้

เหตุผลประการที่สอง ถึงแม้ว่าคำอธิบายของศาสตราจารย์จิตติตีความโน้มเอียงมาในทางที่ว่า การหลอกในเนื้อหาหรือสาระสำคัญของการชำเรา จะถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเพราะเป็นการทำให้ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้³⁸ อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาในเอกสารอ้างอิงที่ศาสตราจารย์จิตติใช้เป็นฐานตีความความผิดมาในแนวทางนี้ก็ปรากฏว่าเป็นเอกสารกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และอินเดียที่กำหนดองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนด้วยถ้อยคำที่ไม่เหมือนของไทย โดยในสหรัฐฯ ในขณะที่ศาสตราจารย์จิตติเขียนตำราที่น่าชื่นชมและเป็นมาตรฐานการศึกษากฎหมายอาญานั้นหลายมลรัฐยังใช้ความผิดจารีตประเพณีฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรมากำหนดนิยามการข่มขืนกระทำชำเรา อีกทั้งประเทศในกลุ่ม Anglo-American นี้มี

³⁷ มาตรา 84, 188 หรือ 358 เป็นต้น หลายรูปแบบการกระทำที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตราเดียวกันทับซ้อนกัน

³⁸ ดังศัทธิ 741.

นิติวิธีที่ดีความกฎหมายอาญาไม่ได้เคร่งครัดเหมือนอย่างในประเทศไทยควรจะเป็น ในขณะที่ประเทศอินเดีย แม้จะมีประมวลกฎหมายอาญาเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ประมวลกฎหมายอาญาอินเดียมาตรา 375 ก็ใน บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ว่า

“มาตรา 375 ข่มขืนกระทำชำเรา

ภายใต้ข้อยกเว้นที่กำหนดไว้ ชายย่อมถือว่าได้ข่มขืนกระทำชำเราเมื่อได้ทำชำเราหญิงภายใต้ สถานการณ์หนึ่งสถานการณ์ใดในหกประเภทที่กำหนดไว้ดังนี้

หนึ่ง, เป็นปฏิปักษ์ต่อเจตจำนงของหญิง

สอง, โดยปราศจากความยินยอมของหญิง

สาม, หญิงยินยอม แต่ความยินยอมนั้นได้มาเพราะหญิงกลัวว่าจะเกิดอันตรายแก่ชีวิตหรือ ร่างกายแก่หญิงหรือคนอื่นที่หญิงให้ความสนใจ

สี่, หญิงยินยอม เมื่อชายรู้ตัวว่าตนไม่ใช่สามีของหญิง และหญิงให้ความยินยอมเพราะเชื่อว่า ชายเป็นบุคคลอื่นที่หญิงเชื่อว่าตนแต่งงานด้วย

ห้า, หญิงยินยอม เมื่อหญิงไม่สามารถเข้าใจสภาพและผลของการกระทำที่ตนได้ให้ความ ยินยอม เพราะหญิงมีจิตไม่สมบูรณ์ มีนเมา หรือโดนวางยาโดยชายหรือวัตถุมีนเมาอื่น

หก, ไม่ว่าหญิงยินยอมหรือไม่ เมื่อหญิงยังมีอายุไม่ต่ำกว่าสิบหกปี

คำอธิบาย การสอดใส่เพียงพอที่จะทำให้เกิดการกระทำชำเราอันจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำ ชำเรา

ข้อยกเว้น การทำชำเราโดยชายกับภรรยาของตนเอง เมื่อภรรยาอายุไม่ต่ำกว่าสิบห้าปีไม่เป็น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา”³⁹

³⁹375. Rape.—A man is said to commit "rape" who, except in the case hereinafter excepted, has sexual intercourse with a woman under circumstances falling under any of the six following descriptions:-

First.-Against her will.

Secondly.-Without her consent.

Thirdly.-With her consent, when her consent has been obtained by putting her or any person in whom she is interested in fear of death or of hurt.

Fourthly.-With her consent, when the man knows that he is not her husband, and that her consent is given because she believes that he is another man to whom she is or believes herself to be lawfully married.

Fifthly.-With her consent, when, at the time of giving such consent, by reason of unsoundness of mind or intoxication or the administration by him personally or through another of any stupefying or unwholesome substance, she is unable to understand the nature and consequences of that to which she gives consent.

Sixthly.-With or without her consent, when she is under sixteen years of age.

Explanation.-Penetration is sufficient to constitute the sexual intercourse necessary to the offence of rape.

