

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการแอบถอดถุงยางอนามัยโดยไม่ได้รับความยินยอม

การมีเพศสัมพันธ์โดยความยินยอมที่แปรเปลี่ยนไปเป็นการมีเพศสัมพันธ์โดยจำยอมในตอนท้าย เนื่องจากปรากฏว่ามีการแอบถอดถุงยางอนามัยโดยไม่ได้รับความยินยอมอันเป็นการฝ่าฝืนต่อเงื่อนไขที่เป็นสาระสำคัญของความยินยอม คือการสวมใส่ถุงยางอนามัยตลอดการมีเพศสัมพันธ์ ซึ่งการกระทำดังกล่าวอาจเกิดขึ้นด้วยเหตุปัจจัยที่หลากหลาย แต่ก็ทำให้ผู้เสียหายซึ่งเป็นคู่นอนที่ไม่ได้ยินยอมต้องประสบพบเจอกับความเสี่ยงในความเสี่ยงในชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน หรือชื่อเสียง ทั้งการกระทำดังกล่าวยังแสดงให้เห็นถึงความเพิกเฉยหรือการปฏิเสธต่อเจตจำนงของผู้เสียหายที่ได้กำหนดไว้เป็นเงื่อนไขของความยินยอม รวมถึงความเป็นอิสระในเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหาย ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงค่านิยม ความเชื่อ หรือคติทางเพศของผู้กระทำที่อาจมองว่าตนมีอำนาจเหนือกว่าผู้เสียหาย

ในการกำหนดให้การแอบถอดถุงยางอนามัยโดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นความผิดและมีโทษทางอาญา จำต้องอาศัยหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน เป็นธรรม ไม่ขัดต่อสำนึกในจารีตประเพณี ศาสนาและศีลธรรมของประชาชน ตลอดจนสอดคล้องกับยุคสมัย สภาพสังคม เศรษฐกิจ การเมืองการปกครอง วัฒนธรรม และประเพณีที่เปลี่ยนแปลงไป ประกอบกับการลงโทษแก่การกระทำเช่นว่านี้จะต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษ และอัตราโทษทางอาญาที่กำหนดนั้นจะต้องได้สัดส่วนกับสภาพและความร้ายแรงการกระทำผิดดังกล่าวด้วย

2.1 ถุงยางอนามัย

ถุงยางอนามัย (Condom) จัดเป็นเครื่องมือทางการแพทย์ที่ทำจากน้ำยางธรรมชาติ น้ำยางสังเคราะห์ หรือวัสดุอื่น ใช้สวมใส่อวัยวะเพศชายระหว่างมีเพศสัมพันธ์ เพื่อการคุมกำเนิดและป้องกัน

การติดเชื้อมาก่อนทำให้เกิดโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์¹ ซึ่งวิธีการใช้ถุงยางอนามัยที่ถูกต้องจะต้องสวมใส่ถุงยางอนามัยตั้งแต่ก่อนมีเพศสัมพันธ์ในขณะอวัยวะเพศแข็งตัวเต็มที่ โดยใช้วิธีบีบปลายกระเปาะของถุงยางอนามัยเพื่อไล่อากาศด้านในออก เมื่อสวมใส่ถุงยางอนามัยแล้วให้รัดขอบถุงยางอนามัยจนสุดถึงโคนอวัยวะเพศ และหลังจากเสร็จสิ้นการมีเพศสัมพันธ์จะต้องดึงอวัยวะเพศออกขณะที่ยังแข็งตัว โดยจับถุงยางอนามัยให้แนบกับโคนอวัยวะเพศเพื่อป้องกันไม่ให้น้ำอสุจิเล็ดลอดออกมา² อีกทั้งจะต้องเลือกใช้ถุงยางอนามัยที่มีคุณภาพ ไม่หมดอายุ ไม่ชำรุดหรือฉีกขาด และมีขนาดเหมาะสมกับอวัยวะเพศ ตลอดจนควรเก็บรักษาถุงยางอนามัยอย่างถูกต้องเพื่อคงประสิทธิภาพของถุงยางอนามัย กล่าวคือ ควรเก็บถุงยางอนามัยไว้ในที่แห้ง เย็น และไม่ถูกแสงแดดหรือแสงจากหลอดฟลูออเรสเซนต์ และไม่ควรเก็บถุงยางอนามัยไว้ในกระเป๋าสตางค์ หรือกระเป๋าด้านหลังกางเกง เนื่องจากอาจเกิดการกดทับจนทำให้ถุงยางอนามัยมีรอยร้าวหรือฉีกขาด³ ทั้งนี้แม้ถุงยางอนามัยจะเป็นอุปกรณ์ขนาดเล็ก แต่ประสิทธิภาพกลับมีอยู่มาก โดยประสิทธิภาพของถุงยางอนามัยหากได้ใช้อย่างถูกวิธีและสม่ำเสมอ จะมีประสิทธิภาพในการคุมกำเนิดได้ถึงร้อยละ 98

สำหรับประสิทธิภาพในการป้องกันโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์จะมีรายละเอียดดังที่ปรากฏตามตารางแสดงประสิทธิภาพในการป้องกันโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ของถุงยางอนามัยดังต่อไปนี้⁴

¹ ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง ถุงยางอนามัย พ.ศ.2556. ข้อ 1-2.

² นันทวิทย์ สุขรักษ์. (2561). *ปัจจัยทำนายความสม่ำเสมอในการใช้ถุงยางอนามัยของนักศึกษาชายรักชายในระดับอุดมศึกษา*. วิทยานิพนธ์พยาบาลศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาการพยาบาลเวชปฏิบัติชุมชน, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยบูรพา. หน้า 21.

³ กรมวิทยาศาสตร์การแพทย์ กระทรวงสาธารณสุข. (2562). *กรมวิทยาศาสตร์การแพทย์ เฝ้าระวังคุณภาพถุงยางอนามัย พร้อมแนะวิธีเลือกใช้*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www3.dmsc.moph.go.th/post-view/504> [2566, 4 มีนาคม]

⁴ ดนุช ปัญจพรผล. (2565). *ถุงยางอนามัย ถุงอนามัยสตรีและสารหล่อลื่น (male condom, female condom and lubricants)*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.caremat.org/%E0%B8%A3%E0%B8%B9%E0%B9%89%E0%B8%AB%E0%B8%A3%E0%B8%B7%E0%B8%AD%E0%B9%84%E0%B8%A1%E0%B9%88-%E0%B8%96%E0%B8%B8%E0%B8%87%E0%B8%A2%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B8%97%E0%B8%B5%E0%B9%88%E0%B9%83%E0%B8%8A%E0%B9%89/> [2565, 24 กรกฎาคม]

ตารางที่ 1 ประสิทธิภาพในการป้องกันโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ของถุงยางอนามัย

โรค	ประสิทธิภาพในการป้องกัน
เอดส์ หรือ การติดเชื้อไวรัสเอชไอวี	มากกว่าร้อยละ 90 สำหรับคู่อุปการชยและหญิง หรือ ร้อยละ 70 - 87 สำหรับคู่อุปการชยและชย
ไวรัสตับอักเสบบี	มากกว่าร้อยละ 90
หนองในแท้	มากกว่าร้อยละ 90
พยาธิในช่องคลอด	มากกว่าร้อยละ 90
หนองในเทียม	ร้อยละ 50 – 90
ซิฟิลิส	ร้อยละ 50 – 90
เริม	ร้อยละ 10 - 50
แผลริมอ่อน	ร้อยละ 10 - 50
หูดหงอนไก่	ร้อยละ 0 – 10

2.2 การแอบถอดถุงยางอนามัยโดยไม่ได้รับความยินยอม

2.2.1 ปัจจัยในการกระทำ

2.2.1.1 ปัจจัยด้านอารมณ์: อารมณ์หรือความต้องการทางเพศเป็นความรู้สึกที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติของมนุษย์ โดยมีปัจจัยในการกระตุ้นต่ออารมณ์หรือความต้องการดังกล่าวแบ่งออกเป็น 2 ปัจจัยสำคัญดังต่อไปนี้ คือ ปัจจัยภายนอก อารมณ์หรือความต้องการทางเพศสามารถเกิดขึ้นผ่านช่องทางรับสัมผัส 5 ช่องทาง กล่าวคือ 1. การมองเห็น 2. การได้ยิน 3. การได้กลิ่น 4. การสัมผัส

⁵ มุลนิธิศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็ก. (2558). *ช่องทางรับสัมผัสและปัจจัยกระตุ้นเร้าอารมณ์เพศ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.thaichildrights.org/articles/article-defence/%E0%B8%8A%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B8%A3%E0%B8%B1%E0%B8%9A%E0%B8%AA%E0%B8>

และ 5. ความคิดและจินตนาการ อาทิ การชมสื่อลามกอนาจาร การได้ยืมคำพูดเขี้ยววน หรือการถูกสัมผัสที่อวัยวะเพศ เป็นต้น และปัจจัยภายใน คือ ปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับฮอร์โมนในร่างกาย โดยเฉพาะฮอร์โมนเพศชายหรือเทสโทสเตอโรน (Testosterone) และฮอร์โมนเพศหญิงหรือเอสโตรเจน (Estrogen) ซึ่งทำให้เกิดค้นหา ราคะและความต้องการทางเพศ⁶

โดยการตอบสนองต่ออารมณ์หรือความต้องการทางเพศสามารถกระทำได้หลากหลายวิธี ซึ่งการมีเพศสัมพันธ์ก็เป็นทางเลือกหนึ่งในการตอบสนองต่ออารมณ์หรือความรู้สึกดังกล่าวได้อย่างตรงจุด เนื่องจากการมีเพศสัมพันธ์ประกอบไปด้วยอารมณ์ ความรู้สึก และการสัมผัสที่อย่างใกล้ชิดของคู่นอนอันเป็นการปลดปล่อยความต้องการทางเพศ ซึ่งความสำเร็จเสร็จจิจในการปลดปล่อยความต้องการ เช่นว่า ความรู้สึกหรืออารมณ์ขณะมีเพศสัมพันธ์อาจเป็นตัวชี้วัดได้ดีที่สุด แต่ทว่าการสวมใส่ถุงยางอนามัยกลับเป็นหนึ่งในอุปสรรคที่ขัดขวางความรู้สึกหรืออารมณ์ขณะมีเพศสัมพันธ์ เนื่องจากการสวมใส่ถุงยางอนามัยอาจทำให้ความรู้สึกถึงจุดสุดยอดเปลี่ยนแปลงไป รู้สึกไม่ได้ใกล้ชิดกับคู่นอน รู้สึกไม่เป็นที่ธรรมชาติหรือสัมผัสไม่ดี ตลอดจนเกิดการเสียดสีระคายเคืองบริเวณอวัยวะเพศ⁷ หรืออาจกล่าวได้ว่าการสวมใส่ถุงยางอนามัยทำให้ความสุขในการร่วมเพศลดลง ด้วยเหตุนี้บุคคลจำนวนหนึ่งจึงเลือกที่จะแอบถอดถุงยางอนามัยขณะมีเพศสัมพันธ์โดยอีกฝ่ายอาจมิได้ยินยอมด้วยนั่นเอง

2.2.1.2 ปัจจัยด้านเจตนาให้เกิดความเสียหาย: ในบางกรณีการแอบถอดถุงยางอนามัยโดยไม่ได้รับความยินยอมอาจไม่ได้เกิดขึ้นสาเหตุอื่นใด นอกเหนือไปกว่าความตั้งใจหรือเจตนาให้เกิดความเสียหายแก่คู่นอนอีกฝ่ายหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นความเสียหายที่เกิดจากโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์

%B1%E0%B8%A1%E0%B8%9C%E0%B8%B1%E0%B8%AA%E0%B9%81%E0%B8%A5%E0%B8%B0%E0%B8%9B%E0%B8%B1%E0%B8%88/ [2566, 6 มีนาคม].

⁶ โรงพยาบาลสมิติเวช. (2563). *Together is Better? มีคู่ข้ามปีดีกว่าโสดจริงหรือ.* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.samitivejhospitals.com/th/article/detail/together-is-better-%E0%B8%A1%E0%B8%B5%E0%B8%84%E0%B8%B9%E0%B9%88%E0%B8%82%E0%B9%89%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B8%9B%E0%B8%B5%E0%B8%94%E0%B8%B5%E0%B8%81%E0%B8%A7%E0%B9%88%E0%B8%B2%E0%B9%82%E0%B8%AA%E0%B8%94%E0%B8%88%E0%B8%A3%E0%B8%B4%E0%B8%87%E0%B8%AB%E0%B8%A3%E0%B8%B7%E0%B8%AD> [2566, 6 มีนาคม].

⁷ วรวรรณ์ ทิพย์วาริรมย์, อุมภาพร ห่านรุ่งชโรทร และอัญชติ ทองเสน. (2563). ทักษะคดีเกี่ยวกับอุปสรรคและข้อผิดพลาดในการใช้ถุงยางอนามัยของนักเรียนชายมัธยมศึกษาตอนปลาย. *พยาบาลสาร*, 47(4). หน้า 248.

การตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ ภาวะผิดปกติหรือข้อเสีย หรือความเสียหายในรูปแบบอื่นที่อาจเกิดขึ้นสืบเนื่องมาจากการกระทำดังกล่าว

2.2.1.3 ปัจจัยด้านข้อมูลข่าวสาร (Information): คือ การให้ความรู้หรือข้อมูลเกี่ยวกับการใช้และประโยชน์ของถุงยางอนามัยหรืออุปกรณ์ป้องกันอื่น ข้อมูลเกี่ยวกับโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ อาทิ ปัจจัยเสี่ยง ลักษณะอาการ รวมถึงความรุนแรงหรืออันตรายจากโรค ข้อมูลเกี่ยวกับปัญหาการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์อันเป็นผลมาจากการมีเพศสัมพันธ์โดยไม่มีการป้องกัน ซึ่งการรับรู้ข้อมูลเหล่านี้ อาจสร้างแรงจูงใจในการมีเพศสัมพันธ์อย่างปลอดภัยให้แก่ประชาชน ตลอดจนอาจเป็นการลดอัตราการกระทำคามผิดอันเกิดจากการแอบถอดถุงยางอนามัยโดยไม่ได้รับความยินยอมได้

การขาดความรู้หรือความตระหนักในปัจจัยด้านข้อมูลข่าวสาร สะท้อนให้เห็นถึงปัญหาการสอนเพศวิถีศึกษาในสถานศึกษาไทยที่เน้นเรื่องพัฒนาการทางเพศเป็นหลักโดยมิได้ให้ความรู้อย่างรอบด้าน และไม่ได้มุ่งเน้นไปที่การให้ความสำคัญเรื่องการเคารพสิทธิ โดยเฉพาะเรื่องเพศของผู้อื่น⁸ ขาดการให้ความรู้เกี่ยวกับการคุมกำเนิดหรือการป้องกันโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์อย่างเพียงพอ สถานศึกษาหลายแห่งเน้นสอนเรื่องเพศวิถีจากมุมมองผลกระทบด้านลบของเพศสัมพันธ์มากกว่า การพูดถึงมุมมองด้านบวก⁹ ความรู้จากชั้นเรียนที่ได้จึงไม่เอื้ออำนวยต่อการนำไปใช้ในชีวิตจริง ทั้งยังสะท้อนให้เห็นถึงปัญหาด้านการสื่อสารเรื่องเพศในครอบครัว โดยเฉพาะพ่อและแม่ ซึ่งสาเหตุสำคัญ

⁸ กรุงเทพมหานคร. (2564). *“เพศศึกษา” ไทยก้าวหน้าหรือถอยหลัง เรื่องที่โรงเรียนอาจสอนไม่ครบ.* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.bangkokbiznews.com/social/962091> [2566, 6 มีนาคม]

⁹ สำนักงานกองทุนสนับสนุนการส่งเสริมสุขภาพ. (2564). *ปรับทัศนคติสื่อสารเรื่องเพศ ยุคโรคติดต่อลดปัญหาท้องไม่พร้อม.* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://resourcecenter.thaihealth.or.th/article/%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B1%E0%B8%9A%E0%B8%97%E0%B8%B1%E0%B8%A8%E0%B8%99%E0%B8%B0%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%AA%E0%B8%B7%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%AA%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B9%80%E0%B8%A3%E0%B8%B7%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B9%80%E0%B8%9E%E0%B8%A8-%E0%B8%AB%E0%B8%A2%E0%B8%B8%E0%B8%94%E0%B9%82%E0%B8%A3%E0%B8%84%E0%B8%95%E0%B8%B4%E0%B8%94%E0%B8%95%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%A5%E0%B8%94%E0%B8%9B%E0%B8%B1%E0%B8%8D%E0%B8%AB%E0%B8%B2%E0%B8%97%E0%B9%89%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B9%84%E0%B8%A1%E0%B9%88%E0%B8%9E%E0%B8%A3%E0%B9%89%E0%B8%AD%E0%B8%A1-1> [2566, 6 มีนาคม]

มาจากความเขินอายและไม่กล้าพูดถึงเรื่องเพศ ความกังวลว่าการสื่อสารเรื่องเพศอาจเป็นการชี้หน้าให้ บุตรปฏิบัติตาม หรือความเชื่อทางสังคมและวัฒนธรรมที่มีมาแต่โบราณ เป็นต้น¹⁰

2.2.1.4 ปัจจัยด้านความไวเนื้อเชื้อใจ: เพศสัมพันธ์ถือเป็นกิจกรรมทางเพศที่มีความลุ่มลึก มากกว่ากิจกรรมในรูปแบบอื่น ซึ่งโดยมากมักเกิดขึ้นระหว่างบุคคลที่มีความสัมพันธ์ลึกซึ้งหรือมีความรู้สึกคุ้นเคยกันดีในระดับหนึ่ง ทำให้เกิดความเชื่ออีกฝ่ายหนึ่งนั้นจะมีตนเป็นคู่นอนเพียงคนเดียว และไม่มีพฤติกรรมสำส่อนทางเพศ¹¹ อันเป็นผลให้คู่นอนฝ่ายหนึ่ง (ผู้กระทำ) มีความกล้าที่จะแอบถอด ถูขยงอนามัยซึ่งเป็นเครื่องมือป้องกันอันตรายจากการมีเพศสัมพันธ์ออก ทั้งที่ในความเป็นจริงอาจมิได้ เป็นไปตามความเชื่อเช่นนั้น

2.2.1.5 ปัจจัยอื่น: นอกจากเจอบัณฑิตที่ได้กล่าวมาทั้งหมด การแอบถอดถูขยงอนามัย โดยไม่ได้รับความยินยอมยังอาจเกิดขึ้นจากปัจจัยอื่น อาทิ ความมีินมา หรือความเห็นแก่ตัวของคู่นอน ฝ่ายที่ได้กระทำการดังกล่าว เป็นต้น

2.2.2 สภาพความรุนแรงของการกระทำ

สภาพความรุนแรงของการแอบถอดถูขยงอนามัยโดยไม่ได้รับความยินยอมอาจมิใช่การได้รับ บาดเจ็บทางร่างกาย หากแต่เป็นการได้รับบาดเจ็บทางจิตใจ ความเจ็บป่วยทางร่างกายที่อาจเป็น อันตรายแก่ชีวิต โดยอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประการสำคัญดังนี้

ประการแรก การติดเชื้ออันก่อให้เกิดโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์

โรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ (Sexually transmitted diseases, STDs) คือ โรคที่ติดเชื้อและ แพร่กระจายเชื้อไปยังผู้อื่นผ่านการมีเพศสัมพันธ์ โดยมากมักติดต่อมาจากการร่วมเพศทางช่องคลอด ช่องปาก รวมถึงทวารหนัก หรือบางกรณีอาจเป็นการถ่ายทอดจากมารดาสู่ทารกในครรภ์¹² พฤติกรรมทางเพศที่เสี่ยงต่อการติดเชื้ออันก่อให้เกิดโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ อาทิ การมีคู่นอน มากกว่า 1 คน หรือการไม่สวมใส่ถูขยงอนามัยขณะมีเพศสัมพันธ์ เป็นต้น ทั้งนี้โรคติดต่อทาง เพศสัมพันธ์ที่สำคัญ ได้แก่ โรคเอดส์ หนองในแท้ หนองในเทียม เริม หูดหงอนไก่ และซิฟิลิส โดยใน

¹⁰ มจรดา เจริญทวีทรัพย์. (2545). *แนวทางในการสื่อสารเรื่องเพศศึกษาในครอบครัว*. วิทยานิพนธ์นิเทศศาสตรมหา บัณฑิต สาขาวิชาพัฒนศาสตร์, คณะนิเทศศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 180-181.

¹¹ วิชรินทร์ ช่างประดับ. (2562). สถานการณ์การใช้ถูขยงอนามัยขณะมีเพศสัมพันธ์ในกลุ่มชายที่มีเพศสัมพันธ์กับชาย ในจังหวัดสมุทรปราการ. *วารสารสหวิชาการเพื่อสุขภาพ*, 1(2). หน้า 41.

¹² บุญชู สติริลลิตา. *โรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ที่ผู้หญิงควรระวัง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.princsuvama bhumi.com/content-sexually-transmitted-disease/> [2566, 7 มีนาคม].

ที่นี้จะขอยกตัวอย่างอาการเฉพาะกรณีของโรคเอดส์และโรคซิฟิลิส เพื่อแสดงให้เห็นถึงความร้ายแรงของโรคดังกล่าวและสภาพความรุนแรงของการแอบถอดถุงยางอนามัยโดยไม่ได้รับความยินยอม

โรคเอดส์ (AIDS) คือระยะสุดท้ายของการติดเชื้อเอชไอวี (Human Immunodeficiency Virus, HIV) ซึ่งได้พัฒนาอาการจนกลายเป็นโรคเอดส์อย่างเต็มขั้น โดยเชื้อเอชไอวีจะเข้าไปทำลายเม็ดเลือดขาวซีดีโฟร์ (CD4) ส่งผลให้ภูมิคุ้มกันโรคของร่างกายลดลง ทำให้มีโอกาสในการติดโรคติดเชื้อฉวยโอกาสได้ อาทิ วัณโรค ปอดบวม หรือเชื้อหุ้มสมองอักเสบ รวมทั้งมะเร็งบางชนิด เช่น มะเร็งของผนังหลอดเลือด มะเร็งต่อมน้ำเหลืองในสมอง มะเร็งปากมดลูก หรือมะเร็งทวารหนัก เป็นต้น ซึ่งอาจมีอาการรุนแรงกว่าคนปกติและอาจเสียชีวิตจากโรคเหล่านี้ได้¹³ ในระยะนี้ผู้ป่วยอาจมีอาการดังต่อไปนี้คือ ปอดอักเสบ สูญเสียความจำ มีอาการซึมเศร้าและอาการทางระบบประสาทอื่น ท้องเสียเรื้อรัง ไอเรื้อรังหรือหายใจหอบเหนื่อย มีไข้เรื้อรัง น้ำหนักลดลงอย่างรวดเร็ว มีรูปร่างผอมแห้ง มีผื่นตามผิวหนัง ช่องปาก จมูกและเปลือกตา มีแผลที่ริมฝีปาก อวัยวะเพศและทวารหนัก อาการบวมที่ต่อมน้ำเหลืองบริเวณคอ รักแร้และขาหนีบ¹⁴ ซึ่งอาการที่เกิดขึ้นอาจไม่ใช่อาการของโรคเอดส์แต่เพียงอย่างเดียว หากแต่อาจเป็นอาการของโรคติดเชื้อฉวยโอกาสที่อาศัยความบกพร่องของระบบภูมิคุ้มกันในร่างกายเข้ามาทำลายร่างกายของผู้ป่วย โรคเอดส์จึงถือเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ที่มีความร้ายแรงและที่สำคัญในปัจจุบันยังไม่มีวิธีการรักษาให้หายขาดได้

โรคซิฟิลิส (Syphilis)¹⁵ เป็นโรคที่เกิดจากเชื้อแบคทีเรียทรีโพเนมา พัลลิดัม (Treponema pallidum) มีระยะฟักตัวประมาณ 2 สัปดาห์ ถึง 3 เดือนหลังจากรับเชื้อ ซึ่งหากตรวจพบการติดเชื้อได้ตั้งแต่ระยะเริ่มต้นจะสามารถรักษาให้หายขาดได้ โดยอาการของโรคซิฟิลิสสามารถแบ่งออกได้เป็น 4 ระยะ

¹³ รพีพรรณ รัตนวงศันรา มอร์ดและวิภาวรรณ อรัญมาลา. (2564). สถานีสุขภาพ Health Station: ทำความรู้จักโรคติดเชื้อ HIV เอชไอวี. @Rama, (39). หน้า 6-7.

¹⁴ อนุวัฒน์ กิระสุนทรพงษ์. (2559). ความรู้เกี่ยวกับเอชไอวีและเอดส์. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.bumngurad.com/th/health-blog/november-2016/hiv-aids-infection-treatment> [2566, 7 มีนาคม]

¹⁵ วิริยาภรณ์ จันทร์ราชกุล. (2563). ซิฟิลิส โรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ อันตรายของวัยรุ่น. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.samitivejhospitals.com/th/article/detail/%E0%B8%8B%E0%B8%B4%E0%B8%9F%E0%B8%B4%E0%B8%A5%E0%B8%B4%E0%B8%AA> [2566, 7 มีนาคม]

ระยะที่หนึ่ง จะมีแผลบริเวณอวัยวะเพศโดยไม่มีอาการเจ็บหรือปวด ซึ่งแผลดังกล่าวสามารถหายได้เองภายในระยะเวลา 3 - 8 สัปดาห์โดยไม่ต้องทำการรักษา¹⁶

ระยะที่สอง หลังจากติดเชื้อระยะแรกประมาณ 2 - 3 สัปดาห์ จะเกิดผื่นนูนขึ้นกระจายบริเวณอวัยวะเพศ พร้อมกับมีผื่นบริเวณร่างกาย โดยเฉพาะบริเวณที่ฝ่ามือและฝ่าเท้า เรียกระยะนี้ว่า “ระยะออกดอก” บางครั้งอาจพบเนื้อตายเน่า มีน้ำเหลืองไหลซึ่งมีเชื้อซิฟิลิสปน จึงเป็นระยะติดต่อโรคได้ง่าย อย่างไรก็ตามก็ผู้ป่วยบางรายอาจไม่แสดงอาการใด ๆ นอกจากมีไข้ เจ็บคอ หรือปวดเมื่อยตามข้อเท่านั้น

ระยะที่สาม เรียกว่าระยะแฝง เป็นระยะเรื้อรังซึ่งผู้ป่วยจะไม่แสดงอาการ มารดาที่ตั้งครรภ์ขณะเป็นโรคซิฟิลิสในระยะนี้เชื้อซิฟิลิสจะสามารถติดต่อไปยังทารกในครรภ์ได้

