

ความเหมาะสมในการกำหนดความรับผิดรายบุคคล : ศึกษากรณีความผิด ฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม

The Appropriately Determining Individual Liability: A Study of the Gang Rape Offense

วัชรภัทร ด่านคงรักษ์¹

Watcharapat Dankongrak¹

บทคัดย่อ

การวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาเจตนารมณ์ที่แท้จริง องค์ประกอบความผิด และหลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดรายบุคคลสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมตามระบบกฎหมายไทย โดยเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายอังกฤษ อเมริกา (เฉพาะมลรัฐแคลิฟอร์เนีย) ฝรั่งเศส และเยอรมัน เพื่อนำมาสู่ข้อสรุปเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดรายบุคคลในความผิดดังกล่าวที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายไทย ผลการวิจัยพบว่าความผิดดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองผู้เสียหายจากการถูกล่วงล้ำมากกว่าหนึ่งครั้งโดยผู้กระทำหลายคน และคำว่า “อันมีลักษณะเป็นการโทรม” ถือเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย โดยความผิดดังกล่าวประกอบด้วยการกระทำ 2 ส่วน คือ การร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะที่เป็นตัวการและการพลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งหลักเกณฑ์ของศาลฎีกาที่นำมาใช้ในการกำหนดความรับผิดรายบุคคลบางกรณีเป็นการตีความโดยขยายความที่ขัดกับเจตนารมณ์ที่แท้จริงของความผิดดังกล่าว และบางกรณีเป็นการขยายหลักการเป็นตัวการเพื่อนำมาปรับใช้กับผู้กระทำคนที่สามซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษและทฤษฎีนายเหนือการกระทำความผิด เมื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายต่างประเทศข้างต้น พบว่า ระบบกฎหมายไทยมีแนวการวินิจฉัยที่แตกต่างและเคร่งครัดที่สุด จนกล่าวได้ว่าความผิดดังกล่าวเป็นความผิดของไทยโดยแท้ ดังนั้น เพื่อลบล้างแนวการวินิจฉัยที่เป็นบรรทัดฐานของศาลฎีกาในส่วนที่ขัดด้วยการพลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราซึ่งขัดกับเจตนารมณ์ที่แท้จริงของความผิดดังกล่าว จึงควรแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสาม และศาลไทยควรปรับใช้หลักการเป็นตัวการเฉพาะกรณีที่ผู้กระทำคนที่สามได้กระทำการใกล้ชิดกับความเสียหายที่ผู้เสียหายจะได้รับจากการถูกล่วงล้ำ

คำสำคัญ: การโทรม การข่มขืนกระทำชำเรา ความรับผิดรายบุคคล ประมวลกฎหมายอาญาไทย

¹ นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
Graduate student of Master of Laws Program in Criminal Law, Faculty of Law, Thammasat University
E-mail: watcharapat.dan@gmail.com

Abstract

This research studied the spirit of gang rape law, its elements, and criteria for determining ensuing individual liability in the Thai legal system by comparing with the justice system of the United Kingdom, the State of California in the United States, France, and Germany. The suitable criteria have been suggested for determining ensuing individual liability in the justice system of Thailand. The results showed the spirit of gang rape statutes was to protect victims from assault by multiple offenders as well as repeated attacks by individual assailants. The term “with participation of person in the nature of sexual assault” was the condition for objective punishment. The elements of gang rape statutes were composed of two aspects: jointing commission of rape as principal participants and raping in turn. The criteria of the Supreme Court of Thailand for determining ensuing individual liability in certain cases was inaccurately extensive interpretation insofar as it contradicted the spirit of gang rape law. In certain cases, principal participants were extended to apply to the third offender. Such extensions are incorrect according to proportionality of punishment and Control-Over-the-Act-Theory. The international comparative legal study revealed the decision guidelines in the Thai legal system were different and most stringent. It could be stated that gang rape law had a unique (*sui generis*) interpretation in Thailand. Therefore, to overrule traditional *stare decisis* on raping in turn which was inconsistent with the spirit of the law, section 276, paragraph three of the Thailand Penal Code should be amended. In addition, Thai courts should apply principal participant status to third offenders who only have closely acted to produce the damage that victims have been incurred from violation.

Keywords: Gang Rape, Rape, Individual Liability, Thailand Penal Code

วันที่รับบทความ : 13 มีนาคม 2565

วันที่แก้ไขบทความ : 3 พฤษภาคม 2565

วันที่ตอบรับตีพิมพ์บทความ : 22 พฤษภาคม 2565

1. บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของงานวิจัย

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยบัญญัติเหตุฉกรรจ์ที่เป็นการร่วมกระทำความผิดโดยบุคคลหลายคนในความผิดบางฐาน เช่น มาตรา 309 วรรคสอง, มาตรา 335(7), มาตรา 365(2) โดยบัญญัติด้วยถ้อยคำทำนองว่า “โดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันตั้งแต่...คนขึ้นไป” ซึ่งหมายถึง ผู้กระทำแต่ละคนต้องร่วมกันกระทำในลักษณะที่เป็นตัวการตามมาตรา 83 (หยุด แสงอุทัย, 2553) แต่ในกรณีที่มีการข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคน ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสาม ได้บัญญัติถ้อยคำเพิ่มเติมว่า “อันมีลักษณะเป็นการโทรม” และมีได้กำหนดนิยามดังกล่าวไว้ จึงเป็นดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาเป็นรายกรณี โดยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1685/2503 ถือเป็นคำพิพากษานับแรกที่กำหนดพฤติการณ์อันถือได้ว่าเป็นการโทรม ดังนี้ “...จำเลยช่วยกันจับผู้เสียหายไว้ ให้โอกาสอีกคนหนึ่งผลัดกันกระทำชำเรา ผู้เสียหายต่อหน้าต่อตาตนเอง เป็นการร่วมกันกระทำชำเราหญิงอย่างนี้ย่อมเรียกว่า เข้าลักษณะเป็นการโทรมหญิงได้แล้ว...” (ธรรมนิติ วิชยุเนตน์, 2504) และหลังจากนั้น ศาลฎีกาได้ดำเนินตามบรรทัดฐานของนิยามข้างต้น จนนำมาสู่ข้อสรุปในเบื้องต้นว่า แนวคำพิพากษาศาลฎีกากำหนดให้ความผิดตามมาตรา 276 วรรคสาม ประกอบด้วยกระทำความผิด 2 ส่วน ได้แก่

ส่วนแรก ต้องมีการร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะที่เป็นตัวการ และส่วนที่สอง ต้องมีการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราอย่างน้อยสองคน คนละหนึ่งครั้ง (จิตติ ตึงศกัทธิ, 2553)

ทั้งนี้ การบัญญัติคำว่า “อันมีลักษณะเป็นการโหมม” ไว้ในมาตรา 276 วรรคสาม นำมาสู่ปัญหาแรกที่ว่า ในชั้นการยกวาง ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่แท้จริงเป็นเช่นไร และถ้อยคำข้างต้นเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดหรือเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย รวมทั้งในกรณีที่เป็นการร่วมกันกระทำโดยบุคคลสองคน ศาลฎีกาวางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมว่า หากผู้กระทำคนแรกข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดสำเร็จ แม้ผู้กระทำคนที่สองเพียงพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ผู้กระทำทั้งสองก็ต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมมซึ่งเป็นความผิดสำเร็จ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3051/2525 และ 3007/2532) จึงนำมาสู่ปัญหาที่สองว่า ความผิดฐานดังกล่าวมีการพยายามกระทำความผิดได้หรือไม่ และในกรณีที่เป็นการร่วมกันกระทำโดยบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไป ศาลฎีกาได้นำรูปแบบของการเป็นตัวการและการเป็นผู้สนับสนุนมาปรับใช้กับผู้กระทำคนที่สามที่มีได้ลงมือข่มขืนกระทำชำเรา จึงนำมาสู่ปัญหาสุดท้ายว่า หลักเกณฑ์ใดบ้างที่ศาลนำมาใช้กำหนดความรับผิดของผู้กระทำคนที่สาม ดังนั้นจึงเห็นควรศึกษาถึงเจตนารมณ์และองค์ประกอบความผิด รวมทั้งหลักเกณฑ์ที่ศาลนำมาใช้ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมมของระบบกฎหมายไทย เปรียบเทียบกับของระบบกฎหมายต่างประเทศ เพื่อนำไปสู่แนวทางในการกำหนดความรับผิดรายบุคคลที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายไทยต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาเจตนารมณ์ที่แท้จริงและองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมม ทั้งตามระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศ

1.2.2 เพื่อศึกษาและวิเคราะห์หลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดรายบุคคลของผู้กระทำ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมมตามแนวคำพิพากษาของศาลไทยและศาลต่างประเทศ