Exception.-Sexual intercourse by a man with his own wife, the wife not being under fifteen years of age, is not rape. < <http://ncw.nic.in/acts/THEINDIANPENALCODE1860.pdf> > accessed 27 July 2017



จะเห็นได้ว่าตัวบทกฎหมายของอินเดียในเรื่องนี้นั้นกว้างขวางกว่ากฎหมายไทยอย่างเอามาเทียบกันไม่ได้ (นอกจากการกระทำชำเราระหว่างสามีภรรยา) การเอาตำราหรือคำพิพากษาของศาลต่างประเทศมาเพื่ออธิบายการปรับใช้กฎหมายไทยจึงมีข้อที่ควรระวังอย่างยิ่ง และผู้เขียนเชื่อว่ากรณีนี้ การอ้างอิงตำราหรือคำพิพากษาของศาลประเทศไม่น่าจะช่วยในการตีความได้ เพราะกฎหมายไทยเขียนไว้ด้วยถ้อยคำที่แตกต่างและจำกัดกว่ามาก

เหตุผลประการที่สาม แม้ผู้เขียนจะทราบดีว่าการตีความกฎหมายควรพิจารณาจากตัวบทกฎหมายเท่านั้น ความเห็นของผู้ร่างกฎหมายไม่มีอิทธิพลต่อการตีความ อย่างไรก็ตามผู้เขียนอยากชี้ให้เห็นว่าในรายงานประชุมของอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเมื่อพิจารณาเรื่องการทำให้ผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ กับการใช้กลอุบายนั้นพิจารณาแยกกัน โดยการพิจารณา มีการยกกรณีแพทย์หลอกคนไข้ว่าจะทำการรักษาแต่กระทำชำเราขึ้นมาว่าเป็นตัวอย่างของการทำชำเราโดยใช้กลอุบาย แต่ไม่ได้มีการกล่าวถึงกรณีนี้ไว้ในการทำให้อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ที่มุ่งพิจารณากรณีที่หญิงอยู่ในภาวะที่ร่างกายหรือจิตใจทำให้หญิงไม่สามารถขัดขืนการกระทำของผู้กระทำได้⁴⁰

จากเหตุผลทั้งสามข้อนี้แม้ผู้เขียนจะรู้สึกไม่ดีเพียงใด แต่ผู้เขียนก็เห็นว่ากรณีกฎหมายที่หลอกว่าจะทำอัลตราซาวด์แต่กลับทำชำเราคนไข้ไม่อาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 โดยเฉพาะถ้าเรายึดมั่นในหลักการกฎหมายอาญาต้องตีความเคร่งครัด (*lex stricta*) โดยเฉพาะเมื่อการตีความสามารถเป็นไปได้ทั้งสองแนวทางนั้น โดยหลักศาลต้องตีความไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่จำเลย อย่างไรก็ตาม, อีกครั้ง, การที่ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตนี้ขึ้นมาไม่ใช่เพราะผู้เขียนคิดว่าการกระทำที่เป็นการหลอกลวงในสาระสำคัญเพื่อให้ได้โอกาสในการกระทำชำเราไม่ควรถูกลงโทษด้วยฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพราะผู้เขียนเห็นว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเราในทุก ๆ ความหมาย เพียงแต่น่าเสียดายที่กฎหมายมาตรา 276 ที่บัญญัติอย่างจำกัดเกินไป ผู้เขียนเห็นว่ารัฐสภาควรจะได้แก้ไขประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ให้ชัดเจนขึ้น โดยอาจจัดรูปแบบของการกระทำทั้งสี่รูปแบบออกไปโดยถือว่าการทำชำเราที่ฝ่าฝืนความยินยอมไม่ว่าเพราะเหตุใดเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทั้งหมด หรืออย่างน้อยผ่อนปรนให้รูปแบบทั้งสี่เป็นเพียงตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่าการกระทำอย่างใดเป็นการข่มขืนใจก็จะทำให้การใช้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นธรรมมากขึ้นในการคุ้มครองประชาชน ขณะเดียวกันก็ยังสามารถสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายอาญาได้