ระยะที่สี่ หลังจากได้รับเชื้อประมาณ 2 - 30 ปี หากผู้ป่วยไม่ได้รับการรักษาอย่างถูกต้อง เชื้อซิฟิลิสจะทำลายอวัยวะภายใน และอาจส่งผลให้ตาบอด หูหนวก ไบหน้ำผิครูป สมองเสื่อมเสียสติ เป็นอัมพฤกษ์อัมพาต หากเชื้อลุกลามไปถึงหัวใจจะทำให้หัวใจล้มเหลวและเสียชีวิตได้

จะเห็นได้ว่าโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์สามารถก่อให้เกิดความเสียหายหรือผลกระทบต่อผู้ป่วยไม่ว่าจะเป็นอันตรายแก่ร่างกายไปจนถึงอันตรายแก่ชีวิต ตลอดจนยังเป็นความเสียหายแก่นามัย จิตใจ ซื่อเสียด และภาพลักษณ์ของผู้ป่วยที่อาจถูกดูหมิ่นเหยียดหยามจากสังคม รวมถึงความเสียหายในทรัพย์สิน กล่าวคือ ค่าใช้จ่ายในการรักษาอีกด้วย

ประการที่สอง การตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์

การตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์เป็นสภาพความรุนแรงจากการแอบลอดอุ้งนางอนามัยโดยไม่ได้รับความยินยอมที่จะเกิดมีขึ้นเฉพาะแต่ในผู้เสียหายที่มีเพศสภาพหญิงโดยกำเนิดเท่านั้น ซึ่งการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ (Unplanned Pregnancy) หมายถึง การตั้งครรภ์ที่เกิดขึ้นโดยหญิงที่ตั้งครรภ์ไม่ได้มุ่งหมายให้มีการตั้งครรภ์เกิดขึ้น และหญิงที่ตั้งครรภ์มีทัศนคติในเชิงลบต่อการตั้งครรภ์ของตนในทันทีที่ทราบว่าตนเองตั้งครรภ์¹⁷ โดยสาเหตุหลักของการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์ คือ มีเพศสัมพันธ์โดยไม่ป้องกัน โดยเฉพาะการไม่สวมใส่ถุงยางอนามัยขณะมีเพศสัมพันธ์

¹⁶ สกิทา ม่วงไหมทอง. (2562). *ซิฟิลิส โรคร้าย...กำลังระบาด*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.si.mahidol.ac.th/th/healthdetail.asp?aid=1389> [2566, 7 มีนาคม].

¹⁷ ฤดี ปุ๋งบางกะดีและเขวลักษณ์ เสรีเสถียร. (2551). พยาบาลกับการช่วยเหลือ และดูแลสตรีตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์. *วารสารพยาบาลศาสตร์*, 26(2-3). หน้า 6.

ทางออกของการตั้งครรภ์ไม่พึงประสงค์มิได้หลายทางหลายรูปแบบ อาทิ การตัดสินใจยุติการตั้งครรภ์หรือการทำแท้ง การตั้งครรภ์ต่อไปหรืออาจเรียกว่าการ “ท้องต่อโดยภาวะจำยอม”¹⁸ โดยอาจแต่งงานกับชายผู้เป็นบิดาของบุตรในครรภ์ รวมถึงการฆ่าตัวตายเพื่อหนีจากปัญหาที่ยากจะแก้ไข แต่ไม่ว่าจะเลือกทางออกในรูปแบบใดก็ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบตามมา ไม่ว่าจะเป็นผลกระทบต่อร่างกายหรือจิตใจของหญิงที่ตั้งครรภ์ อาทิ ความเสี่ยงต่อภาวะแทรกซ้อนจากการยุติการตั้งครรภ์ ความรู้สึกผิดบาปที่ตนได้ทำการยุติการตั้งครรภ์ ความอับอายจากการถูกสังคมตราหน้าว่าเป็นหญิงตั้งครรภ์ก่อนแต่งงาน ตลอดจนผลกระทบต่อสังคม เช่น ปัญหาการทอดทิ้งเด็ก เป็นต้น

2.3 หลักความยินยอมในกฎหมายอาญา

หลักความยินยอมในกฎหมายอาญา เป็นหลักการที่ไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายอาญาของไทย แต่ก็ยังเป็นหลักที่ได้ยอมรับกันมาแต่ครั้งกฎหมายโรมัน ดังจะเห็นได้จากภายิตลาดินที่ว่า “Volenti non fit injuria” ซึ่งแปลตรงตัวได้ความว่า “ความยินยอมทำให้ไม่มีความผิด”¹⁹ ดังนั้นบุคคลที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดอาญา รวมถึงบุคคลที่ได้ให้ความยินยอมในการกระทำความผิดนั้น จะถือว่าเป็นผู้เสียหายไม่ได้ หลักนี้จึงปฏิเสธว่ามีความเสียหายเมื่อบุคคลนั้นยินยอมให้ทำ ส่วนในกฎหมายอาญาใช้คำอีกคำหนึ่งว่า “Nulla iniuria in volentes” แปลว่า “ไม่มีความเสียหายสำหรับคนที่สมัครใจ” แสดงถึงเหตุยกเว้นความผิด ตามหลักที่ว่าไม่อาจลงโทษใครก็ตามที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิด้วยความยินยอมของผู้มีสิทธินั้นเองแต่หมายเฉพาะสิทธิที่ผู้นั้นสามารถจำหน่ายจ่ายโอนได้เท่านั้น²⁰ และแม้หลักความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิดจะไม่มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แต่หลักกฎหมายที่นำมายกเว้นความผิดนั้น ไม่จำเป็นต้องบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร เนื่องจากการนำหลักดังกล่าวมาใช้เพื่อยกเว้นความผิดซึ่งเป็นคุณแก่ผู้กระทำ

¹⁸ บุญฤทธิ์ สุขรัตน์. (2563). *ขยายหน่วยบริการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์*. รายงานการเสวนาและระดมรังค์ (ProVoice#7) ชีวิตและสิทธิของหญิงท้องไม่พร้อม: ความสำเร็จและพันธกิจที่ต้องสานต่อ วันที่ 18 กันยายน พ.ศ. 2563 ภาคเช้า.

¹⁹ สำนักงานศาลยุติธรรม. (2562). *รวมผลงานทางวิชาการของศาสตราจารย์จิติ ดิงศกัทธิ์ เล่ม 1* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: ชวนพิมพ์ 50. หน้า 306.

²⁰ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์. (2558). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามิควรได้* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 149.

ความผิด ทั้งนี้ในเรื่องของหลักความยินยอมกับความผิดอาญานั้นอาจจำแนกได้เป็น 5 กรณีดังต่อไปนี้
ได้แก่

กรณีแรก ความผิดอาญาบางประเภทกฎหมายบัญญัติไว้ทีเดียวว่าแม้ผู้เสียหายจะยินยอม การกระทำก็ยังเป็นความผิด เช่น มาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 มาตรา 301 มาตรา 302 หรือมาตรา 319 และบัญญัติไว้อีกว่า ถ้ากระทำโดยผู้เสียหายไม่ยินยอมหรือไม่เต็มใจ ก็เป็นความผิดที่มีโทษหนักขึ้น เช่น มาตรา 303 หรือมาตรา 318 ฉะนั้นถ้าไม่ปรากฏว่าผู้เสียหายยินยอมหรือไม่ การกระทำยังไม่ครบองค์ที่จะเป็นความผิดที่มีโทษหนักขึ้น²¹

กรณีที่สอง ความผิดอาญาบางประเภทกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ดังในกรณีแรก แต่เป็นที่เห็นได้ว่าต้องกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย เช่น ความผิดที่เกิดขึ้นโดยบังคับขู่เข็ญ หรือหลอกลวง ความผิดเหล่านี้ถ้าปรากฏว่าผู้เสียหายยินยอมให้กระทำโดยบริสุทธิ์ใจ การกระทำนั้นก็ย่อมไม่เป็นความผิด²² เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 276 หรือมาตรา 278 ความผิดต่อเสรีภาพ ตามมาตรา 309 หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามมาตรา 337 ถึงมาตรา 340 เป็นต้น ทั้งนี้ความยินยอม โดยบริสุทธิ์ใจเช่นว่า จะต้องเป็นความยินยอมโดยปราศจากการสำคัญผิด หลอกลวงหรือข่มขู่ ด้วยประการใด ๆ อันแสดงถึงความไม่สมัครใจของบุคคลผู้ให้ความยินยอม มิเช่นนั้นย่อมไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นความยินยอมอันเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ จะคุ้มครอง ที่จะทำให้การกระทำของผู้กระทำไม่เป็นความผิด

กรณีที่สาม ความผิดบางประเภทเป็นที่เห็นได้โดยสภาพว่าจะเป็นความผิดขึ้นต่อเมื่อผู้เสียหาย มิได้ยินยอม เช่น การลักทรัพย์ โกงเจ้าหนี้ ยักยอก ทำให้เสียทรัพย์ หรือบุกรุก ย่อมหมายความว่า การเอาทรัพย์ไปโดยผู้เสียหายไม่ยินยอม ลูกหนี้โอนทรัพย์โดยเจ้าหนี้ยินยอมไม่เป็นความผิดตามมาตรา 350 การกักขังตามมาตรา 310 ย่อมหมายความว่าผู้ถูกกักขังไม่ยินยอมให้หน่วงเหนี่ยวกักขัง หรือ ทำให้ปราศจากเสรีภาพในร่างกาย ถ้าผู้เสียหายยินยอมแล้วก็จะมีการกักขังหรือตัดทอนเสรีภาพไม่ได้ การเปิดเผยความลับ ตามมาตรา 322 มาตรา 323 หรือมาตรา 324 ถ้าเจ้าของความลับยอมก็ไม่เป็น สิ่งที่ต้องปกปิด การหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 ถ้าผู้เสียหายยินยอม ก็ไม่เป็นข้อความที่จะกล่าวต่อ บุคคลที่สามไม่ได้ เหล่านี้เป็นต้น²³

²¹ จิตติ ดิงศักดิ์. (2546). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษา กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 797.

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 798.

²³ จิตติ ดิงศักดิ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 798-799.

กรณีที่ดี ความผิดอันยอมความได้มีบัญญัติไว้ในมาตราต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายอาญา หรือในกฎหมายอื่น อาจยอมความกันได้โดยถูกต้องตามกฎหมาย ทำให้สิทธิภาคีอาญามาฟ้องระงับไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39(2) เช่น ความผิดเกี่ยวกับการค้าตามมาตรา 272 ผู้เสียหายย่อมจะยินยอมให้กระทำโดยผู้เสียหายไม่มีสิทธิที่จะร้องทุกข์ หรือนำคดีมาฟ้องได้ต่อไป²⁴

กรณีสุดท้าย ความผิดบางประเภทกฎหมายลงโทษโดยไม่คำนึงว่าผู้เสียหายจะยินยอมให้กระทำหรือไม่ แต่ถ้าได้กระทำโดยความยินยอมของผู้เสียหายแล้ว การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด²⁵ เพราะถือว่าผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ซึ่งได้แก่การกระทำความผิดต่อชีวิตและร่างกาย เช่น ความยินยอมให้มีการกระทบกระทั่งร่างกายกันในการชกมวย หรือการเล่นกีฬาตามกติกา

2.3.1 ความหมายของความยินยอม

เนื่องด้วยประมวลกฎหมายอาญาของไทย หมวด 1 บทนิยาม ในมาตรา 1 มิได้มีการบัญญัติถึงนิยามความหมายของความยินยอมไว้เป็นการเฉพาะ ความยินยอมจึงอาจมีความหมายดังต่อไปนี้ คือ

“ความยินยอม” ตามความหมายในพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2555 ซึ่งเป็นการให้ความหมายไว้โดยทั่วไป หมายถึง ยอม, ไม่ขัด, ตกลง, ชอบใจ, ตาม

“ความยินยอม” ในความหมายตามความคิดเห็นของนักวิชาการด้านกฎหมาย อาทิ

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศกัทธิย์ ได้อธิบายไว้ว่า การจงใจปล่อยให้เหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น โดยไม่ขัดขวางทั้งที่สามารถจะขัดขวางได้ ซึ่งจะต้องเป็นการแสดงความประสงค์ที่จะให้เกิดเหตุการณ์เช่นนั้นขึ้น โดยแสดงออกด้วยการกระทำอย่างหนึ่งโดยตนเองหรือโดยให้ผู้อื่นกระทำแทนตน อันเป็นการแสดงความประสงค์ต่อผู้กระทำเหตุการณ์นั้น ให้เข้าใจว่าตนอนุญาตให้กระทำได้ทีเดียว ยกเว้นแต่ในกรณีพิเศษอย่างยิ่งเท่านั้นที่การนิ่งไม่ขัดขวาง อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอม เพราะเป็นที่เข้าใจกันโดยปกติทั่วไปว่าการนิ่งในพฤติกรรมเช่นนั้นเป็นการยินยอม และการแสดงออกซึ่งความประสงค์อันถือได้ว่าเป็นความยินยอมนั้นอาจแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้²⁶ ทั้งนี้ ความยินยอมตามกฎหมายอาญาไม่เหมือนความยินยอมตามกฎหมายแพ่ง และไม่ใช้ความยินยอมให้ทำนิติกรรม จึงไม่ต้องการความสามารถของผู้ยินยอม²⁷

²⁴ จิตติ ดิงศกัทธิย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 799.