1.3 ขอบเขตของการวิจัย

การวิจัยนี้เป็นการศึกษาถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริง องค์ประกอบความผิด และหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดรายบุคคลของผู้กระทำ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมมในระบบกฎหมายไทย เปรียบเทียบกับที่ปรากฏในระบบกฎหมายต่างประเทศ ทั้งระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ได้แก่ อังกฤษกับอเมริกัน และระบบซีวิลลอว์ ได้แก่ ฝรั่งเศสกับเยอรมัน เพื่อนำไปสู่ข้อสรุปเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดรายบุคคลที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายไทย

1.4 สมมติฐานการวิจัย

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมมตามระบบกฎหมายไทยมีเจตนารมณ์ที่แท้จริงและองค์ประกอบความผิด รวมทั้งหลักเกณฑ์ที่ศาลนำมาใช้กำหนดความรับผิดรายบุคคลของผู้กระทำ ความผิดฐานดังกล่าวแตกต่างจากที่ปรากฏในระบบกฎหมายต่างประเทศ

2. วิธีดำเนินการวิจัย

การวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยศึกษาจากเอกสาร (Documentary Research) ดังนี้

- ตัวบทกฎหมาย ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญาของไทย พระราชบัญญัติความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offences Act 2003) ของอังกฤษบนเว็บไซต์ legislation.gov.uk และบัญญัติมาตรฐานโทษ (Sentencing Guideline) บนเว็บไซต์ sentencingcouncil.org.uk ประมวลกฎหมายอาญาแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (The Penal Code of California) บนเว็บไซต์ leginfo.legislature.ca.gov ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส (Code pénal) บนเว็บไซต์ legislationline.org และประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (Strafgesetzbuch) บนเว็บไซต์ gesetze-im-internet.de

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3051/2525, 3007/2532, 2957/2541 และ 1766/2558 จัดพิมพ์โดยเนติบัณฑิตยสภา และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3089/2556 และ 7346/2557 บนเว็บไซต์ deka.supremecourt.or.th รวมทั้งคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ของอังกฤษ บนเว็บไซต์ bailii.org คำพิพากษาศาลสูงแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย บนเว็บไซต์

law.justia.com คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ต้องขัง บ่นเว็บไซต์ legifrance.gouv.fr และคำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐของเยอรมัน บ่นเว็บไซต์ www.hrr-strafrecht.de

- ตำราว่าด้วยคำอธิบายกฎหมายอาญา บทความในวารสารซึ่งสืบค้นจากฐานข้อมูลวารสารอิเล็กทรอนิกส์ หอสมุดแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ รวมทั้งวิทยานิพนธ์ต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ซึ่งสืบค้นจากเว็บไซต์ ora.ox.ac.uk

- รายงานการประชุมเกี่ยวกับการพิจารณาร่างบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม ที่จัดทำโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และที่จัดทำโดยสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

อนึ่ง การวิจัยครั้งนี้มีการตรวจสอบความถูกต้องของข้อมูลโดยผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ จำนวน 3 คน และการวิจัยครั้งนี้ใช้วิธีการวิเคราะห์เนื้อหา (Content Analysis) โดยนำข้อมูลที่ได้จากเอกสารข้างต้นมาวิเคราะห์ตามเค้าโครงที่กำหนด และคำนึงถึงบริบทของเอกสารที่นำมาวิเคราะห์ รวมทั้งกระทำกับเนื้อหาตามที่ปรากฏ (Manifest Content) ในเอกสารมากกว่ากระทำกับเนื้อหาที่ซ่อนอยู่ (Latent Content)

3. สรุปผลการวิจัย

3.1 เจตนารมณ์ที่แท้จริงและองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม

การบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมเป็นความผิดปรากฏเป็นครั้งแรกในกฎหมายตราสามดวง พระอัยการลักษณะฝ่าฝืน มาตรา 90 ซึ่งว่าด้วยอำนาจปกครองบุตรของบิดามารดา โดยชายผู้กระทำความผิดถูกเขียนด้วยลวดหนึ่ง 60 ครั้ง และถูกปรับไหมเป็นทวิคูณอันเป็นการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่บิดาหรือสามีของหญิงผู้เสียหายตามบรรดาศักดิ์ของชายผู้กระทำ (มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2482) ดังนั้น จึงมีลักษณะเป็นความผิดทางแพ่งปนอาญาและมีได้คุ้มครองเสรีภาพทางเพศของหญิงอย่างแท้จริง

หลังจากนั้น แม้จะมีการตราพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 และกฎหมายลักษณะอาญาร.ศ.127 ก็มิได้ปรากฏบทบัญญัติการข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะดังกล่าว จนมาปรากฏอีกครั้งในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งในชั้นการยกร่างของอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในปี พ.ศ. 2485 ร่างบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมที่เสนอให้ที่ประชุมอนุกรรมการพิจารณา มีเนื้อความว่า “ความผิดตามมาตรา 243 (ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา) ...ถ้า...มิได้เกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคลหลายคนเพื่อโทรมหญิง ให้ถือว่าเป็นความผิดต่อส่วนตัว พนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีได้ต่อเมื่อผู้เสียหายร้องทุกข์ขอให้ฟ้อง”

ทั้งนี้ ที่ประชุมอนุกรรมการมีมติให้แก้ไขคำว่า “การกระทำของบุคคลหลายคน” เป็น “บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปสมคบกันกระทำการชำเรา” เพื่อแสดงให้เห็นว่า ต้องมีการร่วมกันกระทำในฐานะตัวการ ส่วนคำว่า “เพื่อโทรมหญิง” ปทานุกรมในขณะนั้นให้นิยามคำว่า “โทรมหญิง” ว่า หมายถึง หลายคนรุมกันชำเราหญิง ซึ่งไม่รวมถึงกรณีที่ช่วยกันหลายคน แต่ให้คนหนึ่งชำเรา โดยที่ประชุมได้ถกเถียงถึงความถูกต้องของการใช้ถ้อยคำดังกล่าว ซึ่งฝ่ายที่เห็นด้วยเห็นว่าเจตนาของผู้กระทำคือเพื่อรุมกันกระทำชำเรา ขณะที่ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยเห็นว่า เจตนาของผู้กระทำคือเพื่อกระทำชำเราเท่านั้น เพียงแต่เมื่อกระทำโดยบุคคลหลายคน จึงเรียกว่าการโทรมหญิง ท้ายที่สุด ที่ประชุมอนุกรรมการเห็นตามฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยและให้ใช้คำว่า “อันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง” เพื่อแสดงให้เห็นว่าการโทรมหญิงเป็นชื่อเรียกการสมคบกันกระทำชำเราในรูปแบบหนึ่งที่ผู้กระทำแต่ละคนต้องได้ข่มขืนกระทำชำเราหญิงผู้เสียหาย จึงนำมาสู่ร่างมาตรา 248 ตามมติของที่ประชุม ความว่า “ความผิดตามมาตรา 243 ...ถ้า...มิได้เกิดขึ้นโดยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปสมคบกันกระทำการชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง...ให้ถือว่าเป็นความผิดต่อส่วนตัว” (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2485) และเมื่อเข้าสู่ชั้นการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร คณะกรรมาธิการวิสามัญได้แก้ไขถ้อยคำให้กระชับขึ้น จนท้ายที่สุดปรากฏเป็นมาตรา 281 ความว่า “การกระทำความผิดตามมาตรา 276 ...ถ้า...มิได้เกิดขึ้นโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง...เป็นความผิดอันยอมความได้” (สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2499)

กระทั่งในปี พ.ศ. 2514 จอมพลถนอม กิตติขจร ได้ออกประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 เปลี่ยนแปลงหลักการของการข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม จากความผิดอาญาแผ่นดินตามมาตรา 281 (เดิม) ย้ายไปบัญญัติเป็นเหตุเพิ่มโทษของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในมาตรา 276 วรรคสองที่ว่า “ถ้าการกระทำความผิด (การข่มขืน

กระทำซ้ำเรา) ตามวรรคแรกได้กระทำ...โดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหนัງ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี” และยังคงเป็นความผิดอาญาแผ่นดินเช่นเดิมตามมาตรา 281 (ใหม่) จวบจนถึงปัจจุบัน แม้ภายหลังจะมีการเพิ่มเติมโทษปรับและเปลี่ยนแปลงวรรคจากวรรคสองเป็นวรรคสามก็ตาม