ประเด็นเรื่องกฎหมายไทยบัญญัติรูปแบบการกระทำที่เป็นการ “ข่มขืน” อย่างแคบนี้ไม่ใช่เฉพาะเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายอาญาจารีตประเพณีของ Anglo-American, ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของอังกฤษใน Sexual Offences Act 2003, และประมวลกฎหมายอาญาอินเดียเท่านั้น หากเมื่อเทียบกับประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์โดยเฉพาะประเทศที่เป็นต้นแบบของประมวลกฎหมายอาญาของไทยอย่างฝรั่งเศส และเยอรมนี (ซึ่งเพิ่งแก้ไขรูปแบบของการข่มขืนเมื่อปี 2559)⁴¹ ก็มีรูปแบบของ

⁴⁰ คณะกรรมการกฤษฎีกา คณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 274/47/2485 ลงวันที่ 6 กุมภาพันธ์ 2485 (2485) (คณะกรรมการกฤษฎีกา, 2485) 159-163.

⁴¹ กฎหมายปัจจุบันตัดองค์ประกอบว่าต้องมีการใช้กำลังข่มขู่ออกไปออกไปทำให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของเยอรมันในปัจจุบันเป็น non-consensual sexual offence ไม่ใช่ violent offence และมีรูปแบบการกระทำที่กว้างกว่าเดิม ดูคำแปลกฎหมายอาญาเยอรมันเดิมได้ที่ <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1557> accessed 27 July 2017 โดยแปลไว้ดังนี้

การข่มขืนที่กว้างกว่าโดยประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสมาตรา 222-23 กำหนดรูปแบบการกระทำความผิดว่าเป็นการกระทำโดยใช้ความรุนแรง, การควบคุมจำกัด, การข่มขู่, หรือการกระทำที่ไม่ได้คาดหมายไว้⁴² ขณะที่ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 177 กำหนดรูปแบบการข่มขืนใจว่าหมายถึงการที่ผู้กระทำฉวยโอกาสแสวงหาประโยชน์จากการที่ผู้เสียหายไม่สามารถสร้างหรือแสดงออกถึงการปฏิเสธได้, ฉวยโอกาสจากการที่ผู้เสียหายมีข้อจำกัดทางกายหรือจิตใจอย่างมากจนทำให้เกิดอุปสรรคในการสร้างหรือแสดงออกซึ่งเจตนาได้ เว้นแต่ผู้กระทำจะได้ทำให้มั่นใจว่าผู้เสียหายให้ความยินยอม, ฉวยโอกาสจากเหตุการณ์ที่ผู้เสียหายไม่ได้คาดหมายไว้, ฉวยโอกาสจากการที่ผู้เสียหายถูกข่มขู่หรือจากการที่ผู้กระทำต้องกระทำหรือทนต่อการกระทำในทางเพศโดยข่มขู่⁴³ จากนั้นยอมของทั้งสองประเทศ ไม่ต้องสงสัยเลยว่าการกระทำของแพทย์ที่หลอกว่าจะรักษาแต่กลับทำซ้ำเรานั้นเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอย่างแน่นอน

(1) Whosoever coerces another person

1. by force;

2. by threat of imminent danger to life or limb; or

3. by exploiting a situation in which the victim is unprotected and at the mercy of the offender,

to suffer sexual acts by the offender or a third person on their own person or to engage actively in sexual activity with the offender or a third person, shall be liable to imprisonment of not less than one year.

⁴²Article 222-23 Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol. Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle. <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20170727>> accessed 26 July 2017.

⁴³Section 177 (1) (2)

(1) Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer anderen Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn

1. der Täter ausnutzt, dass die Person nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern,

2. der Täter ausnutzt, dass die Person auf Grund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, es sei denn, er hat sich der Zustimmung dieser Person versichert,

3. der Täter ein Überraschungsmoment ausnutzt,

4. der Täter eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht, oder

5. der Täter die Person zur Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel genötigt hat. < https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_177.html > accessed 26 July 2017.