²⁵ จิตติ ดิงศกัทธิย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 799-800.

²⁶ จิตติ ดิงศกัทธิย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 801-802, 804.

²⁷ ศนันทกรณ โสคติพันธุ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 20. หน้า 161.

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฒ นคร ได้อธิบายไว้ว่า ความยินยอมของผู้เสียหายที่จะเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายต้องเป็นความยินยอมที่ไม่มีข้อบกพร่องใด ๆ ในการแสดงเจตจำนงในการให้ความยินยอม ดังนั้นความยินยอมของผู้เสียหายที่เกิดจากการบังคับขู่เข็ญหรือหลอกลวงจึงไม่เป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย ฉะนั้นความยินยอมของผู้เสียหายที่ชอบด้วยกฎหมายจึงจะต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริงและเป็นความยินยอมที่เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ²⁸

ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่าความยินยอม หมายถึง ความยินยอมของผู้เสียหายที่สมัครใจสละความคุ้มครองตามกฎหมายเพื่อเข้ารับความเสี่ยงในผลร้ายที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำของผู้กระทำ โดยความยินยอมดังกล่าวจะต้องเป็นความยินยอมโดยบริสุทธิ์ ไม่ได้เกิดจากการสำคัญผิด หลอกลวง หรือการบังคับขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ ไม่เป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดี ซึ่งความยินยอมเช่นว่าจะต้องมีอยู่ตลอดการกระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด และการกระทำดังกล่าวต้องไม่เกินไปจากขอบเขตหรือเงื่อนไขของการให้ความยินยอม

อย่างไรก็ดีเมื่อประมวลกฎหมายอาญาของราชอาณาจักรไทยไม่มีการบัญญัติถึงนิยามความหมาย หลักการและขอบเขตของความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายอาญาไว้อย่างชัดเจนแน่นอนอน จำต้องอาศัยดุลพินิจของศาลซึ่งเป็นผู้ใช้กฎหมายในการพิจารณาว่าความยินยอมอย่างไรจะมีผลให้การกระทำไม่เป็นความผิด ซึ่งการใช้ดุลพินิจดังกล่าวอาจทำให้เกิดความไม่แน่นอนได้

ในทางทฤษฎีกฎหมายได้ยกหลักกฎหมายขึ้นอ้างถึงที่มาของการที่ยอมรับว่าความยินยอม หรือการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดของผู้เสียหายทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับยกเว้นโทษ นักกฎหมายฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่าความยินยอมของบุคคลในกรณีนี้เป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่ง เข้าลักษณะเป็นนิติกรรม ซึ่งก็มีความเห็นแตกแยกเป็นสองส่วน ส่วนหนึ่งเห็นว่าความยินยอมของผู้เสียหายเช่นว่านั้นเป็นนิติกรรมในทางกฎหมายเอกชน อีกส่วนหนึ่งเห็นว่าเป็นการทำนิติกรรมในทางกฎหมายมหาชน สำหรับนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่า ความยินยอมของผู้เสียหายไม่อาจถือว่าเป็นนิติกรรมในทางใดทั้งสิ้น ไม่ว่าจะ เป็นนิติกรรมในทางกฎหมายเอกชนหรือในทางกฎหมายมหาชน เพราะผู้เสียหายซึ่งแสดงเจตนาให้ความยินยอมดังกล่าวมิได้ให้ความยินยอมในลักษณะที่ว่าจะให้ผู้กระทำมีสิทธิกระทำการอันนั้นได้แต่อย่างใด ใครก็ตามแม้จะได้รับความยินยอมให้กระทำการอันใด ย่อมไม่มีสิทธิที่จะทำให้มีการเปลี่ยนแปลงผลในการกระทำนั้นในทางกฎหมาย พูดอีกนัยหนึ่งก็คือ ผู้เสียหายให้ความยินยอม มิได้แสดงเจตนากระทำการนิติกรรมตามที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ ในความเห็นของนักกฎหมาย

²⁸ คณิต ฒ นคร. (2556). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 269.

ฝ่ายหลังนี้เห็นว่าทำให้ความยินยอมของผู้เสียหายนั้นความจริงแล้วเป็นการที่ผู้เสียหายสละประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองไว้แก่บุคคลที่ได้รับผลร้ายเท่านั้นเอง อาจเรียกได้ว่ามีลักษณะเป็นนิติเหตุอย่างหนึ่ง²⁹

2.3.2 ประเภทของความยินยอม

ความยินยอมของผู้เสียหายในกฎหมายอาญาแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ ความยินยอมทำให้การกระทำไม่มีความผิดเพราะขาดองค์ประกอบภายนอก และความยินยอมเป็นเหตุยกเว้นความผิด ซึ่งความยินยอมทั้งสองประเภทแม้จะทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิดเช่นเดียวกัน แต่การไม่มีความผิดดังกล่าวกลับเกิดขึ้นด้วยสาเหตุที่แตกต่างกัน เนื่องจากโครงสร้างความรับผิดทางอาญามีองค์ประกอบด้วยกัน 3 ประการ³⁰ โดยจะต้องพิจารณาไปตามลำดับ คือ

โครงสร้างความรับผิดทางอาญาประการที่ 1 การกระทำครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติอันประกอบด้วย 4 ข้อดังต่อไปนี้

ข้อแรก มีการกระทำ กล่าวคือ บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อได้กระทำ³¹ ซึ่งการกระทำหมายถึง การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก คือ อยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ

ข้อที่สอง การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกของความผิด ซึ่งแบ่งออกได้เป็น 3 ส่วน คือ ผู้กระทำ การกระทำ และวัตถุแห่งการกระทำ โดยความยินยอมอาจทำให้การกระทำไม่ครบองค์ประกอบภายนอก อาทิ ความผิดฐานลักทรัพย์ ตามมาตรา 334 ซึ่งมีองค์ประกอบภายนอกในส่วนของ การกระทำที่สำคัญคือ การ “เอาไป” ซึ่งต้องประกอบไปด้วยการแย่งการครอบครอง และการพาทรัพย์เคลื่อนที่ ดังนั้นหากผู้กระทำได้อาทรัพย์ไปโดยผู้ครอบครองอนุญาต การกระทำเช่นนี้จึงไม่ใช่การแย่งการครอบครอง การกระทำดังกล่าวจึงไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์

ข้อที่สาม การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายในของความผิด โดยหลักบุคคลจะต้องรับผิดชอบทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่กรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้งว่าต้องรับผิดแม้ได้กระทำโดยประมาท หรือกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา และ

ข้อสุดท้าย มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

²⁹ อัครราชทูต จุฬารัตน. (2520). ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา. *วารสารนิติศาสตร์*, 9(1), หน้า 60-61.

³⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2562). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานคร พิมพ์ครั้งที่ 11. หน้า 98-104.

³¹ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 59 วรรคหนึ่ง.

โครงสร้างความรับผิดทางอาญาประการที่ 2 การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด เมื่อการกระทำครบองค์ประกอบความผิดที่กฎหมายบัญญัติ แต่หากเป็นการกระทำที่มีกฎหมายยกเว้นความผิดไว้ ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด อาทิ การกระทำโดยป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 หรือหลักความยินยอมในความผิดบางกรณี

โครงสร้างความรับผิดทางอาญาประการที่ 3 การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ เมื่อการกระทำครบองค์ประกอบความผิดที่กฎหมายบัญญัติและไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด แต่การกระทำนั้น มีกฎหมายยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำผิด อาทิ การกระทำความผิดด้วยความจำเป็น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67 หรือการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ระหว่างสามีภริยาในบางฐานความผิด ตามมาตรา 71 วรรคแรก ผู้กระทำความผิดย่อมไม่ต้องรับโทษในทางอาญา

จึงกล่าวได้ว่าความยินยอมทั้งสองประเภท เกิดขึ้นในโครงสร้างความรับผิดทางอาญาที่แตกต่างกัน โดยอธิบายได้ดังนี้

ประเภทที่หนึ่ง ความยินยอมทำให้การกระทำไม่มีความผิดเพราะขาดองค์ประกอบภายนอก (โครงสร้างความรับผิดทางอาญาประการที่ 1) กล่าวคือ ความยินยอมประเภทนี้เป็นความยินยอมต่อการกระทำที่เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด อันเป็นผลให้การกระทำนั้นไม่ครบองค์ประกอบความผิดตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญาในประการที่ 1 เช่น การที่หญิงยินยอมให้ชายมีเพศสัมพันธ์ด้วย ความยินยอมเช่นว่าทำให้การกระทำของชายไม่เป็นการข่มขืน ชายจึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 หรือในกรณีความผิดฐานบุกรุก ตามมาตรา 364 หากผู้กระทำได้เข้าไปในเคหสถานโดยมีอำนาจหรือได้รับความยินยอมจากผู้ครอบครอง ถือว่าเป็นการเข้าไปโดยมีเหตุอันสมควร ผู้นั้นจึงไม่มีความผิดฐานบุกรุก

ประเภทที่สอง ความยินยอมเป็นเหตุยกเว้นความผิด (โครงสร้างความรับผิดทางอาญาประการที่ 2) กล่าวคือ ความยินยอมทำให้การกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดที่กฎหมายบัญญัติไม่มีความผิด โดยถือว่าความยินยอมนั้นยกเว้นการกระทำความผิด เช่น คนไข้ยินยอมให้แพทย์ทำการตัดขาเพื่อรักษาโรคร้าย แม้การกระทำของแพทย์ในการตัดขาคคนไข้จะครบองค์ประกอบของความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้ตามมาตรา 297 (3) แต่ความยินยอมของคนไข้ก็เป็นการยกเว้นความผิดให้แก่แพทย์ แพทย์ผู้ทำการรักษาจึงไม่มีความผิดฐานทำให้คนไข้ได้รับอันตรายสาหัส โดยเจตนาตาม

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 297 (3) ความยินยอมในกรณีเช่นนี้ยกเว้นความผิดให้แก่ผู้กระทำ เช่นเดียวกับการกระทำโดยป้องกันตามมาตรา 68 ยกเว้นความผิดให้แก่ผู้กระทำ³²

ทั้งนี้ ศาลฎีกาก็ได้วางบรรทัดฐานกรณีความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดทางอาญาไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508³³ ความว่า “มีหลักทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญาอยู่ว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้กระทำการนั้นเป็นความผิดขึ้นได้” จะเห็นได้ว่าศาลฎีกาถือว่าหลักดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งสามารถนำมาใช้ได้ แม้จะไม่มี การบัญญัติยกเว้นความผิดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ทั้งนี้โดยไม่ขัดต่อหลักในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 เนื่องจากเป็นการนำมาใช้เพื่อเป็น “คุณ” แก่ผู้กระทำ³⁴

³² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 30. หน้า 579-580.

³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 การยอมความในความผิดอันยอมความได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 35 วรรคสอง และ 39(2) นั้น เป็นการกระทำภายหลังที่ความผิดได้เกิดขึ้นแล้ว มิใช่การที่จะกระทำกันไว้ล่วงหน้าก่อนการกระทำความผิด ข้อตกลงล่วงหน้าก่อนมีการกระทำความผิดจะถือเป็นการยอมความตามบทกฎหมายดังกล่าวไม่ได้ บุคคลจะตกลงกันไว้ก่อนว่าจะไม่ฟ้องคดีอาญา ถ้าหากจะมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นต่อไปข้างหน้านั้น ข้อตกลงนั้นหากมีผลก่อให้เกิดหนี้ที่จะผูกพันคู่กรณีให้จำต้องงดเว้น ไม่ฟ้องคดีอาญา เช่นว่านั้น แต่ประการใดไม่ เพราะอำนาจฟ้องคดีอาญาจะมีอยู่หรือไม่ มีใค้ได้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายลักษณะหนี้ในทางแพ่ง หากอยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญาก็อีกส่วนหนึ่ง ข้อตกลงว่าจะไม่ฟ้องคดีอาญานั้น อาจถือเป็นการยินยอมให้กระทำการที่ตามปกติต้องด้วยบทบัญญัติว่าเป็นความผิดได้มีหลักทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญาตามนัยฎีกาที่ 616/2482 และ 787/2483 ว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีและมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้กระทำการนั้นเป็นความผิดขึ้นได้ ข้อตกลงระหว่างโจทก์จำเลย แม้ไม่ผูกพันโจทก์ให้ยินยอมอยู่เช่นนั้นตลอดไป แต่โจทก์ก็ได้ยินยอมให้จำเลยออกเช็ค โดยจะไม่ฟ้องเป็นความผิดอาญา เป็นความยินยอมที่มีอยู่จนถึงขณะที่จำเลยออกเช็ค โดยรู้ว่าไม่มีเงินในธนาคาร อันเป็นการกระทำโดยเจตนาที่เป็นองค์ความผิดประการหนึ่งซึ่งจำเลยได้กระทำลงตามความยินยอมของโจทก์ ความผิดกรณีนี้เป็นความผิดอันยอมความได้ ถือได้ว่าความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำฐานนี้ไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรม การกระทำที่โจทก์ฟ้องจึงไม่เป็นความผิดในทางอาญา (ประชุมใหญ่ครั้งที่ 17/2508).

³⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 30. หน้า 580.