ทั้งนี้ จากการยกอ้างในชั้นของอนุกรรมการข้างต้น สามารถจำแนกองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมหนัງตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างได้เป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนแรก คือ การร่วมกระทำความผิดด้วยกันในส่วนแรก ซึ่งต้องเป็นการร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะที่เป็นตัวการ และส่วนที่สอง คือ การโทรมหนัງ ซึ่งต้องมีการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราโดยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปอย่างน้อยคนละหนึ่งครั้ง ดังนั้น หากบุคคลเพียงคนเดียวข่มขืนกระทำชำเรา แม้จะมีบุคคลอื่นร่วมกันกระทำความผิดด้วย เช่น ช่วยจับแขนขาผู้เสียหาย ถอดเสื้อผ้าของผู้เสียหาย หรือคอยกั้นมิให้ผู้เสียหายหลบหนี อันเป็นการแบ่งหน้าที่กันทำในฐานะเป็นตัวการ บุคคลที่ได้ร่วมกระทำความผิดทุกคนก็ไม่ต้องรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมหนัງ เนื่องจากไม่มีการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราตามส่วนที่สอง ต้องรับผิดชอบในฐานะเป็นตัวการในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (ภาสกร ญาณสุธี, 2553)

โดยสรุป ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมหนัງตามระบบกฎหมายไทยมีเจตนารมณ์ที่แท้จริงเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายจากการถูกล่วงล้ำมากกว่าหนึ่งครั้งโดยผู้กระทำหลายคน มิใช่คุ้มครองผู้เสียหายจากกรณีที่มีการข่มขืนกระทำชำเราจากผู้กระทำหลายคน แต่มีผู้ล่วงล้ำเพียงคนเดียว โดยมีองค์ประกอบความผิด 2 ส่วน ได้แก่ ต้องมีการร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะที่เป็นตัวการ และต้องมีการโทรมหนัງหรือผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา

ในส่วนของระบบกฎหมายต่างประเทศ พบว่า ประเทศที่ยกขึ้นศึกษาส่วนใหญ่กำหนดการข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะดังกล่าวไว้ในรูปของบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรที่ผู้กระทำต้องรับโทษให้หนักขึ้น ในขณะที่บางประเทศ แม้จะมีได้มีบทบัญญัติดังกล่าว แต่ศาลก็มีเครื่องมือสำคัญบางประการที่นำมาใช้ลงโทษผู้กระทำให้สอดคล้องกับความร้ายแรงของความผิด โดยมีรายละเอียด ดังนี้

กรณีของระบบกฎหมายอังกฤษ พระราชบัญญัติความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 บัญญัติเฉพาะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกรณีธรรมดาไว้ในมาตรา 1 แต่มิได้บัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคนเป็นความผิดซ้ำซ้อน อย่างไรก็ดี หากมีการข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้น ศาลสูงคดีอาญา (Crown Court) ซึ่งทำหน้าที่พิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะนำเครื่องมือที่เรียกว่า บัญชีมาตรฐานโทษ (Sentencing Guideline) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มาใช้กำหนดโทษแก่ผู้ที่มีส่วนในการข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะดังกล่าว โดยบัญชีมาตรฐานโทษประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ส่วน ได้แก่ ความเสียหายที่เกิดขึ้น (Harm) และความน่าตำหนิของผู้กระทำ (Culpability) (Sentencing Council, 2014) ซึ่งองค์ประกอบแต่ละส่วนจะกำหนดรายละเอียดภายในไว้หลากหลาย รวมทั้งจำแนกระดับความรุนแรงและระดับความน่าตำหนิไว้อย่างชัดเจน เพื่อให้ศาลนำไปปรับใช้ได้อย่างครอบคลุมกับรูปแบบที่เป็นไปได้ของการข่มขืนกระทำชำเรา ทั้งนี้ ตัวอย่างของรายละเอียดที่สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีของการข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคน เช่น ได้รับความเสียหายต่อร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรง ถูกกักขังเป็นเวลานานหรือเหตุการณ์เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง ซึ่งจัดอยู่ในความเสียหายที่เกิดขึ้นประเภทที่สอง ในฐานะสถานการณ์ที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะการกระทำหรือผลที่ผู้เสียหายได้รับอย่างรุนแรง และมีการร่วมกันกระทำความผิดกับผู้อื่น ซึ่งจัดอยู่ในความน่าตำหนิของผู้กระทำประเภท A ในฐานะการกระทำที่แสดงให้เห็นถึงระดับความน่าตำหนิที่มากขึ้น โดยมีได้กำหนดรายละเอียดว่าต้องถึงขั้นมีการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา

กรณีของระบบกฎหมายอเมริกัน แม้ประมวลกฎหมายอาญาต้นแบบ (Model Penal Code) ของรัฐบาลกลางจะบัญญัติเฉพาะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ในมาตรา 213.1(1) แต่ประมวลกฎหมายอาญาแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย มาตรา 264.1 (a) ได้บัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคนเป็นความผิดและผู้กระทำต้องรับโทษหนักกว่าการข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 261 และ 262 โดยผู้นั้นอาจข่มขืนกระทำชำเราด้วยตนเองหรือยุยงส่งเสริมให้ผู้อื่นข่มขืนกระทำชำเราก็ได้ ทั้งนี้ การข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 264.1 (a) จำกัดเฉพาะการข่มขืนกระทำชำเราที่ใช้กำลังหรือความรุนแรง ไม่รวมถึงการขู่ข่มขืนหรือทำให้กลัว (Judicial Council of California, 2020)

กรณีของระบบกฎหมายฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส (Code pénal) มาตรา 222-24 อนุมาตรา 6 บัญญัติถึงการข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคนในฐานะเหตุกรรจ์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยต้องเป็นกระทำของบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป ไม่ว่าจะในฐานะผู้กระทำความผิดด้วยกันหรือผู้ร่วมกระทำความผิด

กรณีของระบบกฎหมายเยอรมัน ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (Strafgesetzbuch) มาตรา 177(6) บัญญัติถึงการกระทำทางเพศที่ร้ายแรงเป็นพิเศษ 2 ข้อ ได้แก่ ข้อ 1 การข่มขืนกระทำชำเรา และข้อ 2 การร่วมกันกระทำทางเพศ โดยบุคคลมากกว่า 1 คนขึ้นไป ซึ่งการร่วมกันตามข้อ 2 นี้ย่อมรวมถึงการร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราด้วย โดยการกระทำทางเพศทั้งสองข้อเป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นในระดับเดียวกันกว่าการกระทำทางเพศตามมาตรา 177(1)

เมื่อเปรียบเทียบบทบัญญัติที่ปรากฏในระบบกฎหมายต่างประเทศข้างต้นกับบทบัญญัติที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทย จะพบว่า ระบบกฎหมายต่างประเทศที่ยกขึ้นศึกษา (ยกเว้นระบบกฎหมายอังกฤษ) บัญญัติองค์ประกอบความผิดที่แตกต่างจากระบบกฎหมายไทย จำนวน 2 ประเด็น ได้แก่

ประเด็นแรก รูปแบบของการข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคนอันจะเป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้น กล่าวคือ ระบบกฎหมายอเมริกัน (มลรัฐแคลิฟอร์เนีย) จำกัดเฉพาะกรณีที่เป็นกรรจ์ข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้กำลังหรือความรุนแรง ในขณะที่ระบบกฎหมายต่างประเทศอื่นและระบบกฎหมายไทยไม่ได้จำกัดรูปแบบแต่อย่างใด

ประเด็นที่สอง รูปแบบของการร่วมกันกระทำความผิดอันจะเป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้น กล่าวคือ ระบบกฎหมายต่างประเทศบัญญัติเพียงว่า ต้องร่วมกันกระทำโดยบุคคลหลายคน ซึ่งอาจใช้ถ้อยคำที่ต่างกันไป ก็เป็นเหตุให้ผู้ร่วมกระทำความผิดทุกคนต้องรับโทษหนักขึ้นแล้ว ในขณะที่ระบบกฎหมายไทยบัญญัติว่า นอกจากร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราโดยบุคคลหลายคนแล้ว ยังต้องมีลักษณะเป็นการโหมก กล่าวคือ ต้องมีการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราโดยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปอีกด้วย

จากข้อแตกต่างขององค์ประกอบความผิดข้างต้น โดยเฉพาะในประเด็นที่สอง สะท้อนให้เห็นถึงเจตนารมณ์ที่ต่างกันระหว่างระบบกฎหมายต่างประเทศกับระบบกฎหมายไทย กล่าวคือ ระบบกฎหมายต่างประเทศมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองผู้เสียหายจากการข่มขืนกระทำชำเราที่มีผู้กระทำหลายคน แม้จะมีผู้ล่อล้าเพียงคนเดียว ซึ่งรวมถึงระบบกฎหมายอังกฤษที่แม้ไม่มีบทบัญญัติการข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะดังกล่าว แต่ศาลก็ยังคงมีบัญญัติมาตรฐานโทษสำหรับนำมาใช้กำหนดโทษแก่ผู้ที่มีส่วนในการข่มขืนกระทำชำเรานั้น ในขณะที่ระบบกฎหมายไทยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองผู้เสียหายจากการถูกล่วงล้ำมากกว่าหนึ่งครั้งโดยผู้กระทำหลายคน ซึ่งเป็นการคุ้มครองที่แคบกว่า

ทั้งนี้ สามารถสรุปรายละเอียดของข้อแตกต่างข้างต้นในรูปของตารางได้ ดังนี้

ตารางที่ 1 ผลการเปรียบเทียบเจตนารมณ์ที่แท้จริงและองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมในระบบกฎหมายไทยกับระบบกฎหมายต่างประเทศ

ระบบกฎหมาย	ไทย	อังกฤษ	อเมริกัน (มลรัฐแคลิฟอร์เนีย)	ฝรั่งเศส	เยอรมัน
เจตนารมณ์ที่แท้จริง	คุ้มครองการถูกล่วงล้ำมากกว่า 1 ครั้ง	คุ้มครองการถูกข่มขืนที่มีผู้กระทำหลายคน แม้ถูกล่วงล้ำโดยผู้กระทำคนเดียว			
องค์ประกอบความผิด	1. ไม่จำกัดรูปแบบการข่มขืน	ไม่มีบทบัญญัติโดยเฉพาะ แต่ศาลนำบัญญัติมาตรฐานโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามาใช้ในการกำหนดโทษ	1. จำกัดเฉพาะการข่มขืนที่ใช้กำลัง	1. ไม่จำกัดรูปแบบการข่มขืน	
	2. ร่วมกันข่มขืน		2. ร่วมกันข่มขืน		
			“กระทำด้วยตนเองหรือยุยงส่งเสริมผู้อื่น”	“ตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปในฐานะผู้กระทำความผิดด้วยกันหรือผู้ร่วมกระทำความผิด”	“มากกว่า 1 คนขึ้นไป”
	3. ผลัดเปลี่ยนกันข่มขืน (โทรม)				

3.2 หลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดรายบุคคลของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม

เพื่อให้การปรับใช้องค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมตามระบบกฎหมายไทยซึ่งประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ส่วน ได้แก่ การร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะที่เป็นตัวการ และการโทรมหรือผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา เป็นไปอย่างชัดเจนมากขึ้น ศาลฎีกาได้วางหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดรายบุคคลของผู้กระทำความผิดฐานดังกล่าวเพิ่มเติม ดังนี้

3.2.1 หลักเกณฑ์ของการร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะที่เป็นตัวการ

ศาลฎีกาวางหลักเกณฑ์ว่า ผู้กระทำแต่ละคนอย่างน้อยต้องอยู่ใกล้หรือในบริเวณที่เกิดเหตุเดียวกัน แต่ไม่ต้องถึงขั้นอยู่ในห้องเดียวกับพวกของตนที่กำลังข่มขืนกระทำชำเรา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7346/2557) ทั้งนี้ หากขาดการร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราย่อมถือว่าผู้กระทำแต่ละคนมิได้มีเจตนาร่วมกัน ต่างคนต่างแยกกันข่มขืนกระทำชำเรา คงรับผิดเพียงฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคแรกเท่านั้น (ฤทัย หงส์ศิริ, 2537)

3.2.2 หลักเกณฑ์ของการโทรมหรือผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา

ศาลฎีกาวางหลักเกณฑ์ว่า ต้องเป็นการผลัดเปลี่ยนที่ต่อเนื่องเชื่อมโยงกันและอยู่ในวาระเดียวกันตามแผนที่ผู้กระทำกับพวกได้คบคิดกันมาล่วงหน้า (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3089/2556) แต่หากผู้เสียหายซึ่งถูกผู้กระทำคนหนึ่งข่มขืนกระทำชำเราได้สวมเสื้อผ้าเรียบร้อยแล้ว ภายหลังมีผู้กระทำอีกคนเข้าไปในห้องน้ำที่เกิดเหตุเพื่อข่มขืนกระทำชำเราต่อ ศาลฎีกาถือว่าการข่มขืนกระทำชำเราของผู้กระทำแต่ละคนขาดช่วงแล้ว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1766/2558) และแม้ผู้กระทำทั้งสองคบคิดกันมาล่วงหน้าว่าจะข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย แต่ผู้เสียหายยินยอมให้ผู้กระทำคนแรกกระทำชำเราเท่านั้น ผู้กระทำทั้งสองก็ไม่ต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม เนื่องจากการกระทำของผู้กระทำคนแรกมิใช่การข่มขืนกระทำชำเรา จึงไม่ปรากฏการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา ผู้กระทำคนที่สองเท่านั้น

ที่ต้องรับผิดชอบช่มชืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคแรก ส่วนผู้กระทำคนแรกไม่ต้องรับผิดชอบ เว้นแต่จะได้กระทำการเพิ่มเติม เช่น เมื่อกระทำชำเราเสร็จได้ออกจากห้องพร้อมกับเปิดประตูให้พวกของตนเข้าไปช่มชืนกระทำชำเราต่อ ซึ่งต้องรับผิดชอบในฐานะผู้สนับสนุนในความผิดฐานช่มชืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคแรก ประกอบมาตรา 86

นอกจากนี้ ศาลฎีกายังตีความขยายการผิดเปลี่ยนกันที่จะเป็นความผิดสำเร็จให้รวมถึงกรณีที่ผู้กระทำคนหนึ่งช่มชืนกระทำชำเราผู้เสียหายสำเร็จแล้ว แต่ผู้กระทำคนที่สองยังอยู่ในชั้นพยายามช่มชืนกระทำชำเราด้วย เช่น ยังมีได้สอดใส่อวัยวะเพศของตนเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย หรือสอดใส่อวัยวะเพศของตนเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายไม่ได้ เนื่องจากอวัยวะเพศของตนมีขนาดใหญ่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3051/2525 และที่ 3007/2532) ดังนั้น หากการกระทำของผู้กระทำคนที่สองยังไม่ถึงชั้นพยายามช่มชืนกระทำชำเรา เช่น จับแขนและขาผู้เสียหาย หรือกอดจูบและนอนทับส่วนบนของผู้เสียหาย เพื่อให้ผู้กระทำคนที่หนึ่งช่มชืนกระทำชำเรา ผู้กระทำทั้งสองคงต้องรับผิดชอบเป็นตัวการในความผิดฐานช่มชืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคแรก ประกอบมาตรา 83 เท่านั้น

ทั้งนี้ หากเป็นกรณีที่มีการร่วมกันช่มชืนกระทำชำเราตั้งแต่สามคนขึ้นไป โดยผู้กระทำคนที่หนึ่งได้ช่มชืนกระทำชำเราผู้เสียหายสำเร็จและผู้กระทำคนที่สองได้กระทำถึงชั้นพยายามช่มชืนกระทำชำเรา ศาลฎีกาจะนำรูปแบบการเป็นตัวการและการเป็นผู้สนับสนุนมาปรับใช้กับผู้กระทำคนที่สามเป็นต้นไปที่มีได้กระทำถึงชั้นพยายามช่มชืนกระทำชำเรา โดยได้วางหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดชอบบุคคล ดังนี้

3.2.3 หลักเกณฑ์ของการเป็นตัวการในความผิดฐานช่มชืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม

ศาลฎีกาวางหลักเกณฑ์ว่า ผู้กระทำคนที่สามต้องปรากฏตัวในที่เกิดเหตุขณะที่มีการช่มชืนกระทำชำเราพร้อมกับกระทำการที่แสดงถึงการมีเจตนาร่วมกัน ดังนั้น หากเพียงปรากฏตัวในที่เกิดเหตุ โดยนั่งตมกาวบนรถสามล้อเครื่องและมีได้พูดห้ามปรามพวกของตนเพราะอาจทำให้เกิดอันตรายแก่ตนได้ ย่อมไม่ถือว่าเป็นตัวการในความผิดฐานดังกล่าว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2957/2541)

ทั้งนี้ รูปแบบที่แสดงถึงการมีเจตนาร่วมกันตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาอนุมานได้จากการกระทำภายนอก โดยอาจอยู่ในรูปของการใช้กำลังประทุษร้าย ซึ่งเป็นการกระทำส่วนหนึ่งของความผิดฐานช่มชืนกระทำชำเรา เช่น ช่วยกดคอและตบตี หรือจับแขนและขาผู้เสียหายให้พวกของตนช่มชืนกระทำชำเรา หรือในรูปของการแบ่งหน้าที่กันทำ เช่น ถือเสื้อให้พวกของตนที่เข้าไปช่มชืนกระทำชำเราและคอยดูตารวจ นั่งขวางประตูห้องมิให้คนอื่นเปิดประตูมาเห็น พาผู้เสียหายไปที่เกิดเหตุและอยู่ร่วมรู้เห็นในที่เกิดเหตุตลอดที่พวกของตนช่มชืนกระทำชำเรา หรือในรูปของการอยู่ในที่เกิดเหตุในลักษณะที่สามารถช่วยเหลือได้ทันทั่วทั้งที่ เช่น นั่งคอยช่มชืนกระทำชำเราเป็นคนถัดไปข้างผู้เสียหายโดยถอดกางเกงรอ พวกของตนพาผู้เสียหายไปช่มชืนกระทำชำเราโดยที่ตนอยู่ในที่เกิดเหตุด้วย อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยให้ผู้กระทำคนที่สามต้องรับผิดชอบในฐานะตัวการในความผิดฐานดังกล่าว แม้จะมีได้อยู่ในที่เกิดเหตุขณะที่พวกของตนช่มชืนกระทำชำเรา แต่ได้อยู่ในที่เกิดเหตุและพูดห้ามมิให้ผู้เสียหายร้องก่อนที่พวกของตนแต่ละคนจะได้ช่มชืนกระทำชำเราผู้เสียหายตามลำพัง ซึ่งผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้แล้ว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2957/2541)

3.2.4 หลักเกณฑ์ของการเป็นผู้สนับสนุนในความผิดฐานช่มชืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม

ศาลฎีกาวางหลักเกณฑ์ว่า ต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำคนที่สามได้ช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่ผู้กระทำ ความผิด โดยที่ตนมิได้อยู่ร่วมในขณะที่เกิดเหตุ แม้จะได้วางแผนหรือกระทำการร่วมกันก่อนหน้านั้น เช่น พาผู้เสียหายไปยังที่เกิดเหตุ โดยที่ตนนอกจากที่เกิดเหตุก่อนที่พวกของตนจะช่มชืนกระทำชำเรา และภายหลังได้พาผู้เสียหายกลับไปยังห้องพัก หรือกระทำชำเราโดยผู้เสียหายยินยอมแล้วออกจากห้อง ปล่อยให้พวกของตนเข้าไปช่มชืนกระทำชำเราโดยมิได้ห้ามปราม

ในส่วนของระบบกฎหมายต่างประเทศ พบว่า ศาลสูงของแต่ละประเทศได้วางหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดชอบบุคคลในความผิดฐานดังกล่าว ทั้งที่เหมือนกันและแตกต่างกันตามบทบัญญัติของกฎหมายประเทศนั้น ๆ อันเป็นผลมาจากการเลือกใช้ระบบการแบ่งแยกผู้กระทำความผิดหลายคนของแต่ละประเทศ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

กรณีของระบบกฎหมายอังกฤษ ที่แม้จะมีได้กำหนดให้การช่มชืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมเป็นความผิดไว้โดยชัดแจ้ง แต่ศาลสูงคดีอาญาจะมีการนำบัญญัติมาตรฐานโทษในความผิดฐานช่มชืนกระทำชำเรามาใช้เป็น

กรอบกำหนดโทษแก่ผู้ร่วมข่มขืนกระทำชำเราในลักษณะดังกล่าว โดยเริ่มจากการกำหนดประเภทของความเสียหายที่เกิดขึ้น (Harm) ต่อด้วยการกำหนดประเภทของความน่าตำหนิของผู้กระทำ (Culpability) จากนั้นศาลจะกำหนดโทษเริ่มต้น (Starting point) ให้สอดคล้องกับประเภทของความเสียหายที่เกิดขึ้นและความน่าตำหนิของผู้กระทำที่กำหนดไว้ แล้วใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่จะลงให้อยู่ภายในระวางโทษ (Category range) ที่บัญญัติมาตรฐานโทษกำหนด โดยสามารถลดลงหรือเพิ่มขึ้นจากโทษเริ่มต้นได้ ขึ้นอยู่กับว่ามีข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุลดโทษ (Mitigating factors) หรือเหตุเพิ่มโทษ (Aggravating factors) หรือไม่ (Sentencing Council, 2014) ตัวอย่างเช่น คดี Nouri and Anor, 2012) ซึ่งศาลอุทธรณ์แผนกคดีอาญาพิพากษาจำคุกจำเลยทั้งสองคนละ 16 ปี โดยนำรายละเอียดในส่วนที่ว่าด้วยการประทุษร้ายต่อผู้เสียหายอย่างต่อเนื่องและยาวนาน อันเป็นความเสียหายประเภทที่ 2 และส่วนที่ว่าด้วยการร่วมกันกระทำความผิดมากกว่าหนึ่งคนขึ้นไป อันเป็นความน่าตำหนิประเภท A รวมทั้งส่วนที่ว่าด้วยการหลั่งน้ำอสุจิ อันเป็นเหตุเพิ่มโทษด้วย มาใช้ในการกำหนดโทษแก่จำเลยทั้งสอง (Nouri and, 2012) โดยที่การร่วมกันกระทำความผิดมากกว่าหนึ่งคนขึ้นไปนั้น มิได้มีการระบุไว้ดังที่ผู้กระทำหลายคนได้มีการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา

ทั้งนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับแนวการวินิจฉัยตามระบบกฎหมายไทยแล้ว จะพบว่า ศาลไทยไม่สามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษได้อย่างยืดหยุ่นและหลากหลายเช่นเดียวกับที่ศาลอังกฤษใช้ในบัญญัติมาตรฐานโทษ เนื่องจากถูกจำกัดให้วินิจฉัยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรตามองค์ประกอบความผิดที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแม้ในทางปฏิบัติ ศาลไทยจะมีบัญญัติมาตรฐานโทษที่เรียกว่า “ยี่ตอก” เพื่อใช้กำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดฐานต่าง ๆ เช่นเดียวกับศาลอังกฤษ แต่บัญญัติมาตรฐานโทษดังกล่าวกลับมิได้เปิดเผยให้สาธารณชนทราบ ดังนั้น จึงไม่สามารถเปรียบเทียบข้อเหมือนและข้อแตกต่างระหว่างบัญญัติมาตรฐานโทษของศาลไทยกับของศาลอังกฤษได้

กรณีของระบบกฎหมายอเมริกัน ในส่วนของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ซึ่งเลือกใช้ระบบผู้กระทำความผิดหนึ่งเดียว (Monistic Approach) ที่ถือว่าผู้มีส่วนร่วมทุกคนล้วนเป็นผู้กระทำความผิดและสันนิษฐานว่าความผิดที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลมาจากการมีส่วนร่วมที่เท่ากันของผู้กระทำแต่ละคน (Krebs, 2015) ดังจะเห็นได้จากมาตรา 31 แห่งประมวลกฎหมายอาญาแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียที่กำหนดให้ทุกคนที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดร้ายแรง (Felony) หรือความผิดไม่ร้ายแรง (Misdemeanor) ไม่ว่าจะทำผิดโดยตรงหรือยุยงส่งเสริมการกระทำความผิดนั้นย่อมถือเป็นผู้กระทำความผิด (Principals) และแม้ว่าจะยอมรับการแบ่งแยกออกเป็นผู้กระทำความผิด (Perpetrators) และผู้ร่วมกระทำความผิด (Accomplices) แต่ก็ยังกำหนดให้ผู้ร่วมกระทำความผิดอาจถูกพิพากษาได้ แม้ผู้กระทำความผิดจะยังมิได้ถูกฟ้องร้อง หรือมิได้ถูกพิพากษา หรือถูกพิพากษาในความผิดหรือระดับของความผิดที่แตกต่างจากผู้ร่วมกระทำความผิด หรือได้รับความคุ้มกันที่จะไม่ถูกฟ้องร้องหรือถูกพิพากษา หรือถูกพิพากษาให้พ้นจากความรับผิดชอบแล้วก็ตาม โดยศาลสูงแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียวางหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดชอบตามมาตรา 264.1 (a) แห่งประมวลกฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนียว่า ผู้ที่ต้องรับผิดชอบตามมาตราดังกล่าวอาจเพียงปรากฏตัวในที่เกิดเหตุโดยรอบ (General scene) และได้ยุยงส่งเสริมผู้กระทำความผิดโดยไม่จำเป็นต้องลงมือกระทำด้วยตนเองหรือปรากฏตัวในที่เกิดเหตุเฉพาะเจาะจง (Exact scene) ก็เพียงพอที่จะเป็นเหตุให้ผู้ต้องหาต้องรับโทษหนักขึ้นเช่นเดียวกับการลงมือข่มขืนกระทำชำเราด้วยตนเอง จึงกล่าวได้ว่า หากมีผู้กระทำความผิดหลายคน โดยผู้กระทำคนหนึ่งลงมือข่มขืนกระทำชำเรา ในขณะที่ผู้กระทำคนอื่นปรากฏตัวในที่เกิดเหตุและทำหน้าที่สนับสนุนให้การข่มขืนกระทำชำเราเป็นไปอย่างสะดวก ไม่ว่าจะโดยทางตรง เช่น คอยจับแขนขาและหุบศีรษะของผู้เสียหาย (People v. Best [1983]) หรือโดยทางอ้อม เช่น ใช้ปืนขู่สมาชิกในครอบครัวของผู้เสียหายมิให้ขัดขืน (People v. Champion [1995]) ย่อมถือว่าเป็นการร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 264.1 (a) แล้ว โดยผู้กระทำแต่ละคนไม่จำเป็นต้องได้ผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา

ทั้งนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดชอบตามระบบกฎหมายไทย พบว่า มีทั้งข้อที่เหมือนและที่แตกต่างกัน โดยข้อที่เหมือนกัน คือ ทั้งศาลสูงแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียและศาลฎีกาไทยวางหลักเกณฑ์ว่า ผู้ที่ต้องรับผิดชอบอย่างน้อยต้องปรากฏตัวในที่เกิดเหตุ ซึ่งอาจเป็นการปรากฏตัวบริเวณโดยรอบ ไม่จำเป็นต้องอยู่ในห้องที่เกิดเหตุ ส่วนข้อที่แตกต่างกัน คือ ศาลสูงแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียวางหลักเกณฑ์ว่า เพียงแต่กระทำโดยบุคคลหลายคน ก็เป็นความผิดตามมาตรา 264.1 แล้ว ไม่จำเป็นต้องเป็นตัวการหรือถึงขนาดได้ผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา ในขณะที่ศาลฎีกาไทยวาง

หลักเกณฑ์ว่า นอกจากเป็นการกระทำโดยบุคคลหลายคนแล้ว ยังต้องประกอบด้วยการกระทำอีก 2 ส่วน ได้แก่ ต้องมีการร่วมกันกระทำในลักษณะเป็นตัวการและต้องมีการโทรมหรือผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา จึงจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมตามมาตรา 276 วรรคสาม

กรณีของระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งเลือกใช้ระบบผู้กระทำความผิดหนึ่งเดียวเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากมาตรา 121-6 ที่แม้จะยอมรับการแบ่งแยกเป็นผู้ลงมือกระทำความผิด (*l'auteur matériel*) และผู้ร่วมกระทำความผิด (*les complices*) แต่ก็ยังกำหนดให้ผู้ร่วมกระทำความผิดต้องรับโทษเสมือนเป็นผู้ลงมือกระทำความผิด รวมทั้งในทางปฏิบัติ ศาลฝรั่งเศสยังแบ่งแยกการเป็นตัวการ (*coauteur*) ออกจากการเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดเพื่อลดภาระการพิสูจน์ของศาลอีกด้วย (Marguery, 2018) โดยศาลฎีกาแผนกคดีอาญาวางหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดตามมาตรา 222-24 6° ว่า โดยหลัก ต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำแต่ละคนได้ร่วมกลุ่มกันกระทำความผิดในเวลาและสถานที่เดียวกัน เว้นแต่จะได้กระทำต่างเวลาและต่างสถานที่อันเป็นผลมาจากการตกลงกันไว้ล่วงหน้า (CC. Crim. 30 sept. 2009, 09-84.598) สอดคล้องกับข้อยกเว้นของหลักเกณฑ์การเป็นตัวการในระบบกฎหมายฝรั่งเศส โดยที่ต้องมีข้อเท็จจริงปรากฏว่า บุคคลหนึ่งเป็นผู้ลงมือกระทำความผิด ส่วนบุคคลอีกคนหนึ่งจะกระทำการในฐานะเป็นตัวการหรือเป็นผู้ร่วมกระทำความผิด ก็ล้วนเป็นเหตุให้ผู้มีส่วนร่วมในการกระทำทุกคนต้องรับโทษหนักกว่าการข่มขืนกระทำชำเราโดยบุคคลคนเดียวแล้ว (CC. Crim. 18 juin 1997, Bulletin no 241) อย่างไรก็ตาม หากไม่ปรากฏการกระทำร่วมกันหรือการยุยงส่งเสริมกันในระหว่างผู้กระทำความผิดด้วยกัน แม้จะมีการข่มขืนกระทำชำเราโดยต่อเนื่อง ก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 222-24 6° (CC. Crim. 16 mars 2016, 15-87.750)

ทั้งนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดตามระบบกฎหมายไทย พบว่า มีทั้งข้อที่เหมือนและข้อที่แตกต่างกัน โดยข้อที่เหมือนกันประกอบด้วย 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก ผู้ที่ต้องรับผิดชอบดังกล่าวต้องปรากฏตัวในเวลาและสถานที่เดียวกัน และประการที่สอง แม้จะได้ข่มขืนกระทำชำเราโดยต่อเนื่อง แต่หากไม่มีพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำร่วมกัน ผู้กระทำแต่ละคนก็ไม่ต้องรับผิดชอบดังกล่าวอันจะเป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้น ส่วนข้อที่แตกต่างกันประกอบด้วย 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาฝรั่งเศสวางหลักเกณฑ์ว่า ให้รวมถึงการร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นต่างเวลาและต่างสถานที่กันด้วย กรณีที่ได้มีการตกลงกันไว้ล่วงหน้า ในขณะที่ศาลฎีกาไทยมิได้วางหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ และประการที่สอง ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาฝรั่งเศสวางหลักเกณฑ์ว่า เพียงแต่ร่วมกันกระทำโดยบุคคลหลายคน โดยที่ผู้กระทำคนอื่นอาจกระทำในฐานะผู้ร่วมกระทำความผิด ก็เพียงพอให้ผู้มีส่วนร่วมข่มขืนกระทำชำเราทุกคนต้องรับโทษหนักขึ้นแล้ว ในขณะที่ศาลฎีกาไทยวางหลักเกณฑ์ว่า นอกจากร่วมกันกระทำโดยบุคคลหลายคนแล้ว ยังต้องประกอบด้วยการกระทำอีก 2 ส่วน ได้แก่ ต้องร่วมกันกระทำในลักษณะเป็นตัวการและต้องมีการโทรมหรือผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา จึงจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม

กรณีของระบบกฎหมายเยอรมัน ซึ่งเลือกใช้ระบบผู้ร่วมกระทำความผิด (*Dualistic Approach*) ที่แบ่งแยกผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดแต่ละคนออกเป็นผู้กระทำความผิดกับผู้ร่วมกระทำความผิดอย่างชัดเจน รวมทั้งกำหนดโทษลดหลั่นกันตามระดับของการมีส่วนร่วม (Krebs, 2015) ดังจะเห็นได้จากมาตรา 25 มาตรา 27 และมาตรา 28 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ซึ่งแบ่งแยกผู้กระทำความผิดออกเป็น 3 รูปแบบย่อย ได้แก่ ผู้กระทำความผิดโดยตรง ผู้กระทำความผิดโดยอ้อม และผู้กระทำความผิดร่วมหรือตัวการ และแบ่งแยกผู้ร่วมกระทำความผิดออกเป็น 2 รูปแบบย่อย ได้แก่ ผู้ใช้และผู้สนับสนุน โดยศาลยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐวางหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดตามมาตรา 177(6) ข้อ 2 ว่า ต้องเป็นการร่วมกันกระทำในลักษณะที่เป็นตัวการ โดยผู้ที่ร่วมกระทำทุกคนไม่จำเป็นต้องได้กระทำชำเราผู้เสียหายหรือให้ผู้เสียหายกระทำเช่นนั้นกับตน (BGH, 1 StR 32/01) เท่ากับมิได้คำนึงว่าต้องได้มีการผลัดเปลี่ยนกันกระทำชำเราโดยการกระทำในลักษณะที่เป็นตัวการพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก ต้องมีการวางแผนร่วมกัน และประการที่สอง ต่างคนต่างมีส่วนร่วมในการกระทำที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งในส่วนของ “การกระทำที่เป็นสาระสำคัญ” พิจารณาจากเงื่อนไขย่อย 3 ประการ ได้แก่ ระดับผลประโยชน์ที่ผู้กระทำได้รับจากผลสำเร็จของความผิด ความซับซ้อนของการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด และอำนาจเหนือการกระทำความผิด (Rinceanu, 2018)

ทั้งนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดตามระบบกฎหมายไทย พบว่า มีทั้งข้อที่เหมือนและข้อที่แตกต่างกัน โดยข้อที่เหมือนกัน คือ ต้องมีการร่วมกันกระทำในลักษณะที่เป็นตัวการ ส่วนข้อที่แตกต่างกัน คือ

ศาลฎีกาไทยเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ที่เป็นการกระทำอีกส่วนหนึ่ง คือ ต้องมีการโทรมหรือผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราอีกด้วย จึงจะเป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมซึ่งมีระวางโทษหนักขึ้น

จากการเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดชอบบุคคลในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมดังที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทยกับที่ปรากฏในระบบกฎหมายต่างประเทศข้างต้น พบว่า ระบบกฎหมายไทยมีหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดชอบที่เคร่งครัดที่สุด กล่าวคือ กรณีที่มีผู้กระทำสองคน นอกจากต้องร่วมกันกระทำในลักษณะที่เป็นตัวการแล้ว ผู้กระทำทั้งสองยังต้องมีการโทรมหรือผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายด้วย จึงจะเป็นเหตุให้ผู้กระทำทั้งสองต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลคนเดียวและกรณีที่มีผู้กระทำตั้งแต่สามคนขึ้นไป ศาลฎีกาได้นำรูปแบบการเป็นตัวการและผู้สนับสนุนมาใช้กับผู้กระทำคนที่สามที่มีได้กระทำถึงขั้นพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ในขณะที่ระบบกฎหมายต่างประเทศมีหลักเกณฑ์เพียงว่า การข่มขืนกระทำชำเรานั้นต้องได้กระทำโดยบุคคลหลายคนร่วมกัน ซึ่งไม่จำเป็นต้องถึงขนาดเป็นตัวการ ดังเช่นในระบบกฎหมายอังกฤษ อเมริกัน (มลรัฐแคลิฟอร์เนีย) และฝรั่งเศส หรืออาจต้องเป็นตัวการ แต่ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดมีการโทรม ดังเช่นในระบบกฎหมายเยอรมัน ก็จะเป็นเหตุให้ผู้ร่วมกระทำทุกคนต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลคนเดียวแล้ว ทั้งนี้ สามารถสรุปภาพรวมของข้อแตกต่างดังกล่าวในรูปของตารางได้ ดังนี้

ตารางที่ 2 ผลการเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดชอบบุคคลของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมในระบบกฎหมายไทยกับระบบกฎหมายต่างประเทศ

ระบบกฎหมาย	หลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดชอบบุคคล		
	ร่วมกันข่มขืน โดยบุคคลหลายคน	ร่วมกันข่มขืน ในลักษณะที่เป็นตัวการ	มีการโทรมหรือ ผลัดเปลี่ยนกันข่มขืน
อังกฤษ	/	X	X
อเมริกัน (มลรัฐแคลิฟอร์เนีย)			
ฝรั่งเศส			
เยอรมัน	/	/	X
ไทย	/	/	/

(และนำรูปแบบตัวการและผู้สนับสนุนมาใช้กับผู้กระทำคนที่สามเป็นต้นไป
ที่มีได้พยายามข่มขืนกระทำชำเรา)

4. อภิปรายผล

4.1 เจตนารมณ์ที่แท้จริงและองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม

ระบบกฎหมายไทยมีเจตนารมณ์ที่แท้จริงและองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมแตกต่างจากที่ปรากฏในระบบกฎหมายต่างประเทศที่ยกขึ้นศึกษาอย่างมาก จนกล่าวได้ว่า เป็นความผิดของไทยโดยแท้ กล่าวคือ มีเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองผู้เสียหายจากการถูกล่วงล้ำโดยผู้กระทำหลายคน ซึ่งสะท้อนให้เห็นจากองค์ประกอบความผิดที่มีการเพิ่มเติมลักษณะการร่วมกันกระทำ นอกจากการเป็นตัวการข่มขืนกระทำชำเราโดยทั่วไป คือ ต้องมีลักษณะเป็นการโทรม ซึ่งหมายถึง ต้องมีการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราโดยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ในขณะที่ระบบกฎหมายต่างประเทศมีเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองผู้เสียหายจากการข่มขืนกระทำชำเราที่มีผู้กระทำหลายคน แม้จะมีผู้ล่วงล้ำเพียงคนเดียว ซึ่งสะท้อนให้เห็นจากองค์ประกอบความผิดที่กำหนดเพียงว่า ต้องเป็นการร่วมกันกระทำ

โดยบุคคลหลายคน โดยมีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกัน แต่ไม่ได้กำหนดว่าต้องถึงขนาดได้ผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเรา จึงจะเป็นเหตุให้ผู้ร่วมกระทำต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลคนเดียว

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาในชั้นการยกร่างของอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในปี พ.ศ. 2485 จะพบว่า คำว่า “อันมีลักษณะเป็นการโทรม” เป็นส่วนขยายในการอธิบายถึงการร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราแบบหนึ่ง ซึ่งที่ประชุมอนุกรรมการมิได้ประสงค์จะให้เจตนาของผู้กระทำคลุมไปถึงถ้อยคำดังกล่าว ดังนั้น ถ้อยคำดังกล่าวจึงเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย ซึ่งผู้กระทำแต่ละคนไม่จำเป็นต้องรู้ เพียงแต่มีข้อเท็จจริงปรากฏว่า ได้มีการผลัดเปลี่ยนกันล่วงล้ำระหว่างผู้กระทำตั้งแต่สองคนขึ้นไปในการร่วมกันข่มขืนกระทำชำเรา ก็เป็นเหตุให้ผู้กระทำแต่ละคนต้องรับโทษหนักขึ้นแล้ว รวมทั้งนำมาสู่ผลทางกฎหมายที่ว่า ไม่มีการพยายามกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม เนื่องจากกรณีที่มีความผิดฐานใดมีข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบนั้นต่อเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไข หากข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่ปรากฏย่อมถือว่าความผิดฐานนั้นมิได้เกิดขึ้นเลย ผู้กระทำจึงไม่ต้องรับผิดแม้กระทำการพยายามกระทำความผิดฐานนั้น (หยุด แสงอุทัย, 2554) ซึ่งแตกต่างจากที่มานิตย์ สุราพร (2529) เคยให้ความเห็นว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม มีพยายามกระทำความผิดได้ โดยคำว่า “อันมีลักษณะเป็นการโทรม” เป็นพฤติการณ์ของการกระทำที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น โดยไม่คำนึงถึงผล ซึ่งเมื่อเทียบเคียงกับบทบัญญัติความผิดอื่นที่ไม่คำนึงถึงผล เช่น มาตรา 230 และบทบัญญัติความผิดอื่นที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น เช่น มาตรา 336 ยังมีการพยายามกระทำความผิดได้ ดังนั้น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมจึงมีการพยายามกระทำความผิดได้เช่นกัน

4.2 หลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดรายบุคคลของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม

ระบบกฎหมายไทยมีหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดรายบุคคลในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมแตกต่างจากระบบกฎหมายต่างประเทศที่ยกขึ้นศึกษา จนถือได้ว่า มีหลักเกณฑ์ที่เคร่งครัดที่สุด กล่าวคือนอกจากร่วมกันกระทำในลักษณะที่เป็นตัวการแล้ว ผู้กระทำตั้งแต่สองคนขึ้นไปต้องได้โทรมหรือผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายด้วย จึงจะเป็นเหตุให้ผู้ร่วมกระทำทุกคนต้องรับโทษหนักขึ้น ในขณะที่ระบบกฎหมายต่างประเทศเพียงแค่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยบุคคลหลายคนร่วมกัน ซึ่งไม่จำเป็นต้องถึงขนาดเป็นตัวการ หรือเป็นตัวการแต่ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดได้มีการโทรม ก็เป็นเหตุให้ผู้ร่วมกระทำทุกคนต้องรับโทษหนักขึ้นแล้ว

ทั้งนี้ ศาลฎีกาไทยได้วางหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดเพิ่มเติมเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมที่เป็นความผิดสำเร็จ ให้นำถึงกรณีที่มีผู้กระทำคนที่หนึ่งข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายเป็นความผิดสำเร็จ ส่วนผู้กระทำคนที่สองยังอยู่ในชั้นพยายามข่มขืนกระทำชำเราด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ที่แท้จริงของความผิดฐานดังกล่าวแล้วที่คุ้มครองผู้เสียหายจากการถูกล่วงล้ำโดยผู้กระทำหลายคน การกำหนดให้การร่วมกันกระทำของผู้กระทำทั้งสองซึ่งยังมีได้มีการล่วงล้ำผู้เสียหายมากกว่าหนึ่งครั้งเป็นการข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม นั้นน่าจะเป็นการตีความโดยขยายความที่ไม่ถูกต้อง เนื่องจากขัดต่อเจตนารมณ์ที่แท้จริงของความผิดฐานดังกล่าว ซึ่งสอดคล้องกับที่อัมพร ณ ตะกั่วทุ่ง (2525) เคยให้หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3051/2525 ว่า การโทรมหญิงต้องผลัดกันกระทำชำเราหญิงอันเป็นความผิดสำเร็จ เมื่อมีจำเลยเพียงคนเดียวที่ข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดสำเร็จ ส่วนจำเลยอีกคนเพียงแต่พยายามข่มขืนกระทำชำเรา จำเลยทั้งสองจึงต้องรับผิดเพียงฐานร่วมกันข่มขืนกระทำชำเรา

นอกจากนี้ กรณีที่มีผู้กระทำตั้งแต่สามคนขึ้นไป ศาลฎีกาไทยได้นำรูปแบบการเป็นตัวการและผู้สนับสนุนมาใช้กับผู้กระทำคนที่สามที่มีได้กระทำถึงชั้นพยายามข่มขืนกระทำชำเรา อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2957/2541 ได้ขยายการเป็นตัวการในความผิดฐานดังกล่าวให้รวมไปถึงกรณีที่ผู้กระทำคนที่สามมิได้ปรากฏตัวในที่เกิดเหตุในขณะที่ผู้เสียหายถูกข่มขืนกระทำชำเรา แต่ได้พูดห้ามมิให้ผู้เสียหายร้องในที่เกิดเหตุตอนแรกก่อนที่ผู้เสียหายจะถูกพวกของตนข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งน่าจะสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ (Proportionality of Punishment) ที่กำหนดให้โทษที่ลงแก่ผู้กระทำต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงในการกระทำความผิดของผู้คน โดยเฉพาะส่วนที่ว่าด้วยความเท่าเทียมกัน (Parity) ที่กำหนดให้ในความผิดประเภทเดียวกันอาจมีระดับความร้ายแรงที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับระดับ

ของอันตรายที่เกิดขึ้นจากการกระทำและความน่าตำหนิของผู้กระทำ (Hirsch & Ashworth, 2012) ซึ่งจะเห็นได้ว่า ในส่วนของอันตรายที่เกิดขึ้นจากการพูดห้ามมิให้ผู้เสียหายร้องของผู้กระทำคนที่สามนั้นยังห่างไกลจากความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับการถูกล่วงล้ำ จึงมีระดับความร้ายแรงน้อยกว่าการกระทำของพวกเขาของตน รวมทั้งยังไม่สอดคล้องกับทฤษฎีนายเหนือการกระทำความผิด (Hegemony-Over-the Act-Theory) ซึ่งกำหนดว่า ผู้กระทำคนใดสามารถควบคุมหรือกำกับให้มีการกระทำตามเจตนาหรือตามที่วางแผนไว้ ผู้นั้นต้องรับผิดชอบในฐานะผู้กระทำผิด แต่หากไม่อาจควบคุมหรือกำกับเช่นนั้นได้ ผู้นั้นต้องรับผิดชอบในฐานะผู้ร่วมกระทำผิด (สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, 2551) โดยจะเห็นว่า ผู้กระทำคนที่สามตามคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นได้ออกจากที่เกิดเหตุก่อนที่จะพวกเขงตนเองจะข่มขืนกระทำชำเรา ย่อมไม่สามารถควบคุมหรือกำกับการข่มขืนกระทำชำเรา นั้น จึงไม่ต้องรับผิดชอบในฐานะผู้กระทำผิดร่วมหรือตัวการ แต่การพูดห้ามมิให้ผู้เสียหายร้องถือเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกก่อนที่จะพวกเขงตนเองจะข่มขืนกระทำชำเรา จึงยังต้องรับผิดชอบในฐานะผู้ร่วมกระทำผิด คือ ผู้สนับสนุนในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรม

5. ข้อเสนอแนะ

ผู้วิจัยเสนอให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสาม จากที่ว่า “โดยร่วมกระทำผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน” เป็น “โดยได้กระทำชำเราด้วยกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป” ซึ่งคำว่า “ได้กระทำชำเราด้วยกัน” หมายถึง ผู้กระทำตั้งแต่สองคนขึ้นไปต้องได้ร่วมกันกระทำถึงขั้นที่ใช้อวัยวะเพศของแต่ละคนล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้เสียหายแล้ว จึงจะเป็นผลให้ผู้กระทำตั้งแต่สองคนขึ้นไปนั้นต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 276 วรรคสาม มิใช่หมายถึง การร่วมกันกระทำในลักษณะที่เป็นตัวการเท่านั้น ซึ่งอาจเป็นกรณีที่มีผู้กระทำเพียงคนเดียวที่ล่วงล้ำ ส่วนผู้กระทำอีกคนอาจช่วยจับแขนขาผู้เสียหายหรือดูต้นทาง โดยหากเกิดข้อเท็จจริงดังเช่นกรณีหลัง ผู้กระทำทั้งสองยังคงต้องรับผิดชอบร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคแรก ประกอบมาตรา 83 เท่านั้น ทั้งนี้ การแก้ไขข้างต้นจะทำให้การตีความการร่วมกันกระทำที่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมสอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่แท้จริงและเป็นที่ยุติว่า ไม่ครอบคลุมถึงการผลัดเปลี่ยนกันไปในลักษณะที่ผู้กระทำคนที่สองยังอยู่ในขั้นพยายามข่มขืนกระทำชำเราแต่อย่างใด

นอกจากนี้ ศาลควรระมัดระวังถึงการนำหลักการเป็นตัวการมาปรับใช้กับผู้กระทำคนที่สามที่ยังมิได้ข่มขืนกระทำชำเราอันเป็นความผิดสำเร็จ ในกรณีที่ผู้กระทำสองคนแรกได้ข่มขืนกระทำชำเราแล้ว โดยไม่ควรนำหลักการเป็นตัวการมาปรับใช้กับการกระทำของผู้กระทำคนที่สามที่ยังห่างไกลจากความเสียหายที่ผู้เสียหายจะได้รับจากการถูกล่วงล้ำดังเช่นที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2957/2541 ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า ควรต้องรับผิดชอบในฐานะเป็นผู้สนับสนุนแทน

6. เอกสารอ้างอิง

- จิตติ ดิงศรัทิตย์. (2553). *คำอธิบาย ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และ 3* (พิมพ์ครั้งที่ 7). บริษัท ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ้ง จำกัด.
- ธรรมนิศย์ วิษณุเดนิศย์. (2504). พฤติการณ์ที่ถือว่าเป็นการโทรมหญิง. *คูลพาท*, 8(9), 973-976.
- ภาสกร ญาณสุธี. (2553). *คำอธิบายและการต่อสู้คดีข่มขืน* อนุจารย์ พรากผู้เยาว์. นิตยธรรม.
- มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง. (2482). *ประมวลกฎหมาย รัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 พิมพ์ตามฉบับหลวงตรา 3 ดวง เล่ม 2*. มหาวิทยาลัย.
- มานิตย์ สุธาวร. (2529). พยายามโทรมหญิงมิได้หรือไม่. *บทบัญญัติ*, 42(3), 1-8.
- ฤทัย หงสสิริ. (2537). ข้อสังเกตจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่อง “โทรมหญิง”. *อัยการ*, 17(196), 1-6.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2485). *รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 279/63/2485 วันพฤหัสบดีที่ 19 กุมภาพันธ์ 2485*.
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. (2499). *รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 13/2499 (สามัญ) ชุดที่ 1 วันเสาร์ที่ 8 กันยายน 2499*.

- สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2551). ผู้กระทำความผิดและการร่วมกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน. *จุลพาท*, 55(3), 192-207.
- หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญภาค 2-3 (ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 11, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2553)
- หยุด แสงอุทัย. (2554). *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 21). สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อัมพร ณ ตะกั่วทุ่ง. (2525). *หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3051/2525*. เนติบัณฑิตยสภา.
- Hirsch, A. v., & Ashworth, A. (2012). *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*. Oxford University Press.
- Judicial Council of California. (2020, October). *CALCRIM No. 1001. Rape or Spousal Rape in Concert* (Pen. Code, § 264.1). <https://www.justia.com/criminal/docs/calcrim/1000/1001/>
- Krebs, B. (2015). *Criminal Enterprise in English and German Law* [Doctoral Thesis, University of Oxford]
- Oxford University Research Archive (ORA). <https://bit.ly/3i4d4mC>
- Marguery, T. (2018). France. In L. Peters (Eds), *Acting together in crime : a comparative analysis of joint perpetration of and assistance to criminal offences under French, German, Austrian and Italian criminal law in light of five Dutch Supreme Court cases* (pp. 77-102) Eleven International Publishing.
- Rinceanu, J. (2018). Germany. In L. Peters (Eds), *Acting together in crime : a comparative analysis of joint perpetration of and assistance to criminal offences under French, German, Austrian and Italian criminal law in light of five Dutch Supreme Court cases* (pp. 104-111) Eleven International Publishing.
- Sentencing Council. (2014, April 1). *Sentencing Guideline for use in Crown Court : Rape*. <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/rape/>