

บทที่ 3

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

3.1 ปัญหาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย

ลักษณะ (character) ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 มีองค์ประกอบดังนี้ *

1. ผู้ใด
2. ข่มขืนกระทำชำเรา
3. หญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน
4. โดยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้
 - ก. โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ
 - ข. โดยใช้กำลังประทุษร้าย
 - ค. โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้
 - ง. โดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น
5. โดยเจตนา

เมื่อพิจารณาลักษณะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจากองค์ประกอบความผิดแล้ว มีปัญหาดังนี้

3.1.1 ในส่วนของการกระทำผิดตามองค์ประกอบที่ 2 คือ การข่มขืนกระทำชำเรา มีปัญหาที่ควรพิจารณาดังนี้

ก. ความหมายของการกระทำความผิด (definition of crime) ยังมีความหมายที่แคบ ซึ่งทำให้ผลในทางคุ้มครองประชาชนให้ปลอดภัยจากการกระทำความผิดได้แคบตามไปด้วย ไม่สามารถคลุมถึงปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นได้ในสังคมอย่างมีประสิทธิภาพ ปัจจุบันการกระทำความผิดฐานข่มขืนนั้น จะต้องปรากฏว่า อวัยวะสืบพันธุ์ของชาย (penis) ได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องอวัยวะสืบพันธุ์ (vagina) เท่านั้น ไม่ว่าจะล่วงล้ำเข้าไปมากน้อยเพียงใดก็เป็นความผิด

* โปรดดูคำอธิบายละเอียดหัวข้อ 2.2

สำเร็จแล้ว ส่วนชายจะสำเร็จความใคร่หรือไม่ไม่สำคัญ¹ การที่ชายใช้อวัยวะเพศของชาย (penis) สอดใส่เข้าไปในช่องทวารหนัก² (anus) หรือทางช่องปาก (mouth) ของหญิงหรือของชายไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

แต่ในปัจจุบันมีพฤติกรรมในการแสวงหาความพึงพอใจทางเพศ (Sexual Satisfaction) ในหลายลักษณะ ระหว่างชายกับหญิง หญิงกับชาย หรือชายกับชาย โดยกระทำต่ออวัยวะอื่น นอกจากช่องคลอดของหญิง (vagina) เช่น กระทำต่อช่องทวารหนักของหญิงหรือชาย (Anal-genital) โดยอวัยวะชาย สอดใส่อวัยวะเพศของชายเข้าไปในช่องทวารหนัก หรือการที่ชายสอดใส่อวัยวะเพศของชายเข้าไปในช่องปาก (mouth) ของหญิงหรือชาย (felitio) หรือการใช้ปากสัมผัสกับอวัยวะเพศของหญิง (Cunnilingus) ซึ่งการทำกิจกรรมทางเพศดังกล่าวมานี้ อาจมีการบังคับขู่เข็ญ หรือใช้กำลังบังคับผู้อื่นให้ยอมให้ผู้กระทำแสวงหาความพึงพอใจทางเพศนี้ได้ และผู้ที่ถูกกระทำย่อมจะมีความรู้สึกรังเกียจ สะอิดสะเอียน ขยะแขยง หรือได้รับความเจ็บปวดมากกว่าการกระทำชำเราทางช่องอวัยวะเพศของหญิงเสียอีก แต่การกระทำดังกล่าวก็ไม่ใช่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายไทย เป็นได้แต่เพียงการกระทำอนาจารเท่านั้น

ถ้าหากถามว่าอะไรคือคุณธรรมหรือสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครองในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เรื่องนี้ท่านอาจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร อธิบายว่าคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือ เสรีภาพในทางเพศ กล่าวคือ เสรีภาพในการที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนเอง³ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวความคิดเกี่ยวกับคุณธรรมทางกฎหมายนี้เนื่องจากเป็นความหมายที่ดี สอดคล้องกับแนวความคิดของต่างประเทศที่เป็นผู้นำในการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดเกี่ยวกับความผิดเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจนทำให้เกิดการปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่นำ

¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509 จำเลยได้กระทำชำเราผู้เสียหายจนของลับของจำเลยได้เข้าไปอยู่ในของลับของผู้เสียหาย รว 1 องคุลี เช่นนี้ก็ถือว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จแล้ว การที่ไม่ปรากฏว่ามีน้ำอสุจิของจำเลยออกมาอยู่ที่ของลับของหญิงผู้เสียหายหรือของลับของจำเลยนั้น เป็นเรื่องสำเร็จความใคร่แล้วหรือไม่ เป็นอีกส่วนหนึ่ง ไม่เป็นเหตุให้เห็นว่ากระทำความผิดไม่สำเร็จหรือเป็นเพียงชั้นพยายาม

² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518 การกระทำชำเราตามกฎหมายจะต้องปรากฏว่าของลับของชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง การที่จำเลยขืนใจผู้เสียหายโดยใช้ของลับของจำเลยใส่เข้าไปในช่องทวารหนักของผู้เสียหายจึงไม่เป็นการกระทำชำเรา คงมีความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น

³ คณิต ฒ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532, น.190.

สนใจ ได้แก่ รัฐมิชิแกนประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และประเทศออสเตรเลีย ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดในบทที่ 4 ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวมองคุณธรรมทางกฎหมายไปในเรื่องของสิทธิเสรีภาพทางเพศเป็นสำคัญ จึงมีผลในการคุ้มครองประชาชนได้กว้างขวางกว่ากฎหมายไทยในปัจจุบัน กล่าวคือ การกระทำความผิดคลุมถึงการล่วงล้ำทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะล่วงล้ำทางช่องคลอด ทางทวารหนัก หรือทางปากของทั้งชายและหญิงโดยอวัยวะเพศของชายหรือวัตถุอื่นด้วย ดังนั้นผู้กระทำความผิดหรือผู้ถูกกระทำความผิด(ผู้เสียหาย)ก็เป็นได้ทั้งหญิงหรือชาย

แต่สำหรับประเทศไทย ในส่วนของการกระทำความผิดมีความหมายแคบไม่สอดคล้องกับคุณธรรมทางกฎหมาย กล่าวคือ จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ก็เฉพาะแต่กว่าที่ชายได้ทำการล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของหญิงโดยอวัยวะเพศของชาย (penis) เท่านั้น การล่วงล้ำในรูปแบบอื่นโดยอวัยวะเพศของชายไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายแม้จะมีพฤติกรรมการเบี่ยงเบนออกไปในลักษณะที่กล่าวมาแล้วเกิดขึ้นในสังคมไทยก็ตาม ปัจจุบันมีชาวต่างประเทศเข้ามาแสวงหาความพึงพอใจทางเพศกับเด็กไทยในลักษณะต่าง ๆ ไม่เท่ากับเด็กหญิงหรือเด็กชาย เช่น กรณีของ เซกส์ทัวร์ (Sex tour) เป็นต้น

ข. ปัญหาช่องว่างระหว่างการกระทำความผิด

เนื่องจากความหมายของการกระทำความผิดมีลักษณะที่แคบทำให้เกิดปัญหาขึ้นในระหว่างความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร และนอกจากนี้ยังทำให้เกิดช่องว่างระหว่างการกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจาร ช่องว่างของการกระทำความผิดทั้งสองลักษณะนี้ก็คือ การทำร้ายเกี่ยวกับเพศ (Sexual Assault) แต่กฎหมายอาญาของไทยยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายความผิดฐานทำร้ายร่างกายทางเพศหรือการทำร้ายเกี่ยวกับเพศ (Sexual Assault) ขึ้นมา มีแต่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานอนาจาร

ปัญหาในเรื่องของความแคบของการกระทำความผิดนี้ทำให้เกิดปัญหาในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลได้เช่นกัน โปรดพิจารณาจากการวินิจฉัยตีความของศาลจากคำพิพากษาของศาลฎีกาต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1685/2516 จำเลยแอบเข้ามาสอดหญิงผู้เสียหายและพูดขอกระทำชำเรา ผู้เสียหายร้องขึ้น จำเลยเอามือปิดปากผู้เสียหาย กดผู้เสียหายให้นอนลงกับพื้นแล้วขึ้นคร่อมเอาหัวเข้ากดต้นขาของผู้เสียหายไว้ ขณะนั้นผู้เสียหายซึ่งนุ่งกระโจมอก นอนหงายอยู่ จำเลยก้มลงกอดที่แก้มของผู้เสียหายแล้วถลกผ้าถุงขึ้น ผู้เสียหายดิ้นอย่างแรงจนหลุดแล้วร้องไห้หวังหนีลงเรือนไป ดังนั้นลักษณะการกระทำของจำเลยยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำชำเราผู้เสียหายได้ การกระทำของจำเลยจึงไม่มีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา คงเป็นเพียงการกระทำอนาจารผู้เสียหายเท่านั้น

จากคำพิพากษาศาลฎีกานี้มีประเด็นที่น่าพิจารณา คือ

- ทำให้ไม่เป็นการยุติความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ในเมื่อข้อเท็จจริงค่อนข้างชัดเจนว่าจำเลยแสดงเจตนาชัดเจนที่จะกระทำชำเราผู้เสียหายโดยการพูดด้วยวาจากับผู้เสียหายแล้วว่าขอกระทำชำเราผู้เสียหาย และจำเลยก็เริ่มลงมือกระทำโดยการเข้าไปกอดและมีการใช้กำลังทำร้าย เอามือปิดปาก กดผู้เสียหายลงนอนหงายกับพื้น แล้วขึ้นคร่อมเอาหัวเข้ากอดที่ต้นขาผู้เสียหาย ก้มลงกีดแก้มผู้เสียหาย ถลกผ้านุ่งผู้เสียหายขึ้นแล้ว แต่ผู้เสียหายดิ้นรนต่อสู้ขัดขวางสุดแรงจึงหลุดวิ่งหนีไปได้ การกระทำของจำเลยในชั้นตอนต่าง ๆ นี้ ถือว่าเป็นการลงมือกระทำ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้หรือยัง ซึ่งตามข้อเท็จจริงน่าจะถือได้ว่าจำเลยได้ลงมือกระทำการข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายแล้วแต่จำเลยกระทำไม่สำเร็จเนื่องจากผู้เสียหายดิ้นรนต่อสู้ขัดขวางจนหลุดและวิ่งหนีไปเสียก่อน จำเลยน่าจะมีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรามากกว่าฐานกระทำอนาจาร

เมื่อเปรียบเทียบความผิดฐานกระทำอนาจารและฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้วเห็นว่ามี ความแตกต่างกัน คือ การกระทำอนาจาร หมายถึงการกระทำที่ไม่สมควรตามประเพณีนิยมตามกาลเทศะ หรือการกระทำใดๆที่ไม่สมควรในทางเพศ การกระทำให้อับอายขายหน้าทางเพศ เช่น กอด จูบ ลูบ คล้ำ จับต้องของสงวน จุดแขนหญิงในที่สาธารณะโดยหญิงไม่ยินยอม เปิดกระโปรงของหญิง เป็นต้น และเป็นการกระทำโดยเจตนา แต่การกระทำอนาจารเป็นเพียงการกระทำใด ๆ อันไม่สมควรทางเพศนั้นเป็นการประสงค์ถึงการประเวณี ผู้กระทำจะมีความผิดฐานกระทำอนาจารก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นยังไม่ถึงขั้นกระทำชำเราสำเร็จหรือขั้นข่มขืนกระทำชำเรา⁴ ส่วนความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หมายถึงการร่วมประเวณีระหว่างชายกับหญิงโดยปราศจากความยินยอมของหญิง เป็นความผิดสำเร็จเมื่ออวัยวะเพศของชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องอวัยวะเพศของหญิง (vagina) ถ้าอวัยวะเพศชายไม่สามารถล่วงล้ำเข้าไปในช่องอวัยวะเพศของหญิงได้ไม่ว่าด้วยเหตุใด ผู้กระทำความผิดก็มีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา

ถ้าหากเรียงลำดับความรุนแรงระหว่างความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจารแล้วก็จะได้ว่าดังนี้ คือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจาร แต่จากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาแล้วเห็นว่า ความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราถูกมองข้ามหรือถูกเลื่อนกลืนโดยความผิดฐานกระทำอนาจาร ทำให้โอกาสที่เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราเกิดขึ้นได้น้อยไปโดยปริยาย ถ้าจะเทียบลำดับความรุนแรงแห่งการกระทำ และความหนักเบา

⁴ ปรินญา จิตรการนทีกิจ. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา-อนาจาร. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2534. น.17-18.

ของระดับโทษแล้วความผิดฐานกระทำอนาจารอยู่ระดับที่มีความรุนแรงและระดับโทษน้อยกว่าความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำชำเรา

- อีกประเด็นหนึ่งที่น่าสังเกตคือ ตามข้อเท็จจริงของคำพิพากษานี้จะเห็นว่าการทำร้ายผู้เสียหายด้วยโดยมีเจตนาที่จะข่มขืนกระทำชำเรา เช่น เข้าไปกอด กอดผู้เสียหายลงนอนกับพื้น เอาเข้ากอดผู้เสียหายไว้ ก้มลงกัดแก้ม และถลกผ้าถุงของผู้เสียหายด้วย การกระทำดังกล่าวเป็นการใช้กำลังกายประทุษร้ายผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(6) แล้ว แต่ศาลตัดสินว่าเป็นการกระทำผิดฐานอนาจารเท่านั้น ซึ่งในเรื่องของการทำร้ายโดยมีเจตนาจะกระทำชำเรานี้ น่าจะเป็นความผิดอาญาอีกฐานหนึ่ง คือการทำร้ายร่างกายเพื่อร่วมประเวณี (Sexual Assault) ซึ่งความผิดฐานนี้ได้บัญญัติเป็นความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศในต่างประเทศซึ่งมีรายละเอียดในบทที่ 4

เนื่องจากลักษณะของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นจะเกิดขึ้นต่อเมื่อหญิงนั้นไม่ให้ความยินยอมหรือไม่สมัครใจในการร่วมประเวณีกับผู้กระทำความผิด ดังนั้นหญิงย่อมมีการขัดขืนหรือต่อต้านหรือพยายามหลีกเลี่ยงหลบหนี ผู้กระทำความผิดต้องหาวิธีการควบคุมหญิงให้อยู่ในอำนาจ ยอมจำนน หรืออยู่ในสภาพที่ผู้กระทำความผิดจะสามารถร่วมประเวณีได้ โดยการขู่เชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย เพื่อให้หญิงไม่อาจขัดขืนได้ ดังนั้นการเริ่มต้นหรือลงมือกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นอาจจะมีการทำร้ายผู้เสียหายให้ยอมจำนนต่อผู้กระทำความผิดเสียก่อน ถ้าหากยังไม่ยอมจำนน ยังต่อสู้ขัดขวางจนถึงที่สุดผู้เสียหายก็อาจจะถูกทำร้ายถึงบาดเจ็บสาหัส หรือถึงแก่ความตายได้ หรือถ้าพูดอีกแง่หนึ่งเพื่อให้สั้นเข้าก็คือ การที่ผู้กระทำความผิดจะได้กระทำชำเราผู้เสียหายได้นั้นเป็นการกระทำที่อยู่หลังจากการกระทำอื่น ๆ หลายรูปแบบที่ผู้กระทำความผิดนำมาใช้ก่อนจะได้กระทำการกระทำชำเราผู้เสียหายได้สำเร็จ ดังนั้นผู้เสียหายจำนวนมากจะได้รับอันตรายหรือได้รับบาดเจ็บจากการกระทำความผิด

ในกรณีที่เริ่มลงมือกระทำความผิดแล้ว เช่น กระโดดเข้ากอดปล้ำ และขึ้นคร่อมหญิงแล้ว ถลกผ้าถุงของหญิงขึ้นและเอาหัวเข้ากอดขาผู้เสียหายไว้แล้วแต่ก็ยังไม่สามารถกระทำชำเราได้เนื่องจากผู้เสียหายดิ้นสุดแรงและหลุดหนีไปได้ หรือจะด้วยเหตุอื่นใดก็ตามที่ผู้กระทำความผิดไม่สามารถข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายได้สำเร็จ กรณีเช่นนี้น่าจะถือเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายเพื่อกระทำชำเรา (Sexual Assault) แต่ตามคำพิพากษานี้ที่ยกมาเป็นตัวอย่างนี้ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าเป็นความผิดฐานกระทำการอนาจาร ทำให้เกิดช่องว่างระหว่างในลักษณะของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจาร ความผิดฐานทำร้ายร่างกายเพื่อร่วมประเวณี (Sexual Assault) น่าจะเป็นความผิดที่นำมาใช้อุดช่องว่างนี้ได้ ยังมีแนวคำพิพากษานี้ในทำนองนี้อีก คือ คำพิพากษานี้ที่ 2268/2529

คำพิพากษานี้ที่ 2268/2529 จำเลยที่ 2 จับแขนโจทก์ร่วมไว้ไม่ให้ดิ้น จำเลยที่ 1 ทุ่มกางเกงในนั่งคร่อมโจทก์ร่วมตรงบริเวณท้องน้อยซึ่งกางเกงถูกรูดลงเหลือแต่กางเกงใน

ดังนี้ จำเลยทั้งสองไม่มีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา แม้จำเลยรับสารภาพก็ลงโทษจำเลยฐานนี้ไม่ได้ คงมีความผิดฐานร่วมกันกระทำอนาจารเท่านั้น

อันที่จริง ถ้าได้ใช้กำลังหรือขู่เข็ญหรือใช้อุบายจนถึงขั้นที่กระทำติดต่อกันไปถึงผลสำเร็จ โดยไม่มีการสลดหยุดยั้งแล้วก็น่าจะถือว่าเป็นการใกล้ชิดพอเป็นการลงมือเริ่มกระทำการอันควรเป็นความผิดชั้นพยายามแล้ว ไม่น่าคำนึงถึงการเปลื้องผ้าชายหรือหญิงแล้วหรือยัง⁵

3.1.2 ปัญหาเกี่ยวกับองค์ประกอบภายนอกที่ 2 ของความผิด คือ “หญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน”

องค์ประกอบนี้หมายถึงผู้ถูกกระทำหรือผู้เสียหายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากลักษณะของการกระทำมีความหมายแคบดังที่กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.1.1 นั้น ทำให้ผู้หญิงเท่านั้นที่จะเป็นผู้เสียหายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ มีเพียงเพศหญิงเพศเดียวเท่านั้นไม่รวมถึงหญิงที่เกิดจากการผ่าตัดแปลงเพศ⁶

หญิงที่จะเป็นผู้เสียหายได้ตามกฎหมายนั้นจะต้องเป็นหญิงอื่นที่มีใช่ภรรยาของผู้กระทำผิด ถ้าพูดในทางกลับกันก็คือ สามิข่มขืนภรรยาของตนเองไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เมื่อการกระทำไม่มีความผิดภรรยาที่ถูกสามิข่มขืนกระทำชำเราก็ไม่ถือว่าเป็นผู้เสียหายคดีอาญา ทำให้ภรรยาไม่สามารถฟ้องสามิข่มขืนกระทำชำเราได้โดยเด็ดขาด (Absolute) สามิมิข่มขืนกันหรือได้รับการยกเว้นมิให้ต้องรับผิดในทางอาญาในการข่มขืนภรรยาของตน (Marital Rape Exemption)

หลักกฎหมายเรื่องภูมิคุ้มกันของสามิมิให้ต้องรับผิดในการข่มขืนภรรยาของตน (Marital Rape Exemption) นี้ เป็นหลักกฎหมายที่มีการเผยแพร่ครั้งแรกในประเทศอังกฤษในศตวรรษที่ 17 โดยเซอร์แมทธิว เฮล (Sir Mathew Hale) โดยเขาให้เหตุผลในเรื่องนี้ว่า “สามิไม่มีความผิดในการกระทำการข่มขืนกระทำชำเราภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายของตนเอง ความร่วมมือร่วมใจยินยอมในการสมรส และสัญญาที่ภรรยาให้แก่กันในลักษณะนี้ภรรยาไม่สามารถถอนได้”⁷ เนื่องจากประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางกฎหมายของโลกแห่งหนึ่งจึงมีอิทธิพลต่อการเผยแพร่ความคิดทางกฎหมายไปยังประเทศต่างๆในโลก และมีหลาย

⁵ จิตติ ดิงศภัทย์. กฎหมายอาญามาตรา 2 ตอน 1. พิมพ์ครั้งที่ 5, กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2531. น.1961-1962.

⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 ผู้ถูกกระทำต้องเป็นเพศหญิง. หญิงเป็นเพศของบุคคลธรรมดาตามสภาพที่ถือกำเนิด เป็นเพศที่ออกลูกได้ ไม่ใช่แปลงเพศ.

⁷ Jennifer Temkin. *Rape and the Legal process* London: Sweet & Maxwell, 1987 p.45

ประเทศได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดทางกฎหมายจากประเทศอังกฤษรวมทั้งประเทศไทย

เมื่อเวลาผ่านไปเป็นเวลานาน เหตุการณ์เปลี่ยนไป ข้อเท็จจริงใหม่เกิดขึ้นหลักการและเหตุผลเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดชอบของสามี (Marital Rape exemption) ก็ค่อยเปลี่ยนไป มีเหตุการณ์ใหม่เกิดขึ้นในเวลาต่อมา ในปี 1988 นายคลาเรนซ์ (Clarence) ได้ร่วมประเวณีกับภรรยาของตนโดยที่เขารู้ว่าเขาเป็นกามโรค และเขาไม่เปิดเผยเรื่องนี้ให้ภรรยาของเขาทราบ ต่อมาเขาจึงถูกภรรยาฟ้องในข้อหาหมิ่นเจตนาร้ายทำให้ภรรยาได้รับความทุกข์ทรมานทางร่างกายและทำร้ายร่างกายภรรยา⁸ หลังจากคดีของ Clarence แล้ว ในปี 1949 มีคดีของคลาร์ก (Clarke) ซึ่งคดีนี้ศาลได้วินิจฉัยว่าสถานะของภรรยาโดยกระบวนการทางกฎหมายคือการสมรส ภรรยาได้ให้ความยินยอมแก่สามีในการใช้สิทธิแห่งการสมรสราบรื่นขณะที่ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาเป็นไปอย่างปกติ แต่ถ้าหลังจากมีกระบวนการทางกฎหมายแล้ว เช่น มีคำสั่งศาลแล้ว ความยินยอมในการร่วมประเวณีในการสมรสถูกเพิกถอน สามีจึงไม่มีสิทธิ์ที่จะร่วมประเวณีกับภรรยาโดยปราศจากความยินยอมของหญิงผู้เป็นภรรยา⁹

แต่ในปัจจุบันมีหลายประเทศยกเลิกหลักกฎหมายข้อยกเว้นความรับผิดชอบของสามี ได้แก่ ประเทศโซเวียต เซกโกสโลวะเกีย โปแลนด์ ออสเตรเลีย แคนาดา นิวซีแลนด์ อิสราเอล เดนมาร์ก สวีเดน นอร์เวย์¹⁰ และประเทศสหรัฐอเมริกา

สำหรับประเทศอเมริกา การข่มขืนภรรยาตามกฎหมายซึ่งทำการสำรวจเมื่อปี 1990 มีรายละเอียดดังนี้¹¹

1. มลรัฐที่ยกเลิกหลักข้อยกเว้นความรับผิดชอบของสามีในการข่มขืนภรรยาของตน (Marital Rape Exemption) ซึ่งสามีถูกฟ้องฐานข่มขืนภรรยาได้โดยไม่มีข้อยกเว้นใดๆ มีทั้งหมด 16 มลรัฐ คือ Alabama, Alaska, Arkansas, Colorado, Florida, Georgia, Indiana, Maine, Massachusetts, Nebraska, New Jersey, New York, North Dakota, Oregon, Vermont, Wisconsin.

2. มลรัฐที่ยังมีข้อยกเว้นบางประการที่สามีไม่ต้องรับผิดชอบในการข่มขืนภรรยาของตนซึ่งภรรยาสามารถฟ้องสามีของตนในข้อหาข่มขืนได้บางกรณี มี 26 มลรัฐ ได้แก่ Arizona, California, Connecticut, Delaware, Hawaii, Idaho, Illinois, Iowa, Kansas, Louisiana,

⁸ Ibid p.47

⁹ Ibid p.49

¹⁰ Ibid p.57

¹¹ Diana E.H.Russel. Rape in Marriage. United States: Indiana University Press, 1990, p.23.

Maryland, Michigan, Minnesota, Mississippi, Montana, Nevada, New Hampshire, Ohio, Pennsylvania, Rhode Island, Tennessee, Texas, Virginia, Washington, West Virginia, Wyoming.

3. มลรัฐที่ยังมีข้อยกเว้นความรับผิดชอบของสามีในการข่มขืนภรรยาของตน (Marital Rape Exemption) แต่ก็ไม่ใช่ข้อยกเว้นเด็ดขาด กล่าวคือ สามีอาจถูกฟ้องในความรับผิดชอบได้ในบางกรณี คือ กรณีที่มีการแยกกันอยู่โดยกฎหมาย หรือกรณีระหว่างการฟ้องหย่า หรือกรณีที่อยู่ในคำสั่งคุ้มครอง มี 8 มลรัฐ ได้แก่ Kentucky, Missouri, New Mexico, North Carolina, Oklahoma, South Carolina, South Dakota, Utah.