2.3.3 ลักษณะของความยินยอม

จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 ลักษณะของความยินยอมอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

2.3.3.1 ความยินยอมอันบริสุทธิ์³⁵

ความยินยอมของผู้เสียหายอันจะอ้างขึ้นลบล้างความผิดได้นั้นต้องได้ให้โดยเสรี จริ่งใจ กล่าวคือ ปราศจากการข่มขู่ หลอกลวง หรือสำคัญผิดด้วยประการใด ๆ

การข่มขู่ข่มเป็นที่เห็นได้ชัดว่า การใช้กำลังประทุษร้ายขู่เข็ญ ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สิน จะเป็นการกระทำต่อผู้เสียหายหรือบุคคลที่สามตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 278 มาตรา 283 มาตรา 309 มาตรา 313 มาตรา 320 มาตรา 337 มาตรา 338 และมาตรา 339 ข่อมทำให้การกระทำของผู้เสียหายที่อนุโลมตามคำขู่ของผู้กระทำความผิดกลายเป็นกระทำด้วยความจำยอม มิใช่กระทำด้วยความยินยอม

การหลอกลวง มีปัญหาว่าการหลอกลวงนั้นต้องถึงกับทำให้ผู้เสียหายหลงผิดในสาระสำคัญของการกระทำที่เดียว หรือการหลอกลวงนั้นอาจเป็นแต่เพียงในมูลเหตุ ในประเด็นปัญหาดังกล่าว อาจกล่าวได้ว่าในกรณีความผิดที่มีองค์ประกอบเป็นการหลอกลวงหรือไม่เต็มใจ เช่น มาตรา 271 มาตรา 341 มาตรา 344 หรือมาตรา 318 ความผิดคือการได้ความยินยอมมาโดยการหลอกลวง ฉะนั้นแม้จะหลอกลวงในมูลเหตุก็เป็นความผิด แต่ในกรณีที่สภาพของความผิดต้องปราศจากความยินยอม เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ โกงเจ้าหนี้ ยักยอก หรือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ถ้าผู้เสียหายยินยอมข่อมไม่มีความผิด ความยินยอมนี้แม้จะได้มาโดยการหลอกลวงในมูลเหตุก็ยังคงเป็นความยินยอม ต่อเมื่อได้หลอกลวงในสภาพของการกระทำจึงจะถือได้ว่าไม่มีความยินยอมและการกระทำเป็นความผิด

การสำคัญผิด หรือความไม่รู้พฤติการณ์ของผู้เสียหาย กล่าวคือ ผู้เสียหายเข้าใจผิดจึงยินยอมโดยไม่รู้พฤติการณ์ที่เป็นจริง ทั้งที่ไม่มีการหลอกลวง จึงถือเป็นความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ ทั้งนี้หมายความว่าความรวมถึงความยินยอมของบุคคลผู้มีจิตบกพร่อง หรือเมามจนไม่สามารถรู้ถึงสภาพและผลของการที่เขาให้ความยินยอมไป

ในส่วนที่เกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายที่จะให้ความยินยอมได้นั้น แม้ผู้เสียหายจะมีอายุน้อยและยังไม่บรรลุนิติภาวะ ถ้าไม่ถึงกับไร้เดียงสาซึ่งจัดเข้าในประเภทความยินยอมโดยไม่รู้พฤติการณ์

³⁵ จิตติ ดิงศภัทย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 805-810.

กฎหมายยอมรับว่าเป็นความยินยอมที่ยกเว้นความผิดได้ เช่น หญิงอายุ 16 ปี อยู่ในปกครองของบิดาอาจยินยอมในความผิดต่อเพศได้

2.3.3.2 ความยินยอมไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี

การวินิจฉัยว่าการกระทำขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีหรือไม่ ต้องพิจารณาตามความรู้สึกของบุคคลทั่วไปในท้องที่และเวลาที่เกิดการกระทำนั้น ความยินยอมให้แพทย์ผ่าตัดร่างกายเพื่อประโยชน์ในการรักษาพยาบาล ความยินยอมของนักมวยในการชกกันตามกติกา ความยินยอมของนักกีฬาที่จะกระทบกระทั่งร่างกายกันในการเล่นกีฬาบางอย่าง เช่น ฟุตบอล รักบี้ มวยปล้ำ ถือเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี³⁶

2.3.3.3 ความยินยอมในปัจจุบัน³⁷

ความยินยอมที่จะยกเว้นความผิด ต้องเป็นความยินยอมที่มีอยู่ในขณะกระทำความผิด จะเป็นความยินยอมที่ผู้เสียหายแสดงออกในขณะที่มีการกระทำความผิด หรือแสดงออกก่อนและยังคงมีอยู่มิได้บอกเลิกเสียก่อนการกระทำความผิดสิ้นสุดลงจึงยังคงเป็นความยินยอมอยู่ในขณะกระทำความผิดได้ ทั้งนี้ผู้เสียหายอาจบอกเลิกความยินยอมได้เสมอ ก่อนที่การกระทำอันเป็นความผิดสำเร็จเสร็จสิ้นไปแล้ว หากได้บอกเลิกความยินยอมเช่นว่าแล้วผู้กระทำยังขึ้นกระทำต่อไปก็ไม่มีเหตุที่จะยกเว้นความผิดให้แก่ผู้กระทำได้³⁸ อย่างไรก็ตามความยินยอมภายหลังที่ความผิดได้เกิดขึ้นแล้ว ไม่มีผลลบล้างความผิดเว้นแต่กรณีความผิดอันยอมความได้ที่มีผลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (2) เท่านั้น การยอมความตามมาตรา 35 และมาตรา 39 (2) นี้เป็นการกระทำภายหลังที่ความผิดได้เกิดขึ้นและสิ้นสุดลงแล้ว มิใช่ตกลงกันไว้ล่วงหน้า ซึ่งอาจถือเป็นการยินยอมให้กระทำความผิดอีกส่วนหนึ่ง

อนึ่งความยินยอมต่อสิ่งหนึ่งไม่อาจหมายความรวมถึงสิ่งอื่น ที่เพิ่มเติมหรือแตกต่างออกไป โดยผู้เสียหายไม่ทราบถึง เช่น ผู้ที่กินของสิ่งหนึ่งโดยสมัครใจ ไม่ได้หมายความว่ายอมกินยาพิษที่ผสมอยู่ในนั้นหรือมีการสับเปลี่ยนสิ่งนั้นโดยผู้เสียหายไม่ทราบ หรือกรณีที่หญิงยอมร่วมประเวณีด้วยไม่ได้หมายความว่ายินยอมรับโรคที่ติดต่อกับชายโดยหญิงไม่ทราบมาก่อน³⁹

³⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 30. หน้า 580-581.

³⁷ จิตติ ดิงศภัทย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 810-812.

³⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 30. หน้า 581.

³⁹ จิตติ ดิงศภัทย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 809.

2.4 แนวคิดสตรีนิยมและทฤษฎีนิติสตรีศาสตร์

2.4.1 แนวคิดสตรีนิยม

แนวคิดสตรีนิยม (Feminist) หมายถึง แนวคิดที่ให้ความสำคัญต่อความเสมอภาคระหว่างผู้หญิงกับผู้ชาย ซึ่งเป็นแนวคิดที่ประกอบด้วยโครงสร้างค่านิยม อำนาจ และระบบความเชื่อ เป็นการสร้างทางเลือกให้กับคนในสังคม สตรีนิยมจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับเพศหญิง ผู้หญิง ความเป็นผู้หญิง (Feminine) และเมื่อกล่าวถึงความเป็นผู้หญิงหรือเพศหญิง คนทั่วไปก็จะนึกถึงความอ่อนหวาน ความสุภาพ ความเชื่อฟัง หรือผู้เลี้ยงดูคนอื่น มากกว่าคิดถึงผู้หญิงในแง่ของความเท่าเทียม ความมีเหตุผล นักสตรีนิยมเป็นบุคคลที่มองโลกทั้งระบบแทนที่จะมองเพียงบางส่วน ซึ่งการมองเช่นนี้ทำให้เห็นประเด็นของความไม่เสมอภาคระหว่างหญิงและชาย แต่กระนั้นแนวคิดสตรีนิยมก็ไม่ใช่การปฏิเสธชาย หรือเห็นว่าเพศชายไม่มีความสำคัญ หากแต่เป็นความพยายามที่จะลดความไม่เสมอภาคระหว่างทั้งสองเพศเท่านั้น⁴⁰ จะเห็นได้ว่าสาระสำคัญของแนวคิดสตรีนิยมเป็นเรื่องของสิทธิและความเท่าเทียมกันระหว่างบุคคลซึ่งไม่อาจถูกแบ่งแยกด้วยเพศสภาพที่แตกต่างกัน มิใช่การลดบทบาทหรือความสำคัญของเพศชายลงแต่อย่างใด ทั้งนี้สตรีนิยมสามารถแบ่งออกได้เป็น 4 กลุ่ม⁴¹ ดังต่อไปนี้

1. กลุ่มสตรีนิยมแนวเสรีนิยม (Liberal Feminism)

สตรีนิยมแนวนี้มีความเชื่อว่าหญิงและชายมีความสามารถเท่าเทียมกัน แต่สิ่งที่ทำให้หญิงและชายแตกต่างกันคือ การกำหนดบทบาทชายหญิงด้วยการปลูกฝัง ขัดเกลาและการบ่มเพาะจากสังคม จนกลายเป็นมายาคติทางความคิดในการจำกัดบทบาทของหญิงโดยอาศัยการแบ่งแยกทางเพศอย่างไม่เป็นธรรม รวมถึงความเชื่อ ศาสนา ประเพณีวัฒนธรรม และกฎหมาย ทั้งนี้เป้าหมายหลักของสตรีนิยมกลุ่มนี้ต้องการเรียกร้องเรื่องความไม่เท่าเทียมกันทางเพศ และการส่งเสริมให้หญิงตระหนักถึงเสรีภาพ มีสิทธิที่จะเลือกมากขึ้น ต่อต้านการแบ่งแยกบทบาททางเพศที่มีมากเกินไป และมองเพศหญิงในลักษณะของการเหมารวม (Stereotypes) เป็นกลุ่ม (Group) แทนที่จะมองอย่างปัจเจกชน (Individual) ที่มองว่าเพศหญิงไม่ได้มีหน้าที่เป็นแม่บ้านเท่านั้น แต่ต้องทำงานอื่น ๆ เหมือนเช่นชายได้โดยไม่ถูกกีดกัน และหญิงควรมีสิทธิทั้งทางเศรษฐกิจ สังคม กฎหมาย และการเมือง

⁴⁰ วันทนีย์ วาสิตะสิน. (2543). *สังคมสงเคราะห์แนวสตรีนิยม: ทฤษฎีและการปฏิบัติงาน*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 6.

⁴¹ พรจันทร์ เสียงสอน. (2557). *การนำเสนอผู้หญิงและความรุนแรงในภาพยนตร์ไทย*. วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต, คณะภาษาและการสื่อสาร สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. หน้า 12-15.

โดยไม่ได้ล้มล้างโครงสร้างเดิมแต่เป็นการปรับเปลี่ยนโครงสร้างใหม่ให้มีความเหมาะสมสำหรับเพศหญิงมากขึ้น และสามารถที่จะอยู่ได้โดยไม่ถูกกดขี่

2. กลุ่มสตรีนิยมสายก้าวหน้า (Radical Feminism)

สตรีนิยมกลุ่มนี้ปฏิเสธระบบชายเป็นใหญ่อย่างสุดขั้ว โดยมีแนวคิดที่ว่าผู้ชายมีอำนาจเหนือกว่าผู้หญิงเป็นผลมาจากการที่สังคมเป็นระบบสังคมแบบชายเป็นใหญ่ (Patriarchy) ทำให้ผู้หญิงถูกเอาเปรียบทางเพศวิถี (Sexuality) ที่ชายหรือสังคมชายเป็นใหญ่เห็นว่าผู้หญิงเป็นวัตถุทางเพศสำหรับผู้ชาย รูปแบบของการกดขี่ที่ปรากฏออกมาให้เห็นเป็นรูปธรรม เช่น การข่มขืนในงานบันเทิง และงานลามกอนาจาร ดังนั้นการต่อสู้กับสิ่งเหล่านี้จึงถือว่าเป็นเรื่องใหญ่ อันเป็นการต่อสู้ในสิทธิเนื้อตัวร่างกายของผู้หญิง และเหนือเพศวิถีของตนเอง เช่น ความรัก ความปรารถนาทางเพศ ความสุขทางเพศ สิทธิว่าจะท้องหรือไม่ท้อง การคุมกำเนิด การทำแท้ง การหย่าร้าง การใช้ความรุนแรงในครอบครัว การทำร้ายร่างกาย และการมองว่าหญิงกับชายแตกต่างกันทั้งเรื่องของความสามารถ เรื่องกายภาพ กลายเป็นความไม่เท่าเทียมกันในกิจกรรมของผู้หญิงและผู้ชาย อาทิ กิจกรรมทางการเมือง และเศรษฐกิจเป็นพื้นที่ของผู้ชาย ส่วนเรื่องเกี่ยวกับงานบ้าน กิจกรรมทางเพศผู้หญิงถูกกำหนดให้มีหน้าที่ต้องเป็นฝ่ายบริการผู้ชายให้มีความสุขจนบางครั้งก็กลายเป็นปัญหาสังคม ก็เป็นเพราะอุดมการณ์ระบบชายเป็นใหญ่ที่แทรกซึมลงไปในวัฒนธรรมของสังคมจนกลายเป็นสิ่งที่ผู้หญิงไม่สามารถที่จะปฏิเสธไม่ทำได้

สตรีนิยมแนวนี้จึงมีความต้องการที่จะ “ถอนรากถอนโคน” ระบบชายเป็นใหญ่ กล่าวคือผู้หญิงควรกำหนดให้ตนเองเอาชนะหรือล้มล้างระบบทางเพศ เพราะเป็นระบบที่มอบอำนาจให้แก่ชาย และทำให้หญิงไม่มีคุณค่าในสายตาของคนในสังคม ซึ่งการได้มาซึ่งเสรีภาพและความเท่าเทียม นั้นจะต้องทำการล้มล้างระบบการเมืองแบบเก่า

3. กลุ่มสตรีนิยมแนวมาร์กซิสต์ (Marxist Feminism)⁴²

สตรีนิยมแนวมาร์กซิสต์เชื่อว่า ไม่มีความเป็นไปได้ที่ทุกคนโดยเฉพาะผู้หญิง ที่จะได้รับความเท่าเทียมกันอย่างแท้จริงในสังคมที่มีชนชั้นวรรณะ โดยการกดขี่ผู้หญิงได้เริ่มต้นมาจากการถ่ายทอดความเชื่อต่อ ๆ กันมาในสังคมว่า ผู้หญิงเป็นทรัพย์สินสมบัติส่วนตัว เป็นสมบัติของพ่อแม่ หรือเป็นสมบัติของสามี ผู้หญิงขาดสิทธิของตนที่จะมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน จัดการทรัพย์สินทางธุรกิจ ไม่มีสิทธิ

⁴² มณี อากานันท์กุล. (2549). การประยุกต์ใช้ทฤษฎีสตรีนิยมเป็นกรอบแนวคิดสำหรับการพยาบาลสุขภาพผู้หญิง. *วารสารบัณฑิตพยาบาลสาร*, 12(3). หน้า 218.

