



ISSN: 2774-0390 (Online)

วารสารวิทยาการจัดการ มหาวิทยาลัยราชภัฏสกลนคร

Journal of Management Science Sakon Nakhon Rajabhat University

Homepage: <https://so08.tci-thaijo.org/index.php/JMSSNRU>

E-mail: jmssnr@gmail.com



ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษากรณีการหลอกลวงเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอม

The offense of rape: A case of obtaining consent through deception

ปญญาภรณ์ แก้วมาลา ^{1*}

Punyaporn Kaewmala ^{1*}

¹ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

¹ Faculty of Law, Thammasat University

Corresponding author's e-mail: pakarangnook@gmail.com ^{1}

Received: June 10, 2025

Revised: July 8, 2025

Accepted: July 13 10, 2025

บทคัดย่อ

กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานข่มขืนในปัจจุบันมีการกำหนดรูปแบบการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้เพียง 4 กรณี คือ 1) ขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ 2) ใช้กำลังประทุษร้าย 3) อยู่ในสภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ และ 4) ทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น แต่การกระทำความผิดอันเกิดจากการหลอกลวงไม่ว่าจะเป็นการออกกลอุบายให้ผู้อื่นเชื่อใจคล้อยตาม หรือหลอกเพื่อให้ผู้อื่นเข้าใจผิดในสาระสำคัญของการกระทำจนผู้นั้นตกลงยินยอมนั้น ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ในรูปแบบของการกระทำของมาตราดังกล่าวแต่อย่างใด บทความนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อวิเคราะห์ความชัดเจนและความเหมาะสมของการตีความบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 เกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยมีการทบทวนด้วยบทกฎหมาย ข้อคิดเห็นในวงวิชาการ และคำพิพากษาของศาลฎีกา ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักที่ว่ากฎหมายอาญาต้องตีความอย่างเคร่งครัด จากการศึกษาพบว่ารูปแบบของการหลอกลวงเพื่อให้มาซึ่งความยินยอมนั้นมีอยู่ 2 รูปแบบ กล่าวคือ การหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำและการหลอกลวงในมูลเหตุ โดยผู้เขียนได้เสนอแนะให้ปรับปรุงบทบัญญัติมาตรา 276 ให้ครอบคลุมรูปแบบการหลอกลวงเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอม โดยไม่ต้องจำกัดรูปแบบของการกระทำไว้เพียงทั้งสี่กรณี หรืออาจปรับเปลี่ยนให้รูปแบบดังกล่าวเป็นเพียงตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่าการกระทำอย่างใดเป็นการข่มขืนใจหรือปราศจากความยินยอมเท่านั้น หรือกำหนดบทบัญญัติใหม่ที่ระบุถึงการกระทำลักษณะดังกล่าวโดยเฉพาะเจาะจง โดยกำหนดให้ชัดเจนว่าการหลอกลวงเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมในลักษณะใดจะเป็นความผิดและลักษณะใดจะไม่ใช่ความผิด ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า ลักษณะการหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำควรเป็นความผิด เนื่องจากเป็นการหลอกเพื่อให้ผู้อื่นเข้าใจผิดในสาระสำคัญของการกระทำ แต่ลักษณะการหลอกลวงในมูลเหตุไม่ควรเป็นความผิด เนื่องจากไม่ได้ทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าการกระทำนั้นคือการมีเพศสัมพันธ์ หากแต่เป็นเพียงการชักจูงใจเพื่อให้อีกฝ่ายเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศด้วยเท่านั้น

คำสำคัญ: การหลอกลวง, ข่มขืนกระทำชำเรา, ความยินยอม

Abstract

Currently, the offense of sexual assault was categorized into four district constituent elements of the offense: 1) the use of threats by any means whatever; 2) the use of physical force; 3) taking advantage of person in a state of inability to resist, and 4) inducing a person to believe by mistake that the offender is another person. However, offences arising from deception, whether through fraudulent stratagems to gain trust or misrepresentation of the essence elements of the act to obtain their consent, are not explicitly as a statutory modality of commission under the aforementioned section. This article aims to analyze the determinacy and appropriateness of interpretative framework applied to Section 276 of the Criminal code. The analysis conducted through critical review of the letter of the law, legal doctrine, and judicial rulings of Supreme Court. Furthermore, in adherence to the principle of strict construction of criminal law (Lex Stricta), this study found there were two district modalities of deception employed to vitiate or procure consent. These included fraud in the factum and fraud in the inducement. The author proposed an amendment to Section 276 of the Criminal Code to encompass deceptive means used to procure consent, thereby removing the current limitation that restricts the modalities of commission to only the four specified cases. The law could be restructured so that the existing modalities serve merely as illustrative examples of coercion or lack of consent. Another approach is to enact a specific provision clearly delineating which forms of deception used to procure consent constitute an offense. The author contends that fraud in the factum (deception regarding the nature of the act) should be criminalized, as it involves a fundamental misconception of the act's essential nature. Conversely, fraud in the inducement (deception regarding motive) should not be deemed a criminal offense, as it does not mislead the victim as to the sexual nature of the act itself, but serves merely as a collateral inducement for participation.

Keywords: consent, deception, rape

บทนำ

ประมวลกฎหมายอาญาได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎร และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 เป็นต้นมา โดยมีการบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ในมาตรา 276 ไว้ว่า

“ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนโดยขู่เข็ญประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกสี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกสิบห้าถึงยี่สิบปี ปรับตั้งแต่สามหมื่นถึงสี่หมื่นบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต”

ต่อมาเมื่อปี พ.ศ. 2550 ได้มีการแก้ไขมาตรา 276 เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเรื่องการขจัดความแตกต่างของเพศและความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง บทบัญญัติใหม่ของมาตรา 276 จึงมีว่า

“ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเหยิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส และคู่สมรสนั้น ยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือ จะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรส ฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

ต่อมาได้มีการแก้ไขความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญาโดย พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 มีผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายในอดีต คำว่า “การกระทำชำเรา” มีความหมายครอบคลุมถึงการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของตนหรือวัตถุอื่นกระทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น การกระทำนี้รวมถึงการใช้อวัยวะเพศสอดใส่อวัยวะเพศผู้เสียหาย หรือการใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นสอดใส่อวัยวะเพศหรือทวารหนักผู้เสียหาย แต่ปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(18) ได้ปรับปรุงความหมายของการกระทำชำเราใหม่ โดยบัญญัติว่า “การกระทำชำเรา หมายถึง การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ด้วยการใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” การแก้ไขนี้ส่งผลให้การใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นนอกเหนือจากอวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักผู้เสียหาย ถูกเปลี่ยนสถานะจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดฐานอนาจารตามมาตรา 278 วรรคสอง ซึ่งการปรับปรุงนี้มีเป้าหมายเพื่อแยกแยะความผิดและกำหนดบทลงโทษให้สอดคล้องกับลักษณะการกระทำได้อย่างชัดเจนและเหมาะสมยิ่งขึ้น

จะเห็นได้ว่านับแต่ประมวลกฎหมายอาญาเริ่มมีผลใช้บังคับเป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในส่วนของความผิดฐานกระทำชำเราอยู่หลายครั้ง แต่การกระทำอันเป็นองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนตามมาตรา 276 กลับไม่ได้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงไปแต่อย่างใด กล่าวคือ มาตรา 276 ตามประมวลกฎหมายอาญามีการกำหนดรูปแบบการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ 4 กรณี ได้แก่ ขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ ใช้กำลังประทุษร้าย อยู่ในสถานะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ และทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ซึ่งคำอธิบายคำว่า “ข่มขืน” ในทางตำราของไทย ให้ความหมายว่า เป็นการฝืนใจหรือบังคับใจเป็นความผิดต่อเสรีภาพตามมาตรา 309 ได้ แต่ถ้าผู้เสียหายยินยอมจะไม่ใช่ความผิด เช่น ชายหลอกว่าจะสมรสกับหญิง หญิงจึงยอมให้ชายกระทำชำเรา ถือว่าหญิงยอมให้ชายกระทำชำเรา ชายไม่มีความผิดตามมาตรา 276 หรือไม่ว่าจะเป็นกรณีหลอกว่ามีฐานะร่ำรวย หลอกว่าจะจ่ายเงินให้ อีกฝ่ายจึงยอมร่วมประเวณีด้วย ซึ่งในทุกกรณีผู้หลอกไม่มีเจตนาจะทำตามสัญญาไม่ว่าเมื่อใดก็ตาม คำพูดของผู้นั้นจึงเป็นการหลอกลวงเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมในการที่หญิงจะยอมร่วมประเวณีด้วย (ทวีเกียรติ มินะเกษิษฐ และรณกรณ์ บุญมี, 2565) ดังนั้น หากหญิงยอมร่วมประเวณีด้วยจึงเป็นความยินยอมที่ไม่บริสุทธิ์เพราะเกิดขึ้นจากการหลอกลวง แต่การกระทำนั้นก็ไม่ถือว่าเป็นการ “ข่มขืน” กระทำชำเรา เนื่องจากไม่ได้เกิดจากการขู่เข็ญ ใช้กำลังประทุษร้าย หญิงมิได้อยู่ในสถานะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ และหญิงมิได้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ประกอบกับการประชุมคณะกรรมการตรวจ

พิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา กรรมการได้แสดงความเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายไว้เพียงกว้าง ๆ ว่าอุบายหลอกลวงนั้นไม่ชัดเจนและจะทำให้การใช้อุบายหลอกลวงบางประการ เช่น บอกว่าจะเลี้ยงเป็นภรรยาแล้วไม่เลี้ยง เป็นการขึ้นใจกระทำซ้ำเราได้ จึงเห็นควรแก้ไขโดยจำกัดอยู่เฉพาะการหลอกลวงว่าเป็นบุคคลอื่น (คณะกรรมการกฤษฎีกา, 2485) ดังนั้น การนำมาตรา 276 มาใช้ในการพิจารณาคดีได้จึงต้องยึดตามรูปแบบทั้ง 4 กรณีเท่านั้น เพื่อให้เป็นไปตามหลักกฎหมายอาญาต้องตีความอย่างเคร่งครัด (lex stricta) หากการหลอกลวงเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมในการร่วมประเวณี ไม่ได้เป็นไปเพื่อทำให้ผู้ถูกระงับเข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่น การกระทำความผิดดังกล่าวก็ไม่ใช่เป็นการ “ข่มขืน” ตามนัยมาตรา 276 ซึ่งเห็นได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติตั้งใจตรากฎหมายให้แคบกว่ากฎหมายลักษณะอาญาเดิมที่เปิดกว้างให้ รวมถึงการใช้กลอุบายทุกรูปแบบ หากผู้กระทำได้หลอกลวงโดยใช้วิธีการอื่นนอกเหนือไปจากที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ต้องถือว่า การกระทำเช่นนั้นอยู่นอกขอบเขตของมาตรา 276 และอาจเป็นความผิดตามมาตราอื่นแทน

ในบทความวิชาการนี้จะได้กล่าวถึงหลักการเรื่องความยินยอมและการหลอกลวงเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอม ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 โดยวิเคราะห์ลักษณะการหลอกลวงว่ากรณีใดจะเป็นความผิดหรือไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และวิเคราะห์กฎหมายของต่างประเทศ เพื่อนำมาซึ่งข้อสรุปและข้อเสนอแนะเพื่อปรับปรุงแก้ไขกฎหมายไทยให้มีความครอบคลุมกับรูปแบบการทำความผิดโดยการหลอกลวงเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอม

หลักความยินยอม

โดยทั่วไปแล้วความยินยอมของผู้เสียหายไม่ถือเป็นเหตุให้การกระทำพ้นจากความผิดตามกฎหมายอาญา เนื่องจากกฎหมายอาญามุ่งหมายที่จะปกป้องความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของสังคมเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม มีกลุ่มความผิดบางประเภทที่กฎหมายอาญานุญาตให้นำหลักการ “volenti non fit injuria” หรือหลักความยินยอมมาใช้ประกอบการพิจารณา ในกรณีเหล่านี้ ความผิดจะถือว่าเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อการกระทำความผิดเกิดขึ้นโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีองค์ประกอบความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเงื่อนไขสำคัญ การพิจารณาความยินยอมต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย และความยินยอมนั้นจะต้องเป็นไปโดยสมัครใจ ปราศจากการข่มขู่ หลอกลวง หรือใช้กำลังบังคับ รวมทั้งผู้ให้ความยินยอมต้องมีความสามารถทางกฎหมายและความเข้าใจในผลของการให้ความยินยอมนั้นอย่างแท้จริง (จิตติ ดิงศรัทย์, 2555)

ความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดอาญา สามารถแบ่งออกเป็นสองลักษณะ คือ ความยินยอมที่ทำให้การกระทำของผู้กระทำเป็นการกระทำที่ชอบธรรม หมายถึง การที่ผู้เสียหายให้ความยินยอมอย่างถูกต้องตามกฎหมาย ทำให้ผู้กระทำมีสิทธิทำการนั้นโดยไม่มี ความผิดตามกฎหมายอาญา เช่น กรณีการรักษาพยาบาลหรือการเล่นกีฬาที่ต้องอาศัยความยินยอมจากผู้เกี่ยวข้อง และความยินยอมที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของข้อเท็จจริงในองค์ประกอบของความผิด หมายถึง ความยินยอมที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดหรือไม่ หากไม่มีความยินยอมจากผู้เสียหายก็จะครบองค์ประกอบความผิด เช่น ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความยินยอมของผู้เสียหายถือเป็นองค์ประกอบสำคัญในการปฏิเสธความผิดนั้น (ธีสุทธิ์ พันธุ์ฤทธิ์, 2555) โดยมีรายละเอียดดังนี้

1. ในกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าแม้ผู้เสียหายให้ความยินยอม การกระทำความผิดก็ยังถือเป็นความผิด เช่น ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277, 279, 282, 301, 302 และ 319 รวมถึงกฎหมายยังกำหนดให้โทษรุนแรงขึ้นเมื่อผู้เสียหายไม่ยินยอมหรือยินยอมไม่เต็มใจ เช่น ในมาตรา 303 และ 318 ความยินยอมในลักษณะนี้จึงถือเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดทางอาญาโดยตรง และไม่มีผลทำให้ผู้กระทำพ้นจากความรับผิดชอบแต่อย่างใด

2. ในกรณีที่กฎหมายไม่ได้ระบุเรื่องความยินยอมไว้ แต่ผู้กระทำได้กระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย เช่นในกรณีของความผิดที่เกิดจากการบังคับหรือหลอกลวง หากผู้เสียหายให้ความยินยอมอย่างบริสุทธิ์ใจ การกระทำนั้นจะไม่ถือเป็นความผิด เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 276, 278, 283, 284 ความผิดต่อเสรีภาพตามมาตรา 309, 313 (2), 320 และความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินตามมาตรา 337 ถึง 341 ในกรณีนี้ ความยินยอมของผู้เสียหายจะทำให้ขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนั้น ซึ่งความยินยอมถือเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายอาญาเช่นเดียวกัน

ความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ถือเป็นองค์ประกอบสำคัญในการพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดหรือไม่ หากการกระทำเกิดขึ้นโดยได้รับความยินยอมอันบริสุทธิ์ใจของผู้เสียหาย การกระทำนั้นจะไม่ถือเป็นความผิดตามมาตรา 276 ในทางตรงกันข้าม หากพบว่าผู้กระทำได้กระทำการโดยไม่มีความยินยอมหรือความยินยอมนั้นเกิดจากการบังคับ หลอกลวง หรือไม่มีความสมัครใจแท้จริง การกระทำดังกล่าวจะถือว่าครบองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมาย โดยความยินยอมที่มีผลทางกฎหมายต้องเป็นความยินยอมที่เกิดขึ้นโดยเสรี ไม่มีการข่มขู่หรือบังคับ ผู้ให้ความยินยอมต้องมีความเข้าใจชัดเจนถึงผลดีและผลเสียที่จะเกิดขึ้น รวมถึงต้องมีความสมัครใจและตัดสินใจบนพื้นฐานของความบริสุทธิ์ใจ

หลักความยินยอมที่ได้มาจากการหลอกลวง

การหลอกลวงในความผิดเกี่ยวกับเพศนั้น โดยหลักแล้วไม่ถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา 276 เนื่องจากอยู่นอกเหนือองค์ประกอบทั้ง 4 รูปแบบ ได้แก่ การข่มขู่ การใช้กำลังประทุษร้าย การอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือทำให้เข้าใจว่าผู้กระทำเป็นบุคคลอื่น โดยทั่วไปความยินยอมที่เกิดจากการหลอกลวงสามารถจำแนกตามผลที่เกิดขึ้นเป็น 2 กรณี ดังนี้ (คณพล จันทน์หอม, 2566)

1. การหลอกลวงในข้อเท็จจริง (fraud in the factum) หมายถึง การหลอกลวงให้ยินยอมกระทำการอย่างอื่นที่มีใช้การชำเรา แต่ในข้อเท็จจริงผู้กระทำได้กระทำชำเราผู้เสียหาย กล่าวคือ ผู้เสียหายยอมให้ทำอย่างหนึ่ง แต่ผู้กระทำกลับทำอีกอย่างหนึ่ง หรือการที่ผู้กระทำซึ่งเป็นครูสอนขับร้องหลอกลวงผู้เสียหายซึ่งเป็นศิษย์ว่าผู้เสียหายจำเป็นต้องสร้างช่องผ่านของอากาศเพื่อให้การหายใจในเวลาขับร้องดีขึ้น ผู้เสียหายจึงหลงเชื่อและยินยอม แต่ครูกลับกระทำชำเราผู้เสียหาย ซึ่งแท้จริงแล้วสิ่งที่ผู้เสียหายยินยอมคือให้สร้างช่องผ่านอากาศ ไม่ได้ยินยอมให้กระทำชำเรา (คดี R v Williams, 1923) ความยินยอมที่ได้มาจากการหลอกลวงในกรณีนี้จึงไม่ได้เป็นการให้ความยินยอมโดยบริสุทธิ์ เนื่องจากผู้เสียหายไม่ได้อยู่ในสถานะที่ให้ความยินยอมได้โดยอิสระแต่เกิดจากการถูกหลอกลวง