อย่างไรก็ตามในประเทศต้นแบบประมวลกฎหมายอาญาของไทย ยังมีประมวลกฎหมายอาญา สวิสที่กำหนดรูปแบบของการข่มขืนไว้อย่างจำกัดเช่นกัน โดยมาตรา 190 กำหนดรูปแบบการข่มขืนไว้ว่า คือการบังคับให้หญิงให้ร่วมทำชำเราโดยข่มขู่ หรือใช้ความรุนแรง, การกีดกันทางจิตใจ หรือทำให้อยู่ใน ภาวะที่ขัดขืนไม่ได้⁴⁴ ซึ่งก็น่าสนใจว่าศาลสวิสจะตีความเรื่องนี้อย่างไร โดยมีคดีที่ใกล้เคียง (แม้ยังแตกต่าง ในสาระสำคัญ) กับคดีนายแพทย์หลอกกระทำชำเราคือคดีที่คู่หนุ่มสาวที่นัดเจอกันผ่านแอปพลิเคชัน Tinder ตกหลุมรักประเวณีกัน โดยมีเงื่อนไขว่าฝ่ายชายต้องใส่ถุงยางอนามัย แต่ฝ่ายชายกลับแอบถอดถุงยาง อนามัยออกก่อนที่จะเริ่มทำชำเรา ซึ่งจากการวิจัยพบว่าการกระทำดังกล่าวที่เรียกว่า “stealthing” เป็น การกระทำที่พบได้บ่อยมากขึ้น⁴⁵ โดยในคดีนี้เมื่อฝ่ายหญิงทราบก็ฟ้องฝ่ายชายข้อหาข่มขืนกระทำชำเรา เพราะเป็นการร่วมประเวณีที่ฝ่าฝืนต่อความยินยอมของเธอ ศาลชั้นต้นตัดสินเมื่อมกราคมปีนี้ว่า การกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยให้ลงโทษจำคุกสิบสองเดือน แต่ให้รอการ บังคับโทษไว้ก่อน⁴⁶ อย่างไรก็ตามอีกสี่เดือนต่อมาศาลอุทธรณ์พิพากษาว่าการกระทำของจำเลยเป็น เพียงความผิดฐานการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ แต่ไม่ถึงขั้นข่มขืนกระทำชำเรา⁴⁷ แต่ศาลให้คงโทษ จำคุกสิบสองเดือนโดยรอการบังคับโทษไว้

สรุป

ศาลฎีกาตัดสินคดี 10007/2557 อย่างคลาดเคลื่อนและนอกเหนือตัวบทกฎหมาย คดีนี้จำเลย ไม่ควรมีความผิดและไม่ควรถูกลงโทษฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพราะผู้เสียหายที่อายุเกินกว่าสิบห้าปี ได้เข้าใจสาระสำคัญว่าตนกำลังจะร่วมประเวณีกับจำเลยและให้ความยินยอมในการกระทำนั้น การหลอกลวงของจำเลยเป็นเพียงการหลอกลวงในมูลเหตุชักจูงใจไม่ใช่การหลอกลวงในสาระสำคัญของ การกระทำ ไม่ว่าเราจะเห็นว่าการตีความกฎหมายอย่างนี้เป็นธรรม หรือถูกใจหรือไม่ แต่นี่เป็นแนวทางการตีความกฎหมายอาญาแบบที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันควรจะเป็น หากเราไม่เห็นด้วยกับกฎหมาย

⁴⁴Art. 190

1 Celui qui, notamment en usant de menace ou de violence, en exerçant sur sa victime des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, aura contraint une personne de sexe féminin à subir l'acte sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de un à dix ans.

2 (abrogé)

3 Si l'auteur a agi avec cruauté, notamment s'il a fait usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux, la peine sera la peine privative de liberté de trois ans au moins. < <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html> > accessed 27 July 2017.

⁴⁵Alexandra Brodsky, "Rape-adjacent": imagining legal responses to nonconsensual condom removal' (2017) 32 Columbia Journal of Gender and Law 183.

⁴⁶<<http://www.independent.co.uk/news/world/europe/man-convicted-rape-condom-sex-switzerland-a7521891.html>> และ <<https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2017/jan/16/removing-condom-without-permission-rape-swiss-court-definition-non-consensual-sex>> accessed 27 July 2017.

⁴⁷< <http://www.reuters.com/article/us-swiss-stealthing-idUSKBN1851UN> > accessed 27 July 2017.

เราควรเรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขกฎหมาย แต่ไม่ควรปรับใช้กฎหมายนอกเหนือตัวอักษร และเจตนารมณ์ของกฎหมาย

อย่างไรก็ตามผู้เขียนเสนอว่ากฎหมายอาญาควรจะแก้ไขรูปแบบการกระทำของการ “ข่มขืน” ให้มากกว่าเพียงสักรูปแบบเท่านั้น โดยศึกษาและอภิปรายว่าการกระทำแบบใดควรจะเป็นความผิดอาญา และการกระทำแบบใดที่ควรจะเป็นความผิดอาญาที่ถูกตีตราว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา เพราะหลายการกระทำทั้งคดีจริง และคดีสมมุติมีข้อให้ชวนถกเถียงมากกว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่