



ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวล กฎหมายอาญาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

บทบัญญัติกฎหมายในแต่ละเรื่องจะมีความสอดคล้องกับสภาพสังคมและมีการพัฒนาไปตามความเปลี่ยนแปลงของสังคมในขณะนั้นๆ กล่าวคือ กฎหมายเกิดจากแนวความคิดที่สะท้อนถึงสภาพของสังคมในขณะที่มีการบัญญัติหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมาย ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่เช่นเดียวกัน ดังจะเห็นได้จากในอดีต สังคมมองผู้หญิงเป็นเพศที่มีฐานะต่ำกว่าผู้ชาย และจะต้องอยู่ในความครอบครองของผู้ชาย คือ สามีในกรณีที่ยังสมรสแล้วและบิดาในกรณีที่ยังมิได้สมรส และมีสถานะเปรียบเสมือนทรัพย์สินของผู้ชาย ดังนั้นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในอดีตจึงเกิดจากแนวความคิดในการลักเอาไปซึ่งทรัพย์สินของผู้ชาย ส่งผลให้บทบัญญัติกฎหมายมีลักษณะเป็นการคุ้มครองผู้ชายที่เป็นเจ้าของหญิงในการเสียมราคาของทรัพย์สินทางเพศของตน มิใช่การคุ้มครองผู้หญิงในฐานะที่เป็นผู้เสียหายโดยตรงจากการกระทำความผิด และลักษณะของโทษสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในอดีตจะมีลักษณะเป็นการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ชายซึ่งเป็นเจ้าของผู้หญิง โดยใน ค.ศ. 13 แบรคตัน (Bracton) ได้กล่าวไว้ว่าศาลอังกฤษมักจะลงโทษสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยการให้จำเลยชดเชยเงินค่าเสียหาย¹ สำหรับประเทศไทยในสมัยกฎหมายตราสามดวง ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราก็มีบทลงโทษเป็นลักษณะของการปรับโทษเช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น มาตรา 1 บัญญัติว่า "ชายใดข่มขืนภรรยาท่านถึงชำเรา ให้ไหม้โดยประณมผิดเมียทวิคุณ ถ้าข่มขืนมิได้ถึงชำเรา ให้ไหม้โดยประณมผิดเมีย" หรือ มาตรา 76 บัญญัติว่า "ชายใดมีเมียแล้วข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ไหม้ชายนั่นก็ประณมผิดเมีย ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ไหม้ถึงชำเรา" เป็นต้น

ต่อมาเมื่อสังคมมีความเปลี่ยนแปลงไป สถานภาพและบทบาทของผู้หญิงก็มีความเปลี่ยนแปลงตามไปด้วยโดยผู้หญิงเริ่มมีบทบาทมากขึ้นในสังคม เริ่มมีการเรียกร้องสิทธิและความเสมอภาคกันระหว่างชายหญิง แนวความคิดของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราก็มีการเปลี่ยนแปลงไปโดยเป็นการคุ้มครองตัวผู้หญิงมากขึ้น เห็นว่าผู้หญิงมีเสรีภาพทางเพศที่จะเลือกกว่าจะมีกิจกรรมในทางเพศกับใคร เมื่อไหร่ และผู้หญิงเป็นเพศที่มีโครงสร้างทางร่างกายอ่อนแอมักจะถูกผู้ชายใช้กำลังบังคับเพื่อที่จะมีเพศสัมพันธ์ และความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการข่มขืนกระทำ

¹ วิชัย อริยะนันท์ทกะ, "วงการกฎหมายทั่วไป", *ตุลพาห* 32 (กรกฎาคม-สิงหาคม 2528), หน้า 121.

ซ้ำเราก็เกิดที่ตัวผู้หญิงที่ถูกกระทำมากกว่าที่จะเกิดกับผู้อื่น แนวความคิดเหล่านี้ส่งผลต่อ บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในหลายเรื่อง ดังต่อไปนี้

1. บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามีลักษณะคุ้มครองผู้หญิงในฐานะ ผู้เสียหายโดยตรงจากการกระทำผิดของผู้ชาย มิใช่การคุ้มครองสิทธิในตัวผู้หญิงของผู้ชายที่เป็นเจ้าของผู้หญิงอีกต่อไป

2. ส่งผลในเรื่องโทษสำหรับการกระทำผิด โดยจะมีลักษณะเป็นโทษจำคุก แทนที่จะเป็นการชดใช้ค่าเสียหาย เนื่องจากเห็นว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นความเสียหายต่อผู้หญิงผู้ถูกกระทำโดยตรงมิใช่เป็นความเสียหายต่อผู้ชายที่เป็นเจ้าของผู้หญิง

3. ส่งผลถึงเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราของคู่สมรส กล่าวคือ เมื่อมองว่าผู้หญิงมี เสรีภาพในทางเพศ และได้รับความเสียหายโดยตรงจากการข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้น แม้การ ข่มขืนกระทำชำเราจะเกิดขึ้นจากการกระทำของสามีตนเอง สามีก็ควรที่จะมีความผิดฐานนี้ได้ โดย ในเรื่องนี้กฎหมายในบางประเทศก็ยังคงให้ความคุ้มครองสถาบันครอบครัว โดยให้ความคุ้มครองกับ สามีที่ข่มขืนกระทำชำเราภริยาตนเองเพราะเห็นว่าการมีเพศสัมพันธ์และการมีปากเสียงกันเป็น เรื่องธรรมดาของชีวิตสมรส ซึ่งในเรื่องนี้อาจมองได้ว่ายังคงมีแนวความคิดที่ว่าหญิงเป็นทรัพย์สิน สมบัติของชายแฝงอยู่ในหลักกฎหมายเช่นนี้ แต่ในบางประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาใน หลายมลรัฐก็ได้ยกเลิกหลักดังกล่าวนี้ไปแล้วทำให้สามีอาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ภริยาตนเองได้

ปัจจุบันพฤติกรรมในการแสวงหาความพึงพอใจในทางเพศมีหลากหลายรูปแบบ มากขึ้น และมีการบังคับข่มขืนใจเพื่อความพึงพอใจเหล่านั้นมากขึ้นจนเป็นปัญหาสังคม อันส่งผล ให้บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่มีความเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่เป็นความผิดที่ คุ้มครองผู้หญิง เพราะเห็นว่าเป็นเพศที่อ่อนแอ มีความเสี่ยงต่อการถูกกระทำผิดมาเป็น แนวความคิดที่ว่าไม่ใช่เฉพาะผู้หญิงอีกต่อไปแล้วที่เป็นกลุ่มเสี่ยงต่อการถูกกระทำผิดฐานนี้ แต่ผู้ชายก็อาจเป็นเหยื่อจากการกระทำผิดฐานนี้ได้ด้วยไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยผู้ชาย ด้วยกันหรือผู้หญิงก็ตาม ดังนั้นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในยุคนี้นี้จึงเป็นความผิดที่ให้ความ คุ้มครองกับบุคคลทุกเพศ และผู้กระทำผิดก็อาจเป็นได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิง ซึ่งถือเป็นการ เปลี่ยนแนวความคิดของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเลยทีเดียว โดยในบางประเทศมีการ หลีกเลี่ยงไม่ใช้คำว่า "Rape" อีกต่อไป เพราะมีความหมายเป็นไปในลักษณะที่เป็นการล่วงล้ำ ระวังอวัยวะเพศชายและอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น แต่เปลี่ยนไปใช้คำอื่นที่สามารถสื่อถึงการ กระทำความผิดทางเพศในความหมายที่กว้างกว่าแทน เช่น คำว่า "Sexual Assault" เป็นต้น โดย ประเทศที่มีการปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามแนวคิดดังกล่าวก็มีตัวอย่างเช่น ประเทศญี่ปุ่น หรือประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งรัฐส่วนใหญ่ได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายตาม

แนวความคิดนี้แล้ว หรือพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 1991 (The Crimes Sexual Offences Act 1991) ของรัฐวิกตอเรีย ประเทศออสเตรเลีย หมวด 3 ก็ได้นิยามคำว่า "การข่มขืนกระทำชำเรา" (Rape) ว่าหมายถึงกรณีดังต่อไปนี้²

1. การสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์หญิง หรือ ทวารหนักหรือช่องปากของบุคคลอื่น
2. การสอดใส่อวัยวะอื่นใดของร่างกายของชายหรือหญิงเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์หญิง หรือทวารหนักของบุคคลอื่น หรือ
3. การสอดใส่วัตถุอย่างหนึ่งอย่างใดเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์หญิง หรือทวารหนักของบุคคลอื่น

นิยามดังกล่าวแสดงว่าผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอาจเป็นได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิง ในขณะที่ตัวผู้เสียหายก็เป็นได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิงเช่นเดียวกัน ซึ่งนับได้ว่าเป็นการให้คำนิยามของการข่มขืนกระทำชำเราที่มีความหมายกว้างมากและทำให้สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิงและสามารถปกป้องผู้เสียหายได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิง

นอกจากนี้ยังมีบางประเทศที่มีกฎหมายลงโทษการกระทำทางเพศที่ผิดธรรมชาติ โดยเฉพาะ หรือที่เรียกว่าความผิดฐาน "Sodomy" เช่น การร่วมเพศกันทางทวารหนัก หรือปากไม่ว่าจะเกิดขึ้นต่อบุคคลเพศใดและจากการกระทำของบุคคลเพศใดก็ตาม ต่างหากจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอีกด้วย โดยการกระทำทางเพศที่ผิดธรรมชาตินี้มีมาตั้งแต่สมัยโบราณแล้ว แม้แต่ในพระคริสตธรรมคัมภีร์ก็มีการกล่าวถึงการร่วมเพศกับคนเพศเดียวกันในทำนองเป็นความผิดและบาปที่ร้ายแรงอยู่หลายตอน และสิ่งนี้เองที่ฝังแน่นอยู่ในความคิดของประเทศตะวันตกที่นับถือศาสนาคริสต์ โดยในตำนานการสร้างโลก หรือเยเนซิส การประพิตินเป็นเกย์เป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้พระเจ้าลงโทษมนุษย์อย่างรุนแรงถึงขนาดล้างบ้านล้างเมือง ดังจะเห็นได้จากพระคัมภีร์ซึ่งได้กล่าวถึงการที่พระเจ้าผู้เป็นเจ้าทรงบันดาลให้ไฟบรรลัยกัลป์เผาผลาญแผ่นดินชาวเมือง และบรรดาสิ่งซึ่งออกมาจากแผ่นดินให้พินาศย่อยยับเสียทั้งหมดว่าเป็นเพราะชาวเมืองนั้นนิยมประพิตินเป็นเกย์ คือสมสู่กันในระหว่างคนเพศเดียวกันทั้งเมือง ซึ่งเมืองที่เวลานี้มีชื่อว่าเมืองสะโดม (Sodom) และอะโมรา (Gomorrah)³

ในบทนี้จะกล่าวถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยในอดีตจนถึงปัจจุบัน ซึ่งมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในหลาย

² Martin H. and Gareth B., "Transexual Rape-A Loophole Closed", *Criminal Law Review* (1997): p.570.

³ กิตติศักดิ์ ปภักติ, "ตำนานรักร่วมเพศ," *วารสารนิติศาสตร์* 13 (2526), หน้า 86-87.

ประเด็นไม่ว่าจะเป็นเรื่องเพศของผู้กระทำความผิดและผู้เสียหาย หรือการแก้ไขความหมายของคำว่า "การกระทำชำเรา" ให้ครอบคลุมมากขึ้น นอกจากนี้ยังมีการแก้ไขในเรื่องของการข่มขืนกระทำชำเราในระหว่างคู่สมรสอีกด้วย และจะกล่าวถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายต่างประเทศเพื่อศึกษาถึงแนวทางการบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

3.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทย

การข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นถือว่าเป็นข้อห้ามในทางพุทธศาสนาประการหนึ่ง ดังปรากฏในศีลข้อ 3 ที่ว่า "กาเม สุมิจจาจารา เวรมณี ลิกขาปทํ สมาริยามิ" อันมีความหมายว่า "พึงงดเว้นจากการล่วงเกินบุตรภรรยาผู้อื่น" ตามประเพณีของไทยนั้น การจับเนื้อต้องตัวกันถือว่าก่อให้เกิดความเสียหายแก่สตรีเพศแล้ว และหากการกระทำถึงขนาดยุดมือถือแขน หรือลักลอบพุดจกัับภรรยาของผู้อื่น ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายลักษณะฉั้วเมียฐาน "ผิดภรรยาท่าน" ต้องโทษปรับใหม่⁴ และในบางท้องถื่นเคร่งครัดถึงขนาดว่าหากชายถูกเนื้อต้องตัวหญิงใดต้องถือว่าหญิงนั้นได้เสียเป็นภรรยาชายแล้ว ด้วยเหตุนี้ พระราชกำหนดกฎหมายของไทยนับตั้งแต่โบราณจึงลงโทษผู้กระทำความผิดฐานล่วงเกินบุตรภรรยาผู้อื่นในทางอนาจาร หรือประเวณี โดยถือว่านอกจากจะเป็นความผิดต่อเสรีภาพและชื่อเสียงของผู้อื่นแล้ว ยังถือเป็นการล่วงละเมิดศีลในทางศาสนา และเป็นการทำลายขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมของไทยอย่างร้ายแรงอีกด้วย โดยสามารถแบ่งยุคสมัยของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ดังนี้

3.1.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในสมัยก่อนที่จะมีการจัดทำกฎหมายตราสามดวง

ในสมัยก่อนที่จะมีการจัดทำกฎหมายตราสามดวงนั้น กฎหมายที่ถือเป็นกฎหมายแม่บทของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของไทยเรียกกันว่า "พระราชกำหนดใหม่" ซึ่งได้มีการตราขึ้น ณ วันพฤหัสบดี เดือน 8 แรม 8 ค่ำ จุลศักราช 1144 โดยพระราชกำหนดใหม่นี้ยึดเอาหลักกรรมคำสั่งสอนเบญจศีลข้อ 3 ในทางพุทธศาสนาเป็นแม่บท และได้มีการวางหลักกฎหมายที่สำคัญอันส่งผลอย่างใหญ่หลวงต่อแนวความคิดของกฎหมายไทยในเวลาต่อมาในเรื่องดังต่อไปนี้

⁴ พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์, กฎหมายลักษณะฉั้วเมีย, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์กองหลวง, ร.ศ. 120), หน้า 294.

1. การห้ามข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นซึ่งมิใช่บุตรภรรยาของตน เว้นแต่หญิงนั้นจะยินยอมสมัครใจด้วย
2. ในกรณีที่หญิงยินยอมสมัครใจ กฎหมายก็สามารถเอาผิดกับชายได้หากหญิงนั้นเป็นเด็กที่ยังไม่มีความต้องการทางเพศ หรือกรณีที่หญิงยินยอมสมัครใจเนื่องจากเข้าใจผิดคิดว่าชายเป็นสามีตนเอง
3. พระราชกำหนดใหม่ถือว่าการร่วมประเวณี หรือเสพเมถุนทางอวัยวะ 3 แห่ง กล่าวคือการร่วมประเวณีทางทวารปาก, ทวารเบา, และทวารหนัก ถือเป็น "อบุคคลจิต" และ "ขาดศีล" โดยการร่วมประเวณีลักษณะเช่นนี้ แม้ตามกฎหมายของยุโรปและสหรัฐอเมริกา ก็ถือว่าเป็นความผิดอาญา เพราะเป็นการกระทำอันวิบัติถดถอยผิดธรรมชาติตามมนุษย์

3.1.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายตราสามดวง

กฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายที่ได้รับการชำระสะสางในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช รัชกาลที่ 1 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ในปี พ.ศ. 2347 โดยลักษณะของการชำระสะสางในครั้งนี้เป็นลักษณะของการรวบรวมบทกฎหมายในสมัยโบราณที่กระจัดกระจายอยู่ให้มารวมกันเป็นหมวดหมู่เป็นระบบมากขึ้น โดยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นปรากฏอยู่ในพระอัยการลักษณะผิดเมียอันเป็นหนึ่งในกฎหมายโบราณที่มีการรวบรวมมาไว้ในกฎหมายตราสามดวง

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระอัยการลักษณะผิดเมียจะแบ่งลักษณะการกระทำความผิดออกเป็น 2 ลักษณะ คือ การข่มขืนกระทำชำเราหญิง กับ การข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิง สำหรับในส่วนของ การข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงนั้นจะมีลักษณะคล้ายกับกฎหมายในปัจจุบัน กล่าวคือ ความยินยอมของเด็กมิใช่สาระสำคัญของความผิด แม้เด็กจะยินยอมให้กระทำชำเรา ผู้กระทำชำเราก็น่าจะมีความผิดอยู่เนื่องจากการคุ้มครองเด็กที่ยังไม่เตี้ยสาพอที่จะให้ความยินยอมที่สมเหตุสมผลได้ โดยอายุหญิงในการให้ความยินยอมที่จะทำการกระทำชำเราไม่เป็นความผิด พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ทรงอธิบายว่า "คนที่จะเป็นผัวเมียกันได้ มิใช่จะเป็นได้เมื่ออายุเท่าไรไม่"⁵ ข้อนี้เป็นความจริงเพราะการร่วมประเวณีกับเด็กหญิงอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดย่อมเป็นความผิด เพราะกฎหมายถือว่าเด็กนั้นไม่อาจให้ความยินยอมได้ โดยมาตรา 78 แห่งกฎหมายลักษณะผิดเมียบัญญัติว่า "ชายใด

⁵ พระเจ้าลูกยาเธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์, ว่าด้วยกฎหมาย, พิมพ์ในงานศพนายแสง เตชะยานนท์ (พระนคร : โรงพิมพ์บรรหาร, 2507), หน้า 122.

ข่มขืนหญิงเด็กไม่รู้เพียงสา..." ซึ่งกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ทรงอธิบายว่า "เด็กที่^๕ไม่รู้เพียงสาในเรื่องนี้ มีปรากฏในลักษณะวิวัต มาตรา 11 คือ เป็นบุคคลที่อายุต่ำกว่า 7 ขวบลงมา^๖

เมื่อพิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระอัยการลักษณะผัวเมียแล้ว จะพบว่าลักษณะของการบัญญัติกฎหมายจะเป็นการจำแนกการกระทำออกเป็นหลายรูปแบบแตกต่างกันตามประเภทของผู้กระทำความผิดและผู้เสียหาย จึงส่งผลให้มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอยู่หลายมาตราซึ่งต่างกับในสมัยปัจจุบันที่มีลักษณะในการบัญญัติเป็นความผิดหลักไว้และปรับใช้เข้ากับข้อเท็จจริงต่างๆ แล้วแต่กรณี โดยอาจแยกองค์ประกอบหลักๆ ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระอัยการลักษณะผัวเมียออกได้ดังนี้

ก. ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายตราสามดวง

การข่มขืนกระทำชำเราตามพระอัยการลักษณะผัวเมียมีลักษณะเช่นเดียวกับ ประมวลกฎหมายอาญาก่อนที่จะมีการแก้ไขปรับปรุง กล่าวคือ คำว่า "ข่มขืน" หมายความว่า การใช้กำลังบังคับขู่เข็ญโดยวิธีใดวิธีหนึ่งอันแสดงถึงการที่หญิงนั้นต้องไม่ยินยอม ส่วนคำว่า "กระทำชำเรา" หมายความว่า การร่วมประเวณี ซึ่งการร่วมประเวณีก็คือการร่วมเพศโดยอวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงและหญิงนั้นมีไขภริยาของตน ดังนั้นผู้กระทำความผิดจึงต้องเป็นผู้ชายเท่านั้น ดังนั้นการข่มขืนกระทำชำเราจึงหมายความว่า การร่วมประเวณีกับหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม หากหญิงยินยอมก็จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่อาจเป็นความผิดฐานอื่นได้ เช่น ความผิดฐานทำชู้ ความผิดฐานทำชู้เหนือผัว หรือความผิดฐานทำชู้นอกใจผัว เป็นต้น

ข. ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายตราสามดวง

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระอัยการลักษณะผัวเมียจะมีอยู่หลายมาตรา โดยจะกำหนดประเภทของผู้กระทำความผิดไว้แตกต่างกัน เช่น

มาตรา 1 บัญญัติว่า "ชายใดข่มขืนภรรยาท่านถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณมผิดเมียทวิคูณ ถ้าข่มขืนมิได้ถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณมผิดเมีย"

^๕ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

มาตรา 71 บัญญัติว่า "ชายใดข่มขืนหญิงหม้ายถึงชำเรา ให้เอาเบี้ยในประณม ผิดเมีย..."

มาตรา 38 บัญญัติว่า "หญิงชายราษฎรอยู่กินเป็นผัวเมียกัน สามีศรัทธาสละ ภรรยาแลทรัพย์สินของ บวชเป็นภิกษุสามเณรแล้ว แลสึกออกมาจะคืนอยู่กินด้วยหญิงอีกไซ้ร้ ถ้า หญิงนั้นมิสมักรเป็นภรรยาชายนั้นต่อไปก็ติดตามใจหญิง เหตุว่าบวชแล้วขาดจากผัวเมียกัน ถ้าชายถู ลากข่มขืนหญิงนั้น ท่านให้ใหม่ชายดุษฎ์ทำแก่หญิงหม้ายนั้น"

มาตรา 40 บัญญัติว่า "พระครูภิกษุสามเณร ผิดเมียท่านถึงชำเรา ซึ่งว่า ปาราชิกให้สึกออกเสีย แล้วให้ใหม่โดยพระราชาคณะฎีกา"

มาตรา 46 บัญญัติว่า "เจ้าเงินกิติ พี่น้องลูกหลานแห่งเจ้าเงินกิติ ข่มขืนหญิง ทาสถึงชำเรา หญิงร้องแรกมีลักขีพยานไซ้ร้ ท่านให้แบ่งค่าตัวหญิงเสียกึ่งหนึ่งให้มันส่งแก่เจ้าเงิน ถ้าจับมือถือนางกอดจูบข่มขืนไม่ถึงชำเรา พิเคราะห์เป็นสัจ ให้แบ่งชำตัวเป็น 4 ส่วน ลดส่วน 1 ให้แก่เจ้าเงิน 3 ส่วน ถ้ามันยอมด้วยไซ้ร้ อย่าให้แบ่งทุนเขา มันเสียเลย ถ้ามันมิสมักอยู่ด้วยแลมัน จะหย่าไซ้ร้ มันยังหาเกิดบุตรด้วยเจ้าเงินแลพี่น้อง ลูก หลาน แห่งเจ้าเงินไม่ จึงให้มันส่งชำตัวจง ถ้วน"

มาตรา 76 บัญญัติว่า "ชายใดมีเมียแล้วข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ใหม่ชายนั้นถึงประณมผิดเมีย ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ใหม่ถึงชำเรา"

มาตรา 77 บัญญัติว่า "ชายหาเมียมิได้ข่มขืนลูกสาวหลานสาวท่านถึงชำเรา ให้ ใหม่ชายนั้นถึงเบียชามีเมียแล้ว ถ้าข่มขืนมิถึงชำเรา ให้ใหม่ถึงชำเรา"

มาตรา 88 บัญญัติว่า "ชายใดมิได้สู้ออกลูกสาวหลานสาวท่าน และบังอาจว่า ตนเรี่ยวแรงผู้เดียวกิติ พาพวกเพื่อนไปด้วยกิติ เข้ากุมเกาะ เบาะ ฉะ แลง ลูกสาวหลานสาว และ เมียท่านไปด้วยแรงตน หญิงนั้นร้องแรก ชัดขวาง มีคนรู้เห็นได้ยิน ข่มขืนหญิงนั้นถึงชำเรากิติ หญิง นั้นมาหาความเป็นสัจไซ้ร้ ให้ใหม่โดยพระราชาคณะฎีกาเดิม ถ้าข่มขืนมีบาดเจ็บ ให้ใหม่โดย บาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง พวกซึ่งไปด้วยนั้นให้ใหม่ถึง ถ้าชายหลายคนข่มขืนโทรมเอาหญิงนั้นไซ้ร้ ให้ ลงโทษแก่ชายนั้นด้วยลวดหนักคล 60 ที ให้ใหม่ตามบันดาศักดิ์ทิวีคุณ เพราะมันบังอาจหยาบชำ ต่อแผ่นดินบ้านเมืองท่าน"

มาตรา 105 บัญญัติว่า "ชายให้สู้ออกลูกสาว หลานสาวท่าน บิดา มารดาหญิงยัง ยอมให้ชายได้ ให้มีขันหมากหมั้นนัดจะทำการยังมีได้ทำการ ชายอื่นบังอาจว่าตนเรี่ยวแรงเกาะกุม เบาะ ฉะ แลง หญิงนั้นด้วยแรงตน ข่มขืนหญิงนั้นถึงชำเรากิติ มิได้ถึงชำเรากิติ พิเคราะห์เป็นสัจ ไซ้ร้ท่านว่าล่วงพระราชอาญาความเมืองท่าน ให้ส่งหญิงนั้นให้แก่บิดา มารดาแล้ว ให้ทวนชาย ต้นเหตุด้วยลวดหนัก 50 ที ถ้ามีพวกไปด้วยให้ทวนคนละ 50 ทีจงทุกคน ให้ใหม่ชายต้นเหตุโดยผิด เมียท่านในขันหมากนั้นจึงควร"

จากที่กล่าวมา จะเห็นได้ว่าพระอัยการลักษณะผัวเมียได้จำแนกประเภทของผู้กระทำความผิดออกเป็นหลายกรณีด้วยกันไม่ว่าจะเป็นผู้ชายที่มีภรรยาแล้ว, ยังไม่มีภรรยา หรือ พระภิกษุสามเณร และหากการข่มขืนกระทำชำเราได้กระทำลงโดยบุคคลบางประเภทก็ถือเป็นเหตุฉกรรจ์ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นด้วย ซึ่งการแยกประเภทของผู้กระทำความผิดออกเป็นหลายประเภทรายน่าจะมีมูลเหตุมาจากเรื่องโทษที่ผู้กระทำความผิดแต่ละประเภทจะได้รับนั้นมีความแตกต่างกัน เช่น กรณีผู้ชายที่มีภรรยาแล้วข่มขืนหญิงอื่นให้ปรับไหมประณมผิดเมีย แต่หากเป็นผู้ชายที่ยังไม่มีภรรยาข่มขืนหญิงอื่นจะปรับไหมเพียงกึ่งหนึ่งของชายที่มีภรรยาแล้ว เพราะผู้ชายที่ยังไม่มีภรรยาอาจสมรสกับผู้หญิงที่ถูกตนข่มขืนกระทำชำเราได้ เป็นต้น

แม้ว่าพระอัยการลักษณะผัวเมียจะมีการแยกประเภทของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราออกเป็นหลายประเภทก็ตามแต่เมื่อพิจารณาโดยรวมแล้วจะพบว่าผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นผู้ชาย ซึ่งคำว่า "ผู้ชาย" หมายความถึงคนที่มีสังข์เป็นอวัยวะสืบพันธุ์ แต่ผู้ชายที่มีภรรยาแล้วไม่อาจที่จะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภรรยาตนเองได้เพราะการสมรสเป็นการแสดงความยินยอมพร้อมใจว่าจะอยู่กินร่วมกัน ดังจะเห็นได้จากในแต่ละมาตราจะกล่าวถึงคำว่า "เมียท่าน" โดยไม่ได้กล่าวถึง "เมียตน"

ค. ผู้ถูกกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายตราสามดวง

ผู้ถูกกระทำความผิดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระอัยการลักษณะผัวเมียจะมีลักษณะเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิด กล่าวคือ มีการจำแนกประเภทของผู้ถูกกระทำความผิดออกเป็นหลายประเภทตามมาตราต่างๆ ที่กล่าวมาข้างต้น เช่น ภริยาท่าน หญิงหม้าย หญิงทาส ลูกสาวหลานสาวท่าน หรือหญิง 7 ประเภทที่หากชายมิได้ค้ำับสูขอแต่อกอาจไปกระทำทู่จากร หรือลักลอบทำชู้ หรือข่มขืนชักพาหญิงไป ถือว่าชายนั้นมีโทษอันได้แก่ มาตุรกชิตา หมายความว่า หญิงอันอยู่ด้วยมารดา, ปิตุรกชิตา หมายความว่า หญิงอันอยู่ด้วยบิดา, มาตาปิตุรกชิตา หมายความว่า หญิงอันอยู่ด้วยบิดามารดา, โคตรกชิตา หมายความว่า หญิงอันอยู่ด้วยองค์สกุลพันธุ์, ภาตฺรูกชิตา หมายความว่า หญิงอันอยู่ด้วยพี่ชายพี่สาว, ญาติฺรูกชิตา หมายความว่า หญิงอันอยู่ด้วยญาติ, ลารูกชิตา หมายความว่า หญิงอันอยู่ด้วยท่านผู้ใดผู้หนึ่ง

⁷ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: อักษรเจริญทัศน์, 2539), หน้า 266.

แม้จะมีการแยกประเภทของผู้ถูกระทำความผิดออกเป็นหลายประเภทแตกต่างกัน แต่เมื่อพิจารณาโดยรวมแล้วผู้ถูกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นผู้หญิง

มีข้อที่น่าสังเกตว่าพระอัยการลักษณะผัวเมียนั้นได้รับอิทธิพลมาจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ซึ่งสถานภาพของสตรีในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ถือว่าผู้หญิงเป็นเพียงที่พัก เป็นเพียงส่วนประกอบของผู้ชายและเป็นเพศที่อ่อนแอ บทบาทของผู้หญิงจึงเป็นเพียงผู้รับใช้โดยเมื่อยังอยู่ในวัยเยาว์ก็จะอยู่ในความควบคุมดูแลของบิดา และเมื่อแต่งงานแล้วก็จะอยู่ในความควบคุมดูแลของสามี นอกจากนี้ยังมีความเชื่อว่าผู้หญิงเปรียบเสมือนสิ่งของที่เป็นของผู้ชาย⁸ ความเชื่อเหล่านี้ส่งผลต่อความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเช่นกัน กล่าวคือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระอัยการลักษณะผัวเมียนั้นแม้ว่าผู้ถูกระทำความผิดจะต้องเป็นผู้หญิง แต่ความจริงแล้วกฎหมายมิได้มุ่งคุ้มครองผู้หญิงอย่างแท้จริง แต่กฎหมายกลับถือว่าการกระทำความผิดเช่นนี้ถือเป็นการหมิ่นเกียรติและศักดิ์ศรีของชายผู้เป็นสามี หรือบิดามากกว่า และผู้เสียหายที่แท้จริงในความผิดฐานนี้คือผู้ชายที่เป็นสามีหรือบิดาของผู้หญิง

โดยสรุปแล้วความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระอัยการลักษณะผัวเมียหมายความว่า การที่ชายร่วมประเวณีกับหญิงโดยอวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง โดยหญิงไม่ยินยอม แต่หากการมีเพศสัมพันธ์ไม่ใช่การกระทำระหว่างชายกับหญิง หรือไม่ใช้กรณีกระทำต่ออวัยวะเพศของอีกฝ่ายหนึ่ง กฎหมายตราตามดวงก็ได้บัญญัติถึงการกระทำในลักษณะนี้ไว้แยกออกจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ดังนี้

1. การเสพเมถุนธรรมทางมูกขมรรคและเวจมรรค⁹

การกระทำในลักษณะนี้ทางฝ่ายพุทธศาสนาในพระวินัยปิฎก พระพุทธองค์ทรงมีพระบัญญัติว่า การเสพเมถุนทางทวารนั้นเป็นเหตุแห่งอาบัติปาราชิกแก่ภิกษุผู้กระทำและในกฎหมายตราตามดวง¹⁰ พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ทรงมีพระบรมราช

⁸ ฉัตรสุมาลย์ กบิลสิงห์, "ภาพลักษณ์ของสตรีอินเดีย: มานวธรรมศาสตร์," วารสารอินเดียศึกษา, 4 (2542): 19.

⁹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, "ตำนานรักร่วมเพศ," วารสารนิติศาสตร์ 13 (ฉบับที่ 2, 2526): หน้า 86-92.

¹⁰ พระราชกำหนดใหม่ ; บท 36 (จ.ศ. 1144).

โองการให้กำหนดกฎหมายว่าด้วยการให้ราษฎรรักษาศีล คือ ศีลห้าในฐานะเป็นนิจศีล¹¹ กับ ศีลแปดในฐานะเป็นอุโบสถศีล¹² และตามกฎหมายฉบับนี้ถือว่าการเสพเมถุนธรรมโดยทางมุขมรรคและเวจมรรคในกิริยาตนเองเป็นการละเมิดศีลห้าในข้อที่ว่า "กาเม สุมิจฉาจารา เวรมณี สิกขาปทิสมาธียามิ" อันมีความหมายว่า "พึงงดเว้นจากการล่วงเกินบุตรภรรยาผู้อื่น" ส่วนการเสพเมถุนธรรมทางเวจมรรคกับผู้อื่นผู้ใดที่ไม่ต้องห้ามตามศีลข้อนี้ก็ถือเป็นการละเมิดศีลข้ออพรหมจริยาฯ อันเป็นอุโบสถศีล ซึ่งนำคิดว่าหากมิได้กระทำการดังกล่าวในวันอุโบสถแล้วผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามไม่มีการกำหนดโทษสำหรับการละเมิดศีลตามพระราชกำหนดฉบับนี้ไว้เป็นการเฉพาะ มีแต่เพียงระบุไว้เป็นการทั่วไปว่า "ถ้าแลผู้ใดมิได้กระทำตามพระราชกำหนดนี้ จะเอาผู้นั้นเป็นโทษตามโทษานุโทษ"

2. การเล่นเพื่อน¹³

การเล่นเพื่อน หมายความว่า ผู้หญิงที่ประพฤติดนเป็นคนรักร่วมเพศ มีเพศสัมพันธ์กันเองระหว่างผู้หญิงด้วยกัน โดยการเล่นเพื่อนนั้นน่าจะถือว่าเป็นการละเมิดศีลข้ออพรหมจริยาฯ เช่นเดียวกันชาย แต่สำหรับหญิงชาววังนั้นหากได้กระทำการเล่นเพื่อนถือเป็นการผิดตามกฎมณเฑียรบาลซึ่งตราขึ้นในสมัยกรุงศรีอยุธยาตอนต้น ในรัชกาลของพระบาทสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถ อันมีข้อความว่า "หนึ่งสนมกำนัลคบผู้หญิงหนึ่งกัน ทำดูจชายเป็นชู้เมียกัน ให้ลงโทษด้วยลวดหนัก 50 ที คักคอประจานรอบพระราชวัง ทีหนึ่งให้เอาเป็นชาวสลึง ทีหนึ่งให้แก่พระเจ้าลูกเธอหลานเธอ"¹⁴

การเล่นเพื่อนในหมู่สาวสนมกำนัลในสมัยรัตนโกสินทร์คงจะเป็นสิ่งที่แพร่หลายและปราบปรามกันได้ยากดังจะเห็นได้จากพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เคยมีพระราชหัตถเลขากำชับสั่งพระเจ้าลูกเธอฯ ทั้งหลายห้ามไม่ให้เล่นเพื่อน¹⁵ แสดงให้เห็นถึงการที่ทรงให้

¹¹ นิจศีลเป็นชื่อเรียกอีกอย่างของศีลห้า หรือเบญจศีลซึ่งพุทธศาสนิกชนพึงยึดถือเป็นนิตย.

¹² อุโบสถศีล คือ ศีลที่รักษาเป็นอุโบสถ หรือศีลที่รักษาในวันอุโบสถ ได้แก่ ศีลแปดที่อุบาสกอุบาสิการักษาโดยมักจะรับศีลแปดกันในวันพระ คือ ขึ้นและแรม 3 ค่ำ แรม 15 ค่ำ (แรม 14 ค่ำในเดือนทอด) และนิยมรักษาศีลแปดเป็นเวลา 1 หรือ 3 วัน.

¹³ กิตติศักดิ์ ปรกติ, "ตำนานรักร่วมเพศ", วารสารนิติศาสตร์ หน้า 86-92.

¹⁴ กฎหมายตราสามดวง: กฎมณเฑียรบาล มาตรา 124 วรรคสอง.