2. การหลอกลวงเพื่อเหตุจูงใจ (fraud in the inducement) หมายถึง การชักจูงผู้เสียหายให้ยินยอมให้ตนชำเราเพื่อให้ได้รับประโยชน์บางประการ เป็นกรณีที่ผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมในการกระทำชำเราโดยตรง แต่การให้ความยินยอมนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์อย่างอื่นซึ่งไม่เป็นความจริง เช่น ผู้กระทำชำเราหลอกลวงว่าเป็นคนร่ำรวย และสถานภาพโสด หลอกลวงเชื่อยอมให้กระทำชำเราเพื่อหวังจะได้แต่งงานและมีชีวิตความเป็นอยู่ที่ดีสุขสบาย (คดี State v. Murphy, 1888) หรือ ผู้กระทำหลอกลวงผู้เสียหายซึ่งเป็นโสเภณีให้ยินยอมร่วมประเวณีแล้วจะชำระเงินให้ หลังจากกร่วมประเวณีแล้ว ผู้กระทำได้หลบหนีไป (คดี R. v Linekar, 1995) กรณีดังกล่าวนี้มักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่าความยินยอมของผู้เสียหายในการให้กระทำชำเราไม่เสียไป ดังนั้น จึงไม่อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ จะเห็นได้ว่าความยินยอมที่ได้มาจากการหลอกลวงในกรณีนี้แตกต่างจากกรณีแรก เนื่องจากผู้เสียหายมีความอิสระในการตัดสินใจ แม้ว่าจะมีเหตุจูงใจเพื่อให้ตกลงยินยอม แต่ก็ไม่ได้เกิดจากการหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำ แม้ผู้เสียหายจะถูกหลอกลวง แต่ก็ไม่ใช่การหลอกลวงที่จะทำอย่างอื่นที่ไม่ใช่การกระทำชำเรา จึงเป็นการให้ความยินยอมโดยบริสุทธิ์

อย่างไรก็ดี ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ไม่ได้กล่าวถึงการหลอกลวงเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมกรณีที่กำลังข้างต้น แต่ศาลไทยเคยได้มีคำพิพากษาคดีเกี่ยวกับการหลอกลวงอยู่บ้าง สามารถจำแนกเป็น 2 กรณี ได้แก่

2.1 กรณียินยอมเพราะถูกหลอก ผู้เสียหายตกเป็นเหยื่อของอุบายที่จำเลยใช้กล่าวอ้าง โดยจำเลยได้หลอกลวงว่าผู้เสียหายมีดวงชะตาไม่ดีและจำเป็นต้องทำพิธีสะเดาะเคราะห์เพื่อแก้ไขปัญหามานานในชีวิต ทั้งนี้ จำเลยได้สร้างความเชื่อว่าการทำพิธีดังกล่าว บิดาของผู้เสียหายซึ่งเลิกรากับมารดาจะส่งเงินให้แก่อุบายผู้เสียหาย เหตุการณ์นี้สะท้อนให้เห็นว่าผู้เสียหายยังมีความเชื่อและมีความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ มีความยาววัยอ่อนต่อโลก และโง่เขลาเบาปัญญาจึงหลงเชื่ออย่างมกมายในคำกล่าวอันเป็นเท็จของจำเลย ว่าจำเลยจะสามารถสะเดาะเคราะห์ให้ตนได้ จากพฤติการณ์ที่ปรากฏ การที่จำเลยใช้ปากกาเขียนลงบนร่างกายของผู้เสียหาย ใช้น้ำมันทาตัว ถอดกางเกงแล้วสอดใส่อวัยวะเพศเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย ซักเข้าซักออกจนสำเร็จความใคร่ โดยปราศจากความยินยอมโดยสมัครใจของผู้เสียหาย เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายเป็นเหตุให้ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การที่ผู้เสียหายยินยอมให้กระทำการดังกล่าว ไม่ได้เกิดจากความสมัครใจที่แท้จริง แต่เป็นผลจากการหลอกลวงและการควบคุมทางจิตใจโดยจำเลย ศาลพิพากษากลับว่าให้จำเลยมีความผิดเนื่องจากการกระทำความผิดดังกล่าวไม่ถือว่าเกิดขึ้นภายใต้ความยินยอมโดยสมัครใจของผู้เสียหาย และผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557)

2.2 กรณีที่ความยินยอมไม่ได้เกิดจากการถูกหลอกลวง ศาลจะไม่ถือว่าความยินยอมนั้นเป็นโมฆะหรือเสียไป ดังนั้นจำเลยจึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมาย เช่นในกรณีที่ผู้เสียหายซึ่งมีอายุถึงเกณฑ์ที่จะให้ความยินยอมได้ ไปขอใบสฤทธิจากจำเลยซึ่งเป็นครู จำเลยหลอกว่าต้องตรวจร่างกายก่อนแล้วกระตุ้นยั่วยวนกามารมณ์ของผู้เสียหาย ผู้เสียหายรู้และยินยอมจนถึงขั้นสุดท่ายก่อนที่จำเลยจะกระทำชำเรา ในกรณีนี้ถือว่าเป็นการกระทำด้วยความยินยอม ไม่ถือว่าเป็นการหลอกลวงหรือข่มขืน จึงไม่เข้าข่ายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 828/2486) คำพิพากษาในกรณีนี้จึงเป็นไปตามหลักการของความยินยอม กล่าวคือเมื่อผู้เสียหายให้ความยินยอม การกระทำความผิดดังกล่าวย่อมไม่ถือเป็นความผิด อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตสำคัญว่าครูในฐานะผู้ดูแลมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็ก แม้เด็กจะให้ความยินยอม แต่ก็อาจไม่ถือว่าเป็นความยินยอมที่เกิดขึ้นอย่างอิสระแท้จริง เนื่องจากความไม่สมดุลของอำนาจนี้อาจทำให้ความยินยอมดังกล่าวไม่บริสุทธิ์และอาจถูกพิจารณาว่าเป็นความยินยอมที่ถูกบีบบังคับหรือถูกชักจูงโดยไม่เหมาะสมได้แนวทางกฎหมาย (คณพล จันทน์หอม, 2566)

การหลอกลวงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

การตีความคำว่า “ข่มขืน” ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ยังคงใช้หลักความยินยอมในทำนองเดียวกับกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่ง กล่าวคือ ผู้เสียหายต้องมิได้ยินยอมโดยสมัครใจ (จิตติ ดิงศภัทย์, 2548) ดังนั้น แม้ประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้กำหนดความยินยอมในความผิดทางเพศไว้โดยตรง แต่เห็นได้ว่าผู้กระทำนั้นได้กระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย ซึ่งมาตรา 276 ได้กำหนดรูปแบบของความผิดฐานข่มขืนหรือการกระทำที่ฝ่าฝืนความยินยอม ว่าต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งจาก 4 รูปแบบ คือ (1) โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ (2) โดยใช้กำลังประทุษร้าย (3) โดยในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ (4) โดยทำให้ผู้อื่นเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น ซึ่งรูปแบบของการกระทำความผิดดังกล่าวล้วนแต่แสดงให้เห็นถึงองค์ประกอบความผิดว่าต้องมีความไม่ยินยอมของผู้เสียหาย เหตุที่กฎหมายมีการกำหนดเช่นนั้นเนื่องมาจากการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 274/47/2485 มีความเห็นว่า “การพิจารณาความสมัครใจของผู้กระทำการเป็นการพิจารณาที่ยากและประชาชนยังโง่อยู่มาก จึงต้องมีการกำหนดรูปแบบการกระทำอันเป็นความผิดเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการตีความอย่างกว้างจนเกินไป” ดังนั้น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของไทยจึงไม่ใช่ความผิดที่กำหนดให้ต้องมีการใช้ความรุนแรง หรือมีการใช้กำลัง (violent crime) เท่านั้น อย่างไรก็ดี เมื่อ

ความผิดฐาน “ข่มขืน” ตามกฎหมายไทยถูกกำหนดให้ต้องเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนความยินยอมรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งใน 4 กรณีเท่านั้น ประกอบกับจิตติ ดิงศักดิ์ย์ ได้กล่าวไว้ว่า “จะมีคำว่าข่มขืนบัญญัติไว้หรือไม่ เช่นในมาตรา 278 ผลก็ไม่แตกต่างกันแต่ประการใด เพราะแสดงว่าหญิงมิได้สมัครใจให้กระทำนั่นเอง” ดังนั้น แม้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตาม มาตรา 276 จะไม่มีความผิดที่เกี่ยวข้องกับความรุนแรงหรือมีการใช้กำลัง แต่ก็มิใช่ความผิดที่ฝ่าฝืนความยินยอม (non-consensual sexual offence) โดยแต่อย่างใด (รณกรณ์ บุญมี, 2560)

นอกจากนี้ มติการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 274/47/2485 ยังมีความเห็นให้ยกเลิกการใช้คำว่า “อุบาย” โดยให้เปลี่ยนมาเป็น “ทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” และการหลอกลวงว่าตนมีฐานะร่ำรวยหญิงจึงยอมให้กระทำชำเราไม่ใช้การทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น การหลอกลวงประการอื่นจนหญิงสมัครใจให้กระทำชำเรานั้นจึงไม่ควรเป็นความผิดอาญา (หยุด แสงอุทัย, 2561) ดังนั้น หากพิจารณาจากเจตนารมณ์ในการเสนอร่างแก้ไขความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของอนุกรรมการฯ แล้ว ย่อมตีความได้ว่าการหลอกลวงที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ถูกจำกัดอยู่เพียงรูปแบบเดียวคือการหลอกลวงว่าตนเป็นบุคคลอื่นนั่นเอง

ทั้งนี้ ผู้เขียนได้มีความเห็นโดยพิจารณาตามหลักการหลอกลวงเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอม สามารถจำแนกเป็น 2 กรณี ดังนี้

1. การหลอกลวงในมูลเหตุ (fraud in the inducement/purpose) เช่น หลอกว่าจะเลี้ยงดูหรือสมรสด้วย หลอกว่ามีฐานะร่ำรวย หลอกว่าจะจ่ายเงินให้หรือจ่ายด้วยเงินปลอม รูปแบบของการหลอกลวงเช่นนี้ผู้เสียหายจะต้องทราบดีว่าตนกำลังจะกระทำหรือถูกกระทำชำเราและได้ให้ความยินยอมในการกระทำหรือถูกกระทำนั้น การหลอกลวงในมูลเหตุนี้ นอกจากจะไม่เป็นไปตามรูปแบบใดใน 4 กรณีตามมาตรา 276 แล้ว ในคำอธิบายในตำราของนักวิชาการหลายคนก็เห็นตรงกันว่าไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากผู้เสียหายอยู่ในสถานะที่รู้สึกตัวและทราบถึงสาระสำคัญว่าตนกำลังจะร่วมประเวณีกับผู้กระทำ เมื่อตนได้ให้ความยินยอมไม่ว่าจะด้วยถูกผู้กระทำหลอกลวงอย่างไรก็ตาม ความยินยอมหรือเจตนาที่แสดงออกไปย่อมตรงกับสาระสำคัญของการกระทำที่ผู้เสียหายเข้าใจ ความยินยอมให้กระทำชำเราจึงยังคงมีอยู่ในขณะที่กระทำชำเรา ประกอบกับกรรมการในที่ประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาได้ยกตัวอย่างชายไปหลอกลวงว่าหากมาเป็นเมียแล้วจะยกทรัพย์สินให้ กรณีเช่นนี้ไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้น การหลอกลวงในมูลเหตุ (fraud in the inducement/purpose) จึงไม่ใช้การกระทำชำเราที่ฝ่าฝืนความยินยอมตามความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา 276

สำหรับกรณีที่ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาที่ 10007/2557 กรณีหมอดูหลอกลวงผู้เสียหายเด็กอายุ 16 ปี ว่าหากไม่ยอมให้ทำชำเราจะไม่สามารถสะเดาะเคราะห์ได้ ซึ่งศาลฎีกาได้พิจารณาพิพากษาว่าการกระทำของหมอดูเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยให้เหตุผลว่าการที่ผู้เสียหายยอมให้หมอดูกระทำชำเราหลายครั้งมิได้เกิดจากความสมัครใจและอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การกระทำของหมอดูจึงเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายเป็นเหตุให้ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ซึ่งในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าไม่แตกต่างจากกรณีที่ได้ยกตัวอย่างมาข้างต้นแต่อย่างใด เนื่องจากผู้เสียหายอยู่ในสถานะที่รู้สึกตัวและทราบถึงสาระสำคัญว่าตนกำลังจะร่วมประเวณีกับผู้กระทำ เมื่อตนได้ให้ความยินยอมไม่ว่าจะด้วยถูกผู้กระทำหลอกลวงอย่างไรก็ตาม ความยินยอมหรือเจตนาที่แสดงออกไปย่อมตรงกับสาระสำคัญของการกระทำที่ผู้เสียหายเข้าใจ ประกอบกับผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมไปหลายครั้ง ดังนั้น ความยินยอมดังกล่าวจึงตรงกันกับสาระสำคัญของการกระทำที่ผู้เสียหายเข้าใจ และเป็นความยินยอมที่มีอยู่ตลอดเวลาในขณะกระทำชำเรา การที่หมอดูร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย จึงไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 276 อันจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่อย่างใด แต่อาจเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร ดังเช่นกรณีหมอดูหลอกลวงผู้เสียหายที่เป็นเด็กชายอายุไม่เกิน 13 ปี ว่าดวงไม่ดีต้องสะเดาะเคราะห์แล้วใช้ของลับสอดใส่ทวารหนักตามคำพิพากษาที่ 509/2529 ศาลเห็นว่าไม่เป็นการขู่脅ด้วยประการใด ๆ

ไม่เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายหรืออยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ และไม่ทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดคิดว่าเป็นบุคคลอื่น ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 นี้ แต่เป็นความผิดฐานกระทำความอนาจารตามมาตรา 279 วรคแรก

2. การหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำ (fraud in the factum) เป็นที่ทราบกันดีว่าหากผู้กระทำหลอกลวงผู้เสียหายโดยที่ผู้เสียหายได้ทราบถึงสาระสำคัญว่าตนกำลังจะร่วมประเวณีกับผู้กระทำ การหลอกลวงเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมเช่นนี้ไม่ เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากเป็นการหลอกลวงในมูลเหตุ (fraud in the inducement/purpose) แต่ในกรณีแพทย์ทำการตรวจภายในโดยแจ้งผู้ป่วยว่ากำลังใช้เครื่องมือในการตรวจช่องคลอดแต่แท้จริงแล้วกลับใช้อวัยวะเพศกระทำชำเราผู้ป่วย (Pomeroy v. State, 1883) ซึ่งผู้ป่วยไม่รู้สาระสำคัญว่ากำลังถูกข่มขืน หรือครูสอนร้องเพลงหลอกลวงเด็กนักเรียนซึ่งอายุเกินกว่า 16 ปี ว่าจ้างหะการหายใจในการร้องเพลงของเด็กไม่ค่อยดี มีวิธีทำให้ลมผ่านผ่านได้สะดวกขึ้นโดยต้องใช้อุปกรณ์สอดช่องคลอดเพื่อจะทำให้ร้องเพลงได้ดียิ่งขึ้น แต่ปรากฏว่าใช้อวัยวะเพศของตนกระทำชำเราเด็กนักเรียนแทน (R v Williams, 1923) เห็นได้ว่าทั้งสองกรณีดังกล่าวผู้เสียหายไม่ได้ทราบสาระสำคัญว่าตนกำลังจะร่วมประเวณีกับผู้กระทำ จึงเป็นการชำเราโดยปราศจากความยินยอม หรือที่เรียกว่าการหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำ (fraud in the factum) ซึ่งในคำอธิบายทางตำราของไทย ได้ให้ความเห็นว่ากรณีการหลอกลวงให้เข้าใจผิดในสภาพของการกระทำเป็นเหตุให้ผู้เสียหายไม่ขัดขืน ถือเป็นการกระทำให้อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ จึงเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (จิตติ ดิงศรัทีย, 2548)

อย่างไรก็ดี มีกรณีที่ทนายความเกี่ยวกับการตีความเรื่องการหลอกลวงในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 ของศาลฎีกา ในกรณีที่เด็กอายุ 16 ถูกหมอดูหลอกว่าหากไม่ยอมให้ทำชำเราจะไม่สามารถสะเดาะเคราะห์ได้ ซึ่งศาลเห็นว่าเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายเป็นเหตุให้ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้นั้น ผู้เขียนมีความเห็นดังนี้

ประการแรก “การทำให้ผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” เป็นการทำให้ผู้เสียหายจำยอมอันมิใช่โดยโจรสลัด เช่น ผู้เสียหายหมดสติ หรือมีเมมาอย่างหนัก หรืออยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนการมีเพศสัมพันธ์ได้ การมีเพศสัมพันธ์ดังกล่าวถือเป็นการข่มขืน นอกจากนี้ ศาลฎีกายังได้ตีความคำว่า “ไม่สามารถขัดขืนได้” ให้ครอบคลุมหลายกรณี เช่น จูตหญิงเข้าไปในป่า หญิงอยู่ในอิทธิพลของผู้กระทำกับพรรคพวกไม่มีทางขัดขืนหรือได้รับความช่วยเหลือจากผู้ใด หญิงจึงจำยอมให้กระทำไม่ถือว่ายินยอม ซึ่งหากตีความการทำให้ผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้กว้างไปให้ครอบคลุมถึงการหลอกลวงโดยสภาพหรือการหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำ (fraud in the factum) ด้วยแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าการหลอกลวงเป็นบุคคลอื่น เช่น ก. หลอกว่าเป็น ข. ทำให้ผู้เสียหายเข้าใจผิดว่าคนที่ตนกำลังจะร่วมประเวณีด้วยนั้นคือ ข. จึงยินยอมให้ชำเรา จะต้องรวมอยู่ในสภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ด้วย เนื่องจากการกระทำดังกล่าวก็หมายถึงการทำให้ผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้เช่นกัน เพราะหาก ก. ไม่หลอก ผู้เสียหายก็ต้องขัดขืนและคงไม่อยู่ในภาวะที่ปล่อยให้ชำเรา ซึ่งจะเป็นการตีความให้องค์ประกอบความผิดทับซ้อนกันเอง ดังนั้น หากการตีความคำว่าอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้จะทำให้ทับซ้อนกับการทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่น ย่อมไม่มีเหตุให้บัญญัติรูปแบบการกระทำนี้ขึ้นมา

ประการที่สอง จากที่ได้กล่าวไปแล้วว่า มติการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 274/47/2485 ได้ให้เหตุผลว่าการบัญญัติกฎหมายไว้เพียงกว้าง ๆ ว่าอุบายหลอกลวงนั้นไม่ชัดเจนและจะทำให้การใช้อุบายหลอกลวงบางประการ เช่น บอกว่าจะเลี้ยงเป็นภรรยาแล้วไม่เลี้ยง เป็นการขึ้นใจกระทำชำเราได้ จึงเห็นควรแก้ไขโดยจำกัดอยู่เฉพาะการหลอกลวงว่าเป็นบุคคลอื่น ดังนั้น การกระทำอันเป็นการหลอกลวงที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 276 จึงมีเพียงกรณีเดียวคือการทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่น

ประการสุดท้าย กฎหมายอาญามีหลักการสำคัญว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” โดยหยุด แสงอุทัย ได้กล่าวไว้ว่า “การตีความกฎหมายอาญาจะตีความโดยขยายความออกไปให้ผลร้ายแก่ผู้กระทำ ความผิดไม่ได้ แต่ตีความโดยการขยายความให้เป็นผลดีแก่ผู้กระทำได้ และถ้ากรณีเป็นที่สงสัยต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหา (in dubio pro reo)” ดังนั้น เมื่อการกระทำอันเป็นการหลอกลวงโดยสภาพหรือการหลอกลวงในสาระสำคัญของการ

การกระทำ (fraud in the factum) ยังไม่แน่ชัดว่าจะเข้าองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่ และสามารถตีความไปได้สองแนวทาง ตรابطที่กฎหมายยังไม่มีเขียนให้ชัดเจน กรณีดังกล่าวจึงต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่จำเลย กล่าวคือ ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 (หยุด แสงอุทัย, 2511)

การหลอกลวงเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนตามกฎหมายต่างประเทศ

1. ประเทศอังกฤษ

พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 (sexual offences act 2003) ได้กำหนดลักษณะของความผิดทางเพศออกเป็น 4 ประเภท โดยเรียงลำดับจากความรุนแรง กล่าวคือ การข่มขืน (rape) การกระทำอันเป็นการล่วงล้ำโดยใช้อวัยวะเพศโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย การข่มขืนโดยใช้สิ่งอื่นแทนอวัยวะเพศ (assault by penetration) การอนาจาร (sexual assault) และการก่อให้บุคคลอื่นเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ (causing a person to engage in sexual activity without consent) โดยในความผิดฐานข่มขืน (rape) ตามมาตรา 1 ของกฎหมาย ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าผู้เสียหายจะต้อง “ไม่ยินยอม” ในการล่วงล้ำ ซึ่งถือเป็นองค์ประกอบภายนอก (actus reus) พระราชบัญญัตินี้ยังได้บัญญัติบทสันนิษฐานเกี่ยวกับความผิดไว้ 3 รูปแบบ ได้แก่ บทสันนิษฐานโดยเด็ดขาด (conclusive presumptions) โดยไม่อาจโต้แย้งได้ เช่น การหลอกลวงอันเป็นมูลเหตุสำคัญ เป็นต้น บทสันนิษฐานโดยไม่ได้เด็ดขาด (evidential presumptions) ซึ่งสามารถโต้แย้งได้ด้วยหลักฐาน และการกระทำที่ผู้เสียหายไม่ได้ให้ความยินยอม ที่ต้องพิจารณาเป็นรายสถานการณ์ สำหรับการหลอกลวงที่เข้าข่ายความผิดเกี่ยวกับเพศในบทสันนิษฐานเด็ดขาด แบ่งออกเป็น 2 รูปแบบหลัก ได้แก่

1.1 ผู้กระทำหลอกลวงผู้เสียหายในสภาพหรือวัตถุประสงค์ของการกระทำ เช่น คดี R v Flattery [1877] ที่แพทย์หลอกลวงผู้เสียหายว่ากำลังทำการรักษา หรือคดี R. v Williams [1923] ที่ครูหลอกลวงเด็กว่าต้องเปิดช่องลมผ่านทางอวัยวะเพศเพื่อให้เสียงร้องดีขึ้น ซึ่งกรณีดังกล่าวผู้เสียหายไม่ได้ทราบถึงจุดประสงค์ของผู้กระทำ และไม่เข้าใจถึงสภาพแห่งการกระทำว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำทางเพศกับตน จึงเป็นการกระทำอันปราศจากความยินยอมและเป็นความผิดฐานข่มขืน ซึ่งกรณีเช่นนี้ถือเป็นการหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำ (fraud in the factum) (Herring, 2007) อย่างไรก็ตาม แม้ว่าแนวทางการวินิจฉัยของศาลและคำอธิบายทางตำราของประเทศไทยไม่ได้กำหนดให้การกระทำนี้อยู่ในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งจาก 4 กรณีที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 แต่ในคำอธิบายทางตำราของไทยกลับให้ความเห็นว่ากรณีการหลอกลวงให้เข้าใจผิดในสภาพของการกระทำเป็นเหตุให้ผู้เสียหายไม่ขัดขืน ถือเป็นการกระทำให้อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ จึงเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (จิตติ ดิงศรัทธี, 2548)

1.2 ผู้กระทำได้ชักจูงผู้เสียหายโดยแสดงตนเป็นบุคคลที่ผู้เสียหายรู้จักเป็นการส่วนตัว เช่น หลอกลวงเป็นสามีหรือคนรักของผู้เสียหาย ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยก็ได้บัญญัติให้การทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นเป็นหนึ่งในรูปแบบของการกระทำอันเป็นความผิดฐานข่มขืนตามมาตรา 276 เช่นเดียวกัน

ในการพิจารณาการหลอกลวงเพื่อให้เกิดการมีเพศสัมพันธ์นั้น ศาลอังกฤษได้พิจารณาโดยยึดหลักความยินยอม (consent) และความเข้าใจในสาระสำคัญของการกระทำ (understanding of the nature of the act) เป็นหลักสำคัญ (Ashworth & Horder, 2013) นอกจากนี้ยังมีการกำหนดรูปแบบการหลอกลวงที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศไว้อย่างชัดเจน มีบทบัญญัติเรื่องข้อสันนิษฐานช่วยลดภาระการพิสูจน์ของผู้เสียหาย และมีการพิจารณาถึงความยินยอมของผู้เสียหายในทุก ๆ ความผิดเกี่ยวกับเพศ อีกทั้งยังได้มีการบัญญัติบทนิยามของความยินยอมไว้อย่างชัดเจนเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะการหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำ (fraud in the factum) และการหลอกลวงเรื่องตัวบุคคล ซึ่งให้ความคุ้มครองที่กว้างและเจาะจง ส่วนกฎหมายไทยนั้นแม้ว่าจะมีความคล้ายคลึงกับประเทศอังกฤษที่พิจารณาเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายเป็นหลัก แต่ก็

ไม่ได้มีการบัญญัติกฎหมายเรื่องของความยินยอมโดยบริสุทธิ์หรือความยินยอมที่ได้มาจากการหลอกลวงโดยเฉพาะเจาะจงแต่อย่างใด มีเพียงการกำหนดเรื่องการหลอกลวงไว้เพียงการเข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่นเท่านั้น

2. สาธารณรัฐสิงคโปร์

ระบบกฎหมายของสาธารณรัฐสิงคโปร์เป็นระบบ common law โดยพื้นฐานของกฎหมายสิงคโปร์ส่วนใหญ่ได้รับอิทธิพลอย่างมากจากกฎหมายอังกฤษ สาธารณรัฐสิงคโปร์ได้ให้ความสำคัญกับบทบัญญัติกฎหมายอย่างมากเนื่องจากกฎหมายถูกบัญญัติให้ครอบคลุมกับปัญหาเฉพาะเรื่องอย่างเป็นระบบและสามารถเปลี่ยนหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ล้าสมัยให้สามารถบังคับใช้ได้ทันต่อสถานการณ์ ปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญา (Penal Code, [1871]) ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ได้มีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศที่มุ่งให้ความคุ้มครองผู้เสียหายทั้งเพศหญิงและเพศชายจากการกระทำการสอดใส่ (penetration) โดยแบ่งเป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ รูปแบบการกระทำโดยใช้อวัยวะเพศชาย (penis/penile penetration) ซึ่งผู้กระทำจะมีความผิดฐานข่มขืน (rape) ตามมาตรา 375 รูปแบบที่สองคือ การสอดใส่ด้วยสิ่งอื่นใดที่ไม่ใช่เพียงอวัยวะเพศชาย (acts of penetration that do not involve the penis) ผู้กระทำจะมีความผิดฐานอนาจารโดยการสอดใส่ (sexual assault involving penetration) ตามมาตรา 376 อย่างไรก็ตาม ทั้งสองฐานความผิดจะต้องเป็นการสอดใส่โดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย (non-consensual penetration) (Yeo et al., 2022) ต่อมาเมื่อ ค.ศ. 2019 ประมวลกฎหมายอาญา (Penal Code) ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ได้รับการปฏิรูปครั้งใหญ่ โดยตราพระราชบัญญัติการปฏิรูปกฎหมายอาญา พ.ศ. 2562 (the criminal law reform act 2019) แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2414 (Penal Code, [1871]) และมีผลใช้บังคับเมื่อ 1 มกราคม 2563 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปรับปรุงความผิดทางอาญาให้ทันกับการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีและแนวโน้มอาชญากรรมที่เกิดขึ้น ปรับปรุงการคุ้มครองผู้เยาว์และเหยื่อที่มีความเสี่ยง ปรับปรุงกฎหมายอาญาให้สอดคล้องกัน และปรับปรุงกรอบการพิจารณาโทษ จึงได้เกิดการเปลี่ยนแปลงกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศที่เกี่ยวกับความยินยอมที่สำคัญอย่างมาก 2 ประการ ดังนี้

2.1 มาตรา 377CB บัญญัติให้ การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงจะทำให้ความยินยอมเสียไป กรณีที่ผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมอันเกิดจากการเข้าใจผิดในข้อเท็จจริง (misconception of fact) โดยกำหนดความยินยอมอันเกิดจากความเข้าใจผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศ (consent given under misconception in sexual offenses) ไว้ 3 ประการ ได้แก่ (1) เข้าใจผิดในลักษณะของการกระทำ (the nature of the act) (2) เข้าใจผิดเกี่ยวกับจุดประสงค์แห่งการกระทำ (the purpose of the act) และ (3) เข้าใจผิดในตัวตนของผู้กระทำ (the identity of the person doing the act)

2.2 มาตรา 376H เป็นการตราบทบัญญัติความผิดขึ้นมาใหม่ ได้แก่ การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศฐานก่อให้เกิดกิจกรรมทางเพศโดยการหลอกลวง (procuring sexual activity by deception) โดยเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการที่ผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์เนื่องจากถูกหลอกลวงหรือการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ การหลอกลวงหรือการแสดงข้อความอันเป็นเท็จโดยใช้สิ่งป้องกันทางเพศ (sexually protective measure) ซึ่งการหลอกลวงลักษณะนี้เองที่ได้รับการรับรองให้การแอบถอดถุงยางอนามัย (stealth) โดยไม่ได้รับการยินยอมเป็นความผิดอาญา และการหลอกลวงหรือการแสดงข้อความอันเป็นเท็จอันก่อให้เกิดให้ผู้เสียหายได้รับความทรมานหรือก่อให้เกิดความเสี่ยงในการติดเชื้อทางเพศสัมพันธ์ (sexually transmitted disease)

เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐสิงคโปร์ได้รับอิทธิพลมาจากประเทศอังกฤษ จึงมีการบัญญัติความรับผิดชอบเกี่ยวกับเพศที่คล้ายกับประเทศอังกฤษโดยมุ่งเน้นการพิจารณาที่ความยินยอมของผู้เสียหาย แม้ว่าประมวลกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐสิงคโปร์ไม่ได้กำหนดนิยามของความยินยอมไว้อย่างชัดเจนแต่เห็นได้จากการพยายามแก้ไขปัญหในเรื่องความยินยอม โดยจากการปฏิรูปครั้งใหญ่เมื่อปี ค.ศ. 2019 พบว่าประมวลกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐสิงคโปร์ได้กำหนดรูปแบบการหลอกลวงเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมที่กว้างกว่ากฎหมายอังกฤษ โดยแบ่งการหลอกลวงที่ทำให้ผู้เสียหายเข้าใจผิดในข้อเท็จจริงออกเป็น 3 กรณี ได้แก่ เข้าใจผิดในลักษณะของการกระทำ เข้าใจผิด

ในจุดประสงค์ของการกระทำ และเข้าใจผิดในตัวบุคคลผู้กระทำ ซึ่งมีเพียงรูปแบบสุดท้ายเท่านั้นที่คล้ายกับรูปแบบการกระทำที่เป็นความผิดฐานข่มขืนตามมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย นอกจากนี้ประมวลกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐสิงคโปร์ยังได้บัญญัติโดยขยายความไปถึงการหลอกลวงหรือการแสดงข้อความอันเป็นเท็จในเรื่องการใช้สิ่งป้องกันทางเพศ และการหลอกลวงหรือการแสดงข้อความอันเป็นเท็จในเรื่องการใช้สิ่งป้องกันทางเพศอันก่อให้เกิดผู้เสียหายได้รับความทรมานหรือก่อให้เกิดความเสี่ยงในการติดเชื้อทางเพศสัมพันธ์อีกด้วย จึงกล่าวได้ว่าสาธารณรัฐสิงคโปร์มีการบัญญัติกฎหมายได้ครอบคลุมกับปัญหาเฉพาะเรื่องและสามารถเปลี่ยนหลักกฎหมาย common law ที่ล้าสมัยให้สามารถบังคับใช้ได้ทันต่อสถานการณ์ปัจจุบัน ซึ่งต่างจากประเทศไทยที่ยังคงใช้องค์ประกอบความผิดเดิมที่จำกัดรูปแบบการทำความผิดแก่สถานการณ์ปัจจุบันจะเปลี่ยนแปลงไป

3. ประเทศเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีมีระบบกฎหมายแบบ civil law โดยมีแนวคิดในเรื่องความยินยอมในความผิดเกี่ยวกับเพศว่าความยินยอมที่บริสุทธิ์จะมีได้ก็ต่อเมื่อเป็นความยินยอมที่เกิดขึ้นจากความสามารถในการให้ความยินยอมอย่างแท้จริง คือเป็นการให้โดยเสรีไม่มีการบีบบังคับหรือถูกหลอกลวง รวมทั้งต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย นอกจากนี้ผู้ให้ความยินยอมต้องมีสติสัมปชัญญะครบถ้วนเข้าใจสถานการณ์และบริบทโดยรอบอย่างชัดเจน รวมถึงตระหนักถึงผลที่จะเกิดขึ้นตามมาหลังจากที่ให้ความยินยอมแล้วด้วย (Kirchner, 2007) โดยกฎหมายเยอรมันมองว่าความยินยอมในทางเพศไม่จำเป็นต้องมีรูปแบบเป็นทางการหรือชัดเจนเสมอไป แต่สิ่งสำคัญคือผู้กระทำต้องเข้าใจได้ว่าอีกฝ่ายยินยอมหรือไม่ยินยอม (Hömlle, 2024) แม้ประเทศเยอรมนีไม่ได้มีบทบัญญัติที่แบ่งประเด็นการหลอกลวงในความผิดเกี่ยวกับเพศไว้อย่างชัดเจน แต่ก็ได้มีการบัญญัติมาตรา § 174c StGB แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (StGB) มาตั้งแต่ปี 1998 เพื่อปกป้องผู้ที่อยู่ในสถานการณ์อ่อนแอจากการได้รับการดูแลโดยผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์หรือจิตใจ โดยบัญญัติให้เป็นความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยใช้ความสัมพันธ์ในฐานะผู้ให้คำปรึกษาหรือการรักษา ต่อมาเมื่อปี 2016 ประเทศเยอรมนีได้มีการแก้ไขกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งในการแก้ไขกฎหมายครั้งนี้มีความน่าสนใจอย่างยิ่ง กล่าวคือ ได้มีการตัดองค์ประกอบเรื่องการข่มขืนหรือต่อต้านออกไป เพื่อพิจารณาถึงความยินยอมหรือเจตจำนงของผู้ถูกระทำ เป็นผลทำให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของกฎหมายเยอรมันเปลี่ยนเป็นความผิดที่ฝ่าฝืนความยินยอม (non – consensual sexual offence) ไม่ใช่ความผิดที่กำหนดให้ต้องมีการใช้ความรุนแรง หรือมีการใช้กำลัง (violent crime) (รณกรณ์ บุญมี, 2560) อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่านอกจากการบัญญัติเรื่องการหลอกลวงโดยใช้สถานะแพทย์แล้ว กฎหมายเยอรมนีไม่ได้มีการบัญญัติเพิ่มเติมเกี่ยวกับการหลอกลวงที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศแต่อย่างใด แต่นักกฎหมายชาวเยอรมัน (Scheidegger, 2021) ได้ให้ความเห็นเรื่องการหลอกลวงตามลักษณะของการกระทำทางเพศไว้ดังนี้

3.1 การหลอกลวงที่ควรเป็นความผิด ได้แก่ หลอกลวงเป็นบุคคลอื่น (identity deception) แล้วผู้เสียหายยินยอมมีเพศสัมพันธ์เพราะเข้าใจผิดเกี่ยวกับตัวตนของผู้กระทำ หรือการหลอกลวงเกี่ยวกับตัวตนอย่างร้ายแรง (identity deception in extreme cases) เช่น หลอกลวงเป็นสามีในสภาพแวดล้อมที่มีความมืด หรือใช้เสียงหรือวิธีอื่นหลอกลวงให้เหยื่อเชื่อผิดว่าเป็นคู่รัก ถือว่าผู้เสียหายไม่มีการยินยอมจริง เป็นการหลอกลวงในข้อเท็จจริง (fraud in the factum) ซึ่งอาจเป็น ความผิดฐานข่มขืนได้

3.2 การหลอกลวงที่ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืน ได้แก่ การหลอกลวงเป็นคนรวย มีอาชีพที่ดี มีความสัมพันธ์บางอย่างกับผู้เสียหาย หรือการอ้างสถานะหรือความตั้งใจผิด เช่น หลอกลวงจะรักหรือแต่งงาน (BGH, Urteil vom 8. Oktober 2003 – 3 StR 7/03) กรณีเหล่านี้แม้จะเป็นการหลอกลวง แต่ศาลเยอรมันมักถือว่าเป็นการขาดความยินยอมที่แท้จริงเนื่องจากผู้เสียหายรู้ว่าการมีเพศสัมพันธ์และรู้ถึงลักษณะของการกระทำ

แม้กฎหมายของประเทศเยอรมนีมีการบัญญัติความผิดที่เกี่ยวกับเพศที่เกิดจากการหลอกลวงโดยอาศัยสถานะแพทย์ในมาตรา § 174c StGB เพียงมาตราเดียว แต่จากการแก้ไขกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศเมื่อปี 2016 โดยพิจารณาถึงความยินยอมหรือเจตจำนงของผู้ถูกระทำ เป็นผลทำให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของกฎหมายเยอรมันเปลี่ยนเป็น

ความผิดที่ฝ่าฝืนความยินยอม (non – consensual sexual offence) นั้น อาจเป็นแนวทางที่ดีในการแก้ไขกฎหมายของไทย กล่าวคือ ยกเลิกองค์ประกอบทั้ง 4 รูปแบบ คือ ใช้กำลังประทุษร้าย ทำให้ผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น โดยพิสูจน์เพียงว่าผู้ถูกกระทำได้แสดงออกถึงความยินยอมหรือไม่ โดยพิจารณาตามหลักของความยินยอมดังเช่นการพิจารณาของศาลประเทศเยอรมนี หากความยินยอมได้มาจากการหลอกลวงในสาระสำคัญ ทำให้ผู้เสียหายเข้าใจลักษณะของการกระทำผิดไป ความยินยอมนั้นย่อมเสียไป ผู้กระทำจึงต้องรับผิดชอบ

องค์ความรู้ใหม่

จากการศึกษากฎหมาย แนวคิด และคำวินิจฉัยของคดีต่างประเทศแล้ว พบว่าประเทศอังกฤษมีการบัญญัติกฎหมายไว้อย่างชัดเจน โดยมีการบัญญัติเรื่องข้อสันนิษฐานและพิจารณาถึงความยินยอมของผู้เสียหาย และมีการบัญญัติบทนิยามของความยินยอมไว้อย่างชัดเจน โดยเฉพาะการหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำ (fraud in the factum) และการหลอกลวงเรื่องตัวบุคคล ซึ่งให้ความคุ้มครองที่กว้างและเจาะจง สำหรับสาธารณรัฐสิงคโปร์มีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศที่คล้ายกับกฎหมายอังกฤษ แต่ได้กำหนดรูปแบบการหลอกลวงเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมที่กว้างกว่า โดยแบ่งการหลอกลวงที่ทำให้ผู้เสียหายเข้าใจผิดในข้อเท็จจริงออกเป็น 3 กรณี ได้แก่ เข้าใจผิดในลักษณะของการกระทำ เข้าใจผิดในจุดประสงค์ของการกระทำ และเข้าใจผิดในตัวบุคคลผู้กระทำ ส่วนประเทศเยอรมนี แม้ไม่ได้มีการบัญญัติในเรื่องการความยินยอมอย่างชัดเจน แต่ก็ได้มีการแก้กฎหมายโดยเปลี่ยนความผิดฐานข่มขืนให้เป็นความผิดที่ฝ่าฝืนความยินยอม และในทางการพิจารณาของศาลประเทศเยอรมนีก็ได้มีการพิจารณาถึงความเข้าใจในลักษณะของการกระทำเป็นสาระสำคัญ นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศที่เกิดจากการหลอกลวงโดยอาศัยสถานะแพทย์ จากการศึกษากฎหมายทั้ง 3 ประเทศ จึงอาจแบ่งการหลอกลวงที่ผู้เสียหายเกิดความลำคุดผิดได้ 3 ประการ ดังนี้

ประการแรก การหลอกลวงเพื่อให้ผู้เสียหายสำคัญผิดในธรรมชาติของการกระทำ เช่น การที่ครูหลอกลวงเด็กว่าต้องเปิดช่องลมผ่านทางอวัยวะเพศเพื่อให้เสียงร้องดีขึ้น แพทย์ร่วมเพศกับผู้ป่วยในสภาพที่ผู้ป่วยไม่รู้ว่าจะเกิดอะไรขึ้นและเชื่อว่าเป็นการรักษา กรณีดังกล่าวนี้ถือไม่ได้ว่าผู้เสียหายให้ความยินยอม เนื่องจากผู้กระทำได้หลอกลวงผู้เสียหายในสาระสำคัญของการกระทำ (fraud in the factum)

ประการที่สอง การหลอกลวงเพื่อให้ผู้เสียหายสำคัญผิดในตัวบุคคล เช่น การที่หญิงยินยอมร่วมเพศกับชายเนื่องจากเข้าใจว่าเป็นสามีของตน โดยการเข้าใจผิดไปเองของผู้เสียหายนั้นไม่ใช่ความยินยอม ผู้กระทำจึงมีความผิดฐานข่มขืน

ประการที่สาม การหลอกลวงให้ผู้เสียหายสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคล เช่น การที่ชายหลอกลวงหญิงว่าเป็นคนรวย หญิงเชื่อจึงยินยอมให้ร่วมเพศด้วย การกระทำดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการหลอกลวงในมูลเหตุ (fraud in the inducement/purpose) ความยินยอมของหญิงไม่เสียไป ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืน

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติและหลักการพิจารณาของทั้งสามประเทศล้วนแต่มีการพิจารณาตามหลักการหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำ (fraud in the factum) และหลอกลวงในมูลเหตุ (fraud in the inducement/purpose) แต่มีเพียงการหลอกลวงให้ผู้เสียหายสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลเท่านั้นที่มีความใกล้เคียงกับที่ประเทศไทยได้นำมาบัญญัติไว้ในเป็นความผิดในมาตรา 276 คือ การทำให้เข้าใจว่าเป็นบุคคลอื่น ดังนั้น หากมีการนำแนวคิดจากหลักการหลอกลวงทั้งสอง ประการดังกล่าวมากำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทย ย่อมจะทำให้เกิดความชัดเจนและไม่มีความเสี่ยงที่จะเกิดการตีความเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด

บทสรุป

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 นั้น มีความยินยอมของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบสำคัญที่จะใช้ในการปฏิเสธความครบถ้วนขององค์ประกอบความผิด เมื่อพิจารณาตามถ้อยคำของตัวบทกฎหมาย มาตรา 276 โดยทั่วไปแล้ว ความยินยอมในทางอาญาต้องเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ หมายถึง ความยินยอมที่เกิดขึ้นโดยไม่มีการข่มขู่ หลอกลวง หรือเกิดจากความสำคัญผิด อีกทั้งผู้ให้ความยินยอมต้องมีความเข้าใจชัดเจนถึงผลร้ายที่อาจเกิดขึ้น และยอมรับผลร้ายนั้นด้วยความเต็มใจ จากการศึกษาผู้เขียนจึงสรุปได้ว่า การหลอกลวงในความผิดเกี่ยวกับเพศไม่ว่าจะเป็นการหลอกลวงในมูลเหตุ (fraud in the inducement/purpose) หรือการหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำ (fraud in the factum) หากตีความตามลายลักษณ์อักษรและเจตนารมณ์ของฟานิติบัญญัติแล้วทั้งสองกรณีต่างก็ไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 เนื่องจากอยู่นอกเหนือองค์ประกอบทั้ง 4 รูปแบบ ได้แก่ การขู่เข็ญ การใช้กำลังประทุษร้าย การอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือการถูกหลอกกว่าผู้กระทำเป็นบุคคลอื่น อย่างไรก็ตามการหลอกลวงผู้เสียหายด้วยวิธีการต่าง ๆ ในความผิดทางเพศจนทำให้ผู้เสียหายยินยอมร่วมประเวณีด้วยนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า การหลอกลวงที่ไม่ได้มีการขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ ใช้กำลังประทุษร้าย ทำให้ผู้นั้นอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เว้นแต่เป็นการหลอกลวงเพื่อให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น อันเป็นการขัดต่อเจตนาของผู้เสียหาย หากจะถือว่าความยินยอมนั้นจะเสียไปก็จะเป็นการตีความความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอย่างขยายความเพื่อเป็นโทษแก่ผู้เสียหาย แต่ถ้าไม่ถือว่าเป็นการข่มขืนและปล่อยตัวจำเลยไปเพราะไม่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดก็เป็นการไม่ให้ความเป็นธรรมแก่ผู้เสียหายและอาจก่อให้เกิดบาดแผลทางจิตใจแก่ทั้งผู้เสียหายและเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์กันในสังคมปัจจุบัน ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ดังนี้

1. เนื่องจากปัจจุบันการกระทำอันเป็นการหลอกลวงเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมในการร่วมมีเพศสัมพันธ์ได้มีความซับซ้อนมากกว่าอดีตเนื่องด้วยสภาพแวดล้อมทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยและการใช้เทคโนโลยีในทางการแพทย์หรือวิชาชีพอย่างอื่นที่ถูกพัฒนาให้เท่าทันความต้องการของมนุษย์ จึงเห็นควรให้มีการแก้ไขรูปแบบของการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนความยินยอมตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 โดยไม่ต้องจำกัดรูปแบบของการกระทำไว้เพียงทั้งสี่กรณี หรืออาจปรับเปลี่ยนให้รูปแบบดังกล่าวเป็นเพียงตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่าการกระทำอย่างใดเป็นการข่มขืนใจหรือปราศจากความยินยอมเท่านั้น เพราะตราบทที่กฎหมายยังคงจำกัดการหลอกลวงเฉพาะการหลอกว่าเป็นบุคคลอื่นก็จะไม่สามารถตีความขยายความหมายของการกระทำรวมถึงการหลอกลวงในรูปแบบอื่นได้

2. แก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา โดยเพิ่มคำว่า “โดยผู้อื่นนั้นมิได้ยินยอม” ซึ่งมีความหมายชัดเจนไม่จำเป็นต้องขยายความว่าจะต้องมีการกระทำอย่างไรบ้างถึงจะถือเป็นการไม่ยินยอมตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เนื่องจากเมื่อพิจารณาเกี่ยวกับการนำสืบพยานในชั้นศาลแล้ว จะเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายนำสืบว่าผู้กระทำได้มีการกระทำหรือมีพฤติการณ์อย่างไร หรือตนได้ขัดขืนหรือแสดงความไม่ยินยอมอย่างไร โดยผู้เขียนขอเสนอให้แก้ไขมาตรา 276 วรรคหนึ่ง เป็น “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยผู้อื่นนั้นมิได้ยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท”

3. เห็นควรแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา โดยบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการหลอกลวงเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์โดยเฉพาะเจาะจง และแยกต่างหากจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (ทั่วไป) ตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง โดยกำหนดให้ชัดเจนว่าการหลอกลวงเพื่อให้ได้มาซึ่งความยินยอมในลักษณะใดจึงจะเป็นความผิดและลักษณะใดจะไม่เป็นความผิด เช่น ลักษณะการหลอกลวงในสาระสำคัญของการกระทำ (fraud in the factum) ควรเป็นความผิด เนื่องจากเป็นการหลอกลวงเพื่อให้ผู้อื่นเข้าใจผิดในสาระสำคัญของการกระทำ แต่ลักษณะการหลอกลวงในมูลเหตุ (fraud in the inducement/purpose) ไม่ควรเป็นความผิดเนื่องจากไม่ได้ทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าการกระทำนั้นคือการมี

เพศสัมพันธ์ หากแต่เป็นเพียงการชักจูงใจเพื่อให้อีกฝ่ายเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศด้วยเท่านั้น โดยผู้เขียนขอเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม 2 แนวทาง คือ

แนวทางที่หนึ่ง เสนอให้แก้ไขโดยการเพิ่มมาตรา 276 วรรคห้า เป็น “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยการหลอกลวงทำให้ผู้ถูกระทำเข้าใจผิดในสาระสำคัญของการกระทำ ต้องระวางโทษ...”

แนวทางที่สอง เสนอให้แก้ไขโดยการบัญญัติเป็นมาตรา 276/1 ว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยหลอกลวงทำให้ผู้ถูกระทำเข้าใจผิดในสาระสำคัญของการกระทำ ต้องระวางโทษ...”

ทั้งนี้ การกำหนดความผิดเกี่ยวกับการหลอกลวงเพื่อให้มาซึ่งความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ดังกล่าวจะก่อให้เกิดความถูกต้องและไม่ขัดต่อกฎหมายในการพิจารณาตัดสินคดี และเพื่อให้มีการปรับใช้กฎหมายเท่าทันรูปแบบการกระทำความผิดที่ซับซ้อนยิ่งขึ้นในปัจจุบัน อีกทั้งยังช่วยส่งเสริมกระบวนการเรียนรู้ให้กับนักกฎหมายและประชาชนให้เกิดการคิดวิเคราะห์ ได้แยบ และทำให้เหตุผลตามหลักของกฎหมาย ประการสุดท้ายซึ่งผู้เขียนเห็นว่าสำคัญอย่างยิ่งในการบังคับใช้กฎหมายคือการก่อให้เกิดความเป็นธรรมในการคุ้มครองประชาชนอย่างเท่าเทียม

เอกสารอ้างอิง

- คณพล จันทน์หอม. (2566). คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1 (พิมพ์ครั้งที่ 6). วิญญูชน.
- คณะกรรมการกฤษฎีกา. (2485). รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 274/47/2485 ลงวันที่ 6 กุมภาพันธ์ 2485. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- จิตติ ดิงศัททีย. (2548). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1 (พิมพ์ครั้งที่ 8). จีรรัชการพิมพ์.
- จิตติ ดิงศัททีย. (2555). คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 11). วิญญูชน.
- ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ และรณกรณ์ บุญมี. (2565). คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและสหุโทษ (พิมพ์ครั้งที่ 20). วิญญูชน.
- ธีสุทธิ์ พันธุ์ฤทธิ์. (2555). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- รณกรณ์ บุญมี. (2560). การข่มขืนกระทำชำเราโดยหลอกลวง: วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557 และการกระทำอื่น ๆ. วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 46(3), 647-663.
- หยุด แสงอุทัย. (2561). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พิมพ์ครั้งที่ 7). วิญญูชน.
- หยุด แสงอุทัย. (2511). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ศึกษาทางคำพิพากษาศาลฎีกา (พิมพ์ครั้งที่ 2). เพ็ญอักษร.
- Ashworth, A., & Horder, J. (2013). Principles of criminal law (7th ed). Oxford University Press.
- Herring, J. (2007). Criminal law (5th ed). Palgrave Macmillan.
- Hörnle, T. (2024). Challenges of designing sexual assault law. *Current Legal Problems*, 77(1), 49–80. <https://doi.org/10.1093/clp/cuae002>.
- Kirchner, S. (2007). Sexual abuse of children abroad – A German perspective on the Antalya case. *German Law Journal*, 8(8), 777–778.
- Pomeroy v. State*, 94 Ind. 96 (Ind. 1883).
- R v Flattery* [1877] 2 QBD 410 (UK).
- R v Linekar* [1995] QB 250 (CA).
- R v Williams* [1923] 1 KB 340 (CCA).

- Scheidegger, N. (2021). Balancing sexual autonomy, responsibility, and the right to privacy: Principles for criminalizing sex by deception. *German Law Journal*, 22(5), 769–783.
<https://doi.org/10.1017/glj.2021.41>.
- State v. Murphy*, 101 N.C. 697, 8 S.E. 142 (N.C. 1888).
- Yeo, S., Morgan, N., & Chan, W. C. (2022). *Criminal law in Singapore*. LexisNexis.