ในการกู่ยืม ไม่มีสิทธิเดินทางตามลำพังโดยไม่ได้รับความยินยอมจากสามี นอกจากนี้เมื่อผู้หญิงออกไปทำงานก็จะถูกกดขี่ด้านรายได้ โดยมักได้รับค่าจ้างต่ำกว่าผู้ชาย ระยะเวลาทำงานก็จะยาวนานกว่า จะเห็นได้ว่าในระบบเศรษฐกิจมักไม่ค่อยเป็นธรรม เป็นต้นว่างานบ้านเป็นงานที่ทำฟรีไม่ก่อให้เกิดผลผลิต และงานบ้านเป็นงานของผู้หญิง ซึ่งการที่จะกำจัดแนวคิดของการกดขี่ผู้หญิงออกไป นักสตรีนิยมมาร์กซิสต์เสนอว่า ควรจะสนับสนุนระบบสังคมนิยมแทนระบบทุนนิยม ในระบบสังคมนิยมทุกคนเป็นเจ้าของการผลิต ดังนั้นผู้หญิงสามารถทำงานได้โดยไม่จำเป็นต้องพึ่งรายได้ที่มาจากผู้ชายอีกต่อไป

4. กลุ่มสตรีนิยมแนววัฒนธรรม (Cultural Feminism)

กลุ่มสตรีนิยมแนววัฒนธรรมเชื่อว่าหญิงจะมีความเท่าเทียมกันกับชายได้ต้องยกระดับตัวเองให้มีอำนาจในการต่อสู้กับการครอบงำของเพศชาย ความเชื่อเดิมในสังคม หรืออุดมการณ์ชายเป็นใหญ่ ด้วยการที่หญิงต้องยืนได้ด้วยขาตนเองไม่พึ่งพาชายมากเกินไป และแยกตัวออกมาสร้างวัฒนธรรม และมีสถาบันที่เป็นของผู้หญิงเอง ทั้งการศึกษา สุขภาพ สื่อมวลชน องค์กร หรือหน่วยงานต่าง ๆ เป็นการสร้างพื้นที่ของผู้หญิง เป็นฐานอำนาจและขุมพลังในการต่อสู้เชิงอำนาจกับผู้ชาย อันจะนำไปสู่ความสัมพันธ์อันดีระหว่างชายหญิง

2.4.2 ทฤษฎีนิติสตรีศาสตร์

นิติสตรีศาสตร์⁴³ (Feminist Legal Theory หรือ Feminist Jurisprudence) เป็นสาขาวิชาที่ได้เริ่มปรากฏขึ้นในวงการศึกษากฎหมายในต่างประเทศเมื่อช่วงต้นทศวรรษที่ 1970 ซึ่งเกิดขึ้นจากประสบการณ์ของสตรีและทัศนะเชิงวิพากษ์ที่พัฒนาขึ้นในศาสตร์อื่น ๆ เพื่อวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับเพศ (Law and gender) และการทำความเข้าใจในข้อจำกัดของกฎหมาย โดยทฤษฎีนิติสตรีศาสตร์นั้นเป็นปรัชญาของกฎหมายบนพื้นฐานของปัญหาทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมของความเท่าเทียมกัน⁴⁴ ซึ่งจะศึกษาว่ากฎหมายมีผลอย่างไรต่อสตรี กฎหมายมีส่วนทำให้สตรีตกอยู่ในสภาพด้อยกว่าอย่างไร ตลอดจนศึกษาว่าจะใช้กฎหมายเพื่อพัฒนาสถานภาพ สตรีให้ดีขึ้นได้อย่างไร โดยใช้มุมมองของสตรีนิยมในการศึกษา

⁴³ พรรณรายรัตน์ ศรีไชยรัตน์. (2542). Feminist Legal Theory. *อุลพาท*, 46. หน้า 91-115.

⁴⁴ The Wex Definitions Team. (2022). *feminist jurisprudence*. (Online). Available: https://www.law.cornell.edu/wex/feminist_jurisprudence [2023, March 21].

นักนิติศาสตร์หรือนักนิติศตรินิยมในต่างประเทศได้มีการวิพากษ์ถึงการศึกษานี้ในกระแสหลักว่าเป็นแบบชายเป็นใหญ่หรือเหนือกว่า ซึ่งการควบคุมในทางกฎหมายของชายเป็นการปกป้องผลประโยชน์ของชายเองไม่ใช่หญิง นอกจากนี้ทั้งภาษาเหตุผล และโครงสร้างของกฎหมายได้ถูกสร้างขึ้นโดยชายนั้นก็ได้นับสนุนคุณค่าที่เหนือกว่าของชายอีกด้วย ซึ่งความเป็นเพศ (Gender) ที่ถูกกำหนดจากกฎหมายและการปฏิบัติในสังคมได้มีผลต่อกฎหมายต่าง ๆ เกี่ยวกับการข่มขืน (Rape) ความรุนแรงในครอบครัว (Domestic Violence) การหย่าร้าง (Divorce) สิทธิในการสืบพันธุ์ (Reproductive Rights) การล่วงละเมิดทางเพศ (Sexual Harassment) และการจ้างงาน (Employment) โดยในทศวรรษที่ 1970 ถือว่าเป็นความสำเร็จของนักศตรินิยมในการเรียกร้องเรื่องเสรีภาพอันมีหัวใจสำคัญของแนวคิดที่ว่า ทุกสิ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันหากบุคคลนั้นเหมือนกัน⁴⁵

ตลอดจนมีการศึกษาวิจัยและการวิเคราะห์ของอาจารย์สมชาย ปรีชาศิลป์กุล ที่ปรากฏในหนังสือ “เพศวิถีในคำพิพากษา”⁴⁶ ถึงลักษณะของฐานคดีทางเพศที่มีบทบาทต่อคำตัดสินของศาลในการวินิจฉัยและมีผลต่อการปรับใช้กฎหมายเข้ากับข้อพิพาทใน 2 กลุ่มคดี คือ คดีความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศ และคดีความผิดต่อชีวิตและเสรีภาพ จากคำพิพากษาศาลฎีกานับตั้งแต่ พ.ศ. 2495 - 2545 ซึ่งในที่นี้จะขอก้าวอธิบายเฉพาะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความยินยอมและการข่มขืน อันเป็นหนึ่งในประเด็นที่มักถูกอ้างถึงเมื่อมีการพิจารณาถึงสถานะและสิทธิของหญิงในระบบกฎหมายไทย กล่าวคือ การกระทำชำเราที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นด้วยการ บังคับหรือ โดยที่อีกฝ่ายมิได้ยินยอมด้วย การวินิจฉัยในประเด็นเรื่องความยินยอมจึงเป็นประเด็นสำคัญที่มักถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นข้อโต้แย้งอยู่เสมอ และเนื่องด้วยการข่มขืนกระทำชำเรามักเกิดขึ้นในสถานที่รโหฐานหรือสถานที่ลับหูลับตาผู้คนส่วนมากจึงปราศจากประจักษ์พยานที่รับรู้เหตุการณ์ด้วยตนเอง มายืนยันลักษณะของการกระทำชำเราว่าเกิดขึ้นในรูปแบบใด ดังนั้นในการตัดสินว่าการกระทำชำเรานั้นเกิดจากความยินยอมหรือการบังคับจึงจำเป็นต้องพิเคราะห์ถึงพยานหลักฐานอื่นหรือปัจจัยแวดล้อมประกอบ เพื่อนำไปสู่การตัดสินว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่ ซึ่งจากการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาของไทย

⁴⁵ กันย์กัญญา ใจการวงศ์สกุล. (2560). นิติศาสตร์: มุมมองเพื่อส่งเสริมความเสมอภาคระหว่างหญิงและชาย. *วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี*, 10(19). หน้า 38-39.

⁴⁶ สมชาย ปรีชาศิลป์กุล. (2558). *เพศวิถีในคำพิพากษา* (พิมพ์ครั้งที่ 2). เชียงใหม่: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่. หน้า 55-95.

พบว่าเหตุผลในการตัดสินว่าการกระทำนั้นเป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรือเป็นการยินยอมให้ชำเราด้วยความสมัครใจประกอบไปด้วย 3 ประเด็นสำคัญ คือ ระยะเวลา บาดแผล และภูมิหลังของผู้เสียหาย

ระยะเวลา

แนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาถือว่าระยะเวลาในการดำเนินการของหญิงผู้เสียหายเป็นปัจจัยสำคัญต่อการวินิจฉัยของศาล หากหญิงผู้เสียหายได้บอกเล่าเรื่องราวแก่ผู้อื่นทันทีที่สามารถกระทำได้ หรือได้แจ้งความต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจภายในระยะเวลาอันรวดเร็ว ถ้อยคำของหญิงผู้เสียหายก็จะถูกพิจารณาว่าน่าเชื่อถือและรับฟังเป็นความจริงได้ แต่หากไม่เป็นเช่นนั้นการให้ถ้อยคำของหญิงผู้เสียหายก็เป็นสิ่งที่ชวนให้มีข้อพิรุธน่าสงสัยและไม่มีความน่าเชื่อถือแก่การรับฟัง อย่างไรก็ตามในคำพิพากษาของศาลฎีกาไม่ได้ให้เหตุผลไว้อย่างชัดเจนว่าเพราะเหตุใดจึงวางบรรทัดฐานว่าการดำเนินการของหญิงในระยะเวลาที่ใกล้ชิดกับเหตุการณ์จึงแสดงถึงความน่าเชื่อถือมากกว่าการทิ้งเวลาให้ทอดยาวออกไป คำพิพากษาที่เกิดขึ้นมีแนวโน้มที่จะยอมรับว่า หากเป็นการข่มขืนกระทำชำเราแล้วก็เป็นเรื่อง “ปกติ” ที่ผู้เสียหายต้องดำเนินการอย่างรวดเร็ว ความเข้าใจและคำอธิบายเช่นนี้อาจสืบเนื่องมาจากแนวคิดที่ให้ความสำคัญกับหญิงในเรื่องของความประพฤติกว้างและความบริสุทธิ์ทางเพศว่าเป็นสิ่งที่มีคุณค่าเป็นอย่างมากสำหรับผู้หญิง เมื่อหญิงถูกกระทำในลักษณะของการข่มขืนและทำให้หญิงต้องเสื่อมคุณค่าลงก็ควรต้องกระทำการเพื่อตอบโต้

บาดแผล

การข่มขืนกระทำชำเราต้องเกิดขึ้นโดยหญิงผู้เสียหายไม่ได้สมัครใจ เมื่อเป็นเช่นนั้น การแสดงออกทางกายภาพด้วยการขัดขืนจึงเป็นสิ่งที่ควรแสดงให้เห็นถึงความไม่ยินยอมพร้อมใจของหญิง หากชายยังคงต้องการกระทำชำเราหญิงก็จะมีการใช้กำลัง ด้วยตรรกะเช่นนี้การข่มขืนจึงย่อมมีร่องรอยของการใช้กำลังปรากฏขึ้น บาดแผลที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายจึงเป็นหลักฐานสำคัญยืนยันถึงความไม่สมัครใจในการมีเพศสัมพันธ์ อย่างไรก็ตามแม้ว่าลักษณะของบาดแผลอาจสามารถช่วยบ่งชี้ถึงความไม่สมัครใจของหญิงได้ แต่ก็อาจเกิดคำถามขึ้นว่าในกรณีที่มีข้อพิพาทเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราโดยหญิงผู้เสียหายไม่มีบาดแผลใด ๆ กรณีเช่นนี้ก็อาจทำให้น้ำหนักความน่าเชื่อถือในปากคำของหญิงลดลง

ภูมิหลังของผู้เสียหาย

ความเป็นมาและประวัติของหญิงซึ่งตกเป็นผู้เสียหายเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่ศาลจะนำมาเป็นเหตุผลในการวินิจฉัยว่าการกระทำชำเราที่เกิดขึ้นเป็นการสมยอมหรือเป็นการข่มขืน โดยประเด็นที่ได้รับความสนใจ คือ ลักษณะความสัมพันธ์ของชายกับหญิงที่เป็นคู่กรณีว่ามีอยู่

ในลักษณะใด คนรัก แฟน หรือไม่เคยรู้จักกันมาก่อน และอีกประเด็นหนึ่งก็คืออายุของหญิงว่าเป็นเด็กหรือบรรลุนิติภาวะแล้ว กล่าวคือ ในด้านของลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิง หากชายและหญิงคู่พิพาทในคดีล่วงละเมิดทางเพศ เคยมีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ใกล้ชิดกันเป็นพิเศษ เช่นเคยเป็นคนรักกัน เคยมีความสัมพันธ์ทางเพศกันมาก่อน รูปแบบของความสัมพันธ์เช่นนี้ในสายตาของศาลมีแนวโน้มที่จะอธิบายว่าการกระทำชำเราที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องของความยินยอมมากกว่าการข่มขืน ส่วนสถานะของการเป็นเด็กโดยเฉพาะอย่างยิ่งการเป็น “ผู้บริสุทธิ์” นั้นก็เป็นเหตุผลที่ทำให้ศาลเห็นว่าการให้ปากคำนั้นมีความน่าเชื่อถือมากกว่าบุคคลทั่วไป เนื่องจากสภาพของการเป็นเด็กการแต่งเติมหรืออุเรื่องราวขึ้นมาเอง ถูกประเมินว่าเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ยากโดยเฉพาะในกรณีของการถูกข่มขืนกระทำชำเรา

จึงอาจกล่าวได้ว่าประเด็นตามแนวคิดสตรีนิยมและทฤษฎีนิติสตรีศาสตร์ย่อมเข้ามาเกี่ยวข้องกับประเด็นทางสังคม โดยเฉพาะด้านกฎหมาย ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงความไม่เท่าเทียมกับระหว่างเพศหญิงและเพศชายที่อาจถูกละเลยจากการปลูกฝัง ขัดเกลารวมทั้งการบ่มเพาะจากสังคมที่มีมาอย่างยาวนาน จนทำให้การบัญญัติกฎหมาย รวมถึงการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาพิพากษาคดีอาจถูกมองว่าไม่มีความเสมอภาคทางเพศ

2.5 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดทางอาญา

จารีตประเพณี ศาสนา และศีลธรรมมีส่วนสำคัญในการก่อให้เกิดกฎหมายและการปฏิบัติตามกฎหมาย เมื่อกฎหมายสอดคล้องกับจารีตประเพณี ศาสนา และศีลธรรม การบังคับให้ปฏิบัติตามกฎหมายก็ย่อมไม่ยากลำบาก เพราะผู้ที่คิดจะฝ่าฝืนจะต้องคำนึงอยู่เสมอว่าตนไม่ได้ฝ่าฝืนเฉพาะแต่กฎหมายเท่านั้น แต่ยังฝ่าฝืนมาตรการอื่น ๆ ที่ควบคุมสังคมอยู่ด้วย เช่น หลักศีลธรรมทางศาสนา เป็นต้น⁴⁷ อย่างไรก็ตามศีลธรรมและกฎหมายอาญาอาจไม่ได้สอดคล้องต้องกันในทุกกรณี การกระทำบางอย่างอาจผิดศีลธรรมแต่ไม่ผิดกฎหมายอาญา หรือการกระทำอีกอย่างอาจผิดกฎหมายอาญาแต่ไม่ผิดศีลธรรม ศีลธรรมจึงไม่อาจนำมาใช้เป็นเครื่องกำหนดว่าการกระทำหรือการไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิดทางอาญาได้

ด้วยเหตุดังกล่าวรัฐซึ่งมีหน้าที่ในการป้องกันและรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ ตลอดจนคุ้มครองชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชน จึงต้องจัดให้มีกฎหมายภายใต้หลักเกณฑ์อย่างหนึ่ง

⁴⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินติ้ง. หน้า 2.

อย่างไรในอันที่จะกำหนดว่าการกระทำหรือการไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิดและมีโทษ ทางอาญา สำหรับหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดทางอาญา ได้มีนักกฎหมายผู้มีชื่อเสียงหลายท่านได้ให้ความคิดเห็นไว้ดังต่อไปนี้

2.5.1 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดทางอาญาของ Herbert L. Packer

Herbert L. Packer ได้ให้หลักการโดยสรุปไว้เป็น 6 ประการ⁴⁸ ในอันที่จะถือว่าการกระทำเรื่องนั้นควรเป็นความผิดอาญาหรือไม่ดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำอันกระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากไม่ได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น

ประการที่สอง ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่าง ๆ

ประการที่สาม การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือ การถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญาจะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป

ประการที่สี่ หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียม
 ประการที่ห้า การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ

ประการที่หก ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

จะเห็นได้ว่า สำหรับความผิดอาญาที่เป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) อันเป็นการกระทำที่เป็นความผิดหรือสิ่งชั่วร้ายในตัวเอง เช่น การฆ่าคนตาย การข่มขืนกระทำชำเรา หรือการชิงทรัพย์ย่อมต้องตามหลักการในการกำหนดความผิดทางอาญาทั้ง 6 ประการทั้งสิ้น

2.5.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดทางอาญาของ Nigel Walker

Nigel Walker ได้อธิบายว่า เนื้อหาของกฎหมายอาญาในปัจจุบันได้ถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมจนแทบแยกไม่ออกว่ากฎหมายอาญาในปัจจุบันทำหน้าที่อะไร แต่อย่างน้อยที่สุดนักนิติบัญญัติ

⁴⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 30. หน้า 2.

ที่ดีต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์หลักที่ว่ากฎหมายอาญานั้นต้องการที่จะทำให้บรรลุถึงซึ่งวัตถุประสงค์อย่างน้อย 6 ประการ⁴⁹ ดังต่อไปนี้

ประการแรก ค้ำครองป้องกันซึ่งตัวบุคคลจากการใช้กำลังทำร้ายโดยเจตนา และปฏิบัติทางเพศอย่างหยาบคาย ซึ่งบางกรณีขอบเขตความคุ้มครองรวมถึงสัตว์ด้วย และคุ้มครองป้องกันซึ่งตัวบุคคลจากการก่อให้เกิดอันตรายทุกรูปแบบที่ไม่ได้เจตนา เช่น จากการจราจร ยาพิษ การติดเชื้อ การแผ่รังสี รวมถึงคุ้มครองป้องกันซึ่งตัวบุคคลที่สามารถถูกชักจูงใจได้ง่ายซึ่งอาจมีสาเหตุมาจากอายุยังน้อย หรือมีความอ่อนแอทางจิตใจ จากการถูกข่มเหงว่าจะทำอันตรายแก่ร่างกายหรือทรัพย์สิน เพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์อย่างใด ๆ เช่น การร่วมประเวณีการหลอกลวง ให้จำหน่ายทรัพย์สิน

ประการที่สอง คุ้มครองป้องกันสภาวะจิตใจของบุคคลให้รอดพ้นจากความกระทบกระเทือนจากการกระทำ ที่ถึงแม้ว่าจะเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคลที่เป็นผู้ใหญ่แล้วและยินยอมต่อการกระทำนั้นแล้ว แต่ถือว่าเป็นเรื่องผิดธรรมชาติ เช่น การร่วมประเวณีระหว่างบุคคลในครอบครัว การร่วมประเวณีกับสัตว์การร่วมประเวณีด้วย ความรุนแรง และคุ้มครองป้องกันมิให้บุคคลกระทำการอันไม่เหมาะสมหรือผิดธรรมชาติในที่สาธารณะ ซึ่งสร้างความตกใจให้แก่บุคคลอื่น เช่น การทำอนาจารในที่สาธารณะ รวมถึงการป้องกันมิให้บุคคลกระทำการใดอันเป็นการข่มขู่อารมณ์บุคคลอื่นให้โกรธ หรือก่อให้เกิดความวุ่นวายในสังคม เช่น ดุหมิ่นบุคคลอื่นท่ามกลางสาธารณชน

ประการที่สาม คุ้มครองป้องกันซึ่งทรัพย์สินส่วนบุคคลจากการถูกขโมย หลอกลวง หรือทำให้เสียหาย

ประการที่สี่ คุ้มครองป้องกันสาธารณชนจากพฤติกรรมของบุคคลที่ก่อให้เกิดความไม่สะดวกสบาย เช่น กีดขวาง ทางสัญจร ปิดกั้นทางสาธารณะ รวมทั้งใช้สภาพบังคับทางอาญาเพื่อเก็บรวบรวมภาษีอากร

ประการที่ห้า คุ้มครองป้องกันสถาบันทางสังคม รวมทั้งเพื่อบังคับให้มีความเมตตากรุณาที่จำเป็นต้องกระทำ เช่น ไม่ช่วยเหลือผู้อื่นที่ตกอยู่ในภยันตราย

ประการสุดท้าย เพื่อบังคับให้บุคคลกระทำการหรือมิให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งจำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์อื่น ๆ ที่กล่าวมาข้างต้น เช่น ความผิดฐานขัดคำสั่งเจ้าพนักงาน การให้การเท็จ การช่วยเหลือผู้หลบหนีจากที่คุมขัง

⁴⁹ ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม. (2564). “หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา” ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศเพื่อการทำงานของสมาชิกรัฐสภา. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า. หน้า 23-24.

จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ที่กฎหมายอาญาจะต้องบรรลุทั้ง 6 ประการข้างต้นได้กล่าวไว้อย่างกว้างจนจะรวมเอาการกระทำเกือบทุกชนิดเอาไว้แล้ว

หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดทางอาญาเหล่านี้จะเป็นส่วนช่วยแก้ปัญหากฎหมายอาญาเพื่อ (Over Criminalization) ที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้ เพราะหากรัฐมุ่งแต่จะควบคุมความประพฤติของสมาชิกในสังคมโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือ โดยไม่คำนึงถึงประสิทธิภาพและความสามารถของกลไกของรัฐที่จะใช้บังคับกฎหมายอาญาแล้ว กฎหมายจะไร้ความหมาย ขาดความศักดิ์สิทธิ์ และเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานของรัฐที่ประพฤตินชอบมีโอกาสดแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเองจากกฎหมายเหล่านี้⁵⁰ อันจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนและสังคมส่วนรวมได้

2.6 ทฤษฎีการลงโทษทางอาญา

เนื่องด้วยกฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำหรือไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิด และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง กฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่บัญญัติห้ามมิให้มีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด หรือบังคับให้มีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด โดยผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามจะต้องรับโทษ⁵¹ การลงโทษจึงถือเป็นสาระสำคัญของกฎหมายอาญา เนื่องจากความรับผิดชอบทางอาญากฎหมายมุ่งหมายที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดให้เจ็บทรมานและเพื่อมิให้ผู้อื่นเอาเยี่ยงอย่าง อันเป็นการคุ้มครองความสงบสุขของส่วนรวม ซึ่งรวมถึงความมั่นคงของรัฐด้วย⁵²

การลงโทษ (Punitive) หมายถึง การกระทำที่ก่อให้เกิดผลร้ายต่อตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งผลร้ายนั้นอาจเกิดขึ้นกับร่างกาย จิตใจ หรือทรัพย์สิน ทั้งนี้เพื่อเป็นการทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัว ทรมานจำ และหยุดยั้งการกระทำหรือพฤติกรรมที่ไม่สมควร⁵³ ซึ่งโทษทางอาญาที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดได้จะต้องเป็นโทษตามที่ระบุไว้ในมาตรา 18 ของประมวลกฎหมายอาญา คือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน ทั้งนี้โทษทางอาญานั้นมีลักษณะเป็นการเฉพาะตัว กล่าวคือโทษทางอาญาจะเป็นอันระงับไปด้วยความตายของผู้กระทำความผิด⁵⁴ ไม่อาจตกทอดไปว่ากล่าวกับทายาทของผู้กระทำความผิดได้อีก

⁵⁰ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 47. หน้า 7.

⁵¹ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 47. หน้า 1.

⁵² ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 20. หน้า 39.

⁵³ ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 49. หน้า 13.

⁵⁴ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 38.

อนึ่งการลงโทษย่อมเกิดขึ้นด้วยวัตถุประสงค์และวิธีการที่จะปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดที่แตกต่างกัน สืบเนื่องมาจากความเปลี่ยนแปลงของระบบการเมือง การปกครอง ศาสนา สังคม ความเชื่อและวัฒนธรรมที่มีความแตกต่างกันไปในแต่ละยุคสมัย ทฤษฎีการลงโทษทางอาญาที่มีมาแต่เดิมจึงได้มีการพัฒนาเรื่อยมาเพื่อใช้ในการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญาให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงดังกล่าว ซึ่งในที่นี้จะอธิบายถึงทฤษฎีการลงโทษทางอาญาโดยแบ่งออกเป็น 4 ทฤษฎี⁵⁵ ได้แก่

2.6.1 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน (Retribution)

การลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนเป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่เก่าแก่ที่สุดอย่างหนึ่ง ซึ่งมีความมั่นคงและแพร่หลายกว่าวัตถุประสงค์อื่น ทั้งนี้เป็นแนวคิดซึ่งมีการพัฒนาจากปรัชญาพื้นฐานว่า อาชญากรรมเป็นการประทุษร้ายต่อผู้อื่นจึงสมควรที่จะได้รับการลงโทษสนองตอบแก้แค้นให้สาสมอย่างรุนแรงกับอาชญากรรมที่ได้ก่อขึ้น ทำให้รูปแบบของการลงโทษมีลักษณะที่รุนแรงโหดร้าย ซึ่งมีนักปรัชญาชาวเยอรมันชื่อ อิมมานูเอล คานท์ (Immanuel Kant) ได้ให้เหตุผลสนับสนุนความคิดทฤษฎีนี้ว่า ผู้ซึ่งจงใจทำการอันไม่เป็นธรรมจะต้องถูกลงโทษซึ่งได้สัดส่วนพอดีทั้งสภาพและความหนักเบากับความผิดของเขา ถ้าสังคมไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดก็เท่ากับสังคมยอมรับการกระทำของเขา และการลงโทษในทุกกรณีจะต้องเนื่องมาจากเหตุว่าบุคคลที่ถูกลงโทษได้กระทำความผิดอาญาเท่านั้น

อย่างไรก็ตามในปัจจุบันทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนได้ลดความสำคัญลงเนื่องจากสังคมมีเหตุผลหรือวัตถุประสงค์อื่นในการที่จะใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดมากขึ้น ประกอบกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนที่ค่านึงว่าโทษที่จะใช้ลงโทษนั้นต้องเหมาะสมและได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำผิด จึงไม่สามารถกักขังผู้กระทำความผิดไว้เกินกว่าระยะเวลาที่เหมาะสมกับความร้ายแรงแห่งการกระทำผิดของเขา และเมื่อผู้กระทำความผิดได้รับโทษครบตามคำพิพากษาแล้วก็จะได้รับการปล่อยตัวโดยไม่ได้พิจารณาว่าผู้นั้นมีแนวโน้มในการหวนกลับมากระทำความผิดซ้ำและเป็นอันตรายต่อสังคมหรือไม่ ด้วยเหตุผลดังกล่าวการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนในปัจจุบันจึงมีความสำคัญลดน้อยลงแต่ยังคงมีอยู่ เพราะยังสอดคล้องกับความรู้สึกของผู้เสียหายและประชาชนทั่วไปในการที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับการลงโทษอย่างสาสม

⁵⁵ พยงค์ สตินธนาวา. (2555). *การศึกษาเรื่องการสืบเสาะและพินิจเชิงเปรียบเทียบ*. เอกสารประกอบผลงาน กรมคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม. หน้า 7-10.

2.6.2 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่หรือปราบปราม (Deterrence)

การลงโทษเพื่อข่มขู่หรือปราบปรามเชื่อว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นจากบุคคลไม่มีความเกรงกลัวต่อกฎหมาย การลงโทษจึงต้องมีขึ้นเพื่อป้องกันการกระทำผิดและทำให้ผู้กระทำความผิดเจ็บปวดหลายไม่กล้ากระทำอีก ทั้งเพื่อเป็นเยี่ยงอย่างให้คนทั่วไปเห็นว่าถ้ากระทำความผิดแล้วจะต้องได้รับ โทษอย่างเดียวกัน ส่งผลทำให้คนทั่วไปเห็นตัวอย่างแล้วเกิดความกลัวไม่กล้ากระทำความผิดเช่นนั้น

การลงโทษเพื่อข่มขู่หรือปราบปรามมีลักษณะสำคัญ คือ ความแน่นอนในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ โอกาสหลุดรอดจากการถูกจับกุมมาลงโทษเป็นไปได้ยาก ซึ่งมีผลเป็นการข่มขวัญและยับยั้งทำให้เกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเสี่ยงกระทำผิดขึ้นอีกเพราะทำผิดแล้วต้องถูกจับกุมข่มขู่ไม่คุ้มค่า และเมื่อมีการกระทำผิดจะต้องสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้อย่างรวดเร็วให้ “เห็นผลทันตา” เพราะหากมีการกระทำผิดเกิดขึ้นแล้วอีก 3 ปีต่อมาจึงสามารถจับกุมตัวผู้กระทำความผิดได้ หรืออีก 5 ปีต่อมาศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดก็ทำให้คนทั่วไปลืมเรื่องราวการกระทำผิดที่เกิดขึ้น ทำให้การลงโทษไม่มีผลในการข่มขวัญยับยั้งเพราะไม่เห็นผลทันตา และการลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องถูกลงโทษอย่างเสมอภาคไม่มีการเลือกปฏิบัติ และบทลงโทษต้องมีความเหมาะสมกับความผิดที่ได้กระทำขึ้น หากมีการลงโทษที่เบาเกินไปไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำผิดจะส่งผลทำให้ผู้กระทำความผิดและบุคคลทั่วไปไม่เกรงกลัวและคุ้มค่าที่จะเสี่ยงกระทำผิด แต่หากบทลงโทษหนักเกินไปก็จะทำให้ผู้กระทำความผิดพยายามปกปิดความผิดของตนเองโดยอาจทำร้ายเหยื่อหรือทำให้เหยื่อได้รับผลร้ายมากขึ้น

2.6.3 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitation)

การลงโทษเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเชื่อว่า อาชญากรรมไม่ได้เกิดขึ้นโดยความสมัครใจของผู้กระทำความผิด การกระทำความผิดของมนุษย์ถูกกำหนดจากปัจจัยต่าง ๆ ร่วมกัน และสิ่งแวดล้อมที่มีส่วนกดดันและหล่อหลอมจนนำไปสู่การกระทำความผิด ซึ่งแต่ละบุคคลอาจมีเหตุปัจจัยที่แตกต่างกันไป และปัจจัยเหล่านี้อยู่นอกเหนือการควบคุมของมนุษย์ ดังนั้นการลงโทษควรพิจารณาถึงสาเหตุที่ทำให้เกิดการกระทำความผิดและหาแนวทางในการแก้ไขเป็นรายบุคคล โดยให้โอกาสแก่ผู้กระทำความผิดได้กลับตัวและแก้ไขปรับปรุงพฤติกรรมให้มีการเปลี่ยนแปลงไปในทางที่ดีขึ้น จึงอาจกล่าวได้ว่ามาตรการในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเป็นการบำบัดผู้กระทำความผิดโดยมีการใช้แนวทางสังคมศาสตร์และทางจิตวิทยาเข้ามาช่วยแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำความผิด เช่น การอบรมทางศาสนา การฝึกวิชาชีพ การให้การศึกษา การให้ความช่วยเหลือหลังพ้นโทษ และการแก้ไขสภาพแวดล้อมซึ่งอาจทำได้โดยการจัดการมิให้ผู้กระทำความผิดอยู่ในสภาพแวดล้อมที่เอื้อต่อการกระทำผิดขึ้นอีก การใช้มาตรการคุมประพฤติแทนการลงโทษจำคุก การจำแนกประเภทนักโทษในเรือนจำ

เป็นต้น ฉะนั้นการลงโทษไม่ได้มีจุดประสงค์เพื่อการแก้แค้นทดแทนหรือการข่มขู่เท่านั้น หากแต่ยังมีการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดและเตรียมการให้บุคคลเหล่านั้นปรับตัวเข้าสู่สังคมได้เช่นเดิม โดยพิจารณาถึงปัจจัยของแต่ละบุคคลซึ่งแตกต่างกันไปและเป็นไปตามหลักมนุษยธรรม อีกทั้งเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดีโดยเกิดความสำนึกผิด เคารพกฎหมาย พร้อมทั้งจะกลับไปอยู่ในสังคมและประกอบอาชีพเลี้ยงตนเองได้เมื่อพ้นโทษ

2.6.4 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อตัดโอกาสการกระทำความผิด (Incapacitation)

การลงโทษเพื่อตัดโอกาสการกระทำผิดมีหลักการสำคัญจากแนวคิดที่ว่าอาชญากรรมย่อมไม่เกิดขึ้นถ้าไม่มีอาชญากร ดังนั้นการป้องกันไม่ให้เกิดอาชญากรรมขึ้นในสังคมจึงจำเป็นต้องควบคุมตัวผู้กระทำความผิดไว้ โดยมีวัตถุประสงค์ในการกำจัดผู้กระทำความผิดให้ออกจากสังคมอย่างถาวรหรือชั่วคราว ซึ่งเป็นการป้องกันคนในสังคมให้อยู่ได้ปลอดภัยไม่ต้องหวาดระแวงภัยจากบุคคลนั้น ๆ อีกต่อไป การลงโทษที่ตอบสนองต่อวัตถุประสงค์นี้คือ การลงโทษประหารชีวิต จำคุก กักขัง โดยเฉพาะการลงโทษประหารชีวิตถือเป็นการตัดโอกาสผู้กระทำความผิดออกจากสังคมอย่างถาวร ส่วนการลงโทษจำคุกหรือกักขัง เป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเพียงชั่วคราวระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น

2.7 หลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วน (Principle of proportionality) เป็นพื้นฐานสาระสำคัญจากแนวความคิดตามหลักนิติรัฐ (Rule of Law) ซึ่งเป็นเครื่องมือสำคัญทางกฎหมายของนานาประเทศในการขังน้ำหนักรักษาความยุติธรรมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองหรือองค์กรของรัฐ ในการออกคำสั่ง กฎ ข้อบังคับ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคล ให้เป็นไปตามกฎหมายหรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญอย่างสมเหตุสมผล ดังนั้นการใช้ดุลพินิจในการแทรกแซงตามกฎหมายของฝ่ายปกครองหรือองค์กรของรัฐจึงมิใช่เพียงจะกระทำได้อย่างชอบเขตที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น หากแต่การใช้ดุลพินิจนั้นจะต้องได้สัดส่วนที่สมดุลเหมาะสมระหว่างผลประโยชน์ของปัจเจกชน (private interests) กับผลประโยชน์ของมหาชน (public interests)⁵⁶ เพื่อจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองหรือองค์กรของรัฐมิให้เป็นไปตามอำเภอใจ หลักความได้สัดส่วนจึงได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักในทางกฎหมายที่สำคัญ เพราะรากฐานของหลักความได้สัดส่วนนั้นมีพื้นฐานมาจากหลักความยุติธรรมอันเป็น พื้นฐานของ

⁵⁶ วุฒิชัย จิตตานุ. (2549). การบังคับใช้หลักการสัดส่วน (Principle of Proportionality) ในการคุ้มครองสิทธิปัจเจกบุคคล. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 8(22). หน้า 41-43.

หลักกฎหมายทั่วไป หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่คำนึงถึงความยุติธรรม ทั้งในส่วนของปัจเจกบุคคล และความยุติธรรมต่อสังคมโดยรวม ทั้งนี้เพราะการอาศัยอยู่ร่วมกันในสังคมนั้น ผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลก็ดี ผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลที่แตกต่างกันก็ดี รวมทั้งผลประโยชน์ของมหาชนก็ดี ย่อมมีผลกระทบต่อกันและกันเสมอ⁵⁷

แนวความคิดตามหลักความได้สัดส่วนนั้นได้ถูกนำมาปรับใช้กับกฎหมายอาญาเพื่อหาสัดส่วนที่เหมาะสมในการกำหนดความรับผิดชอบหรือโทษทางอาญาให้แก่การกระทำอันเป็นความผิดทางอาญาดังนั้นเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กฎหมายนั้นจึงต้องสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนซึ่งประกอบไปด้วยหลักการย่อยอยู่ 3 หลัก⁵⁸ ได้แก่

หลักความเหมาะสม หมายถึง มาตรการที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายจะต้องอยู่ในวิสัยที่จะทำให้วัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายนั้นสามารถบรรลุผลได้

หลักความจำเป็น หมายถึง มาตรการที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องนำมาตราที่เหมาะสมหลาย ๆ มาตรการมาเปรียบเทียบกันว่ามาตรการใดที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด และเลือกเอามาตรการนั้นมาบัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และ

หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หมายถึง มาตรการที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายนั้น นอกจากจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมและจำเป็นแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติยังต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่มหาชนจะได้รับกับประโยชน์ที่เอกชนจะต้องสูญเสียไปเนื่องมาจากการปฏิบัติตามมาตรการดังกล่าว หากมาตรการใดได้ปรากฏว่าเมื่อมีการปฏิบัติให้เป็นที่ไปตามมาตรการนั้นแล้วก่อให้เกิดประโยชน์กับมหาชนน้อยกว่าประโยชน์ที่เอกชนจะต้องสูญเสียไป ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องละเว้นไม่ใช้มาตรการนั้นไปบังคับกับประชาชนแม้ว่ามาตรการนั้นจะมีความเหมาะสมหรือจำเป็นก็ตาม

ดังนั้นการกำหนดโทษทางอาญาให้แก่การกระทำใด ๆ จึงต้องคำนึงถึงหลักการย่อยทั้งสามหลักที่ได้กล่าวมานี้ เพื่อให้การกำหนดโทษทางอาญาแก่การกระทำนั้น ๆ ได้สัดส่วนกับ

⁵⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธ์. (2542). หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 1(2). หน้า 40.

⁵⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2558). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 287-288.

ความร้ายแรงของการกระทำ อันเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่คู่กรณีทุกฝ่าย รวมถึงเพื่อเป็น
การคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวม