



5.1 บทสรุป

การข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักศีลธรรมและหลักธรรมทางศาสนาทั้งหลายโดยปรากฏอยู่ในคำสอนของแทบทุกศาสนาซึ่งต่างก็สอนให้มนุษย์ทุกคนมีความรักใคร่กัน ให้อยู่ร่วมกันโดยสันติ ไม่ทำร้ายชีวิต ร่างกาย หรือล่วงเกินทางเพศต่อผู้อื่น การล่วงเกินทางเพศต่อผู้อื่นจึงถือเป็นเรื่องต้องห้าม ผิดศาสนา และผิดศีลธรรม เป็นลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเอง ตัวอย่างเช่น ศาสนาพราหมณ์-ฮินดู สอนว่า “อย่าทำร้ายผู้อื่นให้บาดเจ็บ ไม่พึงทำลายผู้อื่นทางใจหรือทางกาย ไม่พึงเปล่งวาจาที่ก่อความเจ็บใจแก่เพื่อนมนุษย์ทั้งหลาย” (คัมภีร์มनुธรรมศาสตร์ 2: 161) หรือศาสนาพุทธก็สอนให้ละเว้นจากการประพฤติดนินทา หรือล่วงละเมิดคู่ครองของผู้อื่นในทางเพศ ส่วนศาสนาคริสต์ตามพันธสัญญาเดิมหรือพระคริสตธรรมคัมภีร์เดิม (Old Testament) ได้กล่าวถึงบัญญัติ 10 ประการที่พระเจ้าทรงประทานไว้แก่โมเสสเพื่อมอบแก่ชาวอิสราเอลไว้ถือปฏิบัติ ในจำนวนบัญญัตินั้น พระเจ้าไม่ให้ฆ่าคน ไม่ให้ผิดประเวณี และศาสนาอิสลามก็มีกำหนดข้อห้ามมิให้ฆ่าสิ่งมีชีวิตทุกชนิดโดยเจตนาและไม่มีเหตุผลและห้ามการผิดประเวณีกับหญิงใดๆ รวมทั้งห้ามสิ่งที่มีโอกาสนำไปสู่ประเวณีด้วยเช่นกัน

การข่มขืนกระทำชำเราเป็นพฤติกรรมที่เกิดขึ้นในสังคมมนุษย์มานานมากแล้ว โดยในยุคดั้งเดิมนั้นถือเป็นเรื่องธรรมดาที่มนุษย์จะต้องมีการผสมสุกันตามสัญชาตญาณของการสืบพันธุ์ ไม่มีการกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้แต่อย่างใด ต่อมาในยุคที่สังคมมนุษย์มีความเจริญมากขึ้นก็เริ่มมีความคิดว่าพฤติกรรมบางอย่างเป็นการไม่สมควรและเป็นปฏิกิริยาต่อการอยู่ร่วมกันในสังคมจึงมีการกำหนดกฎ กติกา ระเบียบ แบบแผนในการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคม และควบคุมพฤติกรรมที่ไม่สมควรเหล่านั้นเพื่อความสงบเรียบร้อยภายในสังคม โดยการข่มขืนกระทำชำเราก็คือเป็นพฤติกรรมหนึ่งที่ไม่สมควรและไม่เป็นที่ยอมรับของคนในสังคมอันถือเป็นพฤติกรรมที่เป็นการเบี่ยงเบนออกไปจากมาตรฐานของสังคม เนื่องจากการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งมีเพศสัมพันธ์กับตน และผลกระทบจากการข่มขืนกระทำชำเรานั้นไม่เพียงแต่เป็นการทำร้ายร่างกายของผู้ถูกระทำเท่านั้นแต่ยังเป็นการแสดงถึงการดูถูกเหยียดหยามและทำลายศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์อีกด้วย นอกจากนี้จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหายโดยตรงแล้วยังอาจก่อให้เกิดปัญหาต่างๆ ตามมาอีกด้วย เช่น ปัญหาอาชญากรรม ปัญหาโสเภณี

หรือปัญหาครอบครัว เป็นต้น จึงจำเป็นที่จะต้องมีการบัญญัติกฎหมายออกมาควบคุมการช่มชื่น กระทำชำเราเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม หากไม่มีการกำหนดกฎหมายเพื่อควบคุม พฤติกรรมทางเพศที่เบี่ยงเบนออกไปจากมาตรฐานของสังคมในลักษณะนี้แล้ว สังคมย่อมได้รับความกระทบกระเทือนได้

ความผิดฐานช่มชื่นกระทำชำเรามีการพัฒนาการทางแนวความคิดอยู่หลายครั้ง กว่าที่จะเป็นความผิดฐานช่มชื่นกระทำชำเราดังเช่นในปัจจุบัน โดยในยุคแรกนั้นเป็นความผิดที่มีได้มุ่งที่จะคุ้มครองผู้หญิงในฐานะที่เป็นผู้เสียหายที่แท้จริงจากการกระทำความผิดแต่เป็นการ คุ้มครองผู้ชายที่เป็นเจ้าของผู้หญิงไม่ว่าจะเป็นบิดา หรือสามีจากการที่บุคคลอื่นล่วงละเมิดผู้หญิง อันเปรียบเสมือนทรัพย์สินทางเพศของตน เนื่องจากในอดีตมีการยกย่องให้เพศชายมีสถานภาพที่ สูงกว่าเพศหญิง ผู้ชายเป็นหัวหน้าครอบครัว มีบทบาทหน้าที่ในการหาเลี้ยงครอบครัว ส่วนผู้หญิง หากยังไม่แต่งงานก็จะอยู่ในความควบคุมดูแลของบิดา หากแต่งงานแล้วก็จะอยู่ในความ ควบคุมดูแลของสามี และมีหน้าที่ในการทำงานบ้าน อบรมดูแลบุตร และดูแลสามี อย่างไรก็ตาม แม้ผู้หญิงจะไม่ใช่ผู้เสียหายที่แท้จริงแต่ความผิดฐานช่มชื่นกระทำชำเราก็มีลักษณะเป็นการ ปกป้องผู้หญิงจากการถูกทำร้ายหรือบังคับช่มชื่นใจโดยผู้ชายเพื่อจะร่วมประเวณีกับตนด้วย

สำหรับแนวความคิดที่มองว่าผู้หญิงเปรียบเสมือนทรัพย์สินสมบัติของชายมีมาตั้งแต่ สมัยโบราณแล้วดังจะเห็นได้จากในกฎหมายฮัมมูราบี (The Code Hammurabi) ของพระเจ้าฮัมมูราบีแห่งอาณาจักรบาบิโลเนีย (Babylonia) หรือกฎหมายอังกฤษที่ให้คุณค่าของหญิงว่าเป็น กรรมสิทธิ์ของชาย การช่มชื่นหญิงเป็นเพียงการทำลายกรรมสิทธิ์ส่วนหนึ่งเท่านั้น โดยหญิงมีค่า เพียงแค่วัตถุชิ้นหนึ่งเท่านั้น หรือในอดีตมีประเพณีการให้ภรรยาต้องมอบตัวอยู่ภายใต้อำนาจสิทธิ ชาติของสามีซึ่งเป็นหัวหน้าครอบครัวหากหัวหน้าครอบครัวว่าภรรยาของเขาก็ไม่ถือว่าเป็นการ ฆาตกรรมแต่ถือว่าเป็นการใช้สิทธิของเขาในฐานะเป็นหัวหน้าครอบครัว หรือในประเทศไทยสมัย สุโขทัย ภรรยาต้องเป็นฝ่ายปรนนิบัติสามีและทำหน้าที่เป็นแม่บ้านแม่เรือน ชายในสมัยสุโขทัย สามารถมีภรรยาได้หลายคน และสามีเป็นผู้คุ้มครองภรรยาต่อกับบิดามารดาของหญิงภรรยา โดยหนังสือไตรภูมิพระร่วงซึ่งพระมหากษัตริย์องค์หนึ่งในครั้งกรุงสุโขทัย เป็นราชธานีได้ทรงนิพนธ์เมื่อประมาณ พ.ศ. 1888 ได้กล่าวถึงบทบาทหน้าที่ของภรรยาว่าต้องทำ หน้าที่ปรนนิบัติสามี ให้ความเคารพยกย่องสามี ต้องนั่งอยู่ในที่ต่ำกว่าสามีเสมอ นอกจากนี้ใน กฎหมายครั้งกรุงสุโขทัยยังมีการกำหนดให้หญิงภรรยาตกทอดมาเป็นมรดกของทายาทได้อีกด้วย

จากแนวความคิดว่าผู้หญิงเป็นเสมือนทรัพย์สินของผู้ชายและความผิดฐานช่มชื่น กระทำชำเราเป็นการคุ้มครองหรือปกป้องผลประโยชน์ของผู้ชายต่อการเสื่อมราคาของทรัพย์สิน

ทางเพศของตน ทำให้ลักษณะโทษสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในอดีตจะมีลักษณะเป็นการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เจ้าของผู้ปกครองหญิง

ต่อมาเมื่อสังคมมีความเปลี่ยนแปลงไป สถานภาพและบทบาทของสมาชิกในสังคมก็มีการเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย สถานภาพและบทบาทของผู้หญิงก็เช่นเดียวกันโดยผู้หญิงเริ่มมีบทบาทในสังคมมากขึ้นไม่ว่าจะเป็นในด้านเศรษฐกิจ สังคมและการเมือง ทำให้แนวความคิดที่ว่าผู้หญิงเปรียบเสมือนทรัพย์สินสมบัติของผู้ชายจึงได้เลือนหายไป และแนวความคิดในเรื่องของความเสมอภาคกันของเพศชายและเพศหญิงได้เข้ามาแทนที่ ซึ่งส่งผลกระทบต่อสังคมในหลายๆ เรื่องรวมถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ได้รับผลกระทบเช่นเดียวกัน โดยวัตถุประสงค์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเริ่มเปลี่ยนแปลงไปเป็นการปกป้องคุ้มครองศักดิ์ศรีและเกียรติยศของผู้หญิงโดยตรงมากขึ้น แต่ถึงอย่างไรก็ยังคงมีร่องรอยของแนวความคิดในเรื่องผู้หญิงเป็นเสมือนทรัพย์สินสมบัติของผู้ชายหลงเหลืออยู่บ้างจากการที่ไม่มีกฎหมายกำหนดความผิดต่อสามีที่ข่มขืนกระทำชำเราภรรยาตนเอง แต่ในบางประเทศก็มีการกำหนดความผิดกรณีสามีกระทำชำเราภรรยาตนเองโดยปราศจากความยินยอมของภรรยาด้วย ตัวอย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาในหลายๆ มลรัฐ เป็นต้น

ปัจจุบันในยุคที่ลักษณะพฤติกรรมในการแสวงหาความพึงพอใจทางเพศได้เปลี่ยนแปลงไปไม่จำกัดอยู่เพียงแค่การมีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างผู้ชายกับผู้หญิงอีกต่อไป แต่ยังมีการแสวงหาความพึงพอใจในทางเพศในรูปแบบอื่นอย่างแพร่หลายมากขึ้นไม่จะเป็นการกระทำของผู้หญิงกระทำกับผู้ชาย ผู้ชายกระทำกับผู้ชาย หรือผู้ชายกระทำกับผู้หญิงแต่เป็นการกระทำทางทวารหนักหรือช่องปาก และเมื่อการกระทำเหล่านี้เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อความยินยอมของผู้ถูกกระทำ จึงมีความเคลื่อนไหวในหลายๆ ประเทศในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราให้ครอบคลุมถึงการกระทำต่างๆ เหล่านี้ด้วย เนื่องจากไม่เฉพาะแต่ผู้หญิงอีกต่อไปแล้วที่จะเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่ผู้ชายก็อาจถูกข่มขืนกระทำชำเราได้เช่นเดียวกันไม่ว่าจะถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยผู้หญิงหรือโดยผู้ชายก็ตาม นอกจากนี้ผู้หญิงเองก็อาจจะถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยผู้หญิงด้วยกันได้ด้วย สำหรับประเทศไทยก็ได้มีการแก้ไขปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 โดยลักษณะของการบัญญัติความผิดให้ครอบคลุมถึงการกระทำเหล่านี้ก็จะมี ความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศโดยอาจจะมีลักษณะเป็นการแก้ไขความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราให้ขยายขอบเขตออกไปครอบคลุมถึงการกระทำทุกกรณีนอกจากการกระทำชำเราตามปกติให้ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งประเทศไทยก็ใช้วิธีการแก้ไขแบบนี้ หรือในบางประเทศก็จะมี การแก้ไขความผิดเกี่ยวกับเพศโดยการบัญญัติเป็นความผิด

ฐานใหม่เพิ่มเติมขึ้นมา นอกเหนือจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราให้ครอบคลุมการกระทำในแต่ละกรณี เช่น ประเทศอังกฤษ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศอังกฤษจะจำกัดลักษณะของการกระทำ ความผิดฐานนี้จะต้องเป็นการกระทำโดยใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่หรือล้วงล้าอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือปากของผู้อื่น ดังนั้นผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นผู้ชายเท่านั้น แต่ผู้เสียหายอาจเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้ ส่วนการกระทำในรูปแบบอื่นๆ นอกจากนี้ก็จะมี ความผิดฐานอื่นมารองรับไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานทำร้ายโดยการสอดใส่ (Assault by penetration) หรือความผิดฐานกระทำให้ผู้อื่นประกอบกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม (Causing a person to engage in sexual activity without consent) แล้วแต่กรณี

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายของแต่ละรัฐก็จะมี ความแตกต่างกันออกไป ตัวอย่างเช่น มลรัฐมิชิแกน ซึ่งถือเป็นรัฐแรกๆ ที่มีการปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา โดยมลรัฐมิชิแกนจะไม่เรียกความผิดฐานนี้ว่า "Rape" แต่จะเรียกว่า "Criminal Sexual Conduct" (CSC) ซึ่งจะมีการแบ่งระดับความผิดออกเป็น 4 ระดับ พิจารณาตามความรุนแรงของความผิด ความรุนแรงของการบังคับขู่เข็ญ และความเสียหายของผู้เสียหาย โดยความผิดในระดับที่ 1 กับ 3 จะมีลักษณะของการล้วงล้าหรือการสอดใส่ (Sexual Penetration) ซึ่งมีความหมายถึงการร่วมประเวณีตามปกติ, การใช้ปากหรือลิ้นกับอวัยวะเพศหญิง, การใช้ปากอมอวัยวะเพศชาย, การร่วมเพศกันทางทวารหนัก หรือการล้วงล้าหรือสอดใส่ในรูปแบบอื่นๆ โดยใช้ อวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายหรือใช้วัตถุอื่นใดสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ส่วนความผิดในระดับ 2 กับ 4 จะเป็นลักษณะของการกระทำภายนอกที่มีความเกี่ยวข้องกับเรื่องเพศ (Sexual Contact) ซึ่งมีความหมายถึง การสัมผัสโดยเจตนาในบริเวณอวัยวะเพศ, ต้นขาหรือขาหนีบ, ก้นหรือสะโพก หรือหน้าอกของผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหาย หรือการสัมผัสโดยเจตนาซึ่งเสื้อผ้าในบริเวณที่ปกคลุมอวัยวะเพศ, ต้นขาหรือขาหนีบ, ก้นหรือสะโพก หรือหน้าอก และการสัมผัสดังกล่าวจะต้องเป็นการกระทำเพื่อกระตุ้นอารมณ์ทางเพศ หรือเพื่อสนองความต้องการทางเพศ หรือเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเพศและกระทำเพื่อการแก้แค้น, ทำให้อับอาย หรือเป็นการแสดงออกซึ่งความโกรธ

สำหรับมลรัฐอิลลาโนอัสจะมีการแบ่งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราออกเป็น 2 ระดับ โดยทั้งสองระดับนั้นให้ความหมายของการกระทำชำเราว่าหมายถึงการร่วมประเวณีกันระหว่างชายกับหญิงตามความหมายที่เข้าใจกันโดยทั่วไป อันได้แก่การสอดใส่ไม่ว่าจะมากน้อยเพียงใดก็ตามและไม่ว่าจะมีการหลังด้วยหรือไม่ก็ตาม โดยผู้กระทำความผิดอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้ และผู้ถูกกระทำความผิดก็อาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้ แต่กฎหมายบังคับว่าการจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ผู้กระทำความผิดจะต้องมีเพศตรงข้ามกับผู้ถูกกระทำความผิด

ส่วนการกระทำในรูปแบบอื่นนอกจากที่อยู่ในขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทั้งสองระดับนี้แล้วก็มีการกำหนดฐานความผิดที่เกี่ยวข้อง อันได้แก่ ความผิดฐานร่วมประเวณีแบบผิดธรรมชาติ (Sodomy) ซึ่งก็จะแบ่งออกเป็นสองระดับเช่นกัน หรือความผิดฐานกระทำการอันไม่สมควรทางเพศ (Sexual Misconduct) หรือความผิดฐานกระทำทรมาณทางเพศ (Sexual Torture)

ในเรื่องของการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสนั้นมลรัฐส่วนใหญ่ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ทำการยกเลิกหลัก "ภุมิคุ้มกันของสามีที่ทำให้สามีได้รับการยกเว้นมิให้ต้องรับผิดในทางอาญากรณีข่มขืนกระทำชำเราภรรยาของตน" โดยบางรัฐก็ยกเลิกแบบไม่มีข้อยกเว้นแต่บางรัฐก็ยกเลิกแบบมีข้อยกเว้นในบางกรณี ส่วนในประเทศอังกฤษ สามีไม่อาจอ้างความเป็นสามีภรรยาเพื่อปฏิเสธความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ ดังนั้นสามีจึงอาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาตนเองได้

เมื่อพิจารณาความผิดเกี่ยวกับเพศของมลรัฐอลาบามา มลรัฐมิชิแกน และประเทศอังกฤษแล้วจะเห็นได้ว่าการขยายขอบเขตของความผิดเกี่ยวกับเพศออกไปให้ครอบคลุมถึงพฤติกรรมการกระทำความผิดรูปแบบต่างๆ ในปัจจุบันในลักษณะของการบัญญัติเป็นความผิดฐานอื่นขึ้นมาใหม่นอกเหนือจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยไม่มี การแก้ไขคำนิยามของคำว่า "กระทำชำเรา" แต่อย่างใดซึ่งต่างกับการแก้ไขความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยที่มีการกำหนดคำนิยามใหม่ของคำว่า "กระทำชำเรา" ไว้ด้วยอันมีความหมายที่แตกต่างไปจาก ความหมายที่เข้าใจกันโดยทั่วไป

สำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยนั้นได้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายมานานมากแล้วนับตั้งแต่ในสมัยก่อนที่จะมีการจะทำกฎหมายตราสามดวงก็มีการตรา กฎหมายที่ถือเป็นกฎหมายแม่บทของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของไทยที่เรียกว่า "พระราชกำหนดใหม่" โดยมีการห้ามข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นซึ่งมิใช่บุตรภรรยาของตน เว้นแต่หญิงนั้น จะยินยอมสมัครใจด้วย แต่หากหญิงนั้นเป็นเด็กที่ยังไม่มีความต้องการทางเพศหรือหญิงเข้าใจผิด คิดว่าชายที่ร่วมประเวณีกับตนเป็นสามี กรณีเหล่านี้แม้หญิงจะยินยอมสมัครใจก็ถือเป็นความผิด

ต่อมาได้มีการจัดทำกฎหมายตราสามดวงซึ่งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราปรากฏอยู่ในพระอัยการลักษณะผิดเมียอันเป็นหนึ่งในกฎหมายโบราณที่มีการรวบรวมมาไว้ใน กฎหมายตราสามดวง โดยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระอัยการลักษณะผิดเมีย หมายถึงความถึงการที่ชายร่วมประเวณีกับหญิงโดยอวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง โดยที่หญิงนั้นไม่ยินยอมและหญิงนั้นจะต้องมิใช่ภริยาของผู้กระทำความผิด หากการมีเพศสัมพันธ์

มิใช่การกระทำระหว่างชายกับหญิง หรือมิใช่การกระทำต่ออวัยวะเพศแล้วก็ไม่ใช่การข่มขืน กระทำซ้ำเราแต่กฎหมายตราสามดวงก็ได้มีบัญญัติถึงการกระทำที่อยู่นอกเหนือของเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราแยกออกมา คือ การเสพเมถุนธรรมทางมุขมรรคและเวจมรรคกับการเล่นเพื่อน (ผู้หญิงที่ประพุดิตนเป็นคนรักร่วมเพศ) ดังนั้น ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราตามพระอัยการลักษณะผัวเมียจึงต้องเป็นผู้ชายเท่านั้น แต่ผู้ชายที่มีภรรยาแล้วจะไม่มี ความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราภรรยาตนเอง ดังจะเห็นได้จากในแต่ละมาตราจะกล่าวเพียงว่า "เมียท่าน" โดยมีได้กล่าวถึง "เมียตน" ส่วนผู้ถูกกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราก็จะต้องเป็นผู้หญิงเท่านั้นและการกระทำจะถือเป็นความผิดก็ต่อเมื่อหญิงไม่ยินยอม แต่หากเป็นการกระทำต่อเด็กแม้เด็กจะยินยอม ผู้กระทำซ้ำเราเด็กก็ยังคงมีความผิดฐานกระทำซ้ำเราเด็กอยู่เนื่องจากกฎหมายต้องการคุ้มครองเด็กที่ยังไม่เดียงสาพอที่จะให้ความยินยอมในเรื่องนี้ได้ โดยเด็กที่ได้รับการคุ้มครองดังกล่าว กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ทรงอธิบายว่าน่าจะหมายถึงบุคคลที่อายุต่ำกว่า 7 ขวบลงมา

มีข้อสังเกตว่า พระอัยการลักษณะผัวเมียนั้นได้รับอิทธิพลมาจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ซึ่งมีความเชื่อว่าผู้หญิงเปรียบเสมือนสิ่งของที่เป็นของผู้ชาย ดังนั้น แม้ว่าผู้ถูกกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราตามพระอัยการลักษณะผัวเมียจะต้องเป็นผู้หญิงเท่านั้นแต่ความจริงแล้วกฎหมายมิได้มุ่งคุ้มครองตัวหญิงอย่างแท้จริง แต่กฎหมายถือเป็นการหมิ่นเกียรติและศักดิ์ศรีของชายผู้เป็นสามีหรือบิดามากกว่า และผู้เสียหายที่แท้จริงในความผิดฐานนี้จึงน่าจะเป็นสามี หรือบิดามารดาของหญิงที่ถูกข่มขืนกระทำซ้ำเรา

พระอัยการลักษณะผัวเมียใช้บังคับอยู่จนถึง พ.ศ. 2443 จึงได้มีการตราพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 โดยความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราตามกฎหมายนี้ จะมีความกระชับมากขึ้น กล่าวคือ ไม่มีการแยกประเภทของผู้กระทำความผิดและผู้เสียหาย อย่างเช่นในพระอัยการลักษณะผัวเมียแต่จะบัญญัติเป็นความผิดหลักไว้ซึ่งลักษณะสำคัญดังเช่นข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป ส่วนในเรื่ององค์ประกอบของความผิดก็ยังคงไว้ซึ่งลักษณะสำคัญดังเช่นในพระอัยการลักษณะผัวเมีย กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นผู้ชาย ผู้ถูกกระทำความผิดจะต้องเป็นผู้หญิงที่มีภรรยาของผู้กระทำ ดังนั้นสามีจึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราภรรยาตนเอง และการข่มขืนกระทำซ้ำเราคือการที่ชายร่วมประเวณีกับหญิงโดยที่หญิงไม่ยินยอม โดยการกระทำจะเป็นความผิดสำเร็จต่อเมื่ออวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง แต่ในกรณีที่เป็นการกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 12 ปี แม้ว่าเด็กจะยินยอมก็ยังคงถือเป็นความผิดอยู่

นอกจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีขอบเขตจำกัดว่าจะต้องเป็นการกระทำของชายที่กระทำต่อหญิงแล้ว พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ยังได้บัญญัติความผิดสำหรับการกระทำชำเราที่ผิดธรรมดาตามนุษย์ไว้โดยต้องการเอาผิดกับบุคคลที่มีเพศสัมพันธ์กับสัตว์ หรือบุคคลที่มีเพศสัมพันธ์กันทางทวารหนัก โดยไม่จำกัดว่าจะเป็นการกระทำระหว่างชายกับชาย หญิงกับหญิง หรือชายกับหญิง และไม่ว่าจะเกิดจากความยินยอมหรือไม่ก็ถือเป็นความผิด

มีข้อสังเกตว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 มีลักษณะแยกออกจากกฎหมายที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาและการปกครองบุตรของบิดามารดา และกำหนดโทษทางอาญาโดยเฉพาะมิได้มีลักษณะเป็นการละเมิดอำนาจปกครองของสามีหรือบิดามารดาอย่างเช่นในพระอัยการลักษณะผัวเมียอีกต่อไป อันแสดงให้เห็นถึงแนวความคิดในการให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศแก่ตัวหญิงมากกว่าที่จะคุ้มครองเกียรติยศศักดิ์ศรีของสามีหรือบิดามารดา

พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ใช้บังคับอยู่จนกระทั่งปี พ.ศ. 2451 ได้มีพระบรมราชโองการให้ใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งถือเป็นกฎหมายอาญาฉบับแรกของประเทศไทย โดยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรายังคงไว้ซึ่งความหมายเดิมของการข่มขืนกระทำชำเรา กล่าวคือ เป็นการที่ชายร่วมประเวณีกับหญิงโดยหญิงไม่ยินยอม และหญิงนั้นจะต้องมิใช่ภริยาตน และความผิดจะสำเร็จต่อเมื่ออวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ไม่ว่าจะมากน้อยเพียงใดก็ตาม ดังนั้นผู้กระทำความผิดฐานนี้จึงต้องเป็นชายเท่านั้น แต่มีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างออกไปจากคำว่า "ชายใด" เป็นคำว่า "ผู้ใด" แสดงว่าผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายลักษณะอาญาอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้ โดยหญิงอาจเป็นตัวการร่วมได้แต่ด้วยลักษณะของการกระทำชำเราแล้วทำให้หญิงไม่อาจเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้โดยตรงได้ ส่วนผู้ถูกกระทำความผิดจะต้องเป็นผู้หญิงโดยหญิงนั้นจะต้องมิใช่ภริยาของผู้กระทำความผิด และการกระทำจะเป็นความผิดต่อเมื่อหญิงไม่ยินยอม เว้นแต่เป็นการกระทำต่อเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 13 ปี แม้เด็กจะยินยอมให้กระทำชำเราก็ก็นับเป็นความผิดฐานกระทำชำเราเด็กเนื่องจากกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเด็กหญิงจากการถูกล่วงล้ำให้ยินยอมให้กระทำชำเรา

นอกจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่มีขอบเขตของความผิดจำกัดอยู่เฉพาะการกระทำของชายที่กระทำต่อหญิงในลักษณะของการร่วมประเวณีแบบธรรมดา คือ อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงแล้ว กฎหมายลักษณะอาญายังได้บัญญัติ

ความผิดสำหรับการกระทำชำเราที่ผิดธรรมดาตามนุษย์ไว้โดยเฉพาะ ซึ่งการกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์มีความหมายถึงการที่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศกระทำต่อผู้ถูกกระทำไม่ว่าจะเป็นการกระทำระหว่างชายกับชาย เช่น การกระทำชำเราทางเวจเมรูด หรือระหว่างหญิงกับชายในทางอื่นนอกจากทางอวัยวะเพศหญิง หรือระหว่างชายหรือหญิงกับสัตว์เดรัจฉาน โดยผู้ที่กระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์นั้นจะมีความผิดด้วยกันทั้งฝ่ายผู้กระทำและผู้ที่ยินยอมให้กระทำ และแม้จะเป็นการกระทำระหว่างสามีภรรยาถือถือเป็นความผิด แต่หากเป็นการที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกบังคับให้กระทำก็อาจยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้

ต่อมาได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายหมายอาญาโดยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราก็ก็นับว่าผิดซึ่งองค์ประกอบหลักดังเช่นในกฎหมายลักษณะอาญา กล่าวคือ เป็นการร่วมประเวณีกันในระหว่างชายกับหญิงในลักษณะของการร่วมประเวณีกันตามธรรมชาติ โดยที่หญิงไม่ยินยอมและหญิงนั้นจะต้องไม่ใช่ภรรยาของผู้กระทำ ความผิด โดยการกระทำจะเป็นความผิดสำเร็จต่อเมื่ออวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงไม่ว่าจะมากน้อยเพียงใดก็ตาม ดังนั้นโดยลักษณะของการกระทำชำเรา ผู้ลงมือกระทำจึงต้องเป็นผู้ชายโดยกำเนิดเท่านั้นแต่ผู้หญิงอาจมีความผิดฐานนี้ได้ในฐานะตัวการร่วมแต่ไม่สามารถเป็นผู้ลงมือกระทำ ความผิดโดยตรงได้ ส่วนผู้ถูกกระทำชำเราก็ก็นับเป็นผู้หญิงโดยกำเนิดเท่านั้นและต้องมีใช่ภรรยาของผู้กระทำ ความผิดและจะเป็นความผิดฐานนี้ได้หญิงจะต้องไม่ยินยอม แต่ในกรณีที่ผู้ถูกกระทำเป็นเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ความยินยอมจะไม่ถือเป็นสาระสำคัญของความผิด แม้เด็กหญิงจะยินยอมให้กระทำชำเราผู้กระทำก็ยังคงมีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง และหากเป็นการกระทำต่อเด็กหญิงอายุไม่เกิน 13 ปี ก็ถือเป็นเหตุเพิ่มโทษอีกด้วย

การมีเพศสัมพันธ์กันในรูปแบบอื่นๆ นอกจากการกระทำที่อยู่ในขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ไม่นับว่าเป็นการกระทำระหว่างชายกับชาย หญิงกับหญิง หญิงเป็นฝ่ายกระทำต่อชาย หรือชายกระทำกับหญิงในทางอื่นที่มีใช้อวัยวะเพศหญิง ประมวลกฎหมายอาญามีได้บัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ไว้ดังเช่นในกฎหมายลักษณะอาญา ดังนั้นการมีเพศสัมพันธ์ในรูปแบบอื่นเหล่านี้ จึงไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่อาจเป็นความผิดฐานอื่นได้ เช่น ความผิดฐานกระทำอนาจาร ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย หรือความผิดต่อเสรีภาพ

ปัจจุบันได้มีการแก้ไขปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 การแก้ไขปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในครั้งนี้มีผลเป็นการขยายขอบเขต

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราออกไปจากเดิมอย่างมากโดยพอจะสรุปประเด็นที่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมได้ดังนี้

1. ความหมายของการกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่ที่มีการเพิ่มเติมเข้าไปว่า หมายความว่า "การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น" จากความหมายของการกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่นี้ส่งผลให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามิได้มุ่งคุ้มครองเฉพาะการร่วมประเวณีตามธรรมชาติอีกต่อไปแต่ยังคุ้มครองไปถึงการใช้อวัยวะเพศกระทำกับทวารหนัก หรือช่องปาก หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศอีกด้วย และการที่กฎหมายใช้คำว่า "กระทำกับ" แสดงว่าการกระทำจะเป็นความผิดสำเร็จหรือไม่ก็คงจะไม่ต้องพิจารณาว่าการล่วงล้ำอีกแล้วเพราะแม้เพียงแค่การสัมผัสก็น่าจะอยู่ในขอบเขตของคำว่า "กระทำกับ" แล้ว

2. ในส่วนของผู้กระทำความผิด เมื่อพิจารณาถึงความหมายของการกระทำชำเราแล้ว ไม่เพียงแต่ผู้ชายเท่านั้นที่จะเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้โดยตรงได้แต่ผู้หญิงก็อาจเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดฐานนี้โดยตรงและโดยลำพังได้เช่นเดียวกัน

3. ผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้หญิงเท่านั้นเพราะกฎหมายคุ้มครองไปถึงทวารหนักหรือช่องปากด้วย ดังนั้นผู้ถูกกระทำหรือผู้เสียหายตามกฎหมายใหม่จึงอาจเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้โดยอาจเป็นการกระทำต่อเพศเดียวกันก็ได้

4. ในเรื่องสามีที่ข่มขืนกระทำชำเราภรรยาตนเองนั้น เดิมสามีไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภรรยาตนเอง แต่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่ได้ตัดคำว่า "ซึ่งมิใช่ภรรยาตน" ออกไป ทำให้ในปัจจุบันหากสามีข่มขืนกระทำชำเราภรรยาตนเอง สามีก็มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภรรยาตนเองด้วย นอกจากนี้ภรรยาก็อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสามีตนเองได้เช่นเดียวกัน โดยมีการวางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมในกรณีที่เป็นการกระทำความผิดในระหว่างคู่สมรสว่าถ้าคู่สมรสนั้นยังประสงค์ที่จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาก็คงให้อำนาจศาลที่จะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือไม่ลงโทษเลยและกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมประพฤติด้วยก็ได้ และในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกและคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบและให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้ต่อไป

การแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในครั้งนี้อยู่เป็นการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดและเจตนาของความคิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่แต่เดิมเป็นความผิดที่ประสงค์จะคุ้มครองเพศหญิงซึ่งเป็นเพศที่อ่อนแอจากการถูกใช้กำลังบังคับขู่เข็ญโดยเพศชายที่มีความแข็งแรงมากกว่าเพื่อที่มีเพศสัมพันธ์กับหญิงนั้น กลายเป็นความผิดที่มุ่งคุ้มครองบุคคลทุกเพศจากการกระทำของบุคคลทุกเพศ การแก้ไขกฎหมายในลักษณะนี้ย่อมเกิดผลกระทบต่อการบังคับใช้อย่างแน่นอนซึ่งก็มีทั้งข้อดีและข้อเสียซึ่งจากการศึกษาและวิเคราะห์ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่แก้ไขใหม่ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 อาจสรุปได้ดังนี้

1. ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับคำนิยามของคำว่า "การกระทำชำเรา"

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่เดิมนั้นไม่มีการกำหนดคำนิยามของการกระทำชำเราไว้ว่าหมายความว่าอย่างไร แต่อาศัยแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาศาลฎีกาในการอธิบายว่าการกระทำเช่นไรจึงจะถือเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา โดยศาลฎีกาก็ได้วางแนวบรรทัดฐานว่าการข่มขืนกระทำชำเราหมายความว่าถึงการที่ชายร่วมประเวณีกับหญิงตามธรรมชาติ โดยหญิงนั้นไม่ยินยอมและความผิดจะสำเร็จก็ต่อเมื่ออวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงโดยมีต้องคำนึงว่าจะล่วงล้ำเข้าไปมากน้อยเพียงใด หรือจะมีการสำเร็จความใคร่หรือไม่ หรือเยื่อพรหมจารีย์ของหญิงจะขาดหรือไม่ แต่ตามบทบัญญัติที่แก้ไขใหม่ได้มีการเพิ่มคำนิยามของคำว่า "การกระทำชำเรา" ไว้ในมาตรา 276 และมาตรา 277 ว่ามีความหมายถึง "การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น" ซึ่งการกำหนดความหมายของการกระทำชำเราดังกล่าวนอกจากจะเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ขัดกับความเป็นจริงของลักษณะการร่วมประเวณีตามธรรมชาติแล้วยังก่อให้เกิดผลกระทบต่อการใช้ ดังต่อไปนี้

1.1 การกระทำลักษณะเช่นไรจึงจะถือเป็นการกระทำชำเราและจะต้องกระทำถึงขั้นไหนจึงจะถือเป็นการลงมือกระทำความคิด และการกระทำอย่างไรจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ ซึ่งเมื่อพิจารณาความหมายของการกระทำชำเราอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าการกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่มีความหมายถึงการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำสัมผัสแตะต้องหรือสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น และยังรวมถึงการใช้สิ่งอื่นใดนอกจากอวัยวะเพศอันมีความหมายถึงอวัยวะอื่นใดหรือ

วัตถุอื่นใดสัมผัสแตะต้องหรือสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ตัวอย่างเช่น นาย ก. ใช้อวัยวะเพศของตนสัมผัสกับอวัยวะเพศของนาย ข. หรือนางสาว ก. ใช้อวัยวะเพศของตนสัมผัสกับอวัยวะเพศของนางสาว ข. หรือนางสาว ก. ใช้อวัยวะเพศของตนสัมผัสกับปากของนาย ก. หรือนาย ก. ใช้นิ้วมือหรือวัตถุอื่นใดสัมผัสอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของนางสาว ข. หรือนางสาว ข. ใช้นิ้วมือหรือวัตถุอื่นใดสัมผัสกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของนาย ก. แต่การใช้สิ่งอื่นใดสัมผัส หรือสอดใส่เข้าไปในช่องปากของผู้อื่นไม่ถือเป็นการกระทำชำเรา เพราะการกระทำโดยใช้สิ่งอื่นใดนอกจากอวัยวะเพศนั้น กฎหมายคุ้มครองเฉพาะการกระทำต่ออวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นเท่านั้น ซึ่งการกระทำเหล่านี้แม้เป็นเพียงแค่การถูไถหรือสัมผัสภายนอกโดยมิได้มีการสอดใส่แต่อย่างใดก็ถือเป็นความผิดสำเร็จแล้วเพราะกฎหมายใช้คำว่า "กระทำกับ" ซึ่งการกระทำบางอย่างก็ไม่น่าจะมีความรุนแรงถึงขนาดเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา สำหรับปัญหาว่าการกระทำอย่างไรจึงจะถือเป็นความผิดสำเร็จนี้คงจะต้องรอดูต่อไปว่าศาลฎีกาจะวางแนวบรรทัดฐานว่าอย่างไร

1.2 ผลกระทบต่อความรุนแรงของการกระทำความผิดอันมีลักษณะเป็นการโหมม โดยลักษณะของการกระทำอันมีลักษณะเป็นการโหมมนั้นยังคงมีหลักการเช่นเดิมคือ จะต้องมีการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราแต่สิ่งที่เปลี่ยนแปลงไปคือวิธีในการโหมม โดยกระทำอันมีลักษณะเป็นการโหมมตามกฎหมายใหม่ให้มีความหมายรวมถึงการโหมมชายด้วยและเมื่อพิจารณาประกอบกับความหมายของการกระทำชำเราแล้วจะเห็นได้ว่าลักษณะของการโหมมหญิงหรือโหมมชายในปัจจุบันอาจเป็นกรณีที่ผู้หญิง 2 คนกระทำการเพื่อสนองความใคร่ของตน ผลัดเปลี่ยนกันใช้อวัยวะเพศของตนสัมผัสกับอวัยวะเพศของผู้หญิงอีกคนหนึ่งโดยปราศจากความยินยอม หรืออาจเป็นกรณีที่บุคคล 2 คนกระทำการเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ผลัดเปลี่ยนกันใช้สิ่งอื่นใด เช่น ปากก้า สัมผัสกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นโดยปราศจากความยินยอม และการกระทำเหล่านี้ผู้กระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากการกระทำมีลักษณะเป็นการผลัดเปลี่ยนกันข่มขืนกระทำชำเราหรือเป็นการโหมม ซึ่งแต่เดิมการข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมมหญิงนั้นถือเป็นการกระทำที่รุนแรงและก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ถูกระทำมากกว่าการข่มขืนกระทำชำเราธรรมดา แต่จากลักษณะของการข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโหมมตามกฎหมายใหม่ในบางกรณีน่าจะไม่ได้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายในการลงโทษผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยการโหมมเพราะมิได้มีความรุนแรงหรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ถูกระทำมากไปกว่าการข่มขืนกระทำชำเราธรรมดาเลยซึ่งปัญหานี้ก็คงจะต้องรอดูต่อไปว่าศาลฎีกาจะวางแนวบรรทัดฐานว่าอย่างไรและศาลจะใช้ดุลพินิจในการลงโทษการกระทำความผิดฐานโหมมในแต่ละกรณีแตกต่างกันอย่างไร

1.3 องค์ประกอบของการกระทำชำเราที่กฎหมายบัญญัติว่าจะต้องเป็นการกระทำเพื่อ "สนองความใคร่ของผู้กระทำ" การกระทำจึงจะเป็นความผิดนั้น หากเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของตัวเองถูกกระทำเอง การกระทำย่อมไม่เป็นความผิดเนื่องจากผู้กระทำมิได้กระทำเพื่อสนองความใคร่ของตนเอง ซึ่งหากเป็นกรณีที่ผู้ถูกกระทำเป็นบุคคลอายุกว่า 15 ปีขึ้นไปก็คงจะไม่มีปัญหาเพราะการกระทำชำเราที่เกิดจากความยินยอมต่อบุคคลอายุกว่า 15 ปีก็ไม่ถือเป็นความผิดอยู่แล้วแต่หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กเป็นฝ่ายร้องขอให้บุคคลอื่นกระทำชำเราตนเพื่อสนองความใคร่ของเด็กเองโดยที่บุคคลอื่นนั้นมิได้ต้องการที่จะร่วมประเวณีกับเด็กเลย การกระทำของบุคคลอื่นนั้นก็มิถือเป็นความผิดฐานกระทำชำเราเด็กเพราะมิใช่เป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ เมื่อเป็นเช่นนี้ส่งผลให้ไม่สามารถนำกฎหมายมาใช้ในการคุ้มครองเด็กได้ในบางกรณี

2. ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

สำหรับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายใช้คำว่า "ผู้ใด" แสดงว่ากฎหมายมิได้กำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิดเอาไว้ ดังนั้นบุคคลใดๆ ก็อาจเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดฐานนี้ได้ไม่ว่าจะเป็นเพศชายหรือหญิง และเมื่อพิจารณาประกอบกับความหมายใหม่ของคำว่า "กระทำชำเรา" จะเห็นได้ว่าบุคคลที่จะเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่นี้อาจเป็นได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิงโดยไม่จำเป็นเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็อาจกระทำความผิดฐานนี้ได้โดยตรงและโดยลำพัง ดังนั้นในส่วนของผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้หญิงจึงสามารถลงมือกระทำความผิดฐานนี้ได้โดยลำพัง ไม่ต้องอาศัยการเป็นตัวการร่วมในการกระทำความผิดกับผู้ชายดังเช่นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายเดิมอีกต่อไปแล้ว

สำหรับผู้เสียหายหรือผู้ถูกกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา กฎหมายใช้คำว่า "ผู้อื่น" เมื่อพิจารณาประกอบกับความหมายใหม่ของคำว่า "กระทำชำเรา" ที่ขยายความคุ้มครองไปถึงอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากด้วย ดังนั้นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่จึงอาจเป็นได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิง และไม่จำเป็นจะต้องเป็นบุคคลคนละเพศกับผู้กระทำความผิด แม้จะเป็นการกระทำต่อบุคคลเพศเดียวกันไม่ว่าจะเป็นการกระทำของผู้ชายกับผู้ชายหรือผู้หญิงกับผู้หญิงก็อาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ นอกจากนี้มาตรา 276 (แก้ไขใหม่) ยังได้ตัดคำว่า "ซึ่งมิใช่ภริยาตน" ออกไป ส่งผลให้กรณีที่เป็นการกระทำความผิดในระหว่างคู่สมรสก็อาจเป็นความผิดได้โดยสามีอาจมีความผิดฐาน

ข่มขืนกระทำชำเราภริยาได้ ในขณะที่เดียวกันภริยาเองก็อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสามีได้เช่นเดียวกัน

3. ปัญหาการคุ้มครองเด็กในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277

ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ที่แก้ไขใหม่มีผลกระทบต่อการบังคับใช้ ดังต่อไปนี้

2.1 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ที่แก้ไขใหม่มีข้อความว่า "ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีไซภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม..." จะสังเกตว่าไม่มีการตัดคำว่า "ซึ่งมีไซภริยาหรือสามีของตน" ออกดังเช่นในมาตรา 276 โดยสาเหตุที่ไม่มีการตัดคำดังกล่าวออกน่าจะมีสาเหตุมาจากกรณีที่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีที่ได้รับอนุญาตจากศาลให้ทำการสมรสได้และคู่สมรสของเด็กกระทำชำเราเด็กโดยที่เด็กยินยอม การกระทำของคู่สมรสของเด็กนั้นก็สมควรที่จะถือเป็นความผิดฐานกระทำชำเราเด็กเพราะทั้งคู่เป็นคู่สมรสกันตามกฎหมาย แม้ว่ากฎหมายจะต้องการคุ้มครองเด็กจากการกระทำชำเราโดยแม้เด็กจะยินยอมให้กระทำชำเราผู้กระทำก็ยังคงมีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กก็ตาม แต่การร่วมประเวณีกับเด็กโดยที่เด็กเป็นคู่สมรสกับตนก็ถือเป็นเรื่องปกติของชีวิตสมรส ดังนั้นการไม่เอาผิดกับการกระทำในลักษณะนี้จึงเป็นเรื่องที่ถูกต้องแล้ว

การกระทำดังกล่าวข้างต้น หากกรณีเปลี่ยนเป็นการข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี โดยเด็กนั้นเป็นคู่สมรสของผู้กระทำ ผลจะเป็นอย่างไร เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าการกระทำของผู้กระทำก็ไม่ถือเป็นความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 เนื่องจากกฎหมายบัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีไซภริยาหรือสามีของตน..." ดังนั้นการข่มขืนกระทำชำเราเด็กที่เป็นคู่สมรสของตนเองก็ไม่มี ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ในขณะที่การข่มขืนกระทำชำเราบุคคลอายุกว่า 15 ปีขึ้นไปแม้จะเป็นคู่สมรสของผู้กระทำ ก็ถือเป็นความผิดเพราะในมาตรา 276 ได้มีการตัดคำว่า "ซึ่งมีไซภริยาของตน" ออกไปแล้ว ซึ่งเป็นเรื่องที่ขัดกับเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเด็กเพราะเด็กควรจะได้รับ การคุ้มครองเป็นพิเศษมากกว่าผู้ใหญ่ สำหรับปัญหานี้ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า¹ "หากเด็ก

¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 311-312.

ผู้ถูกระทำซ้ำเราเป็นคู่สมรสของผู้กระทำและเด็กผู้ถูกระทำไม่ยินยอม แม้ว่าการกระทำของผู้กระทำจะไม่ถือเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 277 แต่การกระทำก็ครบองค์ประกอบตามมาตรา 276 ดังนั้นผู้กระทำก็มีความผิดตามมาตรา 276 ได้"

อย่างไรก็ตาม หากถือว่าการณื่อดังกล่าวเป็นความผิดตามมาตรา 276 ก็จะเกิดปัญหาอีกว่า หากเด็กอายุไม่เกิน 13 ปีได้รับอนุญาตให้ทำการสมรสแล้วถูกคู่สมรสของตน ช่มชู้กระทำความซ้ำเรา ก็จะเกิดความไม่เท่าเทียมกันในเรื่องอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดระหว่างการ ช่มชู้กระทำความซ้ำเราเด็กอายุไม่เกิน 13 ปีซึ่งเป็นคู่สมรสของผู้กระทำ กับกรณีการกระทำซ้ำเราเด็ก อายุไม่เกิน 13 ปีซึ่งมิใช่คู่สมรสของผู้กระทำ ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ เนื่องจากอัตราโทษที่ กฎหมายกำหนดตามมาตรา 276 น้อยกว่าอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา 277 พรรคสาม ชิงน่าจะไม่ต้อง

2.2 กรณีที่เด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี ร่วมประเวณีกับเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี โดยทั้งคู่ยินยอมพร้อมใจกัน ตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่ถือว่าทั้งคู่มีความผิดฐานกระทำความซ้ำเรา เด็กตามมาตรา 277 เนื่องจากกฎหมายใหม่มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี ไม่ว่าจะเป็นเพศหญิงหรือเพศชายจากการกระทำของบุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นเด็กชาย เด็กหญิง ผู้ชาย หรือผู้หญิง ปัญหาคือ การที่เด็กทั้งคู่ยินยอมพร้อมใจกันร่วมประเวณีกันด้วยความรักใคร่ ชอบพอกัน มิได้เกิดจากการบังคับขู่เข็ญใดๆ ทั้งสิ้น จะเป็นการเหมาะสมหรือไม่ที่เด็กทั้งคู่จะต้อง ถูกดำเนินคดีอาญา ในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า การแก้ไขกฎหมายมาตรา 277 ให้ขยาย ความคุ้มครองไปถึงเด็กไม่ว่าจะเป็นเพศหญิงหรือเพศชาย และไม่ว่าผู้กระทำจะมีอายุเท่าใดก็ตาม น่าจะเป็นเรื่องที่ต้องแล้ว แม้ว่ากรณีที่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ร่วมประเวณีกับเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี โดยความยินยอมนั้น เป็นการที่เด็กทั้งคู่ต่างก็มีวุฒิภาวะหรือประสบการณ์ในเรื่องเพศไม่เพียงพอ แต่กลับต้องถูกดำเนินคดีทั้งสองฝ่ายซึ่งน่าจะเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องเท่าใดนักก็ตาม แต่หากบัญญัติ กฎหมายให้การกระทำเช่นนี้ไม่เป็ความผิดก็จะเป็นการเปิดโอกาสให้เด็กมีเพศสัมพันธ์กันโดยไม่ มีการควบคุมซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาสังคมอื่นๆ ตามมาได้ การบัญญัติกฎหมายเช่นนี้อาจช่วยลด ปัญหาการมีเพศสัมพันธ์ก่อนวัยอันควรได้ และหากเกิดการกระทำความผิดลักษณะนี้ขึ้นแล้วเด็ก ทั้งคู่จะต้องถูกดำเนินคดี ก็ยังมีกระบวนการทางศาลที่จะทำหน้าที่กั้นกรองอีกชั้นหนึ่งว่าเด็กที่ กระทำความผิดแต่ละคนสมควรที่จะต้องรับโทษหรือไม่

2.3 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคท้าย บัญญัติว่า "ความผิดที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็ก ซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้ง

สองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ หรือถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำความผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป" การบัญญัติกฎหมายในลักษณะเช่นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าอาจเป็นการเปิดช่องให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษในความผิดที่ตนกระทำโดยใช้วิธีการขอให้ศาลอนุญาตให้ทำการสมรสได้ นอกจากนี้การกระทำซ้ำเราที่เกิดจากความยินยอมของเด็กนั้นมิได้เป็นการรับประกันว่าทั้งผู้กระทำความผิดและตัวเด็กเองจะมีความรักใคร่ชอบพอกันถึงขนาดจะสามารถใช้ชีวิตร่วมกันได้ เพราะอาจเกิดจากการยินยอมพร้อมใจกันชั่วคราวก็เป็นได้และสุดท้ายอาจจะต้องจบลงด้วยการหย่าร้าง และผู้กระทำความผิดก็ไม่ต้องรับโทษสำหรับความผิดที่ตนกระทำ อีกทั้งการที่กฎหมายกำหนดว่ากรณีที่จะสามารถขออนุญาตศาลให้ทำการสมรสกันตามมาตรา 277 วรรคท้ายจะต้องเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกิน 18 ปี กระทำต่อเด็กอายุกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี แสดงว่าทั้งฝ่ายผู้กระทำและผู้ถูกกระทำที่ศาลจะสามารถอนุญาตให้ทำการสมรสได้นั้นถือว่ายังอยู่ในวัยกำลังศึกษาเล่าเรียนอยู่ทั้งคู่ ยังไม่มีรายได้มาจุนเจือครอบครัว น่าจะยังไม่มีความพร้อมในการที่จะต้องแบกรับภาระของการมีครอบครัวซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาสังคมอื่นๆ ตามมาอีกมากมาย

จากเหตุผลดังกล่าว การที่กฎหมายบัญญัติให้ผู้กระทำความผิดอาจได้รับการยกเว้นโทษสำหรับการกระทำที่ตนได้กระทำตามมาตรา 277 วรรคท้ายนั้น มิได้ก่อให้เกิดประโยชน์ และยังอาจก่อให้เกิดปัญหาสังคมตามมาอีกด้วย โดยในกรณีการกระทำซ้ำเราเด็กตามมาตรา 277 นี้เกิดจากความยินยอมของเด็ก และเกิดจากความรักใคร่ชอบพอกันจริงๆ ก็อาจแสดงให้ศาลเห็นถึงความบริสุทธิ์ใจและความตั้งใจที่จะมีครอบครัว ซึ่งศาลก็สามารถใช้ดุลพินิจในการลงโทษได้ โดยอาจถึงขั้นได้รับการรอกการลงโทษซึ่งศาลก็สามารถกำหนดเงื่อนไขในการคุมความประพฤติผู้กระทำความผิดได้ด้วย

4. ปัญหาการตรวจพิสูจน์พยานหลักฐาน

ความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราเป็นความผิดที่มักจะเกิดในที่ลับตาคน และมักจะไม่มีประจักษ์พยานรู้เห็นการกระทำความผิด แต่จะมีเพียงผู้ถูกกระทำเท่านั้นที่เป็นประจักษ์พยานรู้เห็นเหตุการณ์ซึ่งไม่อาจรับรองได้ว่าจะเป็นการพยานที่ดีที่สุด หรือในบางกรณีอาจไม่มีแม้กระทั่งผู้ถูกกระทำเหลืออยู่เนื่องจากผู้กระทำความผิดอาจฆ่าปิดปาก ทำให้ไม่มีประจักษ์พยานรู้เห็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเรา หรือในบางกรณีอาจเป็นการต้องการกลั่นแกล้ง

กันให้เกิดเป็นคติความ ดั่งนั้นการพิสูจน์ทราบข้อเท็จจริงในคติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงต้องอาศัยพยานวัตถุเป็นพยานหลักฐานสำคัญซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามักจะหลงเหลือร่องรอยของพยานหลักฐานในการกระทำผิดอยู่มากทั้งพยานหลักฐานที่ยืนยันว่าเป็นการบังคับข่มขืนใจและพยานหลักฐานที่ยืนยันว่าเกิดการกระทำชำเราขึ้นโดยพยานวัตถุเหล่านี้บางประเภทไม่สามารถนำมาเป็นประโยชน์ในการพิจารณาคดีได้ทันทีแต่ต้องใช้ผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญตรวจพิสูจน์วัตถุพยานเหล่านี้ด้วยกรรมวิธีทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งวัตถุพยานที่ต้องทำการตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์เหล่านี้เรียกว่า "พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์" วัตถุพยานเหล่านี้ล้วนมีความสำคัญอย่างยิ่งในการสืบสวนสอบสวนคดีเพื่อพิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์ของจำเลย

การตรวจพิสูจน์พยานหลักฐานในคติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่มีไชกรณีผู้ชายข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิงตามปกติ แต่เป็นกรณีอื่นๆ ที่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้แก้ไขเพิ่มเติมให้ขยายความคุ้มครองไปถึงนั้นอาจจะต้องประสบกับปัญหาความยากลำบากในการตรวจหาพยานหลักฐานเพื่อยืนยันการกระทำเหล่านี้ แต่อย่างไรก็ดีการแก้ไขปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในครั้งนี้มิใช่การกำหนดลักษณะของการกระทำขึ้นมาใหม่แต่เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นอยู่แล้ว เพียงแต่เปลี่ยนฐานความผิดที่นำมาปรับกับการกระทำที่เกิดขึ้นอยู่แล้วเหล่านี้ซึ่งเป็นการกระทำที่สร้างปัญหาให้กับสังคมเป็นอย่างมาก ดังนั้นเมื่อการกระทำเหล่านี้เป็นการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นจริงในสังคมอยู่แล้วและกำลังเป็นปัญหาลังคมอยู่ในปัจจุบันแล้ว หน่วยงานที่มีหน้าที่ในการตรวจหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงก็จะต้องร่วมมือกันหาแนวทางที่มีประสิทธิภาพในการตรวจพิสูจน์พยานหลักฐานต่อไป

5. ปัญหาความรู้สึกรังเกียจของประชาชนที่มีต่อความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

การแก้ไขปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในครั้งนี้ส่งผลให้ในปัจจุบันการข่มขืนกระทำชำเรามีความหมายครอบคลุมถึงการกระทำในหลายรูปแบบมากขึ้นไม่จำกัดอยู่แค่การที่ชายข่มขืนกระทำชำเราหญิงโดยทางอวัยวะเพศหญิงอีกต่อไปแล้ว แต่ยังรวมถึงกรณีต่างๆ เช่น การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยใช้วัตถุอื่นใดซึ่งอาจเป็น ช้อน ส้อม ตะเกียบ ปากกา ฯลฯ แต่เพียงสัมผัสโดยไม่จำเป็นต้องมีการล่วงล้ำต่ออวัยวะเพศหรือทวารหนัก

ของผู้อื่นโดยปราศจากความยินยอม ก็ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายปัจจุบันแล้ว ดังนั้นในปัจจุบันหากได้ยินว่ามีเหตุการณ์การข่มขืนกระทำชำเราเกิดขึ้นก็อาจจะคิดว่าไม่มีความรุนแรงใดๆ โดยอาจเป็นแค่เพียงการใช้วัตถุ สิ่งของ ไปแตะหรือสัมผัสกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นก็ได้ ซึ่งปัญหาความรู้สึกที่มีต่อความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานี้ถือเป็นปัญหาที่สำคัญ เพราะ การที่เราไม่มองต่อสิ่งใด หรือการกระทำใดว่าเป็นเรื่องเล็กน้อย หรือเป็นเรื่องธรรมดา มุมมองนั้นจะส่งผลต่อความคิดและการกระทำ ซึ่งในระยะยาวแล้วเราอาจคิดว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นเรื่องธรรมดา และอาจเกิดการข่มขืนกระทำชำเรากันอย่างแพร่หลายจนยากที่จะควบคุมก็เป็นได้

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาและวิเคราะห์ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่แก้ไขใหม่ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหา ดังต่อไปนี้

1. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่มีการแก้ไขใหม่ส่งผลกระทบต่อประเด็นที่เกี่ยวกับผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยผู้กระทำความผิดอาจเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้และในขณะเดียวกันผู้เสียหายหรือผู้ถูกกระทำก็อาจเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้ โดยไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลคนละเพศกันแม้จะเป็นการกระทำต่อบุคคลเพศเดียวกันไม่ว่าจะเป็นชายกระทำต่อชายหรือหญิงกระทำต่อหญิงก็อาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ สำหรับประเด็นนี้ผู้เขียนไม่เห็นด้วย เนื่องจากการกระทำชำเราหมายรวมถึงการร่วมประเวณีกันตามธรรมชาติระหว่างชายกับหญิง ดังนั้นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราก็ควรจะจำกัดเฉพาะการล่วงล้ำทางอวัยวะเพศหญิงโดยอวัยวะเพศชายดังเช่นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายเดิมก่อนที่จะมีการแก้ไขซึ่งมีความเหมาะสมอยู่แล้ว การบัญญัติกฎหมายให้กรณีที่เป็นกรกระทำของหญิงกระทำต่อชาย ชายกระทำต่อชาย หญิงกระทำต่อหญิง หรือชายกระทำต่อหญิงโดยทางอื่นนอกจากอวัยวะเพศหญิง หรือการที่บุคคลหนึ่งใช้สิ่งอื่นใดกระทำต่ออวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น เป็นการกระทำชำเราและอาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้นั้นเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ขัดต่อความเป็นจริงตามธรรมชาติของการกระทำชำเราซึ่งอาจก่อให้เกิดความสับสนได้ อย่างไรก็ตามลักษณะของการ

กระทำต่างๆ เหล่านี้ในปัจจุบันเริ่มมีความแพร่หลายมากขึ้นและก่อให้เกิดปัญหาสังคม จึงควรบัญญัติฐานความผิดเฉพาะขึ้นใหม่นอกเหนือจากฐานความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารให้ครอบคลุมถึงการกระทำเหล่านี้ ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมชาติหรือผิดธรรมชาติตามนุษย์ดังเช่นในอดีตประเทศไทยก็เคยมีปรากฏความผิดในลักษณะนี้แต่ได้มีการยกเลิกไปหรือในต่างประเทศเช่น มลรัฐออลาบามา ก็มีความผิดฐาน Sodomy เป็นต้น

2. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไม่ควรมีการกำหนดคำนิยามของคำว่า "กระทำชำเรา" เพราะการกำหนดความหมายของการกระทำชำเราเช่นนี้เป็นการจำกัดขอบเขตของการกระทำชำเราไว้ว่ามีความหมายเพียงแค่ว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้นหากมีการกระทำอื่นนอกเหนือจากความหมายที่กำหนดไว้แม้จะมีความรุนแรงเทียบเท่ากันก็ไม่อาจถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ ควรจะปล่อยให้เป็นเรื่องของศาลที่จะวางแนวบรรทัดฐานว่าการกระทำชำเราหมายความว่าอย่างไรน่าจะเหมาะสมกว่า นอกจากนี้ความหมายของการกระทำชำเราตามบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่แก้ไขใหม่นี้ยังส่งผลกระทบต่อการบังคับใช้กฎหมายในหลายๆ เรื่องไม่ว่าจะเป็นเรื่องความรู้สึกของประชาชนที่มีต่อความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือความรุนแรงของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วางแนวบรรทัดฐานไว้อย่างมั่นคงแล้วว่าการข่มขืนกระทำชำเราหมายความว่าอย่างไร นอกจากนี้ยังมีผลกระทบต่อความผิดฐานกระทำอนาจารอีกด้วย ดังนั้นจึงไม่ควรมีการกำหนดคำนิยามของคำว่า "กระทำชำเรา"

3. สำหรับปัญหากรณีการข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี โดยที่เด็กนั้นเป็นคู่สมรสกับผู้กระทำซึ่งไม่ถือเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 เนื่องจากมาตรา 277 ยังคงมีคำว่า "ซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีตน" อยู่นั้น ปัญหานี้อาจแก้ไขได้ด้วยการบัญญัติให้การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 กรณีที่ผู้ถูกกระทำเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ถือเป็นเหตุเพิ่มโทษตามมาตรา 276 ส่วนความผิดตามมาตรา 277 ก็บัญญัติให้เป็นความผิดเฉพาะกรณีของการกระทำชำเราเด็กโดยที่เด็กยินยอม ซึ่งจะทำให้การข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี แม้ว่าเด็กนั้นจะเป็นคู่สมรสของผู้กระทำก็ยังถือเป็นความผิดตามมาตรา 276 เพราะมาตรา 276 ได้ตัดคำว่า "ซึ่งมิใช่ภริยาตน" ออกไปแล้ว และจะทำให้กฎหมายมีความชัดเจนมากขึ้น นอกจากนี้การบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเรากรณีที่เป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี เป็นเหตุเพิ่มโทษตาม มาตรา 276 ยังเป็นการทำให้เกิดความแตกต่างของมาตรการในการคุ้มครองเด็กกับการคุ้มครองผู้ใหญ่อีกด้วย กล่าวคือ ในปัจจุบันการข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุกว่า 13 ปีแต่ยังไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 277 วรรคหนึ่ง กับการข่มขืนกระทำชำเราบุคคลอายุกว่า 15 ปี ตามมาตรา 276 มีอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดเท่ากัน หมายความว่า จะข่มขืนบุคคลอายุกว่า 15 ปี หรือข่มขืนเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ก็มีอัตราโทษตามกฎหมายเท่ากัน ซึ่ง

ไม่ถูกต้องเพราะเด็กควรมีมาตรการในการคุ้มครองที่พิเศษแตกต่างจากมาตรการในการคุ้มครองผู้ใหญ่

4. การที่มาตรา 277 วรรคท้าย บัญญัติว่า "ความผิดที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งมีอายุกว่าสิบสามปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ หรือถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำความผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำความผิดนั้นไป"

การบัญญัติเหตุยกเว้นโทษในกรณีที่ศาลอนุญาตให้ผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำสมรสกันตามมาตรา 277 วรรคท้ายนี้ ผู้เขียนเห็นว่าไม่น่าจะเป็นทางแก้ปัญหาที่ดีสำหรับความผิดฐานนี้ เนื่องจากอาจเป็นการเปิดช่องให้ผู้กระทำความผิดใช้การสมรสมาเป็นเหตุที่ทำให้ตนไม่ต้องรับโทษในความผิดที่ตนกระทำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำต่างก็เป็นเด็กอายุกว่า 13 ปี แต่ยังไม่เกิน 15 ปี ด้วยกันทั้งสองฝ่ายซึ่งตามกฎหมายใหม่การกระทำในลักษณะนี้ถือเป็นความผิดทั้งสองฝ่าย เมื่อมีทางเลือกที่ทุกฝ่ายจะไม่ต้องรับโทษใดๆ หากทำการสมรสกันก็จะทำให้ตกลงยินยอมสมรสกันง่ายขึ้นเพราะต่างก็ไม่ต้องการที่จะรับโทษด้วยกันทั้งสองฝ่าย ดังนั้นจึงไม่สมควรบัญญัติเหตุยกเว้นโทษเช่นนี้ไว้ โดยในกรณีที่การกระทำซ้ำเราเด็กตามมาตรานี้เกิดจากความยินยอมของเด็กและเกิดจากความรักรใคร่ชอบพอกันจริงๆ ก็อาจแสดงให้เห็นถึงความบริสุทธิ์ใจและความตั้งใจที่จะมีครอบครัวได้ซึ่งศาลก็สามารถใช้ดุลพินิจในการลงโทษได้ โดยอาจถึงขั้นได้รับการรอกการลงโทษและศาลก็สามารถกำหนดเงื่อนไขในการคุมความประพฤติผู้กระทำความผิดได้ด้วย

5. วัตถุประสงค์ว่าเป็นพยานหลักฐานที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากในการพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลยในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามักจะไม่มีการพยานรู้เห็นการกระทำความผิดนอกจากตัวผู้ถูกกระทำเอง หรือในบางกรณีก็อาจไม่มีแม้กระทั่งผู้ถูกกระทำเหลืออยู่ วัตถุประสงค์จึงเข้ามามีบทบาทสำคัญในการช่วยคลี่คลายคดีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งในปัจจุบันลักษณะในการกระทำความผิดทางเพศในรูปแบบอื่นนอกจากการกระทำชำเราตามปกติที่ผู้ชายกระทำต่อผู้หญิง มีปรากฏให้เห็นมากขึ้นและกำลังเป็นปัญหาสังคมอยู่ในขณะนี้ ดังนั้นจึงควรหาแนวทางที่มีประสิทธิภาพในการตรวจเก็บและพิสูจน์หาพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางเพศไม่ว่าจะในรูปแบบใด