¹⁵ รวมพระราชหัตถเลขา รัชกาลที่ 4.

ความสำคัญถึงขนาดกำชับกำชากันเป็นลายลักษณ์อักษร โดยความผิดฐานนี้จะเอาผิดแต่เฉพาะหญิงชาววังที่ประพฤติตนเป็นพวกรักร่วมเพศแม้จะเกิดจากความยินยอมก็ถือเป็นความผิดและมีโทษหนักกว่าการข่มขืนกระทำชำเรา แต่ในความเป็นจริงแล้วไม่ค่อยมีการฟ้องร้อง หรือเอาโทษกันจริงจังมากนัก

สำหรับการประพฤติตนเป็นพวกรักร่วมเพศระหว่างชายกับชายนั้น ในประวัติศาสตร์ยังไม่มีกรบันทึกไว้อย่างชัดเจน แต่มีการกล่าวถึงความประพฤติของเจ้านายบางพระองค์ที่ไม่ยอมอยู่ร่วมกับหม่อมแต่กลับนิยมบรรทมอยู่กับพวกละครที่ทรงเลี้ยงไว้ แต่ก็ไม่มีบทบัญญัติห้ามชายมิให้มีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างกันเองโดยเฉพาะแต่อย่างใด จะมีก็แต่เพียงความผิดฐานเสพเมถุนธรรมทางมุกขมรรคและเวจมรรคเท่านั้น

3.1.3 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระอัยการลักษณะผิดเมียใช้บังคับอยู่จนถึง พ.ศ. 2443 จึงได้มีการตราพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ขึ้นอันมีผลเป็นการยกเลิกบทกฎหมายเก่า เนื่องจากเหตุผลที่ว่ากฎหมายเก่าที่เกี่ยวกับการข่มขืนล่วงประเวณีตามพระอัยการลักษณะผิดเมียยังมีข้อบกพร่องอยู่หลายประการที่สมควรแก้ไข ดังคำปรารภที่ว่า¹⁶

"...พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์...พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว... จึงมีพระบรมราชโองการดำรัสเหนือเกล้าฯ ประกาศให้ทราบทั่วกันว่าพระราชกำหนดกฎหมายเดิมที่ว่าด้วยการกระทำผิดทางเพศนั้นยังบกพร่องอยู่หลายประการ เป็นเหตุให้เกิดความสงสัยต่างๆ ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่กล่าวหา กัน จึงทรงพระราชดำริเห็นสมควรให้แก้ไขพระราชกำหนดกฎหมายนั้นเสียใหม่ให้ชัดเจนดีกว่าแต่ก่อน..."

พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 มีความกระชับมากขึ้น กล่าวคือ บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะไม่มีการแยกประเภทของผู้กระทำ ความผิดและผู้เสียหายอย่างเช่นในพระอัยการลักษณะผิดเมีย แต่จะมีลักษณะในการบัญญัติเป็นความผิดหลักไว้และใช้ปรับเข้ากับข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไปโดยบัญญัติไว้ในมาตรา 3 ซึ่งบัญญัติว่า

¹⁶ ประสิทธิ์ พัฒนอมร, "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา," (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต), หน้า 18.

“ชายใดทำชำเราด้วยหญิงในเหตุ 4 ประการดังที่จะกล่าวต่อไปข้างล่างนี้ ท่านว่าชายผู้นั้นข่มขืนทำชำเราหญิง คือ

1. ชื่นใจหญิง
2. หญิงยินยอม
3. หญิงยินยอมด้วยชายชู้หญิงจะทำร้ายแก่ร่างกายแลชีวิตหญิง หญิงมีความกลัว จึงยินยอม
4. หญิงยินยอมก็ดี ฤฯไม่ยินยอมก็ดี แต่หญิงนั้นยังมีอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา”

สำหรับองค์ประกอบหลักของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 มิได้มีความแตกต่างไปจากพระอัยการลักษณะผิดเมีย กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นชาย ผู้ถูกกระทำความผิดจะต้องเป็นหญิงและความหมาย หรือลักษณะของการข่มขืนกระทำชำเราก็คือ การที่ชายร่วมประเวณีกับหญิงโดยอวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงและหญิงนั้นไม่ยินยอม แต่ในกรณีที่ผู้ถูกกระทำความผิดเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา กฎหมายถือว่าเด็กเหล่านี้เป็นบุคคลที่ยังไม่รู้เดียงสา ยังไม่มีอำนาจให้ความยินยอมในเรื่องนี้ ดังนั้นหากเป็นการกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมาแม้เด็กหญิงจะยินยอมก็ยังถือเป็นความผิดตามมาตรา¹⁷ โดยในเรื่องของความยินยอมของหญิงนี้กฎหมายใช้คำว่า “ชื่นใจหญิง” กับ “หญิงยินยอม” ซึ่งมีปัญหาว่าคำ 2 คำนี้มีความหมายแตกต่างกันอย่างไร ในเรื่องนี้กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ทรงอธิบายไว้ว่า¹⁷

“คำว่า “ชื่นใจ” กับ “หญิงยินยอม” มีความแตกต่างกัน ความประสงค์ของการใช้คำว่า ชื่นใจ คือ ต้องใช้กำลังที่หนี ฤฯทำอะไรไม่พ้น ส่วนกรณีหญิงยินยอม หมายความว่า แม้มิได้ใช้กำลังชื่นใจแต่ทำให้หญิงอยู่ในสภาพไม่อาจขัดขืนได้ เช่น มีดฯ ชายปลอมตัวเป็นผัวหญิงไม่รู้สึกร ฤฯโดยให้ยาเบื่อเมากินไม่มีสติ”

มีข้อที่น่าสังเกตว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ในส่วนของผู้ถูกกระทำความผิดนั้น กฎหมายใช้คำว่า “หญิง” เท่านั้นเมื่อเป็นเช่นนี้หากสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาตนเองจะมีความผิดหรือไม่ ในเรื่องนี้หากพิจารณาตามถ้อยคำในกฎหมายแล้วจะเห็นได้ว่ามิได้มีบัญญัติห้ามไว้ว่าหญิงจะต้องมิใช่ภริยาของผู้กระทำ

¹⁷ พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์, พระราชบัญญัติในปิตุยุบัน, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กองหลวงฯ ร.ศ. 120), หน้า 301.

การข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้นหากสามีร่วมประเวณีกับภริยาโดยภริยาไม่ยินยอมก็น่าจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาได้ แต่การตีความกฎหมายนั้นจะต้องอาศัยการตีความตามเจตนารมณ์ประกอบกันกับการตีความตามตัวอักษร ซึ่งในยุคนั้นนั้นแนวความคิดที่มีต่อผู้หญิงสภาพสังคม วัฒนธรรม หรือจารีตประเพณี จะมีลักษณะที่ผู้ชายมีภริยาได้หลายคนโดยไม่ถือว่าเป็นผิดศีลข้อ 3 แต่หากล่วงละเมิดภริยาผู้อื่นจึงจะผิดศีลข้อ 3¹⁸ และยังมีความเชื่อว่าเป็นผู้หญิงแต่งงานแล้วให้ถือว่าเป็นอยู่ในความปกครองของสามี แสดงให้เห็นถึงแนวความคิดที่ว่าชายผู้เป็นสามีมีสิทธิเด็ดขาดในตัวภริยาของตน ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงสภาพสังคมในสมัยนั้นแล้วหากสามีร่วมประเวณีกับภริยาโดยภริยาไม่ยินยอมก็น่าจะไม่มีผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแม้ตามตัวบทกฎหมายจะใช้คำว่า "หญิง" เท่านั้นก็ตาม

นอกจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอันมีขอบเขตจำกัดว่าจะต้องเป็นการกระทำของชายที่กระทำต่อหญิงแล้ว พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ยังได้เพิ่มบทบัญญัติความผิดสำหรับการกระทำชำเราที่ผิดธรรมดาไว้ด้วยตามมาตรา 5 ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้ใดชำเราทางเวจมรรคก็ดี ฤๅทำชำเราด้วยสัตว์เดรัจฉานผิดธรรมดาโลกก็ดี ให้ลงโทษจำคุก..."

ความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์นั้นเกิดขึ้นในสังคมไทยมานานแล้วดังจะเห็นได้จากในสมัยกฎหมายตราสามดวงได้มีการกล่าวถึงการเสพเมถุนธรรมทางมุขมรรคและเวจมรรค และการเล่นเพื่อนว่าเป็นความผิดอยู่ด้วย แต่พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ได้นำมาบัญญัติไว้ให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยต้องการการเอาผิดกับบุคคลที่มีเพศสัมพันธ์กับสัตว์และบุคคลที่มีเพศสัมพันธ์กันทางทวารหนัก โดยไม่จำกัดว่าจะเป็นการกระทำระหว่างชายกับชาย หญิงกับหญิง หรือชายกับหญิง และไม่ว่าจะเกิดจากความยินยอมหรือไม่ก็ถือเป็นความผิด

โดยสรุปแล้วความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ยังคงไว้ซึ่งลักษณะสำคัญดังเช่นในพระอัยการลักษณะผัวเมีย กล่าวคือผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นชาย ผู้ถูกกระทำความผิดจะต้องเป็นหญิงและการข่มขืนกระทำชำเราจะเป็นความผิดสำเร็จหรือไม่ก็ถือเอาการที่อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเป็นเกณฑ์ โดยในเรื่องนี้กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ทรงอธิบายไว้ว่า "ในการชำเรา นี้ แต่เพียงชายจดถึง

¹⁸ ธรรมเกียรติ กัณอริ, "ข้อสังเกตในการศึกษากฎหมายตราสามดวงและกรณีศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างพระพุทธศาสนากับกฎหมายตราสามดวง" กฎหมายตราสามดวงกับสังคมไทย, สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2535), หน้า 185.

ทวารหญิงเท่านั้นก็ให้ถือว่าถึงชำเราทีเดียว"¹⁹ ส่วนในเรื่องสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาตนเองนั้น แม้กฎหมายจะใช้คำว่า "หญิง" เท่านั้นแต่สามีก็ไม่อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาตนเองได้ อย่างไรก็ตามก็ตีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ก็มีความแตกต่างจากพระอัยการลักษณะผัวเมียอยู่บางประการ คือ

1. บทบัญญัติมีลักษณะกระชับมากขึ้น โดยยังคงมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราอยู่แต่ไม่มีการแยกประเภทของการข่มขืนกระทำชำเราออกตามประเภทของผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำความผิดเช่นเดียวกับพระอัยการลักษณะผัวเมีย

2. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 มีลักษณะแยกออกจากกฎหมายที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาและการปกครองบุตรของบิดามารดา และกำหนดโทษทางอาญาโดยเฉพาะมิได้มีลักษณะเป็นการละเมิดอำนาจปกครองของสามีหรือบิดามารดาอย่างเช่นในพระอัยการลักษณะผัวเมียอีกต่อไป อันแสดงให้เห็นถึงแนวความคิดในการให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางเพศแก่ตัวหญิงมากกว่าที่จะคุ้มครองเกียรติยศศักดิ์ศรีของสามีหรือบิดามารดา

3.1.4 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ใช้บังคับอยู่จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2451 ได้มีพระบรมราชโองการให้ใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งถือเป็นกฎหมายอาญาระบบแรกของไทย ส่งผลให้ความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศได้เปลี่ยนไปใช้บังคับตามที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยแบ่งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราออกเป็น 2 ลักษณะ คือ การข่มขืนกระทำชำเราหญิง และการกระทำชำเราเด็กหญิง ดังต่อไปนี้

มาตรา 243 บัญญัติว่า "ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำชำเราขึ้นใจหญิง ซึ่งมีไซภรรยาของตนเอง ท่านว่ามันผู้นั้นข่มขืนทำชำเรา ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ปีหนึ่งขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกไซตหนึ่ง

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราขึ้นใจหญิง ซึ่งมีไซภรรยาของตนเอง ท่านว่ามันข่มขืนทำชำเรา มีความผิดต้องระวางโทษดุจกันกับที่ว่ามันนั้น

¹⁹ พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์, พระราชบัญญัติในปิตุุบัน, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กองหลวงพิเศษ ร.ศ. 120), หน้า 304.

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนชำเรานั้นมีบาดเจ็บถึงสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นตาย ท่านว่ามันผู้ข่มขืนนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

มาตรา 244 บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำชำเราด้วยเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามขวบถึงหญิงนั้นยินยอมก็ตาม หรือมิได้ยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ เด็กหญิงที่ถูกชำเรานั้นมีบาดเจ็บอย่างสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีขึ้นไปจนถึงสิบห้าปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลเด็กหญิงนั้นตาย ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี และให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ทั้ง 2 มาตรานี้อาจแยกอธิบายได้ดังนี้

1. ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

มาตรา 243 ใช้คำว่า "ใช้อำนาจด้วยกำลังกาย" กับ "ใช้วาจาขู่เข็ญ" โดยการใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หมายความว่า การใช้กำลังกายกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลในทุกรูปแบบ เช่น การผลัก ตบหน้า ตี ฟัน แทะ ยิง จับมาคุมขัง ใช้ยาทำให้มึนเมา หรือสะกดจิต ส่วนการใช้วาจาขู่เข็ญ หมายความว่า ขู่เข็ญให้ต้องหวาดกลัว ไม่ว่าจะป็นอันตรายอย่างไร²⁰

คำว่า "ขืนใจหญิง" หมายความว่า หญิงไม่ยินยอม ซึ่งการไม่ยินยอมของหญิงนี้จะต้องพิจารณาพร้อมกับคำว่า "ใช้อุบายหลอกลวง" ในวรรคสองอันเป็นเหตุเพิ่มโทษด้วย ดังนั้นการไม่ยินยอมของหญิงในที่นี้จึงหมายความว่าความยินยอมโดยถูกหลอกลวงด้วย ซึ่งหากหญิงรู้ความจริงก็จะไม่ยอมให้กระทำชำเรา เช่น ทำให้หญิงเข้าใจผิดคิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นโดยการเข้า

²⁰ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2548), หน้า 357-359.

หาในเวลากลางคืนและอาศัยความมืดทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นสามีจึงยอมให้กระทำชำเรา หรือ อาจเป็นการที่หญิงไม่รู้ว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำชำเรา เช่น เข้าใจผิดว่าเป็นการปฏิบัติทางการแพทย์เพื่อการรักษาโรค เป็นต้น แต่หากเป็นกรณีที่หญิงสมัครใจให้ชายกระทำชำเราโดยความสมัครใจนั้นเกิดจากความหลงเชื่อของหญิงเอง เช่น เชื่อว่าชายจะเลี้ยงดูเป็นภรรยาแต่ภายหลังไม่ได้รับการเลี้ยงดู เช่นนี้ไม่ถือเป็นการขืนใจตามมาตรา²¹ จะเห็นได้ว่าความยินยอมในการกระทำชำเราของหญิงถือเป็นสาระสำคัญของความผิดฐานนี้ กล่าวคือ หากหญิงยินยอมให้กระทำชำเราก็ไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่หากหญิงไม่ยินยอมแล้วก็คือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่หากกรณีเป็นการกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 13 ปี กฎหมายถือว่าเด็กเหล่านี้ยังเป็นบุคคลผู้ไม่รู้เพียงสา ยังไม่มีอำนาจในการให้ความยินยอม ความยินยอมของเด็กหญิงจึงมิใช่สาระสำคัญของความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิง ดังนั้นแม้เด็กหญิงจะยินยอมให้กระทำชำเราหรือไม่ก็ถือเป็นความผิดตามกฎหมายทั้งนั้นเนื่องจากกฎหมายประสงค์คุ้มครองเด็กหญิงจากการถูกล่วงลวงให้ยินยอมให้กระทำชำเรา

คำว่า "ทำชำเรา" หมายความว่า การร่วมประเวณีกันอย่างปกติธรรมดา ระหว่างชายหญิงโดยจะเป็นความผิดสำเร็จก็ต่อเมื่ออวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงแม้จะเป็นเพียงแค่เล็กน้อยเพียงใดและไม่ว่าน้ำอสุจิของชายจะมีการเคลื่อนที่หรือไม่ก็ตาม

เมื่อพิจารณาโดยรวมแล้วการข่มขืนกระทำชำเราก็คือ การที่ชายร่วมประเวณีกับหญิงโดยขืนใจหญิงซึ่งอาจเป็นการกระทำโดยใช้กำลังกาย ใช้วาจา กริยาท่าทางขู่เข็ญว่าจะทำร้ายหรือให้อุบายหลอกลวงอย่างใดๆ หากเป็นการกระทำระหว่างชายกับชาย ชายกับหญิงโดยทางอื่น นอกจากทางอวัยวะเพศหญิง หรือคนกับสัตว์ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้บัญญัติความผิดไว้โดยเฉพาะคือความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะเป็นความผิดสำเร็จก็ต่อเมื่ออวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงไม่ว่าจะล่วงล้ำเล็กน้อยเพียงใดก็ตาม หากยังไม่มีการล่วงล้ำเกิดขึ้นก็ยังไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่อาจเป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราหรือความผิดฐานกระทำอนาจารได้แล้วแต่กรณี

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 357-359.

2. ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายลักษณะอาญา

ร.ศ. 127

ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายใช้คำว่า "ผู้ใด" ซึ่งต่างจากในสมัยเดิมที่มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นชายเท่านั้น แสดงว่าผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 อาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้ แต่โดยลักษณะของการกระทำชำเราแล้วผู้หญิงมีอาจเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดฐานนี้โดยตรงได้แต่ก็อาจกระทำความผิดฐานนี้ในลักษณะของตัวการร่วมกับชายในการกระทำความผิดได้ เช่น การที่หญิงช่วยจับแขนขาของหญิงอีกคนหนึ่งเพื่อให้ชายกระทำชำเรา ก็ถือเป็นตัวการร่วมกับชายในการกระทำความผิด²² เป็นต้น

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลบางประเภทตามที่มาตรา 247²³ บัญญัติไว้คือ บิดามารดา ปู่ย่าตายาย ครูบาอาจารย์ที่รับเลี้ยงผู้ถูกกระทำร้ายไว้ หรือเจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ปกครองรักษาผู้ถูกกระทำร้าย จะต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสามส่วน โดยมาตรา 247 นี้เป็นเหตุที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้นของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงตามมาตรา 243, ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 13 ปีตามมาตรา 244, ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีตามมาตรา 245 และความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคลอายุเกินกว่า 13 ปีตามมาตรา 246 โดยสาเหตุที่มาตรา 247 บัญญัติเพิ่มโทษแก่บุคคลเหล่านี้ก็เนื่องมาจากว่าบิดามารดา หรือปู่ย่าตายายถือเป็นบุพการีของผู้ถูกกระทำสืบสายโลหิตตรงขึ้นไปซึ่งไม่สมควรที่จะกระทำเช่นนี้กับลูกหลานของตนเองอยู่แล้ว ส่วนครูบาอาจารย์ต้องเป็นครูอาจารย์ที่กระทำแก่ศิษย์ผู้อยู่ในความดูแลของตน ถือเป็นโอกาสที่ตนได้ปกครองดูแลศิษย์มากกระทำความผิด และเจ้าพนักงานก็ต้องเป็นการกระทำแก่บุคคลที่อยู่ในความปกครองของตนโดยตรงอันเป็นการอาศัยโอกาสในการที่ตนมีตำแหน่งหน้าที่ในการกระทำความผิดทั้งที่ควรจะเป็นที่พึงของประชาชน

²² หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 10 ปรับปรุงใหม่ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 167.

²³ มาตรา 247 บัญญัติว่า "ความผิดอย่างใดใดที่เข้ามาในมาตรา 243, 244, 245 และ 246 นั้น ถ้าผู้กระทำเป็นบิดามารดาหรือปู่ย่าตายายก็ดี ครูบาอาจารย์ที่รับเลี้ยงผู้ถูกกระทำร้ายไว้ก็ดี เจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ปกครองรักษาผู้ถูกกระทำร้ายก็ดี ท่านว่าระวางโทษของมันผู้กระทำความผิดหนักกว่าที่บัญญัติไว้ใน 4 มาตราที่ว่ามานั้นหนึ่งในสามส่วน

3. ผู้ถูกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายลักษณะ อาญา ร.ศ. 127

ผู้ถูกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายใช้คำว่า "หญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนเอง" หมายความว่า ผู้ถูกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จะต้องเป็นหญิงและหญิงนั้นจะต้องมิใช่ภรรยาของผู้กระทำ ความผิด โดยภรรยาในที่นี้หมายความว่าถึงภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย

กล่าวโดยสรุป ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ยังคงความหมายเดิมของการข่มขืนกระทำชำเรา กล่าวคือ เป็นการที่ชายร่วมประเวณีกับหญิงโดยขืนใจหญิง และหญิงนั้นจะต้องมิใช่ภรรยาของตน ซึ่งจะถือเป็นความผิดสำเร็จก็ต่อเมื่ออวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงไม่ว่าจะล่วงล้ำเข้าไปมากน้อยเพียงใดก็ตาม แต่ในส่วนของผู้กระทำความผิดนั้นมีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างออกไปคือจากคำว่า "ชายใด" เป็นคำว่า "ผู้ใด" ซึ่งหมายความว่าผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายลักษณะอาญาอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้ โดยหญิงอาจเป็นตัวการร่วมได้แต่ด้วยลักษณะของการกระทำชำเราแล้วทำให้หญิงไม่อาจเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดฐานนี้โดยตรงได้

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้ให้ความคุ้มครองกับตัวหญิงผู้ถูกระทำในฐานะเป็นผู้เสียหายโดยตรงจากการกระทำความผิด และเป็นการคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศของหญิง อย่างไรก็ตามกฎหมายก็ยังคงให้ความสำคัญกับสถาบันครอบครัวโดยเห็นว่าการที่สามีร่วมประเวณีกับภรรยาโดยภรรยาไม่ยินยอมนั้น ไม่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเพราะการเป็นสามีภรรยากันย่อมจะต้องมีการร่วมประเวณีกันเป็นเรื่องธรรมดา แต่สามีภรรยาในที่นี้จะต้องเป็นสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย

จากที่กล่าวมา จะเห็นได้ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามีขอบเขตของการกระทำเฉพาะที่เป็นกรกระทำของชายที่กระทำต่อหญิงในลักษณะของการร่วมประเวณีแบบธรรมดาคืออวัยวะเพศชายต้องล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง แต่หากเป็นการกระทำของชายกับชาย ชายกับหญิงโดยทางอื่นนอกจากทางอวัยวะเพศหญิง หรือคนกระทำกับสัตว์ เหล่านี้ไม่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้บัญญัติความผิดสำหรับการกระทำที่ผิดธรรมดาเหล่านี้โดยเฉพาะนอกเหนือจากความผิดฐานกระทำอนาจาร คือ ความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

การกระทำชำเราผิดธรรมตามนุษย์บัญญัติไว้ในมาตรา 242 ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดทำชำเราผิดธรรมตามนุษย์ ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดี หรือทำชำเราด้วยสัตว์
เดียรฉานก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้
ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

การกระทำชำเราผิดธรรมตามนุษย์ หมายความว่า ฝ่ายหนึ่งต้องใช้อวัยวะสืบพันธุ์
จะเป็นการกระทำระหว่างชายต่อชาย เช่น ทำชำเราโดยเวจมรรค หรือระหว่างหญิงกับชายในทาง
อื่นนอกจากทางสังวาส หรือระหว่างหญิงหรือชายกับสัตว์เดรัจฉาน ส่วนการกระทำระหว่างหญิง
กับหญิงที่เรียกกันว่าเล่นเพื่อน กฎหมายต่างประเทศไม่ถือว่าชำเราผิดธรรมตามนุษย์ และ
ความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมตามนุษย์จะเป็นความผิดสำเร็จเมื่ออวัยวะสืบพันธุ์เข้าไปใน
ร่างกายของคนหรือสัตว์ ไม่ว่าน้ำอสุจิจะเคลื่อนหรือความใคร่ได้บำบัดแล้วหรือไม่²⁴ โดยผู้ที่กระทำ
ชำเราโดยผิดธรรมตามนุษย์นั้นจะมีความผิดตามมาตรานี้ด้วยกันทั้งผู้กระทำและผู้ที่ยินยอมให้
กระทำ และแม้จะเป็นการกระทำในระหว่างสามีภรรยา ก็ถือเป็นความผิดแต่หากเป็นการที่ฝ่ายใด
ฝ่ายหนึ่งถูกบังคับให้กระทำก็อาจยกเป็นข้อแก้ตัวได้

ลักษณะของการกระทำชำเราผิดธรรมตามนุษย์นั้นเกิดขึ้นในสังคมไทยมาช้านาน
แล้วดังจะเห็นได้จากในสมัยกฎหมายตราสามดวงได้มีปรากฏเป็นข้อห้ามอยู่ แต่ก็มีบัญญัติไว้
เป็นความผิดอาญาอย่างชัดเจน จะมีโทษก็แต่เฉพาะกรณีหญิงชาววังมีความสัมพันธ์ทางเพศ
กันเองกับหญิงด้วยกันหรือที่เรียกว่า “การเล่นเพื่อน” เท่านั้น ส่วนการห้ามการเสพเมถุนธรรมทาง
มุกขมรรคหรือเวจมรรคก็เป็นแนวความคิดในพระพุทธศาสนาที่มีเบญจศีลและเบญจธรรมและ
ต้องการให้ประชาชนรักษาศีลซึ่งก็ไม่มีกำหนดโทษของการละเมิดศีลไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่าง
ใด เพียงแต่ระบุไว้เป็นการทั่วไปว่า “ถ้าแลผู้ใดมิได้กระทำตามพระราชกำหนดนี้ จะเอาผู้นั้นเป็น
โทษตามโทษานุโทษ” การกระทำชำเราผิดธรรมตามนุษย์ได้รับการบัญญัติเป็นความผิดอย่าง
ชัดเจนครั้งแรกโดยแยกออกจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร
ในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 โดยใช้ชื่อว่า “ความผิดฐานกระทำชำเรา
ทางเวจมรรคหรือกระทำชำเรากับสัตว์” และต่อมาก็มีปรากฏในประมวลกฎหมายลักษณะอาญา
ร.ศ. 127 แต่ได้เปลี่ยนมาใช้ชื่อว่า “ความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมตามนุษย์” ซึ่งมีขอบเขตของการ
กระทำความผิดกว้างกว่าแทน โดยมีการให้เหตุผลตามตำรากฎหมายสำหรับการที่กฎหมาย
บัญญัติให้การกระทำในลักษณะนี้เป็นความผิดเอาได้ว่า การกระทำชำเราผิดธรรมตามนุษย์นั้นถือ

²⁴ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, พิมพ์ครั้งที่ 6
(กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2548), หน้า 357.

เป็นการถ่วงความเจริญของบ้านเมืองในทางอ้อมและในยุคสมัยนั้นประชากรก็มีจำนวนน้อย หากมีการร่วมประเวณีแบบผิดธรรมชาติเช่นนี้จะทำให้ไม่มีประชากรเพิ่มขึ้นอันเป็นการเสียพืชพันธุ์ไปโดยไร้ประโยชน์²⁵ แต่หากกระทำตามมนุษย์ทั้งหลายแล้วก็จะได้พลเมืองเพิ่มมากขึ้นและสามารถสร้างความเจริญให้แก่บ้านเมืองได้มากขึ้น ส่วนการกระทำชำเราด้วยสัตว์เดรัจฉานนั้นก็เป็นการผิดวิสัยธรรมตามมนุษย์ เป็นการอุบาทว์เลวทราม เนื่องจากการถ่อมตนล้องเสพย์กับสัตว์เป็นการกระทำที่น่าอัปอายอย่างยิ่ง

ความผิดฐานทำชำเราผิดธรรมตามมนุษย์นี้มีลักษณะตรงกับหลักความรับผิดชอบ Sodomy ของตะวันตกโดยในตะวันตกไม่ถือว่าการมีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างหญิงกับหญิงเป็นความผิดแต่เอาผิดกับบุคคลที่ประพฤตินั้นเป็นพวกรักร่วมเพศที่เป็นชายกับชาย ส่วนในประเทศไทยให้ความสนใจกับการกระทำระหว่างหญิงกับหญิงที่เรียกว่า "การเล่นเพื่อน" ด้วยซึ่งน่าจะเป็นเพราะความแตกต่างทางด้านวัฒนธรรมของตะวันตกกับตะวันออก โดยท่านอาจารย์ กิตติศักดิ์ ปรกติ ได้ให้ความเห็นในเรื่องนี้เอาไว้ว่า²⁶

"แนวความคิดในเรื่องนี้น่าจะมาจากในสมัยโบราณทหารยิวมีความจำเป็นต้องออกศึกอยู่ตลอดเวลาจึงไม่มีเวลาอยู่กับครอบครัวซึ่งตามความเชื่อในการสงครามจะมีชัยชนะได้ก็ต่อเมื่อมีพระเจ้าเป็นเจ้าเสด็จไปกับกองทัพหากพระเจ้าทรงพิโรธก็จะเสด็จไปจากพวกเขาและทำให้ต้องพ่ายแพ้แก่ศัตรู ซึ่งการสมสู่กับคนเพศเดียวกันเป็นสิ่งที่พระเจ้าผู้เป็นเจ้าถือเป็นสิ่งลามกอย่างยิ่งเป็นกาสิบ้านกาสิเมืองและทำให้แผ่นดินต้องรับโทษจึงจำเป็นต้องห้ามบรรดาทหารที่ออกรบมีความสัมพันธ์กันเองอันจะทำให้พระเจ้าทรงพิโรธและเสด็จไปจากพวกเขาอันจะทำให้ต้องพ่ายแพ้สงคราม ส่วนในทางตะวันออกนั้นไม่มีการออกศึกบ่อยเหมือนทางตะวันตกแต่ชาวตะวันออกมีวัฒนธรรมที่มีภรรยาหลายคนจึงต้องมีข้อห้ามไม่ให้ภรรยาของตนมีความสัมพันธ์กันเองหรือที่เรียกว่า "การเล่นเพื่อน" อันถือเป็นการนอกใจสามี"

ความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมตามมนุษย์ในประเทศไทยได้ถูกยกเลิกไปเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาโดยมีการให้เหตุผลในทางตำรากฎหมายว่าที่มีได้มีการบัญญัติให้การกระทำเช่นนี้เป็นความผิดเพราะไม่ค่อยมีคดีประเภทนี้เกิดขึ้นและไม่สมควรนำมาบัญญัติไว้โดยขัดแย้งเนื่องจากเรื่องเช่นนี้ถือเป็นเรื่องน่าอัปอายแก่ประเทศชาติทำให้ดูคล้ายกับว่า

²⁵ อ๋ามาตยโท พระอินทรปรีชา (เหยียน เลขะวณิซ), คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2470), หน้า 1109.

²⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ, "ตำนานรักร่วมเพศ", วารสารนิติศาสตร์ 2 (2526), หน้า 95.

ประเทศไทยมีการกระทำผิดเช่นนี้มากจึงต้องบัญญัติห้ามไว้ ซึ่งในขั้นตอนการพิจารณาร่างกฎหมายมีความเห็นว่าเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคลและการฟ้องร้องทำให้เกิดความอับอายแก่ผู้ถูกฟ้องร้องมากประกอบกับมีคดีเกิดขึ้นน้อยมาก²⁷ นอกจากนี้ยังมีความเห็นของอนุกรรมการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายบางท่านที่น่าสนใจ เช่น หม่อมเจ้าสกลวรรณกร วรวรรณ ที่เห็นว่าการซ้ำเราของเพศเดียวกันหรือ Homo-Sexual ไม่ใช่ผิดธรรมดาตามมนุษย์แต่เป็นธรรมดาตามมนุษย์บางพวก²⁸ ในเรื่องนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าบทบัญญัติกฎหมายจะบัญญัติให้สอดคล้องกับสภาพสังคมในสมัยนั้นๆ เช่นในสมัยก่อนเพื่อเป็นการป้องกันมิให้หญิงสาววังมีความสัมพันธ์กันจึงมีการกำหนดข้อห้ามที่เรียกว่า "การเล่นเพื่อน" ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงสภาพสังคมในปัจจุบันบุคคลมีเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนได้ไม่ว่าจะในรูปแบบใด หากการกระทำนั้นเกิดจากความยินยอมและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีงามของประชาชนและมิได้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่สังคมแต่ประการใดแล้วก็ไม่พึงกำหนดเป็นข้อห้ามและมีความผิดทางอาญา จึงเป็นการสมควรแล้วที่ยกเลิกความผิดฐานนี้ แต่หากการกระทำเหล่านี้เกิดจากการบังคับข่มขืนใจให้กระทำก็สมควรที่จะมีการบัญญัติเป็นความผิดโดยเฉพาะไว้

3.1.5 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา

ในปี พ.ศ. 2499 ประเทศไทยได้ปรับปรุงกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 อีกครั้ง โดยในช่วงแรกจะเป็นการพยายามแก้ไขบทบัญญัติที่มีอยู่แต่เดิมให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นและนำแนวคิดใหม่ๆ มาบัญญัติไว้เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพบ้านเมืองที่เปลี่ยนแปลงไป แต่เมื่อดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมไปได้สักระยะหนึ่ง คณะอนุกรรมการจึงเห็นควรยกร่างกฎหมายอาญาขึ้นใหม่ น่าจะเหมาะสมกว่าการใช้วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้เหตุผลไว้ตอนหนึ่งว่า²⁹

"การร่างประมวลกฎหมายอาญาราวนี้ไม่ใช่การแก้ไขเพิ่มเติม การที่ไม่แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญาเป็นมาตราๆ ไปก็เพราะถ้าจะแก้ไขเพิ่มเติมเป็นมาตราๆ ไปก็

²⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, "รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 47, 150/2542", 4 พฤศจิกายน 2482.

²⁸ เรื่องเดียวกัน.

²⁹ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา, (พระนคร: ดวงดาว, 2500), หน้า 194-195.

จะต้องรักษาโครงสร้างของกฎหมายอาญาเดิมซึ่งยากที่จะแก้ไขให้ดีขึ้นได้ เปรียบก็เหมือนเอาผ้ามาปะรูขาดของมุ้งเก่าๆ ซึ่งผู้ซื้อผ้ามาตัดเป็นมุ้งใหม่ทั้งมุ้งไม่ได้ นอกจากนี้ถ้าจะแก้ไขใหม่ก็ต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติเดิมมีข้อขาดตกบกพร่องอย่างไร บทบัญญัติที่จะนำมาใส่ใหม่มีประโยชน์อย่างไร เพราะไม่ใช่ว่าจะอะไรที่เป็นของใหม่และปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาต่างประเทศจะเป็นประโยชน์หรือเหมาะสมกับประเทศไทยเสมอไป เพราะสภาพการณ์ไม่เหมือนกัน"

ในที่สุดก็ได้มีการร่างประมวลกฎหมายอาญาขึ้นใหม่จนกระทั่งเป็นประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันที่ประกาศใช้และให้มีผลบังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2500 กฎหมายลักษณะอาญาจึงถูกยกเลิกไป โดยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในขณะนั้นบัญญัติอยู่ในลักษณะ 9 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ

3.1.5.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา (ก่อนปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา)

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแยกออกเป็นสองลักษณะ คือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงตามมาตรา 276 และความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิงตามมาตรา 277 ซึ่งมีข้อความดังนี้

มาตรา 276 บัญญัติว่า "ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต"

มาตรา 277 บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีภริยาของตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำมีความผิดตามวรรคแรกหรือวรรคสองได้กระทำโดยร่วมกระทำ ความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโหมเด็กหญิงและเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคแรก ถ้าเป็นการกระทำที่ชายกระทำกับเด็กหญิงอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นยินยอม และภายหลังศาลอนุญาตให้ชายและเด็กหญิงนั้นสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่างที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำผิดนั้นไป”

สำหรับการพิจารณาว่าบุคคลใดจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาหรือไม่นั้น ประการแรกจะต้องมีการกระทำของบุคคลนั้นเกิดขึ้น กล่าวคือ มีการเคลื่อนไหวร่างกายหรือการไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก เมื่อมีการกระทำแล้วก็ต้องพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลนั้นครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ หากการกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในและไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษ บุคคลนั้นก็ต้องรับผิดชอบในทางอาญา

องค์ประกอบของความผิดนั้นโดยหลักแล้วประกอบด้วยองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน ในส่วนขององค์ประกอบภายในก็คือเรื่องของเจตนา ส่วนองค์ประกอบภายนอกนั้น คือสิ่งที่อยู่ภายนอก สามารถมองเห็นหรือสัมผัสได้ ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 3 ส่วน³⁰ คือ ผู้กระทำ, การกระทำ และวัตถุแห่งการกระทำ โดยจะขอแยกอธิบายดังนี้

1. **ผู้กระทำ** ความผิดอาญาโดยทั่วไปจะขึ้นต้นด้วยคำว่า “ผู้ใด” ซึ่งหมายความว่า เป็นความผิดที่บุคคลทั่วไปเป็นผู้กระทำ ความผิดได้ แต่ในความผิดอาญาบางฐานได้กำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำ ความผิดไว้ ดังนั้นผู้กระทำในความผิดลักษณะนี้จะต้องมีคุณสมบัติพิเศษตามที่กฎหมายกำหนดไว้จึงจะเป็นผู้ลงมือกระทำ ความผิดได้ ตัวอย่างเช่น ความผิดที่ขึ้นต้นด้วยคำว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าของพนักงาน” เป็นต้น โดยความผิดที่มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำ ความผิดไว้จะมีผลในการพิจารณาเรื่องตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน กล่าวคือ บุคคลที่ไม่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ไม่อาจเป็นผู้ลงมือกระทำ ความผิดได้ เมื่อไม่อาจเป็นผู้ลงมือได้ก็ไม่อาจเป็นตัวการได้ หากมีการกระทำร่วมกันและมีเจตนา ร่วมกันกับผู้มีความผิดในการกระทำ ความผิดนั้นๆ บุคคลอื่นนั้นก็เป็นได้แค่เพียงผู้สนับสนุนเท่านั้น และเมื่อเป็นตัวการไม่ได้ก็ไม่

³⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร : จีระวิชาการพิมพ์, 2549), หน้า 121-122.