สำหรับประเทศไทยในปัจจุบัน ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญายังคงใช้หลักกฎหมายเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดชอบของสามีต่อการข่มขืนภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายของตน (Marital Rape Exemption) อยู่ ดังปรากฏในองค์ประกอบความผิดที่กล่าวมาข้างต้นนี้อย่างสมบูรณ์และค่อนข้างจะเด็ดขาด (Absolute) กล่าวคือ ไม่มีทางที่จะเป็นไปได้เลยที่สามีจะต้องรับผิดชอบต่อการข่มขืนภรรยาของตน เนื่องจากการกระทำดังกล่าวกฎหมายไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญานั้นเอง ผลก็คือ ภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายไม่สามารถฟ้องสามีฐานข่มขืนกระทำชำเราภรรยาของตนได้เลยโดยไม่มีข้อยกเว้นใดๆ ดังที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในฎีกาที่ 430/2532 ว่า จำเลยกับผู้เสียหายแต่งงานกันตามลัทธิศาสนาอิสลาม มีบุตรด้วยกัน 1 คน ต่อมาจำเลยกับผู้เสียหายแยกกันอยู่แต่มิได้หย่าขาดจากการเป็นสามีภรรยากัน ดังนั้นการที่จำเลยพาผู้เสียหายไปกักขังเพื่อกระทำการอนาจารและข่มขืนกระทำชำเราจึงอาจเป็นกรณีที่จำเลยกระทำไปโดยเข้าใจว่าจำเลยมีสิทธิ์กระทำได้กับภรรยาซึ่งมีบุตรด้วยกัน และบุตรก็ยังอยู่กับจำเลย อันเสมือนกับทำโดยวิสาสะ ย่อมไม่เข้าลักษณะกระทำโดยมีเจตนาร้าย ไม่เป็นความผิดฐานพาหญิงไปเพื่อการอนาจาร หน่วงเหนี่ยวกักขัง และข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย

ถ้าพิจารณาถึงคุณธรรมทางกฎหมายว่ากฎหมายข่มขืนกระทำชำเราต้องการคุ้มครองอะไร และคุ้มครองใครบ้าง มองในแง่ของการคุ้มครองของกฎหมายแล้วจะเห็นว่าการคุ้มครองแล้วยังแคบ กล่าวคือ กฎหมายการข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทยให้ความคุ้มครองเฉพาะผู้หญิงเท่านั้น ผู้ชายที่ได้ฝ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง และผู้ชายไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายข่มขืนกระทำชำเรา

แม้กฎหมายไทยเรื่องนี้มีความประสงค์จะคุ้มครองเฉพาะผู้หญิงหรือเพศหญิงก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถให้ความคุ้มครองผู้หญิงได้ทุกคน มีผู้หญิงอีกจำนวนหนึ่งที่กฎหมายไม่ให้ความคุ้มครองเลยไม่ว่ากรณีใด คือผู้หญิงที่เป็นภรรยาโดยชอบกฎหมายของสามี กฎหมายไม่สามารถยื่นมือเข้าไปให้ความคุ้มครองหญิงเหล่านี้ได้เลยในกรณีที่หญิงเหล่านี้ได้รับความเดือดร้อนหรือประสบปัญหาการกักขังทางเพศในระหว่างการสมรสยังไม่สิ้นสุด หรือหย่ากันโดยผลของ

กฎหมายแต่มีเหตุอื่นแทรกซ้อนเข้ามา เช่น ชีวิตการสมรสล้มเหลว พฤติกรรมทางเพศของสามีเบี่ยงเบน ตกลงกันเองอย่างขัดแย้งที่จะแยกกันอยู่ชั่วคราว อยู่ในระหว่างการดำเนินการตามกระบวนการทางกฎหมาย เช่น กำลังฟ้องหย่าและรอคำพิพากษาของศาล ภรรยาสุขภาพไม่ดี สามีเป็นโรคภัยแรงที่ติดต่อกันได้จากการร่วมประเวณี เช่น กามโรคหรือโรคเอดส์ ฯลฯ

ปัญหาเหล่านี้มีผลต่อสุขภาพอนามัย ชีวิตร่างกาย จิตใจอารมณ์ และความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาได้ แต่เนื่องจากความยินยอมของภรรยาที่ให้ไว้แก่สามีเนื่องมาจากการสมรสไม่อาจเพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงได้ จึงมีผลให้สามีมีอำนาจที่จะกระทำการข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นภรรยาของตนได้โดยไม่เป็นความผิดอาญา ทั้งนี้เพราะความยินยอมของหญิงผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จึงมีปัญหาว່ว่าหญิงที่เป็นภรรยาที่ได้รับความเดือดร้อนและประสบกับปัญหาต่างๆซึ่งไม่อาจคาดคะเนได้ในระหว่างการสมรสเหล่านี้จะได้รับความคุ้มครองหรือได้รับการแก้ไขเยียวยาจากกฎหมายข่มขืนกระทำชำเราได้อย่างไร

3.1.3 ปัญหาเกี่ยวกับความยินยอมของหญิงตามองค์ประกอบความผิดที่ 4

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ซึ่งเป็นหลักกฎหมายเรื่องข่มขืนกระทำชำเราไม่ได้บัญญัติถ้อยคำว่า “โดยหญิงมิได้ยินยอม” หรือ “โดยปราศจากความยินยอมของหญิง” ไว้ในตัวของกฎหมายโดยตรง แต่เมื่อพิจารณาแล้วก็หมายถึงผู้กระทำได้กระทำชำเราหญิงโดยหญิงมิได้ยินยอมหรือสมัครใจ

กฎหมายอาญาของไทยไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญาไว้ให้เป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญา แต่มีความเห็นของนักนิติศาสตร์และแนวคำพิพากษาฎีกายอมรับหลักเรื่องนี้¹² โดยปกติความยินยอมในคดีอาญาไม่มีความสำคัญที่จะทำให้ไม่มีความผิดและไม่ต้องรับโทษ ความเสียหายไม่เป็นองค์ประกอบสำคัญเพราะกฎหมายกำหนดเอาไว้แล้วว่าเมื่อมีการกระทำฝ่าฝืนกฎหมายเกิดขึ้นผู้กระทำก็ต้องรับผิด ความยินยอมจึงไม่เป็นเหตุให้หลุดพ้นจากความรับผิดทางอาญาเว้นแต่ความยินยอมจะมีผลปฏิเสธองค์ประกอบความผิด หรือเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้โดยชอบหรือเมื่อกฎหมายยกเว้นความผิดไว้ชัดเจน เช่น กรณีตาม ปอ.มาตรา 276¹³

¹² ชาตรี ศรีนวลนัต และวันชัย ศรีนวลนัต. คำอธิบายกฎหมายเรื่องความยินยอมในคดีอาญา ความผิดอันยอมความได้. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: บริษัทประชุมช่างจำกัด, 2528, น.8.

¹³ ประสิทธิ์ พัฒนอมร. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท บัณฑิตมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.56.

แม้จะไม่ปรากฏคำว่า “โดยปราศจากความยินยอม” หรือ “โดยหญิงมิได้ให้ความยินยอม” อยู่ในบทบัญญัติกฎหมายการข่มขืนกระทำชำเราก็ตาม แต่ความจริงแล้วกฎหมายไทยได้นำเอาหลักเรื่องความยินยอม (Consent) ของผู้เสียหายมาใช้ในกฎหมายข่มขืนกระทำชำเราด้วย โดยนำมาใช้เป็นองค์ประกอบความผิดอันหนึ่งของความผิด ทำให้ “ความยินยอม (Consent)” มีบทบาทสำคัญมากในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดเกี่ยวกับเพศอื่นๆ

การนำเอาหลักเรื่องความยินยอมมาใช้ในทางอาญามีสาระสำคัญควรพิจารณาต่อไปนี้¹⁴

1. ต้องเกี่ยวกับสิทธิที่โอนกันได้ เช่น ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ แต่บางที่โอนกันไม่ได้ แต่ก็ให้ความยินยอมได้ เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ
2. ต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี เช่น ยอมให้ผ่าตัดเพื่อเสริมสวย
3. ความยินยอมที่เป็นองค์ประกอบความผิดถ้าผู้เสียหายให้ความยินยอมแล้วมีผลทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด เช่น ผู้เสียหายความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตาม ปอ.มาตรา 276
4. ความยินยอมที่ไม่ใช่องค์ประกอบความผิดของผู้เสียหาย ก่อให้ผู้กระทำ มีอำนาจกระทำได้ เป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมาย เช่น การยอมให้อาทรพย์ไปไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์
5. เป็นการให้ความยินยอมเกี่ยวกับสุขภาพอนามัยหรือความปลอดภัยของผู้ให้ เช่น ยอมให้แพทย์ผ่าตัด
6. ความยินยอมในทางจารีตประเพณีโดยไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี เช่น กีฬาสกมวย
7. ความยินยอมต้องบริสุทธิ์ ผู้ให้ความยินยอมต้องให้ด้วยความเต็มใจและสมัครใจ ปราศจากการฉ้อฉล ชูเชิญ บังคับ ช่มชู้ หรือเข้าใจผิดด้วยประการทั้งปวง ผู้เสียหายต้องรู้ผลร้ายก่อนการกระทำ
8. ความยินยอมต้องมีอยู่ก่อนหรือขณะกระทำความผิดโดยไม่มีการถอนหรือเปลี่ยนแปลง ถ้ายอมภายหลังการกระทำผิดไม่มีผลยกเว้นความผิดแต่เป็นการยอมเพื่อให้ระงับไป
9. ให้ความยินยอมแล้วถอนคืนได้ ไม่ผูกมัดว่าจะยินยอมตลอดไป

วิธีการให้ความยินยอมนั้นผู้เสียหายต้องให้ก่อนกระทำความผิด ซึ่งอาจทำได้ 2 วิธี

1. ให้ความยินยอมโดยตรง ชัดแจ้ง โดยการพูดด้วยวาจา เขียน กริยาท่าทาง ไม่ขัดขวางทั้งที่สามารถกระทำได้ เช่น ยอมให้ผู้อื่นเอาทรพย์ไป ยอมให้ชายร่วมประเวณี ฯลฯ
2. ให้ความยินยอมโดยปริยาย แสดงออกไม่ชัดเจนแต่วิญญูชนเข้าใจว่ายินยอม

¹⁴ อ้างแล้วใน 12 น.7-21

บุคคลที่ให้ความยินยอมได้คือ ผู้เสียหาย หรือผู้มีอำนาจจัดการแทน และผู้ให้ความยินยอมมีคุณสมบัติดังนี้

1. เกณฑ์อายุของผู้ให้ความยินยอมไม่กำหนดแน่นอนตายตัว พิจารณาเป็นเรื่องๆ ไป เช่น อายุ 16 ปี ให้ความยินยอมในเรื่องเพศได้
2. สติสัมปชัญญะของผู้ให้ความยินยอมต้องอยู่ในสภาพที่สมบูรณ์ทุกประการ ไม่ผิดปกติ มีนเมา หรือวิกลจริต ความยินยอมจึงจะใช้ได้
3. ปกติเป็นเรื่องเฉพาะตัว ไม่สามารถแทนกันได้ แต่ในบางกรณีอาจแทนกันได้

หากพิจารณา “ความยินยอม” ในกฎหมายอาญาของไทยแล้ว มีอยู่ 2 ลักษณะ คือ มีความผิดบางประเภทที่จะเป็นความผิดเมื่อได้กระทำโดยปราศจากความยินยอม และมีความผิดบางประเภทไม่ต้องคำนึงถึงความยินยอมเลย มีความผิดหลายลักษณะที่หากผู้เสียหายยินยอมแล้วผู้กระทำไม่เป็นความผิดทางอาญา เช่น

- ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ หากเจ้าของอนุญาตหรือให้ความยินยอมแล้วไม่เป็นการลักทรัพย์
- ความผิดเกี่ยวกับเพศบางกรณี เช่น กรณีตาม ปอ.มาตรา 276
- ความผิดต่อเสรีภาพ
- ความผิดต่อชื่อเสียง

ส่วนความผิดที่ความยินยอมของผู้เสียหายไม่มีผลทางกฎหมาย แม้ผู้เสียหายยินยอมให้กระทำผู้กระทำก็ต้องรับผิด ได้แก่ ความผิดต่อชีวิตและร่างกาย ทั้งนี้เพราะถือว่าเป็นความยินยอมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี เช่น บอกให้เพื่อนยิง¹⁵ หรือสมัครใจทะเลาะวิวาทกัน¹⁶

¹⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 605/2463 ผู้ตายอ้างว่ายังไม่เข้าบอกให้เพื่อนยิง เพื่อนจึงยิงได้รับบาดเจ็บ ผู้ตายร้องบอกอีกว่า “ยิงกูให้ตายเถิด” เพื่อนอีกคนหนึ่งจึงยิงซ้ำ ผู้ตายจึงถึงแก่ความตาย ศาลพิพากษาว่า จำเลยที่ 2 มีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา จำเลยคนแรกผิดฐานพยายามฆ่า

¹⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 1390/2479 ในกรณีที่ 2 ฝ่ายสมัครใจวิวาททำร้ายร่างกายซึ่งกันและกันนั้นเป็นการกระทำผิดร่วมกัน จึงทำให้เกิดลักษณะคดีตามกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 253 ขึ้นได้ ฉะนั้นฝ่ายใดจะมาฟ้องร้องขอให้ลงโทษอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้เพราะไม่ถือว่าเป็นผู้เสียหายตามความในมาตรา 28 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (มีคำพิพากษาที่ 538-539/2483, 863/2497, 1828-9/2497 และ 223-224/2513 เด็ดตาม)

ก. ความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความยินยอม

1. ความหมายหรือคำจำกัดความของความยินยอมในคดีอาญาโดยทั่วไปหากสำรวจดูประมวลกฎหมายอาญาแล้วปรากฏว่าไม่มีบทบัญญัติตอนใดหรือมาตราใดให้คำจำกัดความหรือวิเคราะห์ศัพท์หรืออธิบายหลักเกณฑ์ไว้โดยชัดเจนว่าความยินยอมของผู้เสียหายทำให้ไม่เป็นความผิด¹⁷ เพียงแต่มักกฎหมายผู้ทรงคุณวุฒิได้อธิบายไว้ดังนี้

- ท่านอาจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายว่า ความยินยอมหมายถึง การจงใจปล่อยให้เหตุการณ์อย่างหนึ่งเกิดขึ้นโดยไม่ขัดขวางทั้ง ๆ ที่สามารถขัดขวางได้ แต่ความหมายนี้ไม่พอจะถือเป็นความยินยอมตามความหมายของกฎหมายซึ่งต้องเป็นการแสดงความประสงค์ที่จะให้เกิดเหตุการณ์เช่นนั้นขึ้นโดยการแสดงออกด้วยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งโดยตนเอง หรือโดยให้ผู้อื่นกระทำแทนตน อันเป็นการแสดงความประสงค์ต่อผู้กระทำความผิดนั้นให้เข้าใจว่าตนอนุญาตให้กระทำได้ ยกเว้นแต่ในกรณีพิเศษอย่างยิ่งเท่านั้นที่การนิ่งไม่ขัดขวางอาจถือว่าเป็นความยินยอม เพราะเป็นที่เข้าใจกันโดยปกติทั่วไปว่าการนิ่งในพฤติการณ์เช่นนั้นถือว่าเป็นการยินยอม การแสดงออกอันถือว่าเป็นความยินยอมนั้นอาจแสดงออกชัดเจนหรือโดยปริยายก็ได้¹⁸

- ท่านอาจารย์พจน์ บุชป่าคม อธิบายว่าความยินยอมในคดีอาญาหมายถึง ความยินยอมที่เกิดจากฝ่ายผู้เสียหายยอมให้กระทำตน ไม่ว่าจะต่อเนื้อตัวร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิของตน¹⁹

- คำพิพากษาฎีกาที่ 616/2482 และ 787/2483 วินิจฉัยว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีและมีอยู่จนกระทั่งถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นย่อมเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิด

การที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์และไม่มี การวิเคราะห์ศัพท์เกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหายไว้ในกฎหมายอาญาเป็นหลักทั่วไป จะส่งผลกระทบต่อ การนำไปใช้ในคดีเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เช่น ในความผิดเกี่ยวกับเพศ คือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

¹⁷ จิตติ ดิงศภัทย์. “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด.” วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ปีที่ 3 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2520) น.52-53.

¹⁸ จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2525. น.682-685.

¹⁹ พจน์ บุชป่าคม. ละเมิด. กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2525. น.55.

2. ปัญหาของความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความไม่ชัดเจนในจุดนี้อาจสืบเนื่องมาจากการที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติหลักเกณฑ์ หรือวิเคราะห์ศัพท์เกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหายไว้ในบททั่วไป จึงส่งผลกระทบต่อการที่นำมาใช้เฉพาะเรื่องได้ ตามหลักกฎหมายอาญา ความยินยอมของผู้เสียหายไม่มีความสำคัญที่จะมีผลทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดหรือไม่ต้องรับโทษ ทั้งนี้เพราะปรัชญาที่สำคัญของกฎหมายอาญามุ่งในการให้ความคุ้มครองป้องกันความสงบสุขของสังคม แต่มีความผิดบางประเภทที่กฎหมายถือว่าผู้กระทำจะมีความผิดก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหาย ซึ่งจัดได้ว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักกฎหมายอาญา

การที่นำเอาเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายมาใช้ในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเรา จึงเป็นการนำเอาข้อยกเว้นมาใช้เป็นการเฉพาะเรื่องเพื่อยกเว้นความผิดทางอาญา แต่ก็เป็นการนำเอามาใช้โดยขาดความชัดเจนเนื่องจากขาดบทบัญญัติกฎหมายซึ่งเป็นหลักทั่วไป และเมื่อนำมาใช้เฉพาะความผิดก็มีได้มีหลักเกณฑ์หรือรายละเอียดที่ชัดเจนเหมาะสมกับที่จะใช้เป็นข้อยกเว้น กล่าวคือ

กฎหมายไม่ได้ให้คำจำกัดความหรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความยินยอมของหญิงไว้ในความผิดฐานข่มขืนโดยตรง เพียงแต่เขียนในลักษณะให้เข้าใจว่าการกระทำชำเรานั้นจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อได้กระทำไปโดยปราศจากความยินยอมของหญิง (without her consent) หรือฝ่าฝืนความประสงค์ของหญิง (against her will) ถ้อยคำในกฎหมายที่ใช้ ได้แก่ โดยการขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังกายประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ซึ่งพฤติกรรมเหล่านี้เป็นพฤติกรรมที่ผู้กระทำผิดเป็นผู้กระทำ แต่ผลกลับไปกำหนดความหมายของความยินยอมของผู้เสียหาย หรือตีความว่าผู้เสียหายมิได้ยินยอม คล้ายกับเป็นภาพสะท้อนของความยินยอมอีกทีหนึ่ง ไม่ใช่กริยาอาการที่ผู้เสียหายแสดงออกมาแต่อย่างใด

ถ้าหากพิจารณาตามหลักความยินยอมของผู้เสียหายที่จะใช้ยกเว้นความผิดแล้ว ผู้ที่มีสิทธิหน้าที่ที่จะให้ความยินยอมนั้นเป็นสิทธิและหน้าที่ของผู้เสียหายว่าจะให้ความยินยอมหรือไม่ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่กำลังเผชิญอยู่ แต่ในกฎหมายกลับไม่เขียนอธิบายหรือให้ตัวอย่างไว้เลยว่าพฤติกรรมใดที่หญิงแสดงออกมาแล้วกฎหมายถือว่าไม่ยินยอมในเรื่องการกระทำชำเรา กริยาอาการที่หญิงแสดงออกอย่างไร แค่นั้น กฎหมายจึงจะถือว่าหญิงไม่ให้ความยินยอม เช่น พยายามวิ่งหนี กลัว ร้องให้คนช่วย พยายามต่อสู้ขัดขวาง ใช้กำลังขัดขืน ร้องให้อ้อนวอนขอความเมตตาจากผู้กระทำผิด พูดด้วยวาจาว่าไม่ยินยอมให้กระทำชำเรา หรือนิ่ง เป็นต้น กฎหมายไม่ได้กำหนดกริยาอาการที่หญิงแสดงออกไว้เลยว่ากฎหมายต้องการกริยาอาการที่แสดงออกในระดับไหน และวิธีการแสดงออกของผู้เสียหายจะใช้วิธีใดวิธีหนึ่งชัดเจนหรือโดยปริยายจึงจะเพียงพอเป็นมาตรฐานได้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการที่จะให้ความคุ้มครอง

ผู้เสียหาย และในการที่จะกำจัดปัญหาความยุ่งยากในการที่จะพิสูจน์ความผิดหรือการดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำผิด

ที่มาของความยินยอมที่จะนำมาใช้ยกเว้นความผิดมีแหล่งที่มาจากผู้เสียหาย การตีความว่าหญิงยินยอมหรือไม่จึงควรพิจารณาจากกริยาอาการที่หญิงแสดงออกมาเป็นหลัก การที่กฎหมายตีความว่าหญิงยินยอมหรือไม่จากกริยาอาการที่ผู้กระทำผิดแสดงออกมาแต่ประการเดียวย่อมขัดกับหลักการแหล่งที่มาของความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา กล่าวคือ ความยินยอมที่จะยกเว้นความผิดในเรื่องข่มขืนกระทำชำเรา นั้นเป็นความยินยอมของผู้เสียหายมิใช่ความยินยอมของผู้กระทำ การให้ความยินยอมเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้เสียหายเท่านั้น ประโยชน์เรื่องความยินยอมหรือไม่ก็ควรเป็นสิทธิของผู้เสียหาย

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา กฎหมายพิจารณาตีความว่าหญิงยินยอมหรือไม่จากกริยาอาการของผู้กระทำผิดดังที่กำหนดไว้ในองค์ประกอบความผิดนั้นเป็นการมองความยินยอมของผู้เสียหายในลักษณะภาพสะท้อนแห่งความยินยอม (reflection of consent) ไม่ได้มองจากการกระทำของหญิงผู้เสียหายโดยตรง อาจเกิดความไม่ชอบธรรมหรือเป็นผลร้ายต่อหญิงผู้เสียหายได้เพราะในการพิจารณาคดีจะต้องพิจารณาจากการกระทำที่กฎหมายกำหนดไว้ในองค์ประกอบเป็นหลัก ซึ่งการกระทำที่กฎหมายกำหนดไว้นั้นไม่ใช่กริยาการกระทำที่ผู้เสียหายแสดงออกมาทำให้เกิดปัญหาว่าความยินยอมที่ได้นั้นมันตรงกับความเป็นจริงเพียงใด เป็นการยากที่จะกำหนดระดับมาตรฐานความยินยอมของหญิงผู้เสียหาย เป็นช่องว่างให้เกิดการแทรกแซงแนวความคิดที่ไม่ถูกต้องเข้ามามีอิทธิพลต่อการตีความยินยอมของหญิงอีกด้วย เช่น มายาหญิงมีรอยเล็มเกวียน ผู้หญิงปากกับใจไม่ตรงกัน ถ้าพูดว่าไม่ยอมหมายความว่ายอม เป็นต้น นอกจากนี้ก็จะเป็นการชี้แนะแนวทางให้การกำหนดระดับมาตรฐานความยินยอมมาไว้ในระดับสูงเป็นผลร้ายแก่หญิงอีกด้วย

หากพิจารณาจากพฤติกรรมของผู้กระทำผิดที่กฎหมายกำหนดไว้นั้นจะเห็นว่ากำหนดไว้ในระดับความยินยอมหรือไม่ของหญิงไว้ในระดับสูง และต้องการพยานหลักฐานแห่งการต่อต้านการกระทำผิดอีกด้วยจึงจะมีน้ำหนัก เช่น มีบาดแผล ร่องรอยการต่อสู้ การบาดเจ็บ ฯลฯ เป็นเหตุให้ผู้เสียหายต้องเสี่ยงต่อการได้รับอันตรายต่อชีวิตและร่างกายอีกด้วย

เมื่อเทียบความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดอาญาเรื่องอื่นๆ เช่น ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ความผิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ ความผิดเกี่ยวกับชื่อเสียง กับความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้วจะเห็นว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีระดับมาตรฐานของความยินยอมอยู่ในระดับสูงและเป็นอันตรายต่อผู้เสียหายมากที่สุด กล่าวคือ ผู้เสียหายมักจะได้รับบาดเจ็บถึงขั้นเป็นอันตรายแก่กายและชีวิต

3. ปัญหาเกี่ยวกับตำแหน่งของความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความยินยอมของผู้เสียหายที่จะยกเว้นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้กำหนดไว้ในส่วนขององค์ประกอบความผิดซึ่งอยู่ในส่วนที่ถือว่ามีความสำคัญมาก การพิจารณาว่าเป็นความผิดหรือไม่จึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาให้ได้ว่ามีองค์ประกอบนี้อยู่ก่อนหรือขณะกระทำผิด คือต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าหญิงไม่ได้ให้ความยินยอม ถ้าหากพิสูจน์แล้วได้ความว่าหญิงยินยอมผลก็ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเนื่องจากไม่ครบองค์ประกอบความผิด

ความยินยอมของหญิงในคดีข่มขืนกระทำชำเราจึงมีบทบาทและมีความสำคัญมาก จะเป็นความผิดหรือไม่ขึ้นอยู่กับความยินยอมของหญิง จำเลยในคดีข่มขืนกระทำชำเราจึงนิยมที่จะใช้อ้างเป็นข้อต่อสู้ แก่ตัวว่าหญิงยินยอมให้กระทำชำเราเพื่อจะได้ยกเว้นไม่เป็นความผิดอาญาและไม่ต้องรับโทษ ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีข่มขืนจึงเป็นจุดสนใจ (Focus) ของการต่อสู้คดีจุดหนึ่งที่จำเลยจะยกขึ้นมาต่อสู้อย่างเข้มข้นเอาจริงเอาจังและมีกระบวนการที่สร้างความยุ่งยากลำบากใจ อึดอัดใจ หรือลึกลับใจในการสู้คดีต่อไป เช่น กระบวนการถามคำถามที่ไร้เมตตาโดยไม่คำนึงถึงความรู้สึกของผู้เสียหาย และนอกจากนี้อาจถูกแฉหรือถูกขุดค้นเข้าไปในเรื่องส่วนตัวหรือนำสืบประวัติพฤติกรรมทางเพศอีกด้วย

ในส่วนของความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงมีปัญหายุ่งอยู่ในเรื่องความไม่ชัดเจนในหลักการและกฎเกณฑ์ที่นำมาใช้เป็นข้อยกเว้นความผิดเป็นการเฉพาะ ความไม่ชัดเจนในเรื่องคำจำกัดความความไม่ยินยอมของหญิงในทางกฎหมาย และการนำเรื่องความยินยอมมาใช้ในส่วนองค์ประกอบความผิด ปัญหาเหล่านี้มองในทางกฎหมายสารบัญญัติแล้วอาจจะไม่ชัดเจน แต่ถ้ามองในทางกฎหมายสบัญญัติแล้วจะเห็นว่าปัญหาเล็ก ๆ น้อย ๆ ในทางสารบัญญัตินี้มีความเกี่ยวเนื่องกันสะสมรวมกันเป็นปัญหาในการใช้สิทธิของผู้เสียหายในกระบวนการยุติธรรมได้

3.2 ผลกระทบต่อผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราในการดำเนินคดีโดยรัฐ

บุคคลที่มีอำนาจฟ้องคดีอาญาในประเทศไทย ได้แก่ พนักงานอัยการ และผู้เสียหาย²⁰ บุคคลทั้งสองประเภทนี้ มีอำนาจในการดำเนินคดีอาญาเท่าเทียมกัน เว้นแต่ในบางกรณีเท่านั้นที่แตกต่างกัน เช่นกรณีความผิดต่อส่วนตัว และความผิดต่อรัฐโดยแท้ เป็นต้น แต่การดำเนินคดีอาญาโดยเจ้าพนักงานหรือโดยผู้เสียหาย มีเงื่อนไข วิธีการ และผลกระทบต่อผู้เสียหายแตกต่างกัน

²⁰ ปวอ. มาตรา 28

การดำเนินคดีโดยเจ้าพนักงาน หมายถึงเจ้าพนักงานของรัฐที่มีหน้าที่ฟ้องคดีอาญาต่อศาล ซึ่งได้แก่การดำเนินคดีโดยพนักงานอัยการนั่นเอง

“พนักงานอัยการ” หมายความว่าเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ฟ้องผู้ต้องหาต่อศาล ทั้งนี้จะเป็นข้าราชการในกรมอัยการ หรือเจ้าพนักงานอื่นผู้มีอำนาจเช่นนั้นก็ได้²¹ เมื่อมีการกระทำผิดอาญาเกิดขึ้น ผู้เสียหายที่ได้รับความเสียหายสามารถเลือกดำเนินคดีได้สองประการ คือ ฟ้องคดีด้วยตนเอง และมอบคดีให้พนักงานอัยการฟ้องคดีแทน

ผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเรา จะมอบคดีให้พนักงานอัยการฟ้องคดีอาญาแทนนั้น จะต้องดำเนินการดังนี้

3.2.1 การเริ่มต้นคดี

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแบ่งตามความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อผู้เสียหายมีอยู่ 2 ประเภท คือ ประเภทที่ถือเป็นความผิดต่อส่วนตัว และประเภทต่อรัฐ ความผิดอาญาทั้งสองประเภทนี้มีความแตกต่างกันในการเริ่มต้นดำเนินคดี

3.2.1.1 กรณีเป็นความผิดต่อส่วนตัว

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากรณีที่ดีถือว่าเป็นความผิดอาญาต่อส่วนตัว มีลักษณะดังนี้

- เป็นการข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นซึ่งมิใช่ภรรยาของผู้กระทำผิด โดยหญิงนั้นมิได้ยินยอมสมัครใจ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 วรรค 1 ผู้ถูกข่มขืนต้องเป็นหญิงที่มีอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไป เนื่องจากหญิงอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไป ความยินยอมของหญิงมีผลตามกฎหมาย สามารถให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีได้ และหากหญิงอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไปให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีแล้วก็ไม่เป็นการกระทำผิดอาญา

- ความผิดมิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล²²
- ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกข่มขืนได้รับอันตรายสาหัส หรือถึงแก่ความตาย²³
- มิได้กระทำการข่มขืนบุคคลต่อไปนี้²⁴
 - ผู้สืบสันดาน
 - ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล
 - ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือ

²¹ ป.อ. มาตรา 2(5)

²² ป.อ. มาตรา 281

²³ เรื่องเดียวกัน

²⁴ ป.อ. มาตรา 285

- ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล

ผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเรากรณีที่เป็นความผิดต่อส่วนตัวนี้ แบ่งตามความสามารถที่จะดำเนินคดีได้ แบ่งออกเป็นสองประเภท คือ ผู้เสียหายที่มีความสามารถจะดำเนินคดีได้เองโดยไม่ต้องขอความยินยอมจากบุคคลอื่น ได้แก่ ผู้เสียหายที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ซึ่งมีอายุ 20 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป และอีกประเภทหนึ่ง คือ ผู้เสียหายที่ยังไม่มีความสามารถในการดำเนินคดีอาญาได้เองโดยลำพัง เนื่องจากยังเป็นผู้เยาว์อยู่ จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองเสียก่อน ผู้เสียหายประเภทนี้มีอายุต่ำกว่า 20 ปีลงมา หรืออายุยังไม่ถึง 20 ปีบริบูรณ์ จากสถิติคดีความผิดทางเพศที่โรงพยาบาลตำรวจเมื่อปีพ.ศ. 2532 พบว่า ช่วงอายุของผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนมากที่สุดเรียงตามลำดับดังนี้²⁵

- อายุ 13 - 17 ปี มี 52.1 %
- อายุ 18 - 20 ปี มี 16.1 %
- อายุ 21 - 25 ปี มี 14.2 %
- อายุ 26 - 30 ปี มี 3.7 %
- อายุ 31 - 40 ปี มี 2.7 %
- อายุ 40 - 50 ปี มี 0.4 %

จากสถิติ จะเห็นว่าผู้เสียหายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่มีอายุยังน้อยมีจำนวนมากที่สุด และอายุมากขึ้นก็เป็นผู้ที่ถูกข่มขืนน้อยลงตามลำดับ เนื่องจากว่าอายุยังน้อยยังไม่รู้เดียงสา มีประสบการณ์และสติปัญญายังไม่มากพอที่จะรู้ได้เท่าทันผู้กระทำผิด การไตร่ตรองในสิ่งที่ถูกต้องยังไม่ดี ทำให้ถูกล่อลวงชักจูงให้เข้าสู่กิจกรรมทางเพศได้ง่ายและหลบเลี่ยงได้ยาก เป็นที่น่าสังเกตว่า ผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราที่ยังเป็นผู้เยาว์อยู่มากกว่า 52 % ซึ่งควรได้รับการดูแลเอาใจใส่อย่างจริงจัง เนื่องจากผู้เยาว์เหล่านี้อยู่ในช่วงที่มีการพัฒนาทางด้านต่างๆทางร่างกาย สติปัญญา การศึกษา และสังคมเป็นอย่างมาก เพื่อที่จะเติบโตเป็นประชากรที่มีคุณภาพของประเทศชาติในวันข้างหน้า

ผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนกรณีนี้ มีอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไป แต่ยังไม่ถึง 20 ปีบริบูรณ์ การเริ่มต้นเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาดังนี้

ก. การร้องทุกข์ความผิดต่อส่วนตัวที่ผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์

ผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราที่ยังเป็นผู้เยาว์ หากประสงค์จะดำเนินคดีอาญาเพื่อเอาตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ ผู้เสียหายจะต้องนำความไปร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน

²⁵ นิตานารถ ธนะภูมิ, "คดีความผิดทางเพศ ที่โรงพยาบาลตำรวจ", วารสารกฎหมาย, ปีที่ 13 ฉบับที่ 2, ประจำเดือนมีนาคม 2533 น. 72 - 73.

สวนผู้มีอำนาจ ซึ่งความผิดเกิด หรืออ้าง หรือเชื่อว่าได้เกิดในเขตอำนาจของตน²⁶

พนักงานสอบสวนมีอำนาจสอบสวนคดีอาญาทั้งปวง แต่ถ้าเป็นความผิดต่อ ส่วนตัวห้ามมิให้ทำการสอบสวน เว้นแต่จะมีคำร้องทุกข์ตามระเบียบ²⁷ กฎหมายบัญญัติให้ผู้เสียหายกรณีความผิดต่อส่วนตัวต้องร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงานตามระเบียบเสียก่อน พนักงานสอบสวนจึงจะมีอำนาจทำการสอบสวน ถ้าไม่มีการร้องทุกข์แล้ว หากมีการสอบสวนก็เป็นไปโดยมิชอบ พนักงานอัยการไม่มีอำนาจฟ้อง²⁸

“พนักงานสอบสวน” หมายถึงเจ้าพนักงานซึ่งกฎหมายให้มีอำนาจและหน้าที่ทำการสอบสวน²⁹ ได้แก่ พนักงานตำรวจ

“ร้องทุกข์” หมายความว่า การที่ผู้เสียหายได้กล่าวหาต่อเจ้าหน้าที่ตามที่บัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่ามีผู้กระทำความผิดขึ้น จะรู้ตัวผู้กระทำความผิดหรือไม่ก็ตาม ซึ่งกระทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหาย และการกล่าวหาเช่นนั้นได้กล่าวโดยเจตนาจะให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษ³⁰ คำร้องทุกข์นั้นจะต้องปรากฏชื่อและที่อยู่ของผู้ร้องทุกข์ ลักษณะแห่งความผิด พฤติการณ์ต่างๆที่ความผิดนั้นได้กระทำความเสียหายที่ได้รับ และชื่อ หรือรูปพรรณของผู้กระทำความผิดเท่าที่จะบอกได้ คำร้องทุกข์จะทำเป็นหนังสือหรือด้วยปากก็ได้ ถ้าเป็นหนังสือต้องมี วัน เดือน ปี และลายมือชื่อของผู้ร้องทุกข์ ถ้าร้องด้วยปาก ให้พนักงานสอบสวนบันทึกไว้ ลง วัน เดือน ปี และลงลายมือชื่อผู้บันทึกกับผู้ร้องทุกข์ในวันทำนั้น³¹

ดังนั้นการร้องทุกข์ประกอบด้วยสาระสำคัญ 2 ประการ คือ ผู้ร้องทุกข์ต้องเป็นผู้เสียหาย และการกล่าวหาต้องมีเจตนาที่จะให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษ และคำร้องทุกข์นั้นจะต้องดูเจตนาของผู้เสียหายว่าต้องการจะให้ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดเพื่อให้ได้รับโทษหรือไม่ ถ้าเพียงแต่แจ้งให้เจ้าพนักงานทราบไว้เป็นหลักฐาน มิได้ขอให้ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ไม่เป็นคำร้องทุกข์³² การไปแจ้งความต่อตำรวจว่า มาแจ้งความไว้เป็นหลักฐานกันคดีขาดอายุความไม่เป็นการร้องทุกข์ เพราะไม่ใช่แจ้งให้สอบสวนดำเนินคดีต่อไป³³

²⁶ ปวอ.มาตรา 18

²⁷ ปวอ.มาตรา 121

²⁸ ฎีกาที่ 176/2507 ความผิดอันยอมความได้นั้น เมื่อผู้เสียหายมิได้ร้องทุกข์ต่อพนักงานตามระเบียบ พนักงานอัยการโจททย์ยอมไม่มีอำนาจฟ้อง

²⁹ ปวอ.มาตรา 2(6)

³⁰ ปวอ.มาตรา 2(7)

³¹ ปวอ.มาตรา 123

³² ฎีกาที่ 1641/2514 คำแจ้งความที่เพียงแต่แจ้งให้เจ้าพนักงานทราบไว้เป็นหลักฐาน มิได้ขอให้ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ไม่เป็นคำร้องทุกข์

³³ ฎีกาที่ 1713/2521, 758/2523 ผู้เสียหายไปแจ้งความต่อพนักงานสอบสวนไว้

ผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราซึ่งเป็นผู้เยาว์ สามารถร้องทุกข์ได้เองหรือไม่ หรือต้องขออนุญาตผู้ปกครองให้ความยินยอมเสียก่อน จากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาแล้ว การร้องทุกข์ของผู้เยาว์สามารถร้องทุกข์ได้ด้วยตนเอง เช่น เด็กหญิงอายุ 15 ปี ผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรา กับผู้ปกครองซึ่งมิใช่บิดา ได้ให้การต่อพนักงานสอบสวนในฐานะผู้เสียหาย ถือว่าได้ร้องทุกข์แล้ว³⁴ คำให้การของเด็กหญิงผู้เสียหายอายุ 14 ปี ที่พนักงานสอบสวนบันทึกกรายละเอียดแห่งการกระทำผิดไว้ และในตอนท้ายคำให้การ มีข้อความว่า ได้มาร้องทุกข์มอบคดีให้พนักงานสอบสวนดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดในข้อหากระทำอนาจารต่อผู้เสียหาย ถือว่าเป็นคำร้องทุกข์แล้ว³⁵ ผู้เยาว์อายุ 18 ปี ร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนโดยไม่ต้องให้ผู้แทนโดยชอบธรรมลงลายมือชื่อในการร้องทุกข์ด้วยก็ได้³⁶

คำร้องทุกข์ของผู้เสียหายมีความสำคัญต่อการดำเนินคดีของรัฐ เพราะเป็นเงื่อนไขให้เกิดอำนาจในการดำเนินคดีอาญา หากไม่มีคำร้องทุกข์แล้ว พนักงานสอบสวนก็ไม่มีอำนาจสอบสวนผู้ต้องหาตามที่บัญญัติไว้ใน ป.อ. มาตรา 121 และพนักงานอัยการก็ไม่มีอำนาจฟ้องคดีดังกล่าวเพราะ ป.อ. มาตรา 120 ห้ามมิให้พนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีต่อศาลโดยมิได้มีการสอบสวนในความผิดนั้นก่อน

อายุความ ในการร้องทุกข์คดีความผิดต่อส่วนตัว ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ภายใน 3 เดือนนับแต่วันที่รู้เรื่อง และรู้ตัวผู้กระทำผิด มิฉะนั้นจะขาดอายุความตามกฎหมาย ป.อ. มาตรา 95³⁷ สถานที่ไปร้องทุกข์ ได้แก่สถานี่ตำรวจซึ่งเปิดบริการตลอด 24 ชั่วโมงไม่มีวันหยุด การร้องทุกข์จึงสามารถกระทำได้ตลอดเวลา

บุคคลที่มีอำนาจร้องทุกข์ได้ การร้องทุกข์เป็นเงื่อนไขสำคัญให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจทำการสอบสวนผู้ต้องหาว่ากระทำผิด การร้องทุกข์นั้นต้องกระทำให้ถูกต้องและโดยชอบด้วยกฎหมาย ตาม ป.อ. มาตรา 2 (7) หากการร้องทุกข์นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย พนักงานสอบสวนก็ไม่มีอำนาจทำการสอบสวน เช่น ผู้เสียหายคดีออกเช็คไม่มีเงินจ่าย แจ้งต่อตำรวจว่า “ จึงมาแจ้งความร้องทุกข์ไว้เป็นหลักฐาน และขอรับเช็คคืนไปดำเนิน

เป็นหลักฐานกันคดีขาดอายุความ ไม่เป็นการร้องทุกข์ตาม ป.อ. เพราะไม่ใช่แจ้งเพื่อให้สอบสวนดำเนินคดีต่อไป

³⁴ ฎีกาที่ 2100/2497 เด็กหญิงอายุ 15 ปี ถูกข่มขืนกระทำชำเรา กับผู้ปกครองซึ่งมิใช่บิดา ได้ให้การกับพนักงานสอบสวนในฐานะผู้เสียหาย ถือได้ว่าเป็นการร้องทุกข์แล้ว

³⁵ อ้างแล้ว ดูเชิงอรรถที่ 13

³⁶ คำพิพากษา ฎีกาที่ 1982/2494 ผู้เยาว์อายุ 18 ปี ร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนโดยไม่ต้องให้ผู้แทนโดยชอบธรรมลงลายมือชื่อในการร้องทุกข์ด้วยก็ได้

³⁷ ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ. ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์ วิญญูชน จำกัด, 2536, น. 176

การเอง " ไม่เป็นคำร้องทุกข์ ตาม ปวอ. มาตรา 2 (7)³⁸ บุคคลผู้มีอำนาจไปร้องทุกข์ได้ กรณีผู้เสียหายยังเป็นผู้เยาว์ ได้แก่ ตัวผู้เสียหายเอง ผู้แทนโดยชอบธรรม และบุคคลอื่นที่ได้รับมอบหมาย การร้องทุกข์นั้นย่อมมอบอำนาจให้ร้องทุกข์แทนกันได้ และกฎหมายก็มีได้บังคับให้ร้องทุกข์ได้เฉพาะต่อพนักงานสอบสวนเสมอไปเท่านั้น จะร้องทุกข์ต่อพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจก็ได้³⁹ แต่ในทางปฏิบัติปัจจุบันอำนาจการสอบคดีอาญาอยู่กับตำรวจแต่ฝ่ายเดียว ผู้เสียหายมอบอำนาจเป็นหนังสือให้ พ. ไปร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน เอกสารไม่มีข้อความ พ. รับมอบอำนาจก็ร้องทุกข์โดยอาศัยหนังสือนั้นได้ เป็นการร้องทุกข์โดยชอบด้วยกฎหมาย⁴⁰

สรุปสาระสำคัญในการร้องทุกข์คดีข่มขืนกระทำชำเราที่ผู้เสียหายยังเป็นผู้เยาว์อยู่ มีดังนี้

- ผู้เยาว์สามารถร้องทุกข์ได้โดยลำพัง ไม่จำเป็นต้องได้รับคำยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม

- มอบอำนาจให้ร้องทุกข์แทนกันได้

- ผู้แทนโดยชอบธรรมร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนแทนผู้เยาว์ได้

- จะร้องทุกข์ต่อพนักงานตำรวจ หรือพนักงานฝ่ายปกครองก็ได้ แต่ในปัจจุบัน

ในทางปฏิบัติ จะร้องทุกข์ต่อพนักงานตำรวจฝ่ายเดียว

- จะต้องร้องทุกข์ภายใน 3 เดือนนับแต่รู้เรื่อง และรู้ตัวผู้กระทำความผิด หากไม่กระทำภายในเวลาดังกล่าว คดีจะขาดอายุความ

ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ผู้เสียหายที่เป็นผู้เยาว์สามารถร้องทุกข์ได้ด้วยตัวเองโดยไม่ต้องรับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมเสียก่อน ผู้เขียนเห็นว่าแม้ผู้เยาว์จะร้องทุกข์ได้เอง แต่โอกาสที่ผู้เยาว์จะมีความกล้าไปร้องทุกข์ด้วยตัวเองโดยลำพังนั้นมีโอกาสเป็นไปได้น้อย ทั้งนี้เพราะผู้เยาว์โดยปกติแล้ว จะอาศัยพึ่งพา เลี้ยงชีพ และดำรงชีวิต อยู่ในความดูแลของผู้ปกครอง หรือผู้แทนโดยชอบธรรมแทบทั้งสิ้น ยังไม่มีความสามารถที่จะทำอะไรได้โดยลำพังโดยที่ผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้ปกครองไม่ช่วยเหลือ โอกาสที่ผู้ถูกข่มขืนซึ่งเป็นผู้เยาว์จะไปร้องทุกข์ด้วยตัวเองนั้น อาจจะมีได้ในกรณีที่ความสัมพันธ์ระหว่าง

³⁸ คำพิพากษา ฎีกาที่ 1849/2519 ผู้เสียหายมาแจ้งความร้องทุกข์ต่อตำรวจไว้เป็นหลักฐาน ไม่เป็นคำร้องทุกข์ตาม ปวอ. ม.2(7)

³⁹ คำพิพากษา ฎีกาที่ 1534/2503 การร้องทุกข์นั้น ย่อมมอบอำนาจให้ร้องทุกข์แทนกันได้ โดยร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน พนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจก็ได้

⁴⁰ คำพิพากษา ฎีกาที่ 2062/2520 ผู้เสียหายมอบอำนาจเป็นหนังสือให้ผู้อื่นไปร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน ก็เป็นการร้องทุกข์โดยชอบด้วยกฎหมาย

ผู้เยาว์ กับผู้แทนโดยชอบธรรมได้เปลี่ยนไป เช่น ความต้องการขัดแย้งกัน ผลประโยชน์ขัดกัน หรือไม่ก็ผู้แทนโดยชอบธรรมเป็นผู้กระทำผิดเสียเองหรือมีส่วนร่วมในการกระทำผิด หรือมีเหตุที่ทำให้ปฏิบัติหน้าที่ไม่ได้

นอกจากผู้เยาว์ที่ถูกข่มขืนจะร้องทุกข์ได้ด้วยตัวเองแล้ว บุคคลที่กฎหมายให้อำนาจร้องทุกข์ได้ ก็คือ ผู้มีอำนาจจัดการแทนได้ตาม ป.วอ. มาตรา 5 (1) เมื่อผู้แทนโดยชอบธรรมทราบว่าผู้เยาว์ถูกข่มขืนกระทำชำเรา ผู้แทนโดยชอบธรรมเป็นผู้มีบทบาทมากที่สุดในการที่จะตัดสินใจว่าจะมีการร้องทุกข์หรือไม่ ทั้งนี้เพราะผู้แทนโดยชอบธรรมนั้นได้รับผลกระทบจากการกระทำผิดด้วย ประกอบกับผู้แทนโดยชอบธรรมเป็นผู้มีประสบการณ์ และความรอบรู้ มากกว่าผู้เยาว์ ย่อมพอจะคาดคะเนผลที่จะเกิดขึ้น หรือประโยชน์ที่จะได้รับการดำเนินคดีนั้นด้วย และผู้เยาว์ส่วนใหญ่ก็จะเชื่อฟังผู้แทนโดยชอบธรรม นอกจากนี้ยังมีอุปสรรคอื่นอีกหลายประการที่มีอิทธิพลต่อผู้เสียหายและผู้แทนโดยชอบธรรมว่าจะมีการร้องทุกข์เพื่อให้คดีนั้นเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาหรือไม่

อุปสรรค

ก. ค่านิยมและทัศนคติของสังคมไทยต่อคดีข่มขืนกระทำชำเรา

(1) ความอับอาย มีอิทธิพลต่อการร้องทุกข์และการใช้สิทธิตามกฎหมายสำหรับผู้เสียหายมาก ตามขนบธรรมเนียม หญิงไทยจะต้องรักษานวลสงวนตัว และรักษาพรหมจรรย์เอาไว้ จนกว่าจะแต่งงาน การเสียพรหมจรรย์ของหญิงสาวเป็นเรื่องเสื่อมเสียที่ยิ่งใหญ่มาก จะนำความอับอายขายหน้าและความเสื่อมเสียมาสู่วงศ์ตระกูล และเป็นการประจานตัวเอง มีผลกระทบต่อทางเลือกคู่ครอง ทำให้ผู้หญิงต้องคิดมากหากจะมีการกระทำใดๆให้เรื่องถูกเปิดเผยแพร่หลายไปสู่สาธารณชน ผู้เสียหายบางรายจึงไม่ยอมแจ้งความ

(2) ค่านิยมเรื่องบุญคุณ และความกตัญญู 80% ของผู้กระทำผิดเป็นบุคคลที่มีความใกล้ชิดหรือเป็นเครือญาติกับผู้ตกเป็นเหยื่อ เป็นบุคคลที่ผู้ถูกข่มขืนให้ความเคารพนับถือเกรงใจ เช่น พ่อเลี้ยง ครู นายจ้าง ปู่ เป็นต้น ทำให้ผู้เสียหายไม่อยากจะดำเนินคดีกับผู้กระทำผิด หากดำเนินคดีก็จะกลายเป็นคนไม่กตัญญูรู้คุณ บางรายก็คิดว่าเป็นการตอบแทนบุญคุณที่เลี้ยงเรามา⁴¹

(3) ความเชื่อเรื่องเวรกรรม เชื่อว่าเป็นเวรกรรมกันมาแต่ชาติปางก่อน อยากให้เวรกรรมสิ้นสุด ไม่อยากจองกรรมจองเวรกันต่อไป ดังพุทธภาษิตว่า “ เวรย่อมระงับด้วยการไม่จองเวร ” ชาติหน้าจะได้หมดเวรหมดกรรม

⁴¹ กลุ่มเพื่อนหญิง สรุปสัมมนาทางวิชาการ เรื่องปัญหาการดำเนินคดีละเมิดทางเพศ ณ ห้องประชุมชั้น 4 ตึกอเนกประสงค์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 23 พฤศจิกายน 2533, น.

(4) กลัวถูกสังคมตำหนิว่ามีส่วนทำให้เกิดการกระทำผิดขึ้น เช่น ขอบเดินในที่เปลี่ยว แต่งตัว้วยวนล้อแหลม เป็นต้น แทนที่จะได้รับความเห็นใจจากสังคม

(5) คำนี้ถึงสถาบันหรือหน่วยงานมากกว่าความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ เช่น กรณีครูข่มขืนนักเรียน หรือ ในหน่วยงานเดียวกัน ผู้ที่รับผิดชอบหน่วยงาน มักจะเข้ามาบีบบทบาทในการเกลี้ยกล่อมให้คู่กรณีประนีประนอมยอมความกัน โดยอ้างว่าเพื่อเห็นแก่ชื่อเสียงของสถาบันมิให้มัวหมอง ไม่อยากให้มีการดำเนินคดี กลัวเสื่อมเสียชื่อเสียง⁴²

(6) ความไม่ศรัทธาต่อการบังคับใช้กฎหมาย ประชาชนส่วนใหญ่มีความเชื่อว่า คนมีเงินเท่านั้นที่สามารถแสวงหาความยุติธรรมได้ คนจนไม่มีเงินจ้างทนายความ ไม่มีเงินไปให้ศาล เป็นความกันมีแต่เรื่องเสียเงิน จึงเกิดความท้อใจ ไม่อยากเป็นความขึ้นโรงขึ้นศาล ให้เสียเงินทองและเสียเวลาทำมาหากิน

ข. ปัญหาอุปสรรคในองค์การกระบวนการยุติธรรมและระเบียบปฏิบัติ

(1) สถานที่รับร้องทุกข์ การร้องทุกข์นั้น ผู้เสียหายต้องเดินทางไปร้องทุกข์เองที่สถานีตำรวจ ซึ่งจะมีการจัดเจ้าหน้าที่ตำรวจไว้รับเรื่องราวต่างๆไว้ตลอดเวลาโดยการจัดเวร คดีในแต่ละวันมักอยู่ในความรับผิดชอบของร้อยเวร และร้อยเวรก็จะจัดให้มีสิบเวรเป็นผู้บันทึกลงประจำวันอีกทีหนึ่ง หากมีปัญหาอะไรก็จะร้องถามกันไปมาด้วยเสียงดัง นอกจากนี้ยังมีประชาชนไปติดต่อกับตำรวจหรือไปแจ้งความคดีอื่นๆอีกหลายคนหลายคน และโต๊ะที่สิบเวรรับแจ้งความนั้นก็มักจะเป็นที่โล่งเปิดเผย ไม่มีที่กัน มองเห็นกันหมด ทำให้ผู้เสียหายรู้สึกอึดอัดใจ ไม่อยากแจ้งความร้องทุกข์เนื่องจากรู้สึกอับอาย กลัวผู้คนที่อยู่ที่นั่นรู้เรื่องราวของตน⁴³

(2) เจ้าหน้าที่ตำรวจที่รับแจ้งความ ขณะนี้ยังเป็นผู้ชายอยู่ ไม่เข้าใจความรู้สึกของผู้หญิงดีพอ และมักมีทัศนคติที่ไม่ดีต่อหญิงที่ไปแจ้งความว่าเป็นการกระทำที่ต้องการที่จะบังคับให้ฝ่ายชายรับผิดชอบ จึงปฏิบัติต่อผู้เสียหายด้วยท่าทีที่เยาะหยัน หรือพูดจาให้กระทบกระเทือนจิตใจผู้เสียหาย ทำให้ผู้เสียหายไม่ยอมแจ้งความ ไม่ยอมเล่าเรื่องอะไรให้ฟัง⁴⁴ และเจ้าหน้าที่ตำรวจเห็นว่าคดีความผิดต่อส่วนตัวเป็นความผิดเล็กน้อย เนื่องจากยอมความกันได้ จึงไม่ค่อยให้ความสนใจเท่าที่ควร⁴⁵

(3) สื่อมวลชน ที่สถานีตำรวจมักจะมีสื่อมวลชนหลายพวกไปรื้อทำข่าวอยู่แล้ว และสื่อมวลชนก็จะคอยดักข่าวที่เกิดขึ้นบนโรงพักอยู่บ่อยๆ เนื่องจากเป็นสถานที่ที่

⁴² เรื่องเดียวกัน หน้า 30

⁴³ เรื่องเดียวกัน หน้า 16

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน หน้า 31

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน หน้า 17-18

สะดวกที่สุด เนื่องจากสื่อมวลชนทำการหาข่าวอยู่ที่สถานีตำรวจนาน มีความคุ้นเคยกับเจ้าหน้าที่ตำรวจ จึงไม่เป็นการยากเลยที่จะได้รายละเอียดต่างๆไปเขียนข่าวเผยแพร่ทางสื่อมวลชน ทำให้เรื่องราวถูกเปิดเผยต่อสาธารณชน ทราบว่าผู้เสียหายเป็นใคร บิดามารดาชื่ออะไร บ้านเรือนอยู่ที่ไหน อาชีพอะไร มีรายละเอียดว่าอย่างไร ทำให้กระทบกระเทือนจิตใจผู้เสียหายเพิ่มขึ้นไปอีก ดังนั้นการไปร้องทุกข์ของผู้เสียหายก็ต้องถูกประจานทางหนังสือพิมพ์ อาจจะเป็นเรื่องประวัติส่วนตัวและภาพถ่าย⁴⁶ เป็นเหตุให้ผู้เสียหายกลัวไม่กล้าแจ้งความ

ตำรวจเป็นองค์กรย่อยขององค์กรแรกในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และเป็นองค์กรที่ใกล้ชิดกับประชาชนมากที่สุด และองค์กรตำรวจก็มีส่วนทำให้ผู้เสียหายไม่แจ้งความแก่ตำรวจ ซึ่งมีเหตุผลหลายประการ จากการวิจัยสำรวจประชาชนในกรุงเทพมหานครเกี่ยวกับ อาชญากรรมพื้นฐานและกระบวนการยุติธรรม จำนวน 263 คน พบว่า เหตุผลในการไม่แจ้งความต่อตำรวจเกี่ยวกับการตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมมีดังนี้⁴⁷

1. เหยื่ออาชญากรรมได้รับความเสียหายเพียงเล็กน้อย 45.3 %
2. เหยื่ออาชญากรรมเชื่อว่าการแจ้งความไม่มีประโยชน์หรือได้ผล 29.7%
3. เหยื่ออาชญากรรมเมื่อหน่ายขั้นตอนการทำงานของตำรวจ 3.1 %
4. เหยื่ออาชญากรรมมีเหตุผลส่วนตัว เช่น การเดินทางไม่สะดวก กลัวถูกแก้แค้น 2.3 %
5. เหยื่ออาชญากรรมไม่อยากเป็นความ
6. เหยื่ออาชญากรรมรู้จักกับอาชญากร ฯลฯ

จากการวิจัยถึงทัศนคติของประชาชนในกรุงเทพฯพบว่า มีปัญหาอุปสรรคในการติดต่อขอรับบริการจากตำรวจหลายประการ เช่น การทำงานล่าช้า 35 % ไม่สนใจต่อความทุกข์ร้อนของประชาชน 31 % กริยาวาจาไม่สุภาพ 10 % ทำงานไม่ได้ผล 7.5 % การเรียกร้องสิ่งตอบแทน 5 % ความไม่เป็นธรรม 5 % บริการไม่สะดวก 4.5 %

และการศึกษาถึงความพึงพอใจของประชาชนในกรุงเทพมหานคร จำแนกตามเพศ อายุ และการศึกษาปรากฏว่า เพศหญิง (70.6 %) มีความไม่พึงพอใจต่อการปฏิบัติงานของตำรวจมากกว่าชาย (65.2 %) บุคคลอายุน้อยระหว่าง 18 - 29 ปี (84 %) มีความไม่พึงพอใจมากกว่าบุคคลอายุมากกว่าระหว่าง 51 - 89 ปี (43.8 %) และบุคคลที่มีการศึกษาสูง (91.3 %) มีความไม่พึงพอใจต่อตำรวจมากกว่าบุคคลที่มีการศึกษาดำ

⁴⁶ สุชีลา ดันชัยนันท์ ปัญหาผู้หญิง ปัญหาของผู้หญิงหรือปัญหาของใคร, กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์ผลึก, 2532, น. 28 - 32

⁴⁷ ประชัย เบียมสมบุรณ์ และคณะ, อาชญากรรมพื้นฐานกับกระบวนการยุติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพฯ, 2531 น. 32

(59.4 %)⁴⁸ ปัจจุบันนี้เป็นที่ยอมรับกันว่า มีประชาชนจำนวนหนึ่งมีความรู้สึกต่อต้านตำรวจไปในทางลบ โดยมีความรู้สึกว่าตำรวจเป็นบุคคลที่น่าเกลียดน่ากลัว ช่มเหรงรังแกประชาชน มีบุคลิกภาพก้าวร้าว ไม่ให้เกียรติราษฎร ใช้อำนาจในทางไม่เป็นธรรมตามอำเภอใจ เมื่อเกิดอาชญากรรมขึ้น แทนที่จะพบกับตำรวจ ประชาชนกลับพยายามหลีกเลี่ยงไม่อยากพบหรือติดต่อกับตำรวจ⁴⁹

ค. อุปสรรคในด้านเศรษฐกิจ

ผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเราจำนวนไม่น้อยเป็นผู้ที่ด้อยทั้งทางความรู้ ประสบการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคม ผู้เสียหายที่เป็นผู้เยาว์ส่วนมากยังไม่มียานพาหนะ ยังไม่มีรายได้ประจำในการเลี้ยงชีพ ต้องอาศัยผู้ปกครองหรือผู้แทนโดยชอบธรรมในการดำรงชีพ และมีอยู่จำนวนไม่น้อยที่ครอบครัวของผู้เสียหายและผู้แทนโดยชอบธรรมอยู่ในฐานะยากจน ผู้เสียหายอาจไม่ประสงค์ที่จะนำความไปร้องทุกข์ให้เกิดความยุ่งยากขึ้นกับครอบครัว เมื่อไม่มีการร้องทุกข์ก็ไม่สามารถที่จะควบคุมอาชญากรรมนั้นได้ ทำให้เกิดผลเสียหายในแง่ของการควบคุมอาชญากรรมในสังคม สังคมยังไม่มีความปลอดภัยเนื่องจากอาชญากรรมยังอยู่

ง. ปัญหาและอุปสรรคเกี่ยวกับความปลอดภัย

ผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนนั้นจะมีความรู้สึกกลัวผู้กระทำผิดมาก เช่น กลัวจะถูกข่มขืนอีก กลัวถูกทำร้าย กลัวถูกฆ่า และกลัวผู้กระทำผิดจะหาทางแก้แค้นในภายหลัง โดยเฉพาะอย่างยิ่งแล้ว หากผู้กระทำผิดเป็นผู้มีอิทธิพลแล้ว ผู้เสียหายจะมีความกลัวมาก ไม่อยากจะร้องทุกข์เพื่อดำเนินคดีกับผู้มีอิทธิพล พ่อแม่ผู้ปกครองหรือผู้แทนโดยชอบธรรมจึงไม่ค่อยสนใจที่จะใช้สิทธิทางกฎหมายแทนผู้เยาว์⁵⁰

ปัญหาอุปสรรคความไม่สะดวก ความไม่เอื้ออำนวย ความขัดข้องที่กล่าวมาข้างต้นนี้ เป็นตัวอย่างของบรรดาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในทางสังคม และวิธีการปฏิบัติของกระบวนการยุติธรรมของรัฐ ที่มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของผู้เสียหายว่าจะร้องทุกข์เพื่อดำเนินคดีหรือไม่ ถ้าเลือกดำเนินคดีแล้วจะมีผลอย่างไรมีประโยชน์อะไรบ้าง และมีผลดีผลเสียอย่างไร สิ่งเหล่านี้ผู้เสียหายก็จะคิดมากอยู่แล้วก่อนจะตัดสินใจว่าจะเลือกทำอะไร คงไม่มีผู้เสียหายคนไหนที่จะไม่คิดถึงอุปสรรคปัญหาต่างๆที่จะเกิดขึ้นกับตนเอง

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน น.41 - 42

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน น.79

⁵⁰ Pratan Watanapanich., Victimology and victim's rights., Faculty of Law Thammasart University. International Workshop on Victimology, April 1991. p.250

สิ่งที่ผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนควรได้รับการคุ้มครองในการร้องทุกข์

ผู้เขียนเห็นว่า การร้องทุกข์ในความผิดต่อส่วนตัวนั้นมีความสำคัญมาก เนื่องจากเป็นเงื่อนไขแห่งการเริ่มต้นดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพื่อเอาตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ ซึ่งเป็นวิธีการคุ้มครองส่วนได้เสียของสังคม หากไม่มีการร้องทุกข์แล้วผลก็คือรัฐก็ไม่สามารถเข้าไปควบคุมอาชญากรรมประเภทนี้ได้เลย จริงอยู่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นแล้วเป็นเรื่องผู้ถูกข่มขืนและผู้กระทำการข่มขืนเพียงไม่กี่คน แต่ความผิดที่จะเกิดขึ้นในสังคมในคราวต่อไปนั้นจะควบคุมได้อย่างไร สังคมก็ยังมีภัยในลักษณะนี้ต่อไป ทำให้เกิดคำถามว่า กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของรัฐได้ให้ความคุ้มครองบุคคลและสังคมให้มีความปลอดภัยตามวัตถุประสงค์หรือไม่

ดังที่กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่า ผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราได้รับผลกระทบกระเทือนหลายด้านกว่าผู้เสียหายในความผิดฐานอื่น การจะดำเนินคดีซึ่งเป็นการใช้สิทธิทางกฎหมายก็มีปัญหาอุปสรรคหลายประการ ซึ่งบางอย่างก็แก้ได้ยาก เช่น ปัญหาเรื่องค่านิยมและทัศนคติของสังคมที่มีต่อความผิดลักษณะนี้และต่อผู้เสียหาย จนทำให้ผู้เสียหายเกิดความรู้สึกท้อแท้ เบื่อหน่าย รำคาญใจ อึดอัดใจ เจ็บปวดและทุกข์ทรมานใจ ตลอดจนได้รับความเสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติยศของตัวเอง บุคคลที่ใกล้ชิดเกี่ยวข้อง และครอบครัว และที่สำคัญที่สุดคือความรู้สึกว่าไม่ได้รับความเห็นอกเห็นใจ ความเอาใจใส่ ความสะดวกและความยุติธรรมจากกระบวนการยุติธรรมแห่งรัฐ เมื่อใดผู้เสียหายมีความรู้สึกอย่างนี้ ผลตามมาก็คือเลิกล้มความคิดที่จะไปร้องทุกข์ดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดในที่สุด ดังนั้น ไม่แปลกอะไรเลยที่สถิติเกี่ยวกับความผิดที่มีการร้องทุกข์ดำเนินคดีกับความผิดที่เกิดขึ้นจริงนั้น มีความแตกต่างกันมาก

ดังนั้น สิ่งที่ผู้เสียหายควรได้รับการคุ้มครองในขั้นตอนการร้องทุกข์นี้ ควรจะเป็นเรื่องต่อไปนี้

ก. ความอาย

ความอายเป็นความรู้สึกอย่างหนึ่งที่มีอยู่ในบุคคลที่มีจิตใจปกติทุกคนในบางเรื่องแล้วแต่จะมีความอายมากน้อยต่างกัน เรื่องเพศก็เป็นเรื่องหนึ่งที่ผู้หญิงมีความอายมากและไม่ใช้เรื่องที่จะนำมาพูดคุยเปิดเผยให้ผู้อื่นทราบ ไม่ว่าหญิงหรือชาย ในบางเรื่องก็มีความรู้สึกอายทั้งนั้น เรื่องกิจกรรมทางเพศจะเป็นความลับของแต่ละบุคคลและไม่กล้าเปิดเผยต่อบุคคลแปลกหน้า

ความอาย เป็นจุดอ่อนของผู้หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราที่สำคัญ จนผู้กระทำผิดสามารถนำมาใช้ให้เกิดประโยชน์ได้เสมอ และเมื่อนำมาใช้ประโยชน์แล้ว ก็มักจะได้ผลคุ้มค่าเป็นที่พอใจจึงเป็นเรื่องนิยมที่ผู้กระทำความผิดจะนำมาใช้เสมอในกระบวนการยุติธรรม ตั้งแต่ในขั้นตอนเริ่มต้นจนจบกระบวนการยุติธรรม



ข. สภาพจิตใจและอารมณ์ของผู้เสียหาย

อาการเจ็บป่วยทางจิตใจและอารมณ์ของผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนนั้น มีมากน้อยแตกต่างกันไปแล้วแต่บุคคล (individual) เป็นเรื่องที่ต้องคิดต้องระวังไม่ให้กระบวนการยุติธรรมกลายเป็นกระบวนการที่ทำให้เกิดการกระทบกระเทือนต่อจิตใจอารมณ์ของผู้เสียหายอีกครั้งหนึ่ง ไม่เช่นนั้นแล้วก็จะกลายเป็นการซ้ำเติมดอกย้ำความเจ็บป่วยทางจิตใจของผู้เสียหายเพิ่มขึ้นไปอีก กว่าจะเสร็จสิ้นกระบวนการใช้สิทธิตามกระบวนการยุติธรรม อาจจะมีเรื่องที่มาทำให้ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บทางจิตใจเพิ่มขึ้นซ้ำแล้วซ้ำอีก (repeat again and again) หากไม่มีการคุ้มครองอย่างจริงจังและชัดเจน ในที่สุด ผู้เสียหายก็ทนต่อไปไม่ได้ตัดสินใจจะบังคับเสียดีกว่า ถึงเวลาต้องเลือกแล้วว่า จะให้เกิดความเจ็บป่วยทางจิตใจเท่าที่เกิดขึ้นมาแล้ว หรือจะให้เกิดเพิ่มขึ้นอีก

ค. ชื่อเสียง ศักดิ์ศรี และเกียรติยศ

การข่มขืนกระทำชำเราเป็นความรุนแรงทางเพศอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิพื้นฐานของมนุษย์ ภายใต้ความเท่าเทียมกันแห่งกฎหมาย (equal under the law) การข่มขืนไม่ใช่ความต้องการทางเพศของผู้กระทำเพียงอย่างเดียว แต่เป็นการแสดงอำนาจว่า ผู้กระทำเหนือกว่า มีทั้งความโกรธ (anger) และกามารมณ์ (sexuality) ควบคู่กันไป ดังนั้น การกระทำจึงมีการทำร้าย ข่มขู่ ทุบตี หรือบังคับให้ผู้เสียหายหรือเหยื่อ (victim) กระทำตามที่ผู้ข่มขืน (rapist) ต้องการ การร่วมเพศที่เกิดขึ้น เป็นการทำร้ายและทำให้ผู้เสียหายอับอาย นอกจากนี้ ยังเป็นการลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ของผู้หญิง (depersonalize woman) โดยมองผู้หญิงเหมือนสิ่งของ หรือภาชนะเท่านั้น การข่มขืนเป็นอาชญากรรมที่กระทำต่อบุคคลมิใช่ต่ออวัยวะเพศเท่านั้น (Crime against person not against hymen)⁵¹ การข่มขืนจึงเป็นการประทุษร้ายทางจิตใจต่อผู้เสียหายมาก ความรู้สึกว่าเสียศักดิ์ศรี ชื่อเสียงนี้ ยังมีผลกระทบต่อบุคคลในครอบครัว ญาติพี่น้องของผู้เสียหายอีกด้วย เนื่องจากเรื่องราวการข่มขืน ได้ถูกเผยแพร่ออกไปสู่สาธารณะทั่วไป

ง. สิทธิของผู้เสียหายเบื้องต้น

เมื่อเกิดการข่มขืนกระทำชำเราขึ้น สิทธิพื้นฐานในเนื้อตัว ร่างกาย เสรีภาพ ได้ถูกละเมิดแล้ว ความเสียหายก็ย่อมเกิดขึ้นแล้วในเบื้องต้น แต่ในประเทศไทย บทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของเหยื่อไม่มีปรากฏชัดเจน ทำให้การปฏิบัติต่อเหยื่อ (victim)

⁵¹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ "กลุ่มอาการบาดเจ็บจากการข่มขืน", เอกสารสัมมนาทางวิชาการเรื่องปัญหาในการดำเนินคดีละเมิดทางเพศ เนื่องในโอกาสครบ 10 ปีของการทำงานกลุ่มเพื่อนหญิง ณ ดิเจนกประสงค์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วันที่ 23 พฤศจิกายน 2533 น. 2 - 3

แตกต่างกันไปหลากหลายรูปแบบ มีผลกระทบกระเทือนต่อผู้เสียหายมาก เรื่องราวที่ถูก
 ละเลยมากที่สุดในการศึกษาเกี่ยวกับอาชญากรรมก็คือ เรื่องของเหยื่อ⁵² แต่ในเรื่องของผู้
 ต้องหาหรือจำเลย มีบัญญัติไว้ใน ปวอ. มาตรา 7 และมาตรา 8 ชัดเจน ผู้เขียนเห็นว่า
 ในส่วนของผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมแล้วควรจะได้พิจารณาให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับ
 สวัสดิการเล็กน้อยๆ ให้เหยื่ออาชญากรรมในคดีอาญาไว้ด้วย ทั้งผู้เสียหาย และผู้ต้องหาหรือ
 จำเลย ก็ต้องมีสิทธิเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายด้วยเช่นกัน และในความเป็นจริงแล้วควร
 บัญญัติไว้ให้เพียงพอแก่ความจำเป็นจริงๆ ด้วย เนื่องจากเหยื่อ (victims) จะมีความอ่อนแอ
 มากกว่าอาชญากรเสียอีก อาจจะอ่อนแอทั้งทางร่างกาย ทางจิตใจ ทางเศรษฐกิจ และทาง
 สังคม และถ้าพูดถึงคุณภาพในการเป็นพลเมืองดีแล้วก็น่าที่จะให้ความคุ้มครองเอาใจใส่มาก
 กว่าอาชญากรเสียอีก ไม่ว่าจะผู้ต้องหาหรือจำเลย และผู้เสียหาย เมื่อเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม
 ทางอาญาแล้วก็ย่อมมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับความช่วยเหลือเช่นเดียวกัน เช่น เมื่อผู้เสียหาย
 ร้องทุกข์ ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดแต่ยังมีดีพียงยั้งศาล⁵³ ต่อไปอาจจะต้องถูกจับกุม
 เพื่อดำเนินคดี ในชั้นนี้ ปวอ. ได้บัญญัติให้สิทธิไว้ดังนี้

มาตรา 7 ทวิ ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาที่ถูกควบคุมหรือถูกขัง มีสิทธิดังต่อไปนี้

- (1) พบและปรึกษาผู้ที่จะเป็นทนายสองต่อสอง
- (2) ได้รับการเยี่ยมตามสมควร
- (3) ได้รับการรักษาพยาบาลโดยเร็วเมื่อเกิดการเจ็บป่วย

ให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจซึ่งรับมอบตัวผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหา
 มีหน้าที่แจ้งให้ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหานั้นทราบถึงสิทธิตามวรรคหนึ่ง

แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม (victim) ปวอ. ไม่ได้
 บัญญัติสิทธิเบื้องต้นทำนองนี้ไว้ ซึ่งผู้เสียหายก็มีความจำเป็นที่จะต้องได้รับสิทธิบางอย่างด้วย
 เช่นกัน อาจจะเข้าใจว่าผู้เสียหายไม่ใช่ผู้กระทำผิด มีสิทธิเสรีภาพที่จะทำอะไรก็ได้โดยเสรี
 อยู่แล้ว ก็เลยไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งความจริงแล้วก็เป็นเช่นนั้น แต่ในทางปฏิบัติจริงๆ
 แล้วมีปัญหามาก เนื่องจากไม่มีแนวทางให้ปฏิบัติไปในแนวเดียวกัน ทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติ
 บัดต่อผู้เสียหายได้ เจ้าหน้าที่ของรัฐในกระบวนการยุติธรรมก็ปฏิบัติต่อผู้เสียหายไม่แน่นอนคง
 เส้นคงวา ต่างคนต่างปฏิบัติ ผู้เสียหายที่โชคร้ายอาจจะได้รับการปฏิบัติที่ไม่ดีจากเจ้าหน้าที่
 ของรัฐ เจ้าหน้าที่ไม่เข้าใจผู้เสียหายทำให้ผู้เสียหายได้รับประสบการณ์ที่ไม่ดีจากองค์กรยุติธรรม
 ทางอาญา ซึ่งไม่เป็นผลดีต่อกระบวนการยุติธรรมเลย

⁵² วิชา มหาคุณ "มาตรการคุ้มครองเหยื่ออาชญากรรมในประเทศไทย," "Victimology and Victim's rights" edited by Prathan Watanapanich, Faculty of Law, Thammasart University, International Workshop on Victimology, April 1991, p. 227

⁵³ ปวอ. มาตรา 2 (2)

การที่ไม่มียกเว้นบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ นอกจากจะทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเกิดการสับสน ปฏิบัติไม่เหมือนกันแล้ว ผู้เสียหายเองก็มีความสับสนเช่นเดียวกัน ไม่รู้เลยว่าตัวเองมีสิทธิหน้าที่หรือควรปฏิบัติอย่างไรบ้าง อยากจะทำอย่างนี้ อยากจะทำอย่างนั้นได้หรือไม่ ไม่มีเจ้าหน้าที่ผู้ใดแจ้งสิทธิให้ทราบทำให้ผู้เสียหายอยู่ในสภาพที่ขาดข้อมูลความรู้ ขาดคำแนะนำ ประกอบการตัดสินใจ จึงควรเพิ่มบัญญัติเรื่องสิทธิของเหยื่อเข้าไปด้วย

จ. การใช้สิทธิร้องทุกข์

ในกรณีที่ผู้กระทำผิดคือผู้แทนโดยชอบธรรม หรือญาติพี่น้อง หรือบุคคลในครอบครัวเป็นผู้ข่มขืนกระทำชำเรา

ผู้เยาว์ที่อายุตั้งแต่ 16 ปี แต่ไม่ถึง 20 ปีบริบูรณ์ถูกข่มขืน ถือว่าเป็นความผิดต่อส่วนตัว ถ้าจะมอบคดีให้เจ้าพนักงานฟ้องคดี ต้องมีการร้องทุกข์ภายใน 3 เดือน นับแต่รู้เรื่องหรือรู้ตัวผู้กระทำผิดและต้องร้องทุกข์ภายในอายุความฟ้องคดีอาญาตาม ปอ. มาตรา 95

ผู้ที่ร้องทุกข์ได้ในกรณีนี้มีสองคน คือ ผู้เยาว์ และผู้แทนโดยชอบธรรม ถ้าหากผู้แทนโดยชอบธรรมหรือญาติพี่น้องเป็นผู้กระทำผิดแล้ว สิทธิของผู้เยาว์ในการไปร้องทุกข์จะมีใครเป็นผู้ดูแลให้ความช่วยเหลือปกป้องให้ กฎหมายบัญญัติทางแก้ไขไว้ว่าให้ตั้งผู้แทนเฉพาะคดี แต่ก็มีปัญหาว่าใครจะเป็นผู้ไปร้องขอให้ศาลตั้งผู้แทนเฉพาะคดีให้ เพราะขณะนี้การร้องทุกข์ก็ยังไม่เกิดขึ้นเลย และคดีก็ยังไม่เกิด การใช้สิทธิของผู้เยาว์ในจุดนี้อยู่ในลักษณะจำกัดมาก โอกาสที่จะมีการร้องทุกข์มีน้อย แม้มีการร้องทุกข์เกิดขึ้นก็จะมีปัญหาและอุปสรรคในชั้นฟ้องต่อไป คือ ผู้เยาว์ฟ้องคดีอาญาโดยลำพังตนเองไม่ได้ ต้องมีผู้แทน⁵⁴ และนอกจากนี้ กฎหมายยังห้ามมิให้บุตรฟ้องบิดามารดาอีก เพราะถือเป็นคดีอุทลุมตามมาตรา 1562 ซึ่งบัญญัติว่า “ ผู้ใดจะฟ้องบุพการีของตนเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญามีได้ แต่เมื่อผู้นั้นหรือญาติสนิทของผู้นั้นร้องขอ อัยการจะยกคดีขึ้นว่ากล่าวก็ได้ ” สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองของเด็กหรือผู้เยาว์ในจุดนี้แทบจะถูกจำกัดโดยสิ้นเชิง คำนิยมเรื่องความกตัญญูมีอิทธิพลเหนือความรู้สึกนึกคิดของผู้เสียหายมากกว่าจะร้องทุกข์ดำเนินคดีหรือไม่

ในกรณีที่ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายเป็นผู้กระทำผิดหรือมีส่วนร่วมในการกระทำผิดต่อผู้เยาว์เสียเอง เช่น เป็นผู้ข่มขืนกระทำชำเราผู้เยาว์นั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรมียกเว้นบัญญัติให้อำนาจจัดการแทนผู้เยาว์ผู้เสียหายสิ้นสุดลงทันที เพราะการกระทำของผู้มีอำนาจจัดการแทนนั้นได้เปลี่ยนไปเป็นปฏิบัติต่อผู้เยาว์เสียแล้ว และไม่มีความจำเป็นที่ผู้เยาว์จะต้องไปขอคำยินยอมจากผู้มีอำนาจจัดการแทนนั้นอีก ในการดำเนินคดีกฎหมายควรยื่นมือเข้าไปให้ความคุ้มครองผู้เยาว์ได้เลยโดยไม่ต้องให้บุคคลอื่นใดเป็นผู้ร้องขอ หรือกฎหมายอาจเปิดโอกาสให้มีการแทรกแซงโดยบุคคลหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเข้ามาช่วยเหลือ

⁵⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 1123 / 2479 ผู้เยาว์ฟ้องคดีอาญาโดยลำพังตนเองไม่ได้ ต้องมีผู้แทน

คุ้มครองผู้เยาว์ได้อย่างกว้างขวาง เพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์ให้แก่ผู้เยาว์ให้มากที่สุด เช่น เปิดโอกาสให้มีการตั้งผู้แทนผู้เยาว์จากหน่วยงานของรัฐ หรือองค์กรเอกชนที่มีหน้าที่เกี่ยวข้อง ผู้แทนที่แต่งตั้งให้ผู้เยาว์นี้อาจจะเป็นนักสังคมสงเคราะห์ นักกฎหมาย หรือนักจิตวิทยา จากหน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานเอกชน เช่นมูลนิธิพิทักษ์สิทธิเด็กและสตรี หรือหน่วยงานอาสาสมัคร (NGO) ที่ทำงานอุทิศตนด้านนี้ เข้าไปมีบทบาทในการให้ความคุ้มครองช่วยเหลือผู้เยาว์ เพราะผู้เยาว์ที่ถูกผู้แทนโดยชอบธรรมกระทำการข่มขืนนั้นอยู่ในสภาพที่ขาดผู้ดูแลหรือขาดที่พึ่ง ทำให้ผู้เยาว์ไม่ได้รับความปลอดภัย ผู้กระทำผิดมีโอกาสดังกล่าวจะทำความผิดซ้ำอีกเป็นเวลาหลายครั้ง และความผิดในลักษณะนี้จะเข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมได้น้อยมาก

ในกรณีที่เป็นความผิดต่อรัฐ เช่น การข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิง อายุต่ำกว่า 13 ปี ถือว่ารัฐเป็นผู้เสียหาย และรัฐมีหน้าที่ดูแลควบคุมอาชญากรรมโดยผูกขาดแต่ผู้เดียวอยู่แล้ว รัฐจึงควรดำเนินการกระบวนการไปได้เลยตามความเหมาะสมโดยไม่ต้องให้ผู้เยาว์ต้องขอคำยินยอมหรือได้รับอนุญาตจากผู้แทนโดยชอบธรรมอีกแต่ประการใด แต่ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาบอกว่าผู้เยาว์สามารถร้องทุกข์ได้เอง แต่ผู้เยาว์จะเป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญาไม่ได้ ผู้เขียนเห็นว่า สิทธิของผู้เยาว์ถูกจำกัดมิให้ใช้สิทธิทางกฎหมายได้ ทำให้ผู้เยาว์ไม่ได้รับการคุ้มครองเท่าที่ควร และเกิดผลเสียแก่ผู้เยาว์มาก ซึ่งโดยข้อเท็จจริงแล้วผู้เยาว์นั้นเป็นผู้ที่อ่อนแอโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้เยาว์ที่เป็นสตรียิ่งต้องการความคุ้มครองดูแลมากยิ่งขึ้น การที่กฎหมายยอมรับแต่เพียงว่าผู้เยาว์สามารถร้องทุกข์ได้เอง แต่ไม่ยอมรับให้ผู้เยาว์ที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราให้เป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญานั้น ไม่เกิดผลดีแก่ผู้เยาว์แต่ประการใด ทำให้ผู้เยาว์ไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย สิทธิของผู้เยาว์ถูกจำกัด ผู้เยาว์ไม่สามารถใช้สิทธิได้โดยตลอดในกระบวนการยุติธรรม ทั้งที่การกระทำนั้นเป็นความผิดต่อรัฐ รัฐควรให้การคุ้มครองแก่ผู้เยาว์ให้มากที่สุด ไม่ควรให้ผู้เยาว์ที่ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมถูกมองข้ามหรือถูกทอดทิ้งอย่างที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

ข. การร้องทุกข์ความผิดต่อส่วนตัวที่ผู้เสียหายบรรลุนิติภาวะแล้ว

ผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราที่มีอายุตั้งแต่ 20 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป กฎหมายถือว่าพ้นจากสภาพการเป็นผู้เยาว์แล้ว สามารถดำเนินการกระบวนการยุติธรรมตามบทบัญญัติของกฎหมายได้โดยลำพังทุกประการ ไม่จำเป็นต้องขอความยินยอมจากผู้ใด ดังนั้น ผู้เสียหายที่บรรลุนิติภาวะแล้วจึงร้องทุกข์เพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดได้โดยลำพัง

การร้องทุกข์ของผู้บรรลุนิติภาวะแล้ว ก็มีความคล้ายคลึงกับการร้องทุกข์ในกรณีที่ผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์ แต่จะมีความอิสระมากกว่า สามารถทำได้โดยลำพังตามความรู้สึกนึกคิดของตน ไม่จำเป็นต้องขอความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมอีกต่อไป

ผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนแม้จะบรรลุนิติภาวะแล้วก็ตาม แต่การที่จะร้องทุกข์ดำเนินคดีหรือไม่นั้น ก็เป็นเรื่องที่ผู้เสียหายต้องคิดมาก เพราะมีปัญหาและอุปสรรคคล้ายกับผู้เสียหายที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ แต่ในบางเรื่องแล้ว ผู้เสียหายที่บรรลุนิติภาวะจะมีมากกว่าผู้เสียหายที่เป็นผู้เยาว์เสียอีก เช่น ความอาย ความกลัว เป็นต้น

เมื่อพนักงานสอบสวนได้รับร้องทุกข์แล้ว พนักงานสอบสวนก็จะทำการสอบปากคำผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนในเบื้องต้น ตรวจดูร่างกายหรือบาดแผลที่ปรากฏตามเนื้อตัวผู้เสียหาย หลังจากนั้นก็จะส่งตัวผู้เสียหายไปให้แพทย์ทำการตรวจร่างกายและพิสูจน์การร่วมประเวณี เพื่อดูบาดแผลที่บริเวณอวัยวะเพศ และตรวจหาตัวอสุจิ หรือเลือด เพื่อใช้เป็นหลักฐานในการดำเนินคดีต่อไป

การตรวจร่างกายและตรวจหาร่องรอยการกระทำชำเราของผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนนี้ มีความสำคัญมากในคดีข่มขืนกระทำชำเรา คือต้องมีพยานหลักฐานที่บอกให้ทราบว่า มีการล่วงล้ำเข้าไปในช่องอวัยวะเพศของหญิง (vagina) โดยอวัยวะเพศของชาย (penis) ถ้าไม่มีพยานหลักฐานอย่างนี้แล้ว จะมีผลกระทบต่อคดีได้ เพราะศาลอาจไม่เชื่อว่ามี การข่มขืนกระทำชำเราจริง ดังนั้น แพทย์ผู้ทำการตรวจต้องตรวจให้ละเอียด แล้วก็จะต้องไปเบิกความเป็นพยานผู้ชำนาญการพิเศษด้วย หากผู้เสียหายมีอาการผิดปกติทางจิตใจ ก็ควรให้จิตแพทย์ตรวจด้วย

การตรวจของแพทย์ที่จะเป็นประโยชน์แก่คดี จะต้องตรวจหาพยานหลักฐานและร่องรอยการถูกข่มขืน ดังนี้

- เยื่อพรหมจารีฉีกขาดหรือไม่
- มีรอยถลอกที่ช่องคลอด หรือรอยช้ำบวม หรือรอยฉีกขาดที่ช่องคลอดหรือไม่
- ตรวจหาคราบอสุจิ
- มีบาดแผลตามร่างกายหรือไม่ (ทั้งหญิงชาย)
- มีขนอวัยวะเพศของผู้ชายที่ผู้หญิงหรือไม่
- มีคราบเลือดหรือคราบอสุจิตามเสื้อผ้าหรือไม่

การตรวจร่างกายของผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนนั้น นอกจากจะให้แพทย์ทำการตรวจหาหลักฐานการกระทำชำเราแล้ว พนักงานสอบสวนก็ต้องตรวจร่างกาย เสื้อผ้า เนื้อตัวผู้เสียหายด้วย เพื่อรวบรวมหลักฐานเบื้องต้นไว้ประกอบคดี เพื่อป้องกันมิให้ผู้เสียหายเกิดความอายหรือรู้สึกอึดอัดใจ ควรนำเอาหลักเรื่องการค้นใน ปวอ. มาตรา 85 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า "การค้นนั้นจักต้องกระทำโดยสุภาพ ถ้าค้นผู้หญิง ให้หญิงอื่นเป็นผู้ค้น" การตรวจหาพยานหลักฐานจากร่างกายผู้เสียหายที่มาร้องทุกข์ ก็ควรให้ผู้หญิงเป็นผู้ตรวจและกระทำในที่มิดชิด มิใช่ต่อหน้าธารกำนัล

การร้องทุกข์เปรียบเสมือนต้นน้ำลำธารแห่งการดำเนินคดีความผิดต่อส่วนตัว หากไม่มีการร้องทุกข์แล้ว คดีอาญาก็ไม่เกิดเช่นกัน แม้ว่าทุกคนในสังคมรู้แต่ก็ทำอะไร

อาชญากรรมไม่ได้ จึงน่าจะเป็นเรื่องที่จะต้องทบทวนคู่อีกทีหนึ่งเพื่อความปลอดภัยของสังคม แม้จะถือว่าเรื่องข่มขืนที่เกิดขึ้นมักเป็นเรื่องกระทบกระเทือนกันระหว่างคนเพียงสองคน แต่หากปล่อยให้อาชญากรรมล้นหลามไปเรื่อยๆ คดีทำนองนี้อาจจะเกิดขึ้นใหม่ และใครจะเป็นผู้ควบคุมไว้ได้ การร้องทุกข์จึงเป็นเรื่องสำคัญมากที่ควรจะได้รับเอาใจใส่ในการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) ปัญหาสำคัญที่น่าคิดก็คือ โอกาสที่จะมีการร้องทุกข์นั้น มีมากเพียงใดเนื่องจากมีอุปสรรคและปัญหามากมาย ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

3.2.1.2 กรณีที่เป็นความผิดต่อรัฐ

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากรณีนี้ถือเป็นความผิดต่อรัฐนี้ได้แก่ การข่มขืนกระทำชำเราตาม ปอ. มาตรา 276 วรรคสอง, 277 , 277 ทวิ , 277 ตริ และกรณีที่เกิดต่อหน้าธารกำนัลมาตรา 285 ความผิดตามมาตราดังกล่าวถือว่าเป็นความผิดต่อรัฐ ไม่ถือว่าเป็นความผิดต่อส่วนตัว ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดไม่สามารถตกลงยอมความกันได้ ดังนั้น การเริ่มต้นคดีประเภทนี้สามารถเกิดขึ้นได้ 2 วิธีคือ

ก. ผู้เสียหายไปร้องทุกข์หรือแจ้งความต่อพนักงานสอบสวนเพื่อให้ทราบการกระทำผิดเพื่อว่ารัฐจะได้ดำเนินการตามกฎหมายเพื่อเอาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ แต่ไม่จำเป็นต้องกระทำภายใต้เงื่อนไขที่ใช้กับการร้องทุกข์ในความผิดต่อส่วนตัว คือไม่จำเป็นต้องร้องทุกข์ภายใน 3 เดือน และถ้าร้องทุกข์ ก็ไม่จำเป็นต้องเคร่งครัดว่าผู้เสียหายมีความประสงค์ที่จะให้ผู้กระทำความผิดได้รับการลงโทษ ตามที่กล่าวมาแล้ว

ข. เมื่อมีคำกล่าวโทษ "คำกล่าวโทษ" หมายถึง การที่บุคคลอื่นซึ่งไม่ใช่ผู้เสียหายได้กล่าวหาต่อเจ้าหน้าที่ ว่ามีบุคคลรู้ตัวหรือไม่รู้ตัวก็ได้กระทำความผิดอาญาขึ้น⁵⁵ ความผิดต่อรัฐ ไม่จำเป็นต้องอาศัยเงื่อนไขใดจากผู้เสียหาย เมื่อมีบุคคลใดมากล่าวหาว่าได้มีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น เท่านั้นก็เพียงพอแล้วที่พนักงานสอบสวนจะดำเนินการตามกฎหมาย เพื่อเอาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ

ความผิดอาญาต่อรัฐทำให้รัฐได้รับความเสียหาย รัฐจึงเปิดโอกาสให้มีการแจ้งความกันได้อย่างกว้างขวาง ทั้งนี้เป็นไปตามนโยบายทางอาญาของรัฐ (State Criminal policy) เป็นการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) ไม่ให้เกิดขึ้นในสังคม โดยให้บุคคลในสังคมมีส่วนในการควบคุมอาชญากรรมในรูปแบบ สังคมควบคุมอาชญากรรม (Social Crime Control)

ดังนั้น ความผิดอาญาต่อรัฐนั้น พนักงานสอบสวนมีอำนาจดำเนินการตามกฎหมายได้อย่างกว้างขวาง ไม่ว่าผู้เสียหายจะไปร้องทุกข์ หรือบุคคลใดๆจะไปกล่าวหาต่อพนักงานสอบสวนว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้น โดยไม่จำเป็นต้องทราบว่าบุคคลใดเป็นผู้กระทำความผิด

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากรณีนี้ถือว่าเป็นความผิดต่อแผ่นดินก็เช่นเดียว

⁵⁵ ปอ. มาตรา 2 (8)

กัน ผู้เสียหายเป็นคนไปแจ้งความ หรือบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้เสียหายที่เป็นพลเมืองดีที่ทราบว่ามี การกระทำผิด ไปแจ้งความต่อพนักงานสอบสวนก็เพียงพอแล้ว เช่น พ่อเลี้ยงข่มขืนลูกเลี้ยง อายุ 13 ปีในบ้านของตนเอง ต่อมา เพื่อนบ้านทราบจึงไปแจ้งความต่อพนักงานสอบสวนว่ามี การกระทำผิดเกิดขึ้น พนักงานสอบสวนก็สามารถดำเนินคดีได้ เพราะเป็นคดีอาญาแผ่นดิน พนักงานสอบสวนมีอำนาจยกคดีขึ้นว่ากล่าวตัวเอง⁵⁶ และคดีอาญาแผ่นดิน พนักงานสอบสวนมีอำนาจเริ่มสอบสวนได้เองโดยมิต้องมีคำกล่าวโทษหรือร้องทุกข์ของใครเสียก่อน⁵⁷

3.2.2 การสอบสวน

การสอบสวนเป็นกระบวนการยุติธรรมที่อยู่ในขั้นตอนต่อจากการร้องทุกข์ หรือมี คำกล่าวโทษ และการสอบสวนปัจจุบันนี้อยู่ในอำนาจหน้าที่ของพนักงานสอบสวน คือ ดำรง การสอบสวนที่จะทำการศึกษาคืบต่อไปจะทำการศึกษาเฉพาะการสอบสวนในส่วนที่เกี่ยวกับผู้เสียหาย และว่ามีอุปสรรค ปัญหา ที่กระทบต่อผู้เสียหายอย่างไร เป็นอุปสรรคต่อผู้เสียหายในการ ดำเนินคดีอาญา

“การสอบสวน” หมายถึง การรวบรวมพยาน หลักฐานและการดำเนินการทั้ง หลายตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ ซึ่งพนักงานสอบสวนได้ทำไปเกี่ยวกับความผิดที่ กล่าวหา เพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริง หรือพิสูจน์ความผิด และเพื่อจะเอาตัวผู้กระทำผิดมาฟ้อง ลงโทษ⁵⁸ การสอบสวนจึงครอบคลุมเนื้อหา 2 ประการคือ การรวบรวมพยานหลักฐาน และ การใช้มาตรการบังคับ⁵⁹

การเริ่มต้นการสอบสวน พนักงานสอบสวนต้องเริ่มทำการสอบสวนคดีเมื่อทราบ การกระทำผิดจากการร้องทุกข์ การกล่าวโทษหรือจากวิธีอื่นใดก็ได้ คดีอาญาที่ไม่ใช่ความผิด ส่วนตัวนั้นไม่มีกฎหมายบังคับว่าต้องมีผู้เสียหายร้องทุกข์จึงจะมีการสอบสวนได้⁶⁰ และเมื่อ ทราบแล้วต้องเริ่มสอบสวนไม่ชักช้า⁶¹

พยานหลักฐานที่ต้องรวบรวมในชั้นสอบสวนนั้น ให้พนักงานสอบสวนรวบรวม

⁵⁶ สมพร พรหมพิตร, คู่มือเตรียมคดีอาญา กรุงเทพมหานคร, ม.ป.ป. น. 6

⁵⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 1646 - 1647/2515 คดีอาญาแผ่นดิน พนักงานสอบสวน มีอำนาจเริ่มสอบสวนได้เองโดยมิต้องมีคำร้องทุกข์ก่อน

⁵⁸ ปวอ. มาตรา 2 (11)

⁵⁹ คณิต ฒ นนร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536, น. 201

⁶⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 784 / 2483 คดีอาญาไม่ใช่ความผิดต่อส่วนตัวนั้น ไม่มี กฎหมายบังคับว่าต้องมีผู้เสียหายร้องทุกข์จึงจะทำการสอบสวนได้

⁶¹ ปวอ. มาตรา 130

พยานหลักฐานทุกชนิดเท่าที่สามารถจะทำได้ เพื่อประสงค์จะทราบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่าง ๆ อันเกี่ยวกับความผิดที่ถูกกล่าวหา และเพื่อจะรู้ตัวผู้กระทำผิด และพิสูจน์ให้เห็นความผิด⁶² การสอบสวนเป็นการค้นหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำของผู้ต้องหา และข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้ต้องหา ต้องสอบสวนเอาความจริงจากทั้งผู้เสียหายและจากผู้ต้องหา รวมทั้งพยาน

การสอบสวนผู้เสียหายและพยาน พนักงานสอบสวนมีอำนาจตรวจตัวผู้เสียหาย เมื่อผู้เสียหายยินยอม ตรวจสิ่งของหรือสถานที่อันสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานได้ หากพบก็ยึดไว้เป็นหลักฐาน รวมทั้งทำภาพถ่าย แผนที่ ภาพวาด ลายมือ หรือลายเท้า แล้วให้บันทึกลายละเอียดทั้งหลายไว้⁶³ และนอกจากนี้ พนักงานสอบสวนมีอำนาจออกหมายเรียกผู้เสียหายหรือบุคคลใดซึ่งมีเหตุอันควรเชื่อว่าถ้อยคำของเขาอาจเป็นประโยชน์แก่คดี มาตามเวลาและสถานที่ในหมาย แล้วถามปากคำบุคคลนั้นไว้⁶⁴ การให้ถ้อยคำแก่พนักงานสอบสวนจะให้สาบานหรือปฏิญาณตัวก่อนก็ได้ ในการสอบปากคำนั้น กฎหมายห้ามพนักงานสอบสวนตักเตือน พุดให้ท้อใจ หรือใช้กลอุบายอื่น เพื่อป้องกันมิให้บุคคลใดให้ถ้อยคำซึ่งอยากจะให้ด้วยความเต็มใจ⁶⁵

การสอบสวนคดีข่มขืนกระทำชำเรา นั้น พนักงานสอบสวนต้องดำเนินการให้สันนิษฐานความ จะทำครึ่ง ๆ กลาง ๆ ไม่ได้ ต้องสอบสวนถึงการชั้นสูตร (พิสูจน์) บาดแผลที่อวัยวะเพศของหญิง และร่างกายของผู้เสียหายว่ามีการร่วมประเวณีเกิดขึ้นจริงหรือไม่ รวมทั้งเสื้อผ้า หรือวัตถุสิ่งของต่างๆที่เกี่ยวข้อง เช่น สิ่งของของผู้กระทำผิดที่ตกหล่นในที่ที่เกิดเหตุ เช่น เสื้อผ้า อาวุธ หรือขนอวัยวะเพศ และน้ำอสุจิ ฯลฯ และสถานที่ที่เกิดเหตุ เพราะกฎหมายให้รวบรวมไว้ให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ และในคดีข่มขืนกระทำชำเราจะต้องทำการตรวจหาพยานหลักฐานการร่วมเพศเสมอ เนื่องจากการร่วมเพศเป็นองค์ประกอบสำคัญมากส่วนหนึ่งของการกระทำผิด

การสอบสวนคดีข่มขืนกระทำชำเรา พนักงานสอบสวนต้องสอบปากคำผู้เสียหาย และพยานบุคคลที่เกี่ยวข้องให้เห็นเหตุการณ์ และผู้ต้องหา เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิด นอกจากสอบปากคำบุคคลแล้ว ก็ต้องรวบรวมพยานหลักฐานอื่น เช่น วัตถุพยาน หรือพยานเอกสาร ตลอดจนพยานผู้เชี่ยวชาญพิเศษ ให้ได้มากที่สุดที่จะทำได้

⁶² ปวอ. มาตรา 131

⁶³ ปวอ. มาตรา 132

⁶⁴ ปวอ. มาตรา 133 วรรคแรก

⁶⁵ ปวอ. มาตรา 133 วรรค 3

ผู้เสียหายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นพยานบุคคล มีหน้าที่ต้องให้ถ้อยคำแก่พนักงานสอบสวนในชั้นร้องทุกข์และชั้นสอบสวนไว้เป็นหลักฐานให้ได้ข้อเท็จจริงมากที่สุดเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดี ผู้ที่อยู่ใต้อำนาจศาลไทย พนักงานสอบสวน อัยการ หรือศาลมีอำนาจเรียกบุคคลไปให้ปากคำได้⁶⁶ และพยานบุคคลมีหน้าที่ต้องให้การตามความสัตย์จริง⁶⁷

สิทธิของพยานบุคคลในการให้การ มี 3 ประการ คือ⁶⁸

- (1) มีสิทธิที่จะให้การโดยสมบูรณ์ปราศจากการขัดขวางโดยมิชอบ⁶⁹
- (2) พยานบุคคลมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสม และความคุ้มกัน สิทธินี้มีได้กล่าวไว้ในกฎหมายโดยตรง แต่โดยที่ในการอำนวยความสะดวก รัฐต้องได้รับความร่วมมือจากประชาชน ในฐานะพยานบุคคลเป็นมนุษย์ การปฏิบัติต่อมนุษย์ต้องคำนึงถึงเกียรติภูมิแห่งมนุษยชาติด้วย จึงกล่าวได้ว่าสิทธินี้เป็นเหตุผลของเรื่อง
- (3) พยานบุคคลมีสิทธิที่จะได้รับค่าป่วยการ⁷⁰

สิทธิของผู้เสียหายในชั้นสอบสวน ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนนัก อาจเป็นเพราะว่าผู้เสียหายไม่ใช่ผู้กระทำผิดจึงไม่ถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพแต่อย่างใด แต่ก็เป็นที่เข้าใจว่ามีสิทธิตามกฎหมายเหมือนบุคคลธรรมดาทั่วไป แต่สิทธิผู้ต้องหาไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ เช่น สิทธิพบ และปรึกษาทนายความสองต่อสอง ได้รับการเยี่ยมตามสมควร และได้รับการรักษาพยาบาลโดยเร็วกรณีเจ็บป่วย⁷¹ และห้ามมิให้พนักงานสอบสวนทำ หรือจัดให้ทำการใดๆ ซึ่งเป็นการล่อลวง ชูเชิญ หรือสัญญากับผู้ต้องหาเพื่อจูงใจให้เขาให้การอย่างไรในเรื่องที่ตองหา⁷² บทบัญญัตินี้เป็นบทบัญญัติที่สืบเนื่องมาจากสิทธิพื้นฐานตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ จึงให้ได้ทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรม ทั้งชั้นสอบสวนและชั้นศาล

สิทธิต่างๆที่ผู้ต้องหา มี ตามที่กฎหมายในชั้นสอบสวนบัญญัติไว้ ผู้เสียหายก็ควรมีสสิทธิเช่นเดียวกันด้วย เพราะแม้แต่ผู้ต้องหาว่ากระทำผิดยังมีสิทธิถึงเพียงนี้ ผู้เสียหายซึ่งได้รับเคราะห์กรรมเดือดร้อนจากการกระทำผิด และเป็นผู้บริสุทธิ์ ก็ควรมีสสิทธิมากกว่า หรืออย่างน้อยก็มีสิทธิเท่ากันกับผู้ต้องหาด้วยหลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมายเดียวกัน

⁶⁶ ดู ปอ. มาตรา 168, 169

⁶⁷ ดู ปอ. มาตรา 169, 171, 172, 173, 174 และ 177

⁶⁸ คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพมหานคร-นคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536, น. 91

⁶⁹ ดู ปวอ. มาตรา 133

⁷⁰ ดู ปวอ. มาตรา 256, 257

⁷¹ ปวอ. มาตรา 7 ทวิ

⁷² ปวอ. มาตรา 135

(Equal under the Law) แต่การที่กฎหมายไม่บัญญัติไว้ชัดเจนทำให้เกิดปัญหาขึ้นได้เนื่องจากไม่มีแนวปฏิบัติ ทำให้เจ้าหน้าที่ไม่เข้าใจวิธีปฏิบัติ และมักจะปฏิบัติตามวิธีการของตนเอง ทำให้มีความหลากหลายในการปฏิบัติ และเปิดโอกาสให้เกิดการเลือกปฏิบัติได้ และส่งผลกระทบต่อทัศนคติของผู้เสียหาย ต่อพนักงานสอบสวนได้ นอกจากนี้ผู้เสียหายเองก็ไม่รู้สิทธิหน้าที่ของตน ไม่รู้ว่าจะปฏิบัติอย่างไรจึงจะถูกต่อง เนื่องจากในปัจจุบันไม่มีกฎหมายกำหนดให้พนักงานสอบสวนแจ้งสิทธิใดๆให้ผู้เสียหายทราบ และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยที่ให้เป็นหลักในการพิจารณาก็ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้อย่างชัดเจน

การสอบสวนผู้เสียหายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา พนักงานสอบสวนควรปฏิบัติต่อผู้เสียหายอย่างสุภาพ และเข้าใจถึงสภาพจิตใจของผู้เสียหายด้วย ควรจะระมัดระวังในเรื่องคำพูด คำถาม ไม่ให้กระทบกระเทือนใจผู้เสียหาย เนื่องจากผู้เสียหายนอกจากจะได้รับบาดเจ็บทางร่างกายแล้ว ผู้เสียหายยังมีอาการบาดเจ็บทางจิตใจด้วย (Rape trauma Syndrome) พยายามอย่าให้ผู้เสียหายรู้สึกอึดอัดใจ หรือเกิดความอายในการให้ถ้อยคำ เพื่อจะให้ผู้เสียหายมีความอบอุ่นใจ และเชื่อมั่นในตนเองมากขึ้น การสอบสวนก็จะได้ข้อเท็จจริงและพหุติการณ์เกี่ยวกับคดีได้มาก

แต่ในการสอบสวนผู้เสียหายความผิดฐานข่มขืนในปัจจุบันนี้ มีข้อขัดข้องในทางปฏิบัติหลายประการ

ปัญหาและอุปสรรคในการสอบสวนคดีข่มขืนกระทำชำเรา

(ก) ปัญหาในการรวบรวมพยานหลักฐาน

(1) ประชาชน พยานบุคคล รวมทั้งผู้เสียหายด้วย มีทัศนคติไม่ดีต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจ เนื่องจากตำรวจจำนวนไม่น้อยประพฤติปฏิบัติตนในทางก้าวร้าว ข่มขู่ หรือรังแกประชาชน ทำให้ประชาชนเกิดความเกลียดชัง เมื่อมีกรณีจำเป็นที่ตำรวจต้องขอความช่วยเหลือ ประชาชนจึงไม่ยอมให้ความร่วมมือ รวมทั้งไม่อยากจะพยาน และร้องทุกข์ หรือกล่าวโทษเกี่ยวกับความผิดกับตำรวจ⁷³ บางทีก็ใช้คำพูดที่กระทบกระเทือนจิตใจผู้เสียหาย เช่น “ คุณไปกับเขาเองมิใช่หรือ ” “ ถูกข่มขืนจริงทำไมไม่มีบาดแผล ” “ อยากได้เงินละซิ ” “ ก็สวยอย่างนี้เป็นผมก็อาจจะข่มขืนเหมือนกัน ” “ ถ้าถูกข่มขืนจริงทำไมเพิ่งมาแจ้งความ ”⁷⁴

⁷³ ปุรชัย เปี่ยมสมบูรณ์ และ คณะ, อาชญากรรมพื้นฐานกับกระบวนการยุติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพมหานคร : โครงการส่งเสริมเอกสารวิชาการ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2531 น. 86

⁷⁴ ศูนย์พิทักษ์สตรี และมูลนิธิเพื่อนหญิง, เอกสารข้อมูลการรวบรวมประสบการณ์การให้ความช่วยเหลือแก่สตรีและเด็กที่ประสบปัญหาถูกล่วงเกินทางเพศ, มิถุนายน 2536,

พนักงานสอบสวนไม่ให้ความสะดวก และให้เกิดการสอบปากคำผู้เสียหายและพยานเท่าที่ควร ปล่อยให้รอที่สถานีตำรวจเป็นเวลานานเกินไป หรือนัดมาแล้วก็ไม่สอบปากคำ นัดมาวันใหม่อีก ทำให้เสียเวลาและค่าใช้จ่าย

ความรู้สึกไม่ปลอดภัยของผู้เสียหายและพยาน ในการให้ความร่วมมือแก่ตำรวจ กลัวผู้กระทำผิดทำร้ายตนและบุคคลในครอบครัว ซึ่งพนักงานสอบสวนก็ไม่สามารถให้ความคุ้มครองได้ตลอดเวลา

(2) พนักงานสอบสวนมีจำนวนน้อย และมีหน้าที่หลายอย่าง คือ รับคำร้องทุกข์ ออกสืบสวน จับกุม และสอบสวนแต่เพียงผู้เดียวในระหว่างเข้าเวรสอบสวน ทำให้พนักงานสอบสวนเกิดความสับสนวุ่นวายมากเกินไป ประสิทธิภาพของพนักงานสอบสวนจึงลดลง และพนักงานสอบสวนเกือบทั้งหมดในปัจจุบันเป็นผู้ชาย ไม่มีพนักงานสอบสวนเป็นสตรี ผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนและพยาน รู้สึกอับอาย ไม่กล้าตอบคำถามในบางเรื่องอย่างละเอียด ทำให้ได้ข้อเท็จจริงไม่ดีเท่าที่ควร รัฐจึงควรเปิดรับผู้หญิงเข้ามาเป็นพนักงานสอบสวนเพื่อทำการสอบสวนคดีอาญาให้มากขึ้นกว่าปัจจุบัน

(3) ไม่มีงบประมาณในการจัดการเรื่องสอบสวนอย่างเพียงพอ ทำให้ขาดแคลนอุปกรณ์เครื่องใช้ เช่น ไม่มีงบประมาณในการจัดทำห้องสอบสวนโดยเฉพาะ และไม่มีค่าใช้จ่ายต่าง ๆ อันจำเป็นในการสอบสวนรวบรวมพยานหลักฐานในที่ต่าง ๆ รวมทั้งค่ายานพาหนะของพยานในการไปศาล

(4) ขาดเทคโนโลยีสมัยใหม่ ทำให้ไม่สามารถรวบรวมพยานหลักฐานจากการพิสูจน์ทางนิติเวชวิทยาได้อย่างรวดเร็ว เมื่อการรวบรวมพยานหลักฐานล่าช้า การสรุปสำนวนก็ล่าช้าไปด้วย การรวบรวมพยานหลักฐานคดีข่มขืนกระทำชำเรามีความยุ่งยากในขั้นตอนและวิธีการมาก ความเห็นของแพทย์บางทีก็ไม่มี ความชัดเจนพอที่จะบอกได้ว่า มีการข่มขืนโดยผู้กระทำผิดจริงหรือไม่

(ข) ปัญหาเกี่ยวกับประสิทธิภาพของการสอบสวน

(1) ลักษณะโครงสร้างของกรมตำรวจ ในปัจจุบันกรมตำรวจเป็นกรมที่ใหญ่มาก และมีโครงสร้างที่เตอะทะ มีสายการบังคับบัญชาที่ซับซ้อน ทำให้การบริหารไม่มีความคล่องตัว⁷⁵ ขาดพนักงานสอบสวนที่มีความชำนาญไปเนื่องจากการย้ายของพนักงานสอบสวน อาจจะย้ายเพื่อรับตำแหน่งอื่น หรือเพื่อไปรับยศ ตำแหน่งสูงขึ้น ลักษณะงานก็เปลี่ยนไป ลักษณะงานก็เป็นไปตามตำแหน่งใหม่ที่ได้รับมอบหมาย แม้จะเป็นพนักงานสอบสวนที่มีความรู้ความ

สามารถและชำนาญก็ไม่ได้ทำหน้าที่เป็นพนักงานสอบสวนต่อไป ⁷⁶

(2) พนักงานสอบสวนที่ทำหน้าที่บริการประชาชนโดยตรงมีน้อยไม่เพียงพอ ประมาณ 60 % เท่านั้น นอกนั้นก็ทำงานที่ไม่เกี่ยวกับการบริการประชาชนโดยตรง ส่วนมากก็ไปรวมกันอยู่ในหน่วยงานในส่วนกลาง ทำให้สถานีตำรวจภูธร และนครบาล ขาดอัตรากำลังในการบริการประชาชน ⁷⁷

(3) คุณภาพของพนักงานสอบสวน พนักงานสอบสวนที่ทำหน้าที่สอบสวนคดีอาญาจริงเป็นข้าราชการตำรวจระดับต่ำ ขาดประสบการณ์ เนื่องจากมีการย้ายบ่อย และพนักงานสอบสวนอาวุโสที่มีประสบการณ์มาก กลับไปทำหน้าที่อื่นๆ ⁷⁸ พนักงานสอบสวนคดีอาญาจึงมักจะเป็นผู้ที่ทำหน้าที่สอบสวนใหม่ๆ ยังไม่มีความชำนาญเพียงพอ ต้องฝึกหัดอีกหลายปี พอมีความชำนาญขึ้นมาบ้างก็ถึงเวลาโยกย้ายพอดี

(4) พนักงานสอบสวนมีภาระความรับผิดชอบมากมายในแต่ละวัน ต้องมีการเข้าเวรยามกันตลอด 24 ชั่วโมง ทำให้ไม่มีเวลาเพียงพอสำหรับรวบรวมพยานหลักฐานได้อย่างสมบูรณ์ ซึ่งมีผลต่อคดีมาก

(ค) ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับผู้เสียหาย

(1) บุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับผู้เสียหายในชั้นสอบสวนคดีข่มขืนกระทำชำเรา มีหลายอาชีพ ซึ่งแต่ละอาชีพต้องมีความเข้าใจผู้เสียหายและให้ความร่วมมือในการช่วยเหลือผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนด้วย บุคคลดังกล่าว ได้แก่

ครอบครัว ในกรณีเป็นการข่มขืนกระทำชำเราโดยบุคคลในครอบครัว (incest) ผู้กระทำผิดเป็น พ่อ พ่อเลี้ยง อา น้า ลุง ปู่ ตา หรือญาติกัน ครอบครัวจะไม่ดำเนินการตามกฎหมาย ถือว่าเป็นเรื่องในครอบครัว หากผู้เสียหายยืนยันจะดำเนินคดี ก็จะถูกต่อต้าน หว่านแหรคุณ ไม่มีความกตัญญู ยิ่งถ้าผู้เสียหายยังเป็นผู้เยาว์อยู่ การดำเนินคดีไม่มีทางที่จะเกิดขึ้นได้ง่ายๆ และในบางกรณีก็มีความขัดแย้งกัน คือผู้เสียหายต้องการดำเนินคดีเพื่อเอาผู้กระทำผิดมาลงโทษ แต่ครอบครัว บิดา มารดา ต้องการเงินค่าเสียหายที่ผู้กระทำผิดเสนอให้

โรงเรียน หรือสถาบันการศึกษา ในกรณีที่ผู้เสียหายยังเป็นผู้เยาว์ หรือยังศึกษาอยู่ บุคคลที่เป็นผู้บริหารสถาบันนั้นมักจะเข้ามาไกล่เกลี่ยให้เรื่องเงียบ ยุติไป เนื่องจากเกรงว่าจะ

⁷⁶ กลุ่มเพื่อนหญิง สรุปผลการประชุมเชิงปฏิบัติการ เรื่องการคุ้มครองและฟื้นฟูผู้ถูกละเมิดสิทธิ ทางเพศ. วันที่ 25 สิงหาคม 2536, ณ ห้องประชุมใหญ่ กองบัญชาการตำรวจนครบาล จัดโดยกลุ่มเพื่อนหญิง น. 2

⁷⁷ อ้างแล้ว ดู 53 น. 89

⁷⁸ เรื่องเดียวกัน น. 90

เสียงชื่อเสียงของสถาบันของตน

ตำรวจหรือพนักงานสอบสวน มีภาระกิจมาก บางทีให้ผู้เสียหายรออยู่เป็นวัน และการสอบสวนของตำรวจก็มีท่าทีไปในทางไม่คำนึงถึงจิตใจของผู้เสียหาย เช่น สอบสวนไปในทางจับผิด การสอบสวนผู้เสียหายหรือพยานในที่มีคนพลุกพล่าน ต่อหน้าบุคคลมากมาย ทำให้ผู้เสียหายรู้สึกอาย ไม่กล้าให้ปากคำต่อพนักงานสอบสวนได้อย่างเต็มที่ และวิธีการสอบปากคำของผู้เสียหายก็กระทำเหมือนกับคดีอาญาโดยทั่วไป โดยไม่คำนึงถึงว่าผู้เสียหายเป็นเด็ก รู้สึกกลัวตำรวจ ไม่กล้าพูดความจริง หรือบางทีก็ไม่เข้าใจ ไม่รู้ในสิ่งที่ตำรวจถาม แต่ตำรวจก็ใช้วิธีการสอบสวนเหมือนกับผู้ใหญ่ ประกอบกับพนักงานสอบสวนบางคนไม่มีประสบการณ์ในการทำคดี ทำให้การสอบสวนตกหล่นในประเด็นสำคัญไป

สื่อมวลชน ขึ้นไปหาข่าวบนสถานีตำรวจในระหว่างการสอบสวน เพื่อหาข่าวอาชญากรรม คอยดักเอาข่าวที่มีผู้คนไปแจ้งความกับตำรวจ เมื่อได้ข่าวจากผู้เสียหายที่สถานีตำรวจแล้ว ก็จะเอาข่าวข้อเท็จจริงที่ได้ไปลงหนังสือพิมพ์อย่างละเอียด บางทีก็ลงทั้งรูปถ่าย ชื่อจริง ชื่อบิดามารดา ที่อยู่อาศัย การกระทำของสื่อมวลชนเป็นปฏิปักษ์ต่อสิทธิส่วนตัวของผู้เสียหาย ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายห้ามการทำข่าวในลักษณะนี้ พนักงานสอบสวนจึงไม่ควรจะเปิดเผยเรื่องที่กำลังสอบสวนอยู่ไปให้สื่อมวลชนทำข่าวเกี่ยวกับผู้เสียหายที่ถูกข่มขืน

แพทย์ คดีข่มขืนทุกคดี แพทย์จะเข้ามาเกี่ยวข้อง เนื่องจากเป็นอาชีพที่มีความรู้ความชำนาญในเรื่องการตรวจรักษาคนที่ได้รับบาดเจ็บ หรือไม่สบาย ว่าอาการดังกล่าวเกิดจากสาเหตุอะไร คดีข่มขืน เมื่อตำรวจรับแจ้งความแล้ว ผู้เสียหายก็จะถูกส่งไปตรวจร่างกาย เสื้อผ้า และตรวจวินิจฉัยว่า มีการร่วมประเวณีหรือไม่ โดยจะตรวจดูอวัยวะเพศว่ามีร่องรอยการร่วมประเวณีอยู่หรือไม่ พยายามรวบรวมหลักฐานต่างๆไว้ให้ได้มากที่สุด เช่น น้ำอสุจิ และขนอวัยวะเพศ เป็นต้น

ในกรณีที่ผู้เสียหายมีอาการทางจิตใจ อารมณ์ และไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ ก็ควรจะให้จิตแพทย์ นักจิตวิทยา และนักสังคมสงเคราะห์ ตรวจ และให้คำแนะนำช่วยเหลือผู้เสียหายเพื่อให้มีความพร้อมในการที่จะให้ถ้อยคำแก่พนักงานสอบสวน แต่ในการปฏิบัติจริงมีการตรวจแต่เพียงด้านร่างกายเท่านั้น

ในชั้นสอบสวนรวบรวมพยานหลักฐาน ผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราควรได้รับการคุ้มครองในเรื่องต่อไปนี้

ชื่อเสียงและเกียรติยศของผู้เสียหายควรได้รับการคุ้มครองไม่ให้เกิดความเสียหายเกิดความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญใจ และสิทธิส่วนบุคคล (Privacy right) ของผู้เสียหายไม่ควรถูกสื่อมวลชนคุกคาม โดยฝ่าฝืนความประสงค์ของผู้เสียหาย ดังนั้นเรื่องเกี่ยวกับการข่มขืนถือว่าเป็นเรื่องส่วนตัว จึงไม่ควรให้สื่อมวลชนเข้ามาเกี่ยวข้อง เว้นแต่ในกรณีที่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ของสาธารณะ หรือของรัฐ ไม่ควรปล่อยให้สิทธิที่จะรับรู้ข่าวสาร (right to know) ในเรื่องส่วนตัวอย่างนี้ไปกระทบ หรือมีอิทธิพลเหนือสิทธิส่วนตัว

(privacy right) ยิ่งในกรณีที่เป็นความผิดอันยอมความได้แล้ว ยิ่งควรมีวิธีการห้ามสื่อมวลชนเข้าไปเกี่ยวข้อง แต่ปัจจุบันไม่มีบทบัญญัติห้ามสื่อมวลชนเข้าไปทำข่าวพร้อมถ่ายภาพผู้เสียหาย

การบาดเจ็บทั้งทางร่างกายและทางจิตใจควรได้รับการคุ้มครอง อากาศเจ็บป่วยทางร่างกายควรได้รับการรักษาโดยไม่คิดเงินจากแพทย์ ไม่ว่าจะแพทย์จากหน่วยงานของรัฐหรือแพทย์จากหน่วยงานเอกชน โดยรัฐเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายเบื้องต้นอันเป็นเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทุกรูปแบบ เป็นสวัสดิการให้แก่ผู้เสียหาย และกรณีมีอาการเจ็บป่วยทางจิตใจ ผู้เสียหายก็ควรจะได้ได้รับการรักษาจากจิตแพทย์ หรือนักสังคมสงเคราะห์ และองค์การอาสาสมัคร หรือมูลนิธิต่างๆ ที่อุทิศตนให้ความช่วยเหลือผู้เสียหาย

ความเสียหายต่อสุขภาพอนามัย รัฐควรถือว่าเป็นเรื่องสำคัญโดยให้การคุ้มครองให้ความช่วยเหลือประชาชนในรัฐของตนที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดอาญา ให้ค่าใช้จ่ายในการตรวจรักษาในเบื้องต้น ควรจะมีการให้ความอนุเคราะห์แก่เหยื่ออาชญากรรมให้เป็นรูปธรรม มีหน่วยงานของรัฐเป็นผู้รับผิดชอบ โดยถือเป็นรัฐสวัสดิการอย่างหนึ่งสำหรับเหยื่อ อาชญากรรม

3.2.3 การสั่งฟ้อง

การฟ้องคดีอาญา เป็นขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่รับช่วงมาจากการสอบสวน ซึ่งกระทำโดยพนักงานตำรวจ แต่การฟ้องคดีอาญาเป็นขั้นตอนที่อยู่ในอำนาจของพนักงานอัยการ⁷⁹ พนักงานตำรวจมีอำนาจหน้าที่เป็นเพียงพนักงานสอบสวนทำการสอบสวนคดีอาญาเพื่อการฟ้องคดีของพนักงานอัยการ อำนาจการฟ้องคดีอาญาของพนักงานอัยการถูก จำกัดโดยมีเงื่อนไขว่า ห้ามพนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีใดต่อศาลโดยมิได้มีการสอบสวนในความผิดนั้นก่อน⁸⁰

การสอบสวนและการฟ้องคดีอาญาของไทย จึงแยกออกจากกันเป็นคนละขั้นตอนทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติต่อผลการดำเนินคดีในการสั่งฟ้อง และการพิจารณาในชั้นศาลด้วย

ปัญหาที่มีผลต่อการสั่งฟ้องคดีข่มขืนที่เกิดขึ้นในระหว่างคดีอยู่ในอำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบของพนักงานอัยการมีหลายประการ

ก. ปัญหาอันเนื่องมาจากการสอบสวนคดีอาญา

ในทางปฏิบัติการสอบสวนคดีอาญา พนักงานสอบสวนคือพนักงานตำรวจจะทำ

⁷⁹ ปวอ. มาตรา 28 (1)

⁸⁰ ปวอ. มาตรา 120

การสอบสวนฝ่ายเดียว พนักงานอัยการไม่อาจเข้าไปร่วมทำการสอบสวนร่วมกับตำรวจได้ เมื่อทำการสอบสวนเสร็จแล้ว ก็จะสรุปสำนวนและความเห็นส่งมาให้พนักงานอัยการตรวจสอบสำนวนการสอบสวนว่ามีความสมบูรณ์เพียงใด มีพยานเพียงพอที่จะสั่งฟ้องหรือไม่ พร้อมทั้งส่งตัวผู้ต้องหาให้พนักงานอัยการด้วย

การสอบสวนและการฟ้องผู้ต้องหา ต้องกระทำในเวลาตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในเรื่องการควบคุมตัวผู้ต้องหาไว้ดำเนินคดี กฎหมายห้ามมิให้มีการควบคุมผู้ถูกจับไว้เกินจำเป็นตามพฤติการณ์แห่งคดี คดีข้ามขึ้นกระทำซ้ำเรา มีอัตราโทษอย่างสูงตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไป ศาลมีอำนาจขังหลายครั้งติดต่อกันได้ แต่ครั้งหนึ่งต้องไม่เกิน 12 วัน และรวมกันไม่เกิน 84 วัน⁸¹ ถ้าควบคุมไว้ครบ 84 วันแล้วยังไม่มีการฟ้องคดีก็ต้องปล่อยจำเลยไปจะควบคุมจำเลยต่อไปอีกไม่ได้

ในการสอบสวน พนักงานสอบสวนจะทำการสอบสวนไปฝ่ายเดียวจนเกือบจะครบระยะเวลาควบคุมตัว สำนวนการสอบสวนอยู่ในความรับผิดชอบของพนักงานตำรวจแล้ว จึงส่งสำนวนการสอบสวนมาให้พนักงานอัยการ เช่น พนักงานสอบสวนส่งสำนวนการสอบสวนเมื่อเหลืออีกประมาณ 1-2 สัปดาห์จึงจะครบระยะเวลา 84 วัน พนักงานอัยการรับสำนวนการสอบสวนมาแล้ว ปรากฏว่า การรวบรวมพยานหลักฐานในบางจุดยังไม่เพียงพอ จะย้อนสำนวนคืนไปให้พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนเพิ่มเติมก็ไม่ทัน จึงจำเป็นต้องทำการฟ้องไปก่อน เพื่อให้ทันเวลาการควบคุมตัวผู้ต้องหา ซึ่งการฟ้องคดีลักษณะอย่างนี้ เป็นเหตุให้ศาลยกฟ้องได้

ในกรณีที่พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนยังไม่ครบทุกประเด็นหรือขาดพยานหลักฐานใด พนักงานอัยการควรจะย้อนสำนวนการสอบสวนกลับคืนไปให้พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนจนครบทุกประเด็น ให้ได้พยานหลักฐานที่สมบูรณ์ที่สุด จึงดำเนินการยื่นฟ้องคดี หากครบระยะเวลาควบคุมตัวผู้ต้องหาแล้ว ก็ให้ปล่อยตัวผู้ต้องหาไปก่อนก็ได้ เมื่อได้พยานหลักฐานดีแล้วจึงขอหมายจับกุมเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาฟ้องยังศาลต่อไป

ปัญหาดังกล่าวนี้เกิดจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยได้แบ่งแยกอำนาจหน้าที่ในการสอบสวนกับการฟ้องคดีออกจากกันโดยเด็ดขาด การรับคำร้องทุกข์ การกล่าวโทษ การสืบสวนสอบสวน การจับกุม การควบคุมตัวผู้ต้องหา การขออำนาจศาลขังผู้ต้องหาไว้ในระหว่างการสอบสวน และการรวบรวมพยานหลักฐาน อยู่ในอำนาจหน้าที่ของพนักงานสอบสวนแต่ผู้เดียวโดยตลอด จนเสร็จสิ้นการสอบสวน พนักงานอัยการไม่ได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการสอบสวนเลย ทำให้พนักงานอัยการไม่ทราบข้อเท็จจริง หรือรายละเอียดเพียงพอเท่าที่ควร จึงทำให้การสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องผิดพลาดไป และทำให้ผู้เสียหายไม่

⁸¹ ดู ปวอ. มาตรา 87

ได้รับความเป็นธรรม

แม้พนักงานอัยการจะมีอำนาจสั่งให้มีการสอบสวนเพิ่มเติมได้ เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานเพียงพอ⁸² และทำให้การสั่งคดีถูกต้องยิ่งขึ้น แต่ก็จะต้องสั่งผ่านพนักงานสอบสวน หากพนักงานสอบสวนไม่ทำการสอบสวนเพิ่มเติม พนักงานอัยการก็ไม่สามารถทำการสอบสวนเองได้ จำเป็นต้องพิจารณาสั่งคดีตามพยานหลักฐานที่พนักงานสอบสวนรวบรวมส่งมาให้

ข. ปัญหาที่เกิดจากการปฏิบัติงานของพนักงานอัยการ

(1) การเตรียมคดีของพนักงานอัยการ พนักงานอัยการมีฐานะเป็นโจทก์ในคดีอาญา ก่อนยื่นฟ้องคดีต่อศาลพนักงานอัยการจะติดต่อกับผู้เสียหายได้โดยตรง ผ่านทางพนักงานสอบสวนในกรณีที่ต้องการสอบถามรายละเอียดข้อเท็จจริงก่อนยื่นฟ้อง แต่พนักงานอัยการมีจำนวนน้อย พนักงานอัยการแต่ละคนก็มีหน้าที่รับผิดชอบคดีคนละหลายคดี ทำให้มีเวลาพบกับพยานผู้เสียหายน้อยและเป็นวันที่กระชั้นชิดกับวันที่ต้องขึ้นศาล ทำให้ผู้เสียหายเกิดความวิตกกังวลในการที่จะไปเบิกความที่ศาล เมื่อผู้เสียหายถามถึงขั้นตอนต่างๆในการดำเนินคดีก็มักจะไม่ได้รับคำตอบ

สภาพห้องพักและห้องทำงานของพนักงานอัยการส่วนมากยังเป็นห้องรวม มีผู้เสียหายในคดีอื่นอยู่ในห้องนั้นด้วยและสามารถได้ยินการซักถามผู้เสียหายที่ถูกข่มขืน ผู้เสียหายตกเป็นเป้าสายตาของบุคคลที่อยู่ในห้องนั้น ทำให้ผู้เสียหายไม่กล้าตอบคำถามของพนักงานอัยการได้อย่างเต็มที่

(2) พนักงานอัยการส่วนใหญ่เป็นผู้ชาย ในปัจจุบันมีพนักงานอัยการหญิงบ้างแล้วแต่ยังไม่มาก คดีข่มขืนกระทำชำเราส่วนมากอยู่ในความรับผิดชอบของพนักงานอัยการชาย ในการซักถามผู้เสียหายก็จะทำการซักถามโดยละเอียด เมื่อผู้เสียหายไม่กล้าตอบก็มักจะไม่เชื่อและพูดหยิ่งเชิงดู เช่น “ไม่ได้ถูกข่มขืนละมัง” “โกหกมัง” หรือ “ยอมเขาหรือเปล่า” คำถามเช่นนี้มีผลกระทบต่อความรู้สึกและจิตใจผู้เสียหายเป็นอย่างมาก ทำให้ผู้เสียหายสูญเสียกำลังใจและความเชื่อมั่นในการดำเนินคดีต่อไป

(3) นโยบายประนีประนอมยอมความ ในชั้นของพนักงานอัยการมีนโยบายต่อคดีความผิดเกี่ยวกับเพศไปในทางให้มีการยอมความกันเพื่อให้คดีเสร็จสิ้นไปโดยเร็ว คดีข่มขืนกระทำชำเราบางกรณีถือเป็นความผิดต่อส่วนตัว กฎหมายเปิดช่องให้มีการยอมความได้ พนักงานอัยการก็จะเป็นผู้ไกล่เกลี่ยให้ผู้เสียหายยอมรับค่าเสียหายไปเพื่อระงับคดีเสีย ตามบทบาทและหน้าที่ของพนักงานอัยการแล้ว พนักงานอัยการคือนายแผ่นดิน มีหน้าที่พิสูจน์ความผิด

ของจำเลยและให้ความยุติธรรมแก่ทุกฝ่าย แต่ในบางครั้งก็แสดงบทไกล่เกลี่ยให้ผู้เสียหายยอมความเสีย ทำให้ผู้เสียหายเกิดความสับสนว่าพนักงานอัยการอยู่ฝ่ายผู้เสียหายหรือฝ่ายผู้ต้องหา

(4) การปฏิบัติต่อผู้เสียหายของพนักงานอัยการ ในทางปฏิบัติ พนักงานอัยการซึ่งทำหน้าที่เป็นโจทก์จะปฏิบัติต่อผู้เสียหายคดีข่มขืนเหมือนกับคดีอาญาทั่วไป แม้ว่าผู้เสียหายจะเป็นเด็กก็ตามซึ่งเวลาเป็นสิ่งจำเป็นมาก เนื่องจากเด็กมีความสามารถในการรับรู้และเข้าใจในสิ่งต่างๆไม่เท่าเทียมกับผู้ใหญ่ มีความยุ่งยากในการรื้อฟื้นความจำ พนักงานอัยการผู้ที่จะซักถามต้องมีความเข้าใจเด็ก ให้เวลากับผู้เสียหายที่เป็นเด็กเพื่อสร้างความสัมพันธ์กับเด็กให้เกิดความคุ้นเคย การเร่งเด็กจะทำให้เกิดผลเสียต่อคดีได้⁸³ เพราะในบางคดีก็ว่าจะฟ้องได้ต้องใช้เวลาอย่างมาก ทำให้ผู้เสียหายที่เป็นเด็กหลงลืม จำเหตุการณ์ไม่ได้ ควรให้เวลาเพื่อช่วยให้เด็กรื้อฟื้นความจำของคนเพื่อประโยชน์ในการเบิกความในศาล

3.2.4 ปัญหาและอุปสรรคในชั้นศาล

หลักการพิจารณาของศาลที่ใช้อยู่ในปัจจุบันไม่เอื้ออำนวยต่อผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเราในการใช้สิทธิตามกฎหมายหลายประการ

ก. หลักการพิจารณาโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย

หลักกฎหมายนี้มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 172 วรรคหนึ่งว่า "การพิจารณาและการสืบพยานในศาล ให้ทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น"

หลักการพิจารณานี้เป็นหลักการพิจารณาคดีอาญาทั่วไป เพื่อคุ้มครองจำเลยเป็นหลักที่ต้องถือปฏิบัติโดยเคร่งครัด หากไม่มีจำเลยอยู่ต่อหน้าศาลขณะทำการพิจารณาและสืบพยานแล้ว ศาลจะทำการพิจารณาต่อไปไม่ได้ เช่น จำเลยหลบหนีไปในระหว่างการพิจารณาของศาลชั้นต้น ศาลก็สืบพยานไม่ได้ต้องงดการพิจารณาและจำหน่ายคดีไปจนกว่าจะได้ตัวจำเลยมา⁸⁴ ในคดีอาญามีหลักอยู่ว่า จะต้องมีการพิจารณาและจำหน่ายคดีไปจนกว่าจะพิจารณาได้ไม่ว่าเวลาใด ถ้าปรากฏว่าจำเลยไม่อยู่ในอำนาจศาลในระหว่างการพิจารณาแม้ในชั้นอุทธรณ์ หรือฎีกา ศาลก็ต้องจำหน่ายคดี⁸⁵

⁸³ ศุภพิทักษ์สิทธิตรี และมูลนิธิเพื่อนหญิง เอกสารข้อมูลการรวบรวมประสบการณ์การให้ความช่วยเหลือแก่สตรี และเด็กที่ประสบปัญหาถูกล่วงเกินทางเพศ, มิถุนายน 2536, น. 68

⁸⁴ กุศล บุญยืน . คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับแก้ไข · ปวอ.), พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพฯ : นิติบรรณาการ, 2536, น. 198

⁸⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 1249 - 1250/2492 ในคดีอาญา จะต้องมีการพิจารณาใน

หลักการพิจารณาโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลยนี้เป็นหลักที่ศาลไทยถือปฏิบัติในการพิจารณาคดีอาญาทั่วไป เช่นคดีเกี่ยวกับทรัพย์ คดีเกี่ยวกับการค้า คดีเกี่ยวกับชีวิตร่างกาย รวมทั้งคดีข่มขืนกระทำชำเราด้วย บุคคลอื่นหรือประชาชนทั่วไปที่สนใจแม้ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องก็สามารถเข้าไปนั่งฟังการพิจารณาได้ ทำให้ผู้เสียหายรู้สึกอึดอัดใจในการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล ซึ่งการพิจารณาลักษณะนี้มีผลกระทบต่อสภาพจิตใจของผู้เสียหายเป็นอย่างมาก เนื่องจากเหตุผลดังต่อไปนี้

(1) ความอาย ความอายเป็นความรู้สึกอย่างหนึ่งที่มีอยู่ในมวลมนุษยไม่ว่าเป็นหญิงหรือชาย ส่วนใครจะมีมากหรือน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับขนบธรรมเนียม ประเพณีและค่านิยมที่มีอยู่ในสังคมนั้นๆ สำหรับสังคมไทยเรื่องราวการร่วมประเวณีระหว่างชายหญิงถือเป็นเรื่องลับ ไม่นิยมนำมาเปิดเผยให้ผู้อื่นทราบเพราะถือว่าเป็นเรื่องที่น่าอาย และอาจถูกมองว่าเป็นคนไม่ดีได้ การที่หญิงถูกข่มขืนกระทำชำเราเป็นเรื่องของการร่วมประเวณีที่เกิดขึ้นโดยผิดปกติในเรื่องของการมีเพศสัมพันธ์ เป็นการกระทำที่ถูกตำหนิได้ และมีผลกระทบต่อค่านิยมของสังคมไทย ผู้เสียหายจึงไม่ยอมให้เรื่องราวอย่างนี้ถูกเปิดเผยเป็นที่ทราบโดยทั่วไป การเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลจะต้องถูกซักถามถึงเรื่องราวที่เกิดขึ้นโดยละเอียด ต่อหน้าคนอื่นๆ หลายคนที่มีอยู่ในห้องพิจารณา เช่น พนักงานตำรวจ พนักงานอัยการ แพทย์ นักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ ทนายความฝ่ายโจทก์และฝ่ายจำเลย ผู้พิพากษา พยานที่มาเบิกความ และประชาชนที่สนใจ ผู้เสียหายต้องตอบคำถามต่างๆ ที่เกี่ยวข้องซ้ำแล้วซ้ำเล่า เป็นการตอกย้ำความทรงจำที่น่าเกลียดน่ากลัวนั้นอีกและทำให้เกิดความรู้สึกอับอายเพิ่มมากขึ้นจนไม่อยากจะดำเนินคดีต่อไป

(2) ผู้เสียหายเกิดความรู้สึกกลัวหลายประการคือ

- กลัวเสียชื่อเสียงของตนเอง และกลัวว่าเรื่องราวที่เกิดขึ้นจะนำความเสื่อมเสียมาสู่วงศ์ตระกูลและครอบครัว
- กลัวครอบครัว พ่อแม่ ญาติพี่น้อง ไม่ยอมรับไม่รักเหมือนเดิม หรือให้ไปอยู่ที่อื่น ยิ่งถ้าเป็นการข่มขืนในครอบครัวหรือเครือญาติ (incest) ผู้เสียหายยังมีความกลัวไม่กล้าจะดำเนินคดี
- กลัวการตกเป็นข่าวทางสื่อมวลชน ไม่ยอมให้เรื่องราวที่เกิดขึ้นกับตนถูกเปิดเผยให้เป็นที่ทราบกันแพร่หลายทั่วไป
- กลัวถูกคนรักทอดทิ้ง เนื่องจากชายไทยไม่นิยมหรือตั้งข้อรังเกียจไม่ยอมจะทำการสมรสกับผู้หญิงที่ถูกข่มขืนซึ่งมีเรื่องเป็นข่าวในทางไม่ดีมาแล้ว และญาติพี่น้องฝ่ายชายชอบผู้หญิงสาวที่ยังบริสุทธิ์ ไม่มีเรื่องมัวหมองทางเพศมาก่อน
- กลัวเพื่อนฝูงหรือคนรอบข้างใกล้ชิดตั้งข้อรังเกียจไม่คบค้าสมาคมด้วย

อำนาจศาลที่จะเรียกมาพิจารณา มิฉะนั้นศาลก็ต้องจำหน่ายคดี

- กลัวถูกนินทาว่าร้าย และดูหมิ่นเหยียดหยาม
- กลัวว่าตนเองและครอบครัวจะถูกทำร้ายเป็นการแก้แค้นในภายหลังโดยผู้กระทำผิด
- กลัวเกิดความเสียหายต่างๆ ทั้งทางชื่อเสียง ทรัพย์สิน และความเจ็บช้ำน้ำใจมากขึ้นไปอีกยิ่งกว่าเดิม
- ฯลฯ

การข่มขืนกระทำชำเราเป็นสิ่งที่เกิดเนื่องจากความขัดแย้งกันทางเพศระหว่างเพศชายและเพศหญิง เป็นความประสงค์ของฝ่ายเพศชายที่ต้องการมีเพศสัมพันธ์กับฝ่ายเพศหญิง ในขณะที่เดียวกันฝ่ายหญิงไม่มีความประสงค์ เมื่อเกิดความขัดแย้งกันขึ้น ฝ่ายชายซึ่งถือว่าตนเองมีความสามารถหรืออำนาจที่เหนือกว่าได้บังคับเพื่อให้เป็นไปตามความประสงค์ของตน จึงเป็นการมีเพศสัมพันธ์ที่รุนแรง (Violence Sex) อาจมีการทำร้ายฝ่ายหญิงเพื่อให้ยินยอม (Sexual Assault) ด้วยวิธีการต่าง ๆ นานา ทำให้หญิงที่ถูกข่มขืนกลัวผู้ที่ข่มขืนกระทำชำเรา มาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้เสียหายที่เป็นเด็กก็ยิ่งจะมีความรู้สึกกลัวมากขึ้น

การพิจารณาคดีในศาลเป็นการเผชิญหน้ากันอย่างเป็นทางการระหว่างผู้กระทำการข่มขืนกับผู้ที่ถูกข่มขืนอีกครั้งหนึ่งหลังจากการกระทำผิดแล้ว ฝ่ายผู้กระทำผิดหรือซึ่งขณะนั้นคือจำเลยอาจมีวิธีการทำให้ฝ่ายผู้เสียหายเกิดความกลัว หรือความไม่มั่นใจว่าควรจะดำเนินคดีต่อไปหรือไม่ ซึ่งฝ่ายจำเลยสามารถทำได้ เช่น จ้างทนายความที่มีชื่อเสียงหลายคนมาว่าความให้ หรือในวันที่มีการพิจารณา ก็พาพรรคพวกญาติพี่น้องไปนั่งฟังการพิจารณาให้มาก ๆ หรือแสดงอาการกริยาท่าทางเป็นการข่มขู่ให้ฝ่ายผู้เสียหายเกิดความกลัวและล้มเลิกความตั้งใจที่จะดำเนินคดีต่อไป พยานฝ่ายผู้เสียหายอาจเกิดความกลัวจนไม่กล้ามาเบิกความที่ศาล หรืออาจเบิกความสับสนก็ได้

ปัญหาอีกอย่างที่พบจากการพิจารณาของศาลในปัจจุบันคือ พยานผู้เสียหายมักจะไม่ได้มาเบิกความในชั้นศาลซึ่งอาจมีเหตุผลต่างๆ ทำให้ศาลต้องเลื่อนคดีไปเรื่อยๆ จนถึงขนาดยกฟ้องไปเลย ซึ่งอาจมีสาเหตุมาจากผู้เสียหายถูกข่มขู่ ในบางครั้งก็ไม่ได้ได้รับความร่วมมือในการตรวจจากแพทย์⁸⁶

ความอายและความกลัวเป็นจุดอ่อนของฝ่ายผู้เสียหายที่จำเลยทราบดีจึงนำมาใช้ให้เป็นประโยชน์และได้ผลดี ดังนั้นการพิจารณาคดีของศาลจึงควรให้ความคุ้มครองในเรื่องนี้

วิธีที่จะแก้ปัญหาในเรื่องก็คือการพิจารณาเป็นการลับ ซึ่งมีบัญญัติไว้ใน ป.อ. มาตรา 177 ดังนี้

⁸⁶ วิชา มหาคุณ, สรุปการประชุมเชิงปฏิบัติการ เรื่อง “การคุ้มครอง และฟื้นฟูผู้ถูกละเมิดสิทธิทางเพศ” 25 สิงหาคม 2536 ณ ห้องประชุมใหญ่กองบัญชาการตำรวจนครบาล

มาตรา 177 ศาลมีอำนาจสั่งให้พิจารณาเป็นการลับ เมื่อเห็นสมควรโดยผลการหรือโดยคำร้องขอของคู่ความฝ่ายใดแต่ต้องเพื่อประโยชน์แห่งความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันความลับอันเกี่ยวกับความปลอดภัยของประเทศมิให้ล่วงรู้ถึงประชาชน

จะเห็นว่าการพิจารณาเป็นการลับนั้นมีข้อจำกัดอยู่หลายประการที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ดังนี้

(1) เป็นอำนาจและดุลพินิจของผู้พิพากษาผู้หนึ่งพิจารณาที่จะสั่งโดยผลการโดยความเห็นของผู้พิพากษาเอง ปัญหาอยู่ที่ดุลพินิจของผู้พิพากษาแต่ละท่านย่อมแตกต่างกันไป ดังนั้นในคดีเรื่องเดียวกันผู้พิพากษาก็อาจสั่งแตกต่างกันได้ว่าเรื่องนี้ควรพิจารณาเป็นการลับหรือไม่ ขึ้นอยู่กับผู้พิพากษาแต่ละท่านจะใช้ดุลพินิจอย่างไร และต่อเรื่องข่มขืนกระทำชำเราก็ไม่อาจจะทราบได้ว่าศาลจะสั่งให้มีการพิจารณาลับทุกคดีหรือไม่

(2) เมื่อมีคำร้องขอให้พิจารณาเป็นการลับ อาจจะเป็นฝ่ายโจทก์ซึ่งเป็นผู้เสียหายหรือฝ่ายจำเลยเป็นผู้ขอ ดังนั้นกรณีที่มีการฟ้องโดยพนักงานอัยการ ผู้เสียหายต้องบอกให้พนักงานอัยการเป็นผู้ขอให้ ถ้าไม่ร้องต่อศาล ศาลก็จะไม่สั่ง

แต่การที่ศาลจะสั่งให้พิจารณาเป็นการลับทั้งสองกรณีนี้ก็ยังคงถูกจำกัดโดยเงื่อนไขว่า เพื่อประโยชน์แห่งความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันความลับอันเกี่ยวกับความปลอดภัยของประเทศมิให้ล่วงรู้ถึงประชาชน และในกรณีนี้ก็ไม่ทราบว่าจะสั่งตามที่ร้องขอหรือไม่ และเมื่อผู้เสียหายคดีข่มขืนร้องขอก็ไม่แน่ว่าศาลจะสั่งอนุญาตตามที่ร้องขอ

ข. มีบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาให้สิทธิแก่จำเลยมาก

ในการต่อสู้คดี ไม่ว่าจะฝ่ายโจทก์หรือฝ่ายจำเลยต่างก็มีความประสงค์ที่จะได้มาซึ่งความยุติธรรม และศาลซึ่งเป็นผู้ตัดสินก็ย่อมต้องการให้เกิดความยุติธรรม ไม่ควรให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิพิเศษหรือมีภาระหน้าที่มากเกินไปในการพิสูจน์ความผิด การให้สิทธิฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมากเกินไปไม่สมมูลกันย่อมกระทบกระเทือนถึงอีกฝ่ายหนึ่ง กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาความอาญาให้สิทธิแก่ฝ่ายจำเลยหลายประการที่อาจกระทบกระเทือนต่อผู้เสียหายได้คือ

(1) จำเลยได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (พ.ศ.2534)

มาตรา 29 ในคดีอาญาให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยไม่มีความผิด

ข้อสันนิษฐานนี้มีอิทธิพลต่อการพิจารณาคดีอาญาและมีผลทำให้ฝ่ายจำเลยได้ประโยชน์หรือมีความได้เปรียบในการพิจารณาตามมา เช่น

- โจทก์มีหน้าที่นำพยานเข้าสืบก่อนเสมอ⁸⁷ การนำพยานเข้าสืบก่อนมักเสียเปรียบ ฝ่ายที่นำพยานเข้าสืบทีหลังเนื่องจากแนวทางการต่อสู้คดีถูกเปิดเผยออกมาให้เห็นหมดแล้ว

- จำเลยได้รับประโยชน์ในการให้คำให้การ และสิทธินำพยานเข้าสืบ เช่น ในคดีอาญา จำเลยจะให้การปฏิเสธลอยๆ และไม่ได้ซักค้านพยานโจทก์ในประเด็นใดก็ตาม จำเลยก็นำสืบประเด็นนั้นได้ กระบวนการพิจารณาความอาญาต่างกับคดีแพ่ง จำเลยไม่ให้การอย่างไรเลยก็ไม่เป็นไร และไม่ว่าจำเลยจะให้การต่อสู้ว่าอย่างไรหรือจำเลยจะไม่ให้การเลยก็เป็นหน้าที่ของโจทก์ต้องนำพยานเข้าสืบเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยตามฟ้องก่อนเสมอ หลังจากนั้นจำเลยจึงนำพยานเข้าสืบความบริสุทธิ์ของจำเลย⁸⁸ จำเลยไม่จำเป็นต้องยกประเด็นข้อต่อสู้ไว้ในคำให้การ ก็มีสิทธิจะนำสืบประเด็นนั้นๆ และมีอำนาจนำพยานเข้าสืบได้โดยไม่ต้องซักค้านพยานโจทก์ในเรื่องที่จำเลยจะนำพยานเข้าสืบ⁸⁹

การที่จำเลยได้รับประโยชน์มากมายอย่างนี้ย่อมทำให้ฝ่ายจำเลยได้เปรียบในเชิงวิธีพิจารณาคดีข่มขืนมากทีเดียวเนื่องจากคดีประเภทนี้หาพยานที่รู้เห็นเหตุการณ์ได้น้อยอยู่แล้ว

(2) หลักกฎหมายเกี่ยวกับการซึ่งนำพยานหลักฐาน ตาม ปวอ. มาตรา 277 วรรคแรก ได้บัญญัติว่า “ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยซึ่งนำพยานหลักฐานทั้งปวงอย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำผิดจริง และจำเลยเป็นผู้กระทำผิดนั้น ” การซึ่งนำพยานเป็นหน้าที่ของศาล⁹⁰ ศาลมีความเป็นอิสระอย่างเต็มที่ในการที่จะพิจารณาซึ่งนำพยานหลักฐานต่างๆ และพิพากษาคดี โดยปราศจากข้อผูกมัดใดๆ แม้คำพยานผู้ชำนาญการพิเศษศาลก็ต้องใช้ดุลพินิจซึ่งนำพยานด้วยเช่นกัน จากบทบัญญัตินี้หมายความว่าศาลจะพิพากษาลงโทษจำเลยก็ต่อเมื่อศาลเชื่อว่ามีการกระทำผิดจริงตามฟ้อง และจำเลยเป็นผู้กระทำผิดนั้นจริงๆ ด้วยความแน่ใจไม่มีการผิดพลาด ศาลจึงจะพิพากษาว่า

⁸⁷ ดู ปวอ. มาตรา 174

⁸⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 862/2503 ในคดีอาญา จำเลยไม่ยอมให้การอย่างไรเลยก็ได้ เป็นหน้าที่ของโจทก์ต้องนำพยานเข้าสืบเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยตามฟ้องก่อนเสมอไป

⁸⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2823 - 2824/2516 ในคดีอาญา จำเลยยอมมีสิทธิจะให้ การอย่างไรหรือไม่ให้การเลยก็ได้ เป็นหน้าที่ของโจทก์ต้องนำสืบพยานก่อนให้เห็นว่าจำเลย เป็นผู้กระทำผิด

⁹⁰ ดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 49/2528 การวินิจฉัยชี้ขาดข้อเท็จจริงแห่งคดี ศาลจะต้อง ใช้ดุลพินิจซึ่งนำพยานหลักฐานทั้งปวงในสำนวนว่าควรจะรับฟังได้เพียงใดหรือไม่ มิใช่ว่า พยานเบิกความอย่างไรแล้วจะต้องรับฟังข้อเท็จจริงตามคำเบิกความของพยานเสมอไป และไม่ มีกฎหมายใดบัญญัติห้ามมิให้ศาลรับฟังคำให้การชั้นสอบสวนของพยาน เป็นข้อประกอบการพิ จารณาของศาล ส่วนจะรับฟังได้เพียงใดหรือไม่ก็แล้วแต่เหตุผลเป็นเรื่องๆไป

จำเลยกระทำผิดและลงโทษจำเลย

พยานหลักฐานเป็นสิ่งสำคัญมากที่สุดสำหรับโจทก์และจำเลยในคดีอาญา การที่ศาลจะพิพากษาลงโทษจำเลยนั้น พยานหลักฐานต้องดีมีความชัดเจนจนศาลมีความแน่ใจว่าจำเลยต้องเป็นผู้กระทำความผิดนั้น แต่สำหรับคดีช่มชืดในกระทำชำเราแล้วจะมีปัญหาเรื่องพยานหลักฐาน เพราะตามข้อเท็จจริงแล้วคดีช่มชืดในกระทำชำเราจะมีจุดอ่อนมากในเรื่องพยานหลักฐาน เนื่องจากการกระทำความผิดมักจะเกิดขึ้นในสถานที่เปลี่ยวลับตาคนและในเวลาที่ไม่ค่อยจะมีผู้คนผ่านมาพบในเวลาเกิดเหตุ คดีนี้จึงไม่ค่อยมีผู้พบเห็น จึงหาพยานบุคคลมีน้ำหนักได้ยาก และอีกประการหนึ่งพยานหลักฐานอื่น ๆ ก็มีจุดอ่อนสูญหายได้ง่าย ซึ่งอาจเกิดจากความไม่เข้าใจของผู้เสียหายเกี่ยวกับพยานหลักฐานนี้ เช่น หลังเกิดเหตุผู้เสียหายมีความลังเลใจอยู่ประมาณ 1 สัปดาห์ว่าจะแจ้งความดำเนินคดีหรือไม่ ในระหว่างนี้ผู้เสียหายก็อาจจะมีการเปลี่ยนเสื้อผ้า ทำความสะอาดร่างกายโดยการอาบน้ำหรือล้างอวัยวะเพศและช่องคลอดเสีย โอกาสที่พยานหลักฐานสำคัญต่าง ๆ ที่ตัวผู้เสียหายอาจถูกทำลายจนสูญหายไปมากแล้วนั้นมีสูงมาก การตรวจหาหลักฐานการร่วมเพศ คราบเลือด หรือคราบอสุจิ ก็มีโอกาที่จะพบได้น้อยยิ่งนานวันเท่าใดก็ยิ่งจะสูญหายไปจนหมดสิ้นได้

(3) หลักยกประโยชน์แห่งความสงสัย

หลักนี้เป็นหลักที่มีความต่อเนื่องและเกี่ยวพันกับหลัก ปวอ. มาตรา 277 วรรคสอง บัญญัติว่า “ เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย ”

หลักกฎหมายเรื่องนี้ หมายความว่าในคดีอาญานั้น ฝ่ายโจทก์หรือฝ่ายผู้เสียหายมีหน้าที่อันสำคัญยิ่งคือต้องนำพยานเข้าสืบให้ศาลเห็นได้โดยปราศจากความสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด ดังนั้นพยานหลักฐานที่ฝ่ายโจทก์นำเข้าสืบจะต้องดีมีความชัดเจนมีน้ำหนัก มีพยานบุคคลรู้เห็นเหตุการณ์และมีพยานหลักฐานอื่นประกอบอีกด้วย เช่น ผลการตรวจร่างกาย และหลักฐานการร่วมประเวณี แต่สำหรับคดีช่มชืดในกระทำชำเราแล้วเป็นคดีที่มีพยานหลักฐานดี ๆ ได้ยาก ดังนั้นการนำพยานหลักฐานเข้าสืบก็มีความยากลำบากตามไปด้วย ซึ่งเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้ผู้เสียหายเกิดความท้อแท้ใจ ไม่อยากไปเบิกความต่อศาลในการพิจารณาคดี

ส่วนฝ่ายจำเลยผู้กระทำความผิดก็ไม่ค่อยประสบปัญหายุ่งยากอะไรนักเนื่องจากฝ่ายโจทก์หรือฝ่ายผู้เสียหายไม่สามารถหาพยานหลักฐานที่ดีได้ง่าย จำเลยซึ่งไม่จำเป็นต้องนำสืบอะไรมากมายจนถึงขนาดปราศจากความสงสัย จำเลยมีหน้าที่เพียงจะสืบยังงักไว้เพื่อให้ศาลเกิดความสงสัยเท่านั้นก็พอแล้ว จำเลยก็จะได้รับประโยชน์จากความสงสัยนั้น

ประโยชน์แห่งความสงสัยที่จะยกให้จำเลยนี้ต้องเป็นความสงสัยในข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นของคดีเท่านั้น⁹¹ หลักประโยชน์แห่งความสงสัยนี้แสดงให้เห็นถึงความคิดพื้นฐานว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามุ่งหมายที่จะยกฟ้องผู้บริสุทธิ์ (หรือผู้ที่ศาลเกิดความสงสัยว่าเขาเป็นผู้กระทำผิดหรือไม่) มากกว่าที่จะลงโทษผู้กระทำผิด ซึ่งมีคำกล่าวที่รู้จักกันดีคือ “ปล่อยคนผิดไปสิบคนดีกว่าลงโทษคนบริสุทธิ์เพียงคนเดียว” ผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยในคดีข่มขืนกระทำชำเรามีโอกาสและมีความเป็นไปได้ที่จะได้รับประโยชน์ความสงสัยนี้มีอยู่มากทีเดียว แต่ตรงกันข้ามโจทก์หรือผู้เสียหายได้รับผลร้ายจากหลักยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลยนี้ทุกเมื่อที่ศาลเกิดความสงสัยในข้อเท็จจริงแห่งคดี

ค. ปัญหาการเรียกค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายทางแพ่งของพนักงานอัยการ

คดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นคดีละเมิดสิทธิทางเพศที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบทั้งทางอาญาและรับผิดชอบทางแพ่ง ในทางอาญาคดีนี้จะต้องรับโทษทางอาญา ส่วนทางแพ่งผู้เสียหายมีสิทธิเรียกค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนจากผู้กระทำละเมิดได้

คดีข่มขืนกระทำชำเราเป็นคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องคดีอาญา แต่เมื่อมีการฟ้องคดีอาญาแล้วพนักงานอัยการก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิดให้ผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนได้ มีคดีอาญาบางประเภทที่กฎหมายเรียกได้ คือ คดีลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ โจรสลัด กรรโชก ฉ้อโกง ยักยอก หรือรับของโจร⁹² การที่จะเรียกร้องค่าเสียหายหรือค่าเสียหายทดแทนต้องไปฟ้องเป็นคดีแพ่งมูลละเมิดอีกต่างหาก

การฟ้องคดีแพ่งก็ต้องดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นการเพิ่มภาระแก่ผู้เสียหายที่จะต้องเสียเงินทองค่าฤชาธรรมเนียมต่าง ๆ เหมือนคดีแพ่งทั่วไป ไม่ได้รับการยกเว้นแต่ประการใด และเสียเวลาประกอบอาชีพมากขึ้นอีก จะเห็นว่าผู้เสียหายยังไม่ได้รับการเยียวยาแก้ไขความเดือดร้อนที่เกิดขึ้นกับตนจากรัฐอย่างจริงจัง ผู้เสียหายที่มีฐานะการเงินไม่ดีหรือยากจนเขาจะใช้สิทธิของเขาได้อย่างสะดวกสบายได้อย่างไรหากการที่เขาจะได้รับการชดเชยค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนหรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับความยากจน หรือการลงทุนด้วยทรัพย์สินของเขาไปนั้นเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องและชอบธรรมในหลักการที่รัฐจะให้ความช่วยเหลือแก่ประชาชนผู้เคราะห์ร้ายซึ่งตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรม และความเสียหายที่เกิดขึ้นก็มีสาเหตุที่เกิดจากการลงทุนทางการค้าพาณิชย์หรือการทำนิติกรรมสัญญาโดยสมัครใจของผู้เสียหายแต่ประการใด ดังนั้นรัฐควรจะใจกว้างหยิบยื่นความช่วยเหลือให้แก่

⁹¹ คณิต ณ นคร กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร-นคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536, น.19

⁹² ดู ปวอ. มาตรา 43

ประชาชนของรัฐที่ได้รับความเสียหายได้รับเคราะห์ร้ายจากการตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมอยู่ แล้วไม่ต้องสูญเสียเวลาและทรัพย์สินเพิ่มเติมซ้ำเข้าไปอีก

ง. การค้นหาความจริงในชั้นศาล

การดำเนินคดีอาญาของไทยเป็นการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐบาลเป็นหลัก⁹³ การพิจารณาคดีในศาล ทุกฝ่ายมีหน้าที่ค้นหาความจริง แต่ในการพิจารณาคดีในศาลไทยปัจจุบัน ศาลวางเฉยโดยสิ้นเชิง วางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัด ทำนองเดียวกับกรรมการตัดสินเกมส์กีฬา แม้กฎหมายจะให้อำนาจศาลสามารถที่จะทำได้โดยอิสระ เช่น เรื่องการขอคู่สำเนา การสอบสวนของพนักงานสอบสวนและอำนาจในการสืบพยาน⁹⁴ ปล่อยให้เป็นหน้าที่ของโจทก์เป็นผู้มีภาระค้นหาความจริงเพื่อนำมาพิสูจน์ความผิดของจำเลยอยู่ฝ่ายเดียว ส่วนพยานจำเลยนั้นนอกจากจะไม่ช่วยหาความจริงเกี่ยวกับการกระทำของตนแล้วยังต้องปกปิดซ่อนเร้นความผิดของตนไว้อีกต่างหาก จำเลยมีสิทธิที่จะทำได้ทุกอย่างเช่นจะให้การก็ได้หรือไม่ให้การอะไรเลยก็ได้ จะนำพยานเข้าสืบอย่างไรก็ได้ เมื่อพิจารณาดูบทบาทของแต่ละฝ่ายในการพิจารณาชั้นศาลแล้วยังไม่เป็นการค้นหาความจริง เป็นการต่อสู้ชิงไหวพริบกันระหว่างฝ่ายโจทก์และจำเลย ส่วนศาลก็เป็นกรรมการที่วางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัด คล้ายๆกับการพิจารณาคดีแพ่งซึ่งเป็นเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชน แต่การพิจารณาคดีอาญาเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับเอกชน องค์กระษัตริย์ธรรมของรัฐควรร่วมมือกันค้นหาความจริงเพื่อให้ผู้เสียหายและสังคมได้รับการคุ้มครองด้วย

จ. กลยุทธ์ในการต่อสู้คดีของจำเลย (Tactics of the defendant in the trail)

การพิจารณาคดีชั้นนี้ยังเป็นไปในลักษณะของการพิจารณาคดีอาญาทั่วไป และคดีชั้นนี้กระทำซ้ำเรามีลักษณะพิเศษแตกต่างจากคดีอื่นๆเนื่องจากมีปัจจัยอย่างอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องทั้งในทางแง่ขององค์ประกอบความผิด และเหตุอื่นทางสังคมและความรู้สึกของผู้เสียหายทำให้ฝ่ายจำเลยอาศัยจุดบกพร่องเหล่านั้นมาใช้เป็นกลยุทธ์ (tactics) ในการต่อสู้คดีเพื่อให้ตนไม่ต้องรับโทษ ฝ่ายจำเลยมักจะต่อสู้คดีดังนี้

(1) ปฏิเสธตลอดข้อหา หรือปฏิเสธลอย จะให้การว่าอย่างไรหรือไม่ให้การเลยก็ย่อมได้ การที่จำเลยปฏิเสธตลอดข้อหาจำเลยจะได้รับประโยชน์หลายประการคือ

- จำเลยได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption Innocence.)
- ภาระการพิสูจน์ความผิดของจำเลยตกอยู่กับฝ่ายโจทก์ผู้เสียหาย
- จำเลยสามารถปกปิดซ่อนเร้นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิดไว้ได้ในระดับหนึ่ง

⁹³ ดู ป.อ. มาตรา 32

⁹⁴ ดู ป.อ. มาตรา 175 และ 228

หรืออาจปกปิดไว้ได้หมดเลยก็เป็นได้เนื่องจากลักษณะของความผิดเกิดในที่ลับตาคนไม่มีพยานรู้เห็น โอกาสที่จะมีพยานหลักฐานที่คืบนั้นก็น้อย

- สร้างความยุ่งยากให้แก่ฝ่ายโจทก์ผู้เสียหายในการพิสูจน์ความผิด เพราะคดีประเภทนี้มีจุดอ่อนของผู้เสียหายอยู่ที่พยานหลักฐาน เนื่องจากเกิดในที่ลับตาคนไม่มีคนเห็น และพยานหลักฐานอาจถูกทำลายไปหลังจากกระทำผิดเพียงเล็กน้อย

- ประวิงเวลาการพิจารณาคดีของศาล ทำให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายเพิ่มขึ้น

(2) ใช้ความยินยอมเป็นประเด็นต่อสู้คดีในกรณีที่ผู้เสียหายสามารถให้ความยินยอมได้ ซึ่งได้แก่กรณีที่ผู้เสียหายมีอายุกว่า 15 ปีขึ้นไป หรือในกรณีที่ถือว่าเป็นความผิดต่อส่วนตัว ซึ่งความผิดในลักษณะนี้หากผู้เสียหายให้ความยินยอมก่อนหรือขณะกระทำผิดเนื่องจากว่า ในความผิดต่อส่วนตัวนั้นมีหลักกฎหมายว่า “ ความยินยอมทำให้ไม่เป็นความผิด ” ซึ่งจุดนี้ทนายจำเลยจะยกเป็นประเด็นต่อสู้โดยจะถามค้านอย่างละเอียดถึงอาการกิริยาขณะกระทำผิด เช่น ทำนอน มีผู้เสียหายวางไว้ ณ ที่ใด เหตุเกิดที่ใด ผู้เสียหายกับจำเลยรู้จักกันมาก่อนหรือไม่ มีการต่อสู้ขัดขวางหรือไม่ เป็นต้น เพื่อที่จะให้เห็นว่าผู้เสียหายยินยอมให้จำเลยกระทำชำเราโดยสมัครใจ หรือโดยปริยาย

(3) การถามค้านของทนายจำเลย การถามค้านเป็นวิธีการถามที่ใช้ในศาลเพื่อจุดประสงค์ให้ฝ่ายตรงกันข้ามคือฝ่ายจำเลยหรือฝ่ายโจทก์ใช้ถามเพื่อทำลายน้ำหนักพยานของอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ในคดีข่มขืนกระทำชำเรา นั้นฝ่ายจำเลยใช้วิธีการถามค้านเพื่อผลประโยชน์อื่นที่มากกว่านั้น ดังนั้นทนายจำเลยจะถามถึงรายละเอียดต่างๆเกี่ยวกับการกระทำผิดโดยละเอียดหลายคำถามเป็นเวลานานเกินควรและใช้คำถามที่ไม่คำนึงถึงความรู้สึกของผู้เสียหายเลย คำนึงแต่เพียงว่าจะถามอย่างไรจึงจะทำให้จำเลยชนะคดีและพยายามถามค้านเพื่อสร้างความกดดันให้ผู้เสียหายให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้โดยมีวัตถุประสงค์อื่นแอบแฝงอยู่ด้วยคือ

(3).1 ทำให้ผู้เสียหายได้รับความอับอาย และโกรธเมื่อถูกถามค้านมากๆ เกี่ยวกับเรื่องประวัติทางเพศ และเรื่องส่วนตัว ทำให้เกิดความท้อแท้ใจไม่อยากต่อสู้คดีในศาลอีกต่อไปเพราะได้รับการกระทบกระเทือนจิตใจจากคำถามค้านของทนายจำเลยมาก ในที่สุดก็จะท้อแท้และไม่ให้ความร่วมมืออีกต่อไป

(3).2 เป็นการประจานว่าผู้เสียหายเป็นคนไม่ดี มีพฤติกรรมส่อสันทางเพศ มีความพร้อมที่จะให้บริการทางเพศ เช่น ถามค้านเกี่ยวกับอาชีพ ความสัมพันธ์ หรือพฤติกรรมทางเพศของผู้เสียหายกับผู้ชายคนอื่น ๆ ด้วยเพื่อให้เห็นว่าผู้เสียหายเป็นหญิงที่มีความต้องการทางเพศสูงและพร้อมที่จะมีเพศสัมพันธ์กับชายได้ทุกเมื่อ การกระทำเช่นนี้เป็น การทำให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายทางด้านชื่อเสียงอีกทางหนึ่ง เพื่อที่จะบีบบังคับให้ผู้เสียหายเกิดความลังเลใจว่าควรจะต้องต่อสู้คดีอีกต่อไปหรือไม่

(3).3 เป็นวิธีบีบบังคับให้มีการระงับคดีอาญา ก่อนศาลจะมีคำพิพากษา

การถามค้านของทนายจำเลยเป็นวิธีการอย่างหนึ่งที่สามารถสร้างความกระทบ

กระเทือนจิตใจให้ได้รับความเจ็บช้ำหรือบีบคั้นความรู้สึกของผู้เสียหายได้โดยชอบด้วยกฎหมายและก็ได้ผลดีด้วยเมื่อผู้เสียหายเกิดความรู้สึกว่าทนต่อไปไม่ได้แล้ว ก็มักจะเลิกล้มความคิดที่จะต่อสู้คดีเพื่อให้ได้ผู้กระทำผิดมาลงโทษต่อไป โดยการถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้อง หรือยอมความกันเสีย⁹⁵ ในกรณีที่เป็นความผิดต่อส่วนตัวหรือไม่ก็อาจจะไม่ให้ความร่วมมือในการพิจารณา โดยทิ้งคดีไปไม่มาเบิกความต่อศาลอีกและในที่สุดศาลก็ต้องพิพากษายกฟ้องปล่อยจำเลยไป

เป็นที่น่าสังเกตว่าคดีข่มขืนกระทำชำเรากรณีที่เป็นความผิดต่อส่วนตัวนั้น ประเด็นที่ผู้กระทำผิดจะไม่ต้องรับผิดหรือรับโทษคือความยินยอมของผู้เสียหาย และความยินยอมนั้นมักจะเป็นประเด็นข้อต่อสู้ของฝ่ายจำเลยได้ตลอดทั้งขณะกระทำความผิดและหลังจากการกระทำผิดแล้วก็ยังสามารถยอมความกันได้อีก กล่าวคือถ้าหากผู้เสียหายให้ความยินยอมก่อนกระทำชำเราแล้วการกระทำชำเราก็คงไม่เป็นความผิดอาญา หากขณะกระทำผู้เสียหายไม่ให้ความยินยอมการกระทำเป็นความผิดอาญาแล้วกฎหมายก็ยังเปิดช่องให้มีการยอมความกันได้ระหว่างผู้กระทำผิดและผู้เสียหายได้ “ความยินยอม” ของผู้เสียหายจึงมีความสำคัญมากในคดีประเภทนี้ และความยินยอมของผู้เสียหายนี้สามารถเกิดขึ้นได้ตลอดเวลาทั้งก่อนและหลังกระทำผิด ซึ่งการยอมความนี้ก็สามารกระทำได้ก่อนคดีถึงที่สุด⁹⁶

(4) ทำให้ผู้เสียหายเกิดความรู้สึกกลัว การทำให้ผู้เสียหายเกิดความรู้สึกกลัวนี้สามารถกระทำได้หากจำเลยเป็นบุคคลที่มีอิทธิพลในท้องถิ่นเดียวกับผู้เสียหาย การทำให้ผู้เสียหายและพยานผู้เสียหายกลัวนี้สามารถกระทำได้ทั้งในศาลระหว่างการพิจารณาและนอกการพิจารณาของศาล กล่าวคือการกระทำในศาลนั้นสามารถเกิดขึ้นได้หลายวิธี เช่น ในวันที่มีการพิจารณา จำเลยและผู้เสียหายจะต้องไปศาลและมีโอกาสพบกันในบริเวณศาล จำเลยเป็นผู้มีอิทธิพลอาจจะพาพรรคพวกมาเป็นจำนวนมากมายังวันนั้น และให้พรรคพวกแสดงการข่มขู่ผู้เสียหายด้วยกิริยาท่าทางทั้งคำพูดหรือสายตาให้ผู้เสียหายทราบว่าอาจจะเกิดความไม่ปลอดภัยขึ้นกับผู้เสียหายได้ในภายหลัง และในห้องพิจารณา จำเลยก็ให้พรรคพวกจำเลยเข้าไปนั่งในห้องพิจารณาให้มากที่สุดและจ้างทนายหลาย ๆ คนช่วยกันว่าความเป็นการข่มขู่ให้ผู้เสียหายรู้สึกกลัว ส่วนการกระทำให้ผู้เสียหายกลัวนอกศาลนั้น จำเลยก็สามารถทำได้หลาย ๆ รูปแบบ ทั้งคำพูด กิริยาท่าทางด้วยตนเองและพรรคพวกของจำเลย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่จำเลยได้รับการประกันตัวและมีที่พักอยู่ใกล้ ๆ กับที่พักอาศัยของผู้เสียหาย

วิธีการต่าง ๆ ที่กล่าวมานี้เป็นวิธีการที่จำเลยใช้เป็นกลยุทธ์ในการต่อสู้คดีข่มขืนกระทำชำเราอย่างได้ผลและเป็นที่ยอมรับของจำเลยในการต่อสู้คดี

⁹⁵ ดู ปวอ. มาตรา 39(2)

⁹⁶ ดู ปวอ. มาตรา 35 วรรคสอง

จ. คำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับค่าเสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเรา

ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดต่อผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรานั้นมีทั้งความเสียหายทางวัตถุและความเสียหายทางศีลธรรม ความเสียหายที่เกิดขึ้นนี้ผู้เสียหายสามารถที่จะเรียกให้ชดใช้ความเสียหายได้ ความเสียหายที่มีปัญหามากในการทำคำพิพากษาของศาลคือความเสียหายทางศีลธรรม ซึ่งได้แก่ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทำละเมิดต่อร่างกายอนามัย ชื่อเสียง เสรีภาพ และสิทธิของบุคคล ได้แก่ ความเจ็บปวดทุกข์ทรมานเพราะตกใจ เสียขวัญ การสูญเสียความรื่นรมย์แห่งชีวิต การสูญเสียความหวังของชีวิต ความเสียหายต่อรูปโฉมโฉมพรรณ ความเสียหายต่อเสรีภาพ ความเสียหายต่อสุขภาพพลานามัย ความเสียหายต่อเกียรติยศชื่อเสียง และความเสียหายอันเป็นทิวศีลธรรมแก่หญิง และถ้าหากผู้เสียหายถึงแก่ความตาย ความเสียหายที่เกิดขึ้นได้แก่ ความเสียหายต่อความรัก ความอาลัยต่อตัวผู้ตาย ความโศกเศร้าเสียใจ ความว่าเหว ฯลฯ.

ความเสียหายทางศีลธรรม (Moral damages) เหล่านี้ ประเทศที่ยินยอมให้เรียกได้คือ ประเทศฝรั่งเศส สวิส จีน ญี่ปุ่น และสหรัฐอเมริกาบางรัฐ แต่ในประเทศไทย เยอรมัน อังกฤษ และรัฐส่วนใหญ่ในสหรัฐเท่านั้นไม่ให้การรองรับความเสียหายประเภทนี้⁹⁷

ความเสียหายทางศีลธรรมนี้สร้างปัญหาให้กับการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดค่าเสียหายพอสมควรเนื่องจากเป็นความเสียหายที่ไม่อาจคำนวณให้เป็นตัวเงินได้ (Non-pecuniary Loss) ประกอบกับความไม่ชัดเจนในกฎหมาย และแนวทางปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจของศาล ดังนั้นเมื่อมีการขอค่าเสียหายมาในฟ้องแล้วบางเรื่องศาลปฏิเสธที่จะให้ตามคำขอ เช่น กรณีเรียกลูกกระทำละเมิดจนถึงแก่ความตาย ศาลปฏิเสธที่จะให้จำเลยผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าเสียหายทางจิตใจที่โจทก์ได้รับความว่าเหวเพราะสูญเสียภรรยาผู้เคยทำให้ชีวิตโจทก์มีความสุข โดยให้เหตุผลว่าเพราะกฎหมายมิได้บัญญัติไว้ ศาลจึงให้ไม่ได้⁹⁸ จำเลยฆ่าบุตรของโจทก์ถึงแก่ความตาย ย่อมถือว่าจำเลยกระทำละเมิดต่อโจทก์ ทำให้โจทก์ขาดผู้อุปการะเลี้ยงดูไปโดยมิต้องคำนึงว่าในปัจจุบันบุตรที่ตายจะได้อุปการะเลี้ยงดูโจทก์ซึ่งเป็นบิดามารดาหรือไม่ ศาลย่อมกำหนดค่าเสียหายให้ตามสมควร ส่วนค่าเสียหายเพื่อความวิบโศกโศกนั้นนั้นเรียกไม่ได้ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เรียกร้องได้⁹⁹ กรณีละเมิด

⁹⁷ นวลพรรณ จ้าวสุวรรณ, ค่าเสียหายทางศีลธรรม, วิทยานิพนธ์ปริญญาโท-บัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517 หน้า ค - ง.

⁹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 789/2502 สามิไม่มีสิทธิ์ฟ้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจที่เกิดจากความว่าเหวที่สูญเสียภรรยาผู้เคยทำให้ชีวิตของสามิมีความสุข เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เรียกได้

⁹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1742/2498 วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ว่า ค่าเสียหายเพื่อความวิบโศกโศกนั้นนั้นเรียกไม่ได้ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เรียกร้องได้

เป็นเหตุให้เศร้าโศกเสียใจและผิดหวัง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ไม่ได้บัญญัติไว้ให้เรียกค่าสินไหมทดแทนได้แม้จะเป็นบิดามารดาตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม¹⁰⁰

เมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยแล้ว หากผู้เสียหายเรียกร้องค่าเสียหายต่าง ๆ ที่ผู้เสียหายได้รับจากการกระทำผิดไปในฟ้อง เช่น ความโศกเศร้าเสียใจที่เกิดจากการสูญเสียพรหมจรรย์ ความสูญเสียความหวังในการเลือกคู่ครองที่ดีในชีวิต ค่าความเจ็บปวดทุกข์ทรมานที่ได้รับจากการกระทำผิด ศาลไทยก็คงจะวินิจฉัยทำนองเดียวกันว่าเรียกไม่ได้เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เรียกร้องได้

การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนมีความมุ่งหมายให้ผู้ได้รับความเสียหายกลับสู่ฐานะเดิมเหมือนเมื่อยังไม่ได้มีการละเมิด ถ้าไม่มีทางอื่นที่จะกระทำได้อีกก็ต้องมีการใช้เงินซึ่งเป็นวิธีที่ใช้โดยทั่วไป ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราไม่ว่าทางกายและทางจิตใจก็อาจต้องบังคับให้ชดใช้ค่าเสียหายเป็นเงิน เพราะไม่อาจทำให้กลับสู่สภาพเดิมได้ เช่น ความสูญเสียพรหมจรรย์ ความสาว ตลอดจนคุณค่าแห่งชีวิตและความเสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติยศ แต่จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยแล้วมีแนวโน้มว่าเรียกไม่ได้ ดังนั้นในเรื่องค่าเสียหายในทางศีลธรรมที่เกิดขึ้นนี้ ผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเรายังไม่ได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายและศาลแห่งกระบวนการยุติธรรม

3.3 ผลกระทบจากการที่ผู้เสียหายฟ้องคดีเอง

การดำเนินคดีอาญาในประเทศไทยเดิมทีเดียวเป็นเรื่องของเอกชนผู้เสียหาย ต่อมาจึงเกิดมีการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเกิดขึ้นใหม่¹⁰¹ การดำเนินคดีอาญาในประเทศไทยใช้ทั้งหลักการดำเนินคดีโดยรัฐและการดำเนินคดีโดยผู้เสียหาย ซึ่งมีปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา คือ

มาตรา 28 บุคคลเหล่านี้มีอำนาจฟ้องคดีอาญาต่อศาล

(1) พนักงานอัยการ

(2) ผู้เสียหาย

อำนาจฟ้องคดีอาญาทั้งสองประการนี้ มีความเป็นอิสระแยกจากกัน ยกเว้นในกรณีที่เป็นความผิดส่วนตัว พนักงานอัยการไม่มีอำนาจฟ้องถ้าผู้เสียหายไม่มอบคดีให้ฟ้องร้องโดยการร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน นอกจากนี้ผู้เสียหายยังสามารถขอเข้าเป็นโจทก์ร่วมกับ

¹⁰⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 477/2514 กรณีละเมิดที่เป็นเหตุให้เศร้าโศกเสียใจและผิดหวัง ปพพ. มิได้บัญญัติไว้ให้เรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แม้จะเป็นบิดาตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม

¹⁰¹ คณิต ณ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 2, แก้ไขเพิ่มเติม, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536, น.13

พนักงานอัยการได้ ก่อนศาลชั้นต้นมีคำพิพากษา¹⁰² และถ้ายื่นฟ้องแล้วพนักงานอัยการขอเข้าเป็นโจทก์ร่วมกับผู้เสียหายได้ก่อนคดีเสร็จเด็ดขาด ยกเว้นความผิดต่อส่วนตัว¹⁰³ และในกรณีที่ทั้งผู้เสียหายและพนักงานอัยการร่วมกันเป็นโจทก์ฟ้องคดีเดียวกัน พนักงานอัยการมีอำนาจร้องต่อศาลให้สั่งผู้เสียหายให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการในกรณีที่เห็นว่าผู้เสียหายจะทำให้คดีของพนักงานอัยการเสีย ในกรณีนี้อำนาจของผู้เสียหายถูกจำกัดโดยอำนาจของพนักงานอัยการ¹⁰⁴ เนื่องจากไทยเราใช้หลักการพิจารณาคดีโดยรัฐเป็นหลักนำ ส่วนการดำเนินคดีโดยผู้เสียหายนั้นเป็นหลักรอง

ทางปฏิบัติจริงๆ แล้วการดำเนินคดีอาญาในประเทศไทย นิยมใช้การดำเนินคดีโดยรัฐ คือโดยพนักงานอัยการซึ่งทำหน้าที่เป็นทนายแผ่นดิน เนื่องจากการดำเนินคดีโดยรัฐนั้นมีความสะดวกสบายและประหยัดค่าใช้จ่ายกว่าการที่ผู้เสียหายเป็นผู้ฟ้องคดีเองเป็นอย่างมาก แม้แต่เป็นเรื่องความผิดต่อส่วนตัวก็ตาม เช่นความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ฐานยกยอก ฉ้อโกง หรือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงกรณีที่เป็นความผิดต่อส่วนตัว ผู้เสียหายก็นิยมเลือกวิธีการดำเนินคดีโดยรัฐ โดยการนำความไปร้องทุกข์เพื่อมอบคดีให้รัฐดำเนินการฟ้องคดีให้ ทั้งนี้เพราะรัฐมีเจ้าพนักงาน มีอำนาจ และมีกฎหมายและระเบียบต่างๆ เป็นเครื่องมืออำนวยความสะดวกในการปฏิบัติงานทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

การดำเนินคดีอาญานั้นเป็นเรื่องที่มีความยุ่งยาก ดังนั้นผู้เสียหายในคดีอาญาจึงไม่นิยมเลือกที่จะฟ้องคดีเองหากไม่มีความจำเป็นจริงๆ และคดีที่ผู้เสียหายเลือกวิธีฟ้องคดีเองนั้นส่วนใหญ่จะเป็นความผิดต่อส่วนตัวเสียมากกว่า และก็จะฟ้องต่อเมื่อพนักงานอัยการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีนั้นแล้ว แต่การที่พนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้องนั้นไม่ตัดอำนาจของผู้เสียหายที่จะฟ้องคดีนั้นเสียเอง หากผู้เสียหายยังตั้งใจที่จะดำเนินคดีนั้นอยู่ก็จำเป็นต้องฟ้องคดีเอง

การดำเนินคดีอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยผู้เสียหายนั้นมีความยุ่งยาก มีปัญหาและอุปสรรคหลายประการดังต่อไปนี้

ก. อำนาจฟ้อง

อำนาจของผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราอาจถูกจำกัดบางกรณี คือ

(1) ผู้เสียหายจะฟ้องบุพการีของตนไม่ได้¹⁰⁵ ดังนั้นในกรณีที่พ่อข่มขืนลูกของตนเอง ลูกซึ่งเป็นผู้เสียหายก็ไม่มีอำนาจที่จะดำเนินคดีอาญากับพ่อด้วยวิธีฟ้องคดีเอง

¹⁰² ดู ปวอ. มาตรา 30

¹⁰³ ดู ปวอ. มาตรา 31

¹⁰⁴ ดู ปวอ. มาตรา 32

¹⁰⁵ ดู ปพพ. มาตรา 1562

(2) กรณีที่ผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์ ผู้เยาว์ไม่สามารถที่จะดำเนินคดีอาญาด้วยตัวเอง และผู้เยาว์ก็ไม่สามารถเป็นโจทก์ฟ้องคดีเองได้ จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมเสียก่อน ในบางกรณีที่ผู้เยาว์และผู้แทนโดยชอบธรรมมีความขัดแย้งกันด้วยเหตุใดก็ตามแล้วไม่ให้ความยินยอมในการฟ้องคดีเอง การดำเนินคดีอาญาก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้ เนื่องจากเกิดอุปสรรคทั้งข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง กล่าวคือผู้เยาว์ยังไม่มีความสามารถทางด้านสติปัญญา ประสบการณ์ และทรัพย์สินเงินทองพอที่จะฟ้องคดีอาญาได้เอง อำนาจของผู้เยาว์ที่จะดำเนินคดีเองนั้นจึงถูกจำกัดโดยอำนาจผู้แทนโดยชอบธรรม และความสามารถทางเศรษฐกิจ

ข. ปัญหาในการรวบรวมพยานหลักฐาน

ปัญหานี้เป็นปัญหาใหญ่มากสำหรับผู้เสียหายที่ฟ้องคดีเองในการที่จะรวบรวมพยานหลักฐานให้ได้ดี ไม่ว่าจะเป็นการรวบรวมพยานหลักฐานชั้นก่อนฟ้องหรือในชั้นพิจารณาในศาล การที่ผู้เสียหายจะรวบรวมพยานหลักฐานได้ดีนั้นจะต้องใช้เงินทองเป็นจำนวนมากจึงจะได้พยานหลักฐานที่ต้องการมา การรวบรวมพยานหลักฐานของผู้เสียหายนี้มีความยุ่งยากมากกว่าการรวบรวมพยานหลักฐานโดยเจ้าพนักงานมาก และคุณภาพของพยานหลักฐานก็จะไม่ดีเท่าการรวบรวมโดยเจ้าพนักงานทั้งนี้เพราะเจ้าพนักงานของรัฐมีอำนาจที่จะออกหมายต่าง ๆ มาช่วยในการรวบรวมพยานหลักฐานได้ เช่น หมายเรียก หมายค้น หมายจับ หมายขัง เป็นต้น ผู้เสียหายที่จะรวบรวมพยานหลักฐานได้ดีต้องมีความสามารถทางเศรษฐกิจสูง แต่ตามปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นจริงในปัจจุบัน ผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนส่วนมากยังอยู่ในภาวะเป็นผู้เยาว์ ปัญหานี้เป็นปัญหาที่มีความสำคัญต่อการตัดสินใจของผู้เสียหายว่าสมควรจะฟ้องคดีเองหรือไม่ และเป็นปัญหาหนึ่งที่ทำให้ผู้เสียหายไม่นิยมฟ้องคดีเอง

ค. ผู้เสียหายไม่มีสิทธิ์ขอให้ศาลตั้งทนายให้

การดำเนินคดีในศาลนั้นมีความยุ่งยากมาก ต้องอาศัยผู้ที่มีความรู้ทางกฎหมายมาช่วยเหลือ ลำพังผู้เสียหายจะฟ้องคดีเองนั้นมีผลเสียต่อคดีมากเว้นเสียแต่ผู้เสียหายผู้นั้นมีความรู้ทางกฎหมายดีแล้ว การที่ผู้เสียหายฟ้องคดีเองจึงมีความจำเป็นที่ผู้เสียหายจะต้องจ้างทนายให้ดำเนินคดีให้ ผู้เสียหายที่มีฐานะทางการเงินดีเท่านั้นจึงจะมีเงินจ้างทนายได้ ในกรณีที่ผู้เสียหายเป็นคนยากจนต้องการฟ้องคดีเองและต้องการทนายความ จะร้องขอต่อศาลให้ตั้งทนายให้ก็ไม่สามารถที่จะทำได้ เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยไม่มีบทบัญญัติให้ศาลตั้งทนายความให้ผู้เสียหาย มีแต่บทบัญญัติให้ศาลตั้งทนายให้แก่จำเลยได้ และให้ศาลจ่ายเงินรางวัลแก่ทนายที่ศาลตั้งตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนด¹⁰⁶ และในกรณีที่ผู้เสียหายฟ้องคดีความผิดต่อส่วนตัวเองพนักงานอัยการก็ไม่สามารถเข้าเป็น

¹⁰⁶ ดู ปวอ. มาตรา 173

โจทก์ร่วมได้¹⁰⁷ แต่ในทางปฏิบัติยังไม่ปรากฏว่ามีพนักงานอัยการขอเข้าเป็นโจทก์กับผู้เสียหายเพียงแต่กฎหมายเปิดช่องไว้ให้กระทำได้นั้น

ง. เกิดความสูญเสียทางเศรษฐกิจ

การฟ้องคดีเองนั้นมีความจำเป็นที่ต้องใช้จ่ายเงินทองพอสมควร ต้องมีเงินไว้เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายต่างๆในการดำเนินคดี เช่น ค่าจ้างทนายความค่าใช้จ่ายต่างๆในการรวบรวมพยานหลักฐาน ค่าตรวจร่างกาย ค่าตรวจพิสูจน์หลักฐาน ค่าเบี้ยเลี้ยง ค่ายานพาหนะที่นำพยานไปเบิกความต่อศาล และค่าธรรมเนียมต่างๆ ค่าใช้จ่ายดังกล่าวนี้ผู้เสียหายที่ฟ้องคดีเองเป็นผู้จ่ายไปก่อนทั้งสิ้นไม่ว่าผลคดีจะเป็นอย่างไร จะเห็นว่าความสูญเสียทางเศรษฐกิจของผู้เสียหายได้เริ่มต้นขึ้นทันทีที่มีการฟ้องคดีเอง นอกจากต้องเสียเงินทองแล้วยังต้องเสียเวลาประกอบอาชีพของผู้เสียหายเองในการติดต่อกับศาลเป็นเวลานานกว่าคดีจะเสร็จสิ้น การพิจารณาคดีของศาลไทยมีความล่าช้ามาก ซึ่งความล่าช้านี้เกิดจากหลายสาเหตุ เช่น การเลื่อนการพิจารณาจากสาเหตุต่างๆ และผู้พิพากษามีจำนวนน้อยแต่ต้องรับผิดชอบคดีจำนวนมาก ยิ่งการพิจารณาของศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกายังต้องใช้เวลาเนิ่นนานยิ่งขึ้น ยิ่งใช้เวลาในการพิจารณานานเท่าใดความสูญเสียทางเศรษฐกิจก็ยิ่งเพิ่มขึ้นตามไปด้วย ดังนั้นผู้เสียหายที่จะฟ้องคดีเองได้นั้นจะต้องมีความพร้อมทางด้านเศรษฐกิจจึงจะทำได้ ในทางปฏิบัติของศาลเกี่ยวกับคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องอาญานั้น โจทก์ผู้เสียหายจะต้องเสียค่าขึ้นศาลและค่าธรรมเนียมอื่นๆ เช่นค่า คำร้อง คำขอ ตลอดจนค่าส่งประเด็นถือตามคดีแพ่ง¹⁰⁸

จ. ปัญหาการเรียกค่าเสียหาย

การฟ้องคดีเองโดยผู้เสียหายในความผิดส่วนตัวนั้น ผู้เสียหายมีความประสงค์ที่สำคัญอยู่ทั้งสองประการ คือประการแรกผู้เสียหายต้องการได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนที่เกิดจากการล่วงละเมิดสิทธิ์ ประการที่สองต้องการให้ผู้กระทำผิดได้รับการลงโทษ คดีชั้นขึ้นกระทำซ้ำเราเป็นคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา ผู้เสียหายมีสิทธิ์ที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้กระทำผิดได้ แต่ในคดีอาญาผู้เสียหายไม่สามารถที่เรียกค่าเสียหายไปในฟ้องได้ ผู้เสียหายต้องแยกฟ้องเป็นคดีแพ่งฐานละเมิดอีกต่างหาก ในการฟ้องเป็นคดีแพ่งนั้นผู้เสียหายจะต้องเสียค่าขึ้นศาลค่าฤชาธรรมเนียมต่างๆเหมือนกับคดีแพ่งทั่วไปไม่มีการยกเว้น โดยคิดตามทุนทรัพย์ที่เรียกในฟ้อง ทั้งที่ค่าเสียหายที่เรียกนั้นยังไม่ทราบศาลจะให้ตามที่ขอหรือไม่ เพราะผู้เสียหายก็เรียกไปตามที่คิดว่าจะได้ ถ้าหากศาลพิพากษาให้น้อยกว่าที่ฟ้องก็ทำให้ผู้เสียหายต้องเสียค่าฤชาธรรมเนียมมากกว่าที่ควรจะเป็น

¹⁰⁷ ดู ปวอ. มาตรา 31

¹⁰⁸ กระทรวงยุติธรรม. คู่มือตุลาการ (แก้ไขเพิ่มเติม) พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ :

จ. ความไม่เหมาะสมของค่าเสียหาย และการเยียวยาผู้เสียหาย

ผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเรา มีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้ตามลักษณะความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็นสองประเภท ประเภทแรกคือความเสียหายที่เกี่ยวกับวัตถุ หรือความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินได้ (pecuniary loss) เช่น ค่ารักษาพยาบาล ค่ายา ค่าตรวจพิสูจน์พยานหลักฐาน เป็นต้น ค่าเสียหายประเภทนี้สำหรับคดีข่มขืนกระทำชำเราแล้วก็น่าจะมีจำนวนไม่มาก และศาลก็มักจะพิพากษาให้ตามที่ขอหรือตามจ่ายจริง เพราะมีความชัดเจนอยู่แล้ว ความเสียหายประเภทที่สองคือความเสียหายที่ไม่สามารถคำนวณเป็นตัวเงินได้ บางทีเรียกว่าความเสียหายทางศีลธรรม (prejudice Moral) ได้แก่ ความเจ็บปวด ความทุกข์ทรมานทางจิตใจ การสูญเสียความสาว การสูญเสียโอกาสและความรื่นรมย์ในชีวิต ความเสียหายต่อชื่อเสียง และเสรีภาพ เป็นต้น ความเสียหายประเภทนี้ มีผลกระทบต่อ การดำรงชีวิต สภาพจิตใจ สภาพร่างกาย และสภาพทางสังคมของผู้เสียหายเป็นอย่างมาก เมื่อผู้เสียหายฟ้องเรียกค่าเสียหายประเภทนี้ต่อศาล ผลตามแนวคำพิพากษาของศาลไทย ศาลมักจะพิพากษาว่าผู้เสียหายไม่มีสิทธิเรียก¹⁰⁹

ข. ปัญหาการบังคับตามคำพิพากษาส่วนแบ่ง

ในกรณีที่มีการฟ้องเรียกค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนและศาลพิพากษาให้จำเลยชำระค่าสินไหมทดแทนจำนวนหนึ่งให้ผู้เสียหายตามที่ฟ้อง ปัญหาที่เกิดขึ้นได้ในกรณีที่จำเลยเป็นคนยากจน เป็นกรรมกรหาเช้ากินค่ำ ไม่มีทรัพย์สินเงินทองพอที่จะชำระค่าสินไหมทดแทน ผู้เสียหายก็ไม่สามารถที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทนนั้น ก็ต้องรอดต่อไปและปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับคดีตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ความหวังของผู้เสียหายที่จะได้รับค่าเสียหายที่เกิดขึ้นกับตนนั้นก็เลื่อนกลาง ไม่ทราบว่าจะได้หรือไม่ และจะได้เมื่อใด ในทางปฏิบัติมีการบังคับคดีทำนองนี้ได้้น้อยมาก สิ่งเกิดขึ้นกับผู้เสียหายก็คือความเสียหายโดยตลอด ตั้งแต่การถูกละเมิดสิทธิทางเพศก่อนการฟ้องคดี เมื่อฟ้องคดีต่อศาลแล้วผู้เสียหายต้องสูญเสียเงินทองในการฟ้องคดีเองจำนวนมากมาย เมื่อชนะคดีแล้วก็ยังไม่ได้อะไรกลับคืนมา ปัญหาที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายก็ยังไม่ได้มีการแก้ไขเยียวยาอะไรเลยจากการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมแห่งรัฐ ตรงกันข้ามกลับมองเห็นว่าผู้เสียหายได้รับความเสียหายเพิ่มขึ้นไปอีก

ที่กล่าวมาข้างต้นนี้เป็นปัญหาที่ผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราที่ฟ้องคดีเองต้องประสบ และมีความพร้อมที่จะเผชิญกับปัญหาเหล่านี้ตลอดระยะเวลาจนกว่าคดีจะถึงที่สุด ผู้เสียหายต้องคิดหนักและละเอียดยรอบคอบ วิเคราะห์ถึงผลได้ผลเสียที่จะเกิดขึ้นให้ถี่ถ้วนก่อน จึงตัดสินใจฟ้องคดีเอง ไม่เช่นนั้นแล้วความเสียหายก็จะเพิ่มขึ้นได้โดยปัญหาต่างๆที่กล่าวมานี้

¹⁰⁹ นวลพรรณ มหาคุณ, ดุลพาท, เล่มที่ 1 ปีที่ 26, น. 26 - 30.