



วิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาและฐานมีเพศสัมพันธ์ต่อกันของบุคคลในครอบครัวระหว่างกฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายของประเทศไทย

จากการศึกษาถึงความสัมพันธ์ของบุคคลในครอบครัวไทยสรุปได้ว่า สิทธิและหน้าที่อันมีต่อกันในทางแพ่งของบุคคลในครอบครัวได้ทำให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาแก่บุคคลเหล่านั้นด้วย โดยที่ความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลเหล่านี้จะมากหรือน้อยก็ขึ้นอยู่กับประเภทของความผิดที่กระทำและความสัมพันธ์ที่มีต่อกัน อย่างไรก็ตามในบรรดาความผิดทางเพศในครอบครัวนี้มีบางกรณีตามกฎหมายของประเทศไทยมิได้บัญญัติครอบคลุมไว้ ฉะนั้นในบทนี้ผู้วิจัยจะทำการศึกษาถึงกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวกับความผิดทางเพศในครอบครัวอันมีรูปแบบและหลักเกณฑ์ที่แตกต่างไปจากกฎหมายของประเทศไทยในเรื่อง ความผิดฐานข่มขืนภริยา (Marital Rape) และความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ต่อกันของบุคคลในครอบครัว ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะขอกล่าวถึงกฎหมายในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาเป็นหลัก

4.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยา (Marital Rape)

4.1.1 แนวความคิดในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างที่เป็นสามีภริยา

สืบเนื่องจากปฏิญญาสากลว่าด้วย สิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (Universal Declaration Of Human Rights 1948) มีจุดประสงค์ให้การรับรองความเป็นมนุษย์ให้มีศักดิ์ศรีเท่าเทียมกันโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างทางเชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯ ตลอดจนมีการเกิดความตื่นตัวในเรื่องสิทธิมนุษยชนอย่างกว้างขวางในเวลาต่อมา ทำให้บทบาทของหญิงในครอบครัวได้เริ่มเปลี่ยนแปลงไปเกิดแนวความคิดที่จะให้หญิงมีสิทธิมีความทัดเทียมกับชายดังปรากฏเป็นรูปธรรมตามที่นานาอารยประเทศได้เปลี่ยนแปลงโครงสร้างของครอบครัวให้หญิงมีบทบาทมากขึ้น ยกเลิกข้อจำกัดสิทธิของหญิงที่มีสามีออกไปเสีย และหันมาคุ้มครองหญิงมากขึ้นกว่าเดิม ซึ่งในส่วนของความผิดฐานข่มขืนนั้น บรรดานักต่อสู้เพื่อสิทธิสตรีได้พยายามที่จะให้สังคมเห็นความสำคัญและยอมรับว่าในการใช้ชีวิตคู่ของสามี-ภริยานั้นก็สามารถเกิดการกระทำที่เข้าข่ายของความผิดฐานข่มขืนได้

ตามความหมายเดิมนั้นการข่มขืนคือการมีเพศสัมพันธ์โดยอวัยวะเพศชายได้ผ่านเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงโดยปราศจากความยินยอมของหญิงและไม่ว่าจะมีการสำเร็จความใคร่หรือไม่ก็ตามแต่สำหรับกลุ่มต่อสู้เพื่อสิทธิสตรีที่ต้องการผลักดันให้เกิดความผิดฐานสามีข่มขืนภริยาขึ้นนั้นได้เสนอคำจำกัดความของการข่มขืนเสียใหม่ โดยให้มีความหมายกว้างไปถึงการกระทำทางเพศใด ๆ

ที่กระทำต่ออีกฝ่ายหนึ่งโดยฝ่ายนั้นไม่ยินยอม ทั้งการร่วมเพศตามธรรมชาติและทางปากหรือทาง
 เวจรรคหรือการสอดใส่สิ่งใด ๆ เข้าไปในช่องคลอด¹ ซึ่งในคำจำกัดความที่กว้างนี้มีคนจำนวนไม่
 น้อยเลยที่เดียวที่รู้สึกพึงพอใจและเห็นด้วย เพราะว่าความรุนแรงและการบอบช้ำจากการกระทำ
 ทางเพศหาได้เกิดจากการบังคับให้ร่วมเพศโดยวิธีตามธรรมชาติเพียงอย่างเดียว แต่ทว่าในที่สุด
 กฎหมายเรื่องการข่มขืนก็ยังคงยอมรับและเดินตามคำจำกัดความของการข่มขืนในความหมาย
 ของการร่วมประเวณีตามธรรมชาติที่อวัยวะเพศชายได้ผ่านเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงแต่เพียงอย่าง
 เดียวเท่านั้นและการร่วมเพศทางปากหรือเวจรรคนั้นได้เป็นความผิดอีกหนึ่งความผิดที่เรียกว่า
 เป็นการร่วมเพศอันผิดธรรมชาติหรือ Sodomy แทน²

โดยส่วนใหญ่หญิงที่สมรสแล้วจะไม่คำนึงว่า การมีเพศสัมพันธ์นั้นจำเป็นที่จะต้องอาศัย
 ความยินยอมของตนด้วยหรือไม่ หญิงเหล่านั้นเห็นว่าการมีเพศสัมพันธ์คือหน้าที่อันหนึ่งของภริยา
 ที่มีต่อสามี การไม่เชื่อฟังสามีหรือปฏิเสธที่จะมีเพศสัมพันธ์กับสามีนั้นเป็นบาป³ อย่างไรก็ตามการที่
 สามีใช้กำลังบังคับขืนใจภริยาเพื่อที่จะมีเพศสัมพันธ์ด้วยนั้นแม้จะถูกมองจากสังคมว่าเป็นเรื่อง
 ส่วนตัวของคู่สามีภริยาคนภายนอกไม่สมควรที่จะเข้าไปก้าวร้าว แต่นักต่อสู้เพื่อสิทธิสตรีกลับมี
 มุมมองที่แตกต่างออกไปว่าการปล่อยให้สามีมีอำนาจบังคับต่อจิตใจและกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย
 ภริยาในทางเพศ โดยภริยาไม่ได้มีความต้องการเช่นนั้นไม่มีความแตกต่างจากการที่ชายกระทำ
 การข่มขืนหญิงและมองว่าทุกวันนี้สังคมได้ถูกปกครองด้วยชาย (Patriarchal Society) ชายมีบทบาท
 บทบาทที่เหนือกว่าหญิงมาตลอดตั้งแต่อดีต การแทรกแซงสถานภาพของหญิงโดยชายจึงเกิดขึ้นซึ่ง
 เห็นได้ชัดเจนเมื่อพิจารณาถึงเรื่องเพศการใช้กำลังบังคับหรือขืนใจเป็นการแสดงออกทางหนึ่งของ
 ความมีอำนาจและบทบาทที่เหนือกว่าของชายทั้งให้อภิสติแก่ชายที่จะไม่ต้องหาในความผิดทาง
 เพศฐานข่มขืนที่ตั้งแต่อดีตมาชายผู้เป็นสามีจะได้รับการยอมรับว่าไม่อาจต้องหาตกเป็นจำเลยใน
 คดีเช่นนี้ได้เพราะกฎหมายนั้นได้ถูกเขียนขึ้นโดยชายและใช้เอื้อประโยชน์แก่ชาย⁴

¹ Diana E.H.Russell, Rape in Marriage. (Indianapolis : Indiana University Press, 1992).P.43

² อรรถประภา สาครวาสี "การกระทำผิดทางเพศ : กรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจรรค และทางปาก" (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538) : 95

³ ข้อมูลดังกล่าวแปลมาจาก "Religious Advisors" ใน <http://www.vaw.umn.edu/Vawnet/mrape.htm>.

⁴ Roslyn Muraskin, It's a Crime Women and Justice. 2nd edition, (New Jersey : Prentice – Hall, Inc. 2000),P.P. 350-351.

4.1.2 ความเป็นมาของข้อยกเว้นที่ชายไม่ต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยา

จากการศึกษาทางประวัติศาสตร์ในความผิดฐานข่มขืนโดยนักปราชญ์กฎหมายพบว่า แท้ที่จริงแล้วความผิดฐานข่มขืนนี้มิได้มีขึ้นหรือมีอยู่เพื่อเป็นการปกป้องสตรีแต่อย่างใด หากแต่มาจากวัตถุประสงค์ของสังคมในอันที่จะปกป้องสิทธิในทรัพย์สิน ซึ่งความผิดฐานนี้มองประกอบที่ลำค้ำอยู่กับการเอาไปเสียซึ่งทรัพย์สินของชายอื่น คือ พรหมจรรย์ของหญิง ฉะนั้นความผิดฐานข่มขืนจึงเน้นถึงการล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงโดยอวัยวะเพศของชาย โดยถือว่าชายผู้เป็นเจ้าของหญิงได้สูญเสียสิทธิผูกขาดในตัวหญิง และยังเป็นการทำลายศักดิ์ศรีและเกียรติยศของชายผู้เป็นเจ้าของหญิง คือ บิดาสำหรับกรณีที่ยังมิได้สมรส หรือสามีในกรณีที่หญิงสมรสแล้ว⁵

วัตถุประสงค์ของความผิดฐานข่มขืนที่มักจะถูกยกขึ้นอ้างเมื่อมีการกระทำการ ข่มขืนขึ้น คือ เพื่อเป็นการปกป้องศักดิ์ศรีและเกียรติศักดิ์ในเนื้อตัวร่างกายของหญิงจากการกระทำของชาย ซึ่งในความหมายเดียวกันนี้ ก็ได้กลายเป็นคำถามที่นักต่อสู้เพื่อสิทธิของสตรีได้ตั้งคำถามกลับมาว่า ถ้าการมีความผิดฐานข่มขืนนั้นได้มีไว้เพื่อจุดประสงค์ที่จะปกป้องหญิงจากการมีเพศสัมพันธ์ที่ตนไม่ต้องการจริงแล้วเหตุใดกฎหมายจึงไม่กำหนดความผิดฐานสามีข่มขืนภริยาของตนขึ้นมาเพื่อคุ้มครองภริยาจากการมีเพศสัมพันธ์ที่ตนไม่ปรารถนาหรือเป็นเพราะว่ากฎหมายยังคงรักษาความคิดดั้งเดิมที่ว่าภริยาเป็นเพียง “ทรัพย์สิน” หรือ “วัตถุ” ที่อยู่ในความครอบครองของสามี⁶ และปกป้องหญิงแต่เพียงเฉพาะการมีเพศสัมพันธ์โดยปราศจากความยินยอมของหญิงอันเกิดจากการใช้กำลังของ “ชายอื่น” ซึ่งมีใช้สามีเท่านั้น⁷ ซึ่งในการตอบคำถามนี้จำต้องมองย้อนกลับไปในอดีตราวศตวรรษที่ 17 อันเป็นยุคที่ถือว่าข้อยกเว้นความผิดฐานข่มขืนที่ทำให้สามีไม่ต้องรับผิดต่อภริยาตนได้ถือกำเนิดขึ้น โดยจากคำกล่าวของเซอร์ แมทธิว เฮล (Sir Matthew Hale) ในขณะนั้นได้ดำรงตำแหน่งเป็น Chief Justice แห่งประเทศอังกฤษ ได้กล่าวเอาไว้ใน Pleas Of The Crown ว่า

⁵ วิชัย อริยะนันท์ทกะ. “แนวโน้มและข้อคิดบางประการในการปฏิรูปกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศ” บทบัญญัติ 46 (ธันวาคม 2533) : 83-84.

⁶ Andrew Ashworth, Principle Of Criminal Law. (Oxford : Clarendon Press, 1991) P.302.

⁷ วิชัย อริยะนันท์ทกะ “แนวโน้มและข้อคิดบางประการในการปฏิรูปกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศ”, หน้า 84.

“สามีไม่อาจต้องหาฐานข่มขืนภริยาตนได้ เพราะว่าการสมรสได้นำมาซึ่งความ ยินยอมที่มีอาจเพิกถอนได้จากหญิงผู้เป็นภริยาที่มอบให้แก่ชายผู้เป็นสามีเพื่อการมีเพศสัมพันธ์ต่อกันตราบที่ยังคงสภาพสามีภริยา”⁸

ประกอบกับสังคมสมัยนั้นเป็นสังคมที่ชายมีความเป็นใหญ่และเป็นผู้นำครอบครัวทั้งบทบาทความเป็นพ่อและเป็นสามี (Patriarchy) คำกล่าวของ เซอร์ เฮล จึงถูกยอมรับในสังคมอังกฤษขณะนั้นอย่างง่ายดายและรวดเร็วจนกระทั่งข้ามไปยังประเทศสหรัฐอเมริกาในเวลาต่อมาและเมื่อพิจารณาถึงความผิดฐานข่มขืนของทั้งประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาแล้วจะเห็นถึงลักษณะของความผิดฐานข่มขืนได้ว่า

พระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางเพศ ค.ศ. 1956 (Sexual Offence Act 1956) แห่งประเทศอังกฤษได้ให้คำจำกัดความของการข่มขืนไว้ดังนี้ว่า

การข่มขืนคือการมีเพศสัมพันธ์ต่อกันระหว่างชายกับหญิงโดยปราศจากความยินยอมของหญิง เพราะชายได้ใช้กำลังขืนใจบังคับขู่เข็ญหรือใช้กลอุบายหลอกลวงหรือปลอมหรือแปลงแสดงตนให้หญิงนั้นเข้าใจว่าตนเป็นสามีเพื่อที่ตนจะได้มีเพศสัมพันธ์ด้วย หรือทำให้หญิงตกอยู่ในอาการมึนเมาจนไม่สามารถให้ความยินยอมได้หรือกระทำในขณะที่หญิงนั้นหลับ⁹

กฎหมายโมเดลพินอลโคดของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 261 (Model Penal Code Sect. 261) บัญญัติว่า

การข่มขืนคือการมีเพศสัมพันธ์กับหญิงอื่นที่มีไชภริยาของตนในกรณีดังต่อไปนี้

1. หญิงนั้นไม่ได้ให้ความยินยอมไม่ว่าจะเป็นเพราะเป็นบ้า หรือวิกลจริต ทั้งที่มีลักษณะถาวรหรือชั่วคราว หรือ
2. หญิงได้ขัดขืนแต่ถูกชายใช้กำลังบังคับ หรือ
3. หญิงถูกทำให้มึนเมาไม่สามารถครองสติได้ หรือ
4. หญิงในขณะนั้นหมดสติล้มป่วยขณะที่รับรู้ถึงการกระทำของตน หรือ

⁸ ข้อมูลดังกล่าวแปลมาจาก “A Brief Legal History Of Marital Rape” ใน <http://www.vaw.umn.edu/Vawnet/mrape.htm>.

⁹ Lord Hailsham Of St. Marrylebone, Halsbury's Laws Of England. Volume 11,4 Edition (London : Butterworths, 1976), P.652.

5. ชายได้หลอกหลวงด้วยประการใด ๆ จนหญิงเชื่อว่าเป็นสามีของตน¹⁰

ซึ่งในกรณี 1 ถึง 5 นี้ สามารถกล่าวได้ว่า เป็นกรณีการมีเพศสัมพันธ์กับหญิง โดยที่หญิงนั้นมิได้ยินยอมพร้อมใจด้วย

ฉะนั้น ความยินยอมจึงเป็นหลักเกณฑ์ที่ทั้งประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาต่างถือร่วมกันเป็นองค์ประกอบความผิดที่สำคัญในการที่จะทำให้ชายต้องหาหรือไม่ต้องหาความผิดฐานข่มขืนเมื่อได้มีเพศสัมพันธ์กับหญิงอื่นที่ไม่ใช่ภริยา ดังนั้น หากแปลความหมายกลับแล้วจะหมายความว่า การมีเพศสัมพันธ์ที่ได้รับความยินยอมจากหญิงย่อมไม่เป็นความผิดฐานข่มขืน¹¹ แต่หากความยินยอมของหญิงเกิดจากการที่ชายใช้กำลังบังคับหรือข่มขู่หรือหลอกหลวงหญิงจนหญิงไม่สามารถขัดขืนได้หรือหลงเชื่อตามที่ถูกหลอกหลวง หรือชายได้ปลอมหรือแสดงตนว่าเป็นสามีของหญิงจนหญิงนั้นหลงเชื่อว่าเป็นสามีหรือหญิงเป็นผู้มีความบกพร่องในการแสดงเจตนา หรือฉวยโอกาสขณะหญิงหลับ หรือทำให้หญิงเกิดอาการมึนเมาแล้วถือโอกาสเช่นนี้มีเพศสัมพันธ์กับหญิงกรณีเหล่านี้ล้วนแล้วแต่ปราศจากความยินยอมจากหญิงทั้งสิ้น¹² เป็นความผิดฐานข่มขืน

ตามคำพิพากษาคดี Kaitamaki v. R ได้ตัดสินว่า

“ในการมีเพศสัมพันธ์ต่อกันนั้น ถ้าหากหญิงได้ถอนไปซึ่งความยินยอมโดยไม่สมัครใจที่จะมีเพศสัมพันธ์กับชายอีกต่อไป ชายจะมีความผิดฐานข่มขืน หากยังไม่ยุติการมีเพศสัมพันธ์”¹³

คำพิพากษานี้ได้วางหลักในกรณีที่หญิงได้ให้ความยินยอมต่อชายเพื่อมีเพศสัมพันธ์ไว้แล้วแต่ภายหลังหญิงนั้นกลับมากลั่นแกล้งว่าเป็นความผิดฐานข่มขืน

คำพิพากษาคดี R v. Howard ปี ค.ศ. 1965 ได้ตัดสินว่า

“ความยินยอมของหญิงที่ให้ในภายหลังหลังจากที่ได้มีเพศสัมพันธ์กับชายโดยปราศจากความยินยอมจากหญิงนั้น ความยินยอมเช่นนี้ทำให้ชายพ้นผิดไม่”¹⁴

หมายความว่า ในขณะที่มีเพศสัมพันธ์ต่อกันนั้นหญิงไม่ได้ให้ความยินยอมแก่ชายแต่ภายหลังกลับมากลั่นแกล้งให้ความยินยอม ซึ่งความยินยอมที่ได้ให้ในภายหลังนี้ไม่ถือเป็นความยินยอม

¹⁰ R. Bryce Young, Criminal Law : Codes and Cases, (New York : Mcgraw-Hill Book Company, 1972), P.224.

¹¹ Justin Miller, Handbook Of Criminal Law. (West Publishing Co., 1975) P.294 (a).

¹² Lord Hailsham Of St.Marrylebone, Halsbury's Laws Of England. PP.653-654.

¹³ คดีดังกล่าวอ้างถึงใน Andrew Ashworth, Principle Of Criminal Law. P.301.

¹⁴ คดีดังกล่าวอ้างถึงใน Lord Hailsham Of St.Marrylebone, Halsbury's Laws Of England. PP.654.

การมีเพศสัมพันธ์ (Sexual Intercourse)

ในประเทศอังกฤษ ตามพระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางเพศ ค.ศ. 1956 ได้ให้ความหมายของการมีเพศสัมพันธ์ไว้ว่า

การมีเพศสัมพันธ์ คือ การที่อวัยวะเพศชายได้ผ่านเข้าไปในช่องคลอดของหญิงโดยไม่จำเป็นจะต้องมีการสำเร็จความใคร่¹⁵

ส่วนกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้ความหมายของการมีเพศสัมพันธ์ไว้อย่างใกล้เคียงกับประเทศอังกฤษว่า เป็นการที่อวัยวะเพศชายได้ผ่านเข้าไปในช่องคลอดของหญิงแม้แต่เพียงเล็กน้อยโดยไม่จำเป็นต้องมีการสำเร็จความใคร่¹⁶

การมีเพศสัมพันธ์ต่อกันไม่ได้ขึ้นกับว่าได้มีการสำเร็จความใคร่หรือไม่ แต่อยู่ที่การล้วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของหญิงแม้แต่เพียงเล็กน้อยก็เป็นการกระทำที่สำเร็จเป็นการมีเพศสัมพันธ์ตามความหมายของกฎหมายแล้ว¹⁷ แต่ถ้าหากยังฟังได้ไม่ชัดเจนว่าได้มีการล้วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดโดยอวัยวะเพศชาย การกระทำเช่นนั้นก็เป็นเพียงการพยายามข่มขืน ถ้าหากพิสูจน์ไม่ได้ว่ามีเจตนาที่จะข่มขืนการกระทำเช่นนั้นก็จะ เป็นเพียงการกระทำอนาจาร (Indecent Assault)

ในกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศของประเทศอังกฤษอายุของหญิงที่ชายได้มีเพศสัมพันธ์ด้วยนั้น บทบัญญัติเรื่องการข่มขืนไม่ได้กล่าวเอาไว้ แต่เพื่อเป็นการคุ้มครองหญิงหลักเกณฑ์เรื่องอายุนี้ได้ถูกบัญญัติไว้ในความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Sexual Conduct) ซึ่งแบ่งช่วงอายุของหญิงออกเป็นสองช่วงคือ ต่ำกว่า 13 ปี และต่ำกว่า 16 ปี

การมีเพศสัมพันธ์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายกับหญิงอายุต่ำกว่า 13 ปี (Unlawful Sexual Intercourse With Girl Under 13)

การมีเพศสัมพันธ์กับหญิงที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี เป็นการมีเพศสัมพันธ์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ชายต้องระวางโทษอย่างสูงจำคุกตลอดชีวิตหรือในกรณีพยายามต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี¹⁸

¹⁵ Smith and Hogan, *Criminal Law : Cases and Material*. (London : Butterworths, 1975), P.462.

¹⁶ Gerhard O.W. Mueller, *Sexual Conduct and The Law*. (2nd ed), (New York : Oceana Publications, Inc, 1980), P.30.

¹⁷ Ibid., P.40.

¹⁸ Lord Hailsham Of St.Marrylebone, *Halsbury's Laws Of England*. P.656.

คดี R v. Prince ปี ค.ศ. 1875 ตัดสินว่า

แม้ชายจะมีเหตุอันควรเชื่อว่าหญิงผู้ที่ได้มีเพศสัมพันธ์ด้วยนั้นมีอายุเกินกว่า 13 ปีก็ตาม แต่การเชื่อเช่นนั้นไม่เป็นข้อแก้ตัวให้ชายพ้นผิดไป¹⁹

การมีเพศสัมพันธ์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายกับหญิงอายุต่ำกว่า 16 ปี (Unlawful Sexual Intercourse With Girl Under 16)

เช่นเดียวกับกรณีหญิงอายุต่ำกว่า 13 ปี การมีเพศสัมพันธ์กับหญิงที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี ไม่ว่าหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตามเป็นความผิด เว้นเสียแต่ว่า ชายมีอายุต่ำกว่า 24 ปี ซึ่งไม่เคยต้องหาในความผิดเช่นนี้มาก่อนและมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าหญิงนั้นมีอายุ 16 ปี²⁰

การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างที่การสมรสเป็นโมฆะเพราะหญิงอายุต่ำกว่า 16 ปี ตามมาตรา 2 แห่ง พระราชบัญญัติการสมรส ค.ศ. 1949 ซึ่งชายเชื่อหรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าหญิงนั้นมีอายุ 16 ปี ชายไม่มีความผิด²¹

ความผิดตามลักษณะนี้ทั้งความผิดสำเร็จหรือพยายามกระทำความผิดมีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี

ฉะนั้นในประเทศอังกฤษจะเรียกการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิงโดยที่หญิงไม่ยินยอมว่า การข่มขืน (Rape) แต่ถ้าพิจารณาถึงอายุของหญิงแล้วหญิงมีอายุต่ำกว่า 13 ปี และต่ำกว่า 16 ปี ตามลำดับ โดยไม่ต้องพิจารณาถึงความยินยอมของหญิงจะเรียกการกระทำเช่นนั้นว่า การมีเพศสัมพันธ์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Sexual Intercourse)

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศในระบบ คอมมอน ลอว์ เหมือนกับประเทศอังกฤษ ในแต่ละรัฐต่างก็มีบทบัญญัติกำหนดเกณฑ์อายุของหญิงที่สามารถให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์เอาไว้ ซึ่งหมายความว่าถ้าหากได้มีเพศสัมพันธ์กับหญิงที่มีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่แต่ละรัฐกำหนดชายจะมีความผิด บางรัฐได้กำหนดอายุของหญิงที่สามารถให้ความยินยอมในการมีเพศ

¹⁹ Ibid.,P.657.

²⁰ Ibid.

²¹ Section 2 "A marriage solemnized between persons either of whom is under the age of 16 is void."

สัมพันธ์เอาไว้ที่ 18 ปี ซึ่งเป็นเกณฑ์ที่สูงที่สุด²² และสอดคล้องกับเกณฑ์การสมรสที่ชายและหญิงสามารถสมรสกันได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหากทั้งคู่มีอายุ 18 ปี²³

การมีเพศสัมพันธ์กับหญิงที่มีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่แต่ละรัฐได้กำหนดเอาไว้ นั่น แต่รัฐจะมี Statutory Rape อันเป็นบทบัญญัติที่เอาไว้ใช้กับกรณีเช่นนี้โดยเฉพาะ ความผิดตาม Statutory Rape นี้จะไม่คำนึงถึงความยินยอมอันหญิงได้ให้ไป ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองหญิงโดยไม่ถือว่าเป็นความยินยอมที่ขอด้วยกฎหมาย การมีเพศสัมพันธ์ต่อกันจัดเป็นความผิดตาม Statutory Rape และถ้าหากได้ความว่าการมีเพศสัมพันธ์ได้ปราศจากการยินยอมที่มีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ด้วยแล้ว ชายจะถูกต้องหาว่าได้ข่มขืนหญิงมากกว่าต้องหาตาม Statutory Rape²⁴

เหตุที่มีการกำหนด Statutory Rape ก็เพราะว่า ได้มีการตระหนักถึงความอยากรู้อยากเห็นและความต้องการที่จะทดลองการมีประสบการณ์ทางเพศของเด็กซึ่งเป็นสิ่งที่เป็นปรกติ Statutory Rape จึงได้เป็นมาตรการทางกฎหมายที่คุ้มครองเด็กหญิงที่อาจให้ความยินยอมมีเพศสัมพันธ์กับชายได้โดยไม่ทราบว่าตนไม่มีอำนาจเช่นนั้น โดยมีจุดประสงค์เพื่อคุ้มครองความบริสุทธิ์ของหญิง แต่ในทางปฏิบัติแล้วแม้ว่าเด็กหญิงนั้นจะเคยมีเพศสัมพันธ์มาก่อนก็ตามการมีเพศสัมพันธ์ในครั้งหลังหรือในครั้งที่ทราบถึงการกระทำความผิดก็ได้รับการคุ้มครองจาก Statutory Rape ด้วย ดังนั้น แม้จะเป็นแม่หม้ายตั้งแต่เด็กหญิงผู้นั้นก็ได้รับความคุ้มครอง บทบัญญัติ Statutory Rape นี้ได้ขยายไปถึงการที่หญิงมีเพศสัมพันธ์กับเด็กชายที่มีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่รัฐให้อนุญาตสามารถสมรสได้โดยปราศจากการยินยอมจากบิดามารดาด้วย เป็นการเอาผิดกับหญิงที่สามารถสมรสได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหากมีเพศสัมพันธ์กับชายที่อายุต่ำกว่าเกณฑ์²⁵

ฉะนั้นสรุปหลักเกณฑ์อายุของหญิงได้ว่า ในประเทศอังกฤษมีบทบัญญัติเรื่องการมีเพศสัมพันธ์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Sexual Intercourse) ใช้บังคับกับหญิงที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี และ 16 ปี ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกา มี Statutory Rape ใช้บังคับการมีเพศสัมพันธ์กับหญิงที่มีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่ในแต่ละรัฐกำหนดซึ่งส่วนใหญ่อยู่ที่ 18 ปี

²² Justin Miller, Handbook Of Criminal Law. P.297.

²³ ข้อมูลดังกล่าวแปลมาจาก "Marriage Law Of the Fifty States, District Of Columbia and Puerto Rico" ใน http://www.law.cornell.edu/topicts/Table_Marriage.htm

²⁴ Gerhard O.W.Mueller, Legal Regulation Of Sexual Conduct. (New York 3,N.Y. : Ocean Publications, Inc.,1961), P.42.

²⁵ Ibid., P.43.

หลักเกณฑ์อายุของชาย

นอกจากเกณฑ์อายุของหญิงแล้ว ทั้งประเทศอังกฤษและอเมริกายังมีข้อสันนิษฐานอย่างเดียวกันอันเป็นเกณฑ์เด็ดขาดว่า เด็กชายที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี ไม่สามารถที่จะมีเพศสัมพันธ์ได้แม้ว่าจะมีความพร้อมทางร่างกายที่จะกระทำเช่นนั้น²⁶ โดยที่กฎหมายก็ได้ยืนยันข้อสันนิษฐานนี้ด้วยการปฏิเสธที่จะรับฟังพยานหลักฐานใด ๆ เพื่อนำมาพิสูจน์ว่าเด็กชายคนนั้นได้มีเพศสัมพันธ์ในอันที่จะต้องหาตามบทบัญญัติของกฎหมาย ดังนั้น ด้วยข้อสันนิษฐานอันเด็ดขาดนี้ ทำให้เด็กชายต่ำกว่า 14 ปี จะไม่ต้องตกเป็นผู้ต้องหาในความผิดฐานข่มขืน (Rape) หรือในความผิดมีเพศสัมพันธ์โดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Sexual Intercourse) ของประเทศอังกฤษ²⁷ และความผิดฐานข่มขืน (Rape) และ Statutory Rape ของประเทศอเมริกา²⁸

กฎหมายอังกฤษได้ให้การยอมรับว่าสามีภริยาเปรียบเสมือนบุคคลเดียวกันโดยมีความเป็นหนึ่งเดียวกันตามทฤษฎี Unities Theory²⁹ อันหมายความว่าในความเป็นสามีภริยานั้นสถานภาพของสามีและภริยาจะถูกรวมเข้าเป็นหนึ่งโดยหมายถึงชายผู้เป็นสามีเท่านั้นเป็นผู้มีสิทธิเป็นใหญ่ในครอบครัวและต่อตัวของหญิง หญิงจะถูกจำกัดบทบาทลงไปอย่างมาก ไม่สามารถที่จะทำสัญญา หรือฟ้องร้องคดีหรือถูกฟ้องคดี หรือจัดการทรัพย์สินของตนเองหรือทำงานใด ๆ ภายนอกบ้านหากสามีไม่อนุญาต³⁰ ภริยาจึงเปรียบเสมือนเป็นทรัพย์สิน และการที่หญิงหรือภริยาถูกชายอื่นข่มขืนจึงมิใช่ความผิดที่เกิดแก่หญิงหรือภริยา หากแต่เป็นความผิดที่ชายผู้กระทำได้กระทำต่อชายผู้เป็นบิดาหรือสามีของหญิง³¹

4.1.3 การกระทำที่เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา

ในปัจจุบัน พระราชบัญญัติการกระทำความผิดทางเพศของประเทศอังกฤษ ค.ศ. 1956 (Sexual Offence Act 1956) ยังคงยึดหลักการดังกล่าวอยู่ ทำให้ชายไม่อาจต้องหาความผิดฐานข่มขืนภริยาตนในขณะที่ยังคงใช้ชีวิตคู่ร่วมกันได้ จะมีก็แต่ถูกฟ้องในความผิดฐานเป็นผู้ให้การ

²⁶ Lord Hailsham Of St.Marrylebone, Halsbury's Laws Of England. P.653.

²⁷ Ibid., P.656.

²⁸ Gerhard O.W.Mueller, Legal Regulation Of Sexual Conduct. P.43.

²⁹ Jennifer Temkin, Rape and The Criminal Justice System. (Aldershot : Dartmouth Publishing Company Limited, 1995). P.250.

³⁰ Ibid.,251.

³¹ Ibid.,250.

สนับสนุนหรือให้ความช่วยเหลือหรือจูงใจให้ชายอื่นกระทำการข่มขืนหญิงอื่นที่เป็นภริยาตน³² แม้ว่าชายอื่นนั้นจะมีอายุต่ำกว่า 14 ปี ที่ไม่ต้องรับผิดชอบในความผิดทางเพศใด ๆ ก็ตาม³³ ซึ่งเป็นความผิดที่จะต้องอาศัยบุคคลภายนอกเป็นผู้กระทำการข่มขืนเสียก่อนตน (สามี) จึงเกิดความรับผิดชอบขึ้นมาได้ อย่างไรก็ตามความรับผิดชอบเช่นนั้นแม้ผู้ตกเป็นเหยื่อจะเป็นภริยาตนแต่เมื่อในกฎหมายไม่บัญญัติความผิดฐานข่มขืนภริยาเอาไว้ การกระทำของสามีจึงเป็นได้แค่เพียงผู้สนับสนุนหรือให้ความช่วยเหลือหรือจูงใจให้ชายอื่นกระทำการข่มขืนหญิงอื่นเท่านั้น เพราะขาดบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะให้สามีรับผิดชอบเช่นนั้นทั้ง ๆ ที่การกระทำดังกล่าวแทบไม่ต่างไปจากความผิดฐานข่มขืนอันเป็นความผิดที่เรียกว่า Felony³⁴ ซึ่งเป็นความผิดที่ร้ายแรงอันสามารถฟ้องร้องดำเนินคดี (Indictment) โดยมีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไปแต่อย่างใด

Felony แบ่งผู้กระทำความผิดออกได้เป็น 4 ระดับ³⁵

1. First – Degree Principal at Common Law

หมายถึงบุคคลผู้ลงมือกระทำความผิดด้วยตนเองหรือใช้บุคคลอื่น (Innocent Agent) ให้ไปกระทำความผิดโดยที่ผู้ถูกใช้ไม่มีความคิดที่จะกระทำความผิดมาก่อน ซึ่งผู้กระทำในความผิดฐานนี้ต้องอยู่ด้วยในขณะมีการกระทำความผิดหรือเข้ากรณีที่เรียกว่า Constructive Presence อันหมายถึงว่าในขณะที่เกิดเหตุนั้นตนไม่ได้อยู่ด้วยแต่กฎหมายให้ถือว่าตนได้อยู่³⁶ ปัจจุบันเรียกว่า Perpetrator³⁷

2. Second – Degree Principles at Common Law

หมายความถึงบุคคลที่ช่วยเหลือผู้กระทำความผิด (Perpetrator) ขณะที่กำลังกระทำความผิดไม่ว่าจะทางร่างกายหรือทางจิตใจ โดยการให้ความช่วยเหลือนี้กฎหมายให้หมาย

³² Lord Hailsham Of St.Marrylebone, Halsbury's Laws Of England. PP. 652 - 653.

³³ Ibid., PP. 33 – 34.

³⁴ Clark & Marshall, A Treatise On The Law Of Crimes, 6th edition, (Chicago : Callaghan & Company, 1958) P.670.

³⁵ Ibid., PP.447 – 465.

³⁶ Rollin M. Perkin, "Party to Crime", 89 U. of Pa.L.Rev. P.595.

³⁷ Gammage & Hemphill, Basic. Criminal Law, (New York : Megraw – Hill. Inc, 1974), P.73.

รวมถึงการปรากฏตัวช่วยเหลือขณะกระทำผิดและในกรณีที่อยู่ด้วยขณะกระทำผิด (Constructive Presence) ซึ่งปัจจุบันเรียกว่า Aides – and Abettor³⁸

3. Accessory before the Fact

หมายถึงผู้ที่ให้การช่วยเหลือแก่ผู้กระทำผิดก่อนที่จะมีการกระทำผิดโดยที่มิได้แสดงตนในขณะที่ผู้กระทำความผิดลงมือกระทำความผิด

4. Accessory after the Fact

หมายถึงผู้ที่ให้การช่วยเหลือแก่ผู้กระทำผิดภายหลังที่มีการกระทำผิดโดยรู้ว่ามี การกระทำความผิดเกิดขึ้น เช่น การให้ที่พักพิงหลบซ่อนตัว

ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกา ตั้งแต่ ค.ศ. 1970 เป็นต้นมา กฎหมายที่เกี่ยวกับการทำร้ายทางเพศ (Sexual Assault) ได้เริ่มมีการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดเกี่ยวกับการข่มขืน บทบัญญัติในหลาย ๆ รัฐ (State Statues) เริ่มมีการตั้งข้อกำหนดแก่สามีในความผิดฐานข่มขืนที่ถูกกระทำนั้นเป็นภริยาขึ้นมาบ้าง ไม่ว่าจะในฐานะตัวการ (Perpetrator) หรือผู้ช่วยเหลือหรือผู้สนับสนุน (Aides – and - Abettor) ดังคดีต่อไปนี้

State v. Drope

คดีนี้เกิดที่รัฐมิสซูรี (Missouri) จำเลยเป็นสามีของหญิงที่ตกเป็นเหยื่อ ได้ร่วมกับพวกซึ่งเป็นชาย 4 คน จับภริยาของตนมัดไว้บนเตียงแล้วจำเลยใช้ปืนจ่อไปที่ศีรษะของภริยาเพื่อข่มขืนให้ยอมมีเพศสัมพันธ์กับชายทั้ง 4 คนนั้น โดยที่จำเลยไม่ได้ร่วมมีเพศสัมพันธ์ด้วย ศาล Supreme Court ของรัฐ Missouri ตัดสินว่า จำเลยกระทำความผิดฐานเป็นตัวการ (Perpetrator) ในการข่มขืน³⁹

จากคำพิพากษานี้ อาจทำให้เข้าใจไขว่เขวไปได้ว่า สามี (จำเลย) ต้องหาความผิดฐานข่มขืนภริยา เมื่อพิจารณาโดยละเอียดแล้วจะเห็นได้ว่า บุคคลที่ทำการข่มขืนคือพวกของจำเลย ซึ่งเป็นบุคคลอื่น การที่จำเลยช่วยจับภริยามัดกับเตียงแล้วใช้ปืนจู่ จึงเป็นเพียงตัวการในการกระทำความผิดฐานข่มขืนหญิงอื่นร่วมกับพวกของจำเลย หาใช่ข่มขืนภริยาตนเองไม่

จากที่กล่าวมาแล้วทั้งหมดชี้ว่าการเป็นสามีภริยากันจะทำให้สามีไม่ต้องหาในความผิดฐานข่มขืนภริยาเสมอไป แต่ถ้าหากมีการตกลงกันที่จะแยกกันอยู่ (Separation Order)

³⁸ L.B.Curzon, *Criminal Law*. 3rd edition, (Great Britain : Macdonal and Evans Ltd.,1980), P.39.

³⁹ Thomas J.Gardner, *Criminal Law : Principles and Cases*. 3rd edition, (New York : West Publishing Company),P.354.

หรือเป็นการแยกกันอยู่โดยคำสั่งศาล (A Decree Of Judicial Separation) หรือแยกกันอยู่ก่อนมี การหย่า (A Decree Nisi Of Divorce) การมีเพศสัมพันธ์ที่ปราศจากความยินยอมจากภริยาขณะที่ มีการตกลงหรือมีคำสั่งเช่นนี้จะมีผลทำให้สามีมีความผิดฐานข่มขืนภริยา อย่างไรก็ตามบทบัญญัตินี้ ก็ไม่ครอบคลุมไปถึงช่วงเวลาก่อนที่จะมีความตกลงหรือมีคำสั่งเช่นนั้น ฉะนั้น การที่ภริยาต้อง จำทนกับการถูกสามีบังคับให้ยอมมีเพศสัมพันธ์โดยที่ไม่มีโอกาสปฏิเสธหรือไม่กล้าปฏิเสธเพราะ กลัวถูกสามีทำร้ายจึงไม่ต่างกับการถูกข่มขืน คำกล่าวของ เซอร์ แมทธิว เฮล (Sir Matthew Hale) เท่ากับเป็นการให้สิทธิพิเศษแก่ชายเหนือเนื้อตัวร่างกายของหญิงผู้เป็นภริยา David Finkelhor และ Kersti Yllo สองนักวิจัยเกี่ยวกับครอบครัวในรัฐนิว แฮมป์เชียร์ (New Hampshire) ได้กล่าว ถึงสิทธิของชายเช่นนั้นว่าเปรียบได้กับใบอนุญาตให้ข่มขืน (Licence to rape)⁴⁰ กระนั้นก็ตาม การ ข่มขืนภริยายังคงเป็นเพียงความรุนแรงในครอบครัวที่ถูกให้ความสำคัญและความสนใจค่อนข้าง น้อย ทั้งจากนักกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม

4.1.4 มूलเหตุแห่งการข่มขืนกระทำชำเราภริยา

มีคำกล่าวในศตวรรษที่ 18 ของชาวฝรั่งเศสว่า ชายคนใดที่ไม่สามารถบังคับหรือปกครอง ภริยาของเขาได้ ผู้นั้นไม่ใช่ชาย⁴¹ คำกล่าวนี้แสดงให้เห็นว่าได้มีความคิดที่ว่าชายเป็นผู้นำและหัว หน้าครอบครัวที่มีอำนาจต่อหญิงผู้เป็นภริยาในทุก ๆ เรื่อง ความต้องการของชายเป็นใหญ่ที่สุดที่ หญิงผู้เป็นภริยาจะต้องคอยตอบสนองนั้นได้ถือกำเนิดมานานแล้ว กระนั้นก็ดี แม้จะถือว่าสิทธิเด็ด ขาดในบ้านจะตกแก่ชายทั้งเรื่องงานและการมีเพศสัมพันธ์ แต่ใช้ว่าการใช้กำลังบังคับข่มขืนใจ ภริยาให้มีเพศสัมพันธ์กับสามีจะเกิดกับชายผู้เป็นสามีไปเสียทุกคน บางคนก็ไม่ต้องการที่จะทำ ร้ายจิตใจและร่างกายภริยาของเขาหากฝ่ายภริยาไม่มีความพร้อมหรือพึงพอใจที่จะมีเพศสัมพันธ์⁴² แต่ก็นับว่าเป็นส่วนน้อยในสังคมขณะนั้นเพราะบรรดาสามีส่วนใหญ่ต่างเชื่อกันว่าไม่มีความผิด ฐานข่มขืนกับหญิงที่ได้ชื่อว่าเป็นภริยาของตนเนื่องจากการตอบสนองทางเพศเป็นหน้าที่อันสำคัญ ที่ภริยาจะต้องปรนนิบัติแก่สามีตลอดเวลาที่สามีต้องการ ซึ่งเกิดคำเปรียบเทียบที่ทำร้ายจิตใจของ

⁴⁰ ข้อมูลดังกล่าวแปลมาจาก "A Brief Legal History Of Marital Rape" ใน <http://www.vaw.umn.edu/Vawnet/mrape.htm>.

⁴¹ Roslyn Muraskin, *It's a Crime Women and Justice*, 2nd edition, (New Jersey : Prentice-Hall,2000), P.132.

⁴² Ibid., P.132.

หญิงเป็นอย่างมากว่า แม้แต่ชายที่เป็นนักช่มชืนก็ยังไม่เคยต้องหาความผิฐฐานช่มชืนภริยาของตัวเอง⁴³

จากการที่เชื่อกันว่าการสมรสได้นำมาซึ่งความยินยอมของหญิงผู้เป็นภริยาที่จะให้มีเพศสัมพันธ์ ชายทั้งหลายจึงเข้าใจมาเสมอว่าไม่จำเป็นต้องขอหรือให้ภริยายินยอมหากตนประสงค์ที่จะมีเพศสัมพันธ์ เมื่อใดที่ตนต้องการแต่ได้รับการปฏิเสธจากภริยา ชายก็สามารถใช้กำลังบังคับขืนใจเอาเสียได้ หากมองถึงสถานภาพของหญิงแล้วจะไม่ต่างไปจากทรัพย์สินของชายที่การสมรสได้กลายมาเป็นปัจจัยที่สำคัญในการสร้างทัศนคติต่อการมีเพศสัมพันธ์ของชายว่า จะไม่ถูกต้องหาฐานช่มชืน หากหญิงนั้นเป็นภริยาชาย

นอกจากเหตุผลในด้านความเชื่อว่าการสมรสนำมาซึ่งความยินยอมอันมิอาจจะเพิกถอนไปได้ของหญิงที่ให้แก่ชายสามีเพื่อมีเพศสัมพันธ์แล้ว เหตุผลอีกประการหนึ่งซึ่งมักจะถูกหยิบยกขึ้นมาเพื่ออธิบายพฤติกรรมทางเพศของชายคือ เหตุผลทางจิตวิทยาที่อธิบายว่าชายจะมีความคิดอยู่เสมอว่าหญิงมีความอ่อนแอกว่าตนและมีบทบาทในสังคมน้อยกว่า ต้องพึ่งพาชายอยู่เสมอเป็นการส่งเสริมหรือเป็นการกระตุ้นให้ชายทนงถึงสภาพของความเป็นผู้นำ ความมีอำนาจที่เหนือกว่า การใช้ความรุนแรงหรือการกระทำที่ฝ่าฝืนจิตใจของหญิงจึงเกิดขึ้นได้ง่าย โดยเฉพาะกับหญิงซึ่งเป็นภริยาของตน ประกอบกับการบังคับได้มีเพศสัมพันธ์เป็นพฤติกรรมที่เป็นที่รู้จักในครอบครัวหรือเฉพาะสามีกับภริยา ซึ่งสังคมไทยส่วนใหญ่ต่างมีความเห็นว่า กิจกรรมทางเพศระหว่างสามีภริยาเป็นสิทธิส่วนบุคคล รัฐหรือบุคคลภายนอกไม่ควรเข้าไปก้าวก่าย ฉะนั้นเมื่อมองในมุมกลับการหยิบยกเอาความเป็นสิทธิส่วนบุคคลดังกล่าวขึ้นจึงเท่ากับเป็นการกีดขวางวิธีการแก้ปัญหาหรือเยียวยาโดยรัฐในความผิดหรือความรุนแรงในครอบครัวซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน

บุคลิกภาพหรือลักษณะของชายก็เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่ทำให้ชายกระทำการช่มชืนภริยาการที่ชายใช้ความรุนแรงเพื่อแสดงความมีอำนาจที่เหนือกว่าหญิงผู้เป็นภริยา จึงเป็นสาเหตุหนึ่งที่มาสู่การใช้กำลังขืนใจให้ภริยามีเพศสัมพันธ์กับตนทั้ง ๆ ที่ภริยาไม่มีความต้องการ ชายบางคนอาจมีพฤติกรรมติดยาเสพติดไม่สามารถควบคุมการกระทำของตนได้และมักจะทำร้ายหรือรวมถึงกระทำรุนแรงทางกายต่อภริยาของตนเสมอ ๆ หรือเพราะชายมีประสบการณ์ทางเพศที่ไม่ดีในอดีตหรือเป็นโรคจิตประเภทที่ชอบใช้ความรุนแรงในการร่วมเพศ (Sadist)

ในการตอบคำถามว่าเหตุใดชายจึงช่มชืนภริยาตนเองนั้น ไดอานา อีเอช รัสเซลล์ (Diana E.H. Russell) ได้เสนอประเภทของชายที่มีความเกี่ยวพันกับการช่มชืนภริยาเอาไว้ 5 ประเภท⁴⁴ คือ

⁴³ Ibid., P.132.

⁴⁴ Ibid., P.133.

1. สามีที่มีพฤติกรรมชอบข่มขืนใจภริยาให้ยินยอมมีเพศสัมพันธ์กับตน
2. สามีที่มีพฤติกรรมชอบทั้งการบังคับข่มขืนใจภริยาและบางครั้งก็ยอมฟังคำยินยอมจากภริยาก่อนมีเพศสัมพันธ์
3. สามีที่มีพฤติกรรมยอมรับความยินยอมของภริยาที่จะมีหรือไม่มีเพศสัมพันธ์ แต่ก็ใช้กำลังบังคับข่มขืนใจหากมีความต้องการมีเพศสัมพันธ์ที่ผิดปกติไปจากเดิม หากภริยาปฏิเสธ
4. สามีที่มีความคิดที่จะข่มขืนใจภริยาแต่ไม่เคยลงมือกระทำ
5. สามีที่ไม่เคยมีความคิดจะข่มขืนใจภริยาตนเลย

แนวโน้มที่สามีจะข่มขืนภริยาจึงอยู่ในประเภทที่ 1, 2 และ 3 แต่ก็ชี้ว่าทฤษฎีดังกล่าวนี้จะถูกต้องเสมอไปเพราะผู้วิจัยยังมิได้คำนึงถึงองค์ประกอบอื่น ๆ ที่อาจทำให้ชายแสดงพฤติกรรมรุนแรงทางเพศขึ้นมาได้ อาทิ การติดยาเสพติด ความเครียด การมีปมหลังที่ไม่ดีต่อเรื่องเพศ ฯลฯ

4.1.5 บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาของประเทศสหรัฐอเมริกา

รัฐต่าง ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติถึงการมีเพศสัมพันธ์กับภริยาโดยที่ปราศจากความยินยอมไว้ โดยแรกทีเดียวมีเพียงรัฐโอเรกอน เนบราสกา และนิวเจอร์ซีย์ เท่านั้นที่เริ่มบัญญัติให้มีมีความผิดสามีข่มขืนภริยาขณะที่ยังเป็นสามีภริยากันอยู่ โดยยกเลิกข้อยกเว้นที่ได้สิทธิพิเศษแก่สามีออกไปในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1980⁴⁵ และต่อมาอีก 9 ปี ก็มีรัฐที่เห็นชอบด้วยกับการยกเลิกข้อยกเว้นดังกล่าวเพิ่มขึ้นอีก 13 รัฐ เป็น 16 รัฐ โดยหากนับ โคโลัมเบีย (District of Columbia) ด้วยจะเป็น 17 รัฐ ซึ่งตั้งแต่นั้นมาสามารถแบ่งรัฐที่เกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาได้ออกเป็น 3 กลุ่ม คือ

กลุ่มที่ 1 มีรัฐในกลุ่มจำนวนทั้งสิ้น 16 รัฐ ที่มีบทบัญญัติให้ชายผู้เป็นสามีจะต้องรับผิดชอบฐานข่มขืนภริยาของตนเช่นเดียวกับการข่มขืนหญิงที่ไม่ใช่ภริยา อันได้แก่รัฐดังต่อไปนี้

| | |
|-------------|--------------|
| อลาบามา | แมสซาชูเซตส์ |
| อลาสกา | เนบราสกา |
| อาร์แคนซอร์ | นิวเจอร์ซีย์ |
| โคโลราโด | นิวยอร์ก |

⁴⁵ Diana E.H.Russell, *Rape in Marriage*, P.21.

| | |
|-----------|--------------|
| ฟลอริดา | นอร์ท ดาโกตา |
| จอร์เจีย | โอเรกอน |
| อินเดียนา | เวอร์มอนท์ |
| เมน | โคลัมเบีย |

กลุ่มที่ 2 รัฐในกลุ่มที่สองนี้ได้กำหนดความผิดฐานสามีข่มขืนภรรยาโดยมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญคือได้มีการใช้กำลังบังคับหรือข่มขู่เพื่อการมีเพศสัมพันธ์และได้มีการรายงานถึงการข่มขืนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ภายในระยะเวลาที่กฎหมายแต่ละรัฐกำหนด ซึ่งความผิดฐานข่มขืนภรรยาจะมีอัตราโทษที่เบากว่าความผิดฐานข่มขืนหญิงอื่นที่ไม่ใช่ภรรยา แต่อย่างไรก็ตามความผิดฐานข่มขืนภรรยาจะไม่นำมาบังคับใช้กับกรณีที่หญิงภรรยาเป็นคนที่มีความสามารถที่จะให้ความยินยอมต่อการมีเพศสัมพันธ์ หรือภรรยาทุพพลภาพซึ่งชายผู้เป็นสามีได้รู้หรือควรจะรู้ถึงกรณีนั้น หรือหญิงภรรยาถูกวางยา หรืออยู่ในสภาพที่ไม่สามารถจะเข้าใจลักษณะการกระทำของตนหรือเป็นผู้มีจิตบกพร่อง ซึ่งการมีเพศสัมพันธ์ได้เกิดขึ้นขณะที่ภรรยาไม่มีความสามารถเช่นนั้น แต่จะนำเอาความผิดฐานข่มขืนมาใช้บังคับแทน ดังเช่นกฎหมายของรัฐต่อไปนี้

รัฐแคลิฟอร์เนีย (Penal Code Section 262)⁴⁶

สามีจะถูกต้องหาว่าข่มขืนกระทำชำเราภรรยาของตนหากได้มีการใช้กำลังบังคับขู่เพื่อมีเพศสัมพันธ์ ซึ่งจะต้องมีการรายงานถ้าการกระทำดังกล่าวภายใน 90 วัน ต่อเจ้าพนักงาน แต่บทบัญญัติความผิดดังกล่าวจะไม่ถูกนำมาใช้บังคับกับกรณีที่ภรรยาอยู่ในสภาพที่ไม่สามารถจะให้ความยินยอมต่อการมีเพศสัมพันธ์ได้หรือภรรยาเป็นคนที่มีความสามารถ จิตบกพร่อง ทุพพลภาพ ซึ่งสามีได้รู้หรือควรจะรู้ถึงกรณีนั้น หรือภรรยาถูกวางยาหรือถูกทำให้สลบ หรืออยู่ในอาการใด ๆ ที่ไม่สามารถจะเข้าใจลักษณะของการกระทำของชายสามีในขณะที่มีเพศสัมพันธ์

รัฐไอดาโฮ (C.S 18 - 6107)⁴⁷

สามีจะถูกต้องหาว่ากระทำการข่มขืนกระทำชำเราภรรยาของตน หากมีการใช้กำลังบังคับ ข่มขู่ให้เกิดอันตรายแก่กาย หรือทำให้ภรรยาหมดสติ เพื่อมีเพศสัมพันธ์โดยภรรยาไม่ได้ยินยอม แต่ถ้าหากภรรยาไร้ความสามารถที่จะให้ความยินยอมไม่ว่าจะถาวรหรือชั่วคราวอันเนื่องมาจากจิตไม่ปกติแล้วบทบัญญัติฐานนี้จะไม่นำมาใช้บังคับกับชายสามี โดยจะบังคับตามบทบัญญัติเรื่องการข่มขืน

⁴⁶ Ibid., P. 377.

⁴⁷ Ibid., P. 378.

รัฐเทนเนสซีส์ (C.A. 39-2-610)⁴⁸

หากการมีเพศสัมพันธ์กับภริยาโดยปราศจากความยินยอมทำให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายของภริยาอย่างร้ายแรงหรือสามีใช้อาวุธหรือสิ่งทีภริยาเข้าใจว่าเป็นอาวุธข่มขู่ภริยาให้มีเพศสัมพันธ์ด้วย สามีจะต้องหาว่ากระทำการข่มขืนกระทำชำเราภริยา แต่ถ้าสามีรู้ว่าภริยาของตนบกพร่องทางจิต หรือไร้ความสามารถหรือการมีเพศสัมพันธ์เกิดจากการหลอกลวง บทบัญญัตินี้จะไม่นำมาใช้บังคับ แต่สามีจะถูกตั้งหาในความผิดฐานข่มขืน

กลุ่มที่ 3 ความผิดฐานข่มขืนภริยาในรัฐกลุ่มที่สามที่จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อได้มีเพศสัมพันธ์โดยปราศจากความยินยอมของภริยาในขณะที่สามีและภริยาตกลงแยกกันอยู่หรือไม่การแยกกันอยู่ตามกฎหมายเพราะคำสั่งให้หย่าจากศาล หรือศาลสั่งไม่ให้สามีรบกวนภริยาทางเพศดังกล่าวของรัฐธรรมนูญของรัฐเคนตักกี⁴⁹ รัฐมิซซูรี⁵⁰ รัฐนิวเม็กซิโก⁵¹ รัฐนอร์ทแคโรไลนา⁵² รัฐโอคลาโฮมา⁵³ รัฐเซาท์ แคโรไลนา⁵⁴ รัฐยูทาห์⁵⁵

4.1.6 คดีอุทธานธรณ์

ระหว่างนายจอห์น ไรด์เอาท์ กับนางเกรตา ไกด์เอาท์⁵⁶

คดีนี้เป็นคดีอาญาคดีแรกที่จำเลยถูกฟ้องศาลด้วยข้อหากระทำความผิดอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงผู้เสียหาย ซึ่งเป็นภริยาของจำเลยเองในขณะที่ยังคงสภาพความเป็นสามีภริยากัน

⁴⁸ Ibid., P. 381.

⁴⁹ Ibid., P. 379.

⁵⁰ Ibid., P. 380.

⁵¹ Ibid., P. 380.

⁵² Ibid., P. 380.

⁵³ Ibid., P. 381.

⁵⁴ Ibid., P. 381.

⁵⁵ Ibid., P. 382.

⁵⁶ วิศิษฐ์ เอื้อวิโรจน์นกุล, "การข่มขืนภริยาตนเองเป็นความผิดอาญา". บทบัญญัติ, 38

ข้อเท็จจริง

นายจอห์น ไรต์เอาท์ อายุ 21 ปี สมรสกับนางเกรตา ไรต์เอาท์ โดยชอบด้วยกฎหมายตั้งแต่ ค.ศ. 1976 มีบุตรสาวอายุ 2 ปีครึ่ง หนึ่งคน ซึ่งตลอดเวลาที่สมรสกันทั้งคู่มีปัญหาครอบครัวและมีปากเสียงทะเลาะเบาะแว้งกันมาตลอด จนเพื่อบ้านแถวนั้นเห็นเป็นเรื่องปกติ

ในวันเกิดเหตุเมื่อสิ้นเสียงทะเลาะวิวาทแล้ว ในขณะที่ชาวบ้านเข้าใจว่าสามีภริยาคุ้งคงลงเอยกันได้แล้วไม่ทางใดก็ทางหนึ่งเช่นที่ผ่านมา กลับปรากฏว่านางเกรตา ไรต์เอาท์ ได้โทรศัพท์ถึงศูนย์บริการยามวิกฤตของสตรีประจำเมืองซาเล็ม (Women's Crisis Service Center) ศูนย์ดังกล่าวเป็นหน่วยปฏิบัติการของกลุ่มผู้เรียกร้องความเสมอภาคทางสิทธิสตรี ที่เรียกกันทั่วไปว่าวีเมนส์ลิบ (Women's Lib) โดยนางเกรตา ไรต์เอาท์ ได้เล่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายในบ้านและขอคำแนะนำจากศูนย์บริการแห่งนี้นางแนนซี เบิร์ช ผู้อำนวยการศูนย์ได้แนะนำให้นางเกรตา ไรต์เอาท์ ร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงานตำรวจ โดยแจ้งข้อหาว่า นายจอห์น ไรต์เอาท์ ได้กระทำความผิดอาชญาฐานข่มขืนกระทำชำเราในชั้นที่หนึ่ง (First Degree Rape) คือการกระทำความผิดร่วมเพศกับผู้เสียหายโดยใช้กำลังบังคับ อันเป็นความผิดที่มีโทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 20 ปี และปรับไม่เกิน 5 หมื่นบาท

หลังจากเกิดเหตุ 3 ชั่วโมง เจ้าพนักงานตำรวจผู้รับผิดชอบในท้องที่เกิดเหตุพร้อมด้วยเจ้าหน้าที่กองพิสูจน์หลักฐานได้เดินทางมาสืบสวนสอบสวนคดีที่บ้านพัก โดยเชิญทั้งนายและนางไรต์เอาท์ไปสอบปากคำที่สถานีตำรวจ แล้วส่งนางไรต์เอาท์ไปให้แพทย์ชันสูตรตรวจร่างกายเพื่อหาร่องรอยการถูกข่มขืนชำเรา และหรือบาดแผลอื่นใดถ้าหากมี เพื่อนบ้านที่อยู่ใกล้เคียงที่เกิดเหตุ และได้ยินเสียงทะเลาะวิวาทของสามีภริยาคุ้งนี้รวมทั้งผู้จัดการบ้านพักก็ได้รับหมายเรียกจากเจ้าพนักงานตำรวจเพื่อไปให้ถ้อยคำในฐานะพยานแวดล้อม

ส่วนนางเกรตา ไรต์เอาท์ ได้ให้ทนายความยื่นฟ้องหย่าสามีเป็นคดีแพ่งต่างหาก

การเสนอข้อหาต่อคณะลูกขุนใหญ่

ในระหว่างเวลาที่เจ้าพนักงานตำรวจทำการรวบรวมพยานหลักฐานต่าง ๆ อยู่ นั้น บุคคลทั่วไปเชื่อว่าคงเป็นการสืบสวนสอบสวนคดีทำร้ายร่างกายธรรมดา ซึ่งเป็นคดีอาญาทั่วไปที่เกิดขึ้นในครอบครัวที่มีปัญหา แต่เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจส่งสำเนาคดีไปให้อัยการเขตพิจารณาข้อหาอัยการเขตมีความเห็นว่าคดีน่าจะเป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จึงได้เสนอข้อกล่าวหาต่อคณะลูกขุนใหญ่ (Grand Jury) เพื่อทำการไต่สวนมูลฟ้อง ปรากฏว่าคณะลูกขุนใหญ่มีคำวินิจฉัยว่าคดีมีมูลเมื่อวันที่ 18 ตุลาคม 1978 และสั่งให้อัยการเขตดำเนินคดีต่อไป โดยฟ้องร้องนายจอห์น ไรต์เอาท์ ต่อศาลเพื่อให้คณะลูกขุนพิจารณาไปตามขั้นตอนกระบวนการพิจารณาคำวินิจฉัยของคณะลูกขุนใหญ่ว่าคดีมีมูลและสั่งให้ดำเนินคดีต่อไปเช่นนี้ เป็นการยืนยันความเห็นของอัยการสำหรับข้อหาที่เสนอให้พิจารณา และมีผลเท่ากับการประทับฟ้องของศาลเรียกว่า

Indictment จึงเป็นอันแน่นอนแล้วว่า นายจอห์น ไรต์เอ้าท์ จะถูกพิจารณาคดีในข้อหาว่ากระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในชั้นที่หนึ่ง ไม่ใช่ฐานทำร้ายร่างกายธรรมดาตามที่เข้าใจกัน ดังนั้น จึงสร้างความตื่นเต้นและประหลาดใจให้แก่บุคคลทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับนักกฎหมายทุกคนต่างติดตามผลของคดีอย่างใกล้ชิด

สำหรับการไต่สวนมูลฟ้องโดยคณะลูกขุนใหญ่นั้น รัฐธรรมนูญของรัฐบาลกลาง มิได้บัญญัติบังคับว่าจะต้องมี ดังนั้น จึงปรากฏว่าในจำนวน 51 มลรัฐ มีเพียงกว่าครึ่งหนึ่งเท่านั้นที่มีคณะลูกขุนใหญ่สำหรับคดีอาญาที่มีโทษจำคุกชั้นสูง (Felonies) คณะลูกขุนใหญ่จะทำหน้าที่พิจารณายานหลักฐานในเบื้องต้นว่ามีเพียงพอที่จะวินิจฉัยสั่งฟ้องตามที่อัยการเขตเสนอหรือไม่ โดยปกติจะพิจารณาจากพยานหลักฐานที่เจ้าพนักงานตำรวจรวบรวมเสนออัยการเขต ถ้าเห็นว่ามีข้อสงสัยประการใด คณะลูกขุนใหญ่มีอำนาจออกหมายเรียกพยานหลักฐานมาเพื่อพิจารณาหรือเรียกพยานบุคคลมาให้ถ้อยคำเป็นการเพิ่มเติมได้ โดยปกติคณะลูกขุนใหญ่จะประกอบด้วยลูกขุนไม่ต่ำกว่า 16 นาย แต่ไม่เกิน 23 นาย ทั้งนี้ แล้วแต่บทบัญญัติของกฎหมายในแต่ละรัฐ

บทกฎหมายการกระทำความผิดฐานข่มขืนภริยาของตนเอง

การที่คณะลูกขุนใหญ่แห่งเขตมาเรียนเคาน์ตีวินิจฉัยว่าคดีมีมูล ก็เพราะเห็นว่าพยานหลักฐานเบื้องต้นที่เสนอแก่คณะลูกขุนใหญ่มีน้ำหนักพอฟ้องได้ว่า นายจอห์น ไรต์เอ้าท์ ได้ข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนเองจริง ซึ่งเป็นความผิดตามบทบัญญัติกฎหมายแห่งมลรัฐโอเรกอนที่เพิ่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงใหม่เมื่อปี ค.ศ. 1977 (พ.ศ. 2520) กฎหมายที่บัญญัติว่าการร่วมเพศกับภริยาของตนเองโดยใช้กำลังบังคับถือว่าเป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราชั้นที่หนึ่งนี้เป็นผลจากการต่อสู้เพื่อเรียกร้องสิทธิเสมอภาคของสตรี ซึ่งในจำนวนมลรัฐทั้งหมด 51 รัฐ ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีเพียง 5 มลรัฐเท่านั้นที่มีบทบัญญัติกำหนดความผิดดังกล่าวคือมลรัฐออเรกอน มลรัฐเดลาแวร์ มลรัฐไอโอวา มลรัฐเนบราสก้า และมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ซึ่งเป็นรัฐสุดท้ายที่ตรากฎหมายดังกล่าวขึ้นเมื่อเดือนเดือนมกราคม 1979 โดยให้มีผลเริ่มใช้บังคับในเดือนกันยายน ศกเดียวกัน (ปัจจุบันมีอยู่ 17 รัฐ รวม District of Columbia)

องค์ประกอบของการกระทำความผิดฐานข่มขืนภริยาตนเอง ตามที่บัญญัติไว้ในแต่ละมลรัฐดังกล่าวไม่เหมือนกัน เช่น มลรัฐเดลาแวร์ และ เนบราสก้า บัญญัติถึงโทษเฉพาะกรณีที่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายอยู่ร่วมกันฉันท์สามีภริยาก็คือ ผู้กระทำความผิดเป็นเพียงสามี โดยพฤติการณ์ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ (live-in husband) อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่สามีภริยาได้ทำการสมรส โดยถูกต้องตามกฎหมาย แต่ได้แยกกันอยู่คนละบ้านโดยมีเจตนาหย่าร้างจากกัน หรือแยกกันอยู่ระหว่างดำเนินคดีฟ้องหย่า หรือแยกกันอยู่ตามคำสั่งศาลเป็นการทดลองเมื่อศาลมี คำพิพากษา

ให้หย่าได้ แต่มีผลเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาทดลองแยกกันอยู่แล้วนั้น กรณีเช่นนี้ถ้าสามีไปหาภริยาของตนที่บ้านพักและมีการร่วมเพศโดยใช้กำลังบังคับแล้ว เป็นความผิดอาญาซึ่งบัญญัติอยู่ในกฎหมายของบางรัฐมานานแล้ว

สำหรับบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศในมลรัฐออเรกอนแต่เดิมบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแห่งรัฐบทที่ 743 โดยมีองค์ประกอบการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเช่นเดียวกับกฎหมายของมลรัฐอื่น ซึ่งเป็นบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร ที่ตราขึ้นตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ ในรูปแบบของคำพิพากษาที่สะสมมาแต่โบราณคือ

1. มีการกระทำต่อร่างกายหรือร่วมเพศ (carnal knowledge of a female or sexual intercourse)
2. มีการใช้กำลังบังคับ (force)
3. กระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหายหรือข่มขืนใจผู้เสียหาย (the commission of the act without the consent or against the will of the victim)

โดยมีบทบัญญัติแห่งรัฐออเรกอน มาตรา 163.305 ได้บัญญัติค่านิยามต่าง ๆ เพื่อขยายความหมายหรืออธิบายความหมายขององค์ประกอบการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นการเพิ่มเติมคือ

“บทบัญญัติแห่งรัฐออเรกอน มาตรา 163.305

- (1) การร่วมเพศส่ำสอน หมายความว่า ฯลฯ
- (2) หญิง หมายความว่า บุคคลเพศหญิงซึ่งมิใช่คู่สมรสของผู้กระทำความผิด คู่สมรสที่แยกกันอยู่โดยคำสั่งศาลที่ให้แยกเตียงและบ้านไม่เป็นคู่สมรสของกันและกัน ตามความมุ่งหมายแห่งบทนิยามนี้
- (3) การใช้กำลังบังคับ หมายความว่า การใช้กำลังทางร่างกายที่เอาชนะการขัดขืนอย่างที่สุด หรือการข่มขู่ทั้งขัดแย้งหรือโดยปริยาย ซึ่งทำให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งตกอยู่ในความกลัวในทันทีหรือในอนาคตต่อความตายหรือบาดเจ็บทางร่างกายร้ายแรง ไม่ว่าจะแก่ตัวเขาเองหรือบุคคลอื่นหรือตกอยู่ในความกลัวว่าตัวเขาเองหรือบุคคลอื่นจะถูกลักพาในทันทีหรือในอนาคต
- (4) ฯลฯ
- (5) ฯลฯ
- (6) ฯลฯ
- (7) ฯลฯ
- (8) การร่วมเพศ มีความหมายธรรมดาของมันเอง และเกิดขึ้นเมื่อมีการสอดใส่เข้าไปไม่ว่าจะเพียงเล็กน้อยก็ตาม การหลั่งน้ำอสุจิไม่จำเป็นต้องมี”

อย่างไรก็ตามความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่บัญญัติไว้ในกฎหมายของมลรัฐต่าง ๆ ในสหรัฐอเมริกา แยกเป็น 2 กรณี คือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้กำลัง (forcible rape) และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามบทบัญญัติกฎหมาย (statutory rape) ซึ่งในกรณีหลังนี้เป็นการร่วมเพศกับหญิงโดยความยินยอมของฝ่ายหญิง แต่ฝ่ายหญิงมีอายุไม่เกิน 18 ปี

อนึ่ง การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในมลรัฐต่าง ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ว่าจะโดยใช้กำลังบังคับหรือตามบทบัญญัติกฎหมาย เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ซึ่งรัฐบาลมลรัฐที่เกิดเหตุเป็นผู้เสียหาย หญิงผู้ซึ่งเป็นเหยื่อของการกระทำผิดแม้เป็นผู้เสียหายโดยตรงไม่อาจอ้อมความกับผู้กระทำผิดได้

โดยเหตุที่บทบัญญัติกฎหมายแห่งรัฐโอเรกอนได้บัญญัติเหตุยกเว้นต่าง ๆ ซึ่งไม่ถือว่าไม่เป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้กำลัง เช่น กรณีที่สามีภริยากำลังอยู่ในระหว่างฟ้องคดีหย่าร้าง และศาลยังมีได้มีคำสั่งให้แยกกันอยู่ในช่วงเวลาดังกล่าวสามียังสามารถใช้บังคับขอร่วมเพศกับภริยาโดยข่มขืนใจได้อย่างไม่ผิดกฎหมาย และในกรณีที่หญิงและชายสมัครใจอยู่กันฉันท์สามีภริยาโดยไม่มีการสมรสโดยถูกต้องตามกฎหมาย (cohabitation) ฝ่ายชายก็สามารถใช้เป็นข้อต่อสู้ในคดีที่ถูกกล่าวหาว่าข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่อยู่ด้วยกันได้

ดังนั้น กลุ่มแนวร่วมสิทธิสตรี (Women's Rights Coalition) ในมลรัฐออเรกอนจึงได้พยายามผลักดันรัฐสภาแห่งรัฐให้เปลี่ยนแปลงบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยมีการเคลื่อนไหวดำเนินการทั้งในสภาผู้แทนและวุฒิสภาแห่งรัฐ มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเปลี่ยนแปลงทั้งโดยสมาชิกสภาผู้แทนและสมาชิกวุฒิสภา สำหรับด้านสภาผู้แทนราษฎรได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติหมายเลข เอชบี 2523 (House Bill 2523) ซึ่งอนุญาตให้ภริยากล่าวหาว่าสามีข่มขืนกระทำชำเราตนเองได้ ถ้าหากคู่สมรสแยกกันอยู่ในขณะที่เกิดการกระทำผิด และร่างพระราชบัญญัติหมายเลข เอชบี 2614 ซึ่งให้ยกเลิกข้อต่อสู้ของผู้กระทำผิดที่อ้างว่า ชายและหญิงอยู่ด้วยกันฉันท์สามีภริยา อันเป็นเหตุยกเว้นการกระทำความผิดดังที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติแห่งรัฐออเรกอน มาตรา 163.335

ในด้านวุฒิสภาได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยร่างหมายเลข เอชบี 503 (Senate Bill 503) ซึ่งกลุ่มแนวร่วมสิทธิสตรีเสนอผ่านวุฒิสมาชิกเมอรี เซ้าเธอร์ เพื่อให้คณะกรรมการพิจารณาร่างกฎหมายในวุฒิสภารับไว้พิจารณาเมื่อเดือนมีนาคม 2520 โดยร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ขอให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งรัฐออเรกอน มาตรา 163.305 (2) เกี่ยวกับความหมายของหญิงผู้เสียหายในกรณีกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ต่อมาได้มีการแก้ไขถ้อยคำในร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเกี่ยวกับเจตนาของการแยกกันอยู่ เพราะในร่างเดิมใช้คำว่า "ถ้าหากหญิงได้แสดงเจตนาแยกกันอยู่กับผู้

กระทำความผิด..." ซึ่งเป็นการแสดงเจตนาเพียงฝ่ายเดียว จึงได้มีการแก้ไขเป็น "ถ้าหากไม่ว่าหญิงหรือผู้กระทำความผิดได้แสดงเจตนาแยกกันอยู่กับอีกฝ่าย ..." ซึ่งมีข้อความเต็มว่า

"(2) หญิง หมายความว่า บุคคลซึ่งมิใช่คู่สมรสของผู้กระทำความผิด หรือผู้ซึ่งเป็นคู่สมรสของผู้กระทำความผิด แต่มีได้มีที่อยู่แห่งเดียวกันกับผู้กระทำความผิด เพื่อความมุ่งหมายแห่งอนุมาตรานี้ ((2) "Female" means a female person who is not married to the actor. Spouses living apart under a decree of separation from bed and board are not married to one another for purposes of this definition.) หญิงมิได้มีที่อยู่แห่งเดียวกันกับผู้กระทำความผิด ถ้าหากไม่ว่าหญิงหรือผู้กระทำความผิดได้แสดงเจตนาแยกกันอยู่กับอีกฝ่ายหนึ่งอย่างชั่วคราวหรือโดยถาวรเนื่องจาก...

- ก. มีความแตกต่างที่จะเข้ากันไม่ได้
- ข. มีความคิดเห็นแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง
- ค. มีความประพฤติที่ไม่อาจยอมรับได้ของอีกฝ่ายหนึ่ง
- ง. มีความประพฤติที่ไปด้วยกันไม่ได้ของอีกฝ่ายหนึ่ง"

จะเห็นได้ว่าร่างพระราชบัญญัติที่กลุ่มแนวร่วมสตรีเสนอแก้ไขเพิ่มเติมยังมีปัญหาได้เถียงกันได้หลายประเด็น ที่ประชุมคณะกรรมการพิจารณาร่างกฎหมายในวุฒิสภาได้ถกเถียงกันเพื่อพิจารณาคำที่ใช้ในร่างพระราชบัญญัติเมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม 1977 แต่ไม่อาจลงมติกันได้ วุฒิสมาชิกบางท่านเสนอให้ตัดบัญญัติแห่งรัฐโอเรกอน มาตรา 163.305 (2) ออกทั้งข้อ เพื่อตัดปัญหาในการตีความ แล้วส่งร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมหมายเลข เอสบี 503 เข้าสู่เปียบวาระการประชุมรัฐสภาของรัฐ เป็นการเคลื่อนไหวที่รวดเร็วโดยมีกลุ่มแนวร่วมสิทธิสตรีใช้อิทธิพลกดดันอยู่เบื้องหลัง และเป็นการตัดหน้าร่างพระราชบัญญัติที่สมาชิกรัฐสภาผู้แทนแห่งรัฐเสนออีก 2 ฉบับ ปรากฏว่าวุฒิสภาลงมติด้วยคะแนนเสียง 24 ต่อ 4 และสภาผู้แทนแห่งรัฐลงมติด้วยคะแนนเสียง 40 ต่อ 16 เห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

เมื่อไม่มีคำนิยามว่าหญิงผู้เสียหายหมายถึงผู้ใด ก็เท่ากับไม่มีข้อยกเว้นว่าหญิงนั้นจะเป็นภริยาของผู้กระทำความผิดหรือไม่ ไม่มีผลแตกต่างกันแต่ประการใด แม้เป็นภริยาของผู้กระทำความผิดที่สมรสกันโดยถูกต้องตามกฎหมายก็อาจเป็นผู้เสียหายในเมื่อถูกสามีข่มขืนกระทำชำเราทั้งไม่ต้องพิจารณาว่าสามีภริยาแยกกันอยู่หรือกำลังอยู่ในระหว่างดเนินคดีฟ้องหย่าหรือไม่ นอกจากนี้ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมหมายเลข เอสบี 503 ยังไม่ยกเลิกบทบัญญัติแห่งรัฐโอเรกอน มาตรา 163.335 เกี่ยวกับข้อต่อสู้ของผู้กระทำความผิดในการอ้างต่อศาลว่า ผู้กระทำความผิดได้อยู่กินฉันท์สามีภริยากับหญิงผู้เสียหาย

เมื่อผ่านวาระการประชุมของรัฐสภาตามขั้นตอนแล้ว จึงได้เสนอพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ว่าราชการมลรัฐออเรกอนเพื่อลงนามประกาศใช้เป็นกฎหมายเมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม 1977 ถือเป็นส่วนหนึ่งแห่งประมวลกฎหมายของรัฐจัดลำดับอยู่ในบทที่ 844 (ซึ่งได้ตัด (2) ความหมายของหญิงผู้เสียหายออกไป)

การพิจารณาคดี

การที่มีบทกฎหมายบัญญัติไว้ให้ตีความได้อย่างชัดเจนว่าการร่วมเพศกับภริยาของตนเองโดยใช้กำลังบังคับเป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และเมื่อคณะลูกขุนใหญ่ได้วินิจฉัยพยานหลักฐานเบื้องต้นแล้วว่าคดีมีมูล ขั้นตอนต่อไปของการดำเนินคดีคือการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุน ซึ่งกำหนดวันที่ 19 ธันวาคม 1978 เป็นวันเริ่มต้นกระบวนการพิจารณา ณ ศาลเซอริคิตแห่งเขตมาเรียนเคาน์ตี

ตามระบบศาลคอมมอนลอว์ของมลรัฐต่าง ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกา ถ้าโจทก์และจำเลยไม่ได้สละสิทธิในการให้พิจารณาคดีโดยลูกขุนแล้วก็จะต้องมีการตั้งคณะลูกขุนโดยการเลือกบุคคลทั่วไปที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้กับศาลซึ่งมีวิธีการคล้ายตั้งคณะลูกขุนใหญ่เพื่อไต่สวนมูลฟ้องในคดีอาญา แต่มีความแตกต่างกันที่ในการตั้งคณะลูกขุนเพื่อพิจารณาคดี ทั้งโจทก์และจำเลยต่างมีสิทธิร่วมคัดเลือกบุคคลที่จะมาเป็นลูกขุน และมีสิทธิคัดค้านบุคคลที่อาจไม่สามารถให้ความยุติธรรมแก่ฝ่ายตนในคดีที่กำลังจะเริ่มพิจารณาได้

ฉะนั้นในวันที่ 19 ธันวาคม 1978 ซึ่งเป็นวันเริ่มต้นพิจารณาคดีเป็นวันแรกโจทก์และจำเลยจึงเสียเวลาไปในการคัดเลือกบุคคลที่จะตั้งเป็นคณะลูกขุน ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการพิจารณาคดีด้วย อัยการเขตมาเรียนเคาน์ตี ชื่อ แกรี กอร์ตเม็กเกอร์ ทำหน้าที่เป็นทนายแผ่นดินในนามของรัฐบาลมลรัฐออเรกอน ในฐานะโจทก์ ส่วนนายจอห์น ไรต์เฮ้าท์ ผู้เป็นจำเลย ซึ่งได้รับการประกันตัวขึ้นศาลโดยมีหลักทรัพย์ค้ำประกันหนึ่งแสนบาทนั้นได้แต่งตั้งทนายความมาช่วยว่าต่างแก่ต่างคดีถึง 2 คน คือนายฟิลิป เควลลี และนายซาวร์ส เบิร์ต ทั้งฝ่ายโจทก์และจำเลยต่างตรวจสอบด้วยการซักถามบุคคลที่ถูกเรียกมาให้บริการคัดเลือกเป็นลูกขุน ซึ่งมีจำนวนบุคคลที่ถูกเรียกตัวมาถึง 50 คน เป็นจำนวนมากกว่าหนึ่งเท่าตัวเมื่อเทียบกับคดีอื่น ๆ ทั่วไป

การคัดเลือกลูกขุนเป็นไปอย่างล่าช้า โดยมีการตั้งคำถามทดสอบเป็นสิ่งแรกว่า รู้ข่าวเกี่ยวกับคดีนี้บ้างหรือไม่ ทุกคนตอบพร้อมกันว่า "รู้" เพราะเป็นคดีที่ครึกโครม ประเด็นนี้ถือเป็นเรื่องสำคัญ และเคยต่อสู้กันถึงศาลฎีกาในคดีอื่น โดยอ้างว่าลูกขุนลำเอียงเพราะรู้เบื้องหลังและรายละเอียดของคดีมาก่อน แต่ในที่สุดก็เป็นที่ยอมรับ เพราะคนอเมริกันมีนิสัยชอบอ่าน หนังสือพิมพ์และดูโทรทัศน์ จึงเป็นเรื่องยากที่จะป้องกันมิให้ลูกขุนรู้เกี่ยวกับคดีมาก่อน

ต่อจากนั้นจึงเป็นการซักถามลูกขุนเป็นรายบุคคล ชายผู้หนึ่งตอบคำซักถามว่าเขาไม่แน่ใจเกี่ยวกับคดีประเภนี้ เพราะตนเองมีอคติต่อปัญหาทางเพศ และสตรีอีกผู้หนึ่งตอบว่าพยานหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศทำให้ตนเองไม่สบายใจ บุคคลทั้งสองจึงถูกคัดค้านมิให้ร่วมเป็นลูกขุนในองค์คณะ ปรากฏว่าในวันนี้ทั้งสองฝ่ายคัดเลือกลูกขุนได้เพียง 7 คนเท่านั้น ท่านผู้พิพากษาบาร์เบอร์ต้องนัดให้มาคัดเลือกลูกขุนเพิ่มเติมในวันต่อมา และเร่งให้คู่ความอย่างประวิงคดี เพราะใกล้เทศกาลคริสมาสต์แล้ว

วันที่ 20 ธันวาคม 2521 อัยการเขตเกรี่ กอร์ดเม็กเกอร์ โจทก์ นายจอห์น ไรต์เข้าทักจำเลย และทนายจำเลยทั้ง 2 ต่างพากันมาคอยอยู่นำห้องพิจารณาแต่เช้า โดยมีกลุ่มแนวร่วมสิทธิสตรีมาสนับสนุนให้กำลังใจแก่ฝ่ายอัยการ ผู้สื่อข่าวหนังสือพิมพ์และสถานีโทรทัศน์จากทั่วประเทศสหรัฐอเมริกาติดตามทำข่าวอย่างใกล้ชิด อัยการเขตเกรี่ กอร์ดเม็กเกอร์ตอบ คำถามของผู้สื่อข่าวอย่างประชิดประชันว่า

“นางไรต์เข้าที่จะถูกพิจารณาคดีเช่นเดียวกับสามี ข้าพเจ้าจะพิจารณาคดีผู้เสียหายก่อนเป็นลำดับแรก ลำดับที่สองกฎหมาย แล้วจึงพิจารณาคดีจำเลย เป็นลำดับที่สาม”

เป็นที่ทราบกันดีในหมู่นักกฎหมายว่า ในคดีข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายจะต้องมาเป็นพยานให้การต่อศาล เมื่ออัยการซักถามเสร็จแล้ว ทนายจำเลยก็จะซักค้านผู้เสียหายอย่างหนักโดยการตั้งคำถามด้วยเจตนาทวนอารมณ์ของพยานเพื่อไล่เลียงประวัติและประสบการณ์ทางเพศของผู้เสียหาย รวมตลอดถึงการตั้งคำถามที่จะให้ผู้เสียหายเล่าเหตุการณ์ตอนเข้าค่ายเข้าเซ็มเพื่อให้ผู้เสียหายต้องอับอายและทรมานใจซ้ำสองต่อหน้าชุมชนในห้องพิจารณา ดังนั้นจึงเป็นกล่าวขวัญกันทั่วไปว่า การพิจารณาคดีข่มขืนกระทำชำเราแท้ที่จริงก็คือการพิจารณาความผิดของผู้เสียหายก่อน

ส่วนอีกด้านหนึ่ง จำเลยและทนายทั้งสองก็ถูกรุมล้อมด้วยฝูงผู้สื่อข่าวและประชาชนที่มาให้กำลังใจ บุคคลทั้งสามได้รับจดหมายและการสนับสนุนทางการเงินจากชาวอเมริกันมากมายทั่วประเทศที่ไม่เห็นด้วยกับกฎหมายข่มขืนภริยาของมลรัฐออเรกอน ทนายความฟิลิป เดออลดี ให้ความเห็นแก่ผู้สื่อข่าวว่า การที่มลรัฐออเรกอนยกเลิกกฎหมายที่บัญญัติให้สามียกข้อต่อสู้โดยอ้างสัญญาสมรส หรือการอยู่ร่วมกันฉันท์สามีภริยานั้น ไม่ได้หมายความว่าสามีแต่ละต้องภริยาไม่ได้เลย เพราะประเพณีและกฎหมายคอมมอนลอว์ ยังให้ความคุ้มครองแก่สามีให้พ้นจากการกระทำ ความผิดฐานข่มขืนภริยาของตนเอง ความเห็นของทนายความฟิลิป เดออลดี ส่อให้เห็นว่าถ้าจำเลยแพ้คดีในศาลชั้นต้นก็จะต้องมีการอุทธรณ์ฎีกาเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของกฎหมายฉบับนี้ โดยอ้างว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญของสหรัฐ หรือประเพณีกฎหมายคอมมอนลอว์

สำหรับซาวร์ส เบิร์ต นายจำเลยอีกผู้หนึ่งให้ความเห็นแก่ผู้สื่อข่าวเพียงสั้น ๆ ว่าสามี ภริยาคุณนี้มีปัญหาในชีวิตสมรสมากพอแล้ว ไม่น่าต้องยุ่งยากขึ้นถึงชั้นฟ้องให้อีกฝ่ายหนึ่งไปเข้าคุก เสีย 20 ปี

เมื่อทุกฝ่ายเข้ามาพร้อมหน้าอยู่ในห้องพิจารณาแล้วการคัดเลือกลูกขุนอีก 5 คนก็เริ่มต้น ทุกคนถูกซักถามด้วยคำถามแบบเดียวกันเกี่ยวกับความรู้ส่วนตัวในคดีนี้ และสรุปด้วยคำถามเพื่อดูความเข้าใจในข้อกฎหมายว่าสัญญาสมรสเป็นข้อต่อสู้ของจำเลยได้หรือไม่ ซึ่งทุกคนตอบว่า “ไม่” อย่างไรก็ดีในที่สุดทั้งสองฝ่ายก็สามารถพินตัวบุคคลมาเป็นองค์คณะลูกขุนครบ 12 คน เป็นหญิง 8 คน และชาย 4 คน แล้วศาลได้มีคำสั่งให้สาบานตัวเข้าพิจารณาคดีเพื่อสืบพยานโจทก์กัน

คณะลูกขุนทั้ง 12 คนซึ่งได้สาบานตนแล้วต่างนั่งอย่างสงบอยู่ในคอกลูกขุน โดยมีท่านผู้พิพากษาริชาร์ด บาร์เบอร์ นั่งเป็นประธานในห้องพิจารณา ท่านผู้พิพากษาริชาร์ด บาร์เบอร์ ไม่มีหน้าที่พิจารณาหลักฐานของโจทก์จำเลย เพียงแต่ทำหน้าที่คอยควบคุมวิธีพิจารณาให้ถูกต้องตามกฎหมาย

ก่อนอัยการเซตแกรี กอร์เม็กเกอร์ เบิกพยานปากแรกเข้าสืบ ศาลได้อ่านฟ้องแจ้งข้อกล่าวหาแก่จำเลยเป็นทางการ และถามคำให้การของจำเลย นายจอห์น ไรต์เฮ้าท์ ตอบว่ามีกร่วมเพศจริง แต่มิได้ใช้กำลังบังคับ ท่านผู้พิพากษาริชาร์ด บาร์เบอร์ จึงขอให้ลูกขุนบันทึกข้อเท็จจริงลงไปว่า โจทก์และจำเลยยอมรับในประเด็นข้อเท็จจริงว่า จำเลยได้ร่วมเพศโดยเจตนา กับนางเกรต้า ไรต์เฮ้าท์ เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 1978 เวลา 15.45 น.

นอกจากนี้ ท่านผู้พิพากษาริชาร์ด บาร์เบอร์ ยังได้ยกคำถามของทนายจำเลยที่ขอให้ศาลชี้ขาดเบื้องต้นว่า จำเลยจะอ้างสิทธิจากสัญญาสมรสเป็นข้อต่อสู้ของจำเลยได้หรือไม่ คำถามของทนายจำเลยนี้เท่ากับตั้งประเด็นเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของบทกฎหมายว่า ขัดกับ รัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งประเด็นนี้ได้มีนักกฎหมายท่านอื่นยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อทดสอบแล้ว และศาลได้ยกคำร้องเสีย สำหรับคดีนี้ ท่านผู้พิพากษาริชาร์ด บาร์เบอร์ ชี้แจงว่า จะมีคำสั่งแก่คณะลูกขุนเมื่อโจทก์จำเลยสืบพยานเสร็จแล้ว

อย่างไรก็ดี อัยการเซตได้แก้ปัญหานี้โดยการแถลงเปิดคดีว่ามลรัฐออเรกอน ได้ตรากฎหมายฉบับใหม่ขึ้นใช้บังคับ โดยมีเจตนาให้ความคุ้มครองแก่ภริยามิให้ถูกสามีข่มขืนกระทำชำเรา เพราะภริยาก็คือ ผู้หญิงคนหนึ่งที่มีสิทธิไม่ยอมให้สามีร่วมเพศได้ ถ้าหากไม่สมัครใจ ฉะนั้นขอให้ลูกขุนรับฟังพยานต่าง ๆ ที่จะสืบต่อไปว่า จำเลยได้ข่มขืนนางเกรต้า ไรต์เฮ้าท์ อย่างไร

ทนายจำเลยซาวร์ส เบิร์ต แถลงเปิดคดีต่อจากอัยการเซตโดยชี้แจงว่า จำเลยและภริยามิปัญหาครอบครัวตลอดเวลาตั้งแต่สมรสกันเมื่อปี พ.ศ. 2519 การที่นางเกรต้า ไรต์เฮ้าท์ ทำ

ให้เกิดคดีนี้ขึ้นก็เพื่อหาทางออกจากชีวิตสมรสโดยการส่งสามีของตนเองเข้าคุก ขณะเดียวกันก็เป็น การประชาสัมพันธ์ให้แก่ตนเองเพื่อความมุ่งหมายที่จะแสวงหาประโยชน์ใส่ตน นอกจากนี้ผู้เสียหายเองยังมีประวัติประสพการณ์ทางเพศที่มีปัญหาร้ายแรง ซึ่งจำเลยจะได้นำสืบต่อไป

เมื่อทั้งสองฝ่ายแถลงปิดคดีแล้ว อัยกายเขตได้ขออนุญาตพยานโจทก์เข้าสืบ ซึ่งปรากฏตาม บัญชีระบุพยานมีพยานบุคคลถึง 27 ปาก แสดงว่าฝ่ายโจทก์ได้เตรียมพยาน เพื่อสืบสนับสนุนฟ้อง ของตนอย่างเต็มที่ โดยสืบพยานตั้งแต่เพื่อนบ้านที่ได้ยินเสียงทะเลาะวิวาทของนายและ นาง ไรด์เฮ้าท์ นายแนนซี เบิร์ช ผู้อำนวยการศูนย์บริการยามวิฤกตของสตรีประจำเมืองซาเล็มผู้ซึ่งแนะนำให้นางไรด์เฮ้าท์ร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงานตำรวจ ตลอดจนเจ้าพนักงานตำรวจที่ไปจับกุมตัว จำเลย และพนักงานสอบสวน ซึ่งเป็นการสืบพยานแวดล้อมจากวงกว้างเข้ามาหาจุดกึ่งกลางของ คดี คือ นางเกรต้า ไรด์เฮ้าท์ ผู้เสียหาย และนายแพทย์ผู้ตรวจร่างกายและชันสูตรบาดแผลของ ผู้เสียหาย

เนื่องจากพยานฝ่ายโจทก์มีจำนวนมาก การสืบพยานจึงยืดเยื้อจนเลยเทศกาล คริสมาสต์ ในวันที่ 25 ธันวาคม ซึ่งโดยปกติวิธีพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุนจะดำเนินติดต่อกันไปโดยไม่หยุด ชะงัก แต่คดีนี้เป็นกรณีพิเศษ เทศกาลในฤดูหนาวนี้ สมาชิกในครอบครัวจะต้องอยู่พร้อมหน้าตาม ประเพณี คู่ความจึงได้ขออนุญาตสืบพยานต่อในวันที่ 26 ธันวาคม

ดูเหมือนพยานหลายคนเป็นเพียงพยานแวดล้อมที่อัยการเขตต้องการสืบประกอบเป็นการ ปูทางเท่านั้น เช่น เจ้าพนักงานตำรวจที่จับกุมตัวจำเลยเบิกความว่า จำเลยรับด้วยวาจาในวันถูก จับกุมว่า ได้ทำร้ายนางไรด์เฮ้าท์จริง และได้เข้าสกัดขวางรถของผู้เสียหายเพื่อป้องกันมิให้ขับหนีไป จากบ้าน ส่วนพนักงานสอบสวนหญิง เดบรา คลีฟแลนด์ ให้การว่าระหว่างสอบปากคำจำเลยใน ชั้นสอบสวน จำเลยยอมรับว่า ถ้าเขาทำอะไรที่ถูกต้องแต่แรกเรื่องก็คงไม่ต้องมาถึงตำรวจ และ พนักงานสอบสวนตอบการซักค้านของทนายจำเลยอย่างฉลาดว่า ระหว่างสอบปากคำจำเลยนั้น ตนเองไม่ได้เอ่ยถึงคำว่า "ข่มขืนกระทำชำเรา" แม้แต่คำเดียว ตัวจำเลยเองที่กลับย้อนถามว่า เป็น ความจริงหรือที่สามีในมลรัฐออเรกอนอาจถูกกล่าวหาว่า ข่มขืนภริยาของตนเองได้ แล้วจำเลยก็ พูดยเองว่า มันจะเป็นการข่มขืนกระทำชำเราได้อย่างไร ถ้าเป็นคู่สมรสคำให้การของพนักงานสอบสวนหญิงเดบรา คลีฟแลนด์ นี้มุ่งหมายจะให้คณะลูกขุนเห็นว่า จำเลยน่าจะได้กระทำผิดจริงตาม ฟ้อง เพราะเข้าใจผิดในข้อกฎหมาย แต่พยานปากนี้ก็ได้อตอบการถามค้านของทนายจำเลยว่า นาย ไรด์เฮ้าท์ ได้พูดสรุปท้ายว่า ตนเองไม่ได้ใช้กำลังบังคับผู้เสียหายในการร่วมเพศ

พยานโจทก์ที่น่าเป็นห่วงสำหรับจำเลย คือ นายแพทย์ เลวิส ไชเรส ผู้ตรวจร่างกายและ บาดแผลของนางไรด์เฮ้าท์ เขาให้การต่อศาลอย่างหนักแน่นว่า หลังจากที่ได้ตรวจร่างกายของผู้เสียหาย

หายแล้ว เขาไม่สงสัยเลยว่า ได้พบร่องรอยของการร่วมเพศโดยใช้กำลังบังคับซึ่งเป็นลักษณะเดียวกับที่พบในคดีข่มขืนทั่วไป คือ มีบาดแผลและรอยฟกช้ำตามร่างกายของผู้เสียหาย

พยานปากสำคัญของฝ่ายโจทก์ คือ นางไรต์เอ้าท์ ผู้เสียหาย เป็นประจักษ์พยานคนเดียวในคดีนี้ ซึ่งนำหน้าคำให้การพยานโจทก์นี้อาจถูกหักล้างโดยตัวจำเลยที่จะขึ้นแทนพยานเบิกความ เป็นพยานให้แก่ตัวเอง ดังนั้น จึงคาดหมายได้ล่วงหน้าว่า คำให้การของทั้งผู้เสียหายและจำเลยในฐานะพยานจะเป็นรายการสาดโคลนเข้าหาซึ่งกันและกัน มีลักษณะสวไล้ให้กากิน หรือเปิดประตูหน้าต่างบ้านของตนเองตีแม่เรื่องราวในมุ้งและหลังครีวให้ชาวบ้านฟังเป็นการครีครื้น

แล้วก็จริงดังคาด นางเกรต้า ไรต์เอ้าท์ เมื่อสาบานตนบนแทนพยานแล้วได้เริ่มเบิกความ ท้าวถึงความสัมพันธ์ของตนเองกับตัวจำเลย แล้วจึงวกเข้าสู่เหตุการณ์ในตอนบ่ายวันที่ 10 ตุลาคม 1978 ว่า จำเลยเป็นผู้เริ่มต้นทะเลาะกับผู้เสียหายก่อน โดยจำเลยร่วมหลังกอนกับ ผู้เสียหาย แต่ผู้เสียหายไม่มีอารมณ์ จึงปฏิเสธไม่ร่วมมือด้วย จำเลยพูดว่า "คุณเป็นภริยาของผม คุณควรจะต้องทำตามที่ผมต้องการ" ผู้เสียหายตัดสินใจวิ่งหนีออกมานอกห้อง แต่จำเลยได้วิ่งตามออกมาลากตัวผู้เสียหายกลับเข้าไปแล้วเหยียดลงบนพื้นห้อง พร้อมกับเอื้อมมือทั้งสองมาบีบคอ ผู้เสียหายและถามว่า "จะร่วมมือหรือไม่"

นางเกรต้า ไรต์เอ้าท์ ให้การต่อไปว่า เมื่อผู้เสียหายตอบปฏิเสธอีกและกรีดร้องดังขึ้นมา จำเลยได้ตบหน้าผู้เสียหายอย่างรุนแรง จนในที่สุดนางไรต์เอ้าท์ไม่กล้าขัดขืน ต้องนอนนิ่งให้จำเลยร่วมเพศตามที่ต้องการ ซึ่งในขณะที่เกิดเหตุบุตรสาววัยสองขวบครึ่งร้องไห้เรียกหาแม่อยู่ในห้อง ถัดไป

เมื่ออัยการเขตซักถามนางไรต์เอ้าท์เสร็จ ทนายจำเลยจึงถามค้านต่อไป การซักค้านของทนายจำเลยได้เปรียบในแง่ที่สามารถตั้งคำถามกว้างขวาง ซึ่งทำให้ผู้เสียหายต้องเปิดเผยเรื่องส่วนตัวของตนเองทุกซอกทุกมุม นางไรต์เอ้าท์ ยอมรับว่าบางครั้งได้หาความสุขทางเพศพิเศษเพิ่มเติมนอกจากสามีของตนเอง และเคยพูดเท็จกับสามีของตนว่า น้องบุญธรรมของสามีเคยข่มขืนกระทำชำเราตนเอง นอกจากนี้ ยังเคยพูดอย่างเปิดเผยกับสามีว่า ตนเองเคยร่วมเพศแบบ สักเพศกับเพื่อนหญิง การซักค้านของทนายจำเลยเป็นประโยชน์ต่อรูปคดีของตนเองอย่างยิ่ง เพราะสามารถชี้ให้เห็นว่า ผู้เสียหายมีนิสัยชอบพูดเท็จและโอ้อวดในเรื่องที่ไม่ควรเปิดเผย

นางเกรต้า ไรต์เอ้าท์ นั่งให้การอยู่ในคอกพยานนานถึง 1 ชั่วโมง 42 นาที

เมื่อฝ่ายโจทก์สืบพยานหมดแล้ว ทนายจำเลยได้ขอ นำพยานของตนเข้าสืบหักล้างพยานโจทก์ โดยนำเพื่อนบ้านของนางไรต์เอ้าท์มาให้การต่อศาลว่า ผู้เสียหายเองมีนิสัยชอบทำตนเป็นคนเด่น ทั้งยังเคยพูดโอ้อวดว่าได้ทำสัญญา กับบริษัทภาพยนตร์แล้วเพื่อขายลิขสิทธิ์คดีของตนให้ทำ เป็นภาพยนตร์

นายจอห์น ไรต์เอ้าท์ ก็ได้อ้างตัวเองเป็นพยานเข้าเบิกความเป็นปากที่ 3 ว่าผู้เสียหายเป็นฝ่ายเริ่มต้นก่อเหตุวิวาทก่อน นางไรต์เอ้าท์ตบหน้าจำเลย และยังใช้หัวเข้ากระแทกหว่างขาของจำเลย จนรู้สึกเจ็บปวด จำเลยจึงได้ตบหน้าผู้เสียหายเพื่อยุติความบ้าคลั่งของผู้เสียหายเหตุการณ์ได้ลงเอยด้วยดี จำเลยได้พุดปลอบนางไรต์เอ้าท์และกล่าวขอโทษ เมื่อคืนดีกันแล้วทั้งสองจึงได้สมัครใจร่วมเพศจนบรรลุความสุขทั้งคู่

เมื่อฝ่ายจำเลยสืบพยานหมดแล้วในตอนบ่ายวันที่ 27 ธันวาคม ทั้งอัยการเขตและทนายจำเลยได้แถลงปิดคดี เพื่อให้ท่านผู้พิพากษาริชาร์ด บาร์เบอร์ สั่งคณะลูกขุนวินิจฉัยคดีท่านผู้พิพากษาได้มีคำสั่งว่า ขอให้คณะลูกขุนระลึกว่าในมลรัฐออเรกอนได้มีกฎหมายฉบับใหม่ ซึ่งสัญญาสมรสไม่อาจใช้เป็นข้อต่อสู้ของจำเลยในคดีข่มขืนภริยาของตนเอง คณะลูกขุนต้องวินิจฉัยจากพยานหลักฐานทั้งสองฝ่ายว่าจำเลยได้ใช้กำลังบังคับเพื่อขอร่วมเพศกับผู้เสียหายหรือไม่ และถ้าหากจำเลยได้กระทำเช่นนั้นโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหายแล้ว จำเลยก็ต้องมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในชั้นที่หนึ่ง การลงคะแนนเพื่อออกความเห็นของคณะลูกขุนว่าจำเลยได้กระทำความผิดตามฟ้องต้องได้เสียงข้างมากอย่างต่ำ 10 เสียงจากจำนวนลูกขุน 12 คน

ท่านผู้พิพากษาใช้เวลาสั่งคณะลูกขุนนาน 20 นาที การทำคำสั่งชี้แนะนี้ทำตามวิธีพิจารณาความอาญาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งมีความสำคัญมาก ถ้าหากผู้พิพากษาชี้แนะข้อกฎหมายผิดทำให้คณะลูกขุนวินิจฉัยคดีเป็นผลร้ายต่อจำเลย จำเลยมีสิทธิอุทธรณ์ให้พิจารณาคดีใหม่ได้

เมื่อจบคำสั่งชี้แนะของท่านผู้พิพากษาริชาร์ด บาร์เบอร์ แล้ว คณะลูกขุนได้ถอนตัวจากคอกลูกขุนเข้าไปวินิจฉัยคดีเป็นการลับในห้อง ซึ่งคณะลูกขุนจะต้องประมวลพยานหลักฐานต่าง ๆ ของทั้งฝ่ายโจทก์และจำเลย เพื่อชั่งน้ำหนักฝ่ายใดน่าเชื่อถือกว่า การวินิจฉัยคดีของคณะลูกขุนนี้ใช้เวลา 2 ชั่วโมงครึ่ง จึงได้กลับมาที่ห้องพิจารณาในศาล ในขณะที่ทุกคนในศาลต่างเงียบกริบรอฟังคำวินิจฉัยอย่างตื่นตื่น เมื่อท่านผู้พิพากษาทถามหัวหน้าคณะลูกขุนว่า ผลของการวินิจฉัยคดีเป็นประการใด หัวหน้าคณะลูกขุนตอบว่า คณะลูกขุนมีความเห็นเป็นเอกฉันท์ว่า "จำเลยไม่ได้กระทำความผิด" พอสันเสียงตอบของหัวหน้าคณะลูกขุน เสียงตบมือของผู้ที่เข้าฟังการพิจารณาคดีก็ดังกระหึ่มขึ้นมาแทนที่ นายจอห์น ไรต์เอ้าท์ ลูกขี้ขี้ย่นอย่างงง ๆ แล้วยิ้มอย่างแปลกใจพร้อมกับยื่นมือไปให้ทนายความของตนจับแสดงความยินดี

เมื่อห้องพิจารณาคดีเงียบสงบลงอีกครั้ง ท่านผู้พิพากษาได้สั่งยกฟ้องโจทก์เป็นทางการเพื่อปล่อยตัวจำเลยเป็นอิสระ พร้อมทั้งสั่งยุติกระบวนการพิจารณาให้สิ้นสุดลง

ฝ่ายผู้สื่อข่าวและช่างภาพได้ติดตามลูกขุนบางคนออกมานอกห้องพิจารณา เพื่อขอสัมภาษณ์ถึงเหตุผลที่คณะลูกขุนวินิจฉัยว่าจำเลยไม่ผิด ลูกขุนหลายคนให้ความเห็นเหมือนกันว่า

คดีนี้ไม่มีปัญหาข้อกฎหมายเลย เพราะคณะลูกขุนเข้าใจบทบัญญัติแห่งกฎหมายใหม่เป็นอย่างดี ปัญหาอยู่ที่ข้อเท็จจริง เมื่อประจักษ์พยานมีเพียงผู้เสียหายและจำเลย ซึ่งต่างก็อ้างตัวเป็นพยาน และให้การต่อศาล โดยมีข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันอย่างยิ่ง กรณีมีพยานปากต่อปากยืนยันกันเช่นนี้ ย่อมก่อให้เกิดความสงสัยได้ หลักแห่งความยุติธรรมมีว่า คดีนี้มีข้อเท็จจริงที่น่าสนใจเป็นพิเศษที่ผู้เสียหายและจำเลยต่างรับกันว่าเคยทะเลาะวิวาทกันเป็นปกติวิสัย ฉะนั้น บาดแผลและรอยฟกช้ำบนตัวผู้เสียหายตามที่นายแพทย์ เลวิส ไชเรส ให้การต่อศาลนั้นอาจไม่เกี่ยวข้องกับกรรมาญคดีจนกลายเป็นการข่มขู่กระทำเราได้ ซึ่งถ้าในคดีข่มขู่อื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าจำเลยและผู้เสียหายไม่เคยรู้จักกันมาก่อน เมื่อมีบาดแผลเช่นนี้ คณะลูกขุนจะต้องวินิจฉัยว่าจำเลยกระทำความผิดจริงอย่างแน่นอน

ภายหลังคำตัดสิน กลุ่มสิทธิสตรีและผู้สนับสนุนกฎหมายฉบับใหม่ของมลรัฐ ออเรกอน ต่างตำหนิคณะลูกขุนที่วินิจฉัยว่า นายจอห์น ไรต์เฮาท์ ไม่ได้กระทำความผิด แต่สำหรับ คณะลูกขุนแล้วกลับแสดงความดีใจว่าตนมิได้ตัดสินผิดพลาดที่จะทำให้จำเลยต้องเข้าคุกเพื่อรับโทษ 15 – 20 ปี ตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้เป็นเพราะว่าขณะที่สองสามีภรรยาไรต์เฮาท์กำลังแบ่งแยกทรัพย์สินแก่กันเพื่อแยกทางกันนั้น ทั้งสองกลับได้หลุดจากความในใจที่ต่างฝ่ายต่างเก็บเอาไว้ และตกลงกันทำยศสุดท้ายจะขอคืนดีกันแล้วเริ่มต้นชีวิตคู่ใหม่อีกครั้ง นางเกรตา จึงได้ไปขอถอนฟ้องคดีแพ่งที่ขอยุ่ขาดจากสามี ซึ่งจากนั้นมาทั้งสองก็ช่วยกันเลี้ยงดูบุตรจนเติบโต

จากบทบัญญัติความผิดฐานข่มขู่กระทำชำเราภรรยาของรัฐทั้งสามกลุ่มและคดีอุทธรณ์ที่ยกมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า พฤติการณ์ที่จะก่อให้เกิดความรับผิดฐานข่มขู่กระทำชำเราภรรยาของชายผู้เป็นสามีนั้น จะต้องมีการใช้ความรุนแรงหรือใช้กำลังบังคับข่มขู่ภรรยาเพื่อการมีเพศสัมพันธ์ ซึ่งความรุนแรงที่กระทำลงไปนั้นมิระดับความรุนแรงที่เกินกว่าปกติวิสัยของการทะเลาะเบาะแว้งโดยทั่วไปของสามีภรรยา เนื่องจากในความเป็นสามีภรรยาที่กันนั้นการไม่ลงรอยกันและการมีปากเสียงทะเลาะกระทบกระทั่งกันสามารถเกิดขึ้นได้ โดยที่ไม่จำเป็นต้องมีการบังคับข่มขู่เพื่อมีเพศสัมพันธ์เสมอไป เนื่องจากภรรยาอาจให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ภายหลังที่กลับมาคืนดีกันซึ่งยังไม่สมควรที่จะถือว่าสามีใช้กำลังบังคับกระทำการข่มขู่กระทำชำเราภรรยา แต่สำหรับกรณีที่เกิดความเสียหายแก่ร่างกายอย่างรุนแรงเพราะเหตุที่สามีใช้กำลังบังคับหรือขู่ข่มขู่อันผิดปกติวิสัยโดยทั่วไปของสามีภรรยาเพื่อมีเพศสัมพันธ์ อันสามารถเห็นได้จากร่องรอยของการต่อสู้ขัดขืน หรือปรากฏข้อเท็จจริงอย่างใด ๆ ว่าการใช้ความรุนแรงทั้งทางร่างกายและจิตใจที่สามีกระทำต่อภรรยา นั้นมีเพื่อบังคับให้เกิดการร่วมเพศ เหล่านี้จัดเป็นพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนความยินยอมของภรรยา และถือเป็นการข่มขู่กระทำชำเราภรรยาตามความหมายของบทบัญญัติในรัฐกลุ่มที่สอง ฉะนั้น คดีอุทธรณ์ดังกล่าวจึงเป็นการยืนยันถึงองค์ประกอบที่สำคัญสำหรับความผิดฐานข่มขู่กระทำชำเรา

ภริยาสำหรับภรรยาที่สามและภริยายังคงอยู่กินร่วมกันว่า จะต้องมีการใช้ความรุนแรงจากการใช้กำลังบังคับหรือขู่เข็ญในระดับที่เกินกว่าสามีภริยาจะพึงกระทำต่อกันเพื่อจุดประสงค์ที่จะให้มีการร่วมประเวณีโดยฝ่าฝืนความยินยอมของภริยา

4.2 ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลในครอบครัว

การอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัวของมนุษย์นั้นมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญประการหนึ่งคือการทำให้นิเวศวิทยาใหม่ การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาจึงเป็นการปฏิบัติอันเป็นที่ยอมรับของสังคมส่วนใหญ่ แต่การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติในครอบครัวได้ถูกกำหนดให้เป็นสิ่งที่จะต้องห้ามเนื่องจากมนุษย์มีความแตกต่างจากสัตว์ มนุษย์มีสติปัญญาที่จะแยกแยะและเลือกปฏิบัติในสิ่งที่ถูกทำนองคลองธรรม นานาประเทศจึงได้มีบทบัญญัติทั้งทางกฎหมายและศีลธรรม ห้ามการกระทำการอันน่าละอายเช่นนั้นเพื่อความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของสังคม อย่างไรก็ตามข้อห้ามของแต่ละประเทศก็ยังคงมีความแตกต่างกันไปบ้างในส่วนของรายละเอียด แต่โดยหลักทั่วไปแล้วสามารถแบ่งออกเป็นสองกรณีคือ การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกัน (Incest) และการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติที่ไม่มีสายโลหิตเดียวกัน (Affinity)

4.2.1 ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกัน (Incest)

4.2.1.1 ประวัติความเป็นมา

การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกัน (Incest) เป็นข้อห้าม (Taboo) ที่นักมานุษยวิทยาส่วนใหญ่ยอมรับว่าพบได้ในสังคมมนุษย์ทุกสังคมตั้งแต่สังคมดั้งเดิมที่สุดจนถึงสังคมสมัยใหม่ ซึ่งมีบทลงโทษสำหรับผู้ละเมิดเอาไว้แตกต่างกันไปในแต่ละสังคม

เมอร์ด็อก (Murdock) นักมานุษยวิทยา ได้ทำการศึกษาและค้นคว้าในปี ค.ศ. 1949 ถึงเรื่องของการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติที่เป็นเพศตรงข้ามกันในครอบครัวว่าเป็นสิ่งที่เป็นสากล โดยที่จะมีข้อยกเว้นก็เฉพาะกรณีการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างพี่น้อง (Sibling) ในสังคมโบราณบางสังคมเท่านั้น ซึ่งข้อยกเว้นนี้ทางมานุษยวิทยาเรียกว่า อินเซสต์ทางราชสันตติวงศ์ (Dynastic incest) โดยพบว่ามีกรณีปฏิบัติกันอยู่ในกลุ่มราชวงศ์หรือชนชั้นปกครองของพวกอินคา (Inca) แห่งประเทศเปรู พวกราชวงศ์ของฮาวายและอียิปต์ กลุ่มคนพวกนี้มีความเชื่อว่าพวกเขาเหล่านั้นไม่ใช่คนปกติธรรมดาสามัญ แต่มีเชื้อสายมาจากสวรรค์หรือเป็นการสร้างสวรรค์พิเศษจากสิ่งศักดิ์สิทธิ์หรือพระผู้เป็นเจ้า จึงจำเป็นต้องรักษาความสูงส่งและความบริสุทธิ์ของสายเลือดเอาไว้ การ

สมรสกับสามัญชนจะทำให้สายเลือดเกิดความเสื่อมทรามลง ดังนั้น กลุ่มราชวงศ์หรือชนชั้นปกครองเหล่านี้จึงมีธรรมเนียมให้พี่น้องที่เกิดจากพ่อแม่เดียวกันสมรสกันได้⁵⁷

แทบจะไม่ปรากฏว่ามีนักมนุษยวิทยาคนใดที่คัดค้านในเรื่องความเป็นสากลของข้อห้ามในการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกันของสังคมมนุษย์ แต่ที่มีการถกเถียงกันค่อนข้างมากจะเป็นเรื่องของจุดกำเนิดหรือความเป็นมาของข้อห้ามดังกล่าว รวมทั้งหน้าที่ของข้อห้ามในการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกันว่าควรมีสาระสำคัญอย่างไร ในศตวรรษที่ 19 และตอนต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 มีนักวิชาการและผู้รู้หลายท่านได้อ้างถึงความต่อเนื่องหรือความเกี่ยวข้องกันระหว่างข้อห้ามในการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกันกับธรรมเนียมสังคมต่าง ๆ⁵⁸

จอห์น แม็คเลนแนน (John Melennan) ได้เสนอความคิดเห็นของเขาว่าการถือปฏิบัติในเรื่องการฆ่าทารกเพศหญิง (Female Infanticide) น่าจะมีความต่อเนื่องหรือเป็นที่มาของการกำหนดข้อห้ามการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกัน โดยเขากล่าวว่า สังคมมนุษย์สมัยเริ่มแรกล้วนมีการถือปฏิบัติในการฆ่าทารกเพศหญิง เพราะสภาพของสังคมตอนนั้นมีความขัดแย้ง ต้องต่อสู้แข่งขันระหว่างกลุ่มต่าง ๆ เพื่อความอยู่รอด และเพื่อที่จะช่วยให้กลุ่มสามารถต่อสู้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ จำเป็นที่จะต้องลดภาระที่ต้องเลี้ยงดูสมาชิกที่ไม่ได้เป็นประโยชน์ต่อการรพให้น้อยลง นั่นคือการฆ่าทารกเพศหญิง การลดจำนวนทารกเพศหญิงนั้นมีผลทำให้เด็กหญิงที่จะเติบโตเป็นสาวลดจำนวนลงไป จำนวนผู้หญิงในกลุ่มที่พร้อมจะทำหน้าที่เป็นภริยาก็มีจำนวนลดลง ทำให้ผู้ชายต้องไปแสวงหาภรรยาจากที่อื่นและเมื่อต่อมาการถือปฏิบัติในการฆ่าทารกเพศหญิงจะลดลงไปมาก และการสู้รบระหว่างกลุ่มก็ไม่ค่อยมีแล้วก็ตาม แต่ธรรมเนียมการหาคู่ครองนอกกลุ่มก็ยังคงถือปฏิบัติกันต่อมา ทำให้เกิดมีการสร้างหรือกำหนดข้อห้ามในการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกันขึ้น ทั้งนี้ ก็เพื่อคอยบังคับหรือควบคุมให้มีการสมรสนอกพวกอย่างได้ผลในทางปฏิบัติ⁵⁹

สเวนซิกมันด์ ฟรอยด์ (Sigmund Freud) นักจิตวิทยา ได้ถือว่าความเป็นสากลของข้อห้ามการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกันเป็นผลของกระบวนการทางจิตวิทยาที่เป็นสากล โดยเสนอภาพการต่อเนื่องของเหตุการณ์ที่จะยังผลให้เกิดข้อห้ามการมีเพศสัมพันธ์

⁵⁷ ประสิทธิ์ สวาสดีญาติ, ระบบเครือญาติและการจัดระเบียบสังคม. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 33.

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 33 – 34.

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 34.

ระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกันว่า ในระยะเริ่มแรกที่มีกลุ่มมนุษย์ขึ้นมาในโลก สังคมมนุษย์จะมีขนาดเล็กโดยบิดาอำนาจสูงสุด ผู้หญิงทุกคนในครอบครัวจะตกเป็นของบิดาแต่ผู้เดียว ลูกชายทั้งหลายเมื่อเติบโตขึ้นจนถึงวัยที่เป็นหนุ่มจะถูกบิดาขับไล่ออกจากกลุ่มเพราะกลัวว่าจะมาแย่งผู้หญิงของตน ต่อมาเมื่อบรรดาลูกชายทั้งหลายรวมตัวกันได้ การต่อสู้เพื่อแย่งชิงอำนาจกับบิดาก็เกิดขึ้น ผลก็คือบิดาถูกฆ่าตายและถูกกินโดยบรรดาลูกชาย อำนาจของบิดาก็สิ้นสุดลง แต่การกระทำดังกล่าวนั้นแม้ลูกชายจะได้รับชัยชนะและมีอำนาจขึ้นมาแทนที่บิดาก็ตาม พวกเขาอีกกลับมีความรู้สึกผิดเกิดขึ้นในใจ จึงตกลงกันว่าจะไม่ยุ่งเกี่ยวกับบรรดาผู้หญิงที่เคยอยู่ในอำนาจของบิดา เมื่อจะหาคู่ครองก็จะไปสมรสกับผู้หญิงนอกกลุ่ม และด้วยเหตุผลใดไม่ปรากฏทำให้การสมรสกับหญิงนอกกลุ่มได้สืบทอดต่อมาถึงพวกผู้ชายรุ่นหลัง ๆ และทำให้มีความจำเป็นต้องกำหนดข้อห้ามการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกันขึ้นเพื่อให้ธรรมเนียมการสมรสนอกท้องถิ่นและนอกพวกวงศ์ญาติได้ผล แต่อย่างไรก็ตามในท้ายที่สุดความคิดเห็นของฟรอยด์ (Freud) ดังกล่าวได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากจากนักวิชาการหลายฝ่าย เพราะขาดหลักฐานที่จะมาสนับสนุนสมมติฐานของเขาว่าเหตุการณ์เหล่านั้นจะเกิดขึ้นได้จริง ๆ และที่สำคัญเขาไม่สามารถให้คำตอบได้ว่าอาศัยกลไกอะไรที่จะช่วยให้บรรดาผู้ชายมีความรู้สึกผิด ในการกระทำของตนแล้วจึงไปสมรสกับผู้หญิงนอกกลุ่ม และสามารถถ่ายทอดความรู้สึกผิดดังกล่าวต่อไปยังคนรุ่นหลัง ๆ ให้คล้อยตามได้อีก⁶⁰

เมื่อมีข้อห้ามก็ต้องมีบทลงโทษสำหรับผู้ละเมิด สำหรับความหนักเบาของการลงโทษนั้นมีแตกต่างกันไปตามที่แต่ละสังคมนั้นจะเห็นสมควร บางสังคมไม่ได้ถือว่าเป็นอาชญากรรมหรือเป็นเรื่องที่รุนแรงอะไร ดังนั้น การลงโทษก็จะเป็นเพียงการตีเตือนว่ากล่าวเท่านั้น เช่น พวก Plains Indians พวก Dakota Indian และพวก Comanche ในอเมริกาเหนือ เป็นต้น แต่ในขณะที่บางสังคมถือว่าการฝ่าฝืนข้อห้ามการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกันเป็นเรื่องรุนแรงมีบทลงโทษถึงชีวิต เช่น พวกบาบิโลเนียนหรือส่วนใหญ่ของบรรดาชนพื้นเมืองในออสเตรเลีย ในบาบิโลเนียก่อนการลงโทษจะเป็นไปอย่างรุนแรงและมีพิธีการหลายประการ ซึ่ง เบโล (Belo) นักมนุษยวิทยาได้ศึกษาพบว่า คู่กรณีชาวบาบิโลเนียที่ฝ่าฝืนข้อห้ามดังกล่าวจะถูกจับตัวมาตีแค้นแล้วถูกบังคับให้คลานไปตม่น้ำล้างรางหมู หลังจากนั้นจะถูกขับออกจากหมู่บ้านไปตลอดชีวิต ทรัพย์สินส่วนตัว เช่น บ้าน ที่ดิน จะถูกยึด หมู่บ้านอื่น ๆ ที่ทราบเรื่องก็จะไม่ยินยอมให้เข้าไปอาศัย เพราะเกรงว่าการให้บุคคลที่ผิดศีลธรรมหรือข้อห้ามของเผ่าชนเข้าไปพำนักแล้วจะทำให้เกิดโชคร้าย

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 34 – 35.

เกิดความหายนะแก่หมู่บ้านของตน ทางออกของผู้ละเมิดคือการพากันหนีไปอยู่อย่างโดดเดี่ยวตามลำพังสามีกิริยาในป่าลึกที่มีภัยอันตรายรอบด้านและอาจเสียชีวิตในที่สุด⁶¹

ในสังคมพื้นเมืองของประเทศออสเตรเลีย ได้มีมาตรการเพื่อป้องกันการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติโดยใช้วิธีการที่เรียกว่า กฎการหลีกเลี่ยง (Rule of Avoidance) มิให้ญาติทั้งโดยสายโลหิต และโดยการสมรสได้อยู่ติดกันหรือพบหน้ากันซึ่งมีข้อกำหนดว่า บั๊จเจกชนใดบ้างที่อยู่ในสถานภาพทางเครือญาติไม่ว่าแบบใดแบบหนึ่ง จะต้องทำตนเสมือนว่าไม่รู้จัก ไม่เคยพบ จะต้องไม่พูดคุยกัน ไม่ติดต่อสัมพันธ์กัน และถ้าบังเอิญทั้งสองฝ่ายเกิดพบกัน ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องรีบหลบเข้าข้างทางหรือสัดเลาะไปที่อื่น ในสังคมที่มีการยึดถือกฎการหลีกเลี่ยงอย่างเข้มงวดนี้ จะไม่มีการเอ่ยแม้กระทั่งชื่อของกันและกันเลย กฎการหลีกเลี่ยงที่ใช้กันบ่อยก็คือระหว่างแม่ยายกับลูกเขย จนทำให้มีการเรียกกันทั่วไปว่า การหลีกเลี่ยงแม่ยาย (Mother-in-law avoidance) นอกจากนี้แล้วก็ยังมีการใช้กฎการหลีกเลี่ยงนี้กับญาติอื่น ๆ อีก ส่วนความเข้มงวดก็จะแตกต่างกันไปในแต่ละสังคม⁶²

ก่อน ค.ศ. 1650 การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกันยังไม่ได้เป็นอาชญากรรมหรือเป็นความผิดอาญาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์⁶³ แต่กลับถูกพิจารณาในฐานะที่เป็นกฎแห่งศาสนาที่ผู้กระทำการเช่นนั้นจะต้องถูกนำตัวขึ้นพิจารณาคดีความในศาลศาสนา (Ecclesiastical Court)⁶⁴ จวบจนปี ค.ศ. 1908 การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกันจึงได้ถูกบัญญัติเป็นพระราชบัญญัติการลงโทษ รัฐธรรมนูญมีเพศสัมพันธ์ระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกัน ค.ศ. 1908 ของประเทศอังกฤษ (The Punishment of Incest Act 1908) และในเวลาต่อมาประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้บัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรลักษณะเดียวกันนี้ออกมาบังคับใช้ในแบบที่เป็น Statute

4.2.1.2 วัตถุประสงค์ของกฎหมายการห้ามมีเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติสายโลหิตเดียวกัน

เหตุที่ได้มีการบัญญัติกฎหมายการห้ามมีเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติสายโลหิตเดียวกันขึ้นมาในปี ค.ศ. 1908 (Incest Act 1908) เพราะเหตุที่รัฐสภาของประเทศอังกฤษได้เห็นความสำคัญของผลทางพันธุกรรมที่จากการวิจัยของแพทย์พบว่าหญิงที่ตั้งครรภ์จากการมีเพศ

⁶¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 38 – 39.

⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 39

⁶³ Justin Miller, *Handbook Of Criminal Law*. (West Publishing Co., 1975), P.434.

⁶⁴ Clark & Marshall, *A Treatise On the Law Of Crimes*. 6th edition, P.684.

สัมพันธ์กับญาติของตนนั้น มีโอกาสที่ทารกจะเกิดมาด้วยความผิดปกติของร่างกายและจิตใจสูงถึงร้อยละ 25 ซึ่งแต่ก่อนนั้นไม่เคยมีการพูดถึงผลลัพธ์เช่นว่านี้เท่าใดนักโดยกลับมองว่าเป็นเรื่องที่ไม่น่าอภิรมณ์ (not a pleasant topic) ซักเท่าไรที่จะกล่าวถึง แต่เมื่อมีการเสนอร่างพระราชบัญญัติการห้ามมีเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติสายโลหิตเดียวกันต่อสภา กลับได้รับการเห็นชอบอย่างมากมายจนแทบจะกล่าวได้ว่าอาจมีเพียงเสียงเดียวจากพันเสียงที่แสดงความไม่เห็นด้วย ด้วยเหตุผลที่นอกจากจะผิดศีลธรรมร้ายแรงแล้วยังเป็นการทำลายเผ่าพันธุ์มนุษย์อีกด้วย⁶⁵

การห้ามมีเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติสายโลหิตเดียวกันด้วยการอาศัยเหตุผลทางการแพทย์เป็นวิธีการหนึ่งที่ถูกนำมาใช้ในการควบคุมคุณภาพประชากร ให้ประชากรที่เกิดขึ้นมีความสมบูรณ์ทั้งทางร่างกายและจิตใจ ปราศจากโรคติดต่อทางพันธุกรรม ถือเป็นมาตรการทางกฎหมายที่สอดคล้องกับหน้าที่ของครอบครัวที่จะต้องผลิตสมาชิก คือ ลูก ๆ ให้แก่สังคมเพื่อสืบทอดเผ่าพันธุ์ต่อไป การได้ลูกหลานที่มีสติปัญญาที่ฉลาดและร่างกายที่แข็งแรงสมบูรณ์ย่อมเสริมสร้างให้สังคมและชาติมีความมั่นคง และเมื่อกลับไปมองยังอดีต โดยเฉพาะในสังคมที่มีขนาดเล็กและอยู่อย่างโดดเดี่ยวแล้วจะเห็นว่าในสังคมเช่นนั้นก็ยังมีข้อห้ามการสมรสระหว่างญาติสายโลหิตเดียวกันไว้ด้วยเช่นกัน ถือเป็น "ค่านิยมที่ล้าค้ำยอันหลงเหลืออยู่" ซึ่งตกทอดมาจนถึงปัจจุบัน และยังเป็นที่ยอมรับโดยนัยถึงผลกระทบที่จะมีต่อพันธุกรรมด้วยหากมีการสมรสระหว่างญาติสายโลหิตเดียวกันเกิดขึ้น⁶⁶

ดังนั้น การห้ามการสมรสระหว่างญาติสายโลหิตเดียวกันจึงได้ถูกบัญญัติไว้เป็นข้อห้ามทั้งในการสมรสตามกฎหมายครอบครัวและเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา

4.2.2 การสมรสที่ต้องห้ามตามกฎหมายครอบครัวเพราะมีสายโลหิตเดียวกัน

ประเทศอังกฤษได้กำหนดการสมรสที่ต้องห้ามเพราะเหตุที่คู่สมรสต่างเป็นบุคคลที่มีความเกี่ยวพันกันอย่างลึกซึ้งทั้งทางสายเลือด (Consanguinity) และทางการสมรส (Affinity) เอาไว้ใน พระราชบัญญัติว่าด้วยการสมรส (Marriage Act) ตั้งแต่ ค.ศ. 1949 จนถึง 1986 ให้การสมรสดังกล่าวตกเป็นโมฆะ (Void Marriage)

⁶⁵ Essays in honour of Granville Williams, Reshaping The Criminal Law. (London : Stevens and Sons.Ltd, 1978), PP.187 – 188.

⁶⁶ Homer H.Clark, Jr, The Law of Domestic Relations in the United States. 2nd edition, (Minn : West Publishing Co.,1987),P.251.

ในส่วนของการห้ามสมรสกับญาติสายเลือดเดียวกัน ความเป็นญาติตามบทบัญญัตินี้ พิจารณาตามความเป็นจริงไม่ว่าความมีสายเลือดร่วมกันนั้นจะเต็มสายเลือด (Full Blood) หรือเพียงครึ่งหนึ่ง (Half Blood) โดยถือเอาการมีบรรพบุรุษเดียวกันเป็นหลัก ฉะนั้นในกรณีนี้จึงสรุปได้ว่า

- ชายไม่สามารถที่จะสมรสกับ

| | |
|---------------------|---------------|
| แม่ | หลานสาว |
| ย่า | พี่สาว |
| ยาย | น้องสาว |
| ป้า | แม่บุญธรรม |
| อา - น้ำที่เป็นหญิง | ลูกสาวบุญธรรม |
| ลูกสาว | |

- หญิงไม่สามารถที่จะสมรสกับ

| | |
|--------------------|---------------|
| พ่อ | หลานชาย |
| ปู่ | พี่ชาย |
| ตา | น้องชาย |
| ลุง | พ่อบุญธรรม |
| อา - น้ำที่เป็นชาย | ลูกชายบุญธรรม |
| ลูกชาย | |

จะเห็นได้ว่าในความเป็นสายเลือดเดียวกันได้รวมถึงความเป็นพ่อแม่บุญธรรมกับลูกบุญธรรมเอาไว้ด้วย ซึ่งกฎหมายประเทศอังกฤษให้ความสำคัญแก่สถานภาพของพ่อแม่บุญธรรมกับลูกบุญธรรมไว้ให้อยู่ในระดับเดียวกันกับญาติสายเลือดเดียวกันทำให้การสมรสระหว่างบุคคลเหล่านี้เป็นการสมรสที่ต้องห้าม

นอกจากนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกากฎหมายครอบครัวของแต่ละรัฐโดยส่วนใหญ่แล้วจะมีบทบัญญัติให้การสมรสระหว่าง บุพการีกับผู้สืบสันดาน พี่กับน้องทั้งที่ร่วมบิดามารดาเดียวกันหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ลุงกับหลานสาว ป้ากับหลานชาย ลูกพี่ลูกน้อง (First Cousin)

ตกเป็นโมฆะ (void) อาทิ กฎหมายในรัฐมอนทานา (Family Law part 4 Section 40-1-401)⁶⁷ รัฐอลาสกา (Family Law Section 25.05.021)⁶⁸ รัฐเดลาแวร์ (Marriage Chapter 1 Section 101)⁶⁹ รัฐไอดาโฮ (Domestic Relationship Section 32-205)⁷⁰ รัฐมิชิแกน (Family Law Chapter 83 Section 5513)⁷¹ รัฐมิซซูรี (Family Law Section 451.020)⁷² รัฐนิวแฮมป์เชียร์ (Family Law Section 457.1)⁷³ เป็นต้น และนอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติให้การสมรสระหว่างลูกชายกับแม่เลี้ยงลูกสาวกับพ่อเลี้ยง พ่อแม่กับลูกสะใภ้หรือลูกเขยหรือกับลูกบุญธรรม ดังกฎหมายในรัฐมิสซิสซิปปี (Family Law Section 93-1-1)⁷⁴

4.2.3 บทบัญญัติทางอาญาในความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างสายโลหิตเดียวกัน (Incest)

ในกลุ่มคอมมอนลอว์ประเทศอังกฤษพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดทางเพศ ค.ศ. 1956 ข้อ 10 และ 11⁷⁵ (the Sexual Offences Act 1956 ss.10 and 11) บัญญัติว่า

⁶⁷ ข้อมูลดังกล่าวแปลมาจาก Family Law part 4 Section 40-1-401 ใน <http://guide.p.findlaw.com/11stagegov/mt/laws.html>.

⁶⁸ ข้อมูลดังกล่าวแปลมาจาก Family Law Section 25.05.021 ใน <http://old-www.legis.state.ak.us/cgi-bin/toliloisa.dll/stattxOO/>

⁶⁹ ข้อมูลดังกล่าวแปลมาจาก Marriage Chapter 1 Section 101 ใน <http://198.187.128.12/delaware/lpext.dll/Infobase/1315b?fn=documentframe.htm>

⁷⁰ ข้อมูลดังกล่าวแปลมาจาก Domestic Relationship Section 32-205 ใน <http://www.3.state.id.us/cgi-bin/>

⁷¹ ข้อมูลดังกล่าวแปลมาจาก Family Law Chapter 83 Section 5513 ใน <http://MichiganLegislature.org/>

⁷² ข้อมูลดังกล่าวแปลมาจาก Family Law Section 451.020 ใน <http://www.moga.state.mo.us/statutes/C400-499/4510020.htm>

⁷³ ข้อมูลดังกล่าวแปลมาจาก Family Law Section 457.1 ใน <http://sudoc.nhsl.lib.nh.us/rsa/457.htm>

⁷⁴ ข้อมูลดังกล่าวแปลมาจาก Family Law Section 93-1-1 ใน <http://www.mscode.com/free/statutes/93/001/0001.htm>

⁷⁵ Smith and Hogan, *Criminal Law*, 4th edition (London : Butterworths, 1978), P.414.

ข้อ 10. (1) ชายมีความผิดหากมีเพศสัมพันธ์กับหญิงซึ่งชายนั้นรู้ว่าหญิงนั้นเป็นหลานสาว, ลูกสาว, พี่สาว-น้องสาว หรือแม่ของตน (ตามความเป็นจริง)

(2) จากบทบัญญัติข้างต้น ความเป็นพี่สาว-น้องสาว ให้อวมถึง พี่สาว-น้องสาว ที่มีพ่อหรือแม่เดียวกันด้วย และไม่ว่าการสมรสของพ่อและแม่นั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม ชายต้องระวางโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกิน 7 ปี และไม่เกิน 2 ปี ในความผิดฐานพยายาม หากหญิงอายุต่ำกว่า 13 ปี ชายต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต และไม่เกิน 7 ปี ในความผิดฐานพยายาม

ข้อ 11. (1) หญิงมีอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไปมีความผิดหากยินยอมให้ชายซึ่งตนรู้ว่าเป็น ปู่ ตา พ่อ พี่ชาย-น้องชาย หรือลูก (ตามความเป็นจริง) มีเพศสัมพันธ์กับตน

(2) จากบทบัญญัติข้างต้น ความเป็นพี่ชาย-น้องชาย ให้อวมถึง พี่ชาย-น้องสาว ที่ร่วมแต่พ่อหรือแม่เดียวกัน และไม่ว่าการสมรสจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม หญิงต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี และความยินยอมให้มีเพศสัมพันธ์ข้างต้นไม่เป็นเหตุให้ผู้กระทำผิด

เนื่องจากการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างผู้ที่เป็นญาติสืบสายโลหิตเดียวกันถือเป็นข้อห้ามสากลและเป็นการกระทำที่เลื่อมเสียอย่างมากทางเพศ⁷⁶ นอกจากบทบัญญัติเรื่อง Incest ของประเทศอังกฤษแล้วในระบบประเทศกฎหมายคอมมอนลอว์ ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลียต่างก็มีบทบัญญัติลงโทษการกระทำดังกล่าวเอาไว้ ซึ่งโดยหลักใหญ่แล้วบทบัญญัติของทั้งสองประเทศจะครอบคลุมถึงกรณีการมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลที่ตนรู้ว่าเป็น พ่อ แม่ ปู่ ย่า ตา ยาย พี่น้องที่เกิดจากพ่อแม่เดียวกันหรือพ่อหรือแม่เดียวกัน โดยจะเป็นญาติกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตามดังในกฎหมายอาญาของรัฐฟลอริดา (Sexual Offence Act. Section 826.04)⁷⁷ รัฐอลาสกา (Incest Section 11.41.450)⁷⁸ รัฐเดลาแวร์ (Chapter 5 Section 766)⁷⁹

⁷⁶ Thomas J. Gardner, *Criminal Law : Principles and Cases*. P.363.

⁷⁷ ข้อมูลดังกล่าวแปลมาจาก Sexual Offence Act. Section 826.04 ใน <http://www.leg.state.fl.us/states/>

⁷⁸ ข้อมูลดังกล่าวแปลมาจาก Incest Section 11.41.450 ใน <http://old-www.legis.state.ak.us/cgi-bin/folioisa.dll/stattxOO/>

⁷⁹ ข้อมูลดังกล่าวแปลมาจาก Chapter 5 Section 766 ใน <http://198.187.128.12/delaware/lpext.dll/Infobase/f2f3?fn=document-frame.htm/>

รัฐมิเนโซตา (Crime Section 609.365)⁸⁰ รัฐนิวเม็กซิโก (Family Offence Article 10 Section 30-10-3)⁸¹ ของประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมายอาญาของรัฐวิคตอเรีย (Criminal Law 1958 Section 44) รัฐเซาท์เทิร์นออสเตรเลีย (Criminal Law Consolidation Act 1935 Section 72) และรัฐนิวเซาท์เวลส์ (Criminal Law 1900 Section 78 A) ของประเทศออสเตรเลีย (Criminal Law Consolidation Act)⁸²

ส่วนในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์เองต่างก็หาได้มีการบัญญัติที่ผิดแผกแตกต่างจากกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ โดยยังบัญญัติให้การมีเพศสัมพันธ์ต่อกันระหว่างบุพการีกับผู้สืบสันดาน พี่กับน้องทั้งที่เกิดจากพ่อแม่เดียวกันหรือจากพ่อหรือแม่เดียวกัน เป็นความผิดอาญาไม่ว่าความเป็นบุพการี ผู้สืบสันดาน หรือพี่น้องจะชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นตามความเป็นจริงก็ตาม เช่น กฎหมายอาญาของประเทศออสเตรเลีย (Section 131)⁸³ ประเทศโคลัมเบีย (Section 357)⁸⁴ ประเทศโรมาเนีย (Section 203)⁸⁵ ประเทศอาร์เจนตินา (Section 122)⁸⁶ ประเทศอิตาลี (Section 564)⁸⁷ และประเทศกรีนแลนด์ (Section 49)⁸⁸

4.2.4 ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติที่ไม่มีสายโลหิตเดียวกัน

4.2.4.1 การสมรสที่ต้องห้ามเพราะเป็นญาติทางการสมรส (Affinity)

ประเทศอังกฤษได้กำหนดการสมรสที่ต้องห้ามเพราะเหตุที่คู่สมรสต่างเป็นบุคคลที่มีความเกี่ยวพันกันอย่างลึกซึ้งทั้งทางสายเลือด (Consanguinity) และทางการสมรส

⁸⁰ ข้อมูลดังกล่าวแปลมาจาก Crime Section 609.365 ใน

<http://www.revisor.leg.state.mn.us:8181/>

⁸¹ ข้อมูลดังกล่าวแปลมาจาก Family Offence Article 10 Section 30-10-3 ใน

<http://www.198.187.128.12/newmexico/lpext.dll/Infobase2/>

⁸² ข้อมูลดังกล่าวแปลมาจาก Criminal Law Consolidation Act ใน

<http://www.austlii.edu.au>

⁸³ The American Series of Foreign Penal Codes "The Austrian Penal Act"

⁸⁴ The American Series of Foreign Penal Codes "The Colombian Penal Code"

⁸⁵ The American Series of Foreign Penal Codes "The Romanian Socialist Republic Penal Code"

⁸⁶ The American Series of Foreign Penal Codes "The Argentine Penal Code"

⁸⁷ The American Series of Foreign Penal Codes "The Italian Penal Code"

⁸⁸ The American Series of Foreign Penal Codes "The Greenland Criminal Code"

(Affinity) เอาไว้ใน พระราชบัญญัติว่าด้วยการสมรส (Marriage Act) ตั้งแต่ ค.ศ. 1949 จนถึง 1986 ให้การสมรสดังกล่าวตกเป็นโมฆะ (Void Marriage) ซึ่งจากพระราชบัญญัติฉบับแรกจนถึง ฉบับ ปี ค.ศ. 1986 สถานภาพของบุคคลที่ถูกห้ามสมรสกันได้เปลี่ยนแปลงไปตามความเหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในความเป็นญาติทางการสมรส (Affinity)

จุดเริ่มต้นของการห้ามสมรสกับญาติที่มาจากสมรส (Affinity) นี้มีที่มาจากอิทธิพลของความเชื่อและธรรมเนียมศาสนาว่า การสมรสระหว่างชายกับหญิงนั้นเป็นเหตุให้ทั้งสองกลายเป็นดั่งบุคคลเดียวกัน พี่สาว-น้องสาวของภริยาก็เปรียบเสมือนพี่สาว-น้องสาวของสามี ฉะนั้นเมื่อสามีไม่อาจสมรสกับพี่สาว-น้องสาวของตนได้ เพราะเป็นสายเลือดเดียวกันแล้ว สามีก็ไม่สามารถสมรสกับพี่สาว-น้องสาวของภริยาได้เช่นเดียวกันเพราะความเป็นญาติทางการสมรส⁸⁹

แม้ในภายหลังจะได้มีพระราชบัญญัติ ปี ค.ศ. 1907 ว่าด้วยการสมรสกับพี่สาว-น้องสาวของภริยาได้เสียชีวิตลง⁹⁰ หรือในปี ค.ศ.1921 มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการสมรสกับแม่หม้ายซึ่งเป็นภริยาของพี่ชายหรือน้องชายที่ได้เสียชีวิต⁹¹ ทำให้ชายสมรสกับพี่สะใภ้หรือน้องสะใภ้ที่เป็นหม้ายเพราะพี่ชายหรือน้องชายของตนได้เสียชีวิตลงก็ตาม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดีในท้ายที่สุดพระราชบัญญัติทั้งสองก็ได้ถูกยกเลิกไปโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการสมรส ค.ศ. 1949 (The Marriage Act 1949)

ดังนั้น ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการสมรส ค.ศ. 1986 (Marriage Act 1986) การสมรสระหว่างญาติทางการแต่งงานได้มีข้อห้ามชายที่จะสมรสกับหญิงซึ่งสรุปได้ว่าหญิงนั้นต้องไม่เป็นแม่ยาย ลูกสะใภ้ ลูกเลี้ยง (สาว) คู่สมรสของพ่อ คู่สมรสของปู่ คู่สมรสของตา คู่สมรสของพี่น้อง (สาว)⁹² และห้ามหญิงที่จะสมรสกับชายผู้เป็นญาติจากสมรสไว้ว่าชายนั้นจะต้องไม่เป็นพ่อตา ลูกเขย ลูกเลี้ยง (ชาย) คู่สมรสของแม่ คู่สมรสของย่า คู่สมรสของยาย คู่สมรสของพี่น้อง (ชาย)⁹³

⁸⁹ S.M. CRETNEY, Elements of Family Law, 2nd edition, (London : Sweet & Maxwell, 1992), P.11.

⁹⁰ P.M. BROMLEY and N.V. LOWE, Bromley's Family Law, 7th edition, (London : Butterworths, 1987), P.32.

⁹¹ Ibid., P.32.

⁹² Brebda M. Hoggett and David S.Pearl, The Family, Law and Society : Cases and Materials, 3rd edition, (London : Butterworths, 1991), P.21.

⁹³ Ibid., P.21.

แต่อย่างไรก็ดีในกฎหมายอังกฤษความเป็นญาติทางการสมรสที่ถูกห้ามทำการสมรสกันตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการสมรส ค.ศ. 1986 (Marriage Act 1986) นี้ได้มีข้อยกเว้นพิเศษให้ทำการสมรสกันได้เอาไว้ สองกรณี คือ

กรณีลูกเลี้ยง⁹⁴

ชายและหญิงสามารถสมรสกับลูกเลี้ยงได้ด้วยเหตุต่อไปนี้

- ลูกเลี้ยงนั้นต้องไม่ใช่ลูกตามความจริงของผู้นั้น
- บุคคลทั้งสอง (ชายกับลูกเลี้ยงสาว หรือ หญิงกับลูกเลี้ยงชาย) ต้องมีอายุ 21 ปี ทั้งคู่
- ลูกเลี้ยงนั้นจะต้องไม่เคยอยู่ภายใต้ความปกครองของชายหรือหญิงผู้ที่จะมา

เป็นคู่สมรสในเวลาที่ลูกเลี้ยงนั้นอายุไม่ครบ 18 ปี หรือเรียกว่า Child of the family (Loco Parentis) เพราะว่าแม้ชายและหญิงจะไม่ใช่พ่อแม่ที่แท้จริงตามสายเลือด แต่การมีบทบาทเป็นผู้ปกครองเป็นพ่อหรือแม่ของลูกเลี้ยงมาก่อนนี้ย่อมเป็นหน้าที่ของชายและหญิงที่จะปกป้องรักษาลูกเลี้ยงตามหน้าที่ของครอบครัว มากกว่าจะมาทำการสมรสระหว่างกันอันเป็นความเสื่อมเสียทางเพศ (Sexual Exploitation)

ลูกเขยและลูกสะใภ้⁹⁵

กฎหมายอังกฤษกฎหมายได้ให้ความสำคัญต่อการยับยั้งมิให้เกิดความขัดแย้งต่อกันระหว่างพ่อกับลูกชายและแม่กับลูกสาวที่ฝ่ายพ่อจะสมรสกับลูกสะใภ้และแม่จะสมรสกับลูกเขย และเมื่อได้มีการประนีประนอมในข้อตกลงการห้ามสมรสระหว่างญาติทางการสมรสกัน Archbishop of Canterbury แล้ว ปรากฏผลออกมาเป็นเงื่อนไขว่า พ่อและแม่สามารถสมรสกับลูกสะใภ้และลูกเขยของตนได้ถ้าหาก

- ทั้งสองฝ่ายมีอายุ 21 ปี และ
- ลูกชายได้เสียชีวิตลง และแม่ของลูกชาย (ภริยาของชาย) ได้เสียชีวิตลง หรือ
- ลูกสาวได้เสียชีวิตลง และแม่ของลูกสาว (สามีของหญิง) ได้เสียชีวิตลง

ในความเป็นญาติที่ไม่มีสายเลือดร่วมกันนั้นแม้การมีเพศสัมพันธ์จะไม่ทำให้คุณภาพของประชากรต่ำลงเพราะเหตุที่มีการถ่ายปมด้อยทางพันธุกรรมให้แก่กัน แต่จากบรรทัดฐาน

⁹⁴ P.M. BROMLEY and N.V. LOWE, *Bromley's Family Law*, P.34.

⁹⁵ *Ibid.*, P.34.

ของสังคมที่ต้องการแบ่งแยกลำดับของญาติและมีการปฏิสัมพันธ์ต่อกันเพื่อความสงบสุขของสังคม ประเทศสหรัฐอเมริกาให้มีบทบัญญัติในแต่ละรัฐ ห้ามมีการสมรสกันระหว่างพ่อแม่ผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม พ่อแม่กับลูกเลี้ยง (ชายและหญิง) พ่อกับลูกสะใภ้ แม่กับลูกเขย อาทิในกฎหมายครอบครัวของรัฐมิสซิสซิปปี (Family Code 197.2 Section 93-1-1)⁹⁶ รัฐมิชิแกน (Family Law Chapter 83 Section 551.3)⁹⁷

4.2.4.2 บทบัญญัติทางอาญาในความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติที่ไม่มีสายโลหิตเดียวกัน (Affinity)

สำหรับความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ กฎหมายของประเทศอังกฤษมีบทบัญญัติ Incest ใช้สำหรับกรณีผู้กระทำและผู้ถูกกระทำเป็นญาติสืบสายโลหิตกันเท่านั้น แต่ไม่มีบทบัญญัติทางอาญาเอาผิดแก่การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกันทางสายโลหิตหรือเป็นญาติทางการสมรสเอาไว้เป็นพิเศษนอกเหนือไปจากกรณีที่เข้าหลักเกณฑ์ทั่วไปในเรื่องการข่มขืน (Rape) การมีเพศสัมพันธ์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายกับหญิงอายุต่ำกว่า 16 ปี (Unlawful Sexual Intercourse With Girl Under 16) และการมีเพศสัมพันธ์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายกับหญิงอายุต่ำกว่า 13 ปี (Unlawful Sexual Intercourse With Girl Under 13) ฉะนั้น หากกรณีข้อเท็จจริงการมีเพศสัมพันธ์ไม่ได้เกิดจากผู้ที่มีสายโลหิตเดียวกันแล้ว จะต้องพิจารณาว่ากรณีนั้นเข้าหลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์หนึ่งของอีกสามความผิดที่ได้กล่าวมาแล้วหรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากความเป็นญาติทางการสมรส ซึ่งไม่มีความเกี่ยวข้องกันทางสายเลือดต่อกันจะถูกห้ามมิให้ทำการสมรสตามกฎหมายครอบครัวเท่านั้น ซึ่งจะมีผลแต่เพียงทำให้การสมรสที่ฝ่าฝืนตกลงเป็นโมฆะกรรม (Void) แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกา ความผิดทางอาญาในการมีเพศสัมพันธ์ของญาติทางการสมรส (Affinity) ซึ่งไม่มีความเกี่ยวข้องกันทางสายเลือดต่อกันนี้ ได้ถูกบัญญัติไว้เป็นความผิดในมาตราเดียวกันกับความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติที่มีสายโลหิตเดียวกัน โดยบัญญัติให้การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างพ่อเลี้ยงแม่เลี้ยงกับลูกเลี้ยง พ่อแม่บุญธรรมกับลูกบุญธรรม พ่อตาแม่ยายกับลูกสะใภ้-ลูกเขย เช่น กฎหมายของรัฐจอร์

⁹⁶ ข้อมูลดังกล่าวแปลมาจาก Family Code 197.2 Section 93-1-1 ใน http://www.mscode.com/free/statutes/97_029/0027.htm

⁹⁷ ข้อมูลดังกล่าวแปลมาจาก Family Law Chapter 83 Section 551.3 ใน <http://Michigan.Legislature.org/>

เจีย (Sexual Offence Section 16-6-22⁹⁸ รัฐเท็กซัส (Crime Against Family Section 25.02)⁹⁹ รัฐมิซซูรี (Crime Against Family Section 568.020)¹⁰⁰ และนอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติของประเทศออสเตรเลียที่บัญญัติให้การมีเพศสัมพันธ์กับลูกเลี้ยงเป็นความผิดพ่อแม่เลี้ยง¹⁰¹ โดยกรณีที่ลูกเลี้ยงเป็นผู้กระทำนั้น ตัวลูกเลี้ยงต้องมีอายุ 18 ปีขึ้นไป จึงจะมีความผิด และในประเทศซีลลอร์หรือประเทศที่ระบบกฎหมายเป็นแบบประมวล อาทิเช่น ประเทศอาร์เจนตินา (Penal Code Section 122)¹⁰² และประเทศอิตาลี (Penal Code Section 564)¹⁰³ ก็มีบทบัญญัติทางอาญาให้การมีเพศสัมพันธ์กับญาติที่เกิดจากการสมรสเป็นความผิดได้ด้วยเช่นกัน

จากบทบัญญัติการสมรสที่ต้องห้ามตามกฎหมายครอบครัวและความผิดทางอาญาฐานมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลในครอบครัว ปัจจัยสำคัญที่สุดถูกนำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการกำหนดเป็นข้อห้ามและลงโทษคือ การมีความสัมพันธ์ต่อกันทางสายเลือด (Consanguinity) และการมีความสัมพันธ์ร่วมกันที่เกิดจากสมรส (Affinity) โดยที่ข้อห้ามเพราะการมีสายเลือดเดียวกันนั้นนอกจากจะถูกเชื่อว่าเป็นบาปจรรยาในทางศาสนาแล้วยังได้มีการรับรองจากทางการแพทย์ถึงผลเสียอย่างใหญ่หลวงที่จะตามมาด้วยหากมีการฝ่าฝืนมีเพศสัมพันธ์นั้นคือทารกที่เกิดมามีโอกาสพิการหรือปัญญาอ่อนข้างอ่อนสูง ส่วนกรณีการเป็นญาติเพราะผลของการสมรสที่แม้จะไม่ได้มีความเกี่ยวพันทางสายเลือดต่อกันก็ตาม แต่ด้วยเหตุผลทางศาสนาที่เชื่อว่าญาติของคู่สมรสอีกฝ่ายจะกลายมาเป็นญาติของตน ประกอบกับความสัมพันธ์อันใกล้ชิดต่อกันจะนำมาซึ่งความขัดแย้งในการลำดับญาติและใช้ชีวิตคู่ย่อมมีส่วนทำให้ข้อห้ามการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติที่เกิดจากการสมรสนี้มีความสมเหตุสมผลกับการนำมาใช้เป็นมาตรการสำหรับรักษาและยกระดับศีลธรรมของประชาชน

⁹⁸ ข้อมูลดังกล่าวแปลมาจาก Sexual Offence Section 16-6-22 ใน <http://www.geocities.com/Capitol Hill/2269/georgia.htm>.

⁹⁹ ข้อมูลดังกล่าวแปลมาจาก Crime Against Family Section 25.02 ใน http://www.Cowtown.net/Cop_shop/chapter_25.htm.

¹⁰⁰ ข้อมูลดังกล่าวแปลมาจาก Crime Against Family Section 568.020 ใน <http://www.moga.state.mo.us/statutes/C500-599/5680020.htm>.

¹⁰¹ available from <http://www.austlii.edu.au>

¹⁰² The Argentine Penal Code. Article 122.

¹⁰³ The Italian Penal Code. Article 564.

4.3 เปรียบเทียบวิเคราะห์ความผิดทางเพศในครอบครัวระหว่างกฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายของประเทศไทย

4.3.1 เปรียบเทียบวิเคราะห์ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ในประเทศไทย เนื่องจากการสมรสตามกฎหมายได้นำมาซึ่งความสมัครใจที่จะมีเพศสัมพันธ์กับชายผู้เป็นสามีไปตลอดเวลาที่ยังคงมีสถานภาพของสามีภริยา หากสามีใช้กำลังบังคับขืนใจภริยาให้ยินยอมมีเพศสัมพันธ์จึงมิได้ถูกพิจารณาว่าเป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนแต่อย่างใด เพียงแต่ว่าหากการบังคับขืนใจดังกล่าวมีการใช้กำลังทำร้าย ชายผู้เสียสามีก็อาจจะต้องรับผิดชอบในฐานะทำร้ายร่างกายหรือทำให้เสื่อมเสียเสรีภาพตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 ถึง 300 และมาตรา 309 ถึง 311 เท่านั้น เพราะกฎหมายตั้งแต่ครั้งอดีต คือกฎหมายตราสามดวงจนถึงประมวลกฎหมายอาญาฉบับที่ใช้ในปัจจุบัน ถ้อยคำในบทมาตราที่ว่าด้วยการข่มขืนต่างก็ใช้คำว่า “หญิงอื่นซึ่งมิใช่ภริยาตน” มาเป็นองค์ประกอบสำหรับการกระทำที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืน ฉะนั้น การมีเพศสัมพันธ์ต่อกันของสามีภริยาจึงเป็นสิ่งที่กฎหมายให้การรับรองว่าไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อความยินยอมของหญิงด้วยเหตุที่หญิงผู้นั้นเป็นภริยาของชาย

สำหรับในต่างประเทศนั้น แม้ว่าแต่เดิมจะได้มีการยอมรับกันอย่างกว้างขวางว่าผู้หญิงเป็นทรัพย์สินของชายผู้เป็นสามีที่สามีมีสิทธิจะปฏิบัติต่อภริยาประการใด ๆ ก็ได้ ซึ่งความคิดเช่นนี้ก็ได้ถูกตอกย้ำด้วยคำกล่าวของเซอร์ แมทธิว เฮล (Sir Matthew Hale) ที่กล่าวว่า การสมรสนั้นนำมาซึ่งความยินยอมที่อาจจะเพิกถอนได้ของหญิงในการมีเพศสัมพันธ์กับชายผู้เป็นสามี ฉะนั้นจึงไม่อาจที่จะเกิดกรณีสามีกระทำความผิดข่มขืนภริยาขึ้นมาได้ อันเป็นหลักเกณฑ์ที่ประเทศอังกฤษในปัจจุบันนี้ก็ยังคงยึดถืออยู่ แต่สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา ที่แม้จากประวัติศาสตร์จะมีต้นกำเนิดมาจากชาวอังกฤษก็ตามแต่กลับมีบทบัญญัติลงโทษผู้เป็นสามีในกรณีที่จะกระทำการข่มขืนภริยาของตนเอาไว้ โดยที่ถูกระบุว่าเป็นกฎหมายของแต่ละรัฐ ซึ่งแรกเริ่มเดิมทีกฎหมายในแต่ละรัฐก็ยังคงยึดถือกันโดยทั่วไปว่าสามีไม่อาจต้องหาว่ากระทำการข่มขืนภริยาได้ แต่เมื่อมีการเรียกร้องจากกลุ่มสตรีที่พยายามผลักดันให้มีการกำหนดคำจำกัดความของการข่มขืนเสียใหม่ให้ขยายรวมไปถึงการกระทำทางเพศอย่างใด ๆ ที่อีกฝ่ายไม่ยินยอม อันรวมถึงการที่หญิงเป็นภริยาของชายด้วยเพราะเห็นว่าการปล่อยให้สามีมีอำนาจกระทำการบังคับต่อร่างกายและจิตใจโดยที่ภริยาไม่ปรารถนาเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนความยินยอม การมีเพศสัมพันธ์ด้วยพฤติการณ์เช่นนั้นเป็นการข่มขืน ซึ่งในที่สุดได้มีรัฐโอเรกอน เนบราสกา และนิวเจอร์ซีย์ เป็นสามรัฐแรกที่บัญญัติให้มีความผิดฐานข่มขืนคู่สมรสได้ในขณะที่ยังคงเป็นสามีภริยากัน และมีรัฐต่าง ๆ ททยอยแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติให้เป็นดังเช่นสามรัฐดังกล่าวอีก 14 รัฐ ในเวลาต่อมาซึ่งในดับบทบัญญัติของรัฐต่าง ๆ

ในประเทศสหรัฐอเมริกาสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยานี้ได้ถูกแบ่งออกเป็น 3 กลุ่ม คือ กลุ่มแรกบัญญัติให้การข่มขืนภริยาสามารถเกิดขึ้นได้ทันทีที่ภริยาปฏิเสธหรือไม่ยินยอมร่วมประเวณีขณะที่ยังคงใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน ดังเช่นในรัฐอลาบามา รัฐโคโลราโด รัฐแมสซาชูเซตส์ ฯลฯ กลุ่มสองบัญญัติให้มีเงื่อนไขในเรื่องของการรายงานให้เจ้าพนักงานทราบถึงพฤติการณ์ข่มขืนภริยาในเวลาที่รัฐนั้น ๆ จะกำหนดประกอบกับการกระทำที่จะถือว่าเป็นข่มขืนกระทำชำเราภริยาจะต้องมีการใช้กำลังบังคับหรือขู่ขู่ให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงมากกว่าระดับปกติที่สามีภริยาจะพึงกระทำต่อกัน แต่อย่างไรก็ดีบทบัญญัติในรัฐกลุ่มที่สองนี้ได้มีการบัญญัติเพิ่มเติมไปถึงกรณีที่ภริยาเป็นคนที่ไร้ความสามารถหรือเป็นผู้ที่มีความบกพร่องทางจิต พุลงภาพหรืออยู่ในสถานะที่ไม่อาจจะให้ความยินยอมต่อการมีเพศสัมพันธ์ได้ โดยถือว่าพฤติการณ์เหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นพฤติการณ์ที่ปราศจากความยินยอมจากหญิงที่ด้อยความสามารถ ดังนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองตัวหญิงจากการมีเพศสัมพันธ์อันตนไม่สมัครใจ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาซึ่งโดยปกติมีโทษที่น้อยกว่าความผิดฐานข่มขืนหญิงอื่นที่ไม่ใช่ภริยาจะไม่ถูกนำมาใช้บังคับแก่ชายผู้เป็นสามี ทำให้ชายผู้เป็นสามีจะต้องรับโทษในระดับเดียวกันกับการข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่น และในกลุ่มสุดท้ายบัญญัติให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการร่วมประเวณีในระหว่างที่สามีภริยาได้ตกลงแยกกันอยู่ หรือแยกกันอยู่เพราะคำสั่งศาล หรือศาลมีคำสั่งห้ามสามีรบกวนทางเพศต่อภริยา ซึ่งการกระทำทั้งหลายเหล่านี้เกิดขึ้นโดยปราศจากความยินยอมของภริยา

จากการศึกษาพบว่าสาเหตุที่มาของการบังคับขืนใจภริยาให้มีเพศสัมพันธ์อาจมีอยู่หลายสาเหตุ อาทิ สามีเป็นผู้ชอบใช้ความรุนแรงในการร่วมประเวณี ซึ่งภริยาปฏิเสธที่จะมีเพศสัมพันธ์ด้วย จึงถูกสามีบังคับขืนใจ หรือมีความไม่ลงรอยกัน ทะเลาะเบาะแว้งเป็นประจำต่างฝ่ายต่างโกรธเคืองกัน ภริยาจึงไม่ยอมให้สามีมาร่วมหลับนอนด้วยทำให้เกิดการขืนใจ แต่ด้วยความที่หญิงเป็นภริยาของชายนั้นหมายความว่าหญิงจะต้องอยู่กินฉันสามีภริยากับชาย วัตถุประสงค์หลักของการสมรสคือการมีเพศสัมพันธ์เพื่อสืบเผ่าพันธุ์ต่อไป การสมรสตามกฎหมายที่สังคมได้กำหนดรูปแบบและวิธีการเอาไว้ย่อมเป็นการแสดงว่าชายและหญิงคู่หนึ่งตกลงเป็นสามีภริยากันในความรับรู้และรับรองของสมาชิกทั้งหลายในสังคม การสมรสย่อมนำมาซึ่งการคาดหวังถึงการมีเพศสัมพันธ์และการมีบุตร โดยหญิงที่เป็นภริยาได้ให้ความยินยอมแก่ชายเพื่อการมีเพศสัมพันธ์ตลอดเวลาที่เป็นสามีภริยา สิ่งนี้เป็นหลักสากลที่เกือบทั่วทุกประเทศต่างยอมรับว่าเป็นเรื่องปกติที่การมีเพศสัมพันธ์จะต้องเกิดขึ้นหากมีการสมรส การปฏิเสธไม่ยอมมีเพศสัมพันธ์เท่ากับเป็นการขัดต่อธรรมชาติและกรอบที่สังคมมุ่งหมาย เนื่องจากการสมรสเป็นสัญญาทางแพ่งที่ต้องเกิดจากความสมัครใจของทั้งชายและหญิง เป็นนิติกรรมประเภทหนึ่งตามกฎหมายที่อาจจะเป็นโมฆียะหรือโมฆะได้ และการ

สมรสนี้จะมาบังคับขึ้นใจกันก็ไม่ได้ เมื่อต่างฝ่ายต่างสมัครใจเข้ามาผูกพันกันแล้ว ก็ต้องยอมรับผลที่จะตามมาคือการมีเพศสัมพันธ์และมีบุตร หากไม่ต้องการที่จะมีเพศสัมพันธ์ หญิงเองก็มีทางเลือกคือไม่ต้องมาทำการสมรสกับชาย เมื่อถูกชายคนใดขึ้นใจก็สามารถฟ้องร้องชายผู้นั้นในความผิดฐานข่มขืนได้ การถือตามรัฐในกลุ่มที่หนึ่งของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งถือว่าหญิงที่ตกเป็นผู้เสียหายหรือเหยื่อในความผิดฐานข่มขืนนั้นให้รวมทั้งหญิงอื่นที่ไม่ได้เป็นภริยากับหญิงที่เป็นภริยาของผู้กระทำด้วยนั้น น่าจะเกิดผลเสียมากกว่าผลดี เหตุผลที่เห็นได้ชัดก็คือความยากของการที่จะพิสูจน์ถึงพฤติการณ์แบบใดที่จะถือว่าหญิงไม่ยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์ เพราะการสมรสได้ถูกสังคมคาดหวังถึงการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิงคู่สามีภริยานั้นไว้ก่อนแล้ว การยินยอมมาเป็นภริยาของชายก็คือการยินยอมร่วมประเวณีกับชายหากหญิงภริยาสามารถฟ้องว่าสามีข่มขืนขณะอยู่กินด้วยกัน ความมั่นคงในสถาบันครอบครัวก็จะสั่นคลอน ทั้งนี้ เนื่องจากการฟ้องร้องจะถูกใช้เป็นเครื่องมือในการต่อรองเรียกร้อยเงินหรือประโยชน์อื่นใดจากชายผู้เป็นสามี หากหญิงที่มาเป็นภริยามีได้มีจิตใจที่รักชายผู้นั้นจริง ๆ แต่หวังผลประโยชน์โดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการต่อรองกับชาย และหากทั้งคู่มีบุตรด้วยกันผลเสียก็ย่อมตกแก่บุตรที่ไม่รู้เพียงสาด้วยที่ครอบครัวต้องมามีอันแตกแยกเพราะพ่อแม่ต่างฟ้องร้องเป็นคดีความกัน

ดังนั้น จากการเปรียบเทียบบทบัญญัติมาตรา 276 กับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา เฉพาะรัฐกลุ่มที่ 1 จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติมาตรา 276 ที่กำหนดให้หญิงที่จะถูกข่มขืนได้นั้นจะต้องเป็นหญิงอื่นที่ไม่ใช่ภริยาของชายผู้ทำการข่มขืนนั้น มีความเหมาะสมดีอยู่แล้ว เนื่องจากหญิงมีทางเลือกตั้งแต่แรกแล้วว่า จะสมรสกับชายผู้นั้นหรือไม่ เมื่อสมรสก็ต้องจำยอมรับการมีเพศสัมพันธ์ แต่ถ้าหากในการมีเพศสัมพันธ์นั้น สามีเป็นผู้นิยมความรุนแรงหรือมีความต้องการสูงเกินกว่าที่หญิงจะรับได้หรือมีการใช้กำลังบังคับขู่ขู่ขู่หรือทำร้ายหญิงภริยาให้ได้รับอันตรายในระดับที่รุนแรงเกินกว่าเป็นการทะเลาะเบาะแว้งที่เป็นปกติระหว่างสามีภริยา เช่น สามีใช้กำลังทำร้ายร่างกายหรือข่มภริยาจนร่างกายเป็นแผลหรือลบลบหรือจนยอมมีเพศสัมพันธ์เพื่อไม่ให้ถูกทำร้ายมากไปกว่านั้นอีก ซึ่งพฤติการณ์เช่นนี้เป็นไปตามแนวทางของรัฐในกลุ่มที่สองที่บัญญัติให้สามีจะต้องรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราภริยา ประเด็นนี้กฎหมายไทยยังไม่มีบทบัญญัติที่ครอบคลุมถึงเพียงแต่บัญญัติให้สามีต้องรับผิดชอบฐานทำร้ายร่างกายภริยาหรือฆ่าภริยาตามแต่ความหนักเบาของการกระทำเท่านั้น โดยที่ในส่วนของภริยานั้นกฎหมายก็เปิดโอกาสให้หญิงทำการฟ้องหย่าหรือให้สามีภริยาทำข้อตกลงแยกกันอยู่ หรือขอศาลให้มีคำสั่งแยกกันอยู่เป็นการชั่วคราวจนกว่าพฤติการณ์เหล่านั้นจะหมดไปเสียก็ได้ ซึ่งในกรณีของการแยกกันอยู่โดยยังไม่มีกรหย่าขาดจากกันนั้นหากกฎหมายไทยจะถือตามรัฐกลุ่มที่สามของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้มีบทบัญญัติเอาผิดฐานข่มขืนแก่สามีหากมีการใช้กำลังบังคับขึ้นใจมีเพศสัมพันธ์กับภริยาในช่วงเวลาที่มีการแยกกันอยู่หรือ

ขณะดำเนินการฟ้องหย่าหรือศาลสั่งห้ามสามีรบกวนภริยาในทางเพศนั้นน่าจะเป็นไปได้ และเหมาะสมดีกว่า

การแยกกันอยู่ต่างหากเป็นการชั่วคราวของประเทศไทยคือหนทางเยียวยาอันกฎหมายได้ ตราไว้เพื่อการคุ้มครองแก่ร่างกาย จิตใจ และเศรษฐกิจของคู่สมรสฝ่ายที่ต้องเสียหายโดยส่วนใหญ่ มักจะเป็นฝ่ายภริยา สำหรับกรณีที่คู่สมรสยังไม่ประสงค์จะหย่าขาดจากกันเสียทันทีด้วยอาจจะ เป็นเพราะเห็นแก่บุตร ชื่อเสียงทางสังคม และการให้โอกาสอีกฝ่ายปรับปรุงแก้ไขความประพฤติ เพื่อกลับมาเป็นคู่สามีภริยากันตามปกติสุขอีกครั้งหนึ่ง การแยกกันอยู่ต่างหากเป็นการ ชั่วคราวนี้ ได้สองกรณีคือ ¹⁰⁴

กรณีแรก สามีภริยาทำข้อตกลงเพื่อแยกกันอยู่ต่างหาก (Separation Agreement) เพื่อยุติข้อพิพาทระหว่างกันโดยไม่ต้องนำคดีมาสู่ศาลที่จะต้องเปิดเผยเรื่องภายใน ครอบครัวให้คนภายนอกทราบ ซึ่งข้อตกลงประเภทนี้ตกอยู่ภายใต้หลักทั่วไปของการทำสัญญาที่ จะตกเป็นโมฆียะหรือโมฆะเช่นสัญญาทั่ว ๆ ไปได้ ไม่ว่าจะทำเป็นวาจาหรือลายลักษณ์อักษร เมื่อ ทำข้อตกลงแล้วสามีและภริยาต่างหมัดหน้าที่ที่จะต้องอยู่กินฉันสามีภริยาต่อกัน อันหมายถึง การ ร่วมประเวณี หากภายหลังมีการร่วมประเวณีและหญิงไม่ยินยอมชายน่าจะมีความผิดฐานข่มขืนได้

กรณีที่สอง ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้แยกกันอยู่ต่างหากเป็นการชั่วคราว (Judicial separation) ตามมาตรา 1462 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าการอยู่ร่วมกันจะเป็นอันตรายแก่กาย หรือจิตใจหรือทำลายความผาสุกอย่างมากของสามีหรือภริยา ฝ่ายที่จะต้องรับอันตรายหรือความเสียหายอาจร้องต่อศาลขอให้สั่งอนุญาตให้ตนอยู่ต่างหากในระหว่างที่เหตุนั้น ๆ ยังมีอยู่ก็ได้ ใน กรณีเช่นนี้ศาลจะกำหนดจำนวนค่าอุปการะเลี้ยงดูให้ฝ่ายหนึ่งเสียให้อีกฝ่ายหนึ่งตามควรแก่พฤติ การณ์ก็ได้” สำหรับกรณีที่เกิดเหตุเดือดร้อนจำเป็นที่สามีภริยาไม่อาจอยู่กินกันต่อไปได้ แต่คู่สมรส ก็ไม่อาจหรือไม่ทำข้อตกลงระหว่างกันเพื่อแยกกันอยู่ต่างหากได้ หากขึ้นอยู่ร่วมกันต่อไปฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งจักต้องได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ หรือเกิดความเดือดร้อนอย่างมากจากการอยู่กิน ฉันสามีภริยา กฎหมายจึงให้สิทธิแก่ฝ่ายที่ต้องเสียหายมาร้องขอศาลให้มีคำสั่งอนุญาตแยกกันอยู่ ต่างหากเป็นการชั่วคราวในเหตุ 3 ประการ ¹⁰⁵

¹⁰⁴ ประสพสุข บุญเดช, “แยกกันอยู่แต่ไม่หย่า”. บทบัญญัติ, 46 ตอน 1 (2533) :71 – 72.

¹⁰⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 73 – 74.

ประการแรก การอยู่ร่วมกันจะเป็นอันตรายแก่กายอย่างมากของสามี ภรรยา

เป็นอันตรายแก่กาย (Injury to the body) คือการรบกวนอย่างรุนแรงต่อสภาพปกติของร่างกายหรือทำให้ความสมบูรณ์ของร่างกายลดน้อยถอยลงเป็นอย่างมาก โดยเทียบเคียงกับเหตุฟ้องหย่าตามมาตรา 1516 (3) เพราะทำร้ายร่างกายหรือทรมานคู่สมรสอีกฝ่ายอย่างร้ายแรง เช่น สามีเป็นโรคติดต่อยุ่ร้ายแรง และการอยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยาโดยการมีเพศสัมพันธ์จะทำให้ภรรยาได้รับเชื้อโรค หรือสามีเป็นคนที่มีความต้องการทางเพศสูงหรือผิดปกติจนภรรยาไม่สามารถที่จะยอมรับได้ จึงมาขอศาลให้มีการแยกกันอยู่ชั่วคราว เป็นต้น หรือตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 กรณีทำร้ายร่างกาย

ประการที่สอง การอยู่ร่วมกันจะเป็นอันตรายแก่จิตใจอย่างมากของสามีหรือภรรยา

อันตรายแก่จิตใจ (Injury to the mind) คือการกระทำที่สะเทือนความรู้สึก ความสำนึก ความคิดและอารมณ์ จนจิตใจไม่ปกติ หรือเพื่อนไม่สมประกอบ หวาดระแวงหมดสติหรือหมดความรู้สึกเป็นอย่างมาก เช่น สามีชอบพาหญิงขายบริการมานอนในบ้านเป็นประจำเป็นการทำลายจิตใจของฝ่ายภรรยาเป็นอย่างมาก

ประการที่สาม การอยู่ร่วมกันจะเป็นการทำลายความสุขอย่างมากของสามีหรือภรรยา

ความสุข (Happiness) หมายถึงความสุขสำราญ ความสะดวกสบายในการดำรงชีวิตโดยมีสุขภาพและพลานามัยที่สมบูรณ์ทั้งทางร่างกายและจิตใจ การทำลายความสุขของสามีหรือภรรยา มีความหมายกว้างรวมถึงการก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพ (Injury to health) ด้วย และจะต้องเป็นการกระทำที่ร้ายแรง (Grave and Weighty) โดยพิจารณาคู่สมรสเป็นคู่ ๆ แตกต่างกันไป เช่น สามีค้นหาจัดผิดปกติกษัตริย์มดาสามีภรรยา ยอมสามารถร้องขอแยกให้ตนอยู่ต่างหากได้เพราะเป็นการทำลายความสุขอย่างมากของภรรยา

การที่ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้สามีภรรยาแยกกันอยู่เป็นการชั่วคราวนี้ ยังไม่ถือว่าเป็นการขาดจากการสมรส คู่สมรสไม่อาจทำการสมรสใหม่ได้ แต่อย่างไรก็ตามทั้งสามีและภรรยาต่างก็หมดหน้าที่ที่จะต้องอยู่กับฉันสามีภรรยา อันหมายถึง การมีเพศสัมพันธ์ โดยไม่ถือว่าการปราศจากการมีเพศสัมพันธ์ในระหว่างที่แยกกันอยู่นี้ เป็นการจงใจละทิ้งร้างจากกันอันเป็นเหตุฟ้องหย่าตามมาตรา 1516 (4) แต่อย่างไรก็ตาม

ดังนั้น เมื่อสามีและภริยาต่างหมัดหน้าทีในการอยู่กินกันฉันสามีภริยาอีกต่อไป ขณะที่ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้แยกกันอยู่เป็นการชั่วคราวด้วยเหตุผลตามมาตรา 1462 หรือได้มีการทำข้อตกลงแยกกันอยู่เป็นการชั่วคราวระหว่างกันภายใต้หลักเกณฑ์ของการทำสัญญาแล้ว ย่อมเป็นการแสดงว่าต่างฝ่ายต่างไม่สมัครใจที่จะใช้ชีวิตคู่อยู่ร่วมกัน เพราะอีกฝ่ายหนึ่งมีพฤติกรรมที่ชอบทำลายความผาสุกของอีกฝ่าย หรือของชีวิตสมรสเป็นอย่างมาก หรือมักจะทำร้ายร่างกายหรือจิตใจของอีกฝ่ายเป็นอย่างมาก หรือเริ่มมีการดำเนินการฟ้องหย่าเพื่อยุติชีวิตสมรสที่มีแต่ความทุกข์ใจทุกข์กาย ความยินยอมของภริยาในการให้สามีมีเพศสัมพันธ์ในช่วงเวลาดังกล่าว จะแตกต่างจากกรณีที่สามีภริยายังอยู่กินร่วมกับโดยที่จำต้องมาขอความยินยอมจากภริยาเสียก่อน เนื่องจากมีการแยกกันอยู่ระหว่างสมรส เมื่อแยกกันอยู่ชั่วคราว ความยินยอมในลักษณะที่เกิดจากการสมรสดังกล่าวย่อมหมดไป หากสามีใช้คำสั่งบังคับหรือขืนใจมีเพศสัมพันธ์กับภริยาโดยปราศจากความยินยอมของภริยา สามีก็น่าจะมีความผิดฐานข่มขืนภริยาได้

การนำเอากรณีที่สามีภริยาแยกกันอยู่เป็นการชั่วคราวโดยเป็นไปตามข้อตกลงที่มีต่อกันไม่ว่าจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือวาจา หรือศาลมีคำสั่งอนุญาตให้แยกกันอยู่เป็นการชั่วคราวนี้มาเป็นเงื่อนไขที่จะนำความผิดฐานข่มขืนมาใช้บังคับกับสามีกรณีมีเพศสัมพันธ์กับภริยาในช่วงเวลาที่ได้มีการแยกกันอยู่เป็นการชั่วคราว โดยภริยามิได้ให้ความยินยอมนั้นน่าจะเป็นทางออกที่ดีทางหนึ่งในการคุ้มครองสิทธิของหญิงที่มีสถานภาพเป็นภริยาจากความผิดฐานข่มขืนที่สามีของหญิงผู้นั้นเองเป็นผู้ลงมือกระทำ นอกเหนือไปจากที่มีกฎหมายคุ้มครองเฉพาะกรณีการข่มขืนเกิดจากชายอื่น แต่อย่างไรก็ดีการนำเอาหลักเกณฑ์การแยกกันอยู่เป็นการชั่วคราวมาเป็นเงื่อนไขของการข่มขืนโดยสามียังมีข้อขัดข้องบางประการที่พึงสังเกตได้ คือ

ข้อสังเกตแรก การรับรู้และนำบทบัญญัติเรื่องการแยกกันอยู่เป็นการชั่วคราวมาใช้บังคับ เพราะทุกวันนี้บทบัญญัติของกฎหมายครอบคลุมในเรื่องขอแยกกันอยู่ต่างหากในทางปฏิบัติมิใช้กันน้อยมาก เนื่องจากเมื่อคู่สมรสเกิดความเบื่อหน่ายหรือทะเลาะเบาะแว้งกันจนคิดว่าจะใช้ชีวิตคู่ร่วมกันต่อไปไม่ได้แล้ว ก็มักจะขอใช้สิทธิที่จะหย่าขาดจากกันไปเลยเสียทีเดียว แทนที่จะทำข้อตกลงแยกกันอยู่ชั่วคราวระหว่างกันหรือมาขอศาลให้สั่งอนุญาตแยกกันอยู่

ข้อสังเกตที่สอง เรื่องของสภาพการเป็นสามีและภริยาระหว่างที่แยกกันอยู่เป็นการชั่วคราว การแยกกันอยู่เป็นการชั่วคราวโดยยังไม่มีหย่าขาดจากกัน ความเป็นสามีภริยาก็ยังคงมีอยู่ ซึ่งตามมาตรา 276 การข่มขืนจะเกิดขึ้นกับหญิงอื่นที่มีใช้ภริยาของผู้กระทำเท่านั้น ใน

มุมมองนี้ได้มีความเห็นต่างจากนักกฎหมายบางท่าน โดย จิน ดารา¹⁰⁶ เห็นว่า การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างสามีกับภริยาจะไม่เป็นการข่มขืนแม้จะเกิดในขณะที่มีการแยกกันอยู่เป็นการชั่วคราวและปราศจากความยินยอมจากฝ่ายภริยา เพราะเหตุที่ยังไม่มีการหย่าขาดจากกัน ดังนั้น ทั้งสองก็ยังคงเป็นสามีภริยาตามกฎหมาย จึงไม่เข้าเกณฑ์การข่มขืนตามมาตรา 276

ในความเห็นของผู้เขียน ประการแรก ผู้เขียนเห็นด้วยว่าบทบัญญัติแยกกันอยู่เป็นการชั่วคราวไม่มีใครที่จะถูกนำมาใช้ เพราะนิยามการหย่าขาดจากกันเพื่อตัดปัญหาตั้งแต่ต้นแทนที่จะให้อีกฝ่ายหนึ่งแก้ตัวหรือแก้ไขข้อบกพร่องเสียก่อน แต่การแยกกันอยู่ชั่วคราวเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายที่กระทำผิดพลาดมีโอกาสแก้ไขตนเอง และทำให้คู่สมรสมีเวลาคิดตรึกตรอง พยายามหาทางแก้ไขเพื่อมิให้ชีวิตคู่ล่มสลายลงซึ่งจะนำไปสู่ความสูญเสียต่าง ๆ เช่น ฐานะการดำรงชีพ ชื่อเสียง การอบรมเลี้ยงดูบุตร และความอบอุ่นในครอบครัวที่จะมีได้แก่บุตร ในขณะที่แยกกันอยู่ชั่วคราว คู่สมรสย่อมที่จะเห็นความเปลี่ยนแปลงในด้านที่ดีของอีกฝ่ายหรือเห็นพฤติกรรมที่แย่งลงของอีกฝ่ายเพื่อเป็นเหตุผลในการตัดสินใจที่ใช้ชีวิตคู่ร่วมกันต่อไปหรือจะยุติลงแค่นั้น และยังเป็นช่วงเวลาที่จะบรรเทาความเจ็บปวดทางร่างกายและจิตใจอันเกิดจากการทะเลาะเบาะแว้งได้เป็นอย่างดี ฉะนั้นช่วงเวลาที่ยังแยกกันอยู่คู่สมรสก็สมควรจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายที่จะไม่ถูกระทำการใด ๆ อันเป็นการทำร้ายแก่กายหรือจิตใจ โดยเฉพาะในเรื่องเพศสัมพันธ์ การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างนี้จึงสมควรเกิดขึ้นด้วยความยินยอมพร้อมใจทั้งสองฝ่าย

ประการที่สอง การที่บทบัญญัติมาตรา 276 บัญญัติให้การข่มขืนนั้นจะมีขึ้นได้เมื่อหญิงที่ถูกกระทำนั้นเป็นหญิงอื่นที่มีภริยาของผู้กระทำ และการแยกกันอยู่ต่างหากเป็นการชั่วคราวยังไม่ถือว่าเป็นการขาดจากการสมรสก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อแยกกันอยู่ชั่วคราวสามีและภริยาก็ย่อมหมัดหน้าที่ในการกินอยู่หลับนอนเช่นสามีภริยาผู้อื่น ๆ ในระหว่างนี้ภริยามีสิทธิ์จะปฏิเสธการมีเพศสัมพันธ์กับชายผู้เป็นสามีได้ เพราะเมื่อพิจารณาถึงเหตุของการแยกกันอยู่แล้วไม่ว่าจะเป็นเหตุว่าการอยู่ร่วมกันจะเป็นอันตรายกายอย่างมากของคู่สมรสหรือจะเป็นอันตรายแก่จิตใจหรือทำลายความผาสุกอย่างมากของคู่สมรส ซึ่งเหตุต่าง ๆ เหล่านี้แสดงชัดแจ้งภายในตัวเองแล้วว่าฝ่ายที่ขอแยกกันอยู่ต่างหากได้มีเจตนาที่จะตัดความสัมพันธ์ต่อกันลงชั่วคราว ไม่อยากที่จะยุ่งเกี่ยวหรือถูกรบกวนจากอีกฝ่ายหนึ่งอีกต่อไป จนกว่าฝ่ายนั้นจะแก้ไขหรือปรับปรุงตนเองจนกลับมาใช้ชีวิตคู่ต่อไปอย่างปกติสุขได้ โดยเฉพาะกรณีการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างกันจากที่แต่เดิมขณะที่ยังคงใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน สามีอาจเป็นผู้มีความต้องการทางเพศสูงหรือมีพฤติกรรมทางเพศที่ผิดปกติเกินกว่าที่ภริยาจะรับได้ แต่ภริยาก็ตองจำทนเนื่องจากสภาพของความเป็นภริยา และสามียัง

¹⁰⁶ จิน ดารา "อนาจาร". บทบัญญัติคดี. 25 (มกราคม 2511) : 76.

ไม่ต้องรับผิดชอบเพิ่มขึ้นหากการมีเพศสัมพันธ์นั้นภริยาไม่ยินยอม เมื่อภริยาขอแยกกันอยู่เป็นการชั่วคราวแล้ว ย่อมเป็นพฤติการณ์ที่ภริยาต้องการแสดงออกมาว่าตนมิได้มีความยินยอมหรือเต็มใจกับพฤติกรรมของสามีไม่ว่าจะเป็นพฤติกรรมทั่ว ๆ ไปที่ทำลายความผาสุกของชีวิตสมรสหรือเป็นพฤติกรรมทางเพศ การให้ความคุ้มครองแก่ภริยาต่อการคุกคามทางเพศที่เกิดจากสามีขณะที่ได้มีการแยกกันอยู่ชั่วคราว โดยให้สามีต้องรับผิดชอบเพิ่มขึ้นหากภริยาไม่ยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์ขณะที่แยกกันอยู่ชั่วคราวจึงน่าจะเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่กฎหมายสมควรจะยื่นมือเข้าไปคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของหญิงผู้เป็นภริยา

นอกจากการนำเอาแนวทางตามรัฐในกลุ่มที่สามมาปรับใช้บังคับกับสภาพของสังคมไทย เมื่อสามีและภริยาได้มีการตกลงแยกกันอยู่ หรือศาลมีคำสั่งให้แยกกันอยู่หรืออยู่ระหว่างดำเนินคดีฟ้องหย่าแล้วเงื่อนไขอีกประการหนึ่งที่สำคัญและสมควรที่จะนำมาใช้บังคับคือ ในขณะที่สามีภริยายังคงใช้ชีวิตคู่ร่วมกันตามปกติ โดยไม่มีข้อตกลงหรือคำสั่งศาลให้แยกกันอยู่ดังแนวทางของรัฐในกลุ่มที่สาม ซึ่งในช่วงเวลาดังกล่าวการนำเอาบทบัญญัติในรัฐกลุ่มที่สองมาเป็นแนวทางกำหนดความรับผิดชอบเพิ่มขึ้นกระทำซ้ำเราภริยาจะเป็นหนทางที่สามารถจะคุ้มครองป้องกันและลงโทษแก่สามีในความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราภริยาได้หากมีการใช้กำลังบังคับขืนใจหรือขู่เข็ญ หรือทำร้ายร่างกายภริยา โดยผิดลักษณะและวิสัยอันเป็นปกติของสามีและภริยาที่จะพึงกระทำต่อกันเพื่อให้มีการร่วมประเวณี เช่น มีการใช้กำลังทำร้ายหรือข่มภริยาจนภริยาต้องยินยอมให้ร่วมประเวณี หรือในกรณีที่สามีเป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรงอันเป็นอันตรายถึงชีวิต เช่น โรคเอดส์ (AIDS) ก็สามารถลงโทษสามีในความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราภริยาได้

4.3.2 เปรียบเทียบวิเคราะห์ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติ

สังคมไทยเป็นสังคมหนึ่งที่มีความสำคัญในความเป็นญาติของสมาชิกในสังคมเป็นอย่างมาก ความเป็นญาติของสังคมไทยมีลักษณะทั่วไปเหมือนกับสังคมอื่น ๆ ทั่วโลก คือมี ญาติจากการสืบสายโลหิต และญาติจากการแต่งงาน โดยมีบทบัญญัติทางแพ่ง มาตรา 1450 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติห้ามญาติสืบสายโลหิตทำการจดทะเบียนสมรสกัน หากฝ่าฝืนการสมรสจะตกเป็นโมฆะ และมีบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 เอาโทษแก่การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุพการีกับผู้สืบสันดาน หรือผู้ปกครองกับผู้ได้ปกครอง ในกรณีที่เป็นการข่มขืน ตามมาตรา 276, 277, 277 ทวิ และ 277 ตริ การอนาจาร ตามมาตรา 278, 279, 280 และการเป็นธุระจัดหาเพื่อการอนาจาร ตามมาตรา 282 และ 283 ซึ่งความผิดทั้งหลายที่กล่าวมานี้ล้วนแล้วแต่เป็นการกระทำที่ปราศจากความยินยอมของหญิงผู้สืบสันดานผู้ถูกระทำหรือเป็นกรณีที่กฎหมายถือว่าความยินยอมในขณะที่มีอายุเช่นนั้นไม่เป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย

ปัญหาที่เกิดขึ้นจึงมีว่า หากหญิงที่เป็นผู้สืบสันดานให้ความยินยอมหรือมีอายุเลยเกณฑ์ที่กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองในการแสดงเจตนาได้สมยอมมีเพศสัมพันธ์กับบุพการี กฎหมายที่มีใช้อยู่ในปัจจุบันจะไม่สามารถบังคับใช้กับกรณีดังกล่าวได้เลย ทำให้การกระทำที่นำละอายและผิดศีลธรรมเช่นนี้มีปรากฏอยู่โดยไม่อาจเอาผิดกับใครได้ ซึ่งผิดกับในสมัยก่อนเมื่อครั้งที่ยังคงใช้กฎหมายลักษณะผัวเมียได้มีบทมาตราเอาโทษแก่การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติเอาไว้ ในมาตรา 35 ว่าหากมีการทำชู้กับเมียลูก (หมายถึงป้า) ตา ปู่ อา น้ำ พี่ของตน ผู้กระทำจะต้องถูกจำใส่ตรวนชื่อ หรือคา และเอาน้ำหมึกสักหน้า เอาเชือกหนึ่งมาผูกคอแล้วประจานรอบตลาด ยิ่งด้วยลูกสันโดดพร้อมกับตีด้วยลวดหนั่ง 50 ที จากนั้นเอาไปลอยแพออกไปนอกเมือง หรือเนรเทศอันเป็นการมีเพศสัมพันธ์โดยที่ชายหรือหญิงต่างมีคู่สมรสอยู่ก่อนแล้วโดยเฉพาะหญิงจะต้องเป็นภริยาของลุงของตา ของปู่ ของอา ของน้ำ และของพี่ตนหรือในมาตรา 36 ก็บัญญัติลงโทษการมีเพศสัมพันธ์ที่ผู้กระทำเป็น พ่อ แม่ กับลูก พี่กับน้อง ตา ยาย กับหลาน ลุง น้ำ กับหลาน และรวมถึง ปู่ ย่า ป้า หลาน ในลักษณะที่เป็นการทำชู้ดังมาตรา 35 นอกจากนี้มาตรา 36 ยังลงโทษเอาแก่ พ่อ แม่ พี่น้องที่รู้ว่าลูกหรือพี่น้องตนมีพฤติกรรมเช่นนั้นแล้วไม่ว่ากล่าวห้ามปรามด้วย แต่เมื่อมีการยกเลิกกฎหมายลักษณะผัวเมีย จึงทำให้ในปัจจุบันไม่มีบทบัญญัติเอาโทษแก่การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติที่เกิดจากความยินยอม

จากที่กล่าวมา มาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่บังคับใช้ในปัจจุบันก็ยังไม่สามารถนำมาบังคับใช้กับกรณีที่เกี่ยวข้องทั้งสองยินยอมมีเพศสัมพันธ์กันได้ ฉะนั้นในส่วนนี้หากพิจารณาถึงกฎหมายของต่างประเทศตามที่ได้กล่าวในตอนนั้นจะพบว่าหลายประเทศได้บัญญัติข้อห้ามทางกฎหมายแพ่งสำหรับการสมรสระหว่างญาติและบทลงโทษทางอาญาเอาไว้ เพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองชาติพันธุ์อันเป็นเหตุผลหลักของการห้ามสมรสระหว่างญาติ เพื่อให้มีการพัฒนาสายพันธุ์ไปในทางที่ดีขึ้น การถ่ายทอดสายเลือดแต่เฉพาะในวงศ์วานจะทำให้เกิดลักษณะด้อยแก่ทารกที่เกิดใหม่ทั้งในส่วนของร่างกาย จิตใจ และโรคติดต่อทางกรรมพันธุ์

สำหรับการห้ามทางกฎหมายแพ่งมิให้ผู้ที่เป็นญาติตามสายเลือดมาทำการสมรสกัน ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาต่างถือหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกัน คือห้าม พ่อ แม่ ปู่ ย่า ตา ยาย ลุง ป้า น้ำ อา ลูก หลาน ทำการสมรสกัน โดยที่ประเทศอังกฤษได้เพิ่มเติมความเป็นพ่อแม่บุญธรรมและลูกบุญธรรมและพ่อ-แม่กับลูกเลี้ยง ให้เป็นการสมรสที่ต้องห้าม ซึ่งการกำหนดข้อห้ามดังกล่าวนี้มีความแตกต่างจากกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยที่เห็นได้ชัดคือ ในขณะที่กฎหมายประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกามีบัญญัติห้ามไม่ว่าจะเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป หรือโดยตรงลงมา คือ พ่อ แม่ ปู่ ย่า ตา ยาย กับลูกหลานแล้ว ยังขยายความไปถึง ลุง ป้า น้ำ อา กับหลาน ๆ และญาติลูกพี่ลูกน้อง (First cousin) ด้วย แต่กฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ของประเทศไทย กลับบัญญัติห้ามเพียง พ่อ แม่ ปู่ ย่า ตา ยาย กับลูกหลาน หรือระหว่างพี่น้องร่วม พ่อและแม่หรือพ่อหรือแม่เดียวกันเท่านั้น ไม่รวมกรณี ลุง ป้า น้า อา กับหลาน และระหว่างลูกพี่ลูกน้อง เพราะมิใช่ญาติสืบสายโลหิตโดยตรง จึงทำให้เกิดการสมรสระหว่างอากับหลาน หรือลูกกับหลานได้¹⁰⁷

ส่วนบุตรบุญธรรมกับพ่อแม่บุญธรรมที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1451 บัญญัติว่า ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมจะสมรสกันไม่ได้นั้นจะมีผลทำให้การรับบุตรบุญธรรมสิ้นผลไปเท่านั้น การสมรสยังคงมีผลตามกฎหมาย เว้นเสียแต่จะเป็นพ่อแม่ลูกกันตามความจริง และกรณีพ่อ-แม่กับลูกเลี้ยงก็ไม่มีกฎหมายห้ามทำการสมรสกันแต่อย่างใด

นอกจากนี้ยังสังเกตได้ว่าประเทศอังกฤษได้กำหนดเอาความเป็นลูกบุญธรรมมาเป็นหนึ่งในข้อห้ามของการสมรสระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับบุตรบุญธรรม โดยถือว่าสถานภาพผู้รับบุตรบุญธรรมเป็นดังเช่นบิดามารดาตามสายโลหิต ฉะนั้นจึงสรุปได้ว่าในความเป็นญาติสืบสายโลหิตกฎหมายของเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาได้ห้ามทำการสมรสในทุก ๆ ลำดับชั้น ทั้งที่เป็นชั้นที่ใกล้ชิดที่สุดอันได้แก่ พ่อ แม่ ปู่ ย่า ตา ยาย ทวด กับลูกหลาน และในชั้นที่มีความห่างออกไป อาทิ ลุง ป้า น้า อา ลูกพี่ลูกน้อง (First cousin) และในชั้นที่ไม่มีความเกี่ยวพันทางสายเลือดต่อกันเลยคือพ่อ-แม่บุญธรรม กับลูกบุญธรรม ซึ่งเป็นการห้ามที่กว้างมากกว่ากฎหมายของประเทศไทยที่ห้ามสมรสเฉพาะบุคคลที่เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปคือ พ่อ แม่ ปู่ ย่า ตา ยาย ทวด และโดยตรงลงมา คือ ลูก หลาน เหลน ลื้อ ของผู้กระทำเท่านั้น

ในส่วนของการห้ามญาติที่เกิดจากการสมรสมาทำการสมรสกันนั้น กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่มีบทบัญญัติห้ามไว้ ฉะนั้น จึงสามารถที่จะสมรสกันได้ เช่น ลูกชายของชายผู้เป็นสามีของหญิง สามารถสมรสกับหญิงนั้นได้หากบิดาของชายนั้นเสียชีวิตลง เพราะไม่มีความเกี่ยวพันทางสายเลือดกับหญิงที่เป็นแม่เลี้ยง โดยแตกต่างจากประเทศอังกฤษที่มีอิทธิพลทางความเชื่อในศาสนาว่าการสมรสทำให้ชายหญิงกลายเป็นบุคคลเดียวกัน ซึ่งญาติของอีกฝ่ายเปรียบเสมือนญาติของฝ่ายตน การสมรสระหว่างญาติที่เกิดจากการสมรสจึงถูกบัญญัติเป็นสิ่งต้องห้าม ชายไม่สามารถสมรสกับแม่ยาย ลูกสะใภ้ หรือหญิงไม่สามารถสมรสกับ พ่อสามี และลูกเขยได้ จะเห็นได้ว่ากฎหมายของเทศอังกฤษมีความแตกต่างจากประเทศไทยในส่วนของการห้ามสมรสตามกฎหมายแพ่งว่า ในขณะที่ประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีข้อห้ามญาติที่เกิดจากการสมรสทำการสมรสกัน เพราะเห็นว่าไม่ได้มีความเกี่ยวพันอย่างใด ๆ ทางสายเลือดต่อ

¹⁰⁷ ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพ ฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2541),. หน้า 123 – 124.

กันนอกเหนือไปจากความสัมพันธ์ที่เกิดจากพิธีการสมรส แต่อย่างไรก็ดียังมีข้อยกเว้นอยู่บ้างในกรณีการสมรสกับลูกเลี้ยงและกับลูกเขย-ลูกสะใภ้ โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการสมรส ค.ศ. 1986 (Marriage Act 1986) ของประเทศอังกฤษ กำหนดให้มีการสมรสกับลูกเลี้ยงได้ หากลูกเลี้ยงผู้นั้นไม่ใช่ลูกตามความจริงซึ่งชายหรือหญิงที่ประสงค์จะสมรสและลูกเลี้ยงต้องมีอายุ 21 ปี บริบูรณ์ ทั้งสองคน และมีเงื่อนไขที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือลูกเลี้ยงผู้นั้นจะต้องไม่เคยอยู่ภายใต้ความปกครองของชายหรือหญิงนั้นมาก่อนในขณะที่ตนยังมีอายุไม่ครบ 18 ปี หรือเรียกว่า Child of the family (Loco Parentis) อันทำให้ชายหรือหญิงที่จะสมรสกับลูกเลี้ยงมีฐานะเป็นดังพ่อหรือแม่ มีอำนาจเหนือลูกเลี้ยงต่อการตัดสินใจและการดำรงชีวิต เมื่อลูกเลี้ยงเคยอยู่ภายใต้ความปกครองในช่วงอายุต่ำกว่า 18 ปีมาแล้ว ความรู้สึกทางจิตใจที่จะผูกพันต่อกันในบทบาทของพ่อแม่กับลูกจึงเกิดขึ้น ฉะนั้น การสมรสกันจึงเป็นสิ่งต้องห้าม สำหรับการสมรสกับลูกเขย-ลูกสะใภ้ มีความคล้ายคลึงกับของประเทศไทยในกรณีที่จะต้องรอให้ ภริยา (สามี) ของตนเสียชีวิตลงก่อนจึงจะสมรสกับลูกสะใภ้ (ลูกเขย) ได้ เนื่องจากจะทำให้ไม่เป็นกรณีสมรสซ้อน แต่ก็มีเงื่อนไขเพิ่มเติมต่างจากของประเทศไทยอีกว่าจะต้องรอให้ลูกชายหรือลูกสาวซึ่งเป็นคู่สมรสของลูกสะใภ้-ลูกเขยได้เสียชีวิตลงแล้วด้วยถึงจะทำการสมรสได้ ซึ่งในเงื่อนไขนี้ ประเทศไทยกำหนดเพียงแค่การพ้นสภาพความเป็นสามีภริยาเท่านั้น เช่น หย่าขาดจากกัน แต่ทั้งนี้และทั้งนั้นสำหรับประเทศอังกฤษแล้วในการสมรสกับลูกเขย-ลูกสะใภ้ ทั้งคู่ต้องมีอายุตั้งแต่ 21 ปีขึ้นไปขณะที่ในบางรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา การสมรสระหว่างพ่อเลี้ยง แม่เลี้ยงกับลูกเลี้ยง พ่อกับภริยาหม้ายของลูกชายผู้เสียชีวิตหรือแม่กับลูกเขยที่เป็นพ่อหม้ายของลูกสาวที่เสียชีวิตนั้นเป็นสิ่งต้องห้าม ดังปรากฏเป็นข้อห้ามอยู่ในรัฐมิสซิสซิปปี และมิชิแกน นอกจากนี้ประเทศในแถบภูมิภาคเอเชีย คือประเทศอินโดนีเซียได้มีบทบัญญัติทำนองนี้ว่า ญาติที่เกิดจากการสมรสจะทำการสมรสกันไม่ได้ ทำให้ชายที่แม่จะหย่าขาดจากภริยาของตนไปแล้วก็ไม่สามารถทำการสมรสกับลูกสาวที่ติดจากภริยาได้

นอกจากนี้ยังพบว่าประเทศต่าง ๆ ในทวีปยุโรป อเมริกา และออสเตรเลียต่างมีบทบัญญัติลงโทษการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติที่มีเชื้อเกิดโดยการบังคับขึ้นใจอันเป็นการข่มขืนเอาไว้แยกต่างหากจากความผิดฐานข่มขืน โดยเรียกว่าความผิด Incest ในประเทศอังกฤษได้บัญญัติไว้ในข้อ 10 (1) และ (2) และข้อ 11 (1) และ (2) โดยมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกิน 7 ปี และ 2 ปี สำหรับความผิดฐานพยายาม ถ้าหากหญิงอายุต่ำกว่า 13 ปี ชายต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือจำคุกอย่างสูงไม่เกิน 7 ปี สำหรับความผิดฐานพยายาม ซึ่งอัตราโทษเทียบเท่ากับความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายกับหญิงที่อายุต่ำกว่า 13 ปี แต่อย่างไรก็ตามความผิดฐาน Incest มีข้อแตกต่างจากความผิดฐานข่มขืนหรือการมีเพศสัมพันธ์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายกับหญิงที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี ของประเทศอังกฤษดังนี้

1. ความผิด Incest ไม่อาศัยความยินยอมหรือไม่ยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์มาเป็นเกณฑ์ในการรับผิดแต่พิจารณาถึงความเป็นญาติสืบสายโลหิตร่วมกันตามความจริงระหว่างผู้กระทำกับผู้ถูกระทำ

2. ความผิด Incest มีอัตราโทษที่สูงสำหรับกรณีผู้กระทำเป็นหญิงอายุมากกว่า 13 ปี แต่ต่ำกว่า 16 ปี โดยลงโทษจำคุกถึง 7 ปี ขณะที่การมีเพศสัมพันธ์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายกับหญิงอายุต่ำกว่า 16 ปี ลงโทษจำคุกเพียง 2 ปีเท่านั้น

3. ความผิด Incest มีบทลงโทษแก่หญิงที่อายุ 16 ปีขึ้นไป ซึ่งยินยอมให้ชายที่ตนรู้ว่าเป็นญาติสืบสายเลือดเดียวกันมีเพศสัมพันธ์ด้วย

สำหรับความแตกต่างระหว่าง Incest กับมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้นพิจารณาได้ว่า

1. ความผิดตามมาตรา 285 กฎหมายได้บัญญัติฐานความผิดไว้โดยเฉพาะคือตามมาตรา 276 277 277 ทวิ 277 ตริ 278 279 280 282 หรือ 283 ซึ่งเป็นความผิดทางเพศที่เกิดขึ้น โดยหญิงผู้ถูกระทำไม่ได้มีความยินยอมสมัครใจด้วยหรือเข้าเกณฑ์สันนิษฐานตามกฎหมายว่าหญิงที่มีอายุขนาดนั้นแม้จะให้ความยินยอมออกไปกฎหมายก็ไม่ถือว่าเป็นความยินยอมที่ถูกต้องและจะทำให้ชายผู้กระทำไม่ต้องรับผิด แต่ความผิด Incest ไม่ได้กำหนดว่าการกระทำที่ผู้กระทำได้ทำลงไปนั้นจะต้องเป็นความผิดฐานข่มขืนหรืออนาจารแต่อย่างใด ฉะนั้น หากการมีเพศสัมพันธ์ต่อกันระหว่างญาติตามสายโลหิตเกิดขึ้นแล้วไม่ว่าจะมีการยินยอมพร้อมใจกันหรือมีการบังคับขืนใจ ก็เป็นความผิดฐาน Incest แล้ว

2. มาตรา 285 ลงโทษ ผู้บุพการี ครูที่มีศิษย์อยู่ในความดูแล ผู้ควบคุมตามหน้าที่ราชการ ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล ส่วนความผิด Incest ลงโทษ ทั้งชายและหญิง (กรณีหญิงมีอายุ 16 ปีขึ้นไป) ที่กระทำ Incest โดยไม่คำนึงถึงสถานภาพอื่นใดที่นอกเหนือไปจากความเป็นญาติสืบสายโลหิตตามความจริง

3. มาตรา 285 บังคับใช้แก่ชายกรณีความผิดข่มขืนแต่ Incest ใช้บังคับกับหญิงที่อายุ 16 ปี ซึ่งได้ความยินยอมกับบุคคลที่หญิงรู้ว่าเป็นญาติสืบสายโลหิตในการมีเพศสัมพันธ์ด้วย

สังเกตได้ว่าในประเทศอังกฤษการสมรสที่ต้องห้ามตามกฎหมายครอบคลุมกับ Incest ยังมีประเด็นที่พิจารณาได้ว่า ในขณะที่ความเป็นญาติลักษณะ พ่อ-แม่บุญธรรม กับลูกบุญธรรม หรือ พ่อ-แม่กับลูกสะใภ้-ลูกเขย หรือพ่อเลี้ยง-แม่เลี้ยง กับลูกเลี้ยง ต้องห้ามทำการสมรสกันแต่ในความผิด Incest ซึ่งมีบทลงโทษทางอาญากลับไม่ได้บัญญัติลงโทษการมีเพศสัมพันธ์โดยอาศัยความ

เป็นญาติในกรณีเช่นนี้เอาไว้ ซึ่งแตกต่างจากประเทศอินโดเนเซีย ประเทศอิตาลี¹⁰⁸ และบางรัฐในประเทศอเมริกาที่บัญญัติให้การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติจากการสมรสเป็นความผิดเช่นเดียวกับญาติตามสายโลหิต เช่น จอร์เจีย เท็กซัส เดลาแวร์ มิสซิสซิปปี มิซซูรี นิวแฮมเชียร์ อلابามา หรือในประเทศออสเตรเลีย เช่น รัฐวิกตอเรีย

สำหรับประเทศไทยการที่พ่อเลี้ยงข่มขืนลูกเลี้ยงนั้น ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาตัดสินโดยอาศัย มาตรา 285 ว่า พ่อเลี้ยงไม่ใช่บุพการีและไม่เป็นผู้มีอำนาจปกครองลูกเลี้ยงซึ่งเป็นบุตรที่ติดมากับหญิงที่เป็นภริยาหรือหญิงที่มาอยู่กินร่วมกันฉันท์สามีภริยา ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาต่อไปนี้

6811/2538 ตัดสินว่า การข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำแก่ผู้อยู่ในความปกครองตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 เพราะผู้อยู่ในความปกครองตามบทบัญญัติดังกล่าวหมายถึงผู้อยู่ในความปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย

7795/2538 ตัดสินว่า เมื่อผู้เสียหายเป็นบุตรติดนาง ป. มา แล้วนาง ป. อยู่กินเป็นสามีภริยากับจำเลย ฉะนั้น อำนาจปกครองผู้เสียหายจึงตกอยู่กับนาง ป. มารดา ตามมาตรา 1568 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หาใช่อยู่ในความปกครองของจำเลยซึ่งเป็นบิดาเลี้ยงไม่

928/2502 ตัดสินว่า บิดาเลี้ยงข่มขืนกระทำชำเราบุตรเลี้ยง มีความผิดเพียงตาม มาตรา 277 กรณียังไม่ต้องด้วยมาตรา 285 เพราะอำนาจปกครองบุตรเลี้ยงตกอยู่กับมารดาของเด็กนั้น มิได้อยู่กับบิดาเลี้ยง

จากคำพิพากษาที่ยกมาจะเห็นได้ว่า การเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดให้หนักขึ้นจะต้องอาศัยข้อเท็จจริงว่า ชายผู้กระทำการข่มขืนจะต้องเป็นบุพการีของผู้ถูกข่มขืนหรือชายผู้นั้นมีอำนาจปกครองผู้ถูกข่มขืน ซึ่งการที่ชายเป็นพ่อเลี้ยงย่อมแสดงอยู่ในตัวเองแล้วว่าชายผู้นั้นมิใช่บิดาตามความเป็นจริง เพราะพ่อเลี้ยงคือชายที่สมรสหรืออยู่กินฉันท์สามีภริยากับหญิงซึ่งมีลูกติดโดยจดทะเบียนสมรสหรือไม่ก็ได้ และตัวของชายผู้นั้นไม่มีความสัมพันธ์อย่างใด ๆ ทางสายเลือดกับบุตรของหญิง การข่มขืนที่เกิดขึ้นกฎหมายจึงลงโทษชายเพียงแต่ในความผิดฐานข่มขืนหญิงอื่นที่มีใช้ภริยาของตนตามมาตรา 276 เท่านั้น ส่วนข้อเท็จจริงอีกประการหนึ่งก็คือ ชายจะต้องมีอำนาจปกครองหญิงที่ตนข่มขืน เมื่อมาตรา 1568 บัญญัติให้อำนาจปกครองอยู่กับมารดา พ่อเลี้ยงจึงไม่มี

¹⁰⁸ Article 564. Incest 'Whoever, in a manner which results in public scandal, commits incest with a descendant or ascendant, or with a direct relation by marriage, or with a sister or a brother, shall be punished by imprisonment for from one to five years.'

อำนาจปกครอง การข่มขืนลูกเลี้ยงจึงไม่เป็นการกระทำการข่มขืนผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง อันเป็นเหตุเพิ่มโทษตามมาตรา 285 ด้วยเช่นกัน

จากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น ข่าวกการข่มขืนลูกเลี้ยงโดยพ่อเลี้ยงจึงเกิดขึ้นบ่อย ๆ แต่กลับลงโทษพ่อเลี้ยงได้แต่เพียงความผิดฐานข่มขืนตามมาตรา 276 เท่านั้น เพราะกฎหมายถือว่าพ่อเลี้ยงไม่เป็นบุพการี อีกทั้งยังไม่มีอำนาจปกครองตามกฎหมาย ไม่เข้าเกณฑ์การกระทำความผิดฐานข่มขืนผู้สืบสันดานหรือผู้อยู่ใต้ปกครองตามมาตรา 285 ได้จัดเป็นอีกหนึ่งเหตุการณ์ที่จะสะท้อนถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีใช้อยู่ในขณะนี้ว่าได้ใช้เป็นเครื่องมือในการลงโทษผู้กระทำความผิดได้อย่างเหมาะสมกับการกระทำหรือไม่ เพราะเหตุที่ว่าแม้ในทางกฎหมาย พ่อเลี้ยงจะไม่ได้มีสถานภาพดังพ่อจริง ๆ และไม่มีอำนาจปกครอง แต่ในทางพฤตินัยกลับตรงกันข้าม เนื่องจากด้วยความที่เป็นสามีของหญิงและเป็นผู้ชายที่เป็นผู้นำครอบครัวย่อมก่อให้เกิดอำนาจและความมีอิทธิพลอยู่เหนือลูกเลี้ยงทั้งทางด้านจิตใจและทางร่างกายประกอบกัน ลักษณะของสังคมไทยที่ให้และเห็นความสำคัญของความมีอาวุโส บุคคลที่เยาว์วัยจะต้องให้ความเคารพและเชื่อฟังผู้ที่อาวุโสกว่า พ่อเลี้ยงจึงมีอำนาจเหนือลูกเลี้ยงดังเช่นอำนาจปกครองที่บิดาพึงจะมีต่อบุตรตามกฎหมาย ตลอดจนมุมมองของสังคมที่มีต่อบทบาทของชายผู้ที่เป็นพ่อเลี้ยงนั้นก็แทบจะไม่มีแตกต่างไปจากความเป็นพ่อลูกกันตามความจริงแต่อย่างใด โดยหากจะเปรียบเทียบกันระหว่างความเป็นพ่อเลี้ยงซึ่งมิได้เป็นพ่อตามความจริงและไม่ว่าจะเป็นสามีที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่มีลูกติดหรือไม่ก็ตามกับความเป็นพ่อตามความเป็นจริงของบุตรแต่ไม่เป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่เป็นมารดาแล้ว สังคมต่างให้ความยอมรับโดยมิได้นำสถานภาพทางกฎหมายมาเป็นเกณฑ์แบ่งแยกมากนัก เพราะถือว่าชายผู้นั้นได้มีบทบาทของความเป็นพ่อของลูกเลี้ยงที่มาอยู่อาศัยเป็นครอบครัว การแสดงออกต่อสังคมว่าเป็นบิดาของลูกเลี้ยงทำได้ง่ายและสามารถรับรู้ได้อย่างรวดเร็วกว่าการดำเนินการทางกฎหมาย นอกจากนี้แล้วเหตุผลประการที่สำคัญต่อความรับผิดชอบของพ่อเลี้ยงต่อลูกเลี้ยงในทางอาญาก็คือการมองจากมุมมองของผู้เป็นลูกเลี้ยง เนื่องจากข้อจำกัดที่ว่าหากลูกเลี้ยงยังอยู่ในวัยเยาว์ย่อมไม่สามารถที่จะเข้าใจถึงความแตกต่างระหว่างความเป็นพ่อตามกฎหมายและอำนาจปกครองตามกฎหมายกับความเป็นพ่อเลี้ยงและการไม่มีอำนาจปกครองตามกฎหมายของชายที่ได้อยู่กับแม่ของตน แต่จะจดจำชายผู้เป็นสามีใหม่ของแม่ในฐานะพ่อจากพฤติกรรมที่แสดงออกมาไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจปกครอง ลงโทษ หรืออบรมดูแลตน

จึงสรุปได้ว่าในความผิดทางอาญาของการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างญาติ ประเทศอังกฤษมีบทบัญญัติ Incest ที่มุ่งลงโทษเอาแก่กรณีญาติสืบสายโลหิตมีเพศสัมพันธ์ต่อกันเท่านั้น ในขณะที่บางรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลียตลอดจนประเทศอินโดเนเซีย และอิตาลีต่างขยายความรับผิดชอบได้ครอบคลุมถึงความเป็นญาติที่เกิดจากการสมรส เช่น ความเป็นพ่อตา

ลูกสะใภ้ แม่นายกับลูกเขย หรือความเป็นญาติจากการรับบุตรบุญธรรม และกรณีลูกเลี้ยงเอาไว้ด้วย ส่วนประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 ของประเทศไทยบัญญัติไม่ครอบคลุมถึงกรณีสมัครใจมีเพศสัมพันธ์ต่อกันระหว่างญาติทั้งที่เป็นญาติกับสายโลหิตหรือญาติจากการสมรส