สามารถเป็นผู้ใช้ได้ ซึ่งสามารถแบ่งประเภทของผู้กระทำความผิดอาญาออกได้เป็น 3 ประเภท³¹ คือ ผู้กระทำความผิดเอง, ผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม และผู้ร่วมในการกระทำความผิด โดยจะแยกพิจารณาดังนี้

ผู้กระทำความผิดเอง หมายความว่าผู้กระทำความผิดเองโดยตรง เช่น แต่งตั้งการฆ่าดำจึงให้ปืนยิงดำตาย แต่งก็เป็นผู้กระทำความผิด หรืออาจเป็นการใช้สิ่งอื่นเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด เช่น สัตว์ที่ได้รับการฝึกมาอย่างดี

ผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม³² สำหรับผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อมนั้นมิได้หลายกรณีด้วยกัน ตัวอย่างเช่น ผู้ที่ใช้หรือหลอกให้บุคคลซึ่งมีการกระทำตามมาตรา 59 ให้กระทำความผิดโดยผู้ถูกใช้ หรือถูกหลอกไม่ต้องรับผิดฐานกระทำโดยเจตนา เพราะไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดนั้นๆ หรือมีกฎหมายยกเว้นความผิดที่กระทำโดยเจตนา นั้น³³

ผู้ร่วมกระทำความผิด หมายความว่าผู้ที่เกี่ยวข้องในการกระทำความผิดตั้งแต่สองคนขึ้นไป ซึ่งอาจเป็นตัวการ(มาตรา 83), ผู้ใช้(มาตรา 84) หรือผู้สนับสนุน(มาตรา 86) ก็ได้³⁴

2. การกระทำ สำหรับองค์ประกอบภายนอกของความผิดอีกอย่างหนึ่งก็คือการกระทำ โดยการกระทำของผู้กระทำจะต้องถึงขั้นที่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ผู้กระทำจึงจะต้องรับผิดในทางอาญา ซึ่งโดยหลักแล้วการกระทำจะต้องถึงขั้นลงมือกระทำความผิดจึงจะต้องรับผิด เช่น ความผิดตามมาตรา 288 การกระทำคือการฆ่า และผู้กระทำจะต้องรับผิดต่อเมื่อมีการลงมือฆ่าแล้ว อย่างไรก็ตามการกระทำก่อนขั้นลงมือในบางกรณีผู้กระทำก็อาจจะต้องรับผิดในทางอาญาแล้ว เช่น การเตรียมการกระทำความผิดในบางกรณี เช่น การเตรียมวางเพลิงเผาทรัพย์ตามมาตรา 219 เป็นต้น

3. วัตถุประสงค์การกระทำ หมายความว่าถึงสิ่งทีผู้กระทำมุ่งหมายกระทำต่อ เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาตามมาตรา 288 วัตถุประสงค์การกระทำก็คือ "ผู้อื่น" หรือความผิดตามมาตรา 218 (1) วัตถุประสงค์การกระทำก็คือโรงเรียนของผู้อื่น เป็นต้น

³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 122.

³² คำนี้ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย เริ่มใช้ ดูได้จาก หยุด แสงอุทัย, "ผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม," บทบัณฑิตย 21 (กรกฎาคม 2506), น. 575.

³³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 123-130.

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 130.

สำหรับองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอาจแยกอธิบายได้ดังต่อไปนี้

ก. ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา (ก่อนปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา)

ความผิดอาญาบางฐาน กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของ "ผู้กระทำ" ไว้ว่าต้องเป็นบุคคลประเภทใด บุคคลอื่นๆ ซึ่งไม่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ไม่อาจเป็น "ผู้ลงมือ" กระทำความผิดได้ เมื่อไม่อาจเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดได้ก็ไม่อาจเป็น "ตัวการ" ในการกระทำความผิดนั้นได้ หากมีการกระทำร่วมกันและมีเจตนา ร่วมกันกับผู้มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (ก่อนปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา) มิได้กำหนดคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิดไว้เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า "ผู้ใด" ดังนั้น ความผิดฐานนี้ บุคคลใดๆ ไม่ว่าจะเป็นผู้ชาย ผู้หญิง หรือผู้ชายที่เป็นสามีของผู้หญิงที่ถูกกระทำ ก็อาจเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดได้เพราะต่างก็เป็น "ผู้ใด" ด้วยกันทั้งสิ้น อย่างไรก็ตามหากเป็นกรณีที่เป็นสามีของหญิงเป็นผู้ลงมือกระทำ การกระทำจะไม่เป็นความผิดเพราะขาดองค์ประกอบภายนอกเนื่องจาก มาตรา 276 บัญญัติถึงผู้ถูกกระทำไว้ว่าจะต้องเป็น "หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน" ดังนั้นแม้สามีจะเป็น "ผู้ลงมือกระทำ" ได้ การกระทำของสามีก็ไม่เป็นความผิดเพราะผู้ถูกกระทำเป็นภริยาของตน หรือหากเป็นกรณีที่หญิงเป็นผู้กระทำต่อหญิงด้วยกัน แม้หญิงจะเป็นผู้ลงมือกระทำได้เพราะหญิงก็ถือเป็น "ผู้ใด" แต่การกระทำของหญิงนั้นไม่เป็นความผิดฐานนี้เพราะการข่มขืนกระทำชำเราตาม แนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้วางหลักเอาไว้ว่าหมายรวมถึง การที่ชายร่วมประเวณีกับหญิงตาม ธรรมชาติโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม และความผิดจะสำเร็จก็ต่อเมื่ออวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปใน อวัยวะเพศหญิง ดังนั้นผู้กระทำความผิดฐานนี้จึงต้องเป็นผู้ชายเท่านั้น ส่วนผู้หญิงนั้นโดยสภาพ ของการกระทำชำเรา ผู้หญิงไม่อาจเป็นผู้ลงมือกระทำชำเราโดยลำพังได้แต่เมื่อความผิดฐานนี้ได้ มิได้มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำไว้ผู้หญิงจึงอาจเป็นผู้ลงมือกระทำได้ และเมื่อสามารถ เป็นผู้ลงมือกระทำได้ก็สามารถเป็นตัวการร่วมกับผู้ลงมือกระทำความผิดโดยตรงได้ ประกอบกับ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามีใช่ความผิดที่มีผู้กระทำความผิดได้เพียงคนเดียว ความหมาย ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวจึงหมายความว่าผู้ซึ่งลงมือกระทำชำเราโดยตรง เท่านั้นที่จะต้องเป็นผู้ชาย แต่ไม่ได้หมายความว่ารวมถึงผู้ที่ร่วมกระทำความผิดด้วยกันที่มีผู้ลงมือ

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 610.

กระทำซ้ำเราด้วย เพราะผู้ที่ร่วมกระทำความคิดในฐานะตัวการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 นั้นเป็นการร่วมกระทำความคิดด้วยกันโดยมีเจตนาร่วมกันหรือเป็นการร่วมแรงร่วมใจกันกระทำความคิดโดยที่ไม่จำเป็นจะต้องกระทำการอย่างเดียวกันทุกคน กล่าวคือ อาจเป็นการแบ่งงานแบ่งหน้าที่กันทำก็ได้ภายในความคิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราที่ผู้ร่วมกระทำความคิดไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ลงมือกระทำซ้ำเราด้วยกันทุกคน โดยอาจมีการแบ่งหน้าที่กันทำ เช่น คนหนึ่งช่วยจับแขนบ้าง คนหนึ่งช่วยจับขาบ้าง คนหนึ่งลงมือกระทำซ้ำเราบ้าง เป็นต้น ดังนั้นผู้ที่ไม่ได้ลงมือกระทำซ้ำเราก็อาจมีความผิดฐานนี้ได้ในฐานะที่เป็นตัวการและไม่จำเป็นต้องเป็นชายเสมอไป หญิงก็อาจเป็นตัวการในการกระทำความคิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราได้เพราะไม่มีกฎหมายกำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำความคิดไว้ว่าผู้ร่วมกระทำความคิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราต้องเป็นชายทุกคนเสมอไป หากกฎหมายประสงค์จะกำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำความคิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราว่าจำเป็นต้องเป็นชายเท่านั้นก็คงจะใช้คำว่า "ชายใด" แทนคำว่า "ผู้ใด" ดังเช่นความคิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราในอดีตที่ผ่านมาที่เคยใช้คำว่า "ชายใด" ดังนี้ก็จะทำให้หญิงขาดคุณสมบัติและไม่อาจเป็นตัวการในความคิดฐานนี้ได้ สำหรับผู้กระทำที่เป็นสามีของหญิงผู้ถูกระทำก็เช่นเดียวกัน แม้จะไม่สามารถเป็นผู้ลงมือกระทำโดยลำพังได้แต่ก็อาจเป็นตัวการร่วมได้ และเมื่อเป็นตัวการได้ก็ย่อมเป็นผู้ใช้ตามมาตรา 84 ได้³⁶ ตัวอย่างเช่น หากสามีใช้ให้ชายอื่นข่มขืนภริยา สามีก็เป็นผู้ใช้ตามมาตรา 84 ในความคิดตามมาตรา 276 ได้ หรือกรณีผู้หญิงใช้ให้ชายข่มขืนหญิงอื่น ผู้หญิงก็เป็นผู้ใช้ในความคิดตามมาตรา 276 ได้เช่นเดียวกัน

ในส่วนของผู้กระทำความคิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราก็มีนักวิชาการหลายท่านได้ความเห็นเกี่ยวกับผู้กระทำความคิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราไว้ เช่น

ศ.ดร.หยุด แสงอุทัย³⁷ มีความเห็นว่า "กรณีกฎหมายไม่ได้กำหนดคุณสมบัติไว้โดยกฎหมายใช้คำว่า "ผู้ใด" มิได้ใช้คำว่า "ชายใด" ต้องถือว่าหญิงหรือชายก็เป็นตัวการได้เท่าเทียมกันเป็นลักษณะของการแบ่งงานแบ่งหน้าที่กันทำ เมื่อร่วมกระทำความคิดด้วยกันและมีเจตนากระทำความคิดร่วมกัน กฎหมายถือการกระทำของตัวการคนหนึ่งเสมือนเท่ากับเป็นการกระทำของตัวการทุกคน โดยนัยนี้หญิงจึงเป็นตัวการในความคิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราได้"

³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 641.

³⁷ หยุด แสงอุทัย,บุคคลที่ไม่สามารถเป็นตัวการได้ในทางอาญา, บทบัญญัติ, เล่ม 20 ตอน 4, หน้า 785-786.

ศ.จิตติ ดิงศภัทย์³⁸ มีความเห็นว่า "โดยสภาพผู้ลงมือกระทำมิได้แต่ชาย การกระทำระหว่างหญิงต่อหญิง หรือชายต่อชายจึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่ก็มีได้หมายความว่ามีความผิดได้แต่เฉพาะชายเท่านั้น หากมีผู้ร่วมกระทำผิดผู้อื่นก็อาจเป็น ตัวการด้วยได้"

ศ.ธานินทร์ กรัยวิเชียร³⁹ มีความเห็นว่า "ถ้อยคำในมาตรา 276 ที่ว่า "... กระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน..." ถ้อยคำนี้ชัดเจนว่าผู้ใดนี้เฉพาะผู้กระทำชำเราต้องเป็น ชายเท่านั้น ส่วนหญิงไม่สามารถลงมือข่มขืนกระทำชำเราเองได้ ซึ่งเป็นไปตามลักษณะทาง กายภาพของหญิง"

อาจารย์สุบิน พูลพัฒน์⁴⁰ มีความเห็นว่า "โดยหลักแล้วหญิงในฐานะ ส่วนตัวไม่สามารถกระทำชำเราได้เลยและชายจะเป็นผู้เสียหายเพราะถูกหญิงกระทำชำเราไม่ได้ ตูจกัน"

นอกจากนี้ยังมีปัญหาที่น่าพิจารณารว่าหญิงที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ เป็นชายโดยวิธีศัลยกรรมแปลงเพศ (Sexually Transplant) จะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หญิงอื่นได้หรือไม่ สำหรับปัญหานี้ในปัจจุบันมีความก้าวหน้าทางด้านศัลยกรรมอย่างมากโดย ศัลยแพทย์สามารถทำการผ่าตัดต่อเติมส่วนที่มีลักษณะคล้ายอวัยวะเพศของชายติดเข้าไปซึ่งทำให้หญิงที่ได้รับการผ่าตัดสามารถร่วมเพศได้อย่างชายเพียงแต่ไม่อาจมีลูกอันตะที่ใช้ผลิตเชื้ออสุจิ ในการสืบพันธุ์ได้ ดังนั้นตามกฎหมายจึงยังไม่ถือว่าหญิงที่แปลงเพศแล้วเป็นชายโดยสมบูรณ์ เมื่อ เป็นเช่นนี้หากหญิงที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้วได้กระทำการบังคับขู่เข็ญเพื่อร่วมเพศกับหญิง อื่นก็ไม่มี ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่อาจเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร ทำร้ายร่างกาย หรือทำให้เสื่อมเสียเสรีภาพเท่านั้น สำหรับในประเทศไทยยังไม่ปรากฏกรณีหญิงเข้ารับผ่าตัด แปลงเพศเป็นชายอย่างแพร่หลายนักแต่หากมีปรากฏขึ้นก็ถือได้ว่าเป็นปัญหาใหญ่ของสังคมไม่น้อยไปกว่าการข่มขืนกระทำชำเราในกรณีปกติเลยทีเดียวเพราะลักษณะการกระทำและความเสียหายที่เกิดขึ้นก็ไม่ต่างกับการข่มขืนกระทำชำเรามากนัก ซึ่งมีข้อน่าคิดว่าเราควรมีกฎหมาย

³⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1, จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543, หน้า 718.

³⁹ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา, วารสารนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เล่ม 2 ตอน 4, หน้า 70-71.

⁴⁰ สุบิน พูลพัฒน์, คำอธิบายกฎหมายอาญาเรียงมาตรา, นิติบรรณาการ พิมพ์ครั้งที่ 16, 2521, หน้า 120.

คุ้มครองหญิงที่ถูกหญิงที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศเป็นชายบังคับขู่เชิญให้ร่วมเพศมากกว่า ความผิดฐานกระทำอนาจารหรือไม่

**ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืน
กระทำชำเรา**

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 805/2490 ผู้ที่ช่วยจับแขนขาหญิงให้ชายอื่น
กระทำชำเรานั้นถือว่าเป็นตัวการในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 250/2510 (ประชุมใหญ่) ความผิดในเรื่อง
ข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดที่ร่วมกันกระทำได้ โดยผู้ร่วมกระทำความผิดมิต้องเป็นผู้ลงมือ
กระทำชำเราด้วยกันทุกคน เพียงแต่คนใดคนหนึ่งกระทำชำเรา ผู้ที่ร่วมกระทำความผิดทุกคนก็มี
ความผิดฐานเป็นตัวการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 แล้ว และตามประมวลกฎหมาย
อาญา มาตรา 276 หาได้บัญญัติให้ลงโทษแต่เฉพาะผู้ชายเท่านั้น ฉะนั้นแม้จำเลยที่ 2 จะเป็นหญิง
เมื่อฟังได้ว่าสมคบกับจำเลยที่ 1 ร่วมกันกระทำความผิด ศาลก็ลงโทษฐานเป็นตัวการได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 29/2524 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ผู้
ร่วมกระทำความผิดไม่จำเป็นต้องลงมือกระทำชำเราด้วยกันทุกคน หาได้บัญญัติลงโทษเฉพาะชาย
เท่านั้นไม่ หญิงซึ่งร่วมกระทำความผิดกับชายผู้กระทำชำเราก็นับเป็นตัวการด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4796/2530 แม้จำเลยที่ 1 จะมีได้ข่มขืนกระทำ
ชำเราผู้เสียหาย แต่การที่จำเลยที่ 1 พาผู้เสียหายไปให้พวกของตนข่มขืนกระทำชำเราเสร็จแล้วจึง
พาผู้เสียหายกลับไป ถือได้ว่าจำเลยที่ 1 ร่วมกับพวกกระทำความผิดฐานร่วมกันข่มขืนกระทำ
ชำเราผู้เสียหายอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง

กล่าวโดยสรุปคือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมาย
อาญา(ก่อนปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา) ในส่วนของผู้กระทำความผิดนั้นกฎหมายใช้
คำว่า "ผู้ใด" อันแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำความผิดจะเป็นชายหรือหญิงก็ได้ แต่โดยสภาพของการ
กระทำชำเราที่จะต้องปรากฏว่าขาของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด
หรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงจึงจะถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ผู้ลงมือกระทำความผิด
ฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยตรงจึงมีได้แต่ผู้ชายเท่านั้นแต่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอาจมีผู้
ร่วมกระทำความผิดที่มีได้ลงมือกระทำชำเราได้ ดังนั้นบุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิงก็ตาม
แม้จะมีได้ลงมือกระทำชำเราด้วยแต่ได้สมคบกันกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและมีการ
แบ่งหน้าที่กันกระทำความผิด เช่น จับแขนบ้าง จับขาบ้าง ก็จะต้องร่วมรับผิดชอบฐานข่มขืนกระทำ

ข้าเราด้วยฐานเป็นตัวการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 และเมื่อเป็นตัวการได้ก็ย่อมเป็นผู้ใช้ตามมาตรา 84 ได้

ข. การกระทำในความผิดฐานข่มขืนกระทำข้าเราตามประมวลกฎหมายอาญา (ก่อนปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำข้าเรา)

สำหรับองค์ประกอบในส่วน "การกระทำ" ของความผิดฐานข่มขืนกระทำข้าเราก็คือการข่มขืนกระทำข้าเรา ซึ่งคำว่า "ข่มขืน" หมายความว่า การใช้กำลังให้ทำตามใจ⁴¹ หรือการใช้กำลัง หรือใช้อำนาจบังคับเอาโดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ยินยอมโดยสมัครใจ หรือไม่สมัครใจ⁴² ดังนั้นการข่มขืนตามมาตรา 276 ย่อมหมายถึง การที่ชายใช้กำลังบังคับหญิงให้ทำตามใจตัวเอง โดยหญิงมิได้ยินยอมโดยสมัครใจ จากความหมายของการข่มขืนนี้แสดงให้เห็นว่าความยินยอมของหญิงผู้ถูกระทำเป็นสาระสำคัญของความผิดฐานนี้ เพราะหากหญิงยินยอมก็ย่อมไม่เป็นการข่มขืนและไม่มี ความผิดฐานข่มขืนกระทำข้าเราตามมาตรา 276 แต่ทั้งนี้ความยินยอมต้องเกิดจากความสมัครใจของหญิง หากยินยอมโดยไม่สมัครใจ หรือไม่อยู่ในฐานะที่จะให้ความยินยอมได้ก็ย่อมเป็นการข่มขืน ซึ่งการพิจารณาในเรื่องความยินยอมของหญิงนั้นต้องสังเกตจากพฤติการณ์ทั้งหลายประกอบกับการสันนิษฐานที่ขาดตามพฤติการณ์ที่ปรากฏ⁴³ แต่ในกรณีที่ผู้ถูกระทำเป็นเด็กหญิงอายุยังไม่เกิน 15 ปี ความยินยอมจะไม่ถือเป็นสาระสำคัญของความผิด กล่าวคือ ไม่ว่าเด็กหญิงจะยินยอมให้กระทำข้าเราหรือไม่ ผู้กระทำก็ยังคงมีความผิดฐานกระทำข้าเราเด็กหญิงตามมาตรา 277 โดยกฎหมายต้องการคุ้มครองเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปีเป็นพิเศษ เพราะเด็กหญิงเหล่านี้อาจถูกล่อลวงให้มีเพศสัมพันธ์ด้วยความยินยอมได้ เนื่องจากยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่างๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษาอบรมและประสบการณ์ไม่เพียงพอที่จะให้ความยินยอมในการกระทำข้าเรา โดยแต่เดิมกฎหมายคุ้มครองเด็กหญิงอายุไม่เกิน 13 ปี แต่ภายหลังได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมความคุ้มครองไปถึงเด็กหญิงอายุกว่า 13 ปีแต่ไม่เกิน 15 ปีด้วยตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530

⁴¹ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2493, หน้า 179.

⁴² จิน ดารา, "ข่มขืนกระทำข้าเรา", บทบัณฑิตย, เล่ม 25, ตอน 1 มกราคม 2511, หน้า 66.

⁴³ พระอินทรปรีชา (เหยียน เลขะวณิช), คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 2 เล่ม 3 (พระนคร : โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2468), หน้า 1108.

การข่มขืนนั้นอาจเกิดจากเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

1. **โดยขู่เชือดด้วยประการใด ๆ** หมายความว่า การทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายไม่ว่าด้วยประการใด ๆ ซึ่งกฎหมายมิได้จำกัดวิธีกระทำไว้ โดยอาจทำการขู่เชือดด้วยวาจา อาวุธ หรือแสดงกิริยาท่าทางประกอบกับพฤติการณ์แวดล้อมเพื่อให้เข้าใจว่าหากไม่ยอมปฏิบัติตามจะเกิดอันตรายได้ เช่น การขู่ว่าจะฆ่า หรือขู่ว่าจะทำร้าย เป็นต้น

2. **โดยใช้กำลังประทุษร้าย** การใช้กำลังประทุษร้ายนั้นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(6) ได้ให้คำนิยามว่าเป็นการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยแรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใดและให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ อันเป็นเหตุให้บุคคลได้อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้ยาทำให้มึนเมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใด อันคล้ายคลึงกัน

3. **โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้** เป็นการทำให้หญิงจำยอมแต่มิใช่โดยใจสมัครโดยภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้นั้นอาจเกิดขึ้นได้หลายกรณี เช่น การให้ยาที่ทำให้หญิงสลบ มึนเมา หรือหญิงไม่อาจช่วยตนเองได้เนื่องจากเป็นอัมพาต หรือวิกลจริต ในประเทศอังกฤษเคยเกิดคดีความเช่นนี้ขึ้นโดยหญิงอายุ 19 ปี มีสติไม่ค่อยสมประกอบได้ซื้อยาเพื่อรักษาเสียงที่คล้ายเสียงเปิดและจำเลยบอกว่าจะต้องทำการผ่าตัดเส้นเสียงธรรมชาติ แต่แท้จริงได้กระทำชำเราหญิง ศาลตัดสินว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁴⁴

4. **โดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น** เป็นการทำให้เกิดความสำคัญผิดในตัวบุคคล มิใช่เพียงสำคัญผิดในคุณสมบัติ ซึ่งโดยมากจะเป็นการทำให้หญิงสำคัญผิดว่าเป็นสามีของตน หรือเป็นเพื่อนชายที่เคยหลับนอนด้วยกัน

ส่วนคำว่า "กระทำชำเรา" กฎหมายมิได้ให้คำนิยามไว้แต่ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ให้ความหมายไว้ว่าเป็นการร่วมประเวณีซึ่งหมายถึงการเสพสังวาส หรือการมีเพศสัมพันธ์กันในระหว่างชายกับหญิงในลักษณะของการร่วมประเวณีกันตามธรรมชาติ⁴⁵ ดังนั้นการกระทำชำเราจึงหมายความว่าร่วมประเวณีตามธรรมชาติระหว่างชายกับหญิงโดยจะเป็นความผิดสำเร็จก็ต่อเมื่ออวัยวะสืบพันธุ์ของชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาส หรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงแล้ว ไม่ว่าจะล่วงล้ำเข้าไปเล็กน้อยเพียงใดก็ตาม และแม้เยื่อพรหมจารีย์จะยังไม่ฉีกขาด หรือชายจะสำเร็จความใคร่หรือไม่ก็ถือเป็นความผิดสำเร็จแล้ว ส่วนการล่วงล้ำของอวัยวะสืบพันธุ์ของชายในทางอื่นนอกจากทางอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง

⁴⁴ R.v. Flattery (1877), 2 Q.B.D. 410, 13 Cox., p.388.

⁴⁵ จิน ดารา, "ข่มขืนกระทำชำเรา", บทบัญญัติ, หน้า 66.

เช่น ทวารหนัก ไม่ถือเป็นการกระทำชำเราแต่อาจมีความผิดฐานกระทำอนาจารได้ (ฎ.1048/2508)

สำหรับความหมายของคำว่า "ข่มขืนกระทำชำเรา" นั้นมีนักวิชาการหลายท่านได้ให้คำจำกัดความเอาไว้ในแง่มุมต่างๆ กัน ดังนี้

"ข่มขืน" หมายความว่า การร่วมเพศกับผู้หญิงโดยที่หญิงนั้นไม่ยินยอม⁴⁶

"ข่มขืน" หมายความว่า การใช้กำลังหรือใช้อำนาจบังคับเอา⁴⁷

"ข่มขืน" หมายความว่า การใช้กำลังบังคับให้มีความสัมพันธ์ในทางเพศต่อบุคคล⁴⁸

"ข่มขืน" หมายความว่า หญิงมิได้ยินยอมโดยสมัครใจ⁴⁹

"ข่มขืน" หมายความว่า ได้กระทำชำเราโดยหญิงมิได้สมัครใจ กรณีหญิงยินยอมย่อมไม่เป็นความผิด แต่ความยินยอมของหญิงวิกลจริตย่อมไม่มีผลเป็นความยินยอม สำหรับหญิงที่เมาสุราหรือติดสุราอาจมีปัญหาเรื่องความยินยอม ส่วน "กระทำชำเรา" หมายความว่า การทำให้ของลับของชายล่วงล้ำเข้าไปในของลับของหญิง⁵⁰

"ข่มขืน" หมายความว่า การข่มขืนใจหรือได้กระทำชำเราโดยหญิงมิได้สมัครใจ "กระทำชำเรา" หมายความว่า เมื่อของลับของชายล่วงล้ำเข้าไปในของลับของหญิงไม่ว่าจะเล็กน้อยเท่าใด ฉะนั้นการที่ผู้กระทำจะสำเร็จความใคร่หรือไม่จึงไม่สำคัญ⁵¹

"ข่มขืน" หมายความว่า ข่มขืนใจซึ่งหญิงนั้นมิได้ยินยอมหรือสมัครใจ การข่มขืนอาจกระทำโดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นคนอื่น "กระทำชำเรา" หมายความว่า การที่ชายร่วมประเวณีกับหญิง กล่าวคือ ของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายต้องล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดหรืออวัยวะ

⁴⁶ อ่างรัง ทศนาญชลี, "เพศกับอาชญากรรม," วารสารสมาคมจิตแพทย์แห่งประเทศไทย 23, ฉบับที่ 3 (กันยายน 2521) : 345-353.

⁴⁷ ไพเนตร ธนาปริวรรณ์, "กฎหมายข่มขืน บทบัญญัติที่ควรพิจารณาแก้ไข," สตรีทัศน์ 1, ฉบับที่ 1 (กุมภาพันธ์-เมษายน 2526) หน้า 65.

⁴⁸ Geles, Richard J., Power, sex, and violence, The Family Coordinator 26, No. 4 (1977): 339-341.

⁴⁹ จิตติ ดิงศภิทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 722.

⁵⁰ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 182.

⁵¹ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 167.

สืบพันธุ์ของหญิงแล้วไม่ว่าจะล่วงล้ำเข้าไปมากน้อยเพียงใดก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว ส่วนชายจะล่วงล้ำสำเร็จความใคร่หรือไม่จึงไม่สำคัญ⁵²

"ข่มขืน" หมายความว่า การที่ชายได้ร่วมประเวณีกับหญิงหรือกระทำชำเราหญิงโดยขืนใจซึ่งหญิงมิได้ยินยอมหรือสมัครใจจะร่วมประเวณีด้วย ส่วน "กระทำชำเรา" หมายความว่า ของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงแล้วไม่ว่าจะล่วงล้ำเข้าไปมากน้อยเพียงใด ข้อสำคัญคือให้ล่วงล้ำเข้าไปก็ถือเป็นความผิดสำเร็จแล้ว ส่วนการจะสำเร็จความใคร่ของชายหรือไม่นั้นไม่สำคัญ⁵³

"ข่มขืน" หมายความว่า เป็นการสะท้อนถึงความสัมพันธ์ของอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างเพศในรูปของผู้แข็งแรงกว่ากระทำต่อผู้อ่อนแอกว่า ทั้งทางร่างกายและทางจิตใจ การข่มขืนมิใช่เรื่องของกบฏความกำหนัดทางเพศเพื่อปลดปล่อยความต้องการทางเพศที่ไม่สามารถหักห้ามได้ แต่เป็นการแสดงอำนาจของชายเหนือสิทธิทางร่างกายของหญิง นอกจากนี้การข่มขืนนับเป็นรูปแบบหนึ่งในหลายรูปแบบที่ชายแสดงความก้าวร้าวและใช้ความรุนแรงต่อหญิงซึ่งมีตั้งแต่การเบียดเสียด การทำอนาจารบนรถเมล์และทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้นถึงขั้นที่ลามีตบตีภริยา การบังคับทารุณกรรมหญิงให้ค้าประเวณีไปจนถึงการบังคับข่มขืนใจให้ร่วมประเวณี⁵⁴

"กระทำชำเรา" หมายความว่า การร่วมประเวณีตามธรรมชาติ⁵⁵

"กระทำชำเรา" หมายความว่า การร่วมประเวณีหรือการล่วงละเมิดทางเพศระหว่างชายและหญิงในลักษณะปกติตามธรรมชาติโดยของลับหรืออวัยวะเพศของชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องลับหรืออวัยวะเพศของหญิงแล้วไม่ว่าจะล่วงล้ำเข้าไปมากน้อยเพียงใด ไม่ว่าชายจะ

⁵² ปริญญา จิตรกรานทีกิจ, ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2534), หน้า 1.

⁵³ สุปิน พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2-3 ภาคความผิด-ลหุโทษ มาตรา 276 ถึง มาตรา 398 ประกอบด้วยคำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ. 2500 ถึง พ.ศ. 2535 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2537), หน้า 1-2.

⁵⁴ ปนัดดา พันธุ์พานิช, "กระบวนการดำเนินคดีละเมิดสิทธิทางเพศ : เฉพาะกรณีข่มขืนกระทำชำเรา", (รายงานการฝึกภาคปฏิบัติ ณ ศูนย์พิทักษ์สิทธิสตรี มูลนิธิเพื่อนหญิง, 2534) หน้า 9.

⁵⁵ กฤตยชญ์ ศิริเขต, กฎหมายอาญา 2 ภาคความผิด (กรุงเทพมหานคร : หนึ่งเจ็ดการพิมพ์, 2525), หน้า 384.

สำเร็จความใคร่หรือเยื่อพรหมจารีหญิงจะขาดหรือไม่ไม่สำคัญ ทั้งนี้เพราะการซ้ำเรามุ่งพิจารณาว่ามีการล่วงล้ำทางประเวณีแล้วหรือไม่ ไม่ได้พิจารณาถึงเรื่องการสืบพันธุ์⁵⁶

"กระทำซ้ำเรา" หมายความว่า การกระทำที่พิสูจน์ได้ว่าอวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของหญิงแม้จะเข้าไปเพียงเล็กน้อยก็ตาม โดยไม่ต้องคำนึงว่าชายได้สำเร็จความใคร่ หลังอสุจิ หรือเยื่อพรหมจารีของหญิงจะฉีกขาดหรือไม่⁵⁷

"ข่มขืนกระทำซ้ำเรา" หมายความว่า การกระทำเยี่ยงปฏิบัติและใช้กำลังของบุคคลหนึ่งกระทำต่ออีกบุคคลหนึ่ง โดยมุ่งประสงค์อำนาจเหนือกว่าด้วยความเลวทราม เป็นการละเมิดและประทุษร้ายต่อร่างกายและชีวิตของบุคคลอื่น⁵⁸

"ข่มขืนกระทำซ้ำเรา" หมายความว่า การที่ชายกระทำการล่วงละเมิดสังวาสกับหญิงในลักษณะของการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ โดยชายใช้อำนาจกระทำ และโดยหญิงไม่สมัครใจ⁵⁹

"ข่มขืนกระทำซ้ำเรา" หมายความว่า การมีความสัมพันธ์ทางเพศโดยปราศจากความยินยอมของอีกฝ่ายหนึ่งโดยการบังคับให้มีเพศสัมพันธ์กับอีกบุคคลหนึ่ง ซึ่งมีอำนาจเหนือกว่าและเป็นผู้ได้เปรียบ⁶⁰

"ข่มขืนกระทำซ้ำเรา" หมายความว่า การร่วมประเวณีกับหญิงซึ่งไม่ใช่ภริยาตนโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม ถ้าหญิงยินยอมก็ไม่ถือว่าเป็นการข่มขืนกระทำซ้ำเรา⁶¹

"ข่มขืนกระทำซ้ำเรา" หมายความว่า การพยายามร่วมเพศโดยฝ่ายหญิงไม่ยินยอมอันเป็นการทำร้ายทางเพศอย่างหนึ่ง⁶²

⁵⁶ Glanville L Williams, *Textbook of Criminal Law* (London: Steven&Son, 1978), P.196.

⁵⁷ มารุต บุญนาค, *ระวางท่านจะถูกข้อหาข่มขืน* (พระนคร : โรงพิมพ์เจริญธรรม, 2509), หน้า 177.

⁵⁸ Naomi Golan, *Treatment in crisis situation* (New York : Collier Macmillan Publisher, 1978), p.206.

⁵⁹ จิน ดารา, "ข่มขืนกระทำซ้ำเรา," *บทบัญญัติ* 25, ตอนที่ 1 (มกราคม 2511) : 66.

⁶⁰ Nicholas Groth, *Men who rape*, 3rd ed. (New York: Plenum Press, 1981), P.3.

⁶¹ โครงการศูนย์กฎหมายสิทธิมนุษยชนและสันติศึกษา สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, *โครงการเผยแพร่กฎหมายที่นำรัฐสำหรับประชาชน เล่มที่ 2 กฎหมายอาญาที่นำรัฐสำหรับประชาชน* (นนทบุรี: นิติศาสตร์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2538), หน้า 44.

"ข่มขืนกระทำชำเรา" หมายความว่า การบังคับขู่脅เพื่อให้เกิดการร่วมประเวณีโดยปราศจากความยินยอมหรือร่วมประเวณีในภาวะที่หญิงมีอาจขัดขืนได้เป็นการกระทำ ความผิดต่อร่างกายในแง่กฎหมายคือล่วงละเมิดสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิง⁶²

นอกจากนี้ศาลฎีกายังได้วางแนวบรรทัดฐานของคำว่า "ข่มขืนกระทำชำเรา" ไว้อีกมากมาย ดังตัวอย่างต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 85/2504 จำเลยได้ลงมือกระทำชำเราผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กหญิงอายุเพียง 4 ปีเศษ แต่อวัยวะสืบพันธุ์ของจำเลยเพียงแต่จรดอยู่บริเวณปากช่องคลอดของผู้เสียหาย มิได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด การกระทำของจำเลยจึงเป็นเพียงพยายามข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509 จำเลยได้กระทำชำเราผู้เสียหายจนของลับของจำเลยได้เข้าไปในของลับของผู้เสียหายราว 1 องคุลี เช่นนี้ ถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จตามกฎหมายแล้ว การที่ทางพิจารณาไม่ปรากฏว่ามีน้ำอสุจิของจำเลยออกมาอยู่ที่ของลับของผู้เสียหายหรือที่ของลับของจำเลยนั้นเป็นเรื่องสำเร็จความใคร่แล้วหรือไม่เป็นอีกส่วนหนึ่ง ไม่เป็นเหตุให้เห็นว่าจำเลยกระทำชำเราไม่สำเร็จหรือเป็นเพียงชั้นพยายาม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518 การกระทำชำเราตามกฎหมายจะต้องปรากฏว่าของลับของชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง การที่จำเลยขืนใจผู้เสียหายโดยใช้ของลับของจำเลยใส่เข้าไปทางทวารหนักของผู้เสียหายจึงไม่เป็นการกระทำชำเรา คงมีความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1646/2532 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นเมื่ออวัยวะเพศของจำเลยได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายแล้ว แม้จำเลยไม่สำเร็จความใคร่ก็เป็นความผิดสำเร็จ

กล่าวโดยสรุปได้ว่า คำว่า "ข่มขืนกระทำชำเรา" หมายความว่า การที่ชายร่วมประเวณีกับหญิงตามธรรมชาติโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม และความผิดจะสำเร็จก็ต่อเมื่ออวัยวะเพศชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงโดยมีต้องค้ำนึ่งว่าจะล่วงล้ำเข้าไปมากน้อย

⁶² สุวัฒนา อารีพรรค, ความผิดปกติทางจิต (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524), หน้า 537.

⁶³ วิภาภรณ์ คงเจริญ, "แนวทางการปฏิบัติต่อหญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษาในทัศนะของนักวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาคศึกษาดังคมสงเคราะห์ศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), หน้า 25-26.

เพียงใด หรือชายจะสำเร็จความใคร่หรือไม่ หรือเยื่อพรหมจารีของหญิงจะขาดหรือไม่ก็ถือเป็น ความผิดฐานข่มขืนกระทำเราสำเร็จแล้ว

ค. วัตถุประสงค์การกระทำหรือผู้เสียหายจากการกระทำความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา (ก่อนปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำ ชำเรา)

ในส่วนของผู้เสียหายจากการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้น กฎหมายใช้คำว่า "หญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน" ซึ่งมีนักวิชาการหลายท่านได้ให้ความหมายของคำว่า "หญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน" ไว้ดังตัวอย่างที่จะกล่าวต่อไปนี้

"หญิง" หมายความว่า หญิงที่แท้จริง ซึ่งสามารถคลอดบุตรได้โดยไม่ รวมถึงชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง และหญิงตามความหมายดังกล่าวต้องเป็นหญิงที่ยังมีชีวิต อยู่ไม่ใช่ศพ การชำเราศพของหญิงไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ส่วนคำว่า "ภริยา" หมายความว่าภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ได้จดทะเบียนสมรสถูกต้องตามกฎหมาย แต่ หากชายหญิงมิได้จดทะเบียนสมรสกันแม้จะอยู่กินด้วยกันจนมีบุตรแล้วก็ตามก็ไม่ถือว่าเป็นภริยา โดยชอบด้วยกฎหมาย⁶⁴

"ภริยา" หมายความว่า ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ความสำคัญผิดใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ คิดว่าหญิงที่อยู่กินกับตนฉันสามีตลอดมาเป็น "ภริยา" ย่อมถือเป็นข้อแก้ตัวได้ นอกจากนี้ถ้าผู้กระทำสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ตัวอย่างเช่น สำคัญผิดว่า เป็นภริยาของตนเพราะหญิงมานอนอยู่ในมุ้งภริยาของตน ผู้กระทำก็ไม่มีความผิดเนื่องจากเป็น ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 59 วรรค สยาม⁶⁵

"ภริยา" หมายความว่า ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย⁶⁶

"หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน" หมายความว่า ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นการสมรสที่ได้จดทะเบียนแล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁶⁷

⁶⁴ สุวัฒน์ ศรีพงษ์สุวรรณ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาเรียงมาตรา (ม.1-ม.398), หน้า 353.

⁶⁵ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 167-168.

⁶⁶ คณิต ญ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 183.

"หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน" หมายความว่า ผู้ถูกกระทำต้องเป็นหญิงเท่านั้นและต้องมีสภาพบุคคลอยู่ในขณะที่ถูกกระทำ คือต้องมีชีวิตอยู่ไม่ใช่ศพ นอกจากนี้ต้องมีมิใช่ภริยาของตน ภริยาหมายถึงภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น หากกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นภริยาของตนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยหญิงไม่ยินยอมก็จะเป็นความผิด ในทำนองกลับกันหากกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของตน แม้หญิงนั้นจะไม่ยินยอม ผู้กระทำก็ "ไม่มีความผิด เพราะความผิดไม่เกิดขึ้น"⁶⁶

"หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน" หมายความว่า หญิงอื่นที่มิใช่เป็นภริยาของผู้กระทำ การข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนเองแม้หญิงจะไม่ยินยอม สามีก็ไม่มีความผิดตามมาตรา⁶⁷

"หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน" หมายความว่า ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ฉะนั้นการข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นภริยาแม้จะกระทำการขู่เข็ญหรือประทุษร้ายหรือกระทำการอื่นใดตามที่ระบุไว้ก็ย่อมไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่อย่างใด กรณีอาจมีปัญหาว່ว่าหญิงซึ่งเป็นภริยาของชายนั้นได้เสียกันเองและอยู่กินร่วมกันมาโดยเปิดเผยซึ่งประชาชนทราบโดยทั่วไปว่าหญิงนั้นเป็นภริยาของชายแต่มิได้จดทะเบียนสมรสกัน หากวันใดวันหนึ่งหญิงนั้นไม่ยินยอมร่วมประเวณีดังที่เคยอยู่ร่วมกันมา ชายผู้ถือว่าตนเป็นสามีนั้นจึงขู่เข็ญหรือประทุษร้ายข่มขืนกระทำชำเราจนสำเร็จจะเป็นความผิดหรือไม่ ในกรณีเช่นนี้เห็นว่าการกระทำของชายน่าจะ "ไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเพราะการอยู่ร่วมกันโดยเปิดเผยคนทั่วไปก็ทราบว่าเป็นภริยาชายและการร่วมประเวณีกันมาก็เป็นความยินยอมของหญิง การจดทะเบียนสมรสเป็นเพียงการรับรองของกฎหมายก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ในทางแพ่งเท่านั้นแต่โดยพฤตินัยแล้วย่อมปฏิบัติไม่ได้ การที่ชายข่มขืนกระทำชำเราก็โดยถือว่าหญิงนั้นเป็นภริยาของตนโดยสุจริตเพราะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาด้วยความยินยอมตลอดมาจึงได้กระทำเช่นนั้น นับว่าการกระทำของชายผู้

⁶⁷ วิภาส สรรักษ์, "ข่มขืนกระทำชำเรา," วารสารรวมคำแห่ง 6, ฉบับที่ 1 (มกราคม 2522), หน้า 33.

⁶⁸ ปริญญา จิตรการนทีกิจ, ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร, หน้า 5.

⁶⁹ สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศชีวิตและร่างกาย และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง ม.276-ม.333 พร้อมด้วยตัวอย่างและคำพิพากษาฎีกาประกอบ, หน้า 5-6.

ถือว่าตนเป็นสามีนั้นสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 59 วรรคสาม และมาตรา 62 แห่งประมวลกฎหมายอาญา จึงเป็นการขาดเจตนาไป⁷⁰

กล่าวโดยสรุป คือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้นผู้เสียหายจากการกระทำผิดจะต้องเป็นหญิงซึ่งหญิงในความหมายนี้ศาลฎีกาได้วางหลักเอาไว้ว่าจะต้องเป็นหญิงตามเพศกำเนิดเท่านั้น สำหรับชายที่แปลงเพศเป็นหญิงหากถูกบังคับขู่脅ให้ร่วมเพศ ผู้กระทำก็ไม่มี ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่มีความผิดฐานกระทำอนาจาร (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 847/2491, 1048/2518) และอาจเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย หรือทำให้เสื่อมเสีย เสรีภาพได้แล้วแต่กรณีและหญิงผู้ถูกกระทำชำเราจะต้องมีสภาพบุคคลอยู่ในขณะถูกกระทำชำเรา การกระทำชำเราศพของหญิงที่ตายแล้วไม่ถือเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา เช่น ฆ่าหญิงให้ตายก่อนแล้วจึงกระทำชำเรา หรือสับหรือกระทำชำเราศพของหญิง เหล่านี้นอกจากจะไม่ถือเป็นการข่มขืนแล้วสิ่งที่ถูกกระทำชำเราก็ก็นับไม่ได้ว่าเป็น "หญิง" เพราะมีการเปลี่ยนสภาพเป็นเพียงวัตถุสิ่งหนึ่งไปแล้ว นอกจากนี้หญิงผู้ถูกกระทำผิดจะต้องไม่ใช่ภริยาของผู้กระทำชำเราหมายความว่าหากหญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราเป็นภรรยาของผู้กระทำชำเราแล้วกฎหมายถือว่าไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแม้หญิงจะไม่ยินยอมก็ตามแต่อาจเป็นความผิดฐานอื่นได้ ซึ่งหลักกฎหมายในเรื่องนี้เป็นไปในทางเดียวกับหลักกฎหมาย Common Law เดิมของประเทศอังกฤษ ซึ่งกล่าวว่า "ชายมีสิทธิที่จะร่วมประเวณีกับภริยาของตนได้ แม้จะเป็นไปโดยฝืนจิตใจหญิงก็ตาม ไม่ถือว่าชายมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา"

ในประเด็นที่เกี่ยวกับผู้เสียหายจากการกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นมีปัญหาที่น่าพิจารณาอยู่บางประการ ดังนี้

1. หญิงที่ถูกกระทำชำเราจะต้องมิใช่ภริยาของผู้กระทำชำเราจึงจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ปัญหาคือคำว่า "ภริยา" หมายความว่าถึง ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้นหรือหมายความว่ารวมถึงภริยาตามความเป็นจริงด้วย

การที่บุคคลจะมีฐานะเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายต้องมีการสมรสกันตามกฎหมาย ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457 บัญญัติว่า "การสมรส

⁷⁰ สุปัน พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2-3 ความผิดลหุโทษ มาตรา 276 ถึงมาตรา 398 ประกอบด้วยคำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ. 2500 ถึงพ.ศ. 2535, หน้า 3-4.

ตามประมวลกฎหมายนี้จะมิได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น" ความสำคัญจึงอยู่ที่การจดทะเบียนสมรส ดังนั้นชายหญิงที่ยังมิได้มีการจดทะเบียนสมรสกันแม้ว่าจะมีการจัดงานแต่งงานอย่างใหญ่โตเพียงใด หรืออยู่กินกันจนมีบุตรแล้วก็ยังไม่ใช่สามีภริยากันตามกฎหมาย โดยฐานะของความเป็นภริยาย่อมเกิดขึ้นเมื่อได้จดทะเบียนสมรสโดยสมบูรณ์ เมื่อประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ได้บัญญัติโดยใช้คำว่า "ภริยา" และมีได้มีการให้คำนิยามเอาไว้ต่างหากก็ย่อมต้องถือความหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือความถึงความถึงภริยาที่ได้มีการจดทะเบียนสมรสแล้ว⁷¹ ดังนั้นความหมายของคำว่า "ภริยา" ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงหมายถึงภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นไม่หมายรวมถึงความถึงภริยาตามความเป็นจริงแม้จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาจนกระทั่งมีบุตรแล้วก็ตามแต่หากยังมีได้จดทะเบียนสมรสก็ไม่ถือเป็นภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หากมีการบังคับขู่เข็ญให้มีเพศสัมพันธ์ ผู้กระทำก็จะมี ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ โดยสาเหตุที่มีการระบุว่าหญิงผู้ถูกกระทำชำเราต้องมิใช่ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้กระทำชำเราก็คงเพราะเมื่อเป็นสามีภริยากันแล้วก็ต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 และการอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาจำจะต้องหลับนอนด้วยกัน และชายมีสิทธิที่จะร่วมประเวณีกับภริยาของตนได้แม้หญิงจะไม่ยินยอมก็ตามแต่หากชายใช้กำลังเกินสมควรและหญิงไม่ยินยอมแล้วก็อาจมีความผิดฐานอื่นนอกจากข่มขืนกระทำชำเราได้ เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่น หรือทำให้เสื่อมเสียเลื่อมใสภาพ เป็นต้น⁷²

การกระทำชำเราหญิงที่อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาแต่ยังมีได้จดทะเบียนสมรสนั้นในบางกรณีชายผู้กระทำอาจมีข้อแก้ตัวว่าเป็นการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 กล่าวคือกรณีที่ชายกระทำชำเราหญิงซึ่งอยู่กินเป็นภริยากับตนและได้ให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีมาโดยตลอด เมื่อหญิงเกิดเปลี่ยนใจไม่ยินยอมในภายหลังอาจทำให้ชายสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งในปัญหานี้ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยไว้ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 430/2532 จำเลยกับผู้เสียหายแต่งงานกันตามลัทธิศาสนาอิสลาม มีบุตรด้วยกัน 1 คน ต่อมาจำเลยกับผู้เสียหายแยกกันอยู่แต่มิได้หย่าขาดจากการเป็นสามีภริยากัน ดังนั้น การที่จำเลยพาผู้เสียหายไปกักขังเพื่อกระทำอนาจารและข่มขืนกระทำชำเราจึงอาจเป็นกรณีที่จำเลยกระทำไปโดยเข้าใจว่าจำเลยมีสิทธิจะทำได้กับภริยาซึ่งมีบุตร

⁷¹ จิน ดารา, "ข่มขืนกระทำชำเรา", บทบัณฑิตย, หน้า 75.

⁷² เรื่องเดียวกัน, หน้า 75.

ด้วยกันและบุตรก็ยังคงอยู่กับจำเลยอันเสมือนกับการกระทำโดยถือวิสาสะ ยอมไม่เข้าลักษณะ
กระทำโดยมีเจตนาร้าย ไม่เป็นความผิดฐานพาหญิงไปเพื่อการอนาจาร หลวงเหนียวก็ขัง และ
ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย

2. กรณีที่ศาลมีคำสั่งให้สามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายแยกกันอยู่
หากสามีกลับไปร่วมประเวณีกับภริยาและภริยาไม่ยินยอมสามีจึงบังคับให้ร่วมประเวณีจะ
เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1462 บัญญัติว่า “ถ้าการอยู่
ร่วมกันจะเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจหรือทำลายความผาสุกอย่างมากของสามีหรือภริยาฝ่ายที่
จะต้องรับอันตรายหรือความเสียหายอาจร้องขอต่อศาลขอให้ศาลสั่งอนุญาตให้ตนอยู่ต่างหากใน
ระหว่างที่เหตุนั้นๆ ยังมีอยู่ก็ได้...” ตามมาตรา 1462 แสดงว่าถ้าการอยู่ด้วยกันจนสามีภริยากันจะ
เป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจ หรือทำลายความผาสุกอย่างมากของภริยา ภริยาย่อมขอให้ศาลสั่ง
ให้ตนอยู่ต่างหากหรือแยกกันอยู่กับสามีได้ เช่น ในกรณีที่ภริยาเป็นโรคทางมดลูกไม่อาจร่วม
ประเวณีได้ หรือการร่วมประเวณีจะเป็นอันตรายต่อชีวิตของภริยา หรือกรณีที่สามีเป็นโรคทางเดิน
ปัสสาวะ หรือโรคติดต่ออย่างร้ายแรงการร่วมประเวณีอาจเป็นอันตรายต่อภริยาได้ โดยในกรณีที่
ศาลมีคำสั่งให้สามีภริยาแยกกันอยู่ต่างหากเช่นนี้ก็เพียงพอแต่คำสั่งให้สามีภริยาแยกกันอยู่
เท่านั้นมิได้มีคำสั่งให้การสมรสสิ้นสุดลงแต่อย่างใด ความเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก็
ยังคงมีอยู่เช่นเดิม หากสามีจะกลับไปร่วมประเวณีกับภริยา แล้วภริยาไม่ยินยอม สามีจึงใช้กำลัง
บังคับเอา ก็ยังไม่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเพราะหญิงยังเป็นภริยาที่ชอบด้วย
กฎหมายของชายผู้กระทำชำเราอยู่ แต่อาจมีความผิดฐานอื่นได้แล้วแต่กรณี

3. ชายที่แปลงเพศเป็นหญิงโดยวิธีศัลยกรรมแปลงเพศ (Sexually
Transplant) จะเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้หรือไม่⁷³

ผู้ชายที่มีจิตใจและความรู้สึกเป็นไปในทางเพศหญิงนั้นบางคนก็มีเพียง
จิตใจที่ต้องการจะเป็นผู้หญิงเท่านั้น บางคนก็ต้องการที่จะทำให้ตนมีลักษณะภายนอกคล้าย
ผู้หญิงให้มากที่สุดไม่ว่าจะเป็นการแต่งกายก็จะชอบแต่งกายแบบผู้หญิง หรือเสียงที่เคยห้าวอย่าง

⁷³ ประสิทธิ์ พัฒนอมร, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.” (วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), หน้า 44-46.

ผู้ชายก็ค่อยๆ เล็กลงอย่างเสียงผู้หญิง หน้าอกที่เคยเป็นอย่างผู้ชายก็มีการเสริมให้หน้าอกเป็น
อย่างผู้หญิง บุคคลเหล่านี้บางคนหากดูแค่เพียงภายนอกจะไม่สามารถแยกออกได้เลยว่าเป็นชาย
หรือหญิง นอกจากนี้สำหรับบางคนที่มีความต้องการเป็นผู้หญิงโดยสมบูรณ์ก็มักจะไปปรึกษา
ศัลยแพทย์ให้ทำการผ่าตัดแปลงเพศ โดยวิธีการผ่าตัดนั้นศัลยแพทย์จะทำการผ่าเอาลูกอัณฑะทั้ง
สองข้างออกแล้วผ่าตัดท่อนลึงค์หรืออวัยวะเพศชายโดยเจาะเอาเนื้อออกคงเหลือแต่หนังและเจาะ
ช่องเข้าไปให้ได้ขนาดของช่องคลอดของหญิงโดยทั่วไป แล้วกลับเอาหนังของท่อนลึงค์หรืออวัยวะ
เพศชายเข้าไปในช่องที่เจาะและเย็บติดไว้เพื่อมิให้เนื้ออกปิดช่องที่เจาะ การผ่าตัดเช่นนี้จะทำให้
ชายนั้นไม่มีอวัยวะเพศชายเหลืออยู่แต่กลับมีช่องอย่างอวัยวะเพศหญิงมาแทนที่ โดยสามารถใช้
ร่วมเพศกับชายอื่นได้เช่นเดียวกับหญิงทั่วไปเพียงแต่ช่องที่เจาะดังกล่าวไม่มีกล้ามเนื้อเนื้อที่จะยืดหยุ่น
ได้อย่างช่องคลอดของหญิงโดยกำเนิด ประกอบกับไม่มีมดลูกอันจะให้กำเนิดบุตรอย่างหญิงได้

ชายที่ผ่าตัดแปลงเพศดังกล่าวนี้บางรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับ
ว่าชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงถูกข่มขืนกระทำชำเราได้ สำหรับในประเทศไทยถือว่าบุคคลที่จะ
เป็นหญิงต้องมีอวัยวะเพศหญิง คือ มีช่องคลอด และต้องมีมดลูกอันจะให้กำเนิดบุตรได้ ดังนั้นชาย
ที่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงโดยการศัลยกรรมผ่าตัดเจาะช่องอย่างอวัยวะเพศหญิงนั้น
ยังคงเป็นเพศชายอยู่ ปัจจุบันนี้มีชายที่มีจิตใจและความรู้สึกเป็นหญิงอยู่เป็นจำนวนมากในสังคม
ทั้งที่ยังไม่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศและได้รับการผ่าตัดแปลงเพศเป็นที่เรียบร้อยแล้วซึ่งบุคคล
เหล่านี้หากถูกชายใช้กำลังบังคับขู่เชิญให้ร่วมประเวณี ผู้กระทำก็ไม่มี ความผิดฐานข่มขืนกระทำ
ชำเราเพราะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้นผู้เสียหายจะต้องเป็นหญิงโดยเพศกำเนิดแต่
บุคคลเหล่านี้เป็นเพศชายแม้จะได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้วก็ยังถือเป็นเพศชายอยู่ คงมีความผิด
เพียงฐานกระทำอนาจาร ทำร้ายร่างกาย หรือทำให้เสื่อมเสียอิสรภาพแล้วแต่กรณี

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 374/2526 โจทก์ร่วมยอมไปโรงแรมกับจำเลย
ที่ 2 เพราะถูกหลอกลวงว่าสามีโจทก์ร่วมนอกใจให้ไปจับผิด เมื่อไปถึง จำเลยที่ 1 สามีจำเลยที่ 2
ได้เข้ามาช่วยกันถอดเสื้อผ้าโจทก์ร่วม และจำเลยที่ 1 ใช้อาวุธปืนขู่เชิญให้จำเลยที่ 1 ข่มขืนกระทำ
ชำเราโจทก์ร่วม แล้วจำเลยที่ 2 ถ่ายภาพไว้ จำเลยทั้งสองมีความผิดฐานร่วมกันข่มขืนกระทำ
ชำเราโจทก์ร่วมโดยมีอาวุธปืนตามมาตรา 276 วรรคสอง ประกอบมาตรา 83 โดยคำว่า "หญิง" ซึ่ง
เป็นผู้เสียหายนั้นต้องเป็นหญิงอันเป็นเพศของบุคคลธรรมดาตามสภาพที่กำเนิด เป็นเพศที่ออกลูก
ได้ ไม่ใช่แปลงเพศจากชาย

4. ชายเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนให้ชายอื่นข่มขืนกระทำ ชำเราหญิงภริยาของตนได้หรือไม่

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 บัญญัติให้สามี ภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ซึ่งการอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยานั้นย่อมรวมถึงการยินยอมให้ร่วมประเวณีด้วย เพราะการอยู่กินด้วยกันก็เพื่อได้มีโอกาสให้กำเนิดบุตรสืบสายโลหิตต่อไป ฉะนั้น การอยู่กินด้วยกันจึงต้องถือว่ายินยอมให้มีการร่วมประเวณีกันได้แม้ภริยาจะไม่ยินยอมให้ร่วมประเวณี การกระทำของสามีก็ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่อาจเป็นความผิดฐานอื่นได้แล้วแต่กรณี เพราะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาต้องเป็นการข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นซึ่งมิใช่ภริยาตน หากผู้ที่ถูกกระทำเป็นภริยาของผู้กระทำแล้วการกระทำย่อมไม่มีความผิดตามมาตรานี้ จึงมีปัญหาต่อไปว่าหากสามีมิได้กระทำเพียงคนเดียว หากแต่ร่วมกับผู้อื่นกระทำต่อภริยาของตนจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่

ในกรณีที่สามีเป็นผู้ลงมือกระทำชำเราเองโดยมีผู้อื่นร่วมกระทำด้วย เช่น ช่วยดูต้นทาง ช่วยจับแขนขา หรือช่วยชูเชืบบังคับภริยา กรณีเช่นนี้เป็นเรื่องที่สามีลงมือกระทำชำเราด้วยตนเองโดยตลอด เพียงแต่มีบุคคลภายนอกช่วยให้สามีได้มีโอกาสกระทำได้โดยง่าย แต่เมื่อสามีมีสิทธิที่จะร่วมประเวณีกับภริยาของตนได้แม้ว่าจะเป็นการใช้กำลังบังคับก็ไม่มี ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้วบุคคลอื่นที่ช่วยเหลือจับแขนขาให้ก็ย่อมไม่มีความผิดเช่นกันเพราะ ความผิดของชายผู้กระทำซึ่งเป็นสามีไม่เกิดขึ้นผู้ที่ร่วมกระทำจึงไม่มีความผิดไปด้วย แต่การช่วยเหลือนั้นต้องไม่ถึงขนาดมีส่วนร่วมกระทำชำเราด้วย มิฉะนั้นบุคคลอื่นก็จะมี ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วย

ในกรณีที่สามีมิได้เป็นผู้ลงมือกระทำชำเราด้วยตนเองแต่ได้ช่วยจับแขนขา ดูต้นทาง หรือชูเชืบบังคับภริยาของตนให้บุคคลอื่นร่วมประเวณี บุคคลอื่นนั้นย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเพราะหญิงนั้นมิใช่ภริยาของตน เมื่อเป็นเช่นนี้การที่สามีได้ช่วยจับแขนขา ดูต้นทาง หรือชูเชืบบังคับภริยาของตนให้บุคคลอื่นร่วมประเวณี สามีก็ย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเช่นกันแม้หญิงนั้นจะเป็นภริยาของตนก็ตาม ดังนั้นชายผู้เป็นสามีจึงเป็นตัวการร่วมกับชายอื่นข่มขืนกระทำชำเราหญิงภริยาของตนได้

ในกรณีที่ผู้ใช้ให้กระทำความผิดนั้นหากเรื่องที่ใช้ให้กระทำเป็น ความผิด และผู้ถูกใช้ได้ไปกระทำตามที่ถูกใช้แล้วผู้ให้ยอมต้องรับผิดชอบในฐานะผู้ใช้โดยรับโทษ เสมือนตัวการ แต่ในกรณีที่ผู้ถูกใช้ยังมีได้กระทำตามที่ถูกใช้ ผู้ใช้ก็รับโทษเพียงหนึ่งในสามของ ความผิดนั้น เมื่อเป็นเช่นนี้ในกรณีที่ชายผู้เป็นสามีใช้ให้ผู้อื่นข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นภริยา ของชายผู้ใช้ สามีย่อมมีความผิดฐานเป็นผู้ใช้ให้ผู้อื่นข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนได้เพราะการ

กระทำที่ใช้นั้นกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเนื่องจากหญิงมิใช่ภริยาของผู้ถูกใช้หรือผู้ลงมือกระทำซ้ำเรา แต่บุคคลอื่นจะมาใช้ให้ชายผู้เป็นสามีข่มขืนกระทำซ้ำเราหญิงภริยาของเขาเองไม่ได้ เพราะผู้ใช้เป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด แต่เมื่อการที่ชายผู้เป็นสามีกระทำซ้ำเรากับหญิงผู้เป็นภริยาไม่ถือเป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายแล้ว บุคคลอื่นซึ่งเป็นผู้ใช้ก็ย่อมไม่มีความผิดไปด้วย

ในกรณีที่เป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดนั้นเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกก่อนหรือในขณะที่ผู้อื่นกระทำความผิด แม้ผู้กระทำความผิดจะรู้ถึงการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกนั้นหรือไม่ก็ตามโดยผู้สนับสนุนต้องรับโทษสองในสามของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่สนับสนุน ดังนั้นเมื่อผู้อื่นไปข่มขืนกระทำซ้ำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของเขาเป็นความผิดแล้ว หากสามีของหญิงได้กระทำการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นนั้นข่มขืนกระทำซ้ำเราภริยาของตนก็ย่อมมีความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนได้ แต่บุคคลอื่นจะให้การช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกแก่ชายผู้เป็นสามีข่มขืนกระทำซ้ำเราภริยาของเขาเองไม่ได้ เพราะการเป็นผู้สนับสนุนเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกผู้อื่นในการกระทำความผิด แต่เมื่อการที่ชายผู้เป็นสามีกระทำซ้ำเราหญิงผู้เป็นภริยาไม่ถือเป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายแล้ว บุคคลอื่นซึ่งช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกแก่สามีก็ย่อมไม่มีความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนไปด้วย

ง. เหตุที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้เสียหาย

ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติเหตุที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้นในความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราในกรณีที่เป็นกรกระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง คือ การที่มีผู้ร่วมกระทำตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปร่วมกันข่มขืนกระทำซ้ำเราหญิงโดยผลัดกันกระทำซ้ำเราด้วยตนเอง ตามมาตรา 276 วรรค 2 หรือในกรณีที่หากผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัส หรือถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 277 ทวิ และ 277 ตริ นอกจากนี้ประมวลกฎหมายอาญายังได้บัญญัติเหตุที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้เสียหาย หรือโดยอาศัยโอกาสที่ตนมีตำแหน่งหน้าที่ในการกระทำความผิดไว้ในมาตรา 285 ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม"

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 เป็นการเพิ่มโทษให้นักขึ้น เนื่องจากลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้เสียหาย ซึ่งต่างกับเหตุที่กฎหมายบัญญัติเพิ่มโทษในกรณีอื่นๆ กล่าวคือ การเพิ่มโทษในกรณีอื่นๆ นั้นเป็นการเพิ่มโทษ เนื่องจากลักษณะของการกระทำ หรือผลของการกระทำที่เกิดขึ้นรุนแรงกว่าการข่มขืนกระทำชำเราธรรมดา โดยมาตรา 285 ได้บัญญัติเพิ่มโทษกรณีที่เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล ซึ่งจะแยกพิจารณา ดังนี้

"ผู้สืบสันดาน" หมายความว่า ผู้สืบสันดานตามความเป็นจริงด้วย กล่าวคือ รวมถึงบุตรนอกกฎหมายด้วย โดยศาลฎีกาได้เคยตีความคำว่า "ผู้สืบสันดาน" ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (2) ว่าหมายถึง ผู้สืบสันดานตามความเป็นจริงด้วย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 303/2497 และ 1526/2497) ดังนั้น จึงน่าจะตีความคำว่า "ผู้สืบสันดาน" ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 นี้เป็นอย่างเดียวกัน ซึ่งการตีความเช่นนี้ ก็มีเหตุผลที่ดีเพราะหากบิดาข่มขืนกระทำชำเราบุตรสาวนอกกฎหมายของตนก็สมควรที่จะต้องลงโทษให้นักขึ้นตามมาตรา 285 นี้เช่นเดียวกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 117/2534 จำเลยเพียงแต่ใช้อวัยวะเพศของจำเลยถูกลมผัสที่ด้านนอกของอวัยวะเพศของผู้เสียหายซึ่งเป็นบุตรสาวของจำเลยจนสำเร็จความใคร่โดยไม่มีเจตนาสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศผู้เสียหายแต่อย่างใดจึงไม่มีความผิดฐานพยายามกระทำชำเรา แต่การกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคแรก และเป็นกรกระทำแก่ผู้สืบสันดาน จึงมีโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285

"ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล" ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 421/2546 ว่าคำว่า ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ต้องตีความโดยเคร่งครัด ซึ่งความหมายของข้อความที่ว่าศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลนั้นมีได้หมายถึง เฉพาะผู้ที่มีความสัมพันธ์ในฐานะครูหรืออาจารย์ ซึ่งมีหน้าที่สอนศิษย์เท่านั้นแต่ครูหรืออาจารย์นั้นต้องมีหน้าที่ควบคุมดูแลปกป้องรักษาตัวศิษย์และกระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติต่อศิษย์ในระหว่างมีหน้าที่ดังกล่าวด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1759/2526 จำเลยเป็นครูสอนวิชาพลศึกษาในโรงเรียนซึ่งผู้เสียหายเป็นนักเรียนอยู่ จำเลยกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหายขณะจำเลยทำหน้าที่สอน

ความรู้วิชาพลศึกษาของผู้เสียหายถือได้ว่าผู้เสียหายเป็นศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของจำเลยตามความหมายของมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2693-2695/2516 จำเลยเป็นครูสอนเด็กหญิงและเป็นครูใหญ่ด้วย เด็กหญิงมาเรียนหนังสือในตอนเช้าตามปกติและกลับบ้านเมื่อเลิกเรียนแล้ว การควบคุมดูแลปกป้องเด็กหญิงนั้นย่อมอยู่กับจำเลยตลอดระยะเวลาที่โรงเรียนเปิดทำการสอนอยู่ตามปกติ เมื่อจำเลยกระทำอนาจารแก่เด็กหญิงนั้นในระหว่างที่โรงเรียนเปิดทำการสอนอยู่ตามปกติ ย่อมถือได้ว่าจำเลยได้กระทำแก่ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7986/2540 ความหมายของข้อความที่ว่าศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ตามป.อ.มาตรา 285 นั้น มิได้หมายถึงเฉพาะผู้ที่มีความสัมพันธ์ในฐานะครูหรืออาจารย์ซึ่งมีหน้าที่สอนหรือเคยสอนศิษย์เท่านั้น แต่ครูหรืออาจารย์นั้นต้องมีหน้าที่ควบคุมดูแลปกป้องรักษาตัวศิษย์และกระทำคามผิดตามที่กฎหมายบัญญัติต่อศิษย์ในระหว่างมีหน้าที่ดังกล่าวด้วย เมื่อปรากฏว่าจำเลยไม่มีหน้าที่ดังกล่าวในขณะที่เกิดเหตุ เพราะเหตุเกิดที่บ้านพ. และอยู่นอกเวลาควบคุมดูแลของจำเลย การกระทำของจำเลยก็มีใช่กระทำต่อศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2353/2538 จำเลยไม่เคยสอนในชั้นที่ผู้เสียหายเรียนจำเลยสอนเด็กเล็กทั้งจำเลยมิได้เป็นครูใหญ่ซึ่งโดยหน้าที่แล้วมีหน้าที่ดูแลรับผิดชอบนักเรียนทั้งโรงเรียนหรือเป็นครูเวรหรือได้รับมอบหมายให้มีหน้าที่ดูแลผู้เสียหายในขณะที่เกิดเหตุข้อเท็จจริงจึงฟังไม่ได้ว่าผู้เสียหายเป็นศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของจำเลยอันจะเป็นเหตุให้จำเลยต้องรับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285

“ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ” ตัวอย่างเช่น ผู้ต้องหาที่ถูกควบคุมอยู่ที่สถานีตำรวจ ผู้ต้องหา หรือจำเลย หรือผู้ต้องโทษที่ถูกขัง หรือถูกจำคุกอยู่ในเรือนจำ

คำว่าควบคุมในที่นี้น่าจะมีความหมายกว้างกว่านิยามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (21) และน่าจะกว้างกว่าคำว่า “คุมขัง” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (12)⁷⁴

⁷⁴ จิตติ ดิงศภักดิ์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 773.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2453/2515 การใช้กำลังกายกอดรัดและบีบเคล้นนมของผู้เสียหายจนพกชุ่มเป็นการประทุษร้ายร่างกายที่เกื่อนกสันเป็นกรรมเดียวกับการกระทำอนาจารโดยใช้กำลังประทุษร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 ไม่เป็นมูลความผิดฐานทำร้ายร่างกายตาม มาตรา 296 อีกบทหนึ่งต่างหาก และการที่โจทก์เป็นข้าราชการผู้น้อย (ตำแหน่งหัวหน้าแผนก) อยู่ใต้บังคับบัญชาของจำเลย (ตำแหน่งอธิบดี) ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการตามระเบียบแบบแผนนั้น หาใช่ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการตามความหมายแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 ไม่

“ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์ หรือในความอนุบาล”
ความปกครอง ความพิทักษ์ และความอนุบาลนั้นศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7795/2538 ว่าคำว่า“ผู้อยู่ในความปกครอง” ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 หมายถึงความปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ มิใช่เป็นความปกครองโดยพฤตินัย ดังนั้น บิดาเลี้ยงข่มขืนกระทำชำเราบุตรเลี้ยงไม่ผิดมาตรา 285 นี้เพราะมิใช่ “ผู้อยู่ในความปกครอง”

สำหรับกรณีของบุตรบุญธรรมนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/28 บัญญัติให้มีฐานะอย่างเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมนั้น ซึ่งรวมถึงการใช้อำนาจปกครองด้วย หากผู้รับบุตรบุญธรรมข่มขืนกระทำชำเราบุตรบุญธรรม ก็น่าจะถือว่าเป็นการกระทำแก่ผู้อยู่ในความปกครองด้วยเช่นเดียวกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1017/2538 บิดามารดาทอดทิ้งผู้เสียหายไปโดยไม่ทราบว่ามีบิดามารดาผู้เสียหายไปอยู่ที่แห่งใดส่วนจำเลยและภรรยาเป็นเพียงผู้รับผู้เสียหายมาอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาอำนาจปกครองผู้เสียหายจึงยังคงอยู่แก่บิดามารดาผู้เสียหายผู้เสียหายไม่ได้อยู่ในความปกครองของจำเลยและภรรยาการที่จำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายจะปรับบทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ไม่ได้

โดยสรุปแล้วความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา (ก่อนปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา) เป็นการล่วงละเมิดสังวาสหรือร่วมประเวณีกันระหว่างชายกับหญิงในลักษณะของการร่วมประเวณีกันตามธรรมชาติโดยหญิงไม่ยินยอม และหญิงนั้นจะต้องไม่ใช่ภริยาของผู้กระทำชำเราจึงจะเป็นความผิดฐานนี้ ดังนั้นโดยลักษณะของการกระทำชำเราผู้ลงมือกระทำชำเราจึงต้องเป็นชายโดยเพศกำเนิดเท่านั้น แต่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดที่มีตัวการร่วมกันกระทำผิดได้และการเป็นตัวการไม่จำเป็นจะต้องเป็นผู้ลงมือกระทำชำเราด้วยแต่อาจเป็นการแบ่งหน้าที่กันทำ เช่น ช่วยจับแขนขาเพื่อให้ชาย

กระทำชำเราก็คือเป็นตัวการร่วมกันกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ และการเป็นตัวการในความผิดฐานนี้ก็ได้มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้ว่าจะต้องเป็นชายเท่านั้น ดังนั้นหากหญิงเป็นคนช่วยจับแขนขาของหญิงอีกคนเพื่อให้ชายกระทำชำเรา หญิงก็มีความผิดฐานเป็นตัวการในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้เช่นเดียวกัน ส่วนผู้ถูกกระทำชำเราก็คือต้องเป็นหญิงโดยเพศกำเนิดเท่านั้นและต้องมีไชภริยาของผู้กระทำชำเรา อย่างไรก็ตามสามีก็อาจเป็นตัวการร่วมกันกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาตนเองได้ เช่น สามีช่วยจับแขนขาภริยาตนเองเพื่อให้ชายอื่นกระทำชำเรา แต่หากสามีเป็นผู้ลงมือกระทำชำเราเองแม้ภริยาจะไม่ยินยอมก็ไม่เป็นความผิดฐานนี้และบุคคลอื่นที่ร่วมกับสามีก็ไม่มีผิดไปด้วยเพราะการกระทำของสามีไม่มีความผิด และด้วยหลักการเดียวกันสามีก็อาจเป็นผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนให้ผู้อื่นข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนเองได้ แต่บุคคลอื่นไม่อาจเป็นผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนให้สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาตนเองได้

ด้วยลักษณะของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่กล่าวมาหากเกิดกรณีที่หญิงช่วยกันจับชายซึ่งผิดและกระทำการจนสำเร็จ หญิงนั้นก็ไม่มีผิดฐานนี้เพราะกฎหมายมุ่งถึงการกระทำของชายที่กระทำต่อหญิงมิใช่หญิงกระทำต่อชายส่วนจะเป็นความผิดฐานอื่นหรือไม่ก็เป็นอีกปัญหาหนึ่ง หรือกรณีที่ชายกระทำชำเราชายด้วยกันเองแม้จะกระทำต่อกันจนสำเร็จความใคร่และฝ่ายที่ถูกกระทำไม่ยินยอมก็ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ในทำนองเดียวกันการกระทำของหญิงต่อหญิงก็ไม่อาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้แม้หญิงจะกระทำกิริยาอาการคล้ายชายต่อหญิงอื่น จนหญิงผู้ถูกกระทำนั้นมีความรู้สึกคล้ายถูกชายกระทำชำเรากก็ตาม และแม้จะเป็นกรณีที่ชายกระทำต่อหญิงแต่โดยที่กล่าวไว้แล้วว่าการกระทำชำเราต้องมีลักษณะเป็นการร่วมประเวณีกันตามธรรมชาติ กล่าวคือ อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ดังนั้น กรณีที่ชายกระทำต่อหญิงโดยผิดธรรมชาติดังเช่นที่กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 242 เรียกว่า “ชำเราผิดธรรมชาติตามนุษย์” เช่น การกระทำทางเวจมรรค หรือทางปากก็ย่อมมิใช่เป็นการกระทำชำเราตามความหมายแห่งประมวลกฎหมายอาญานี้

ในส่วนของความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมชาติตามนุษย์นั้น เดิมกฎหมายลักษณะอาญาบัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ตามมาตรา 242 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดทำชำเราผิดธรรมชาติตามนุษย์ด้วยชายก็ดีหญิงก็ดี หรือทำชำเราด้วยสัตว์เดียรัจฉานก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงสามปีและให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง” แต่ประมวลกฎหมายอาญามีได้บัญญัติให้การกระทำเช่นนี้เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้แต่อย่างใด ทั้งนี้เข้าใจว่าเป็นเพราะผู้กระทำการดังกล่าวนี้มิได้มีสัญชาติญาณในการกระทำความผิดอาญา แต่เป็นเรื่องส่วนตัวบุคคลที่ต้องการปลดเปลื้อง

ความใคร่ทางกามารมณ์โดยวิธีเช่นนั้น ซึ่งก็มีอยู่เป็นจำนวนน้อย การบัญญัติว่าเป็นความผิดแล้ว นำตัวผู้กระทำมาลงโทษกลับจะมีผลเป็นการกระทบกระเทือนความรู้สึกของประชาชนยิ่งกว่า ซึ่งอาจเป็นโดยเหตุนี้ประมวลกฎหมายอาญาจึงมิได้บัญญัติว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอีกต่อไป⁷⁵

จากที่กล่าวมา จะเห็นได้ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญานี้จำกัดขอบเขตของความผิดไว้เพียงการกระทำของชายที่กระทำต่อหญิง ซึ่งมีสิทธิของตนในลักษณะของร่วมประเวณีกันตามธรรมชาติเท่านั้น หากเป็นการกระทำที่หญิงกระทำต่อชาย ชายกระทำต่อชาย หญิงกระทำต่อหญิง หรือชายกระทำต่อหญิงในลักษณะที่ผิดธรรมชาติ และแม้จะกระทำโดยฝ่ายที่ถูกกระทำมิได้ยินยอมก็ไม่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่ถือเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร ทั้งที่การกระทำเหล่านี้ก่อให้เกิดความเสียหายหรือความน่ารังเกียจได้ไม่น้อยไปกว่าการที่ชายข่มขืนกระทำชำเราหญิงเลย แต่การกระทำเหล่านี้กลับถูกจัดให้อยู่ในหมวดหมู่เดียวกันกับการกระทำอนาจารอันหมายความว่าความถึงการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ เช่น การกอด จูบ ลูบ คล้ำ ซึ่งน่าจะยังมีบทลงโทษที่ไม่เหมาะสมกับความผิดที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ยังมีกรณีที่สามารถข่มขืนกระทำชำเราภริยาได้โดยไม่มี ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ด้วยปัญหาต่างๆ เหล่านี้จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเพื่อให้ครอบคลุมถึงการกระทำผิดในกรณีต่างๆ มากขึ้นโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ซึ่งจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไปว่ามีการแก้ไขในประเด็นอะไรบ้าง

3.1.5.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา (ปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา)

ปัจจุบันพฤติกรรมในการแสวงหาความพึงพอใจทางเพศโดยการบังคับข่มขืนใจผู้อื่นมีความเปลี่ยนแปลงไปโดยมิใช่มีเพียงแต่กรณีของผู้ชายบังคับข่มขืนใจผู้หญิงอีกต่อไปแล้วแต่ยังมีกรณีของผู้ชายกระทำต่อผู้ชาย ผู้หญิงกระทำต่อผู้หญิง ผู้หญิงกระทำต่อผู้ชาย หรือผู้ชายกระทำต่อผู้หญิงในทางอื่นนอกจากทางอวัยวะเพศหญิงอีกด้วย พฤติกรรมต่างๆ เหล่านี้มีความแพร่หลายมากขึ้นจนถึงถือเป็นปัญหาสังคมในปัจจุบัน ส่งผลให้แนวความคิดของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในบางประเทศเปลี่ยนแปลงไปเป็นไม่มีการจำกัดเพศของผู้กระทำผิดหรือ

⁷⁵ จิน ดารา, "ข่มขืนกระทำชำเรา", บทบัญญัติ, หน้า 69-70,

ผู้ถูกกระทำควมผิดอีกต่อไป สำหรับประเทศไทยก็ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 โดยมีการยกเลิกความในมาตรา 276 และ มาตรา 277 และให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน

มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหนัງหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประทุติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกและคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้

มาตรา 277 ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสามได้กระทำโดยร่วมกระทำ ความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกันและ เด็กนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษ จำคุกตลอดชีวิต

ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีกระทำต่อเด็กซึ่งอายุกว่าสิบสามปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลัง ศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายสมรสกัน ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษ ถ้าศาลอนุญาตให้สมรสในระหว่าง ที่ผู้กระทำผิดกำลังรับโทษในความผิดนั้นอยู่ ให้ศาลปล่อยผู้กระทำผิดนั้นไป

การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา (ปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา) ในครั้งนี้ ส่งผลให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ขยายความหมายออกไปจากกฎหมายเดิมอย่างมาก โดยแต่เดิมการข่มขืนกระทำชำเรามีความหมายถึง การที่ชายนำอวัยวะเพศชาย "ล้วงล้า" เข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน แต่ตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่นี้การกระทำชำเรามีความหมายกว้างกว่านั้นมาก โดยจะแยกอธิบายดังต่อไปนี้

ก. ความหมายของคำว่า "ข่มขืนกระทำชำเรา" ตามประมวลกฎหมายอาญา (ปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา)

สำหรับคำว่า "ข่มขืน" นั้นยังคงมีความหมายเหมือนเช่นในประมวลกฎหมายอาญา (ก่อนปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา) ส่วนคำว่า "กระทำชำเรา" ซึ่งแต่เดิมมิได้มีการบัญญัติคำนิยามเอาไว้ แต่อาศัยแนวบรรทัดฐานจากคำพิพากษาศาลฎีกาซึ่งให้ความหมายของการกระทำชำเราไว้ว่าเป็นการที่ชายร่วมประเวณีกับหญิงตามธรรมชาติโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม และความผิดจะสำเร็จก็ต่อเมื่ออวัยวะเพศชายได้ล้วงล้าเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ปัจจุบันได้มีการบัญญัติคำนิยามของคำว่า "การกระทำชำเรา" เอาไว้ในมาตรา 276 และมาตรา 277 ว่าเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือเป็นการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ความเปลี่ยนแปลงในส่วนความหมายของการกระทำชำเรานั้นพอจะสรุปได้ดังต่อไปนี้

1. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามิใช่ความผิดที่มุ่งคุ้มครองเฉพาะกรณีการร่วมประเวณีตามธรรมชาติอีกต่อไป กล่าวคือ มิได้คุ้มครองเฉพาะการล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิงโดยอวัยวะเพศชายอีกต่อไปแล้ว แต่ยังคงคุ้มครองไปถึงอวัยวะอื่นที่ไม่ใช่อวัยวะเพศอีกด้วย คือ ทวารหนัก หรือช่องปาก ดังนั้นหากชายนำอวัยวะเพศของตน "ล่วงล้ำ" เข้าไปในทวารหนักของหญิงก็ถือเป็นการกระทำชำเราแล้วซึ่งแต่เดิมไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่ถือเป็นเพียงการกระทำอนาจารเท่านั้น (คำพิพากษาฎีกาที่ 1048/2518) นอกจากนี้ตามกฎหมายใหม่หากเป็นกรณีที่ชายใช้อวัยวะเพศของตน "ถูไถ" กับ "ทวารหนัก" หรือ "ช่องปาก" ของหญิง และหากเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของชายผู้กระทำก็ถือเป็นการกระทำชำเราสำเร็จแล้ว เพราะเป็นการใช้อวัยวะเพศของตน "กระทำกับ" ทวารหนัก หรือ ช่องปากของผู้ถูกกระทำ ทั้งนี้ผู้ถูกกระทำอาจจะเป็นชายด้วยกันก็ได้ หรือหญิงอาจจะกระทำการดังกล่าวกับหญิงด้วยกันก็ได้ หรือหญิงกระทำต่อชายก็ได้

ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอาจใช้ "สิ่งอื่นใด" (นอกจากอวัยวะเพศของตน) เช่น มือ ปาก อวัยวะเพศเทียม หรือวัตถุอื่นใด "กระทำกับ" อวัยวะเพศ หรือ ทวารหนักของผู้อื่นก็ถือเป็นการข่มขืนกระทำชำเราเช่นเดียวกัน ดังนั้นหากชายใช้สิ่งอื่นใดนอกจากอวัยวะเพศของตนสอดใส่ หรือเพียงแต่กระทำกับอวัยวะเพศของหญิง หรือทวารหนักของหญิงก็ถือเป็นการกระทำชำเราตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่นี้แล้ว ทั้งนี้การกระทำดังกล่าวอาจเป็นการกระทำของชายกระทำต่อหญิง ชายกระทำต่อชาย หญิงกระทำต่อหญิง หรือหญิงกระทำต่อชายก็ได้ แต่มีข้อที่น่าสังเกตว่าหากเป็นการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับช่องปากของผู้ถูกกระทำแม้ว่าจะเป็น การเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำก็ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เช่น หากมีการใช้อวัยวะเพศเทียม นิ้วมือ หรือขวดสอดใส่หรือกระทำกับช่องปากของผู้ถูกกระทำแม้จะเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำก็ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพราะนิยามของคำว่า "กระทำชำเรา" ที่แก้ไขใหม่ระบุถึงการใช้ "สิ่งอื่นใด" กระทำกับ "อวัยวะเพศ" หรือ "ทวารหนัก" ของผู้ถูกกระทำเท่านั้น

2. ในส่วนของลักษณะการกระทำชำเรานั้นตามกฎหมายเดิมจะต้องปรากฏว่ามีการล่วงล้ำจึงจะถือเป็นการผิดสำเร็จ หากไม่มีการล่วงล้ำก็เป็นเพียงแต่ความผิดฐานกระทำอนาจารหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น แต่ตามนิยามของคำว่า "กระทำชำเรา" ที่แก้ไขใหม่ใช้คำว่า "กระทำกับ" ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องมีการล่วงล้ำก็ถือเป็นการผิดตามกฎหมายใหม่ ตัวอย่างเช่น หากชายใช้อวัยวะเพศของตนเพียงแต่ "ถูไถ" อยู่ที่ปากช่องคลอดด้านนอกเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยยังไม่มี การล่วงล้ำเข้าไป ก็เป็นการกระทำชำเราอันเป็นการผิดสำเร็จแล้ว เพราะเป็นการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ "กระทำกับ" อวัยวะเพศของผู้อื่น นอกจากนี้ยังรวม

ไปถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ "กระทำกับ" ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น และการใช้สิ่งอื่นใดนอกจากอวัยวะเพศของผู้กระทำ "กระทำกับ" อวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่นอีกด้วย ตัวอย่างเช่น ผู้กระทำเพียงแต่ใช้ "สิ่งอื่นใด" นอกจากอวัยวะเพศของตนแต่ต้องกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น ก็เป็นการกระทำชำเราอันเป็นความผิดสำเร็จโดยไม่ต้องมีการสอดใส่แต่อย่างใดเพราะถือเป็นการ "กระทำกับ" ตามความหมายของกฎหมายใหม่นี้แล้ว

ความเปลี่ยนแปลงในส่วนลักษณะของการกระทำชำเราซึ่งส่งผลให้แนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องความผิดสำเร็จหรือพยายามใช้ไม่ได้อีกต่อไป เพราะตามกฎหมายใหม่ไม่จำเป็นต้องมีการล่วงล้ำก็ถือเป็นความผิดสำเร็จแล้ว

3. ตามนิยามของคำว่า "กระทำชำเรา" ที่เพิ่มเติมขึ้นมาใหม่นี้มีการกำหนด "เจตนาพิเศษ" ขึ้นเนื่องมาจากมีการขยายความหมายของ "การกระทำชำเรา" ให้กว้างมากยิ่งขึ้นโดยไม่จำกัดอยู่เฉพาะแต่การใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิงอีกต่อไป จึงต้องมีการกำหนดด้วยการกระทำในรูปแบบต่างๆ ของการกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่นี้จะถือเป็นการกระทำชำเราก็คือเมื่อเป็นการกระทำ "เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ" มิใช่กระทำเพื่อความสนุกสนาน หรือเพื่อทำร้ายร่างกายเท่านั้น ดังนั้น หากผู้ใดใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นแต่มิใช่เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำแต่เพื่อเป็นการทำร้ายร่างกาย หรือเพื่อแก้แค้น ก็ไม่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ข. ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา (ปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา)

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่เดิม ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นผู้ชายเท่านั้น โดยผู้หญิงก็อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ในกรณีที่ เป็นผู้ร่วมกระทำความผิด เช่น การจับแขนขาให้ผู้ชายกระทำชำเรา แต่ไม่อาจเป็นผู้ลงมือกระทำชำเราโดยตรงได้เพราะความหมายของการกระทำชำเราแต่เดิมจะต้องเป็นการล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิงโดยอวัยวะเพศชาย แต่ตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่แม้จะใช้คำว่า "ผู้ใด" เช่นเดียวกับกฎหมายเก่า แต่เมื่อพิจารณาประกอบกับความหมายของ "การกระทำชำเรา" ที่เพิ่มขึ้นมาใหม่ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นการล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิงโดยอวัยวะเพศชายอีกแล้ว แต่เป็นการที่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกระทำ หรือเป็นการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำ แสดงให้เห็นว่า ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายใหม่จะเป็นเพศชายหรือเพศหญิงก็ได้ โดยสามารถเป็นผู้ลงมือกระทำ

ความผิดโดยตรงได้ทั้งชายและหญิง ดังนั้นผู้หญิงจึงสามารถกระทำความผิดฐานนี้ได้โดยลำพังไม่จำเป็นต้องร่วมกระทำความผิดกับชายเหมือนเดิมอีกต่อไป

ค. ผู้เสียหายจากการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา (ปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา)

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่เดิมนั้นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นผู้หญิงเท่านั้น และจะต้องไม่ใช่ภริยาของผู้กระทำความผิด เพราะการกระทำชำเราเป็นการล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิงโดยอวัยวะเพศชาย และกฎหมายใช้คำว่า "หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน" แต่ตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่เปลี่ยนเป็นใช้คำว่า "ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น" และความหมายใหม่ของการกระทำชำเราก็มิจำเป็นต้องเป็นการล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิงโดยอวัยวะเพศชายอีกต่อไป ดังนั้น ผู้ถูกกระทำหรือผู้เสียหายจากการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงอาจเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้และไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำความผิดโดยเพศตรงข้าม อาจเป็นการกระทำของเพศเดียวกันก็ได้ คือ อาจเป็นการกระทำของชายต่อหญิง ชายต่อชาย หญิงต่อหญิง หรือหญิงต่อชาย นอกจากนี้กรณีผู้เสียหายหรือผู้ถูกกระทำเป็นคู่สมรสของผู้กระทำความผิด ผู้กระทำก็มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ต่างจากกฎหมายเก่าที่ผู้เสียหายจะต้องไม่ใช่ภริยาของผู้กระทำ การกระทำจึงจะถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยในมาตรา 276 วรรคสี่ที่แก้ไขใหม่ได้วางหลักเกณฑ์ในกรณีเป็นการกระทำความผิดในระหว่างคู่สมรสว่าถ้าคู่สมรสนั้นยังประสงค์ที่จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาก็ให้อำนาจศาลที่จะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือไม่ลงโทษเลยและกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองพฤติด้วยก็ได้ และในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกและคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบและให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้ต่อไป

ในกรณีที่ผู้ถูกกระทำเป็นเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปีโดยไม่จำกัดว่าเป็นเด็กหญิงหรือเด็กชาย มาตรา 277 ที่แก้ไขใหม่ใช้คำว่า "ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม..." ดังนั้นการกระทำจะเป็นความผิดตามมาตรา 277 ที่แก้ไขใหม่ก็ต่อเมื่อผู้ถูกกระทำไม่ใช่สามีหรือภริยาของผู้กระทำความผิด และความยินยอมของเด็กยังคงหลักการเช่นเดียวกับกฎหมายเดิม คือ ไม่ใช่สาระสำคัญของการกระทำความผิดฐานนี้ แม้เด็กจะยินยอมก็ยังถือเป็นความผิดอยู่

ง. เหตุที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายอาญา (ปรับปรุงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา)

สำหรับเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหายนั้นยังคงหลักการเช่นเดิม เพราะประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 มิได้มีการแก้ไขแต่อย่างใด ดังนั้นหลักและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องนี้จึงยังใช้ได้อยู่

กฎหมายข่มขืนกระทำชำเราที่แก้ไขใหม่ได้ขยายขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราออกไปอย่างมากโดยไม่ใช่ความผิดที่คุ้มครองเฉพาะการกระทำของชายที่กระทำต่อหญิงอีกต่อไป แต่คุ้มครองไปถึงการกระทำความผิดของชายที่กระทำความผิดต่อชายด้วยกัน หญิงกระทำความผิดต่อชาย หรือหญิงกระทำความผิดต่อหญิงด้วยกันอีกด้วย และลักษณะของการกระทำชำเราก็น่าจะมีความเปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ มิใช่การคุ้มครองเฉพาะอวัยวะเพศหญิงอีกต่อไป แต่ยังคงคุ้มครองไปถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำความผิดกระทำกับทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น หรือใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่นด้วย และในกรณีที่ผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำความผิดเป็นคู่สมรสกันก็อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสของตนเองได้

การแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในครั้งนี้ถือเป็นการเปลี่ยนแนวความคิดหรือเจตนารมณ์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่แต่เดิมเป็นความผิดที่มุ่งคุ้มครองเพศหญิงซึ่งเป็นเพศที่อ่อนแอจากการถูกใช้กำลังบังคับขู่เข็ญโดยเพศชายที่มีความแข็งแรงกว่าเพื่อการมีเพศสัมพันธ์กับหญิงนั้น เป็นแนวความคิดที่ว่าในปัจจุบันไม่ใช่เฉพาะเพศหญิงเท่านั้นที่ตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดแต่เพศชายก็อาจตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดฐานนี้ได้เช่นเดียวกันไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยผู้หญิงหรือผู้ชายด้วยกันก็ตาม และไม่ใช่ว่าเฉพาะผู้ชายเท่านั้นที่กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยลำพังได้แต่ผู้หญิงก็อาจกระทำความผิดฐานนี้ได้โดยไม่ต้องเป็นการร่วมกันกระทำความผิดกับผู้ชายอีกต่อไป ดังนั้นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่แก้ไขใหม่จึงมุ่งที่จะคุ้มครองบุคคลทุกเพศไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิงจากการกระทำความผิดของบุคคลทุกเพศไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิงเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ไม่มีการจำกัดเพศของผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายอีกต่อไป ซึ่งแน่นอนว่าการแก้ไขกฎหมายในลักษณะที่เป็น การแก้ไขของคัมภีร์ประกอบของความผิดเช่นนี้ย่อมเกิดผลกระทบต่อการนำไปบังคับใช้ โดยการแก้ไข

เพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในครั้งนั้นก็เกิดผลกระทบในหลายๆ เรื่องทั้งข้อดีและข้อเสียเช่นเดียวกัน

3.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายต่างประเทศ

การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายนานาประเทศ ในสมัยโบราณถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการประทุษร้ายต่อร่างกายด้วย แต่เรียกว่าเป็นการทำร้ายที่ผิดศีลธรรมจรรยา (Indecent Assault) เพราะการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนความยินยอมของผู้อื่นและทำให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บเป็นอันตรายต่อการและจิตใจ ต่อมาได้ถือว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ (Sexual Offence) เพราะนอกจากจะเป็นการทำร้ายร่างกายและจิตใจของหญิงผู้เสียหายแล้ว ยังทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียงเกียรติคุณของผู้เสียหายอีกสถานหนึ่งด้วย⁷⁶

การข่มขืนกระทำชำเราไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่ชายกระทำต่อหญิงหรือชายกระทำต่อชาย หรือหญิงกระทำต่อหญิง หรือเป็นการกระทำระหว่างมนุษย์กับสัตว์ ต่างถือเป็นบาป และเป็นความผิดต่อกฎหมายของพระเจ้า ดังที่ปรากฏในพระคัมภีร์ไบเบิล ภาคพันธสัญญาเดิม (Old Testament) ซึ่งเรื่องนี้ยังมีอิทธิพลปรากฏอยู่ในกฎหมายอาญาของประเทศทั้งหลาย

3.2.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบไปด้วยหลายมลรัฐซึ่งแต่ละมลรัฐก็จะมีกฎหมายเป็นของตัวเอง ดังนั้นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของแต่ละมลรัฐก็อาจจะมี ความแตกต่างกัน อย่างไรก็ตามความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นถือว่าเป็นความผิดต่อศีลธรรมอย่างร้ายแรง ดังนั้น ศาลมักจะตีความองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้อย่างกว้างๆ ตัวอย่างเช่น ศาลของรัฐนิวยอร์กถือเอาเจตนาของจำเลยเป็นสำคัญ ยึดหลักที่ว่ากรรมและพฤติกรรมแวดล้อมอื่นๆ เป็นเครื่องแสดงเจตนาของจำเลย โดยได้วินิจฉัยไว้ว่าเมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ความว่าจำเลยหย่อนสมรรถภาพทางเพศยอมแสดงอยู่ในตัวว่าจำเลยขาดเจตนา

⁷⁶ ประสิทธิ์ พัฒนอมร, "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา," (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), หน้า 5.

ข่มขืนกระทำชำเรา⁷⁷ หรือศาลของรัฐอลาบามาได้วินิจฉัยไว้ว่าเมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ความว่าจำเลย
 วิ่งไล่หญิงผู้เสียหายเพื่อข่มขืนกระทำชำเราแม้ว่าจะยังไม่ประชิดตัวหญิงผู้เสียหายก็ยอมถือว่า
 จำเลยได้พยายามกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว⁷⁸

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) แต่ American Law Institute ได้มีการบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา Model Penal Code ขึ้นเพื่อการบังคับใช้กฎหมายอย่างเป็นระบบ โดย Model Penal Code 1962⁷⁹ มาตรา 213.0⁸⁰ ให้ คำจำกัดความของการข่มขืนกระทำชำเราว่าให้หมายความรวมถึงการข่มขืนทางช่องคลอดหรือ ทางทวารหนักโดยการล่วงล้ำของอวัยวะเพศไม่ว่าจะมากหรือน้อยเพียงใดก็ตาม โดยไม่ จำเป็นต้องมีการหลั่งน้ำอสุจิ และมาตรา 213.1 ก็ได้อธิบายถึงองค์ประกอบของความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเราไว้ดังนี้

มาตรา 213.1⁸¹ บัญญัติว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดที่
 เกี่ยวข้อง

⁷⁷ State V. Ballamash, (28 N.M. 212, 210, 1922), p.291.

⁷⁸ Lewis V. The State, (35 Ala.380) อ้างถึงใน Oliver, Wendell Helmes, The common law (Boston: Little Brown and Company, 1963), p.56.

⁷⁹ Model Penal Code Official Draft and Explanatory note, The American Law Institute 1985, p.131.

⁸⁰ Section 213.0 Sexual intercourse includes intercourse per vagina or per anus with some penetration however slight, emission is not required

⁸¹ Section 213.1 Rape and Related offences

(1) Rape A male who has sexual intercourse with a female not his wife is guilty of rape if

(a) he couples to submit by force or by threat of imminent death , serious bodily injury, extreme pain or kidnapping, to be inflicted on anyone, or

(b) he has substantially impaired her power to appraise or control her conduct by administering or employing without her knowledge drugs, intoxicants or other means for the purpose of preventing resistance or

(c) the female is unconscious ; or

(d) the female isles than 10 years old.

(1) การข่มขืน ชายจะกระทำผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นซึ่งมิใช่ภรรยาของตนเมื่อ

(a) โดยใช้กำลังบังคับ หรือขู่ว่าจะทำอันตรายแก่ชีวิต ทำอันตรายแก่ร่างกาย ให้ได้รับบาดเจ็บสาหัสหรือลักพาตัวผู้หนึ่งผู้ใด หรือ

(b) โดยทำให้ไม่สามารถช่วยตนเองได้ หรือในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ หรือโดยใช้ยา เครื่องมีนเมา หรือโดยวิธีอื่นใดที่ทำให้อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถต่อสู้ขัดขืนได้ หรือ

(c) โดยทำต่อหญิงที่ไม่สามารถควบคุมตนเองได้ (Unconscious)

(d) ทำต่อเด็กหญิงอายุน้อยกว่า 10 ปี

สำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตาม Model Penal Code 1962 นั้น เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตาม Model Penal Code 1962 จะเห็นได้ว่ากฎหมายคุ้มครองทั้งการข่มขืนกระทำชำเราทางช่องคลอดหรือทางทวารหนักโดยการล่วงล้ำของอวัยวะเพศไม่ว่ามากหรือน้อยเพียงใดก็ตาม โดยไม่จำเป็นต้องมีการหลั่งน้ำอสุจิ ตามมาตรา 213.0 และกรณีจะถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นการที่ผู้ชายข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิงซึ่งมิใช่ภรรยาตน โดยพฤติการณ์ของการข่มขืนนั้นมีหลายอย่างไม่ว่าจะเป็น การกระทำโดยใช้กำลัง, ทำให้กลัว, ใช้กลอุบายหลอกลวง, ทำให้ไม่สามารถช่วยตนเองได้, ใช้ยา ทำให้มีเมเมาหรือให้อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้, กระทำต่อหญิงที่ไม่สามารถควบคุมตนเองได้ หรือหากเป็นการกระทำต่อเด็กหญิงอายุน้อยกว่า 10 ปี ก็จะไม่ถือความยินยอมของเด็กหญิง เป็นสาระสำคัญของความผิด กล่าวคือ แม้เด็กจะยินยอมก็ยังคงเป็นความผิดอยู่ โดยใจทกมีหน้าที่ ต้องพิสูจน์เพียงว่ามีการกระทำชำเราเกิดขึ้น และการกระทำดังกล่าวผู้เสียหายไม่ยินยอมโดยมี พฤติกรรมตามที่มาตรา 213.1 กำหนด

ดังนั้นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตาม Model Penal Code 1962 จึงต้องเป็นผู้ชายเท่านั้นเพราะในกฎหมายใช้คำว่า "Male" ส่วนผู้ถูกกระทำความผิดก็ต้องเป็นผู้หญิงและต้องเป็นหญิงอื่นซึ่งมิใช่ภรรยาของผู้กระทำความผิดเพราะในกฎหมายใช้คำว่า "Female not his wife" แต่อย่างไรก็ตามได้เคยมีคำพิพากษาของศาลมลรัฐเวอร์มอนท์ในคดี State V. Stevens, 5104.2d 1070 (Me) พิพากษาว่าหญิงก็สามารถข่มขืนกระทำชำเราชายได้ หรือศาลสูงมลรัฐเทนเนสซีก็ได้มีคำพิพากษาในคดี State V. Thomas (1981) ว่ากรณีจำเลยเป็นหญิงใช้อาวุธ บังคับหญิงอื่นให้ใช้ปากกระทำต่ออวัยวะเพศชาย (fellatio) ของสามีจำเลยถือว่าเป็นตัวการชั้นที่ 1 (First degree) โดยให้เหตุผลว่าจำเลยไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดด้วยตนเองก็ได้

นอกจากนี้ศาลของมลรัฐมิชิแกนยังมีความเห็นว่าเป็นโดยสภาพธรรมชาติทางเพศของมนุษย์นั้น การช่มชื่นกระทำชำเราไม่ควรจำกัดอยู่เฉพาะเพศชาย การบัญญัติกฎหมายจึงหลีกเลี่ยงไม่ใช้คำว่า “ช่มชื่นกระทำชำเรา” แต่ใช้คำว่า “การกระทำ” แทน โดยในบรรดารัฐต่างๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มลรัฐมิชิแกนถือว่าเป็นรัฐแรกๆ ที่เป็นผู้นำการปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับการช่มชื่นกระทำชำเราโดยมีการเคลื่อนไหวในปี 1970 และออกกฎหมายในปี 1974 โดยการนำขององค์การสตรีแห่งชาติ (National Organization of Women)

ต่อมาเมื่อสังคมมีความเปลี่ยนแปลงไป มีการแสวงหาความพึงพอใจในทางเพศหลากหลายรูปแบบและมีการก่ออาชญากรรมทางเพศในลักษณะแปลกๆ มากขึ้น ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้ทำการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการช่มชื่นกระทำชำเรา และศาลก็ได้พิพากษาให้ขยายฐานความผิดออกไปจนเป็นหลักกฎหมายโดยความผิดช่มชื่นกระทำชำเราเป็นกรณี que se que se ผู้ใดช่มชื่นผู้อื่นทั้งสิ้น และการล่วงล้ำรวมไปถึงการใช้ลิ้นหรือวัสดุอื่นใดด้วย โดยตามประมวลกฎหมายสหรัฐ (US Code Collection) ได้ให้ความหมายของการช่มชื่นกระทำชำเราไว้ในมาตรา 2246⁸² ดังนี้

⁸² (2) The term “sexual act” means

(A) contact between the penis and the vulva or the penis and the anus, and for purposes of this subparagraph contact involving the penis occurs upon penetration, however slight;

(B) contact between the mouth and the penis, the mouth and the vulva, or the mouth and the anus;

(C) the penetration, however slight, of the anal or genital opening of another by a hand or finger or by any object, with an intent to abuse, humiliate, harass, degrade, or arouse or gratify the sexual desire of any person; or

(D) the intentional touching, not through the clothing, of the genitalia of another person who has not attained the age of 16 years with an intent to abuse, humiliate, harass, degrade, or arouse or gratify the sexual desire of any person

(2) คำว่า "การกระทำทางเพศ" หมายความว่า

(A) การกระทำระหว่างอวัยวะเพศชายกับอวัยวะเพศหญิง หรืออวัยวะเพศชายกับทวารหนัก โดยการกระทำตามอนุมาตรานี้เกิดขึ้นเมื่อมีการล่วงล้ำหรือสอดใส่ไม่ว่าจะมากน้อยเพียงใดก็ตาม

(B) การกระทำระหว่างปากกับอวัยวะเพศชาย หรือปากกับอวัยวะเพศหญิง หรือปากกับทวารหนัก

(C) การล่วงล้ำไม่ว่าจะมากน้อยเพียงใดก็ตามต่อทวารหนัก หรืออวัยวะสืบพันธุ์ของผู้อื่นโดยใช้มือ, นิ้ว หรือวัตถุอื่นใด โดยมีเจตนาที่จะล่วงละเมิดทางเพศ, คุกคามทางเพศ, ทำให้อับอาย, ปลุกเร้า หรือสนองความต้องการทางเพศของผู้อื่น หรือ

(D) การสัมผัสอวัยวะสืบพันธุ์ของเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี โดยมีเจตนาที่จะล่วงละเมิดทางเพศ, คุกคามทางเพศ, ทำให้อับอาย, ปลุกเร้า หรือสนองความต้องการทางเพศ

จากบทบัญญัติกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไป จะเห็นได้ว่าความหมายของการกระทำทางเพศได้ขยายขอบเขตออกไปอย่างมาก ไม่มีการจำกัดเพศของผู้กระทำความผิดหรือผู้ถูกกระทำความผิดอีกต่อไป และลักษณะของการกระทำชำเราหรือการกระทำเกี่ยวกับเพศก็ขยายออกไปครอบคลุมการกระทำอื่นๆ นอกจากการร่วมเพศกันทางอวัยวะเพศหญิงหรือทางทวารหนักอีกด้วย ซึ่งนับตั้งแต่ปี 1995 เป็นต้นมาทุกมลรัฐได้นำไปเป็นแบบในการร่างกฎหมายเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราจนกระทั่งในปัจจุบันความผิดเกี่ยวกับเพศในแต่ละรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาได้เริ่มบัญญัติกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองและครอบคลุมถึงการกระทำทางเพศในรูปแบบอื่นๆ ด้วย โดยมีลักษณะในการบัญญัติกฎหมายที่แตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐตัวอย่างเช่น

3.2.1.1 มลรัฐมิชิแกน

ในบรรดามลรัฐต่างๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐมิชิแกนถือว่าเป็นรัฐแรกๆ ที่มีการปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา มลรัฐมิชิแกนจะไม่ใช้ชื่อฐานความผิดว่า "Rape" โดยการทำร้ายกันทางเพศตามกฎหมายอาญาของมลรัฐมิชิแกนเรียกว่า "Criminal Sexual Conduct" (CSC) มีการแบ่งระดับของความผิดออกเป็น 4 ระดับ พิจารณาจากความรุนแรงของความผิด ความรุนแรงของการบังคับขู่เข็ญ และความเสียหายของเหยื่อ โดยความผิดในระดับที่ 1 กับ 3 จะมีลักษณะของการล่วงล้ำ หรือการสอดใส่ (Sexual penetration) ในขณะที่

ความผิดในระดับที่ 2 กับ 4 จะไม่มีลักษณะของการสอดใส่แต่จะเป็นการกระทำภายนอกที่มีความเกี่ยวข้องกับเรื่องเพศ (Sexual contact) การกำหนดระดับโครงสร้างทางความผิดด้วยวิธีนี้จะทำให้คำจำกัดความของการกระทำผิดกว้างขึ้นและสามารถจัดปัญหาความเสื่อมล้ำของตัวบทกฎหมายและปัญหาความแตกต่างกันระหว่างการกระทำที่เป็นการล่วงล้ำและการทำร้ายรบกวนทางเพศ อาจแยกอธิบายความผิดในลักษณะต่างๆ ได้ดังต่อไปนี้

ก. ความผิดฐาน Criminal Sexual Conduct ในระดับแรก กับ ระดับสาม ความผิดใน 2 ระดับนี้จะมีลักษณะของการล่วงล้ำทางเพศ หรือการสอดใส่ (Sexual penetration) ซึ่งมีความหมายถึง "การร่วมประเวณี (Sexual intercourse), การใช้ปากหรือลิ้นกับกับอวัยวะเพศหญิง (Cunnilingus), การใช้ปากอมอวัยวะเพศชาย (Fellatio), การร่วมเพศกันทางทวารหนัก (Anal intercourse) หรือการล่วงล้ำหรือสอดใส่ในรูปแบบอื่นๆ โดยใช้อวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายหรือใช้วัตถุอื่นใดสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น โดยการล่วงล้ำอันจะถือเป็นความผิดตามความหมายนี้ไม่จำเป็นจะต้องมีการหลั่งน้ำอสุจิแต่อย่างใดและไม่จำเป็นว่าการล่วงล้ำจะเกิดขึ้นมากน้อยเพียงใดก็ตาม"⁶³ ดังนั้น ของเขตของความผิดทั้ง 2 ระดับนี้จึงต้องมีเรื่องของการล่วงล้ำหรือการสอดใส่ทางเพศเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยการล่วงล้ำที่กฎหมายคุ้มครองนั้นมีได้คุ้มครองเฉพาะการล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิงโดยอวัยวะเพศชายเท่านั้นแต่ยังคุ้มครองไปถึงการใช้ปากกับอวัยวะเพศชายหรืออวัยวะเพศหญิง, การร่วมเพศกันทางทวารหนัก, การล่วงล้ำในรูปแบบอื่นโดยใช้อวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือใช้วัตถุอื่นใดสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักด้วย และการล่วงล้ำดังกล่าวอันจะถือเป็นความผิดจะต้องเป็นการกระทำโดยปราศจากความยินยอม ซึ่งอาจจะเป็นการใช้กำลังบังคับขู่เข็ญ หรือใช้อำนาจที่ตนมีเหนือผู้ถูกกระทำบังคับให้เขายินยอม หรือในบางกรณีความยินยอมก็ไม่ใช่สาระสำคัญของความผิดคือ กรณีที่ผู้ถูกกระทำเป็นผู้ที่ตกอยู่ในสภาพที่ไม่อาจให้ความยินยอมได้เนื่องจากมีความบกพร่องทางจิต จิตไม่ปกติ หรือไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ หรือเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี บุคคลเหล่านี้แม้จะให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีหรือการสอดใส่ในรูปแบบใดๆ ผู้กระทำก็ยังคงมีความผิดอยู่

⁶³ The Michigan Penal Code Section 520a (r): "Sexual penetration" means sexual intercourse, cunnilingus, fellatio, anal intercourse, or any other intrusion, however slight, of any part of a person's body or of any object into the genital or anal openings of another person's body, but emission of semen is not required.

เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะคนเหล่านี้ไม่อยู่ในสภาพปกติพอที่จะให้ความยินยอมได้ หรือเป็นเด็กซึ่งยังไม่มีการประกอบกิจกรรมในเรื่องเพศพอและอาจถูกผู้มีประสบการณ์มากกว่าหลอกให้ยินยอมได้

ในส่วนของผู้ที่สามารถเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดฐาน Criminal Sexual Conduct ใน 2 ระดับนี้ กฎหมายใช้คำว่า "A Person" ประกอบกับความหมายของการล่วงล้ำตามที่กล่าวมาข้างต้น แสดงว่า ผู้กระทำความผิดอาจเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้ สำหรับผู้ถูกระทำความผิดหรือผู้เสียหายก็เช่นเดียวกัน กฎหมายทั้ง 2 มาตราใช้คำว่า "another person"⁸⁴ แสดงว่าผู้เสียหายตามมาตรานี้ก็เป็นได้ทั้งผู้หญิงหรือผู้ชาย นอกจากนี้ การเป็นคู่สมรสกันระหว่างผู้กระทำกับผู้เสียหายก็ไม่ใช่ข้อแก้ตัวให้พ้นความรับผิดชอบได้ กล่าวคือ แม้ผู้กระทำกับผู้เสียหายจะเป็นสามีภริยากันโดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำก็ยังคงเป็นความผิดอยู่ โดยมาตรา 520i แห่ง The Michigan Penal Code ได้วางหลักไว้ว่า "บุคคลอาจถูกดำเนินคดีและได้รับโทษสำหรับความผิดตามมาตรา 520b-520g ได้ แม้ว่าจะเป็นการกระทำต่อคู่สมรสของตนเองก็ตาม แต่ในกรณีที่เป็นการกระทำต่อคู่สมรสของตนซึ่งเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี หรือเป็นบุคคลที่มีความบกพร่องทางจิตโดยยินยอม การกระทำก็ไม่ถือเป็นความผิด"⁸⁵ ดังนั้นตามกฎหมายของมลรัฐมิชิแกน สามีภริยาอาจมีความผิดฐานประกอบอาชญากรรมทางเพศต่อคู่สมรสของตนได้ไม่ว่าในระดับใดก็ตาม แต่ในกรณีของบุคคลที่กฎหมายกำหนดว่าไม่อาจให้ความยินยอมได้ ไม่ว่าจะเป็นเพราะมีความบกพร่องทางจิต หรือเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ซึ่งโดยทั่วไปแล้วในบุคคลเหล่านี้ ความยินยอมจะไม่ถือเป็นสาระสำคัญของความผิด แต่ในกรณีที่บุคคลเหล่านี้มีคู่สมรสและคู่สมรสได้ร่วมประเวณีโดยความยินยอม เช่นนี้จะใช้หลักว่าแม้บุคคลเหล่านี้จะให้ความยินยอม ก็ถือเป็นความผิดไม่ได้ เพราะทั้งคู่เป็นคู่สมรสกัน การร่วมประเวณีกันถือเป็นเรื่องปกติของคู่สมรส หากเกิดการกระทำใน

⁸⁴ The Michigan Penal Code Section 520b (1): A person is guilty of criminal sexual conduct in the first degree if he or she engages in sexual penetration with another person... และ Section 520d (1): A person is guilty of criminal sexual conduct in the third degree if the person engages in sexual penetration with another person...

⁸⁵ The Michigan Penal Code Section 520i Legal spouse as victim: A person may be charged and convicted under sections 520b to 520g even though the victim is his or her legal spouse. However, a person may not be charged or convicted solely because his or her legal spouse is under the age of 16, mentally incapable, or mentally incapacitated.

ลักษณะนี้ขึ้นก็คงจะต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงอื่นๆ ประกอบการวินิจฉัยว่าผู้เสียหายยินยอมหรือไม่และการกระทำจะเป็นความผิดหรือไม่

ความผิดฐาน Criminal Sexual Conduct ในระดับแรก กับ ระดับสาม จะมีความแตกต่างกันในเรื่องของพฤติการณ์ประกอบการกระทำ แต่จัดเป็นความผิดอุกฉกรรจ์ (Felony) ทั้ง 2 มาตรา และระดับโทษก็จะแตกต่างกันไปตามข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี

ข. ความผิดฐาน Criminal Sexual Conduct ในระดับสอง กับ ระดับสี่
ความผิดทั้ง 2 ระดับนี้จะไม่มีลักษณะของการล่วงล้ำหรือการสอดใส่ แต่เป็นการกระทำภายนอกที่มีความเกี่ยวข้องกับเรื่องเพศ (Sexual contact) ซึ่งหมายความว่า "การสัมผัสโดยเจตนาในบริเวณอวัยวะเพศ, ต้นขาหรือขาหนีบ, ก้นหรือสะโพก หรือหน้าอกของผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหาย หรือการสัมผัสโดยเจตนาซึ่งเสื้อผ้าในบริเวณที่ปกคลุมอวัยวะเพศ, ต้นขาหรือขาหนีบ, ก้นหรือสะโพก หรือหน้าอกของผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหาย โดยการสัมผัสดังกล่าวมีเหตุที่น่าเชื่อว่าเป็นการกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการกระตุ้นอารมณ์ทางเพศ หรือเพื่อสนองความต้องการทางเพศ หรือเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเพศและกระทำเพื่อการแก้แค้น, ทำให้อับอาย หรือเป็นการแสดงออกซึ่งความโกรธ"⁸⁶ และการกระทำเหล่านี้จะต้องเป็นการกระทำโดยปราศจากความยินยอม ซึ่งอาจเป็นการใช้กำลังบังคับขู่เข็ญหรือใช้อำนาจที่ตนมีเหนือผู้เสียหายบังคับให้ผู้เสียหายให้ความยินยอม แต่หากกรณีที่ผู้เสียหายเป็นบุคคลที่มีความบกพร่องทางจิต จิตไม่ปกติ หรือไม่สามารช่วยเหลือตนเองได้ หรือเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี บุคคลเหล่านี้แม้จะให้ความยินยอมก็ยังไม่ถือเป็นความผิด

ในส่วนของผู้กระทำความผิดนั้นกฎหมายใช้คำว่า "A Person" แสดงว่าอาจเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้ และผู้เสียหายก็อาจเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้เช่นเดียวกัน เพราะกฎหมายใช้คำว่า "another person" และไม่มีการจำกัดว่าผู้เสียหายจะต้องไม่ใช่คู่สมรสของผู้กระทำ การ

⁸⁶ The Michigan Penal Code Section 520a (q): "Sexual contact" includes the intentional touching of the victim's or actor's intimate parts or the intentional touching of the clothing covering the immediate area of the victim's or actor's intimate parts, if that intentional touching can reasonably be construed as being for the purpose of sexual arousal or gratification, done for a sexual purpose, or in a sexual manner for: (1) Revenge (2) To inflict humiliation (3) Out of anger.

กระทำจึงจะเป็นความผิด⁸⁷ ดังนั้น หากการกระทำครบองค์ประกอบความผิด แม้จะเป็นการกระทำต่อคู่สมรสของตนเอง การกระทำก็ถือเป็นความผิดได้ตามมาตรา 520l โดยรายละเอียดของมาตรานี้ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ ความผิดฐาน Criminal Sexual Conduct ในระดับแรก กับ ระดับสาม

ความผิดฐาน Criminal Sexual Conduct ในระดับสอง เป็นความผิดอุกฉกรรจ์ (Felony) ส่วนในระดับสี่ เป็นความผิดอาญาที่มีโทษสถานเบา (Misdemeanor) จากลักษณะของความผิดฐาน Criminal Sexual Conduct ในระดับสองกับสี่ จะเห็นได้ว่ามีลักษณะคล้ายกับความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย

3.2.1.2 มลรัฐอลาบามา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของมลรัฐอลาบามา บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐอลาบามา โดยแบ่งออกเป็น 2 ระดับ คือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในระดับแรก กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในระดับรอง โดยมีรายละเอียดดังนี้

1. Section 13A-6-61

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในระดับแรก⁸⁸

⁸⁷ The Michigan Penal Code Section 520c (1): A person is guilty of criminal sexual conduct in the second degree if the person engages in sexual contact with another person... และ Section 520e (1): A person is guilty of criminal sexual conduct in the fourth degree if he or she engages in sexual contact with another person...

⁸⁸ Alabama Sexual Assault Laws : Section 13A-6-61

Rape in the first degree.

(a) A person commits the crime of rape in the first degree if:

(1) He or she engages in sexual intercourse with a member of the opposite sex by forcible compulsion; or

(a) บุคคลใดจะมีความผิดฐานนี้ ต่อเมื่อ

- (1) ผู้ใดร่วมประเวณีกับบุคคลที่มีเพศตรงข้ามกับตนโดยการใช้อำลึงบังคับ หรือ
- (2) ผู้ใดร่วมประเวณีกับบุคคลที่มีเพศตรงข้ามกับตนและเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอม เนื่องจากตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ หรือจิตไม่ปกติชั่วคราว หรือ
- (3) ผู้ใดมีอายุ 16 ปีขึ้นไป ร่วมประเวณีกับบุคคลที่มีเพศตรงข้ามกับตนซึ่งมีอายุต่ำกว่า 12 ปี

(b) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในระดับแรกเป็นความผิดออกจรรยาจรรยาชั้น A

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในระดับแรก สำหรับผู้กระทำความผิดนั้น กฎหมายใช้คำว่า "He or She" หมายความว่าอาจเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้ ส่วนผู้ถูกกระทำก็อาจเป็นได้ทั้งผู้หญิงหรือผู้ชาย และไม่มีกำหนดว่าผู้ถูกกระทำจะต้องมิใช่คู่สมรสของผู้กระทำความผิด ดังนั้น การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสจึงถือเป็นความผิดได้ แต่กฎหมายบังคับว่าผู้ถูกกระทำจะต้องเป็นบุคคลคนละเพศกับผู้กระทำความผิด ดังนั้นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในระดับแรกนี้จะต้องเป็นการกระทำระหว่างชายกระทำต่อหญิง หรือหญิงกระทำต่อชาย หากเป็นกรณีของชายกระทำต่อชาย หรือหญิงกระทำต่อหญิง ก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้

ในส่วนของลักษณะของการข่มขืนกระทำชำเรา นั้น องค์ประกอบที่สำคัญอย่างหนึ่ง คือ การกระทำจะต้องเกิดจากความไม่ยินยอมของผู้ถูกกระทำ โดยอาจเป็นการใช้อำลึงบังคับขู่เข็ญ หรือในบางกรณีผู้ถูกกระทำอยู่ในสภาพที่จะสามารถให้ความยินยอมในเรื่องการกระทำชำเราได้ เช่น เป็นบุคคลที่ตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ (Physically

(2) He or she engages in sexual intercourse with a member of the opposite sex who is incapable of consent by reason of being physically helpless or mentally incapacitated; or

(3) He or she, being 16 years or older, engages in sexual intercourse with a member of the opposite sex who is less than 12 years old.

(b) Rape in the first degree is a Class A felony.

helpless)⁸⁹ ซึ่งมีการให้คำจำกัดความว่าหมายถึง “บุคคลที่มีอาการหมดสติหรือไม่รู้สึกตัว หรือเพราะเหตุอื่นใดที่ทำให้ไม่สามารถควบคุมการกระทำของตนเองได้” หรือเป็นบุคคลที่มีจิตไม่ปกติชั่วคราว (Mentally incapacitated)⁹⁰ ซึ่งอาจจะมีสาเหตุมาจากการถูกบังคับให้เสพสารเสพติดหรือของมึนเมา ส่งผลให้ความสามารถในการควบคุมร่างกายลดลง กรณีเหล่านี้แม้ผู้ถูกกระทำ จะมีได้แสดงว่าตนไม่ยินยอมแต่กฎหมายถือเป็นการไม่ยินยอม เพราะไม่อยู่ในอยู่ในสภาพที่จะให้ความยินยอมได้ และในบางกรณีความยินยอมก็ไม่ถือเป็นสาระสำคัญของความผิดฐานนี้ คือกรณีที่ผู้ถูกกระทำเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 12 ปี แม้ว่าเด็กจะให้ความยินยอมแต่ก็ยังถือเป็นความผิดอยู่ เพราะถือว่าเด็กยังมีประสบการณ์ในเรื่องนี้ไม่เพียงพอที่จะให้ความยินยอมได้อย่างสมเหตุสมผล อาจถูกผู้มีประสบการณ์มากกว่าหลอกให้ยินยอมได้ เป็นการป้องกันผู้ที่มีประสบการณ์มากกว่ามาหาผลประโยชน์จากเด็กโดยมิชอบ ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดเพิ่มเติมอีกว่า “ผู้ที่กระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 12 ปี จะมีความผิดตามมาตรานี้ก็ต่อเมื่อผู้กระทำมีอายุ 16 ปีขึ้นไป” หากเด็กชายอายุ 14 ปี กับเด็กหญิงอายุ 11 ปี ยินยอมร่วมประเวณีกัน การกระทำก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้ แต่หากเด็กชายอายุ 14 ปี บังคับให้เด็กหญิงอายุ 11 ปี ร่วมประเวณีกับตน ก็น่าจะเป็นการข่มขืนกระทำชำเราตามหลักทั่วไป

สำหรับลักษณะของการกระทำชำเรา หรือการร่วมประเวณี (Sexual Intercourse)⁹¹ มีการให้คำจำกัดความว่าหมายถึงการร่วมประเวณีกันตามความหมายธรรมดาที่เข้าใจกันโดยทั่วไป ซึ่งได้แก่การสอดใส่ ไม่ว่าจะมากน้อยเพียงใด และไม่ว่าจะมีการหลังด้วย

⁸⁹ Section 13A-6-60 Definitions (7) PHYSICALLY HELPLESS: Such term means that a person is unconscious or for any other reason is physically unable to communicate unwillingness to an act.

⁹⁰ Section 13A-6-60 Definitions (6) MENTALLY INCAPACITATED: Such term means that a person is rendered temporarily incapable of appraising or controlling his conduct owing to the influence of a narcotic or intoxicating substance administered to him without his consent, or to any other incapacitating act committed upon him without his consent.

⁹¹ Section 13A-6-60 Definitions (1) SEXUAL INTERCOURSE: Such term has its ordinary meaning and occurs upon any penetration, however slight; emission is not required.

หรือไม่ก็ตาม ดังนั้น การกระทำซ้ำเราตามกฎหมายของมลรัฐอลาบามา ก็คือการร่วมประเวณีกันระหว่างชายกับหญิงตามความหมายที่เข้าใจกันโดยทั่วไปนั่นเอง

ดังนั้น ความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราในระดับแรกตามมาตรานี้ก็คือการที่ผู้ใดกระทำการร่วมประเวณีกับผู้อื่นที่มีเพศตรงข้ามกับตน โดยการใช้กำลังบังคับขู่เข็ญ หรือกระทำต่อบุคคลที่ตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือไม่สามารถควบคุมการกระทำของตนได้ หรือความสามารถในการควบคุมการกระทำตนเองลดลง เนื่องจากถูกบังคับให้เสพของมึนเมาหรือสารเสพติด หรือเป็นการกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 12 ปี ไม่ว่าเด็กจะให้ความยินยอมหรือไม่ โดยผู้กระทำความผิดต่อเด็กต้องมีอายุ 16 ปีขึ้นไป

2. Section 13A-6-62⁹²

ความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราในระดับสอง

(a) บุคคลใดจะมีความผิดฐานนี้ ต่อเมื่อ

(1) บุคคลใดมีอายุ 16 ปีขึ้นไป ไม่ว่าจะ เป็นชายหรือหญิง ร่วมประเวณีกับบุคคลที่มีเพศตรงข้ามกับตนซึ่งมีอายุต่ำกว่า 16 ปีแต่มากกว่า 12 ปี โดยผู้กระทำต้องมีอายุมากกว่าผู้ถูกกระทำไม่น้อยกว่า 2 ปี

⁹² Alabama Sexual Assault Laws : [Section 13A-6-62](#)

Rape in the second degree.

(a) A person commits the crime of rape in the second degree if:

(1) Being 16 years old or older, he or she engages in sexual intercourse with a member of the opposite sex less than 16 and more than 12 years old; provided, however, the actor is at least two years older than the member of the opposite sex.

(2) He or she engages in sexual intercourse with a member of the opposite sex who is incapable of consent by reason of being mentally defective.

(b) Rape in the second degree is a Class B felony.

(2) ผู้ใดร่วมประเวณีกับบุคคลที่มีเพศตรงข้ามกับตน ซึ่งเป็นบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการให้ความยินยอม เนื่องจาก มีความบกพร่องทางจิต

(b) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในระดับสองเป็นความผิดอุกฉกรรจ์ชั้น B

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในระดับรองนี้ ในส่วนของผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำหรือผู้เสียหายมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในระดับแรก กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดอาจเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้ ในขณะที่เดียวกันผู้ถูกกระทำก็อาจเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้ และไม่มีกำหนดว่าผู้ถูกกระทำจะต้องมีไช่คู่สมรสของผู้กระทำความผิด ดังนั้น การข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรสจึงถือเป็นความผิดได้ แต่ผู้ถูกกระทำจะต้องเป็นผู้ที่มีเพศตรงข้ามกับผู้กระทำ และการกระทำชำเราตามมาตรานี้ก็มีความหมายเดียวกันกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในระดับแรก กล่าวคือ เป็นการร่วมประเวณีกันตามความหมายที่เข้าใจกันโดยทั่วไประหว่างชายกับหญิง ซึ่งได้แก่ การสอดใส่ไม่ว่าจะเล็กน้อยเพียงใด และไม่ว่าจะมีการหลั่งหรือไม่ก็ตาม

ส่วนที่แตกต่างกันก็คือ ลักษณะของการกระทำเพื่อที่จะร่วมประเวณีด้วย โดยมาตรานี้จะไม่มีการใช้กำลังบังคับขู่เข็ญ แต่เป็นการกระทำต่อบุคคลที่อยู่ในสภาพที่ไม่อาจให้ความยินยอมได้ เนื่องจาก มีความบกพร่องทางจิต (Mentally Defective)⁹³ ซึ่งมีการให้คำจำกัดความว่าหมายถึง บุคคลที่ได้รับความทุกข์ทรมานจากอาการป่วยทางจิต หรือภาวะทางจิตบกพร่อง ทำให้ไม่อาจควบคุมการกระทำของตนได้ บุคคลประเภทนี้แม้มิได้แสดงว่าตนไม่ยินยอม แต่กฎหมายก็ถือเป็นการไม่ยินยอม เพราะเป็นบุคคลที่ไม่อยู่ในสภาพที่จะให้ความยินยอมได้ ส่วนอายุของเด็กที่จะได้รับความคุ้มครองตามมาตรานี้ คือ เด็กอายุมากกว่า 12 ปีแต่ไม่ถึง 16 ปี ซึ่งต่างจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในระดับแรก โดยผู้กระทำความผิดต่อเด็กต้องมีอายุ 16 ปีขึ้นไปและมีอายุมากกว่าผู้ถูกกระทำไม่น้อยกว่า 2 ปี การกระทำชำเราเด็กในช่วงอายุดังกล่าว แม้ว่าเด็กจะยินยอม กฎหมายก็ยังถือเป็นการผิด เนื่องจากต้องการจะคุ้มครองเด็กจากการถูกเอาเปรียบ

⁹³ Section 13A-6-60 Definitions (5) MENTALLY DEFECTIVE: Such term means that a person suffers from a mental disease or defect which renders him incapable of appraising the nature of his conduct.

นอกจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว กฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศของมลรัฐอลาบามา ยังได้กำหนดฐานความผิดที่เกี่ยวข้องแต่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไม่ครอบคลุมไปถึง อันได้แก่

1. Section 13A-6-63⁹⁴

ความผิดฐานร่วมประเวณีแบบผิดธรรมชาติในระดับแรก

(a) บุคคลใดจะมีความผิดฐานนี้ ต่อเมื่อ

- หรือ
- (1) ผู้ใดร่วมประเวณีแบบผิดธรรมชาติกับผู้อื่นโดยใช้กำลังบังคับ
 - (2) ผู้ใดร่วมประเวณีแบบผิดธรรมชาติกับผู้อื่นซึ่งเป็นบุคคลที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้เนื่องจาก ตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ หรือจิตไม่ปกติชั่วคราว
 - (3) ผู้ใดอายุ 16 ปีขึ้นไป ร่วมประเวณีแบบผิดธรรมชาติกับผู้อื่นซึ่งมีอายุต่ำกว่า 12 ปี

⁹⁴ Alabama Sexual Assault Laws : [Section 13A-6-63](#)

Sodomy in the first degree.

(a) A person commits the crime of sodomy in the first degree if:

(1) He engages in deviate sexual intercourse with another person by forcible compulsion; or

(2) He engages in deviate sexual intercourse with a person who is incapable of consent by reason of being physically helpless or mentally incapacitated; or

(3) He, being 16 years old or older, engages in deviate sexual intercourse with a person who is less than 12 years old.

(b) Sodomy in the first degree is a Class A felony.

(b) ความผิดฐานร่วมประเวณีแบบผิดธรรมชาติในระดับแรกเป็นความผิด
อุกฉกรรจ์ชั้น A

ความผิดฐานร่วมประเวณีแบบผิดธรรมชาติในระดับแรกมีขอบเขตของการกระทำที่นอกเหนือไปจากการกระทำชำเราตามธรรมดา โดยมีการให้คำจำกัดความของการร่วมประเวณีแบบผิดธรรมชาติ (Deviate Sexual Intercourse)⁹⁵ ว่าหมายความว่า "การกระทำใดๆ ระหว่างบุคคลซึ่งมิใช่คู่สมรส เพื่อสนองความต้องการทางเพศ โดยเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับอวัยวะเพศของฝ่ายหนึ่งกับปากหรือทวารหนักของอีกฝ่ายหนึ่ง" ดังนั้น ลักษณะสำคัญของความผิดฐานนี้ก็คือจะต้องเป็นการกระทำที่มีความเกี่ยวข้องกับอวัยวะเพศของฝ่ายหนึ่งกับทวารหนักหรือปากของอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งต่างจากการกระทำชำเราโดยทั่วไปที่เป็นการกระทำระหว่างอวัยวะเพศชายกับอวัยวะเพศหญิง และการกระทำอันจะเป็นความผิดฐานร่วมประเวณีแบบผิดธรรมชาติจะต้องไม่ใช่การกระทำระหว่างคู่สมรส

สำหรับผู้กระทำความผิดฐานร่วมประเวณีแบบผิดธรรมชาติในระดับแรกนี้อาจเป็นได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิง และผู้ถูกกระทำความผิดก็อาจเป็นได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิงเช่นเดียวกัน โดยไม่มีการกำหนดว่าผู้กระทำและผู้ถูกกระทำจะต้องเป็นบุคคลคนละเพศกันดังเช่นในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้น ความผิดมาตรฐานนี้จึงครอบคลุมไปถึงการกระทำทางเพศระหว่างชายกับชาย และหญิงกับหญิงด้วย

ในส่วนของลักษณะการกระทำเพื่อที่จะร่วมประเวณีด้วยนั้น มีหลักเกณฑ์เหมือนกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในระดับแรก กล่าวคือ เป็นการกระทำโดยการใช้อำนาจบังคับขู่เข็ญ หรือในบางกรณีผู้ถูกกระทำอยู่ในสภาพที่จะสามารถให้ความยินยอมในเรื่องการกระทำชำเราได้ เช่น เป็นบุคคลที่ตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ (Physically helpless) ซึ่งมีการให้คำจำกัดความว่าหมายความว่า "บุคคลที่มีอาการหมดสติหรือไม่รู้สติตัวหรือเพราะเหตุอื่นใดที่ทำให้ไม่สามารถควบคุมการกระทำของตนเองได้" หรือเป็นบุคคลที่มีจิตไม่ปกติชั่วคราว (Mentally incapacitated) ซึ่งอาจจะมีสาเหตุมาจากการถูกบังคับให้เสพยาเสพติดหรือของมึนเมา ส่งผลให้ความสามารถในการควบคุมร่างกายลดลง กรณีเหล่านี้แม้ผู้ถูกกระทำจะมีได้แสดงว่าตนไม่ยินยอมแต่กฎหมายถือเป็นการไม่ยินยอม เพราะไม่อยู่ในอยู่ในสภาพที่จะให้ความ

⁹⁵ Section 13A-6-60 Definitions (2) DEVIATE SEXUAL INTERCOURSE: Any act of sexual gratification between persons not married to each other involving the sex organs of one person and the mouth or anus of another.

ยินยอมได้ และในบางกรณีความยินยอมก็ไม่ถือเป็นสาระสำคัญของความผิดฐานนี้ คือ กรณีที่ผู้ถูกระทำเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 12 ปี แม้ว่าเด็กจะให้ความยินยอมแต่ก็ยังถือเป็นความผิดอยู่ เพราะถือว่าเด็กยังมีประสบการณ์ในเรื่องนี้ไม่เพียงพอที่จะให้ความยินยอมได้อย่างสมเหตุสมผล อาจถูกผู้ที่มีประสบการณ์มากกว่าหลอกให้ยินยอมได้ โดยผู้ที่กระทำความผิดต่อเด็กอายุต่ำกว่า 12 อันจะเป็นความผิดตามมาตรานี้จะต้องมีอายุ 16 ปีขึ้นไป

ดังนั้น ขอบเขตของความผิดฐานร่วมประเวณีแบบผิดธรรมชาติจึงครอบคลุมถึงกรณีที่เป็นการกระทำเพื่อความสนองความต้องการทางเพศระหว่างชายกับชาย หญิงกับหญิง หรือชายกับหญิงที่ไม่ใช่การกระทำซ้ำเราแบบปกติ โดยจะต้องมีความเกี่ยวพันกันระหว่างอวัยวะเพศของฝ่ายหนึ่งกับทวารหนักหรือปากของอีกฝ่ายหนึ่ง และต้องไม่ใช่การกระทำระหว่างคู่สมรส

2. Section 13A-6-64⁹⁶

ความผิดฐานร่วมประเวณีแบบผิดธรรมชาติในระดับสอง

(a) บุคคลจะมีความผิดฐานนี้ ต่อเมื่อ

- (1) ผู้ใดมีอายุ 16 ปีขึ้นไป ร่วมประเวณีแบบผิดธรรมชาติกับผู้อื่นซึ่งมีอายุต่ำกว่า 16 ปี แต่มากกว่า 12 ปี
- (2) ผู้ใดร่วมประเวณีแบบผิดธรรมชาติกับผู้อื่นซึ่งเป็นผู้ที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ เนื่องจากมีความบกพร่องทางจิต

⁹⁶ Alabama Sexual Assault Laws : Section 13A-6-64

Sodomy in the second degree,

(a) A person commits the crime of sodomy in the second degree if:

(1) He, being 16 years old or older, engages in deviate sexual intercourse with another person less than 16 and more than 12 years old.

(2) He engages in deviate sexual intercourse with a person who is incapable of consent by reason of being mentally defective.

(b) Sodomy in the second degree is a Class B felony.

(b) ความผิดฐานร่วมประเวณีแบบผิดธรรมชาติในระดับสองเป็นความผิด
ออกจากรหัส B

ความผิดฐานร่วมประเวณีแบบผิดธรรมชาติในระดับรองนี้ ในส่วนของผู้กระทำและผู้ถูกระทำมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันกับความผิดฐานร่วมประเวณีแบบผิดธรรมชาติในระดับแรก กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดอาจเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้ ในขณะที่เดียวกันผู้ถูกระทำก็อาจเป็นได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิง และอาจเป็นการกระทำระหว่างบุคคลเพศเดียวกันก็ได้ ส่วนความหมายของการร่วมประเวณีแบบผิดธรรมชาติก็มีความหมายเดียวกัน คือ "การกระทำใดๆ ระหว่างบุคคลซึ่งมิใช่คู่สมรส เพื่อสนองความต้องการทางเพศ โดยเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับอวัยวะเพศของฝ่ายหนึ่งกับปากหรือทวารหนักของอีกฝ่ายหนึ่ง"

ส่วนที่แตกต่างกันก็คือ ลักษณะของการกระทำเพื่อที่จะร่วมประเวณีด้วย โดยจะมีหลักเกณฑ์เหมือนกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในระดับรอง กล่าวคือ ไม่มีลักษณะของการใช้กำลังบังคับขู่เข็ญ แต่เป็นการกระทำต่อบุคคลที่อยู่ในสภาพที่ไม่อาจให้ความยินยอมได้เนื่องจาก มีความบกพร่องทางจิต (Mentally Defective) ซึ่งมีการให้คำจำกัดความว่าหมายถึงบุคคลที่ได้รับความทุกข์ทรมานจากอาการป่วยทางจิต หรือภาวะทางจิตบกพร่อง ทำให้ไม่อาจควบคุมการกระทำของตนได้ บุคคลประเภทนี้แม้มิได้แสดงว่าตนไม่ยินยอมแต่กฎหมายก็ถือเป็นการไม่ยินยอม เพราะเป็นบุคคลที่ไม่อยู่ในสภาพที่จะให้ความยินยอมได้ ส่วนอายุของเด็กที่จะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 13A-6-65 นี้ คือ เด็กอายุมากกว่า 12 ปีแต่ไม่ถึง 16 ปี ซึ่งต่างจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในระดับแรก โดยผู้กระทำความผิดต่อเด็กต้องมีอายุ 16 ปีขึ้นไปและมีอายุมากกว่าผู้ถูกระทำไม่น้อยกว่า 2 ปี การกระทำชำเราเด็กในช่วงอายุดังกล่าวแม้ว่าเด็กจะยินยอมกฎหมายก็ยังถือเป็นความผิด เนื่องจากต้องการจะคุ้มครองเด็กจากการถูกเอาเปรียบ

3. Section 13A-6-65

ความผิดมาตรานี้เป็นความผิดฐานกระทำการอันไม่สมควรทางเพศ⁹⁷ โดยมีขอบเขตของความผิด คือ

⁹⁷ Alabama Sexual Assault Laws : Section 13A-6-65

(1). ผู้ชายที่ร่วมประเวณีกับผู้หญิงอื่นโดยปราศจากความยินยอม ซึ่งการกระทำไม่ครบองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในระดับแรกและระดับรอง หรือกระทำโดยผู้หญิงยินยอมแต่เป็นความยินยอมที่เกิดจากการหลอกลวง หรือ

(2). ผู้หญิงที่ร่วมประเวณีกับผู้ชายอื่นโดยปราศจากความยินยอม หรือ

(3). การร่วมประเวณีแบบผิดธรรมชาติระหว่างบุคคลที่ไม่ครบองค์ประกอบความผิดฐานร่วมประเวณีแบบผิดธรรมชาติในระดับแรกและระดับรอง ไม่ว่าจะการกระทำจะเกิดจากความยินยอมหรือไม่

4. Section 13A-6-65.1

ความผิดตามมาตรานี้เป็นความผิดฐานกระทำทรมาณทางเพศ^{๑๘}อันมีลักษณะของการกระทำคือการใช้วัตถุอื่นใดสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือปากของผู้อื่น

(a) A person commits the crime of sexual misconduct if:

(1) Being a male, he engages in sexual intercourse with a female without her consent, under circumstances other than those covered by Sections 13A-6-61 and 13A-6-62; or with her consent where consent was obtained by the use of any fraud or artifice; or

(2) Being a female, she engages in sexual intercourse with a male without his consent; or

(3) He or she engages in deviate sexual intercourse with another person under circumstances other than those covered by Sections 13A-6-63 and 13A-6-64. Consent is no defense to a prosecution under this subdivision.

(b) Sexual misconduct is a Class A misdemeanor.

^{๑๘} Alabama Sexual Assault Laws : Section 13A-6-65.1

Sexual torture.

(a) A person commits the crime of sexual torture:

และความผิดฐานนี้ไม่มีการจำกัดเพศของผู้กระทำความผิดและผู้ถูกกระทำ โดยมีขอบเขตของความผิดดังนี้

(1) ผู้ใดใช้วัตถุอื่นใดสอดใส่หรือล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือปากของผู้อื่น โดยการใช้อำนาจบังคับขู่เข็ญ เพื่อกระทำการทรมานทางเพศ หรือเพื่อการล้วงละเมิดทางเพศ

(2) ผู้ใดใช้วัตถุอื่นใดสอดใส่หรือล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือปากของผู้อื่นซึ่งไม่อยู่ในสภาพที่จะให้ความยินยอมได้ เนื่องจากไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ หรือจิตไม่ปกติชั่วคราวเพื่อกระทำการทรมานทางเพศ หรือเพื่อการล้วงละเมิดทางเพศ

(3) ผู้ใดใช้วัตถุอื่นใดสอดใส่หรือล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือปากของผู้อื่นซึ่งเป็นเด็กมีอายุต่ำกว่า 12 ปี โดยผู้กระทำมีอายุ 16 ปีขึ้นไป เพื่อกระทำการทรมานทางเพศ หรือเพื่อการล้วงละเมิดทางเพศ

จากบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศของมลรัฐออลาฮามาจะเห็นได้ว่ามีเจตนารมณ์ที่ต้องการจะคุ้มครองการกระทำความผิดทางเพศในทุกรูปแบบทั้งการกระทำระหว่างชายกระทำต่อหญิง หญิงกระทำต่อชาย ชายกระทำต่อชาย และหญิงกระทำต่อหญิง และไม่ว่าจะเป็น การกระทำทางอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือปาก ซึ่งลักษณะของการบัญญัติฐานความผิดจะแบ่งแยกกรณีต่างๆ ออกเป็นหลายฐานความผิด มิใช่รวมการกระทำทุกกรณีอยู่ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเพียงฐานเดียว โดยในส่วนของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นยังสงวนไว้

(1) By penetrating the vagina or anus or mouth of another person with an inanimate object by forcible compulsion with the intent to sexually torture or to sexually abuse.

(2) By penetrating the vagina or anus or mouth of a person who is incapable of consent by reason of physical helplessness or mental incapacity with an inanimate object, with the intent to sexually torture or to sexually abuse.

(3) By penetrating the vagina or anus or mouth of a person who is less than 12 years old with an inanimate object, by a person who is 16 years old or older with the intent to sexually torture or to sexually abuse.

(b) The crime of sexual torture is a Class A felony.

ว่ามีความหมายถึงการกระทำซ้ำเราแบบธรรมดาตามที่เข้าใจกันโดยทั่วไป คือ การร่วมประเวณีกันระหว่างผู้ชายกับผู้หญิง แต่ไม่มีการจำกัดเพศของผู้กระทำความผิดหรือผู้ถูกกระทำกล่าวคือ ผู้กระทำอาจเป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้ ในขณะที่เดียวกันผู้ถูกกระทำก็อาจเป็นได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิง แต่ผู้กระทำความผิดกับผู้ถูกกระทำจะมีเพศเดียวกันไม่ได้ ต้องเป็นคนละเพศกัน หากเป็นการกระทำของบุคคลเพศเดียวกัน หรือเป็นการกระทำระหว่างชายกับหญิงแต่เป็นการกระทำในทางอื่นนอกจากอวัยวะเพศหญิง หรือเป็นการกระทำโดยใช้วัตถุอื่นใดกระทำต่ออวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือปากของผู้อื่น ก็จะไม่มีความผิดฐานอื่นรองรับอยู่ไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานร่วมประเวณีแบบผิดธรรมชาติ ความผิดฐานกระทำการอันไม่สมควรทางเพศ หรือความผิดฐานกระทำทรมานทางเพศ

สำหรับกรณีสามีข่มขืนกระทำซ้ำเราภริยานั้น เดิมในสังคมของประเทศสหรัฐอเมริกา มีหลักการที่ให้สามีข่มขืนกระทำซ้ำเราภริยาได้โดยถือว่าชายผู้เป็นสามีมีอำนาจบังคับภริยาของตนในการร่วมประเวณีหรือมีเพศสัมพันธ์กับตนได้แม้จะกระทำโดยปราศจากความยินยอมของภริยา เนื่องจากในอดีตแม้ว่าหญิงจะเป็นชนกลุ่มใหญ่ของประชากรทั้งหมดแต่สังคมก็มักปฏิบัติต่อหญิงราวกับว่าหญิงเป็นชนกลุ่มน้อย หญิงมักถูกมองว่าเป็นเพศที่ต้องพึ่งพาอาศัยบุคคลอื่นอยู่เสมอ เป็นเพศที่อ่อนแอ มีบทบาททางสังคมที่แตกต่างกับชายอย่างชัดเจน กล่าวคือหญิงจะมีความรับผิดชอบต่อเรื่องภายในครอบครัว คอยดูแลบ้านและดูแลบุตร ส่วนผู้ชายจะมีบทบาทหน้าที่ต่อสังคมภายนอกเป็นหัวหน้าครอบครัว ดังนั้นหญิงจึงมักถูกกดขี่ทางเพศ⁹⁹ และได้รับการปฏิบัติในฐานะเป็นบุคคลอันดับรองจากชายในแทบทุกด้าน ดังนั้นในการร่างกฎหมายกฎระเบียบต่างๆ และการตัดสินใจในคดีความในอดีตจึงมิได้คำนึงถึงหญิงเข้ามาเป็นเงื่อนไขในส่วนหนึ่งด้วย ส่งผลให้กฎหมายและการปฏิบัติในกระบวนการยุติธรรมมีวิวัฒนาการที่มิได้คำนึงถึงผู้หญิงเป็นหลัก ต่อมาในปีคริสต์ศักราช 1990 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการยกเลิกหลัก "ภูมิคุ้มกันของสามีที่ทำให้สามีได้รับการยกเว้นมิให้ต้องรับผิดชอบในทางอาญากรณีข่มขืนกระทำซ้ำเราภริยาของตน (marital rape exemption)" เพราะได้ให้ความสำคัญกับหลักสิทธิมนุษยชนมากขึ้น

ในช่วงเริ่มแรกของการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดในเรื่องการข่มขืนกระทำซ้ำเรา ในระหว่างคู่สมรสนั้นมีเพียง 5 มลรัฐเท่านั้นที่มีบทบัญญัติกำหนดให้สามีที่ข่มขืนกระทำซ้ำเราภริยาตนเองมีความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเรา คือ มลรัฐออเรกอน มลรัฐติลาแวร์ มลรัฐไอโอวา

⁹⁹ ลูเธอร์ เอล ลิตต์กี, การสร้างอเมริกา: สังคมและวัฒนธรรมของสหรัฐ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์ดวงกมลจำกัด, 2537), หน้า 428.

มลรัฐเนบราสก้า และมลรัฐนิวเจอร์ซีย์¹⁰⁰ โดยองค์ประกอบของการกระทำความผิดฐานข่มขืนภริยาตนเองตามที่บัญญัติไว้ในแต่ละมลรัฐก็จะมี ความแตกต่างกัน ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศในมลรัฐออเรกอน (Oregon) แต่เดิมบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแห่งรัฐบทที่ 743 โดยมีองค์ประกอบของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เช่นเดียวกับกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศของมลรัฐอื่นๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราขึ้นตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ในรูปแบบของแนวบรรทัดฐานคำพิพากษา กล่าวคือ¹⁰¹

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

มลรัฐออเรกอนได้มีบัญญัตินิยามศัพท์ต่างๆ เพื่อขยายความหมายหรืออธิบายความหมายขององค์ประกอบการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเพิ่มเติมไว้ในมาตรา 163.305 โดยอธิบายความหมายของคำว่า "หญิง" หมายความว่า บุคคลเพศหญิงซึ่งมิใช่คู่สมรสของผู้กระทำความผิด คู่สมรสที่แยกกันอยู่โดยคำสั่งศาลที่ให้แยกเตียงและบ้านไม่เป็นคู่สมรสของกันและกัน ตามความมุ่งหมายแห่งบทบัญญัติมาตรานี้¹⁰² และให้ความหมายของคำว่า "การร่วมเพศ" ว่ามีความหมายตามที่เข้าใจโดยทั่วไปและเกิดขึ้นเมื่อมีการสอดใส่เข้าไปไม่ว่าจะเพียงเล็กน้อยเพียงใดก็ตาม และการหลั่งน้ำอสุจิไม่จำเป็นต้องมี¹⁰³

นอกจากนี้บทบัญญัติแห่งรัฐออเรกอน มาตรา 163.335 ได้บัญญัติเหตุยกเว้นต่างๆ ซึ่งไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้กำลัง (forcible rape)

¹⁰⁰ วิศิษฐ์ เอื้อวิโรจน์กุล, "ข่มขืนภริยาของตนเองเป็นความผิดอาญา," บทบัญญัติ 38, ตอนที่ 4: หน้า 491.

¹⁰¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 491-495.

¹⁰² Chapter 844 Section 163.305 (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.

¹⁰³ Chapter 844 Section 163.305 (7): "Sexual Intercourse" has its ordinary meaning and occurs upon any penetration, however slight; emission is not required.

ตัวอย่างเช่น กรณีที่สามีภริยาซึ่งกำลังอยู่ในระหว่างคดีฟ้องหย่าร้างและศาลยังมีคำสั่งให้แยกกันอยู่ต่างหากในช่วงเวลาดังกล่าว สามียังสามารถใช้กำลังบังคับเพื่อร่วมประเวณีกับภริยาของตนเองโดยข่มขืนใจภริยาได้โดยไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และในกรณีที่หญิงหรือชายสมัครใจอยู่กินด้วยกันฉันสามีหรือภริยาโดยมิได้ทำการสมรสถูกต้องตามกฎหมาย (cohabitation) ฝ่ายชายสามารถใช้เป็นข้อต่อสู้ในคดีที่ถูกกล่าวหาว่าข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาได้ จะเห็นได้ว่าตามกฎหมายแห่งรัฐออเรกอนสามีอาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาตนเองได้ในบางกรณี

ดังนั้น กลุ่มแนวร่วมสิทธิสตรี (women's rights coalition) จึงได้มีความพยายามให้มีการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราดังกล่าว ในที่สุดก็ได้มีการตัดข้อความบางส่วนออกโดยข้อความที่ถูกตัดออกไปนั้น คือ นิยามความหมายของคำว่า "หญิง" ตามบทบัญญัติแห่งรัฐออเรกอน มาตรา 163.305 เมื่อไม่มีนิยามศัพท์คำว่า "หญิง" หมายความว่าถึงบุคคลใดก็เท่ากับไม่มีข้อยกเว้นว่าหญิงนั้นจะต้องเป็นภริยาของผู้กระทำความผิดหรือไม่ จึงอาจกล่าวได้ว่าไม่ว่าหญิงผู้เสียหายจะเป็นภริยาของผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่ ไม่มีผลแตกต่างกันแต่ประการใด แม้เป็นภริยาของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่สมรสกันโดยถูกต้องตามกฎหมาย สามีก็อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาตนเองได้ อีกทั้งไม่ต้องพิจารณาว่าสามีภริยาแยกกันอยู่ต่างหากหรือกำลังอยู่ในระหว่างการดำเนินการฟ้องคดีหย่าร้างหรือไม่ นอกจากนี้ยังได้มีการยกเลิกบทบัญญัติแห่งรัฐออเรกอน มาตรา 163.335 ที่เกี่ยวกับข้อต่อสู้ของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในการอ้างต่อศาลว่าตนได้อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยากับหญิงผู้เสียหายด้วย

นอกจากมลรัฐออเรกอนแล้ว มลรัฐส่วนใหญ่ก็ได้ทำการยกเลิกหลัก "ภูมิคุ้มกันของสามี" ที่ทำให้สามีได้รับการยกเว้นมิให้ต้องรับผิดในทางอาญากรณีข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน (Marital rape exemption)" เพราะประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้ความสำคัญต่อหลักสิทธิมนุษยชนมาก โดยยึดหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้นความเท่าเทียมกันระหว่างชายกับหญิงในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงถือเป็นหลักใหญ่ที่กฎหมายภายในประเทศต้องให้ความเคารพและไม่บัญญัติกฎหมายเป็นการขัดต่อหลักการดังกล่าว โดยมลรัฐที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายในส่วนที่ว่าด้วยเรื่องสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนโดยได้ยกเลิกหลัก "ภูมิคุ้มกันของสามี" ที่ทำให้สามีได้รับการยกเว้นมิให้ต้องรับผิดในทางอาญากรณีข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน (Marital rape exemption)" ส่งผลให้สามีถูกฟ้องในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนเองได้ ตัวอย่างเช่น Alabama, Arkansas, Florida, Indiana, Alaska, Colorado, Georgia, Maine, Massachusetts, New Jersey, North Dakota, Vermont, Nebraska, New York,

Oregon, Wisconsin มลรัฐเหล่านี้ได้ยกเลิกหลักกฎหมายดังกล่าวโดยไม่มีข้อยกเว้นใดๆ ทั้งสิ้น แต่มีบางมลรัฐที่ยังคงมีข้อยกเว้นอยู่บางประการที่สามีไม่ต้องรับผิดชอบในการข่มขืนกระทำชำเรา ภริยาของตน กล่าวคือ ภริยาสามารถฟ้องสามีของตนให้รับผิดชอบฐานข่มขืนกระทำชำเราได้เฉพาะในบางกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติให้สามีต้องรับผิดชอบ โดยมลรัฐดังกล่าวมีตัวอย่างเช่น¹⁰⁴ Arizona, Connecticut, Hawaii, Illinois, Maryland, Montana, Virginia, California, Delaware, Louisiana, Nevada, Ohio, Texas, Washington, Wyoming

จากหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่าแรกเริ่มนั้นกฎหมายคุ้มครองทั้งการข่มขืนกระทำชำเราทางช่องคลอดหรือทางทวารหนักโดยการล่วงล้ำของอวัยวะเพศไม่ว่ามากหรือน้อยเพียงใดก็ตาม โดยไม่จำเป็นต้องมีการหลั่งน้ำอสุจิ ตามมาตรา 213.0 แห่ง Model Penal Code 1962 และผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นผู้ชายข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิงซึ่งมิใช่ภริยาตน หมายความว่าผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นผู้ชายเท่านั้น ส่วนผู้ถูกกระทำความผิดก็จะต้องเป็นผู้หญิงเท่านั้นและต้องเป็นหญิงอื่นซึ่งมิใช่ภริยาของผู้กระทำความผิดเพราะในกฎหมายใช้คำว่า "Female not his wife" ต่อมาเมื่อสภาพสังคมและวัฒนธรรมเปลี่ยนแปลงไป เริ่มมีการแสวงหาความพึงพอใจทางเพศในหลายรูปแบบมากขึ้น ประกอบกับมีการถกเถียงกันถึงประเด็นเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิความเท่าเทียมกันของสตรี ส่งผลให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในเรื่องต่างๆ รวมทั้งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราก็ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงเช่นเดียวกัน โดยไม่มีการจำกัดเพศของผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอีกต่อไป โดยมีการขยายขอบเขตของความผิดเกี่ยวกับเพศออกไปครอบคลุมการกระทำอื่นๆ นอกจากการร่วมเพศกันทางอวัยวะเพศหญิงหรือทางทวารหนักอีกด้วย ในหลายมลรัฐมีการแก้ไขปรับปรุงความผิดเกี่ยวกับเพศให้ครอบคลุมการกระทำอื่นๆ นอกเหนือจากการร่วมประเวณีกันระหว่างชายหญิงตามธรรมดา โดยในแต่ละมลรัฐก็จะมีวิธีในการบัญญัติกฎหมายแตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม แม้ว่าวิธีการในการบัญญัติกฎหมายจะต่างกันแต่ก็แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่เห็นความสำคัญของปัญหาการกระทำความผิดทางเพศที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ยังได้เริ่มมีการเปลี่ยนแนวความคิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างคู่สมรส โดยในหลายๆ มลรัฐเริ่มมีการยกเลิกหลักภูมิคุ้มกันของสามีที่ทำให้สามีได้รับการยกเว้นมิให้ต้องรับผิดชอบในทางอาญากรณีข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน ทำให้สามีอาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาตนเองได้

¹⁰⁴ Diana E.H. Russell, *Rape in marriage* (Indianapolis: Indiana University Press, 1992), p.23.

3.2.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศอังกฤษ

ความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีการกระทำ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศอังกฤษเกิดขึ้นตั้งแต่สมัยนอร์แมนและเมื่อประมาณคริสต์ศตวรรษที่ 16-17 ศาลของประเทศอังกฤษได้บัญญัติองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราขึ้น โดยนักกฎหมายของประเทศอังกฤษเชื่อว่าศาลอาจสร้าง ความผิดฐานนี้ขึ้นในคอมมอนลอว์ (Common law) พร้อมๆ กันกับความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์ ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ความผิดฐานเบียดเบียน และ ความผิดฐานร่วมเพศผิดธรรมดา มนุษย์ โดยนักกฎหมายของประเทศอังกฤษเรียกความผิดเหล่านี้ว่า "ความผิดอาญาตามกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law crimes)"¹⁰⁵ โดยนักกฎหมายคอมมอนลอว์ถือว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดในตัวเอง หรือที่เรียกว่า "mala in se" มิใช่ความผิดประเภทที่ผิดเพราะมีกฎหมายห้าม หรือที่เรียกว่า "mala prohibita" โดยความผิดที่เป็นความผิดในตัวเองหรือความผิดที่เห็นได้ในตัวเอง ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานฆ่าคน ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ความผิดฐานลักทรัพย์ ความผิดฐานวางเพลิง ความผิดฐานยักยอก ความผิดฐานฉ้อโกง และความผิดฐานหมิ่นประมาท เหล่านี้เป็นความผิดชนิดนี้เป็นความผิดที่ละเมิดกฎแห่งศีลธรรมจึงสามารถเห็นได้ชัดในตัวเอง ส่วนความผิดประเภทที่เป็นความผิดเพราะมีกฎหมายห้ามนั้นเป็นความผิดที่กฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานขับรถโดยไม่มีใบอนุญาตขับขี่ ความผิดฐานไม่แจ้งคนเกิด ไม่แจ้งย้าย ไม่แจ้งคนตาย เป็นต้น

ตามที่ได้มีการวางหลักเอาไว้ในกฎหมายคอมมอนลอว์ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเมืองค์ประกอบความผิดอยู่ 2 ประการ¹⁰⁶ ดังต่อไปนี้

1. ส่วนของการกระทำ (Actus Reus) หรือองค์ประกอบภายนอก คือ การก่อให้เกิดผลอย่างใดอย่างหนึ่งไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยการเคลื่อนไหวทางกายภาพหรือกระทำโดยการงดเว้นการเคลื่อนไหว โดยการกระทำ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามีลักษณะของการ

¹⁰⁵ Wayne R. La Fave and Austin W. Scott, *Criminal law* (Minnesota: West Publishing Co., 1972), p. 58-59.

¹⁰⁶ J.C. Smith and Brian Hogan, *Criminal law*, 3rd ed. (London: Butterworths, 1973), p. 324-330.

กระทำคือ การกระทำชำเรา (Sexual intercourse) อันเป็นการเคลื่อนไหวทางกายภาพประการหนึ่ง และการกระทำชำเรานี้จะต้องมีลักษณะเป็นการกระทำชำเราซึ่งผิดกฎหมาย (unlawful sexual intercourse) หมายความว่า เป็นการที่ชายได้ร่วมประเวณีกับหญิงโดยฝ่าฝืนความยินยอมของหญิงและหญิงนั้นมิใช่คู่สมรสของชาย การกระทำจึงจะถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

2. ส่วนของเจตนา (Mens Rea) หรือองค์ประกอบภายใน คือ เจตนาที่จะกระทำชำเราหญิงโดยรู้อยู่ว่าหญิงนั้นมิได้ยินยอมหรือควรจะสังเกตเห็นได้ว่าหญิงนั้นไม่ยินยอม

ต่อมาในปีคริสต์ศักราช 1861 ประเทศอังกฤษได้ออกกฎหมายชื่อว่า "The Offences against the Person Act 1861" โดยได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นลายลักษณ์อักษร และในปี ค.ศ. 1956 ก็ได้ทำการแก้กฎหมายใหม่โดยออกพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 1956 (Sexual Offences Act of 1956) ซึ่งในพระราชบัญญัตินี้ได้อธิบายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้โดยมีสาระสำคัญ คือ

มาตรา 1 (1) กำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราหญิงย่อมเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายนี้ซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร

มาตรา 1 (2) บัญญัติว่า "ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นสามี ผู้นั้นกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา"

จากบทบัญญัติดังกล่าว ในส่วนของผู้กระทำความผิดกฎหมายใช้คำว่า "ผู้ใด" แต่ศาลสูงของอังกฤษได้ตัดสินวางหลักไว้ว่าผู้จะเป็นผู้กระทำในความผิดฐานนี้จะต้องเป็นชายเท่านั้น แต่หากหญิงช่วยจับแขนขาหญิงอื่นให้ชายกระทำชำเราก็มีความผิดฐานเป็นตัวการชั้นที่ 2 ดังนั้นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 1956 จะต้องเป็นชายเท่านั้น ส่วนผู้เสียหายหรือผู้ถูกกระทำกฎหมายจะต้องเป็นหญิงเท่านั้น เพราะกฎหมายใช้คำว่า "หญิง" และหญิงนั้นจะต้องไม่ใช่ภริยาของผู้กระทำความผิด สำหรับในประเด็นเรื่องสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยานี้เมื่อพิจารณาจากประวัติและแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิของหญิงในประเทศอังกฤษจะพบว่าสังคมของประเทศอังกฤษถือว่าชายเป็นผู้คุ้มครองดูแลสมาชิกในครอบครัว ส่วนหญิงเป็นเพศที่อ่อนแอ จึงต้องได้รับการดูแลจากชายไม่ว่าจะเป็นบิดาในกรณียังมีได้แต่งงานหรือสามี โดยผู้ชายต้องดูแลผู้หญิงทั้งในเรื่องร่างกายและเรื่องทรัพย์สิน ประกอบกับความเชื่อทางศาสนาคริสต์ตามพระคัมภีร์ไบเบิลที่ว่า "สามีเป็นหนึ่งในเดียว" ซึ่งสอดคล้องกับแนวความคิดทางกฎหมายที่ถือว่าสามีภริยาเป็นบุคคลคนเดียวกันตามหลักทฤษฎีที่ว่าด้วยความเป็นหนึ่งเดียว แต่ในความเป็นหนึ่งเดียวที่กล่าวถึงนี้ หมายความว่า ผู้ชายเท่านั้นที่เป็นที่หนึ่ง เนื่องจากสถานภาพทางกฎหมายของหญิงที่มีอยู่ก่อนสมรสจะหมดสิ้นระหว่างสมรส

โดยหญิงมีสามีจะมีสถานภาพแตกต่างกับหญิงโสดหรือหญิงที่ยังไม่แต่งงานตามหลัก "doctrine of coverture" หรือหลักสถานะทางกฎหมายของหญิงในระหว่างสมรสซึ่งต้องอยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมและคุ้มครองของสามี¹⁰⁷ สามีมีอำนาจลงโทษกักขังหรือเขียนตีภริยาของตนเพื่อควบคุมความประพฤติและรักษาวินัยในครอบครัว¹⁰⁸ ดังนั้นสิทธิของสามีที่จะลงโทษเขียนตีภริยาจึงได้รับการยอมรับในระบบจารีตประเพณีอย่างกว้างขวางและในปี ค.ศ. 1783 ศาลของประเทศอังกฤษได้วางหลักในคดีการทำร้ายภริยาเป็นครั้งแรกว่าสามีมีอำนาจลงโทษเขียนตีภริยาได้เท่าที่ใช้ไม้ไม่หนาเกินกว่าหัวแม่มือของสามี (Rule of thumb) การที่สามีมีอำนาจเหนือภริยานี้ส่งผลให้เกิดอำนาจเหนือภริยาประการหนึ่ง คือ อำนาจที่สามีจะทำการร่วมประเวณีหรือมีเพศสัมพันธ์กับภริยาของตนได้ แม้การร่วมประเวณีจะกระทำโดยปราศจากความยินยอมของภริยากก็ตามตามหลักภูมิคุ้มกันของสามีที่ทำให้สามีได้รับการยกเว้นไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญากรณีข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน (marital rape exemption) ซึ่งหลักนี้ได้มีการเผยแพร่เป็นครั้งแรกในประเทศอังกฤษในศตวรรษที่ 17 โดย Sir Matthew Hale ได้กล่าวไว้ใน Pleas of the Crown ขณะที่ท่านดำรงตำแหน่งเป็น Chief Justice ว่า

"The husband cannot be guilty of a rape committed by himself upon his lawful wife, for by their mutual matrimonial consent and contract, the wife had given herself in kind onto her husband which she cannot retract"¹⁰⁹

คำกล่าวนี้หมายความว่าสามีไม่อาจต้องรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของตนได้ ทั้งนี้เพราะการสมรสนำมาซึ่งความยินยอมที่มีอาจเพิกถอนได้จากหญิงผู้เป็นภริยาที่ได้มอบให้แก่ชายผู้เป็นสามีเพื่อมีเพศสัมพันธ์ต่อกันตลอดที่ยังคงเป็นสามีภริยา¹¹⁰ ดังนั้นสามีจึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของตน เนื่องจากความยินยอมในการสมรสและสัญญาที่ภริยาให้แก่สามีในลักษณะนี้ไม่สามารถถอนคืนได้

¹⁰⁷ Stephen, H.J., Stephen's commentaries on the laws of England vol.2 (London: Butterworth, 1950), p.490.

¹⁰⁸ Eve S. Buzawa and Carl G. Buzawa, Domestic violence: The Criminal justice response (Newbury Park, CA: Sage Publications, 1990), p.23.

¹⁰⁹ Diana E.H. Russell, Rape in marriage, (New York: Macmillan Press, 1990), p.17.

¹¹⁰ Commonwealth V. Fogarty.

สำหรับหลักการพิสูจน์ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้มีกำหนดไว้ในมาตรา 44 ว่าในการพิจารณาความผิดฐานนี้ โจทก์จำเป็นต้องพิสูจน์ว่ามีการกระทำชำเรา แต่ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าจำเลยได้ทำไปจนสำเร็จความใคร่ การกระทำความผิดฐานนี้ถือว่าสำเร็จ หากได้มีการล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงแม้จะมีการล้วงล้ำแค่เพียงเล็กน้อยเพียงใดก็ตาม

ต่อมาในปี ค.ศ. 1994 ประเทศอังกฤษได้ออกกฎหมายเกี่ยวกับเพศใหม่ชื่อว่า The Criminal Justice and Public Order Act 1994 โดยมาตรา 142¹¹¹ บัญญัติว่า

- (1) ชายใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นหรือชายอื่นมีความผิด
- (2) ชายใดกระทำการดังต่อไปนี้ มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา
 - (a) ร่วมประเวณีกับผู้อื่น (ไม่ว่าจะเป็นทางอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนัก) โดยปราศจากความยินยอม และ
 - (b) ผู้กระทำทราบดีว่าผู้ถูกระทำไม่ยินยอมหรือไม่สนใจว่าผู้ถูกระทำจะให้ความยินยอมหรือไม่
- (3) ชายใดทำให้หญิงมีสามีเข้าใจว่าตนเป็นสามีของหญิงเพื่อร่วมประเวณีกับหญิงนั้น มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 1956 (Sexual Offences Act of 1956) โดยในส่วนของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากฎหมายใช้คำว่า "Man" หมายความว่ากฎหมายยังคงหลักการเดิม คือผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นผู้ชายเท่านั้น ผู้หญิงไม่อาจเป็นผู้กระทำความผิดโดยตรงได้ ส่วน

¹¹¹ The Criminal Justice and Public Order Act 1994 section 142

- (1) It is an offence for a man to rape a woman or another man
- (2) A man commit rape if :
 - (a) He has sexual intercourse with a person (whether vaginal or anal) who at the time of the intercourse does not consent to it; and
 - (b) At the time he knows that the person does not consent to the intercourse or is reckless as to whether that person comment to it
- (3) A man also commits rape if he induces a married woman to have sexual intercourse with him by impersonating her husband

ผู้ถูกระทำหรือผู้เสียหายนั้นกฎหมายใช้คำว่า "woman or another man" หมายความว่าผู้ถูกระทำไม่จำเป็นจะต้องเป็นผู้หญิงเท่านั้นแต่ผู้ชายก็อาจเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานนี้ได้ ซึ่งเป็นการขยายความคุ้มครองออกไปให้ครอบคลุมถึงบุคคลเพศชายด้วย และการกระทำที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะต้องปรากฏว่าในขณะที่กระทำนั้นผู้กระทำจะต้องกระทำชำเราโดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำโดยผู้กระทำทราบดีว่าผู้ถูกระทำไม่ยินยอม หรือผู้กระทำเพิกเฉยต่อความยินยอม กล่าวคือ ผู้กระทำได้ตัดสินใจกระทำชำเราโดยไม่สนใจหรือไม่คำนึงว่าผู้ถูกระทำจะให้ความยินยอมหรือไม่ หรืออาจเป็นการใช้กำลังประทุษร้าย หรือขู่เข็ญ หรือใช้การอุบายหลอกลวงต่างๆ นอกจากนี้การทำให้ผู้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นสามีของหญิงนั้นจึงยินยอมให้กระทำชำเราก็คือว่าเป็นการกระทำโดยปราศจากความยินยอมเช่นเดียวกัน

สำหรับกรณีที่มีข่มขืนกระทำชำเราภริยาตนเองจะเป็นความผิดหรือไม่นั้นจากหลักกฎหมายเดิม สามีไม่มีความผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเราภริยาตนเองเพราะการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายเดิมจะต้องเป็นการกระทำชำเราที่ผิดกฎหมาย (Unlawful sexual intercourse) ซึ่งมีความหมายถึงการกระทำต่อผู้ที่มีสิทธิของตนเท่านั้นจึงจะเป็นความผิด แต่ก็เคยมีคำพิพากษาว่าหากสถานะของภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไปโดยกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น กรณีสามีภริยาแยกกันอยู่หรือศาลมีคำสั่งให้สามีภริยาแยกกันอยู่ หากสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างนั้นสามีก็ต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วย เนื่องจากการสมรสนั้นภริยาได้ให้ความยินยอมแก่สามีในการใช้สิทธิแห่งการสมรสตราบชั่วระยะเวลาที่ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาเป็นไปตามปกติ แต่หากความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาได้เปลี่ยนแปลงไป ความยินยอมในการร่วมประเวณีระหว่างการสมรสย่อมถูกเพิกถอนไปด้วยและหากสามีกระทำการร่วมประเวณีกับภริยาในระหว่างนี้โดยปราศจากความยินยอมของภริยาแล้ว สามีก็อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้¹¹² หรือกรณีสามีกำลังป่วยเป็นกามโรคก็เคยมีคำพิพากษาว่าจะบังคับให้ภริยาร่วมประเวณีกับตนไม่ได้ เพราะในการที่สามีภริยาจะร่วมประเวณีต่อกันนั้น คู่สมรสฝ่ายหนึ่งไม่ต้องยอมทนต่อการกระทำที่ผิดปกติธรรมดาหรือเกินสมควรหรืออาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัยอย่างใดๆ แก่ตนเอง¹¹³ หรือคำพิพากษาของศาลประเทศอังกฤษเรื่องหนึ่งที่ได้วินิจฉัยไว้ในปี 1991 ว่าสามีมีความผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเราภริยาได้ ประกอบกับตาม The Criminal Justice and Public Order Act

¹¹² Jennifer Temkin, *Rape and the legal process* (London: Sweet & Maxwell, 1987), p.49.

¹¹³ Foster V. Foster (1921) P 438 CA.

1994 มาตรา 142 ได้ตัดคำว่า "Unlawful" ออกไป ส่งผลให้การตีความกฎหมายในเรื่องนี้จึงเปลี่ยนแปลงไปเป็นมุ่งคุ้มครองหญิงผู้เป็นภริยาซึ่งถูกสามีใช้กำลังบังคับเพื่อร่วมประเวณีด้วย¹¹⁴

เมื่อความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตาม The Criminal Justice and Public Order Act 1994 บัญญัติให้ผู้ชายอาจเป็นผู้ถูกกระทำได้ด้วย ส่งผลให้ลักษณะของการกระทำชำเราจึงมิได้จำกัดอยู่เพียงการล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิงโดยอวัยวะเพศชายอีกต่อไป แต่ยังหมายรวมถึงกรณีของการล่วงล้ำในกรณีอื่นๆ นอกจากกรณีตามธรรมชาติด้วย โดยที่กฎหมายใช้คำว่า "whether vaginal or anal" ซึ่งหมายความว่าไม่ว่าจะเป็นการล่วงล้ำทางอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักก็ถือเป็นความผิดฐานนี้ได้ทั้งสิ้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญต่อความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศอังกฤษ กล่าวคือ เป็นการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจากการมุ่งคุ้มครองเพศหญิงเนื่องจากเป็นเพศที่อ่อนแอจากการถูกผู้ชายที่แข็งแรงกว่าบังคับ ชูเชิญ ให้ร่วมประเวณีกับตน เป็นการมุ่งคุ้มครองบุคคลไม่ว่าจะเป็นเพศหญิงหรือเพศชายจากการข่มขืนกระทำชำเรา นอกจากนั้นกฎหมายฉบับนี้ยังมุ่งคุ้มครองหญิงซึ่งเป็นภริยาจากการถูกสามีของตนกระทำชำเราโดยปราศจากความยินยอม โดยสามีอาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาตนเองได้ อันถือเป็นการยกเลิกแนวความคิดในเรื่องอำนาจที่สามีมีเหนือภริยาในการบังคับภริยาของตนให้ร่วมประเวณีหรือมีเพศสัมพันธ์กับตนได้ตามหลักภูมิคุ้มกันของสามีที่ทำให้สามีได้รับการยกเว้นมิให้ต้องรับผิดชอบในทางอาญากรณีข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน (marital rape exemption)

ปัจจุบันประเทศอังกฤษได้มีกฎหมายเกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับเพศฉบับล่าสุดคือ Sexual Offence Act 2003 ซึ่งเป็นการแก้ไขปรับปรุงความผิดเกี่ยวกับเพศให้มีความทันสมัยและมีความสอดคล้องกับสภาพสังคมมากขึ้น โดยในส่วนของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้บัญญัติไว้ใน Section 1 ซึ่งมีการขยายความคุ้มครองความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราออกไปให้ครอบคลุมการกระทำอื่นๆ ที่เป็นการล่วงล้ำโดยอวัยวะเพศชายที่ไม่ใช่การล่วงล้ำทางอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักแต่ก่อให้เกิดความเจ็บปวด ความน่ารังเกียจ น่าขยะแขยง เทียบเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเราทางอวัยวะเพศหญิงหรือทางทวารหนัก โดย Section 1¹¹⁵ บัญญัติว่า

¹¹⁴ Janet Dine & James Gobert, *Cases & Materials on Criminal law*, 4th ed. (London: Butterworths, 2003), p. 313.

¹¹⁵ Sexual Offence Act 2003 : section 1

Rape

(1) A person (A) commits an offence if-

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

(1) บุคคลใดจะมีความผิดฐานนี้ ต่อเมื่อ

(a) ผู้ใดล่วงล้ำหรือสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง, ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น

(b) ผู้ถูกระงำมิได้ให้ความยินยอม

(c) ผู้กระทำไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกระงำมิได้ให้ความยินยอม

(2) ความเชื่อนั้นจะมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่จะต้องพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมด ซึ่งรวมถึงการกระทำใดๆ ที่ทำให้ผู้กระทำแน่ใจได้ว่าผู้ถูกระงำยินยอม

(3) มาตรา 75 และ มาตรา 76 อนุโลมมาใช้กับมาตรานี้ด้วย

(4) ผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้มีระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

เราอาจแยกอธิบาย Section 1 ได้ดังต่อไปนี้

ก. ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ

ในส่วนของผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้น กฎหมายยังคงจำกัดเฉพาะผู้ชายเท่านั้นที่สามารถเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยตรงได้ เพราะ

(a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis,

(b) B does not consent to the penetration, and

(c) A does not reasonably believe that B consents.

(2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.

(3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.

(4) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

กฎหมายกำหนดว่าการจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นการกระทำโดยใช้อวัยวะเพศชาย โดยอวัยวะเพศชายในที่นี้ มาตรา 79 (3)¹¹⁶ ได้อธิบายไว้ว่าอวัยวะเพศชายเทียมที่ได้รับ การผ่าตัดมาก็รวมอยู่ในความหมายของอวัยวะเพศชายด้วย ดังนั้นผู้ที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ จากหญิงเป็นชายแล้วก็สามารถประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้เหมือนผู้ชายโดย กำเนิด ส่วนผู้หญิงอาจเป็นผู้ช่วยเหลือ สนับสนุน ยุยง ส่งเสริม ในการประกอบความผิดฐานนี้ได้ แต่ผู้หญิงไม่อาจเป็นผู้กระทำความผิดโดยตรงได้ หากผู้หญิงเป็นผู้กระทำความผิดก็อาจเป็น ความผิดฐานอื่นได้ เช่น กรณีผู้หญิงบังคับผู้ชายให้ร่วมประเวณีกับตนโดยปราศจากความยินยอม ของผู้ชายก็ไม่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่อาจเป็นความผิดฐานทำร้ายโดยการ สอดใส่ (Assault by penetration) ตามมาตรา 2 หรือความผิดฐานทำร้ายทางเพศ (Sexual Assault) ตามมาตรา 3 หรือความผิดฐานทำให้ผู้อื่นประกอบกิจกรรมทางเพศกับตนโดยปราศจาก ความยินยอม (Causing a person to engage in sexual activity without consent) ตามมาตรา 4

นอกจากผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นผู้ชายแล้ว ประเทศ อังกฤษยังเคยกำหนดอายุของบุคคลที่สามารถประกอบความผิดฐานนี้ได้ไว้ในกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยกำหนดว่าเด็กผู้ชายอายุต่ำกว่า 14 ปี ไม่สามารถประกอบความผิดฐานนี้ได้ แต่หลัก กฎหมายดังกล่าวได้ถูกยกเลิกไปโดย Sexual Offence Act 1993 แต่การที่บุคคลจะประกอบ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้หรือไม่นั้นก็อยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องอายุของ บุคคลที่จะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญา นั่นคือ การที่บุคคลจะมีความรับผิดชอบทางอาญาได้จะต้องมี อายุมากกว่า 10 ปี ดังนั้นการจะประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ก็จะต้องมีอายุเกิน 10 ปีขึ้นไป

สำหรับในประเด็นเรื่องสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาตนเองจะมีความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่นั้น ประเด็นนี้เริ่มมีความชัดเจนมากขึ้นเมื่อประมาณปี ค.ศ. 1994 ว่า หากสามีบังคับขู่脅ภริยาตนเองให้ร่วมประเวณีกับตน สามีมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ กระทั่งปัจจุบันหลักนี้ก็ยังไม่เปลี่ยนแปลง โดย ศาลสภาขุนนางของอังกฤษ หรือที่เรียกว่า "House of Lords" ได้ปฏิเสธแนวความคิดเดิมที่ว่า "การแต่งงานเป็นการที่ภริยาได้มอบความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ให้กับสามีตลอดระยะเวลาที่แต่งงานกันและความยินยอมนี้เป็นความยินยอมที่ไม่อาจเพิกถอนได้ในระหว่างที่การแต่งงานยังคงอยู่" ดังนั้น การมีเพศสัมพันธ์กันระหว่างคู่สมรสจะ

¹¹⁶ Part 1: general interpretation: (3) References to a part of the body include references to a part surgically constructed (in particular, through gender reassignment surgery).

ไม่มีทางเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายได้เลย" แนวความคิดนี้ถูกมองว่าเป็นปฏิปักษ์ต่อการพัฒนากฎหมายและเป็นการขัดแย้งกับแนวความคิดในการปกป้องคุ้มครองผู้หญิงซึ่งเป็นเพศที่อ่อนแอจากการถูกทำร้ายทางเพศ ดังนั้นในปัจจุบัน สามีอาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาตนเองได้ สามีไม่อาจอ้างความเป็นสามีภริยากันเพื่อปฏิเสธความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ แต่ในขั้นตอนของการพิสูจน์ความผิดกรณีนี้คู่ความเป็นสามีภริยากันนั้น ความเป็นสามีภริยากันก็เป็นข้อเท็จจริงที่มีผลต่อคดี โดยสามีที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนเองก็น่าจะพิสูจน์ให้คณะลูกขุนหรือศาลเชื่อได้ว่าตนคิดว่าภริยายินยอมให้ร่วมประเวณีได้ง่ายกว่ากรณีนี้คู่ความมิได้เป็นสามีภริยากัน¹¹⁷

ข. ผู้เสียหายจากการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ

ปัจจุบันตาม Sexual Offence Act 2003 บุคคลที่จะเป็นผู้เสียหายหรือผู้ถูกกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอาจเป็นได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิงเพราะกฎหมายใช้คำว่า "another person" และสิ่งที่กฎหมายคุ้มครองจากการล่วงล้ำโดยอวัยวะเพศชาย คือ อวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือปาก ในส่วนของอวัยวะเพศหญิงนั้น มาตรา 79 (3) อธิบายไว้ว่าอวัยวะเพศหญิงเทียมที่ได้รับการผ่าตัดมาก็รวมอยู่ในความหมายของอวัยวะเพศหญิงด้วย เช่นเดียวกับอวัยวะเพศชายที่ได้รับการผ่าตัดมาก็ถือเป็นอวัยวะเพศชายด้วย หมายความว่า ผู้ที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิงแล้วก็อาจถูกข่มขืนกระทำชำเราทางอวัยวะเพศหญิงเทียมนั้นได้

ในเรื่องผู้เสียหายที่เป็นผู้ชายนั้นเคยมีผลงานวิจัยของ Michael King และ Gillian Mezey ศึกษาเกี่ยวกับผู้ชายที่ถูกทำร้ายทางเพศพบว่า โดยปกติแล้วเมื่อเกิดการกระทำความผิดทางเพศขึ้น ส่วนใหญ่มักจะไม่มีอาการแค้นความด่าเนินคดีกับผู้กระทำความผิดทำให้จำนวนที่เราทราบกันเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศไม่ใช่จำนวนที่แท้จริงที่เกิดขึ้น นอกจากนี้การไม่แจ้งความยังทำให้ไม่สามารถด่าเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้ และที่ยิ่งไปกว่านั้นกรณีนี้ผู้เสียหายจากการกระทำความผิดทางเพศเป็นผู้ชาย การแจ้งความด่าเนินคดีก็จะมีจำนวนน้อยลงไปอีก ทั้งที่ความจริงมีการกระทำลักษณะนี้เกิดขึ้นมาก อาจเป็นเพราะกลัวว่าบุคคลอื่นจะไม่เชื่อเพราะผู้ชายน่าจะมีแรงต่อสู้ขัดขืนได้ หรือกลัวว่าคนอื่นจะคิดว่าตนเป็นเกย์ กลัวสังคมไม่ยอมรับ การที่

¹¹⁷ See Rumney (1999) and Warner (2000) for a discussion of differences in sentencing practice in cases of "marital rape".

กฎหมายขยายความคุ้มครองออกไปถึงกรณีผู้เสียหายเป็นผู้ชายด้วยอาจทำให้ความกลัวเหล่านี้ลดลงและมีกล้าที่แจ้งความดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดมากขึ้น

ค. ลักษณะของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายของประเทศ อังกฤษ

การข่มขืนกระทำชำเราแต่เดิมก่อนปี ค.ศ. 1994 จำกัดเฉพาะการล่วงล้ำอวัยวะเพศของผู้หญิงเท่านั้น ดังนั้นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดจึงต้องเป็นผู้หญิงเท่านั้น ต่อมา The Criminal Justice and Public Order Act 1994 ได้ขยายความคุ้มครองไปถึงการล่วงล้ำทางทวารหนักด้วย ส่งผลให้ผู้เสียหายจากการกระทำความผิดอาจเป็นผู้ชายก็ได้ โดยเคยมีรายงานของ The Criminal Law Revision Committee (CLRC) กล่าวเกี่ยวกับการขยายความคุ้มครองความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราออกไปว่า การข่มขืนกระทำชำเราควรจำกัดเฉพาะการล่วงล้ำทางอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น เนื่องจากเป็นลักษณะการกระทำที่สังคมยอมรับและเข้าใจแล้วว่าการข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง การขยายความคุ้มครองออกไปถึงกรณีอื่นอาจทำให้เกิดความสับสน และอาจเป็นการทำให้ความรู้สึกที่มีต่อการข่มขืนกระทำชำเราเปลี่ยนไปจากที่เคยรู้สึกว่าเป็นเรื่องร้ายแรง น่าสะพรึงกลัว กลายเป็นความรู้สึกว่าเป็นเพียงเรื่องธรรมดา นอกจากนี้ CLRC ยังชี้ให้เห็นว่าสาเหตุอีกประการหนึ่งที่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราควรจำกัดเฉพาะการล่วงล้ำทางอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น ก็คือ การล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิงโดยอวัยวะเพศชายนอกจากจะถือเป็นการทำร้ายแล้วยังมีความเสี่ยงที่ผู้เสียหายอาจเกิดการตั้งครรภ์ได้อีกด้วย ในขณะที่การล่วงล้ำในรูปแบบอื่นไม่มีความเสี่ยงในเรื่องการตั้งครรภ์แต่อย่างใด การล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิงโดยอวัยวะเพศชายจึงควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษมากกว่าการล่วงล้ำในรูปแบบอื่น

ปัจจุบันตาม Sexual Offence Act 2003 การกระทำอันจะถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้นจะต้องมีลักษณะของการล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือปากของผู้ถูกระทำ โดยอวัยวะเพศชายและเป็นการกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำ การล่วงล้ำโดยใช้วัตถุหรือส่วนอื่นๆ ของร่างกายนอกจากอวัยวะเพศชาย ไม่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่อาจเป็นความผิดฐานอื่นได้ เช่น ความผิดฐานทำร้ายโดยการสอดใส่ (Assault by penetration) ส่วนการล่วงล้ำอันจะถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะต้อง

อย่างน้อยเพียงใดจึงจะเป็นความผิดสำเจ้านั้น มาตรา 79 (9)¹¹⁸ ได้อธิบายไว้ว่าอวัยวะเพศของหญิงหรือช่องคลอดของหญิงนั้นรวมถึงปากอวัยวะเพศหรือปากช่องคลอดด้วย แสดงให้เห็นว่าการล่วงล้ำเข้าไปแม้จะเพียงแค่อวัยวะก็เพียงพอที่จะถือเป็นความผิดสำเจจฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว ไม่จำเป็นต้องมีการฉีกขาดของเยื่อพรหมจารีหรือต้องมีการหลังแต่อย่างใด แต่หากผู้กระทำความผิดพยายามที่จะสอดใส่อวัยวะของตนเข้าไปแต่ไม่สามารถทำได้ ก็อาจเป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราได้

สำหรับเรื่องความยินยอมของผู้ถูกระทำนั้น การจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นการกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำ โดยมาตรา 74 ได้ให้คำจำกัดความของความยินยอมไว้ว่า "Consent: For the purposes of this Part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice." หมายความว่า การจะถือว่าบุคคลยินยอมจะต้องปรากฏว่าบุคคลนั้นมีเสรีภาพและมีความสามารถที่จะให้ความยินยอมได้และเลือกที่จะยินยอมด้วยตนเอง มิใช่ยินยอมเนื่องจากถูกบังคับขู่เข็ญ ในส่วนของบุคคลที่มีความสามารถที่จะให้ความยินยอมได้จะต้องไม่เป็นบุคคลวิกลจริต หรือไม่เป็นบุคคลที่ไม่สามารถเข้าใจว่าการกระทำของตนมีสภาพหรือสาระสำคัญอย่างไร หรือในกรณีผู้ถูกระทำเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ความยินยอมของเด็กก็ไม่ถือเป็นสาระสำคัญของความผิด กล่าวคือ เด็กจะยินยอมให้กระทำชำเราหรือไม่ ผู้กระทำก็ยังคงมีความผิดอยู่ เนื่องจากเด็กยังไม่มีความสามารถพอที่จะให้ความยินยอมในเรื่องการมีเพศสัมพันธ์ได้ โดยมีการกำหนดฐานความผิดพิเศษเพื่อคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีจากการกระทำชำเราไว้ใน Section 5¹¹⁹ บัญญัติว่า

¹¹⁸ Part 1: general interpretation: (9) "Vagina" includes vulva.

¹¹⁹ Sexual Offence Act 2003 : section 5

Rape of a child under 13

(1) A person commits an offence if-

(a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person with his penis, and

(b) the other person is under 13.

(2) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

(1) บุคคลใดจะมีความผิดฐานนี้ ต่อเมื่อ

(a) มีเจตนาที่จะล่วงล้ำหรือสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง, ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น และ

(b) กระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

(2) ผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้มีระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี มีองค์ประกอบหลักเป็นอย่างเดียวกันกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากรณีผู้ถูกกระทำมีอายุ 13 ปีขึ้นไป แต่จะมีข้อแตกต่างอยู่ 2 ประการ คือ ประการแรก ผู้กระทำความผิดไม่ต้องมีเจตนาที่จะกระทำแก่เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี กล่าวคือ ไม่จำเป็นจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าจำเลยรู้ข้อเท็จจริงว่าเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ประการที่สอง ความยินยอมของเด็กไม่เป็นสาระสำคัญของกรกระทำผิด กล่าวคือ เด็กจะยินยอมให้กระทำชำเราหรือไม่ก็ถือเป็นความผิด ต่างจากกรณีผู้ถูกกระทำเป็นบุคคลอายุ 13 ปีขึ้นไปที่จะต้องเป็นการกระทำโดยปราศจากความยินยอมจึงจะถือเป็นความผิด

ประเด็นที่สำคัญอีกประการหนึ่งของลักษณะการข่มขืนกระทำชำเรา คือ การล่วงล้ำเป็นการกระทำต่อเนื่องนับตั้งแต่มีการสอดใส่อวัยวะเพศเข้าไปจนกระทั่งนำอวัยวะเพศออกมา หมายความว่า การล่วงล้ำอันจะถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นมิใช่จะพิจารณาแค่เพียงการสอดใส่เข้าไปในตอนแรกเท่านั้น แต่ตราบใดที่ยังมิได้นำอวัยวะเพศออกมาก็ยังถือเป็นการล่วงล้ำอยู่ตามมาตรา 79 (2)¹²⁰ ดังนั้นหากปรากฏว่า นายเอ ร่วมประเวณีกับนางสาวบี โดยนางสาวบียินยอม ในระหว่างนั้น นางสาวบี เกิดเปลี่ยนใจจึงบอกให้นายเอหยุด แต่นายเอไม่ยอมหยุดการกระทำภายในระยะเวลาที่สมควรและยังฝืนกระทำต่อ การกระทำของนายเอ ก็อาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้แม้การกระทำจะเริ่มมาจากความยินยอมก็ตาม แต่ผู้ถูกกระทำก็สามารถถอนความยินยอมได้ทุกเมื่อและเมื่อถอนความยินยอมแล้ว หากผู้กระทำยังกระทำต่อก็ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา¹²¹ ส่วนระยะเวลาในการหยุดกระทำของผู้กระทำนั้นก็ต้องแล้วแต่ข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี

¹²⁰ Part 1: general interpretation: (2) Penetration is a continuing act from entry to withdrawal.

¹²¹ See Cooper and Schaub (1994) Crim LR 531.

นอกจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว Sexual Offence Act 2003 ยังมีบัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์ในกรณีอื่นที่ไม่เข้าองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้อีกด้วย คือ ความผิดฐานทำร้ายโดยการสอดใส่ (Assault by penetration) ตามมาตรา 2 และความผิดฐานกระทำให้อื่นประกอบกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม (Causing a person to engage in sexual activity without consent) ตามมาตรา 4 ซึ่งจะขอแยกอธิบายดังนี้

1. ความผิดฐานทำร้ายโดยการสอดใส่ (Assault by penetration) บัญญัติไว้ใน มาตรา 2¹²² ความว่า

(1) บุคคลจะมีความผิดฐานนี้ ต่อเมื่อ

- (a) มีเจตนาที่จะสอดใส่หรือล้วงล้าอวัยวะเพศหญิง หรือทวารหนักของผู้อื่นโดยใช้ส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือวัตถุอื่นใด
- (b) การล้วงล้าหรือการสอดใส่ตามมาตรานี้ต้องเป็นการกระทำเพื่อสนองความต้องการทางเพศ
- (c) ผู้ถูกระทำไม่ยินยอม และ
- (d) ผู้กระทำไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกระทำยินยอม

ความผิดฐานทำร้ายโดยการสอดใส่นี้เป็นการเอาผิดกับผู้ที่กระทำการล้วงล้าอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักของผู้อื่นโดยการสอดใส่อวัยวะส่วนอื่นของร่างกายนอกจากอวัยวะเพศชาย เช่น นิ้ว หรือสิ่งของอย่างอื่น เช่น ขวด โดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำ และการกระทำนี้ต้องมีความเกี่ยวข้องกับเรื่องเพศ ดังนั้นหากหมอใช้อุปกรณ์ทางการแพทย์สอดใส่เข้า

¹²² Sexual Offence Act 2003 : section 2

Assault by penetration

(1) A person (A) commits an offence if-

- (a) he intentionally penetrates the vagina or anus of another person (B) with a part of his body or anything else,
- (b) the penetration is sexual,
- (c) B does not consent to the penetration, and
- (d) A does not reasonably believe that B consents.

ไปในอวัยวะเพศหญิง หรือทวารหนักของคนไข้เพื่อการรักษาโรค แม้ว่าจะกระทำโดยปราศจากความยินยอมของคนไข้ การกระทำก็ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่อาจเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายได้ โดยผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้อาจเป็นได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิง ต่างจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นผู้ชายเท่านั้น ส่วนผู้ถูกกระทำ ความผิดก็เป็นได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิงเช่นเดียวกัน ข้อแตกต่างของความผิดฐานนี้กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอีกอย่างก็คือ ความผิดฐานทำร้ายโดยการสอดใส่ไม่คุ้มครองการใช้ส่วนของร่างกายหรือวัตถุอย่างอื่นสอดใส่เข้าไปในปากของผู้อื่น

หากการกระทำความผิดตามมาตรานี้เป็นกรกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี Sexual Offence Act 2003 ได้บัญญัติฐานความผิดเฉพาะไว้ในมาตรา 6 โดยองค์ประกอบหลักเหมือนกับมาตรา 2 ทุกอย่าง ต่างกันเพียงแค่นี้เป็นการกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ดังนั้นแม้เด็กจะยินยอมให้กระทำหรือไม่ การกระทำก็ยังถือเป็นความผิดทำนองเดียวกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

2. ความผิดฐานกระทำให้ผู้อื่นประกอบกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม (Causing a person to engage in sexual activity without consent) บัญญัติไว้ในมาตรา 4¹²³ ความว่า

- (1) บุคคลจะมีความผิดฐานนี้ ต่อเมื่อ
 - (a) มีเจตนาเพื่อให้ผู้อื่นกระทำการบางอย่าง
 - (b) การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับเรื่องเพศ
 - (c) ผู้ถูกกระทำไม่ยินยอมในการกระทำการนั้น
 - (d) ผู้กระทำไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกกระทำได้ยินยอม

¹²³ Sexual Offence Act 2003 : section 4

Causing a person to engage in sexual activity without consent

(1) A person (A) commits an offence if-

- (a) he intentionally causes another person (B) to engage in an activity,
- (b) the activity is sexual,
- (c) B does not consent to engaging in the activity, and
- (d) A does not reasonably believe that B consents.

ความผิดฐานกระทำให้อื่นประกอบกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม เป็นการเอาผิดกับบุคคลที่กระทำให้อื่นประกอบกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม และการกระทำนี้ก็ต้องมีความเกี่ยวข้องกับเรื่องเพศ โดยการกระทำผิดตามมาตรานี้ไม่จำเป็นต้องมีการแตะเนื้อต้องตัวกันได้ และไม่จำเป็นต้องมีการล่วงล้ำ ตัวอย่างเช่น จำเลยบังคับให้ชายคนหนึ่งสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง (Masturbate) จำเลยก็มีความผิดฐานนี้ได้ และในส่วนของผู้กระทำความผิดฐานนี้สามารถเป็นได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิง ในขณะที่เดียวกันผู้ถูกกระทำความผิดก็อาจเป็นได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิง

หากการกระทำความผิดตามมาตรานี้เป็นการกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี Sexual Offence Act 2003 ได้บัญญัติฐานความผิดเฉพาะไว้ในมาตรา 8 โดยองค์ประกอบหลักเหมือนกับมาตรา 4 ทุกอย่าง ต่างกันเพียงแคเป็นการกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ดังนั้นแม้เด็กจะยินยอมให้กระทำหรือไม่ การกระทำก็ยังถือเป็นความผิดทำนองเดียวกับความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

กล่าวโดยสรุป ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศอังกฤษในปัจจุบันในส่วนของผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นผู้ชายเท่านั้นเพราะองค์ประกอบข้อหนึ่งของความผิดฐานนี้คือ ต้องเป็นการกระทำโดยใช้อวัยวะเพศชาย ส่วนผู้ถูกกระทำความผิดอาจเป็นผู้หญิงหรือผู้ชายก็ได้ และหากสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาก็มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ ส่วนลักษณะของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานอกจากการใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักแล้ว Sexual Offence Act 2003 ยังได้ขยายความคุ้มครองออกไปให้รวมถึงการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในปากของผู้อื่นด้วย และการจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นการกระทำโดยปราศจากความยินยอม แต่ในกรณีที่ผู้ถูกกระทำเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี แม้เด็กจะยินยอมให้กระทำชำเรา การกระทำก็ยังถือเป็นความผิดอยู่ ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้หญิง หรือเป็นผู้ชายแต่ไม่ได้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือปากของผู้อื่น ก็ไม่ใช่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่อาจเป็นความผิดฐานทำร้ายโดยการสอดใส่ (Assault by penetration) หรือความผิดฐานกระทำให้อื่นประกอบกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม (Causing a person to engage in sexual activity without consent) แล้วแต่กรณี

จากการศึกษาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยและต่างประเทศ อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าในปัจจุบันความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีความเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม โดยมีการขยายขอบเขตของความผิดให้มีความหมายครอบคลุมถึงการกระทำในกรณีอื่นๆ นอกจากการกระทำชำเราหรือการร่วมประเวณีกันตามธรรมชาติระหว่างผู้ชายกับผู้หญิง โดยมีการ

ขยายขอบเขตของความผิดออกไปคุ้มครองถึงกรณีผู้หญิงเป็นฝ่ายกระทำต่อผู้ชาย ผู้ชายกระทำต่อผู้ชาย ผู้หญิงกระทำต่อผู้หญิง นอกจากนี้ อวัยวะที่ได้รับการคุ้มครองก็ไม่ใช่จำกัดเฉพาะอวัยวะเพศหญิงอีกต่อไปแต่ยังคุ้มครองอวัยวะเพศชาย ทวารหนัก และช่องปากอีกด้วย และยังคงคุ้มครองไปถึงกรณีที่บุคคลใช้สิ่งอื่นใดนอกจากอวัยวะเพศ เช่น อวัยวะส่วนอื่นของร่างกายหรือวัตถุอื่นใดกระทำกับผู้อื่นด้วย หรือในบางประเทศก็จะมีการบัญญัติเป็นความผิดฐานใหม่ขึ้นมาเพื่อให้ครอบคลุมการกระทำในกรณีอื่นนอกจากการกระทำซ้ำเราตามธรรมชาติ ตัวอย่างเช่น มลรัฐมิชิแกน โดยความผิดเกี่ยวกับเพศของมลรัฐมิชิแกนจะไม่มี ความผิดฐาน Rape แต่จะใช้คำว่า Criminal Sexual Conduct โดยจะรวมการกระทำหลายอย่างไว้ไม่ว่าจะเป็น การร่วมประเวณี (Sexual intercourse), การใช้ปากหรือลิ้นกับกับอวัยวะเพศหญิง (Cunnilingus), การใช้ปากอมอวัยวะเพศชาย (Fellatio), การร่วมเพศกันทางทวารหนัก (Anal intercourse) หรือการสอดใส่หรือสอดใส่ในรูปแบบอื่นๆ โดยใช้อวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายหรือใช้วัตถุอื่นใดสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น ซึ่งการกระทำซ้ำเราหรือการร่วมประเวณีกันตามธรรมชาติระหว่างชายกับหญิงก็รวมอยู่ในความผิดฐาน Criminal Sexual Conduct นี้ด้วย หรือความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเรา (Rape) ในมลรัฐอลาบามา ก็จะทำให้ความคุ้มครองเฉพาะกรณีที่เป็น การร่วมประเวณีกันตามธรรมชาติระหว่างชายกับหญิง ส่วนการกระทำในรูปแบบอื่นนอกจากการร่วมประเวณีกันตามธรรมชาติก็จะมี ความผิดฐานอื่นมารองรับ เช่น ความผิดฐานร่วมประเวณีแบบผิดธรรมชาติ (Sodomy) หรือความผิดฐานกระทำทรมานทางเพศ (Sexual torture) เป็นต้น ส่วนความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราของประเทศอังกฤษก็มีการขยายขอบเขตความคุ้มครองออกไปคุ้มครองถึงทวารหนักและช่องปากด้วย แต่จะต้องเป็นการกระทำโดยใช้อวัยวะเพศชายเท่านั้น เท่ากับว่าผู้กระทำความผิดก็ต้องเป็นผู้ชายเท่านั้น ส่วนผู้ถูกกระทำอาจเป็นผู้หญิงหรือผู้ชายก็ได้ ส่วนการกระทำในรูปแบบอื่นนอกจากนี้ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ฝ่ายหญิงเป็นผู้กระทำ หรือเป็นการกระทำโดยใช้วัตถุอื่นใดก็จะมี ความผิดฐานอื่นมารองรับ เช่น ความผิดฐานทำร้ายโดยการสอดใส่ (Assault by penetration) เป็นต้น จะเห็นได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐมิชิแกน มลรัฐอลาบามา หรือประเทศอังกฤษได้มีการขยายขอบเขตของความผิดเกี่ยวกับเพศออกไปให้ครอบคลุมถึงการกระทำในรูปแบบอื่นนอกจากการกระทำซ้ำเราตามปกติโดยการบัญญัติเป็นความผิดฐานใหม่ขึ้นเป็นการเฉพาะในแต่ละกรณีโดยไม่มีการแก้ไขความหมายของคำว่า "กระทำซ้ำเรา" แต่อย่างไรก็ตามต่างกับประเทศไทยที่มีการแก้ไขความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราโดยมีการกำหนดคำนิยามของคำว่า "กระทำซ้ำเรา" ขึ้นใหม่ต่างจากความหมายที่เข้าใจกันโดยทั่วไปเพื่อความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเรามีขอบเขตความผิดที่กว้างมากขึ้น ซึ่งการแก้ไขกฎหมายในครั้งนี้นักก่อให้เกิดข้อถกเถียงเกี่ยวกับความเหมาะสมและผลกระทบมากมายหลายประการดังจะกล่าวไว้ในบทต่อไป

สำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทย, สหรัฐอเมริกา และ
อังกฤษ พอลจะสรุปความเหมือนกันหรือแตกต่างกันออกมาได้เป็นตาราง ดังต่อไปนี้

ประเทศ	ไทย		สหรัฐอเมริกา		อังกฤษ	หมายเหตุ
	กฎหมายเดิม	กฎหมายใหม่	อลาบามา	มิชิแกน		
ประกอบ กระทำ ผิด	ผู้ชายเท่านั้น (ผู้หญิงเป็นได้เพียง ตัวการร่วม)	ผู้ชายหรือผู้หญิงก็ อาจเป็นผู้กระทำ ความผิดโดยตรงได้	ผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้	ผู้ชาย หรือ ผู้หญิงก็ได้ (กฎหมายใช้คำว่า "A Person")	ผู้ชายเท่านั้น เพราะกฎหมาย กำหนดว่าจะต้องเป็นการกระทำ โดยใช้อวัยวะเพศชาย (รวมถึง อวัยวะเพศชายเทียมที่ได้รับการ ผ่าตัดแปลงเพศจากหญิงเป็น ชายด้วย)	มลรัฐส่วนใหญ่ของสหรัฐอเมริกา ในส่วนของผู้กระทำความผิด ฐานนี้ก็เป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้
เสียหายหรือ ประกอบ กระทำ ผิด	ผู้หญิงเท่านั้น	ผู้ชายหรือผู้หญิง	ผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้ (ผู้ถูกกระทำต้องเป็น คนละเพศกับผู้กระทำ ดังนั้นจะเป็นความผิด ฐานนี้ก็ต่อเมื่อเป็น การกระทำของชาย ต่อหญิงหรือหญิงต่อ ชายเท่านั้น)	ผู้ชาย หรือ ผู้หญิงก็ได้ (กฎหมายใช้คำว่า "another person")	ผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้ (กฎหมาย ใช้คำว่า "another person")	มลรัฐส่วนใหญ่ของสหรัฐอเมริกา ในส่วนของผู้ถูกกระทำผิด ก็เป็นผู้ชายหรือผู้หญิงก็ได้
คณะกรรมการ ทำที่ถือเป็น มาตรฐาน ขึ้นกระทำ มา	ไม่มีกำหนดคำ นิยามไว้โดยเฉพาะ แต่ศาลฎีกาให้ ความหมายไว้ว่า "เป็นการที่ชายร่วม ประเวณีกับหญิง ตามธรรมชาติโดย หญิงนั้นไม่ยินยอม และความผิดจะ สำเร็จก็ต่อเมื่อ อวัยวะเพศชายได้ สอดเข้าไปใน อวัยวะเพศหญิง" (การกระทำผิดทาง เพศรูปแบบอื่นถือ เป็นความผิดฐาน กระทำอนาจาร)	มีการเพิ่มคำนิยาม ของการกระทำชำเรา ไว้โดยเฉพาะ โดย หมายความถึง "การ กระทำเพื่อสนอง ความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะ ของผู้กระทำกระทำ กับอวัยวะเพศ ทวาร หนัก หรือช่องปาก ของผู้อื่น หรือการใช้ สิ่งอื่นใดกระทำกับ อวัยวะเพศหรือทวาร หนักของผู้อื่น"	การร่วมประเวณีกัน ระหว่างชายกับหญิง ตามความหมายที่ เข้าใจกันโดยทั่วไป ซึ่ง ได้แก่การสอดใส่ (แบ่งการข่มขืน ออกเป็น 2 ระดับ ทั้ง สองระดับ มี องค์ประกอบ เหมือนกัน ต่างกัน เพียงลักษณะของการ กระทำเพื่อที่จะร่วม ประเวณีด้วย) การ กระทำความผิดทาง เพศในรูปแบบอื่นจะมี ความผิดฐานอื่น รองรับ	สำหรับมลรัฐมิชิแกนจะไม่ใช้ชื่อ ฐานความผิดว่า Rape แต่จะใช้ คำว่า Criminal Sexual Conduct โดยจะแบ่งการ กระทำความผิดทางเพศ ออกเป็น 4 ระดับ โดยระดับ 1 กับ 3 จะมีลักษณะของการสอด ใส่ (Sexual penetration) ซึ่งมิ ความหมายถึง "การร่วม ประเวณี, การใช้ปากหรือลิ้นกับ อวัยวะเพศหญิง, การใช้ปาก อมอวัยวะเพศชาย, การร่วม เพศกันทางทวารหนัก หรือการ สอดใส่ในรูปแบบอื่นๆ โดยใช้ อวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของ ร่างกายหรือใช้วัตถุอื่นใดสอด ใส่เข้าไปในอวัยวะเพศ หรือ ทวารหนักของผู้อื่น ส่วน ความผิดในระดับ 2 กับ 4 ไม่มี ลักษณะของการสอดใส่หรือการ สอดใส่ แต่เป็นการกระทำ ภายนอกที่มีความเกี่ยวข้องกับ เรื่องเพศ (Sexual contact)	การล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิง (รวมถึงอวัยวะเพศหญิงเทียมที่ ชายผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง ด้วย) ทวารหนัก หรือปากของ ผู้ถูกกระทำ โดยอวัยวะเพศชาย และเป็นการกระทำโดย ปราศจากความยินยอมของ ผู้ถูกกระทำ (การกระทำความผิด ทางเพศในรูปแบบอื่นจะมี ความผิดฐานอื่นรองรับ)	

การข่มขืน :ทำซ้ำเรา ว่าคู่สมรส	สามีข่มขืนกระทำ ซ้ำเรากฎหมายไม่เป็น ค ว า ม ผิด (กฎหมายใช้คำว่า "หญิงซึ่งมิใช่ภริยา ตน")	เป็นความผิดได้ทั้ง สามีข่มขืนภริยาและ ภริยาข่มขืนสามี	การข่มขืนกระทำ ซ้ำเราระหว่างคู่สมรส ถือเป็นความผิด	การกระทำความผิดทางเพศ (Criminal Sexual Conduct) ระหว่างคู่สมรสถือเป็น ความผิดตามมาตรา 520I แห่ง The Michigan Penal Code	สามีอาจมีความผิดฐานข่มขืน กระทำซ้ำเรากฎหมายตนเองได้	มลรัฐส่วนใหญ่ของประเทศ สหรัฐอเมริกาได้ยกเลิกหลัก "ภูมิคุ้มกันของสามี"ที่ทำให้สามี ได้รับการยกเว้นมิให้ต้องรับผิด ในทางอาญากรณีข่มขืนกระทำ ซ้ำเรากฎหมายของตน" แล้ว
อายุเด็กที่ รับการ รื่องจากการ :ทำซ้ำเรา ่าจะยินยอม ไม่ก็ถือเป็น ผิด)	เด็กหญิงอายุยังไม่ เกิน 15 ปี ถ้าเป็น เด็กหญิงอายุไม่ เกิน 13 จะเป็นเหตุ เพิ่มโทษ	เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ถ้าเป็นเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี จะเป็นเหตุเพิ่ม โทษ (ไม่ว่าจะเป็น เด็กชายหรือเด็กหญิง)	เด็กอายุต่ำกว่า 12 ปี และถูกกระทำซ้ำเรา โดยผู้กระทำความผิด ที่มีอายุ 16 ปีขึ้นไป	เด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี	เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี	