



บทที่ 3

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการแยกกันอยู่ระหว่างสามีและภรรยา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งกฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อลงโทษผู้ข่มขืนกระทำชำเราให้ต้องรับโทษ ทั้งนี้เพราะการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการคุกคามสิทธิและเสรีภาพในการควบคุมเนื้อตัวร่างกายของหญิงผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรา ถือได้ว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการทำลายศักดิ์ศรีและคุณค่าประจำตัวมนุษย์ (the dignity and worth inherent in the human person) นอกจากนี้การข่มขืนกระทำชำเรายังส่งผลกระทบต่อทั้งในระยะยาวและระยะสั้นต่อทั้งตัวผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรา บุคคลใกล้ชิดและสังคมเป็นอย่างมากด้วย

3.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการแยกกันอยู่ระหว่างสามีและภรรยา ตามกฎหมายไทย

การร่วมประเวณีหรือมีเพศสัมพันธ์ต่อกันระหว่างชายหญิงเป็นสิ่งที่สังคมยอมรับมาช้านานว่าสามารถกระทำได้ แต่ทั้งนี้ต้องขึ้นอยู่กับเงื่อนไขในเรื่องของ "ความยินยอม" ที่จะร่วมประเวณีหรือมีเพศสัมพันธ์ต่อกัน หากการร่วมประเวณีหรือมีเพศสัมพันธ์เกิดขึ้นด้วยการบังคับขู่เข็ญ ใช้กำลังหรือกระทำการใดๆ เพื่อร่วมประเวณีหรือมีเพศสัมพันธ์โดยที่อีกฝ่ายหนึ่งมิได้ยินยอมที่จะร่วมประเวณีหรือมีเพศสัมพันธ์ด้วยการกระทำดังกล่าวเป็นความผิด สังคมไม่อาจยอมรับสิ่งนี้และถือว่าผู้กระทำความผิดเป็น "อาชญากร"

อนึ่ง จากการศึกษาค้นคว้าวิจัยทางด้านจิตวิทยาเรื่องของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณีการข่มขืนกระทำชำเราพบว่า ความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นการแสดงออกทางเพศของบุคคลซึ่งผิดปกติ¹ ความผิดปกตินี้เชื่อกันว่ามีความสัมพันธ์กับความบกพร่องของพัฒนาการทางเพศ

¹Manfred S. Guttmacher, *Sex offenses the problem, causes and prevention* (New York: W.W. Norton&Company, Inc., 1951), p. 105.

และจิตใจของบุคคล² นอกจากนี้ชายผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราหญิงนั้นมิได้กระทำไปเพียงเพราะมุ่งหวังที่จะระบายความต้องการทางเพศหรือกระทำไปเพราะความปรารถนาทางเพศ (sexual desire) ที่ไม่มีหนทางใดจะตอบสนองให้เกิดความพึงพอใจได้ แต่เป็นภาวะที่ชายผู้ข่มขืนกระทำชำเราเป็นผู้มีจิตใจอ่อนแอ ความเก็บกด ความสับสนทางอารมณ์ มีความเจ็บป่วยทางจิตใจ ไม่สามารถควบคุมการตัดสินใจหรือสติสัมปชัญญะ³ ดังนั้นจึงไม่สามารถเหนี่ยวรั้งให้เขากระทำในสิ่งที่ถูกต้องได้ Nicholas Groth เรียกการข่มขืนกระทำชำเราว่าเป็นการกระทำทางเพศที่จอมปลอม (pseudosexual act) ซึ่งประกอบขึ้นมาจากความโหดร้ายป่าเถื่อนความโกรธแค้นและการแสดงอำนาจของชายที่มีเหนือหญิง การกระทำที่เขาตัดสินใจนั้นเกิดจากความรู้สึกที่ต้องการขจัดความเก็บกดหรือความตึงเครียดภายในของตนออกไป ซึ่งอาจเกิดจากปัจจัยต่างๆ ทางด้านสังคมหรือเศรษฐกิจจึงระบายออกด้วยวิธีการข่มขืนกระทำชำเราหญิง การศึกษายังพบอีกว่าภูมิหลังของผู้ข่มขืนกระทำชำเราส่วนใหญ่เป็นคนวิตกกังวล และเก็บกดทางเพศด้วย⁴ กล่าวคือ การข่มขืนกระทำชำเราเป็นการแสดงออกทางเพศที่ไม่ใช่เพียงมุ่งหวังเพื่อสนองตอบความต้องการทางเพศของตนเท่านั้น แต่เป็นการแสดงออกซึ่งอำนาจและความโกรธ⁵ ดังนั้นการข่มขืนกระทำชำเราแท้จริงแล้วคือการแสดงออกซึ่งอำนาจของชายผ่านทางปฏิบัติการทางเพศด้วยความรุนแรงนั่นเอง⁶

กล่าวโดยสรุป เมื่อการข่มขืนกระทำชำเราถือว่าเป็นการก่ออาชญากรรมประเภทหนึ่ง คำว่า "อาชญากรรม" หมายความว่า อาการที่แสดงถึงความไม่สมบูรณ์ (imperfections) และความบกพร่อง (deficiencies) ของระเบียบสังคม⁷ กล่าวคือ อาชญากรรมถือเป็นปรากฏการณ์หนึ่งทางสังคมที่เกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคลซึ่งการกระทำนั้นๆ เป็นความผิดและฝ่าฝืนต่อข้อห้ามที่

²ประธาน วัฒนวานิชย์, "อาชญากรรมทางเพศ: กฎหมายกับพฤตินิยมศาสตร์," วารสารนิติศาสตร์ 13, ฉบับที่ 2 (2526): 7.

³ชลิตาภรณ์ ส่งสัมพันธ์, "ข่มขืนความรุนแรงเชิงวัฒนธรรม," รัฐศาสตร์สาร 19, ฉบับที่ 3 (2539): 166.

⁴อุดมศิลป์ ศรีแสงนาม, "จิตวิทยาที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการข่มขืน," สตรีทัศน์ 1, ฉบับที่ 1 (กุมภาพันธ์-เมษายน 2526): 50.

⁵Ann Wolbert Burgess and Lynda Lytte Holmstrom, Rape: Crisis and recovery (Maryland. Englewood Cliffs, NJ: A Prentice-Hall, 1979), p. 23.

⁶กวิน ชุตินา, "ผู้ชายต้องช่วยกันยุติการข่มขืน," สตรีทัศน์ 9, ฉบับที่ 2 (เมษายน-พฤษภาคม 2536): 44-45.

⁷ชาย เสวกุล, คำสอนชั้นปริญญาตรีอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514), หน้า 1.

กฎหมายกำหนดไว้และผู้กระทำต้องได้รับการลงโทษ⁹ ดังนั้นการข่มขืนกระทำชำเราเป็นการก่ออาชญากรรมทางเพศที่เกิดขึ้นจากความบกพร่องของสังคมจึงทำให้มีผู้ประกอบอาชญากรรมขึ้นรัฐจำเป็นต้องสร้างระเบียบกฎเกณฑ์ขึ้นในสังคมที่เรียกว่า "กฎหมาย" อันเป็นสิ่งกำหนดขึ้นเพื่อเป็นมาตรการควบคุมสังคมและเป็นการลดการโต้แย้งอันอาจมีขึ้นในสังคมมนุษย์¹⁰

3.1.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้นเป็นการกระทำที่มีความเกี่ยวข้องกับ ความผิดหลายลักษณะด้วยกัน กล่าวคือ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ และชื่อเสียง อีกทั้งยังถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมด้วย ดังนั้นบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาที่ว่าด้วยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงเป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองศีลธรรมของประชาชนในเรื่องของการร่วมประเวณี การคุ้มครองศีลธรรมในเรื่องเหล่านี้มีความจำเป็นอย่างยิ่งในภาวะของมนุษย์ที่จะอยู่ร่วมกันเช่นเดียวกับความจำเป็นที่จะต้องคุ้มครองชีวิตและทรัพย์สินของเอกชน ทั้งนี้เพราะหากปล่อยให้ทุกคนกระทำการในทางเพศได้ตามความพึงพอใจ โดยไม่ถือว่าเป็นการกระทำ ความผิดแล้วย่อมจะก่อให้เกิดปัญหาและผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีงามอย่างแน่นอน¹⁰

โดยหลักการแล้วการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำที่ผู้กระทำได้กระทำต่อผู้ถูกกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกกระทำ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายอาญาที่ว่า "ความยินยอมทำให้ไม่เป็นความผิด"¹¹ แต่อย่างไรก็ตามในบางกรณีแม้ผู้ถูกกระทำจะได้ให้ความยินยอม ผู้กระทำก็มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ หากผู้ถูกกระทำเป็นเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบห้าปีหรือผู้ถูกกระทำเป็นบุคคลวิกลจริต

⁹ดิเรก เติ้งจำรูญ, "เหตุใดจึงประกอบอาชญากรรมและเราจะป้องกันตนเองได้อย่างไร," รายงานการอภิปรายเรื่องอาชญากรรมกับการป้องกันสังคม ณ คณะนิติศาสตร์และคณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 7-9 เมษายน 2519. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

¹⁰Bernard F. Cataldo, Cornelius W. Gillam, Frederick G. Kempin, Jr., John M. Stockton and Charles M. Weber, Introduction to law and the legal process (New York: John Wiley&Sons, Inc., 1965), p. 4.

¹⁰จิน ดารา, "ข่มขืนกระทำชำเรา," บทบัณฑิตย 25, ตอนที่ 1 (มกราคม 2511): 66.

¹¹จิตติ ติงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 2, พิมพ์ครั้งที่ 4 (พระนคร: แสงทองการพิมพ์, 2518), หน้า 637.

อนึ่ง หลักความยินยอมทำให้ไม่มีความผิดนี้มีได้บัญญัติ ณ ที่ใดในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยเลยว่า ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด แต่เป็นหลักที่ได้ยอมรับกันมาแต่ครั้งกฎหมายโรมัน โดยที่ประเทศไทยก็นำเอาหลักความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิดหรือที่เรียกกันในภาษาลาตินว่า "Volenti non fit injuria" แต่อย่างไรก็ตามความยินยอมทำให้ไม่มีความผิดในทางกฎหมายอาญานั้นต้องเป็นความยินยอมโดย "บริสุทธิ์" หมายความว่า บุคคลผู้ถูกกระทำต้องให้ด้วยความเต็มใจหาใช่เกิดจากการบังคับขู่เข็ญ หลอกลวงหรือเข้าใจผิดไม่ กล่าวคือ ผู้ให้ความยินยอมต้องทราบว่าจะได้รับผลของการกระทำนั้นอย่างไรและยอมรับผลของการกระทำนั้นด้วยความสมัครใจ¹²

ดังนั้นหลักความยินยอมทำให้ไม่มีความผิดเป็นหลักที่นำมาใช้ในการกระทำ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วย กล่าวคือ หากผู้ถูกกระทำยินยอมให้ผู้กระทำร่วมประเวณี ผู้กระทำหามีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไม่ แต่อย่างไรก็ตามการให้ความยินยอมในกรณีดังกล่าวต้องพิจารณาหลักกฎหมายในส่วนของอายุผู้ให้ความยินยอมด้วย ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคแรก บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีโชภริยาของตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษ..."

สำหรับการข่มขืนกระทำชำเราในประเทศไทยได้มีการบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามาตั้งแต่สมัยโบราณ โดยมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่น่าสนใจ คือ

3.1.1.1 พระราชกำหนดใหม่

พระราชกำหนดใหม่นี้เป็นกฎหมายแม่บทของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือกฎหมายฉบับนี้ได้ยึดหลักกรรมคำสั่งสอนเบญจศีลข้อ 3¹³ ในทางพระพุทธศาสนาเป็นแม่บท โดยใน

¹²จิตติ ติงศภัทย์, "ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด," วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 3 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2520): 52-57.

¹³พระราชกำหนดใหม่ตราขึ้น ณ วันพฤหัสบดี เดือน 8 แรม 8 ค่ำ จุลศักราช 1144

¹⁴เบญจศีลข้อ 3 คือ กามเมลูมิจจาจารา เวรมณี ลิกขาปท๑ สมายยามิ หมายความว่า ฟังงดเว้นจากการกระทำอันเป็นการล่วงเกินบุตรและภริยาของผู้อื่น

พระราชกำหนดใหม่นี้ได้วางหลักกฎหมายที่มีความสำคัญยิ่งต่อแนวความคิดของกฎหมายไทยในเวลาต่อมา คือ ห้ามข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งไม่ใช่ภริยาของตน เว้นแต่หญิงนั้นจะยินยอมสมัครใจด้วย¹³

แต่อย่างไรก็ตามพระราชกำหนดใหม่นี้ได้บัญญัติห้ามชายร่วมประเวณีต่อหญิงแม้หญิงเป็นภริยาของตน หากหญิงนั้นป่วย มีประจำเดือน หรือตั้งครรรภ์ นับได้ว่าเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่หญิงภริยาในภาวะที่หญิงภริยาไม่พร้อมที่จะร่วมประเวณี อีกทั้งยังเป็นการบัญญัติกฎหมายโดยพิจารณาถึงสุขอนามัยของหญิงภริยาด้วย อันเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองภริยาในระดับหนึ่ง ทั้งนี้เพราะกฎหมายฉบับนี้ยังคงให้อำนาจชายผู้เป็นสามีบังคับภริยาให้ร่วมประเวณีกับตนได้ โดยสามีไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

3.1.1.2 กฎหมายลักษณะผัวเมีย

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดตามกฎหมายลักษณะผัวเมียมาตั้งแต่ในสมัยกรุงศรีอยุธยาตอนต้น ทั้งนี้เพราะผู้ร่างกฎหมายมีความเห็นว่าการล่วงเกินหญิงเป็นการละเมิดอำนาจปกครองหรืออำนาจอิสระของบิดามารดาหากหญิงยังมีได้สมรส แต่หากหญิงนั้นสมรสแล้วยอมเป็นการละเมิดอำนาจปกครองหรืออำนาจอิสระของสามี จึงได้จัดเอาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะผัวเมีย อันเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา

แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายลักษณะผัวเมียนั้นมิได้บัญญัติว่าการที่สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนเป็นความผิดจึงแสดงให้เห็นว่ากฎหมายลักษณะผัวเมียนี้อาจยังมิให้ความคุ้มครองหญิงซึ่งเป็นภริยาจากการถูกสามีข่มขืนกระทำชำเรา อีกทั้งยังจะเห็นได้ว่าค่านิยมและทัศนคติที่มีต่อหญิงยังคงเห็นหญิงเป็นเพียงสมบัติของชาย ดังจะเห็นได้จากการที่กฎหมายวางหลักไว้ว่า การกระทำ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นี้ กฎหมายถือว่าเป็นการกระทำความผิดต่อชายผู้เป็นสามีหรือบิดามารดาของหญิงมากกว่าจะเป็นความผิดต่อหญิงเอง¹⁴

¹³ประสิทธิ์ พัฒนอมร, "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), หน้า 14.

¹⁴เรื่องเดียวกัน, หน้า 14-18.

3.1.1.3 พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายลักษณะฉ้อโกงใช้บังคับอยู่จนถึง พุทธศักราช 2443 จึงได้มีการตราพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118

กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ทรงอธิบายว่า คำว่า "ขืนใจ" กับ "หญิงมิยินยอม" มีความแตกต่างกัน คำว่า "ขืนใจ" คือ การใช้กำลังบังคับไม่สามารถทำการนี้ได้ ส่วนกรณี "หญิงมิยินยอม" คือ แม้มิได้ใช้กำลังขืนใจแต่ทำให้หญิงอยู่ในสภาพไม่อาจขัดขืนได้ ตัวอย่างเช่น ปลอมตัวเป็นสามีของหญิง หรือให้หญิงเสพของมึนเมา¹⁵ "ชำเรา" หมายความว่า เพียงแต่ชายจดถึงทวารหญิง เท่า นั้นก็ให้ถือว่าเป็นการชำเรา¹⁶

3.1.1.4 ความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวพระปิยมหาราช (รัชกาลที่ 5) ทรงรวบรวม จัดทำประมวลกฎหมายอาญาขึ้นใหม่เรียกกันว่า "กฎหมายลักษณะอาญา" ใช้บังคับเมื่อวันที่ 21 กันยายน ร.ศ. 127 ตรงกับพุทธศักราช 2451 มีอยู่ 340 มาตรา กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นี้ ได้ยกร่างขึ้นโดยอาศัยกฎหมายต่างประเทศ โดยมีเสด็จในกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ซึ่งขณะนั้นดำรง ตำแหน่งเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมเป็นประธานในการรวบรวม ต่อมาเมื่อปีพุทธศักราช 2447 ดร. ยอร์ช ปาดูส์ หมอกฎหมายชาวฝรั่งเศสเข้ารับราชการในตำแหน่งที่ปรึกษาในการร่างกฎหมาย จึงโปรดเกล้าตั้งกรรมการชุดใหม่ขึ้นทำงานอีกชุดหนึ่ง โดยมี ดร. ยอร์ช ปาดูส์ เป็นประธาน¹⁷

¹⁵พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์, พระราชบัญญัติในปัจจุบัน (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ กองหลวงโทะษ, 2444), หน้า 301.

¹⁶เรื่องเดียวกัน, หน้า 304.

¹⁷คณะกรรมการจัดงานฉลองวันเฉลิมถวัลย์ราชสมบัติครบ 100 ปีในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว, "การปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พระปิยมหาราช," รวบรวมจัดพิมพ์เนื่องในโอกาสครบ 100 ปีนับแต่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เสวยราชย์ 1 ตุลาคม 2511, หน้า 18. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

สำหรับกรณีความผิดเกี่ยวกับเพศกฎหมายลักษณะอาญาได้แบ่งออกเป็น 2 ประเภท โดยบัญญัติรวมอยู่ในส่วนที่ 6 ว่าด้วยความผิดที่จะกระทำอนาจาร หมวดที่ 1 ความผิดฐานกระทำอนาจารอันเกี่ยวแก่สาธารณชน และหมวดที่ 2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา¹⁸

มาตรา 243 วางหลักกฎหมายว่า ผู้ใดบังอาจใช้กำลังด้วยอำนาจด้วยกำลังกายหรือด้วยวาจาข่มขืนกระทำชำเราขึ้นใจหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนเอง ท่านว่าผู้นั้นข่มขืนทำชำเรา...

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราขึ้นใจหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนเอง ท่านว่ามันข่มขืนทำชำเรา มีความผิด ต้องระวางโทษ...¹⁹

คำว่า "ชำเรา" หมายความว่า การมีเจตนาจะร่วมประเวณีด้วย ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราย่อมสำเร็จบริบูรณ์เมื่ออวัยวะสืบพันธุ์ของชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงไม่ว่าเล็กน้อยเพียงไรก็ตาม และไม่ว่าน้ำอสุจิของชายจะเคลื่อนไหวหรือไม่ก็ตาม

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นี้ได้ใช้บังคับตลอดมาจนกระทั่งพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช (รัชกาลที่ 9) ทรงยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เพื่อใช้ประมวลกฎหมายอาญาพุทธศักราช 2499 แทน ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พุทธศักราช 2500 เหตุที่ทรงยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นี้ เพราะได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายอาญาใหม่ให้ทันสมัยยิ่งขึ้นในยุคกึ่งพุทธกาล โดยมีจอมพล ป. พิบูลสงคราม นายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามสนองพระบรมราชโองการให้ประกาศใช้²⁰

3.1.1.5 ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาพุทธศักราช 2499

เมื่อพุทธศักราช 2499 ได้มีพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญาพุทธศักราช 2499 ซึ่งยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยที่ประมวลกฎหมายอาญาพุทธศักราช 2499 นี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พุทธศักราช 2500 เป็นต้นไป

ประมวลกฎหมายอาญาพุทธศักราช 2499 นี้ได้มีการบัญญัติกฎหมายในส่วนที่ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในลักษณะ 9 โดยมีมาตรา 276 วางหลักในส่วนของกรกระทำผิด

¹⁸ประสิทธิ์ พัฒนอมร, "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา," หน้า 20-21.

¹⁹เสถียร วิชัยลักษณะ, กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 พร้อมด้วยพระราชบัญญัติและพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมทุกฉบับกับประกาศที่เกี่ยวกับกฎหมายนี้ (กรุงเทพมหานคร: นิติเวช, 2498), หน้า 111.

²⁰ทวี กลสินยพงศ์, คำบรรยายอาญาปี 27 (กรุงเทพมหานคร: กรงสยามการพิมพ์, 2527), หน้า 2.

ฐานช่มขึ้นกระทำซ้ำเรา ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้ใดช่มขึ้นกระทำซ้ำเราหญิง ซึ่งมีโชภริยาของตนโดยชู่เช็ดด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโหมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต"

จากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาข้างต้นนี้พิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติมาตรา 243 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 พบว่า มาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญานี้มีข้อความทำนองเดียวกันกับมาตรา 243 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แต่มีหลักเกณฑ์เคร่งครัดชัดเจนขึ้นกว่าเดิม โดยบัญญัติองค์ประกอบความผิดฐานช่มขึ้นกระทำซ้ำเราให้ชัดเจนยิ่งขึ้นโดยถือว่า ความผิดฐานช่มขึ้นกระทำซ้ำเรา นี้ เป็นการช่มขึ้นกระทำซ้ำเราต่อหญิงซึ่งมีโชภริยาของตนโดยชู่เช็ดด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่นโดยเจตนา²¹

ความผิดฐานช่มขึ้นกระทำซ้ำเรามาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญานี้บัญญัติไว้สองวรรค ได้แก่

มาตรา 276 วรรคแรก เป็นการกำหนดลักษณะของการกระทำที่จะเป็นความผิด

มาตรา 276 วรรคสอง เป็นเหตุในลักษณะฉกรรจ์ที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น²²

โดยมาตรา 276 วรรคสองบัญญัติเพิ่มเติมใหม่ตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 ข้อ 7 วันที่ 21 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2514 และแก้ไขโทษให้นักขึ้นตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 พุทธศักราช 2525²³

²¹คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 6. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 182.

²²สุวัฒน์ ศรีพงษ์สุวรรณ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาเรียงมาตรา (ม.1-ม.398) (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์รุ่งวัฒนา, 2543), หน้า 352.

²³จิตติ ดิงศภิตย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดจิวรัชการพิมพ์, 2543), หน้า 717-718.

สำหรับองค์ประกอบความผิดในส่วนของมาตรา 276 วรรคแรก แยกได้ดังนี้

1.) ช่มชืดกระทำชำเรา

ความหมายของคำว่า "ช่มชืดกระทำชำเรา" นี้มีนักนิติศาสตร์หลายท่านได้ให้ความหมายของคำว่า "ช่มชืดกระทำชำเรา" ไว้ดังตัวอย่างที่จะกล่าวต่อไปนี้

"ช่มชืด" หมายความว่า การร่วมเพศกับผู้หญิงโดยที่หญิงนั้นไม่ยินยอม²⁴

"ช่มชืด" หมายความว่า การใช้กำลังหรือใช้อำนาจบังคับเอา²⁵

"ช่มชืด" หมายความว่า การใช้กำลังบังคับให้มีความสัมพันธ์ในทางเพศต่อบุคคล²⁶

"ช่มชืด" หมายความว่า หญิงมิได้ยินยอมโดยสมัครใจ²⁷

"ช่มชืด" หมายความว่า การกระทำล่วงเสพสังวาสกับหญิงในลักษณะของการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ โดยชายใช้อำนาจกระทำและโดยหญิงไม่สมัครใจ²⁸

"ช่มชืด" หมายความว่า การช่มชืดใจ คือ การกระทำชำเราโดยเขาไม่สมัครใจด้วย "กระทำชำเรา" หมายความว่า การที่ชายร่วมประเวณีกับหญิง²⁹

"ช่มชืด" หมายความว่า การช่มชืดใจหรือได้กระทำชำเราโดยหญิงมิได้สมัครใจ "กระทำชำเรา" หมายความว่า เมื่อของลับของชายล่งล้ำเข้าไปในของลับของหญิงไม่ว่าจะเล็กน้อยเท่าใด ฉะนั้นการที่ผู้กระทำจะสำเร็จความใคร่หรือไม่จึงไม่สำคัญ³⁰

²⁴ถาวร ทศนาญชลี, "เพศกับอาชญากรรม," วารสารสมาคมจิตแพทย์แห่งประเทศไทย 23, ฉบับที่ 3 (กันยายน 2521): 345-353.

²⁵ไพเนตร ธนาภิรุตน์, "กฎหมายช่มชืด: บทบัญญัติที่ควรพิจารณาแก้ไข," สตรีทัศน์ 1, ฉบับที่ 1 (กุมภาพันธ์-เมษายน 2526): 65.

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

²⁷จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 722.

²⁸วินัย ล้าเลิศ, "ช่มชืดกระทำชำเราและการโทรมหญิง," วารสารรวมคำแหง 7, ฉบับที่ 2 (เมษายน 2523): 91.

²⁹สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาด้านความผิดเกี่ยวกับเพศชีวิตและร่างกาย และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง ม. 276 – ม. 333 พร้อมด้วยตัวอย่างและคำพิพากษาฎีกาประกอบ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มิตรสยาม, 2534), หน้า 2.

³⁰หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 167.

"ข่มขืน" หมายความว่า ได้กระทำชำเราโดยหญิงมิได้สมัครใจ กรณีหญิงยินยอมยอมไม่เป็นความผิด แต่ความยินยอมของหญิงวิกลจริตยอมไม่มีผลเป็นความยินยอม สำหรับหญิงที่เมาสุราหรือติดสุราอาจมีปัญหารื่องความยินยอม "กระทำชำเรา" หมายความว่า การทำให้ของลับของชายล่วงล้ำเข้าไปในของลับของหญิง³¹

"ข่มขืน" หมายความว่า ข่มขืนใจ ซึ่งหญิงนั้นมิได้ยินยอมหรือสมัครใจ การข่มขืนอาจกระทำโดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นคนอื่น "กระทำชำเรา" หมายความว่า การที่ชายร่วมประเวณีกับหญิง กล่าวคือ ของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายต้องล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงแล้วไม่ว่าจะล่วงล้ำเข้าไปมากน้อยเพียงใดก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว ส่วนชายจะสำเร็จความใคร่หรือไม่จึงไม่สำคัญ³²

"ข่มขืน" หมายความว่า การที่ชายได้ร่วมประเวณีกับหญิงหรือกระทำชำเราหญิงโดยข่มขืนใจซึ่งหญิงมิได้ยินยอมหรือสมัครใจจะร่วมประเวณีด้วย "กระทำชำเรา" หมายความว่า ของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงแล้วไม่ว่าจะล่วงล้ำเข้าไปมากน้อยเพียงใด ข้อสำคัญให้ล่วงล้ำเข้าไปก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว ส่วนการจะสำเร็จความใคร่ของชายหรือไม่ไม่สำคัญ³³

"ข่มขืน" หมายความว่า การบังคับจิตใจ หรือกระทำโดยหญิงไม่สมัครใจ "กระทำชำเรา" หมายความว่า การที่อวัยวะสืบพันธุ์ของชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงไม่ว่าจะล่วงล้ำเข้าไปมากน้อยเพียงใด ข้อสำคัญให้ล่วงล้ำเข้าไปก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว โดยไม่ต้องคำนึงว่าเยื่อพรหมจารีจะขาดหรือไม่หรือฝ่ายชายจะสำเร็จความใคร่หรือไม่ แม้ล่วงล้ำเข้าไปบางส่วนเพียงเล็กน้อยเยื่อพรหมจารีไม่ขาดหรือชายยังไม่สำเร็จความใคร่ก็ถือว่าสำเร็จความผิดสำเร็จแล้ว³⁴

³¹ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 182.

³² ปริญญา จิตรกรรณที่กิจ, ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2534), หน้า 1.

³³ สุปิ่น พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2-3 ความผิด-ลหุโทษ มาตรา 276 ถึง มาตรา 398 ประกอบด้วยคำพิพากษาฎีกา พ.ศ. 2500 ถึง พ.ศ. 2535 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2537), หน้า 1-2.

³⁴ สุวัฒน์ ศรีพงษ์สุวรรณ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาเรียงมาตรา (ม. 1-ม. 398), หน้า 352.

"กระทำซ้ำเรา" หมายความว่า การร่วมประเวณีตามธรรมชาติ³⁵

"กระทำซ้ำเรา" หมายความว่า การร่วมประเวณีหรือการสอดเสปสัองสัองระหว่างชายและหญิงในลักษณะปกติตามธรรมชาติโดยของลับหรืออวัยวะเพศของชายได้ลัองลัองเข้าไปในของลับหรืออวัยวะเพศของหญิงแล้วไม่ว่าจะลัองลัองเข้าไปมากน้อยเพียงใด ไม่ว่าชายจะสำเร็จความใคร่หรือเยื่อพรหมจารีหญิงจะขาดหรือไม่ไม่สำคัญ ทั้งนี้เพราะการกระทำเรามุ่งพิจารณาว่ามีการลัองลัองทางประเวณีแล้วหรือไม่ ไม่ได้พิจารณาถึงเรื่องการสืบพันธุ์³⁶

"กระทำซ้ำเรา" หมายความว่า การกระทำที่พิสูจน์ได้ว่าอวัยวะเพศชายได้ลัองลัองเข้าไปในช่องคลอดของหญิงแม้จะเข้าไปเพียงเล็กน้อยก็ตาม โดยไม่ต้องคำนึงว่าชายได้สำเร็จความใคร่หรือลัองลัองหรือเยื่อพรหมจารีของหญิงจะฉีกขาดหรือไม่³⁷

"ข่มขืนกระทำซ้ำเรา" หมายความว่า การร่วมประเวณีระหว่างชายและหญิงซึ่งไม่ใช่ภริยาตน โดยที่หญิงนั้นไม่ยินยอมร่วมประเวณีด้วย³⁸

"ข่มขืนกระทำซ้ำเรา" หมายความว่า การมีความสัมพันธ์ทางเพศโดยปราศจากความยินยอมของอีกฝ่ายหนึ่งโดยการบังคับให้มีเพศสัมพันธ์กับอีกบุคคลหนึ่งซึ่งมีอำนาจเหนือกว่าและเป็นผู้ได้เปรียบ³⁹

"ข่มขืนกระทำซ้ำเรา" หมายความว่า การกระทำเยี่ยงปฏิบัติและใช้กำลังของบุคคลหนึ่งกระทำต่ออีกบุคคลหนึ่ง โดยมุ่งประสงค์อำนาจเหนือกว่าด้วยความเลวทรามเป็นการละเมิดและประทุษร้ายต่อร่างกายและชีวิตของบุคคลอื่น⁴⁰

"ข่มขืนกระทำซ้ำเรา" หมายความว่า การร่วมประเวณีกับหญิงซึ่งไม่ใช่ภริยาตน โดยหญิงนั้นไม่ยินยอม ถ้าหญิงยินยอมก็ไม่ถือว่าเป็นการข่มขืนกระทำซ้ำเรา⁴¹

³⁵ กฤตยชญ์ ศิริเชต, กฎหมายอาญา 2 ภาคความผิด (กรุงเทพมหานคร: หนึ่งเจ็ดการพิมพ์, 2525), หน้า 384.

³⁶ Glanville L. Williams, Textbook of criminal law (London: Steven&Son, 1978), p. 196.

³⁷ มารุต บุญภาค, ระวิงท่านจะถูกข้อหาข่มขืน (พระนคร: โรงพิมพ์เจริญธรรม, 2509), หน้า 177.

³⁸ Benjamin Karpman, The sexual offender and his offenses (Washington, D.C.: Julian Press, Inc., Publisher, 1954), p. 12.

³⁹ Nicholas Groth, Men who rape, 3rd ed. (New York: Plenum Press, 1981), p. 3.

⁴⁰ Naomi Golan, Treatment in crisis situation (New York: Collier Macmillan Publisher, 1978), p. 206.

"ข่มขืนกระทำชำเรา" หมายความว่า การบังคับขู่脅เพื่อให้เกิดการร่วมประเวณี โดยปราศจากความยินยอมหรือร่วมประเวณีในภาวะที่หญิงมีอาจขจัดขึ้นได้เป็นการกระทำความผิดต่อ ร่างกายในแง่กฎหมายคือล่วงละเมิดสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิง⁴²

"ข่มขืนกระทำชำเรา" หมายความว่า การพยายามร่วมเพศโดยฝ่ายหญิงไม่ยินยอมอัน เป็นการทำร้ายทางเพศอย่างหนึ่ง⁴³

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าความยินยอมถือเป็นสาระสำคัญของความผิดฐานข่มขืน กระทำชำเราประการหนึ่ง ทั้งนี้เพราะการจะเรียกว่า "ข่มขืน" ได้นั้นต้องเป็นการกระทำที่ปราศจาก ความยินยอม การพิจารณาเรื่องความยินยอมของหญิงนั้นต้องสังเกตจากกริยาวาจาของหญิงและ พฤติกรรมทั้งหลายประกอบกับการสันนิษฐานที่ขาดตามพฤติกรรมการปรากฏ⁴⁴

กล่าวโดยสรุป การข่มขืนกระทำชำเรา คือ การที่ชายร่วมประเวณีกับหญิงซึ่งไม่ใช่ ภริยาของตน โดยปราศจากความยินยอมของหญิงและการร่วมประเวณีนี้โดยวิยะเพศของชายต้องได้ ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงไม่ว่าจะล่วงล้ำเข้าไปมากน้อยเพียงใด ไม่ว่าชายจะสำเร็จ ความใคร่หรือเยื่อพรหมจารีหญิงจะขาดหรือไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 1133/2509 วินิจฉัยว่า จำเลยได้กระทำชำเราผู้เสียหาย ของลับ ของจำเลยได้เข้าไปในของลับผู้เสียหายราว 1 องคุลี เช่นนี้ถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จตาม ความหมายของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 แล้ว การที่ทางพิจารณาไม่ปรากฏว่ามีน้ำอสุจิ

⁴²โครงการศูนย์กฎหมายสิทธิมนุษยชนและสันติศึกษา สาขาวิชานิติศาสตร์มหาวิทยาลัยสุโขทัย ธรรมราช, โครงการเผยแพร่กฎหมายที่น่ารู้สำหรับประชาชน เล่มที่ 2 กฎหมายอาญาที่น่ารู้สำหรับประชาชน (นนทบุรี: นิติศาสตร์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราช, 2538), หน้า 44.

⁴³วิภาภรณ์ คงเจริญ, "แนวทางการปฏิบัติต่อหญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษาในทัศนะของนักวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชาสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์, 2530), หน้า 25-26.

⁴⁴สุวิทนา อารีพรรค, ความผิดปกติทางจิต (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524), หน้า 537.

⁴⁵พระอินทปรีชา (เหยียน เลขะวณิช), คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญาภาค 2 ตอน 2 เล่ม 3 (พระนคร: โรงพิมพ์โลกนิติพจน์ธรรมานการ, 2468), หน้า 1108.

ของจำเลยออกมากอยู่ที่ของลับของผู้เสียหายหรือที่ของลับของจำเลยนั้น เป็นเรื่องสำเร็จความใคร่แล้ว หรือไม่เป็นอีกส่วนหนึ่ง ไม่เป็นเหตุให้เห็นว่าจำเลยกระทำชำเราสำเร็จหรือเป็นเพียงชั้นพยายาม⁴⁵

คำพิพากษาฎีกาที่ 1048/2518 วินิจฉัยว่า การชำเราหญิงของลับของชายต้องล่วงล้ำ เข้าในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง⁴⁶

คำพิพากษาฎีกาที่ 1642/2532 วินิจฉัยว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น เมื่อ อวัยวะเพศของจำเลยได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายแล้ว แม้จำเลยไม่สำเร็จความใคร่ ก็ เป็นความผิดสำเร็จ⁴⁷

คำพิพากษาฎีกาที่ 2759/2532 วินิจฉัยว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น แม้ จำเลยจะไม่พูดหรือมีอาวุธขู่เชิญผู้เสียหาย ถ้าตามพฤติการณ์ผู้เสียหายกลัวจำเลย ตกอยู่ในอำนาจ บังคับของจำเลย ตกอยู่ในภาวะจำยอมไม่กล้าขัดขืน จะถือว่าผู้เสียหายยินยอมไม่ได้ จำเลยจึงต้องมี ความผิด⁴⁸

คำพิพากษาฎีกาที่ 2073/2537 วินิจฉัยว่า จำเลยที่ 1 ร่วมประเวณีกับผู้เสียหายโดย ผู้เสียหายยินยอม จำเลยที่ 1 จึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁴⁹

คำพิพากษาฎีกาที่ 1489/2543 วินิจฉัยว่า จำเลยทั้งสามกับพวกได้ร่วมกันพา ผู้เสียหายไปที่บ้านเกิดเหตุเพื่อกระทำชำเรา จำเลยที่ 3 กระทำชำเราผู้เสียหายโดยผู้เสียหายยินยอม จำเลยที่ 3 จึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁵⁰

⁴⁵คำพิพากษาฎีกา ประจำพุทธศักราช 2509 ตอน 3 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2509), หน้า 1316.

⁴⁶คำพิพากษาฎีกา ประจำพุทธศักราช 2518 ตอน 7 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2518), หน้า 953.

⁴⁷คำพิพากษาฎีกา ประจำพุทธศักราช 2532 ตอน 6 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2532), หน้า 1563.

⁴⁸คำพิพากษาฎีกา ประจำพุทธศักราช 2532 ตอน 7 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2532), หน้า 2035.

⁴⁹คำพิพากษาฎีกา ประจำพุทธศักราช 2537 ตอน 8 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2537), หน้า 1644.

⁵⁰คำพิพากษาฎีกา ประจำพุทธศักราช 2543 เล่ม 3 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2543), หน้า 140.

2.) หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน

ความหมายของคำว่า "หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน" นี้มีนักนิติศาสตร์หลายท่านได้ให้ความหมายของคำว่า "หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน" ไว้ดังตัวอย่างที่จะกล่าวต่อไปนี้

"หญิง" หมายความว่า หญิงที่แท้จริง ซึ่งสามารถคลอดบุตรได้โดยไม่รวมถึงชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง อนึ่งหญิงตามความหมายดังกล่าวต้องเป็นหญิงที่ยังมีชีวิตอยู่ไม่ใช่ศพ การชำเราศพของหญิงไม่เป็นความผิดตามมาตรา⁵¹ ส่วนคำว่า "ภริยา" หมายความว่า ภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ได้จดทะเบียนสมรสถูกต้องตามกฎหมาย แต่ถ้าหากว่าชายหญิงมิได้จดทะเบียนสมรสกัน แม้จะอยู่กินด้วยกันจนมีบุตรแล้วก็ตามก็ไม่ถือว่าเป็นภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย⁵¹

"ภริยา" หมายความว่า ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ความสำคัญผิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ คิดว่าหญิงที่อยู่กินกับตนฉันสามีตลอดมาเป็น "ภริยา" ย่อมถือเป็นข้อแก้ตัวได้ นอกจากนี้ถ้าผู้กระทำสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ตัวอย่างเช่น สำคัญผิดว่าเป็นภริยาของตน เพราะหญิงมานอนอยู่ในมุ้งภริยาของตน ผู้กระทำก็ไม่มีผิดเพราะเป็นความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 59 วรรคสาม⁵²

"ภริยา" หมายความว่า ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย⁵³

"หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน" หมายความว่า ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นการสมรสที่ได้จดทะเบียนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁵⁴

"หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน" หมายความว่า ผู้ถูกกระทำต้องเป็นหญิงเท่านั้นและต้องมีสภาพบุคคลอยู่ในขณะที่ถูกกระทำ "ภริยา" หมายถึง ภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นหากการกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นภริยาของตนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยหญิงไม่ยินยอมก็จะเป็นความผิดในทำนองกลับกันหากการกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของตนแม้หญิงนั้นจะไม่ยินยอมผู้กระทำก็ไม่มีความผิดเพราะความผิดไม่เกิดขึ้น⁵⁵

⁵¹ สุวัฒน์ ศรีพงษ์สุวรรณ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาเรื่องมาตรา (ม.1-ม.398), หน้า 353.

⁵² หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 167-168.

⁵³ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 183.

⁵⁴ วิภาส สระวัณท์, "ข่มขืนกระทำชำเรา," วารสารรวมคำแห่ง 6, ฉบับที่ 1 (มกราคม 2522): 33.

⁵⁵ ปริญญา จิตรการนทีกิจ, ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร, หน้า 4.

"หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน" หมายความว่า ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ฉะนั้นการข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นภริยาแม้จะกระทำการชู้เชียวหรือประทุษร้ายหรือกระทำการอื่นใดตามที่ระบุไว้ก็ย่อมไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่อย่างใด กรณีอาจมีปัญหาว່ว่าหญิงซึ่งเป็นภริยาของชายนั้นได้เสียกันเองและอยู่กินร่วมกันมาโดยเปิดเผยซึ่งประชาชนทราบโดยทั่วไปว่าหญิงนั้นเป็นภริยาของชายแต่มิได้จดทะเบียนสมรสกัน หากวันใดวันหนึ่งหญิงนั้นไม่ยินยอมร่วมประเวณีดังที่เคยอยู่ร่วมกันมา ชายผู้ถือว่าตนเป็นสามีนั้นจึงชู้เชียวหรือประทุษร้ายข่มขืนกระทำชำเราจนสำเร็จจะเป็นความผิดหรือไม่ ในกรณีเช่นนี้เห็นว่าการกระทำของชายน่าจะไม่ใช่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพราะการอยู่ร่วมกันโดยเปิดเผยคนทั่วไปก็ทราบว่าหญิงเป็นภริยาชายและการร่วมประเวณีกันมาก็เป็นความยินยอมของหญิง การจดทะเบียนสมรสเป็นเพียงการรับรองของกฎหมายก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ในทางแพ่งเท่านั้นแต่โดยพฤตินัยแล้วย่อมปฏิเสธไม่ได้ การที่ชายข่มขืนกระทำชำเราก็โดยถือว่าหญิงนั้นเป็นภริยาของตนโดยสุจริตเพราะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยความยินยอมตลอดมาจึงได้กระทำเช่นนั้น นับว่าการกระทำของชายผู้ถือว่าตนเป็นสามีนั้นสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 59 วรรคสามและมาตรา 62 แห่งประมวลกฎหมายอาญา จึงเป็นการขาดเจตนาไป⁵⁶

"หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน" หมายความว่า หญิงอื่นที่มิใช่เป็นภริยาของผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนเองแม้หญิงจะไม่ยินยอมสามีก็ไม่ใช่ความผิดตามมาตรา⁵⁷

กล่าวโดยสรุป คำว่า "หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน" หมายความว่า ผู้กระทำต้องกระทำชำเราต่อหญิง หากเป็นการกระทำกับเพศเดียวกันจะไม่ใช่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁵⁸ และหญิงนั้นต้องมีภริยาของผู้กระทำชำเรา นอกจากนี้เมื่อบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ได้บัญญัติโดยใช้คำว่า "ภริยา" และมีได้ให้คำนิยามไว้ต่างหากย่อมต้องถือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ หมายความว่าถึงภริยาซึ่งได้จดทะเบียนสมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย⁵⁹

⁵⁶สุปิ่น พูลพัฒน์ คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2-3 ความผิด-ลหุโทษ มาตรา 276 ถึง มาตรา 398 ประกอบด้วยคำพิพากษาฎีกา พ.ศ. 2500 ถึง พ.ศ. 2535. หน้า 3-4.

⁵⁷สุวัณชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว່ด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศชีวิตและร่างกาย และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง ม. 276 – ม. 333 พร้อมด้วยตัวอย่างและคำพิพากษาฎีกาประกอบ. หน้า 5-6.

⁵⁸กิตติศักดิ์ ปรกติ, "ตำนานรักร่วมเพศ," วารสารนิติศาสตร์ 13, ฉบับที่ 2 (2526): 119.

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

3.) โดยขู่เชิญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น

(1) ความหมายของคำว่า "โดยขู่เชิญด้วยประการใด ๆ" นี้มีนักนิติศาสตร์หลายท่านได้ให้ความหมายของคำว่า "โดยขู่เชิญด้วยประการใด ๆ" ไว้ดังตัวอย่างที่จะกล่าวต่อไปนี้

"โดยขู่เชิญด้วยประการใด ๆ" คำว่า "ขู่เชิญ" หมายความว่า การแสดงว่าจะทำให้ผู้ถูกขู่เชิญเป็นอันตราย การขู่เชิญตามมาตรานี้ไม่จำกัดเฉพาะขู่ว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายจึงหมายความว่ารวมถึงอันตรายทั้งปวงซึ่งผู้กระทำการขู่แสดงว่าจะทำให้เกิดแก่ผู้ถูกขู่เชิญและผู้ถูกขู่เชิญกลัวว่าจะถูกกระทำให้เป็นอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน สิทธิ สถานะในสังคม หรือฐานะทางเศรษฐกิจก็ได้ กฎหมายมิได้จำกัดว่าผู้ที่ถูกขู่ว่าจะได้รับอันตรายจะต้องเป็นตัวหญิงนั่นเอง⁶⁰

"โดยขู่เชิญด้วยประการใด ๆ" คำว่า "ขู่เชิญ" หมายความว่า ทำให้กลัวว่าจะได้รับอันตรายในอนาคต ซึ่งอาจเป็นการกระทำต่อหญิงนั่นเองหรือต่อผู้อื่นซึ่งเกี่ยวข้องกับหญิงนั้น ตัวอย่างเช่น ขู่ว่าจะฆาตกรรมของหญิง นอกจากนี้อาจเป็นการขู่ที่จะกระทำต่อทรัพย์สิน ตัวอย่างเช่น ขู่ว่าจะเอาไฟจุดเผาบ้านของหญิงหรือบิดาของหญิงก็ได้⁶¹

"โดยขู่เชิญด้วยประการใด ๆ" มิได้จำกัดเฉพาะการขู่เชิญต่อหญิงนั้นโดยตรงแต่อย่างเดียว อาจจะเป็นการขู่เชิญอย่างอื่นด้วย การขู่เชิญนี้อาจจะกระทำด้วยวาจาหรือกิริยาก็ได้⁶²

"โดยขู่เชิญด้วยประการใด ๆ" การขู่เชิญนี้จะกระทำในทางวาจาหรือทางร่างกายก็ได้ และไม่จำกัดเพียงจะทำร้ายร่างกายหญิงเท่านั้น อาจจะเป็นการขู่ว่าจะเปิดเผยความลับของหญิงก็ได้ ซึ่งเป็นการกระทำแก่หญิงนั้นโดยตรงหรือจะกระทำต่อบุคคลอื่นซึ่งเกี่ยวข้องกับหญิงนั้นก็ได้ นอกจากนี้ก็จะกระทำต่อทรัพย์สินก็ได้ การขู่เชิญด้วยประการใด ๆ นี้จะกระทำโดยมีอาวุธหรือไม่ก็ได้⁶³

"โดยขู่เชิญด้วยประการใด ๆ" คำว่า "ขู่เชิญ" หมายความว่า ทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายในขณะนั้นหรือในอนาคต การขู่เชิญตามมาตรานี้ไม่จำกัดเฉพาะขู่ว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายเท่านั้น แต่หมายความว่ารวมถึงอันตรายทั้งปวงซึ่งผู้กระทำการขู่เชิญแสดงว่าจะทำให้เกิดแก่ผู้ถูกขู่เชิญ

⁶⁰จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 723.

⁶¹หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 167.

⁶²สุปิ่น พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2-3 ความผิด-ลหุโทษ มาตรา 276 ถึง มาตรา 398 ประกอบด้วยคำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ. 2500 ถึง พ.ศ. 2535, หน้า 4.

⁶³สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ชีวิตและร่างกาย และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง ม. 276 - ม. 333 พร้อมด้วยตัวอย่างและคำพิพากษาศาลฎีกาประกอบ, หน้า 3.

และผู้ถูกขู่เชื่อกลัวว่าจะถูกระทำให้เป็นอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน สิทธิฐานะในสังคม หรือฐานะทางเศรษฐกิจก็ได้⁶⁴

"โดยขู่เชื่อกด้วยประการใดๆ" ไม่ต้องเป็นไปในลักษณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ เพราะแม้ขู่เชื่อกว่าจะทำการอันชอบด้วยกฎหมายอื่นมิใช่เป็นการใช้สิทธิตามปกตินิยมจนเป็นเหตุให้หญิงกลัวถึงขนาดยินยอมให้กระทำชำเราโดยไม่สมัครใจถือเป็นการขู่เชื่อกด้วยประการใดๆ ตามความหมายนี้แล้ว⁶⁵

คำพิพากษาฎีกาที่ 728/2540 วินิจฉัยว่า จำเลยที่สองและผู้เสียหายรู้จักกันมาก่อน จำเลยทั้งสองชวนผู้เสียหายไปรับประทานอาหารด้วย ความสนิทคุ้นเคยกันเช่นนี้เป็นธรรมดาที่ผู้เสียหายจะเชื่อและไว้วางใจจำเลยที่ 2 ไม่คิดว่าจะถูกจำเลยที่ 2 พาไปชมขึ้นกระทำชำเรา เมื่อผู้เสียหายนั่งซ้อนท้ายรถจักรยานยนต์ไปจึงยังไม่รู้และไม่ได้อธิบายขอความช่วยเหลือ และเมื่อไปถึงบริเวณทุ่งนาที่เปลี่ยว จำเลยที่ 2 ทำร้ายร่างกายผู้เสียหายโดยตบหน้าผู้เสียหาย และพูดว่าถ้าไม่ยอมให้ร่วมประเวณีก็จะพาเพื่อนอีก 10 คนมาร่วมกันชมขึ้น ผู้เสียหายจึงเกิดความกลัวไม่กล้าขัดขืนและร้องขอความช่วยเหลือ และหากผู้เสียหายยินยอมจริงแล้วก็ไม่มีเหตุผลใดที่ทันทีที่พบบิดาผู้เสียหายผู้เสียหายเล่าเรื่องให้บิดาฟังและพาบิดาไปตามหาจำเลยที่ 2 จนพบและแจ้งเจ้าหน้าที่ตำรวจจับจำเลยที่ 2 จำเลยทั้งสองมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁶⁶

คำพิพากษาฎีกาที่ 6868/2542 วินิจฉัยว่า โจทก์ถูกจำเลยกับพวกใช้กำลังบังคับขู่เชื่อกให้จำต้องนั่งรถยนต์ไปกับจำเลยจากจังหวัดสมุทรปราการไปยังจังหวัดฉะเชิงเทรา โดยมีจำเลยกับพวกอย่างน้อย 2 คนคอยควบคุมตัวไว้มิให้หลบหนี ทั้งยังถูกจำเลยข่มขืนกระทำชำเราระหว่างพักที่บ้านญาติจำเลยด้วย โจทก์ซึ่งเป็นหญิงคนเดียวอยู่ในกลุ่มพวกจำเลยย่อมต้องเกรงกลัว การบังคับและคำขู่ของจำเลยที่ว่าจะไม่พาโจทก์กลับบ้านจะทำร้ายร่างกายและพาโจทก์ไปอยู่ในป่าอันเป็นการทำให้หญิงกลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อร่างกายและเสรีภาพของตน จำเลยผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁶⁷

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

⁶⁵ J.C. Smith and Brian Hogan, Criminal law, 4th ed. (London: Butterworths, 1978), pp. 408-409.

⁶⁶ คำพิพากษาฎีกา ประจำพุทธศักราช 2540 เล่ม 3 (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดอรุณการพิมพ์, 2540), หน้า 155.

⁶⁷ คำพิพากษาฎีกา ประจำพุทธศักราช 2542 เล่ม 11 (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดอรุณการพิมพ์, 2542), หน้า 99.

(2) ความหมายของคำว่า "โดยใช้กำลังประทุษร้าย" นี้มีนักนิติศาสตร์หลายท่านได้ให้ความหมายของคำว่า "โดยใช้กำลังประทุษร้าย" ไว้ ดังตัวอย่างที่จะกล่าวต่อไปนี้

"โดยใช้กำลังประทุษร้าย" เป็นการกระทำอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ตัวอย่างเช่น ใช้กำลังจับแขนขาของหญิงแล้วกระทำชำเรา ไม่รวมถึงกระทำแก่เสรีภาพชื่อเสียงหรือทรัพย์สินซึ่งอาจทำให้เป็นความผิดได้ ในลักษณะที่เป็นการขู่เชิญว่าจะทำอันตรายต่อสิ่งเหล่านั้น ตัวอย่างเช่น กักขังหญิงไว้เป็นการขู่ว่าจะทำอันตรายต่อเสรีภาพอยู่ต่อไปตลอดเวลาที่ยังไม่ปล่อยหญิงเป็นอิสระ⁶⁸

"โดยใช้กำลังประทุษร้าย" มีความหมายตามบทนิยามในมาตรา 1 (6) คือทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคลไม่ว่าจะทำด้วยแรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ไม่ว่าจะโดยทำให้มีเมาสะกดจิตหรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน⁶⁹

"โดยใช้กำลังประทุษร้าย" หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคลไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ไม่ว่าจะโดยให้ยาทำให้มีเมาสะกดจิตหรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน⁷⁰

(3) ความหมายของคำว่า "โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้" นี้มีนักนิติศาสตร์หลายท่านได้ให้ความหมายของคำว่า "โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้" ไว้ ดังตัวอย่างที่จะกล่าวต่อไปนี้

"โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้" หมายความว่า การที่หญิงจำยอมประการหนึ่งอันมิใช่โดยสมัครใจ ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้นี้จะเกิดขึ้นเองหรือผู้ใดกระทำไม่สำคัญ มีความหมายกว้างกว่าภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ในการใช้กำลังประทุษร้ายตามมาตรา 1 (6)

⁶⁸จิตติ ติงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 723-724.

⁶⁹สุปัน พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2-3 ความผิด-ลหุโทษ มาตรา 276 ถึง มาตรา 398 ประกอบด้วยคำพิพากษาฎีกา พ.ศ. 2500 ถึง พ.ศ. 2535, หน้า 4.

⁷⁰สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศชีวิตและร่างกาย และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง ม. 276 – ม. 333 พร้อมด้วยตัวอย่างและคำพิพากษาฎีกาประกอบ, หน้า 3.

แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งผู้กระทำเป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้นโดยใช้ยาทำให้มีเมฆะกะตจิต แม้จะใช้วิธีอื่นใดก็ต้องเป็นวิธีอันคล้ายคลึงกัน⁷¹

"โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้" หมายความว่า กรณีที่อาจเป็นภาวะที่หญิงมีอยู่ก่อนกระทำการ ตัวอย่างเช่น เป็นโรคมีร่างกายอ่อนเพลียอยู่แล้ว หรือผู้กระทำเป็นฝ่ายทำให้เกิดภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้ขึ้น ตัวอย่างเช่น วางยาสลบหญิงหรือหลอกหญิงคนใช้ให้สำคัญผิดว่ากระทำชำเราเป็นการปฏิบัติทางแพทย์⁷²

"โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้" นั้น คำว่า "ภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้" นี้ หมายความว่า ไม่เพียงแต่กรณีที่หญิงนั้นปราศจากเจตจำนงโดยสิ้นเชิง ตัวอย่างเช่น เนื่องจากช็อกหรืออ่อนเพลียจนหมดกำลัง หรือการที่หญิงไม่สามารถจะแสดงเจตจำนงออกมาได้ ตัวอย่างเช่น เนื่องจากพูดไม่ได้ แต่หมายถึงกรณีที่หญิงนั้นไม่สามารถที่จะยืนยันเจตจำนงได้ด้วย ตัวอย่างเช่น เนื่องจากถูกผูกมัด และหมายความรวมถึงกรณีที่หญิงวิกลจริตหรือปัญญาอ่อนด้วยถ้าหญิงนั้นไม่รู้ความหมายของการร่วมประเวณี⁷³

"โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้" คำว่า "ภาวะ" หมายความว่า สภาพในขณะที่ถูกข่มขืนนั้น หญิงไม่สามารถจะขัดขึ้นดิ้นรนต่อสู้ได้ ทั้งนี้ต้องแล้วแต่ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป⁷⁴

"โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้" หมายความว่า การกระทำชำเราหญิงในขณะที่หญิงตกอยู่ในสภาพที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้ กล่าวคือ ถ้าหญิงรู้สึกตัวหญิงนั้นก็ย่อมไม่ยอมให้กระทำชำเรา⁷⁵

"โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้" หมายความว่า ในขณะที่ข่มขืนกระทำชำเรานั้นหญิงอยู่ในสภาพที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้ หรืออยู่ในลักษณะจำยอมโดยหญิงไม่สมัครใจ ภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้นั้นอาจเป็นภาวะที่หญิงมีอยู่ก่อนที่ชายจะกระทำชำเราก็ได้⁷⁶

⁷¹จิตติ ดิงศกัทธิย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 724-725.

⁷²หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 167.

⁷³คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 183.

⁷⁴สุบิน พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2-3 ความผิด-ลหุโทษ มาตรา 276 ถึง มาตรา 398 ประกอบด้วยคำพิพากษาฎีกา พ.ศ. 2500 ถึง พ.ศ. 2535, หน้า 4.

⁷⁵สุวัฒน์ ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศชีวิตและร่างกาย และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง ม. 276 – ม. 333 พร้อมด้วยตัวอย่างและคำพิพากษาฎีกาประกอบ, หน้า 3.

⁷⁶สุวัฒน์ ศรีพงษ์สุวรรณ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาเรียงมาตรา (ม.1-ม.398), หน้า 353.

"โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้" หมายความว่ารวมถึงการที่ชายใช้ยาทำให้หญิงสลบหรือมีเมามาจนหญิงช่วยตัวเองไม่ได้ ตัวอย่างเช่น ใช้ยากล่อมประสาทหรือมอมเมาจนหญิงไม่ได้สติ⁷⁷

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2382/2522 วินิจฉัยว่า ข้าเราหญิงขณะเมาสุราหมดสติอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276⁷⁸

(4) ความหมายของคำว่า "โดยทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น" นี้มีนักนิติศาสตร์หลายท่านได้ให้ความหมายของคำว่า "โดยทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น" ไว้ดังตัวอย่างที่จะกล่าวต่อไปนี้

"โดยทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น" หมายความว่า การสำคัญผิดในตัวบุคคลเป็นคนละคนต่างกันไปไม่ใช่คุณสมบัติของบุคคลผู้นั้นเอง⁷⁹

"โดยทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น" ตัวอย่างเช่น หญิงเข้าใจว่าเป็นสามีหรือคู่รักจึงยอมให้กระทำชำเรา⁸⁰

"โดยทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น" หมายความว่า ทำให้หญิงเข้าใจว่าเป็นบุคคลที่หญิงสมัครใจหรือยินยอมให้ร่วมประเวณีด้วย⁸¹

"โดยทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น" หมายความว่า ทำให้หญิงสำคัญผิดในตัวบุคคล กล่าวคือ ทำให้หญิงเข้าใจว่าเป็นสามีหรือคู่รักจึงยอมให้กระทำชำเรา⁸²

⁷⁷J. C. Smith and Brian Hogan, *Criminal law*, p. 409.

⁷⁸คำพิพากษาศาลฎีกา ประจำพุทธศักราช 2522 ตอน 11 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2522), หน้า 1914.

⁷⁹จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 725.

⁸⁰หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 167.

⁸¹สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ชีวิตและร่างกาย และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง ม. 276 – ม. 333 พร้อมด้วยตัวอย่างและคำพิพากษาศาลฎีกาประกอบ, หน้า 4.

⁸²สุวัฒน์ ศรีพงษ์สุวรรณ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาเรียงมาตรา (ม.1-ม.398), หน้า 353.

4.) เจตนา

เจตนา หมายความว่า กระทำโดยรู้สำนึกในการกระทำและในขณะที่เดียวกันผู้กระทำ ประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นด้วย⁸³ ดังนั้นผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราต้องมีเจตนาตามมาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาที่จะข่มขืนกระทำชำเราหญิงโดยที่ผู้กระทำรู้ว่าหญิงนั้นมีได้ยินยอมหรือสมัครใจที่จะร่วมประเวณีกับตน

กล่าวโดยสรุปจากองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญานี้เป็นกรณีที่ผู้เสียหายต้องเป็นหญิงซึ่งไม่ใช่ภริยาของผู้กระทำ ดังนั้นจึงเกิดประเด็นปัญหาที่ว่า หากสามีใช้กำลังร่วมประเวณีกับภริยาของตน หากอาจลงโทษสามีฐานข่มขืนกระทำชำเรา

3.1.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการแยกกันอยู่ระหว่างสามีและภริยา

หลักกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยามาตรา 1461 วรรคแรก บัญญัติว่า "สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา" กล่าวคือ ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาในอันที่จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1461 ย่อมจะต้องมีประเด็นทางเพศสัมพันธ์หรือการร่วมประเวณีกันระหว่างสามีภริยาเป็นสาระสำคัญ

ความหมายของการมีเพศสัมพันธ์หรือร่วมประเวณี หมายความว่า ความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างหญิงชายและบทบาทของความเป็นหญิงและชายในกระบวนการของความสัมพันธ์ทางเพศ หรืออาจกล่าวได้ว่า ความสัมพันธ์ทางเพศ หมายความว่า การที่ชายหญิงมีปฏิสัมพันธ์หรือการร่วมกันแสดงกิจกรรมเพื่อตอบสนองความต้องการทางด้านชีวภาพ ความสัมพันธ์ทางเพศเป็นองค์ประกอบหนึ่งที่มีความสำคัญมากต่อชีวิตสมรส ดังนั้นการอยู่ร่วมกันของสามีภริยาย่อมต้องมี

⁸³คมกริช วัฒนเสถียร, ประมวลกฎหมายอาญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์บัณฑิตไทย, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), หน้า 34.

ความสัมพันธ์ทางเพศต่อกันอันเป็นจุดประสงค์หนึ่งของการสมรส ความสัมพันธ์ทางเพศนั้นขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการ ตัวอย่างเช่น ความต้องการทางเพศ ความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องเพศ เวลาที่มีให้แก่กันในเรื่องเพศ ซึ่งสามีภริยาอาจมีความกลมกลืนหรือขัดแย้งกันได้ หากสามีภริยาขัดแย้งกันย่อมจะนำมาซึ่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา ในกรณีนี้ทั้งสามีและภริยาควรปรับตัวเข้าหากันเพื่อแก้ไขปัญหาข้อขัดแย้งให้ลดน้อยลง อีกทั้งยังช่วยให้สามีและภริยามีสัมพันธภาพที่ดีต่อกัน แต่หากสามีภริยาปรับตัวเข้าหากันไม่ได้หรือละเลยต่อปัญหาต่างๆ อาจนำมาซึ่งปัญหาสัมพันธภาพในครอบครัวได้ทั้งสิ้น

อนึ่ง ความต้องการและความพึงพอใจทางเพศของชายและหญิงส่วนใหญ่ได้รับอิทธิพลจากกระบวนการขัดเกลาทางสังคม⁸⁴ แต่อย่างไรก็ตามทั้งชายและหญิงจะถูกคาดหวังจากสังคมให้มีความพึงพอใจทางเพศแตกต่างกันออกไป กล่าวคือ สังคมถือว่าเพศหญิงเป็นเพศที่มีความต้องการทางเพศต่ำกว่าเพศชาย ดังนั้นหญิงจึงไม่อาจมีหรือไม่ควรมีความต้องการและความพึงพอใจทางเพศ หญิงอาจถูกอบรมให้รู้สึกผิดและวิตกเมื่อตนเกิดความต้องการทางเพศหรือมีความพึงพอใจทางเพศ ชายอาจถูกขัดเกลาให้รู้สึกว่าความต้องการทางเพศเป็นเรื่องของธรรมชาติ เมื่อเกิดขึ้นจำเป็นต้องแสวงหาการตอบสนองความต้องการทางเพศ โดยมองว่าหญิงเป็นผู้มีหน้าที่ในการตอบสนองความต้องการทางเพศของฝ่ายชาย⁸⁵ การขัดเกลาทางสังคมดังที่กล่าวมานี้เป็นเรื่องของความไม่เท่าเทียมกันในการใช้อำนาจอันเป็นประเด็นที่มีความสำคัญมากต่อความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา⁸⁶

สำหรับประเด็นปัญหากรณีสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ ประมวลกฎหมายหมายอาญาที่ใช้บังคับในปัจจุบันไม่ถือว่าสามีมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยา ทั้งนี้เพราะถ้อยคำที่ใช้ในการบัญญัติกฎหมายมาตรา 276 ใช้ว่า "ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งไม่ใช่ภริยาของตน..." ดังนั้นการที่สามีกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่โดยปราศจากความยินยอมของภริยา สามีไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน ทั้งนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายอาญาที่ว่า "ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย" ซึ่งหลักกฎหมายอาญา

⁸⁴ จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย, "ทำไมต้องข่มขืน." วารสารสังคมศาสตร์ 32, ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2545): 146-147.

⁸⁵ Dixon-Mueller, Ruth, "The sexuality connection in reproductive health," Studies in Family Planning 24, No. 5 (1993): 269-283.

⁸⁶ Michel Foucault, Power knowledge: Selected interviews and other writings 1972-1977, trans. Colin Gordon, et al. (New York: Pantheon Books, 1980), pp. 78-96.

ดังกล่าวนี้เรียกขานกันในภาษาลาตินว่า "nullum crimen, nulla poena, sine lege" แปลเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า "no crime nor punishment without law" หรือ "principle of legality"⁸⁷ ซึ่ง Anselm von Feuerbach นักกฎหมายอาญาชาวเยอรมันได้วางหลักกฎหมายอาญานี้ไว้เป็นครั้งแรกในหนังสือกฎหมายอาญาของเขาที่เขียนขึ้นเมื่อปีคริสต์ศักราช 1801 และในปัจจุบันหลักกฎหมายอาญานี้ถือเป็นหลักสากล⁸⁸ หลักกฎหมายดังกล่าวนี้เป็นหลักกฎหมายที่อธิบายถึงการกำหนดความผิดทางอาญาต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ทั้งการกระทำที่กฎหมายถือว่าเป็นความผิดและโทษที่จะพึงมีสำหรับการกระทำผิดต่อกฎหมายนั้น⁸⁹ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เฉพาะ "กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ" เท่านั้นที่สามารถกำหนดว่า การกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่เป็น ความผิดอาญาได้ (nullum crimen sine lege) และเฉพาะ "กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ" เท่านั้นเช่นกันที่สามารถกำหนดโทษสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งได้ (nulla poena sine lege) และ ทั้งสองประการที่กล่าวมานี้ต้องมีอยู่แล้วก่อนการกระทำนั้น⁹⁰ จึงถือได้ว่าหลักกฎหมายที่ว่า "ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย" เป็นหลักที่ตรงข้ามกับ "คำสั่งที่ไร้กฎเกณฑ์"⁹¹

โดยหลักกฎหมายที่ว่า "ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย" ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 32

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 บัญญัติว่า "บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

ถ้าตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดต่อไป ให้ผู้ที่ได้กระทำการนั้นพ้นจากการเป็นผู้กระทำความผิด และถ้าได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษแล้ว ก็ให้ถือว่าผู้นั้นไม่เคยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดนั้น ถ้ารับโทษอยู่ก็ให้การลงโทษนั้นสิ้นสุด"

⁸⁷เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 14.

⁸⁸คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 45.

⁸⁹จิตติ ติงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทกรุงสยามพริ้นติ้งกรุ๊ป จำกัด, 2536), หน้า 31.

⁹⁰คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 46.

⁹¹Jerome Hall, General principles of criminal law, 2nd ed. (New York: Bobbs-Merrill, 1960), p. 28.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 32 บัญญัติว่า "บุคคล จะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็น ความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้"

กล่าวโดยสรุปจากหลักกฎหมายที่ว่า "ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย" นี้ ส่งผลให้การตีความกฎหมายที่บัญญัติความผิดและโทษอาญานั้นต้องตีความโดยเคร่งครัด⁹² กล่าวคือ กฎหมายที่บัญญัติความผิดต้องบัญญัติโดยชัดแจ้งว่าการกระทำใดเป็นความผิด การตีความกฎหมาย นั้นจึงต้องพิจารณาตามตัวอักษรจะขยายความในตีบทกฎหมายออกไปถึงกรณีที่ไม่ระบุไว้ให้ชัดว่า เป็นความผิดด้วยย่อมไม่อาจทำได้⁹³

จากหลักกฎหมาย "ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย" พิจารณาประกอบกับ ประเด็นปัญหากรณีสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ได้ว่า การกระทำ ดังกล่าวของสามีไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ทั้งนี้เพราะกฎหมายอาญามีได้บัญญัติว่า การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด สามีจึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามี ภริยาแยกกันอยู่

การที่กฎหมายอาญาของประเทศไทยไม่บัญญัติว่ากรณีสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยา ในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากจารีตประเพณีที่สังคม ยอมรับว่าการสมรสเป็นการแสดงออกซึ่งความยินยอมของภริยาที่จะร่วมประเวณีหรือมีเพศสัมพันธ์ กับชายผู้เป็นสามี ทั้งนี้เพราะการสมรสของชายและหญิง คือ การประกาศให้สังคมรับรู้และยอมรับ การใช้ชีวิตร่วมกันระหว่างชายหญิงอันก่อให้เกิดสถานภาพความเป็นสามีภริยา ความสัมพันธ์ทางเพศ และความสัมพันธ์ทางกฎหมาย⁹⁴ หรืออาจกล่าวได้ว่า การสมรสระหว่างชายหญิงเป็นการสนองตอบ ความต้องการทางเพศที่ถูกต้องตามครรลองคลองธรรม ดังนั้นสังคมจึงยอมรับการมีเพศสัมพันธ์ ระหว่างสามี ภริยาว่าเป็นสิ่งที่เหมาะสมอย่างยิ่งแล้ว⁹⁵ นอกจากนี้ประเทศไทยยังรับอิทธิพล

⁹²จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 31.

⁹³เรื่องเดียวกัน, หน้า 39.

⁹⁴ยศ สันตสมบัติ, มนุษย์กับวัฒนธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 118.

⁹⁵ก่อ สวัสดิพานิชย์, ความสัมพันธ์ในครอบครัว (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2519), หน้า 126.

แนวความคิดจากหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ว่า "สามีมีสิทธิที่จะร่วมประเวณีกับภริยาของตนได้ แม้จะเป็นไปโดยฉันทใจภริยากก็ตาม โดยไม่ถือว่าสามีมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา" และหลักการที่ว่าด้วย "ภูมิคุ้มกันของสามีที่ทำให้สามีได้รับการยกเว้นมิให้ต้องรับผิดในทางอาญากรณีข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน (marital rape exemption)" กล่าวคือ สามีไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน

อนึ่ง ทฤษฎีที่มีความเกี่ยวข้องกับหลักการที่ว่าด้วย "ภูมิคุ้มกันของสามีที่ทำให้สามีได้รับการยกเว้นมิให้ต้องรับผิดในทางอาญาในการข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน (marital rape exemption)" คือ "ทฤษฎีที่ว่าด้วยความเป็นหนึ่งเดียว" อันเป็นการใช้สนับสนุนความบริสุทธิ์ของผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราหญิงภริยาของตน "ทฤษฎีที่ว่าด้วยความเป็นหนึ่งเดียว" เริ่มต้นจากหลักการที่เกี่ยวข้องกับความเป็นหนึ่งเดียวกันของสามีภริยา Sir William Blackstone ได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ความเป็นหนึ่งเดียวไว้อย่างชัดเจนในหนังสือว่า "การสมรสก่อให้เกิดผลที่ว่าสามีและภริยา กลายเป็นบุคคลคนเดียวกันภายใต้กฎหมาย การมีชีวิตตามกฎหมายของผู้เป็นภริยาได้หยุดลง ขณะหญิงมีสถานภาพสมรสโดยสถานภาพของหญิงภริยาจะรวมเข้ากับสามีของตน"⁹⁶ ทฤษฎีนี้ทำให้สามีมีอำนาจเหนือภริยา สามีเป็นผู้ปกครองที่มีสิทธิจัดการกิจการทุกอย่างภายในครอบครัว กล่าวคือ ผู้ที่มีอำนาจสูงสุดในครอบครัวคือสามี ส่วนภริยาจะถูกจำกัดอิสรภาพโดยกฎหมายทุกประการ สิทธิใดๆ ที่หญิงมีก่อนทำการสมรสจะถูกจำกัดไปโดยกลายเป็นสิทธิของสามี ดังนั้นในทางกฎหมาย ภริยาจึงถือเป็นบุคคลไม่มีตัวตนไม่อาจมีอำนาจ หรือไม่อาจเรียกร้องใดๆ ได้⁹⁷

จากหลักเกณฑ์ของ "ทฤษฎีที่ว่าด้วยความเป็นหนึ่งเดียว" และแนวความคิดของหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ได้ให้ข้อสันนิษฐานที่ว่า สามีและภரியานั้นจะเป็นหนึ่งเดียวกันเสมอเมื่อสมรส ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ของ "ทฤษฎีที่ว่าด้วยความเป็นหนึ่งเดียว" และแนวความคิดของหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ได้สนับสนุนหลักการที่ว่าด้วย "ภูมิคุ้มกันของสามีที่ทำให้สามีได้รับการยกเว้นมิให้ต้องรับผิดในทางอาญากรณีข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน (marital rape exemption)" อย่างเต็มที่ และยังสนับสนุนแนวคิดที่ว่า "ภริยาจะกลายเป็นทรัพย์สินของสามีเมื่อได้ทำการสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย"

⁹⁶United States V. Yazell

⁹⁷Epper, Amey, "Battered women and the equal protection clause: Will the constution help them when the police won't?," *The Yale Law Journal* 95 (March 1986): 291.

เมื่อสามีถือเสมือนว่าตนเป็น "เจ้าของ" ภริยา กฎหมายที่บัญญัติขึ้นจึงเป็นการคุ้มครองสิทธิของชายค่อนข้างเบ็ดเสร็จ ดังจะเห็นได้จากการที่กฎหมายบัญญัติให้สิทธิแก่สามีสามารถขายภริยาได้และมีสิทธิจะบังคับให้ภริยาร่วมประเวณีด้วย⁹⁸ อันจะนำมาซึ่งการกระทำที่เป็นปฏิบัติต่อหญิงภริยาอย่างมาก เนื่องจากสามีมีโอกาสใช้อำนาจเหนือภริยาโดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายที่ได้บัญญัติเรื่องของอำนาจเหนือภริยานี้ให้กลายเป็นอำนาจที่ชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งการที่กฎหมายไม่มีสภาพบังคับให้สามีต้องรับผิดชอบช้ขึ้นกระทำชำเราหญิงภริยาของตน คำกล่าวที่ว่า "สามีไม่สามารถกระทำความผิดฐานช้ขึ้นกระทำชำเราหญิงซึ่งเป็นภริยาของตนได้" จึงนับว่าเป็นคำกล่าวที่ถูกต้องแล้ว ผลที่ตามมาคือ หากภริยาฟ้องร้องดำเนินคดีกับสามีของตนในข้อหาว่าสามีได้กระทำความผิดฐานช้ขึ้นกระทำชำเราภริยาจะเป็นกรณีที่ภริยากล่าวเท็จ ดังนั้นภริยาจึงไม่สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับสามีของตนฐานช้ขึ้นกระทำชำเราได้⁹⁹

การที่ประเทศไทยได้รับอิทธิพลแนวความคิดดังกล่าวข้างต้นนี้ส่งผลให้ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยมาตรา 276 วางหลักกฎหมายให้ความผิดฐานช้ขึ้นกระทำชำเราเป็นการช้ขึ้นกระทำชำเราต่อหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่นโดยเจตนา¹⁰⁰ กล่าวคือ หากภริยาปฏิเสธไม่ยอมให้สามีร่วมประเวณีด้วยแล้วสามีใช้กำลังบังคับภริยาสามีไม่มีความผิดฐานช้ขึ้นกระทำชำเรา ทั้งนี้เพราะประมวลกฎหมายอาญาไม่คำนึงถึงสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของภริยาในทางตรงข้ามกลับให้สิทธิสามีที่จะกระทำละเมิดต่อภริยา โดยระบุว่าความผิดฐานช้ขึ้นกระทำชำเรานั้นเป็นความผิดที่ชายกระทำต่อหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนเท่านั้น จึงเห็นได้ว่ากฎหมายมุ่งที่จะให้ภริยามีหน้าที่สนองตอบทางเพศต่อสามีเสมอ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงอำนาจที่จะ

⁹⁸สถาบันกฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเซนต์จอห์น สมาคมบัณฑิตสตรีทางกฎหมายแห่งประเทศไทยในพระบรมราชินูปถัมภ์, กระบวนการยุติธรรมกับความรุนแรงที่เกิดแก่ผู้หญิง: รายงานการสัมมนาทางวิชาการในโครงการเวทีความคิดเพื่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรมไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สถาบันกฎหมายอาญา, 2543), หน้า 57.

⁹⁹Carol Gilligan, In a different voice: Psychological theory and women's development, (Cambridge: Harvard University Press, 1982), p. 173

¹⁰⁰คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 182.

ควบคุมผู้หญิงและเคยมีการอ้างเอาเหตุว่า ภริยาปฏิเสธไม่ยอมให้สามีร่วมประเวณีเป็นการทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภริยาอย่างร้ายแรงจนเป็นเหตุฟ้องหย่า¹⁰¹

อนึ่ง สามีภริยาในที่นี้หมายถึงความเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ต้องเป็นสามีภริยาที่สมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นหากเป็นการช่มชื่นกระทำชำเราภริยาที่มีชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น สามีภริยาที่ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 โดยไม่จดทะเบียนสมรส แม้จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาจนมีบุตรด้วยกัน หญิงนั้นก็มิใช่ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของชาย หญิงจึงอาจกลับใจ ไม่ยอมร่วมประเวณีได้ หากชายกระทำการช่มชื่นกระทำชำเรา หญิงชายต้องรับผิดชอบช่มชื่นกระทำชำเราตามมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญานี้ ทั้งนี้ เพราะชายไม่มีสิทธิร่วมประเวณีกับหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดยชอบด้วยกฎหมาย หากหญิงไม่ยินยอม แต่ชายอาจมีข้อแก้ตัวว่า ชายได้กระทำโดยสำคัญผิดตามมาตรา 62 ประมวลกฎหมายอาญา

กรณีที่ชายหญิงที่ลักลอบได้เสียกันเป็นครั้งคราวนั้นยอมเห็นได้ชัดว่า หญิงนั้นมีใช่ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของชาย ดังนั้นหากครั้งใดที่หญิงไม่ยอมร่วมประเวณี หากชายยังช่มชื่นกระทำชำเราหญิงนั้น ชายอาจจะมีความผิดตามมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญานี้ แต่อย่างไรก็ดีชายอาจอ้างความสำคัญผิดตามมาตรา 62 ประมวลกฎหมายอาญาเป็นข้อแก้ตัวได้¹⁰²

ดังนั้นการที่สามีช่มชื่นกระทำชำเราภริยา สามีไม่มีความผิดฐานช่มชื่นกระทำชำเรา ทั้งนี้เพราะการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นความผิดอาญานั้นจะต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบ 3 ประการ กล่าวคือ ต้องมีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ต้องมีการกระทำตามที่กฎหมายบัญญัติ และการกระทำนั้นต้องประกอบด้วยสภาพจิตใจซึ่งตามปกติได้แก่ เจตนากระทำการ

¹⁰¹วิระดา สมสวัสดิ์, กฎหมายครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2540), หน้า 58.

มาตรา 62 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า "ข้อเท็จจริงใด ถ้ามีอยู่จริงจะทำให้การกระทำไม่มีความผิด หรือทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง แม้ข้อเท็จจริงนั้นจะไม่มีอยู่จริง แต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด หรือได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง แล้วแต่กรณี

ถ้าความไม่รู้ข้อเท็จจริงตามความในวรรคสามแห่งมาตรา 59 หรือความสำคัญผิดว่ามีอยู่จริงตามความในวรรคแรก ได้เกิดขึ้นด้วยความประมาทของผู้กระทำความผิด ให้ผู้กระทำรับผิดชอบกระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่าการกระทำนั้นผู้กระทำจะต้องรับโทษแม้กระทำโดยประมาท

บุคคลจะต้องรับโทษหนักขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงใด บุคคลนั้นจะต้องได้รู้ข้อเท็จจริงนั้น"

¹⁰²โชค จารุจินดา, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา (ลักษณะ 9) ความผิดเกี่ยวกับเพศ (กรุงเทพมหานคร: แผนกตำราและคำบรรยาย คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), หน้า 10.

เว้นแต่บางกรณีที่ยกเว้นไว้เป็นอย่างอื่นโดยเฉพาะ¹⁰³ แต่จากหลักกฎหมายมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญาพิจารณาได้ว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา¹⁰⁴ เป็นการข่มขืนกระทำชำเราต่อหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่นโดยเจตนา¹⁰⁴ จึงเห็นได้ว่าคำว่า "ซึ่งมิใช่ภริยาของตน" เป็นองค์ประกอบในทางปฏิเสธ หากผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราต่อหญิงผู้เป็นภริยาก็ไม่มีความผิดตามมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญานี้

สำหรับกรณีสามีภริยาแยกกันอยู่และกรณีเมื่อศาลมีคำสั่งให้สามีภริยาแยกกันอยู่ หากสามีร่วมประเวณีกับภริยาโดยภริยาไม่สมัครใจ สามีจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่พิจารณาได้ว่า ทั้งกรณีสามีภริยาตกลงแยกกันอยู่และกรณีเมื่อศาลมีคำสั่งให้สามีภริยาแยกกันอยู่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1462 ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้าการอยู่ร่วมกันจะเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจหรือทำลายความผาสุกอย่างมากของสามีหรือภริยา ฝ่ายที่จะต้องรับอันตรายหรือความเสียหายอาจร้องต่อศาลขอให้สั่งอนุญาตให้ตนอยู่ต่างหากในระหว่างที่เหตุนั้นๆ ยังมีอยู่ก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ศาลจะกำหนดจำนวนค่าอุปการะเลี้ยงดูให้ฝ่ายหนึ่งเสียให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งตามควรแก่พฤติการณ์ก็ได้" เห็นได้ว่าสามีหรือภริยาฝ่ายที่จะต้องรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจหรือได้รับความเสียหายอาจร้องต่อศาลขอศาลสั่งอนุญาตให้ตนอยู่ต่างหากได้ ตัวอย่างเช่น สามีเป็นโรคทางเดินปัสสาวะ ภริยาเป็นโรคทางมดลูกไม่อาจร่วมประเวณีได้ หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรง หากร่วมประเวณีด้วยกันจะก่อให้เกิดอันตราย เป็นต้น การที่สามีภริยาแยกกันอยู่ดังกล่าวนี้ ตามหลักกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวถือว่า ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยายังไม่สิ้นสุด หากสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ กฎหมายอาญาจึงไม่ถือว่าสามีมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ทั้งนี้เพราะผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็น "หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน" อันเป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่ง ผู้กระทำจึงจะมีความผิด แต่กรณีที่สามีภริยาแยกกันอยู่นั้นความสัมพันธ์ระหว่างสามีและภริยายังไม่สิ้นสุดลง ภริยาจึงยังคงเป็นภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามี การที่สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ สามีจึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

¹⁰³จิตติ ดิงศกพิชัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 31.

¹⁰⁴คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 182.

ตามมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา¹⁰⁵ จึงอาจกล่าวได้ว่า การที่สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยา ในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่นั้นเป็นการข่มขืนกระทำชำเราโดยชอบด้วยกฎหมาย (lawful rape) เมื่อการกระทำดังกล่าวของสามีไม่เป็นความผิด ภริยาผู้ซึ่งถูกสามีข่มขืนกระทำชำเราในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่จึงไม่สามารถฟ้องสามีของตนฐานข่มขืนกระทำชำเราได้โดยเด็ดขาด ทั้งนี้เพราะสามีมีภูมิคุ้มกันหรือได้รับการยกเว้นมิให้ต้องรับผิดในทางอาญากรณีข่มขืนภริยาของตน (marital rape exemption)

คำพิพากษาฎีกาที่ 430/2532 วินิจฉัยว่า จำเลยกับผู้เสียหายแต่งงานกันตามลัทธิ ศาสนาอิสลามมีบุตรด้วยกัน 1 คน ต่อมาจำเลยกับผู้เสียหายแยกกันอยู่แต่มิได้หย่าขาดจากการเป็น สามีภริยากัน ดังนั้นการที่จำเลยพาผู้เสียหายไปกักขังเพื่อข่มขืนกระทำชำเราไม่เป็นความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเรา¹⁰⁶

โดยสรุปในปัจจุบันสามีย่อมไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่ สามีภริยาแยกกันอยู่ ทั้งนี้เพราะประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วางหลักกฎหมายให้ความผิด ฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นการข่มขืนกระทำชำเราต่อ "หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน" โดยขู่เข็ญด้วย ประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิง เข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่นโดยเจตนา¹⁰⁷ จึงเห็นได้ชัดเจนว่าถ้อยบัญญัติที่ว่า "หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน" เป็นองค์ประกอบในทางปฏิเสธ หากผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราต่อหญิงผู้เป็นภริยา ผู้กระทำไม่มื ความผิดตามมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญานี้ อีกทั้งการสมรสย่อมแสดงว่าภริยาได้ให้สิทธิ แก่สามีที่จะร่วมประเวณีได้ในระหว่างที่ยังเป็นสามีภริยากันอยู่¹⁰⁸

¹⁰⁵ นวลจันทร์ ทิศนัยกุล, รายงานการวิจัยการศึกษาคความผิดเกี่ยวกับเพศ กรณีข่มขืนกระทำชำเรา (ไม่ปรากฏสถานที่พิมพ์, 2525), หน้า 26.

¹⁰⁶ คำพิพากษาฎีกา ประจำปีพุทธศักราช 2532 ตอน 2 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2532), หน้า 395.

¹⁰⁷ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 182.

¹⁰⁸ L. Radzinowicz, *Sexual offences* (London: Macmillan, 1957), pp. 321-323.

3.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการแยกกันอยู่ระหว่างสามีและภริยา ตามกฎหมายต่างประเทศ

เพศสัมพันธ์และความปรารถนาที่จะมีเพศสัมพันธ์เป็นปรากฏการณ์ธรรมชาติสำหรับมนุษย์ทุกคนในทุกสังคมวัฒนธรรม และการสมรสสร้างครอบครัวก็เป็นปรากฏการณ์สากลที่เราพบเห็นได้ในสังคมวัฒนธรรมทุกแห่งหนทั่วโลกเช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตามแต่ละสังคมวัฒนธรรมอาจมีรูปแบบของครอบครัวแตกต่างกันออกไป นอกจากนั้นสังคมวัฒนธรรมแต่ละแห่งก็มีระดับความเข้มงวดในการควบคุมเพศสัมพันธ์แตกต่างกันออกไปด้วย¹⁰⁹ ผู้เขียนจึงเห็นควรที่จะศึกษาถึงสภาพวัฒนธรรมและกฎหมายของต่างประเทศเพื่อนำมาศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักการของประเทศไทย โดยผู้เขียนจะทำการศึกษาค้นคว้าจากประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่น ดังต่อไปนี้

3.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (common law) แต่ American Law Institute ได้มีการบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา Model Penal Code ขึ้นใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อการใช้บังคับกฎหมายอย่างเป็นระบบ โดย Model Penal Code ได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ด้วย ดังจะเห็นได้จาก มาตรา 213.1 (1) บัญญัติว่า "ข่มขืนกระทำชำเรา ชายใดกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน ชายนั้นย่อมกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งหากบังคับให้หญิงจำยอมโดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือขู่เชือดว่าจะทำอันตรายแก่ชีวิตร่างกาย ให้ได้รับบาดเจ็บสาหัส หรือทำให้หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ โดยใช้ยา เครื่องมีนเมา หรืออย่างอื่นทำนองเดียวกัน หรือทำให้หญิงนั้นอยู่ในภาวะหมดสติ หรือกระทำแก่หญิงอายุต่ำกว่า 10 ปี ต้องระวางโทษหนักขึ้นตั้งแต่จำคุกตลอดชีวิตถึงประหารชีวิต" จึงเห็นได้ว่า องค์ประกอบที่สำคัญประการหนึ่ง คือ ผู้กระทำต้องกระทำต่อหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน ผู้กระทำจึงจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นในประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าเป็นความผิดต่อศีลธรรมอย่างร้ายแรง ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมักตีความองค์ประกอบของ

¹⁰⁹ ยศ สันตสมบัติ, มนุษย์กับวัฒนธรรม, หน้า 118.

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้อย่างกว้างๆ ตัวอย่างเช่น ศาลรัฐนิวเม็กซิโกในประเทศสหรัฐอเมริกาถือเอาเจตนาของจำเลยเป็นสำคัญ โดยยึดหลักที่ว่ากรรมและพฤติกรรมแวดล้อมอื่นๆ เป็นเครื่องแสดงเจตนาของจำเลย โดยได้วินิจฉัยว่า เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ความว่าจำเลยหย่อนสมรรถภาพทางเพศยอมแสดงอยู่ในตัวว่าจำเลยขาดเจตนาข่มขืนกระทำชำเรา¹¹⁰ ศาลรัฐอลาบามาได้วินิจฉัยว่า เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ความว่าจำเลยวิ่งไล่หญิงผู้เสียหายเพื่อข่มขืนกระทำชำเรา แม้จำเลยจะยังไม่ประชิดตัวหญิงผู้เสียหายนั้นยอมถือได้ว่าจำเลยได้พยายามกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว¹¹¹

สำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่บัญญัติในกฎหมายต่างๆ ของมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา แยกได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ

1. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้กำลัง (forcible rape)
2. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามบทบัญญัติกฎหมาย (statutory rape)

ในกรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามบทบัญญัติกฎหมาย (statutory rape) นี้ เป็นการร่วมเพศกับหญิง โดยความยินยอมของฝ่ายหญิง แต่ฝ่ายหญิงมีอายุไม่เกิน 18 ปี

จากการแบ่งแยกความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็น 2 กรณีดังกล่าวข้างต้นนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายอาญาพุทธศักราช 2499 ของประเทศไทยในลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศบทบัญญัติมาตรา 276¹ และบทบัญญัติมาตรา 277² พบว่า บทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้คล้ายกันกับบทบัญญัติของประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ

¹¹⁰State V. Ballamash, (28 N.M. 212, 210, 1922), p. 291.

¹¹¹Lewis V. The State, (35 Ala. 380) อ้างถึงใน Oliver, Wendell Helmes. The common law (Boston: Little Brown and Company, 1963), p. 56.

มาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า "ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิง เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต"

มาตรา 277 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีภริยาของตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

มาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยอาศัยการกระทำ และมาตรา 277 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยพิจารณาถึงอายุของผู้ถูกระทำประกอบด้วย

อนึ่ง การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในมลรัฐต่างๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้กำลัง (forcible rape) หรือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามบทบัญญัติกฎหมาย (statutory rape) ต่างเป็นความผิดอาญาแผ่นดินทั้งสิ้น ดังนั้นรัฐบาลมลรัฐที่เกิดเหตุจึงเป็นผู้เสียหาย หญิงผู้เป็นเหยื่อของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแม้เป็นผู้เสียหายโดยตรงย่อมไม่อาจยอมความกับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้¹¹²

สำหรับกรณีสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยานั้น ในสังคมของประเทศสหรัฐอเมริกาเดิมมีหลักการที่มอบอำนาจให้สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนได้ โดยถือกันว่าชายผู้เป็นสามีมีอำนาจบังคับภริยาของตนในการร่วมประเวณีหรือมีเพศสัมพันธ์กับตนได้แม้จะกระทำโดยปราศจากความยินยอมของภริยา ดังจะเห็นได้จากนิยามศัพท์คำว่า "ข่มขืนกระทำชำเรา หมายความว่า การร่วมประเวณีกับหญิงซึ่งไม่ใช่ภริยาของตน โดยปราศจากความยินยอมจากหญิง" (sexual intercourse with a female not his wife without her consent)¹¹³ นอกจากนี้ประเทศสหรัฐอเมริกายังยึดหลักแนวความคิดที่ว่า "สามีภริยาเป็นบุคคลคนเดียวกัน โดยยึดหลักตามระบบกฎหมาย common law"¹¹⁴ เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกหรือวรรคสองได้กระทำโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงและเด็กหญิงนั้นไม่ยินยอม หรือได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต"

¹¹²วิศิษฐ์ เอื้อวิโรจน์กูร, "ข่มขืนภริยาของตนเองเป็นความผิดอาญา," บทบัณฑิต 38, ตอนที่ 4 (2524): 492-493.

¹¹³Barshis, V., "The question of marital rape," Women's Studies International Forum, 6 (1983): 383.

¹¹⁴วิชญ์ เครืองาม, กฎหมายแองโกล-อเมริกัน (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530), หน้า 42.

ต่อมาในปีคริสต์ศักราช 1990 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการยกเลิกหลักที่ว่าด้วย "ภูมิคุ้มกันของสามีที่ทำให้สามีได้รับการยกเว้นมิให้ต้องรับผิดในทางอาญากรณีข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน (marital rape exemption)" ทั้งนี้เพราะประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้ความสำคัญต่อหลักสิทธิมนุษยชน สำหรับหลักการของความเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิงในประเทศสหรัฐอเมริกาพิจารณาได้ว่า ในอดีตแม้ว่าหญิงจะเป็นชนกลุ่มใหญ่ของประชากรทั้งหมดแต่สังคมก็มักปฏิบัติต่อหญิงราวกับว่าหญิงเป็นชนกลุ่มน้อย หญิงมักถูกมองว่าเป็นเพศที่ต้องพึ่งพาอาศัยบุคคลอื่นอยู่เสมอ เป็นเพศที่อ่อนแอ ดังนั้นหญิงจึงถูกกดขี่ทางเพศ¹¹⁵ นอกจากนี้จากการสำรวจประชากรของประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่าประชากรต่างยอมรับและเห็นด้วยเป็นอย่างยิ่งว่าในอดีตนั้นบทบาททางสังคมของชายและหญิงมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน กล่าวคือ หญิงมีบทบาทหน้าที่ความรับผิดชอบต่อเรื่องภายในครอบครัว หญิงต้องคอยดูแลบ้านและดูแลบุตร ตรีเตรียมอาหาร ส่วนชายนั้น มีบทบาทหน้าที่ความรับผิดชอบต่อสังคมภายนอกเป็นหัวหน้าครอบครัว¹¹⁶ แต่ในปัจจุบันประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้ความสำคัญต่อหลักสิทธิมนุษยชนมาก โดยยึดหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้นความเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิงในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นหลักใหญ่ที่กฎหมายภายในประเทศต้องให้ความเคารพและไม่บัญญัติกฎหมายเป็นการขัดต่อหลักการดังกล่าว โดยประเทศสหรัฐอเมริกาในแต่ละมลรัฐได้มีการเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายอาญาในส่วนที่ว่าด้วยเรื่อง "กรณีที่สามีกระทำการข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน" (rape in marriage) รายละเอียดมีดังนี้¹¹⁷

1. มลรัฐ 16 มลรัฐที่ได้ทำการยกเลิกหลัก "ภูมิคุ้มกันของสามีที่ทำให้สามีได้รับการยกเว้นมิให้ต้องรับผิดในทางอาญากรณีข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน (marital rape exemption)" ส่งผลให้สามีถูกฟ้องฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนได้ ได้แก่

- | | |
|------------|------------|
| - Alabama | - Alaska |
| - Arkansas | - Colorado |
| - Florida | - Georgia |
| - Indiana | - Maine |

¹¹⁵ลูเออร์ เอล สีดอร์กี, การร่างอเมริกา: สังคมและวัฒนธรรมของสหรัฐ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์ดวงกมลจำกัด, 2537), หน้า 428.

¹¹⁶Mollie Whalen, Counseling to end violence against women: A subversive model (New Delhi: Sage Publications, 1996), p. 21.

¹¹⁷Diana E.H. Russell, Rape in marriage (Indianapolis: Indiana University Press, 1992), p. 23.

- Massachusetts
- New Jersey
- North Dakota
- Vermont
- Nebraska
- New York
- Oregon
- Wisconsin

2. มลรัฐ 26 มลรัฐที่ยังคงข้อยกเว้นบางประการที่สามีไม่ต้องรับผิดชอบในการข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน กล่าวคือ ภริยาสามารถฟ้องสามีของตนให้รับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราได้ในบางกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้สามีต้องรับผิดชอบ ได้แก่

- Arizona
- Connecticut
- Hawaii
- Illinois
- Kansas
- Maryland
- Minnesota
- Montana
- New Hampshire
- Pennsylvania
- Tennessee
- Virginia
- West Virginia
- California
- Delaware
- Idaho
- Iowa
- Louisiana
- Michigan
- Mississippi
- Nevada
- Ohio
- Rhode Island
- Texas
- Washington
- Wyoming

3. มลรัฐ 8 มลรัฐที่ยังใช้หลัก "ภูมิคุ้มกันของสามีที่ทำให้สามีได้รับการยกเว้นมิให้ต้องรับผิดชอบในทางอาญากรณีข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน (marital rape exemption)" แต่ไม่ใช่ข้อยกเว้นที่เด็ดขาด กล่าวคือ สามีอาจถูกฟ้องในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ในบางกรณี ตัวอย่างเช่น กรณีสามีภริยาแยกกันอยู่ กรณีศาลมีคำสั่งให้สามีภริยาแยกกันอยู่ หรือกรณีที่อยู่ระหว่างขั้นตอนการฟ้องหย่า หรือกรณีที่อยู่ระหว่างคำสั่งคุ้มครอง ได้แก่

- Kentucky
- New Mexico
- Missouri
- North Carolina

- Oklahoma
- South Carolina
- South Dakota
- Utah

ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาว่าด้วยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนเองนั้น มีองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนเอง ตามที่บัญญัติไว้ในแต่ละมลรัฐดังกล่าวไม่เหมือนกัน ตัวอย่างเช่น มลรัฐดีลาแวร์ (Delaware) และ มลรัฐเนบราสกา (Nebraska) ได้บัญญัติให้โทษเฉพาะกรณีที่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนเองเป็นเพียงสามีโดยพฤตินัยตามกฎหมายคอมมอนลอว์เท่านั้น (live-in-husband)

แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีของสามีภริยาที่ได้ทำการสมรสโดยถูกต้องตามกฎหมาย หากสามีภริยาได้แยกกันอยู่ต่างหากโดยมีเจตนาที่จะหย่าร้างกัน หรือแยกกันอยู่ต่างหากระหว่างที่สามีภริยาดำเนินคดีฟ้องหย่า หรือสามีภริยาแยกกันอยู่ต่างหากตามคำสั่งศาลเป็นการทดลองเมื่อศาลได้มีคำพิพากษาให้หย่าได้ แต่มีผลเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาทดลองแยกกันอยู่ต่างหากแล้วนั้น กรณีเช่นนี้ หากสามีทำการร่วมประเวณีกับภริยาของตนโดยใช้กำลังขืนใจภริยาของตนเองแล้ว สามีมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยบทบัญญัตินี้ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายของบางมลรัฐมาช้านานแล้ว

สำหรับการแยกกันอยู่ระหว่างสามีภริยานั้น กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาอนุญาตให้สามีภริยามีโอกาสที่จะแยกกันอยู่ต่างหากเพื่อปลดเปลื้องภาระหน้าที่ในการอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาของคู่สมรสแต่ละฝ่ายออกไปจากกันได้ ไม่ว่าจะโดยสามีภริยาทำข้อตกลงเพื่อแยกกันอยู่ต่างหาก (separation agreement) หรือการแยกกันอยู่โดยคำสั่งศาล (judicial separation) โดยไม่ถือว่าการสมรสสิ้นสุด สามีภริยาจึงไม่อาจทำการสมรสใหม่ในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่¹¹⁸

การแยกกันอยู่โดยคำสั่งศาล (judicial separation) เป็นกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้สามีภริยาแยกกันอยู่ต่างหาก ศาลมีอำนาจที่จะกำหนดจำนวนค่าเลี้ยงชีพ (alimony) โดยให้คู่สมรสฝ่ายหนึ่งชำระหนี้ให้แก่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง รวมทั้งค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร คำสั่งเกี่ยวกับการปกครองบุตร (custody) และคำสั่งอื่นๆ ตามที่จำเป็น ตัวอย่างเช่น อาจกำหนดให้คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งออกไปจากที่พักอาศัยของครอบครัว (marital home) และอาจอนุญาตให้คู่ความทั้งสองฝ่ายครอบครองบ้านหลังเดียวกันได้ โดยกำหนดว่าจะต้องไม่มีการอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา (cohabitation) เป็นต้น

เหตุที่สามีภริยาทำข้อตกลงเพื่อแยกกันอยู่หรือร้องขอให้ศาลอนุญาตให้แยกกันอยู่ของประเทศสหรัฐอเมริกามีหลายสาเหตุด้วยกัน ได้แก่ การมีชู้ การทอดทิ้ง การกระทำที่เป็นการทารุณ

¹¹⁸Morris Ploscowe, *Sex and the law*, 1st ed. (New York: A Prentice-Hall, 1951), pp. 32-33.

โหดร้าย การติดยาเสพติด การถูกจำคุก เป็นต้น การตกลงแยกกันอยู่หรือการแยกกันอยู่โดยคำสั่งศาล อาจเป็นเหตุแห่งการฟ้องหย่าในภายหลัง อีกทั้งการพิสูจน์เหตุในการแยกกันอยู่จะพิสูจน์ได้ง่ายกว่า การหย่า ทั้งนี้เพราะการแยกกันอยู่ไม่ถือว่าการสมรสสิ้นสุดจึงเสมือนเป็นการสนับสนุนความศักดิ์สิทธิ์ของการสมรส¹¹⁹ ดังนั้นการแยกกันอยู่จึงเป็นมาตรการในการบรรเทาความเดือดร้อนของสามีภรรยาที่ยังไม่ประสงค์จะหย่าขาดจากกันได้เป็นอย่างดี

สำหรับบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศในมลรัฐออเรกอน (Oregon) แต่เดิมบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแห่งรัฐบทที่ 743 โดยมีองค์ประกอบของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเช่นเดียวกับกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศของมลรัฐอื่นๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราขึ้นตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ในรูปแบบของแนวบรรทัดฐานคำพิพากษา กล่าวคือ¹²⁰

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)

โดยที่บทบัญญัติแห่งรัฐออเรกอน (Oregon) มาตรา 163.305 ได้บัญญัตินิยามศัพท์ต่างๆ เพื่อขยายความหมายหรืออธิบายความหมายขององค์ประกอบการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นการเพิ่มเติม กล่าวคือ "บทบัญญัติแห่งรัฐออเรกอน มาตรา 163.305

- (1) การร่วมเพศสำสอน...
- (2) หญิง หมายความว่า บุคคลเพศหญิงซึ่งมิใช่คู่สมรสของผู้กระทำความผิด คู่สมรสที่แยกกันอยู่โดยคำสั่งศาลที่ให้แยกเตียงและบ้านไม่เป็นคู่สมรสของกันและกัน ตามความมุ่งหมายแห่งบทบัญญัติมาตรานี้
- (3) การใช้กำลังบังคับ หมายความว่า การใช้กำลังทางร่างกายที่เอาชนะการขัดขืนอย่างที่สุด หรือการข่มขู่ทั้งชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ซึ่งทำให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งตกอยู่ในความกลัว

¹¹⁹Howard L. Bass, *Divorce Law: The complete practical guide*, 1st ed. (Englewood Cliffs, NJ: A Prentice-Hall, 1976), pp. 52-59.

¹²⁰วชิษฐ์ เอื้อวิจิตร, "ข่มขืนภรรยาของตนเองเป็นความผิดอาญา," *บทบัญญัติ* 38, ตอนที่ 4 : 491-495.

ในทันใดหรือในอนาคตต่อความตายหรือบาดเจ็บทางร่างกายอย่างร้ายแรง ไม่ว่าจะแก่ตนเองหรือบุคคลอื่น หรือตกอยู่ในความกลัวว่าตนเองหรือบุคคลอื่นจะถูกลักพาไปในทันใดหรือในอนาคต

(4)...

(5)...

(6)...

(7)...

(8) การร่วมเพศมีความหมายธรรมดาของมันเอง และเกิดขึ้นเมื่อมีการสอดใส่เข้าไป ไม่ว่าจะเพียงเล็กน้อยก็ตาม การหลั่งน้ำอสุจิไม่ต้องมี"

นอกจากนี้ยังได้มีการบัญญัติบทบัญญัติแห่งรัฐออเรกอน (Oregon) มาตรา 163.335 ซึ่งบัญญัติเหตุยกเว้นต่างๆ ซึ่งไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้กำลัง (forcible rape) ตัวอย่างเช่น กรณีที่สามีภริยาซึ่งกำลังอยู่ในระหว่างฟ้องคดีหย่าร้างและศาลยังมีคำสั่งให้แยกกันอยู่ต่างหากในช่วงเวลาดังกล่าว สามียังสามารถใช้กำลังบังคับเพื่อร่วมประเวณีกับภริยาของตนเองโดยข่มขืนใจภริยาได้อย่างไม่ผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และในกรณีที่หญิงและชายสมัครใจอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยมิได้ทำการสมรสโดยถูกต้องตามกฎหมาย (cohabitation) ฝ่ายชายก็สามารถใช้เป็นข้อต่อสู้ในคดีที่ถูกกล่าวหาว่าข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาได้

ดังนั้น กลุ่มแนวร่วมสิทธิสตรี (women's rights coalition) ในมลรัฐออเรกอน (Oregon) จึงได้พยายามผลักดันรัฐสภาแห่งรัฐให้เปลี่ยนแปลงบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราดังกล่าว โดยทำการเคลื่อนไหวดำเนินการทั้งในสภาผู้แทนและวุฒิสภาแห่งรัฐ อีกทั้งยังทำการเสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเปลี่ยนแปลงทั้งโดยสมาชิกสภาผู้แทนและสมาชิกวุฒิสภา

สำหรับด้านสภาผู้แทนราษฎรได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติหมายเลข เอช บี 2523 (House Bill 2523) ซึ่งอนุญาตให้ภริยากล่าวหาว่าสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนเองได้ หากคู่สมรสได้แยกกันอยู่ต่างหากในขณะที่เกิดการกระทำความผิด และร่างพระราชบัญญัติหมายเลข เอช บี 2614 ซึ่งให้ยกเลิกข้อต่อสู้ของผู้กระทำความผิดที่อ้างว่า ชายและหญิงอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาอันเป็นเหตุยกเว้นการกระทำความผิดตั้งที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติแห่งรัฐออเรกอน (Oregon)

ทางด้านวุฒิสภาได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยร่างหมายเลข เอส บี 503 (Senate Bill 503) ซึ่งกลุ่มแนวร่วมสตรีเสนอผ่านวุฒิสมาชิกเมอร์รี่ เช้าเธอร์ เพื่อให้คณะกรรมการพิจารณาร่างกฎหมายให้วุฒิสภารับไว้พิจารณา

เมื่อเดือนมีนาคม คริสต์ศักราช 1977 โดยร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ขอให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งรัฐออเรกอน (Oregon) มาตรา 163.305 (2) เกี่ยวกับความหมายของหญิงผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ต่อมาได้มีการแก้ไขถ้อยคำในร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวเกี่ยวกับเจตนาของการแยกกันอยู่ต่างหาก ทั้งนี้เพราะในร่างพระราชบัญญัติเดิมใช้คำว่า "ถ้าหากหญิงได้แสดงเจตนาแยกกันอยู่กับผู้กระทำผิด..." ซึ่งเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว จึงได้มีการแก้ไขเป็น "ถ้าหากไม่ว่าหญิงหรือผู้กระทำผิดได้แสดงเจตนาแยกกันอยู่กับอีกฝ่าย..." ซึ่งมีข้อความเต็มว่า

- (2) หญิง หมายความว่า บุคคลซึ่งไม่ใช่คู่สมรสของผู้กระทำผิด หรือผู้ซึ่งเป็นคู่สมรสของผู้กระทำผิด แต่มีที่อยู่แห่งเดียวกันกับผู้กระทำผิด เพื่อความมุ่งหมายแห่งอนุมาตรานี้ หญิงมีที่อยู่แห่งเดียวกันกับผู้กระทำผิด ถ้าหากไม่ว่าหญิงหรือผู้กระทำผิดได้แสดงเจตนาแยกกันอยู่กับอีกฝ่ายหนึ่งอย่างชั่วคราวหรือโดยถาวรเนื่องจาก...
- ก. มีความแตกต่างที่เข้ากันไม่ได้
- ข. มีความคิดเห็นแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง
- ค. มีความประพฤติที่ไม่อาจยอมรับได้ของอีกฝ่ายหนึ่ง
- ง. มีความประพฤติที่ไปด้วยกันไม่ได้ของอีกฝ่ายหนึ่ง"

จะเห็นได้ว่าร่างพระราชบัญญัติที่กลุ่มแนวร่วมสิทธิสตรี (women's rights coalition) เสนอแก้ไขเพิ่มเติมยังมีปัญหาได้เถียงกันได้หลายประเด็น ที่ประชุมคณะกรรมการร่างกฎหมายในวุฒิสภาได้ถกเถียงกันเพื่อพิจารณาถ้อยคำที่ใช้ในร่างพระราชบัญญัติเมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม คริสต์ศักราช 1977 แต่ไม่อาจลงมติกันได้ วุฒิสภาบางท่านเสนอให้ตัดบทบัญญัติแห่งรัฐออเรกอน (Oregon) มาตรา 163.305 (2) ทั้งหมด เพื่อตัดปัญหาการตีความแล้วส่งร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมหมายเลข เอส บี 503 เข้าสู่ระเบียบวาระการประชุมรัฐสภาของรัฐ เป็นการเคลื่อนไหวที่รวดเร็วโดยมีกลุ่มแนวร่วมสิทธิสตรี (women's rights coalition) ใช้สิทธิพลกดันอยู่เบื้องหลังและเป็นการตัดหน้าร่างพระราชบัญญัติที่สมาชิกสภาผู้แทนแห่งรัฐเสนออีก 2 ฉบับ ปรากฏว่าวุฒิสภาลงมติ

โดยข้อความที่ถูกตัดออกตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ โดยใช้ร่างพระราชบัญญัติ เอส บี 503 คือ (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. หมายความว่า (2) "หญิง" หมายความว่า บุคคลเพศหญิงซึ่งมิใช่คู่สมรสของผู้กระทำผิด คู่สมรสที่แยกกันอยู่โดยคำสั่งศาลที่ให้แยกเตียงและบ้านไม่เป็นคู่สมรสของกันและกัน ตามความมุ่งหมายแห่งบทบัญญัติมาตรานี้

ด้วยคะแนนเสียง 24 ต่อ 4 และสภาผู้แทนแห่งรัฐลงมติด้วยคะแนนเสียง 40 ต่อ 16 เห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว

เมื่อไม่มีนิยามศัพท์คำว่า "หญิงผู้เสียหาย" หมายความว่าถึงบุคคลใดเท่ากับไม่มีข้อยกเว้นว่าหญิงนั้นจะเป็นภริยาของผู้กระทำผิดหรือไม่ จึงอาจกล่าวได้ว่าไม่ว่าหญิงผู้เสียหายจะเป็นภริยาของผู้กระทำความผิดฐานช่มชู้กระทำชำเราหรือไม่ ไม่มีผลแตกต่างกันแต่ประการใด แม้เป็นภริยาของผู้กระทำความผิดฐานช่มชู้กระทำชำเราที่สมรสกันโดยถูกต้องตามกฎหมาย หญิงนั้นอาจเป็นผู้เสียหายหากสามีช่มชู้กระทำชำเรา อีกทั้งไม่ต้องพิจารณาว่าสามีภริยาแยกกันอยู่ต่างหากหรือกำลังอยู่ในระหว่างการดำเนินคดีฟ้องหย่าหรือไม่ นอกจากนี้ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมหมายเลข เอส ปี 503 ยังได้ยกเลิกบทบัญญัติแห่งรัฐออเรกอน (Oregon) มาตรา 163.335 เกี่ยวกับข้อต่อสู้ของผู้กระทำความผิดฐานช่มชู้กระทำชำเราในการอ้างต่อศาลว่าผู้กระทำความผิดฐานช่มชู้กระทำชำเราได้อยู่กันด้วยกันฉันสามีภริยากับหญิงผู้เสียหาย

เมื่อผ่านวาระการประชุมของรัฐสภาตามขั้นตอนแล้ว จึงได้เสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ว่าราชการมลรัฐออเรกอน (Oregon) เพื่อลงนามประกาศใช้เป็นกฎหมาย เมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม คริสต์ศักราช 1977 ถือเป็นส่วนหนึ่งแห่งประมวลกฎหมายของรัฐ จัดลำดับอยู่ในบทที่ 844

ในช่วงปลายปีศตวรรษที่ 20 ประเทศสหรัฐอเมริกามีการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญยิ่งหลายประการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา ตัวอย่างเช่น เริ่มมีแนวความคิดใหม่เกี่ยวกับการสมรส ซึ่งเน้นความเสมอภาคและความร่วมมือร่วมใจกันระหว่างสามีภริยาแทนแนวความคิดในเรื่องของการมีอำนาจเหนืออีกฝ่ายหนึ่งอย่างในอดีตซึ่งมีผลทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาที่สำคัญ 2 ประการคือ

1. โครงสร้างของครอบครัว ได้มีการเปลี่ยนแปลง โครงสร้างของครอบครัวจากโครงสร้างเดิมที่สามีเป็นผู้นำหรือหัวหน้าครอบครัวเปลี่ยนแปลงเป็นโครงสร้างแบบที่สามีและภริยามีสิทธิเท่าเทียมกันในการตัดสินใจทุกอย่างในครอบครัว

2. ได้มีการเปลี่ยนแปลงแนวความคิด "ทฤษฎีที่ว่าด้วยความเป็นหนึ่งเดียว" มาเป็นทั้งสามีและภริยาต่างมีอำนาจตัดสินใจด้วยตนเองโดยอิสระปราศจากการครอบงำจากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง¹²¹

¹²¹Mary Ann, Glendon, *State Law and family: Law in transition in the United States and Western Europe* (New York: North-Holland, 1977), pp. 126-115.

จากหลักกฎหมายอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกาพิจารณาประกอบกับหลักกฎหมายอาญาของประเทศไทยได้ว่า หลักกฎหมายอาญาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยไม่ถือว่าการที่สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ในขณะที่กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวของสามีเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยมาตรา 276 ยังใช้บทบัญญัติที่ว่า "หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน" ขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกามีการแก้ไขกฎหมายให้ความคุ้มครองหญิงโดยรวมถึงหญิงซึ่งเป็นภริยาด้วย ดังนั้นในประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าการที่สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ สามีมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนด้วย

3.2.2 ประเทศอังกฤษ

ความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยเกิดขึ้นตั้งแต่สมัยนอร์แมนและเมื่อประมาณคริสต์ศตวรรษที่ 16 - 17 ศาลของประเทศอังกฤษได้บัญญัติองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราขึ้น โดยนักกฎหมายของประเทศอังกฤษเชื่อว่าศาลอาจสร้างความผิดฐานนี้ขึ้นในคอมมอนลอว์ (common law) พร้อมๆ กันกับความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์ ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ความผิดฐานเบียดบังความเท็จ และความผิดฐานร่วมเพศผิดธรรมชาติ โดยนักกฎหมายของประเทศอังกฤษเรียกความผิดเหล่านี้ว่า "ความผิดอาญาตามกฎหมายคอมมอนลอว์ (common law crimes)"¹²²

โดยนักกฎหมายคอมมอนลอว์ถือว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) มิใช่ความผิดประเภทที่ผิดเพราะมีกฎหมายห้าม (mala prohibita) คำว่า "mala in se" เป็นภาษาลาตินอ่านว่า "มาลาอินเซ" ตรงกับความหมายในภาษาอังกฤษที่ว่า wrong in themselves หมายความว่า ความผิดที่เห็นได้ในตัวเอง ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานฆ่าคน ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ความผิดฐานลักทรัพย์ ความผิดฐานวางเพลิง ความผิดฐานยักยอก ความผิดฐานฉ้อโกง และความผิดฐานหมิ่นประมาท เป็นต้น ความผิดชนิดนี้เป็นความผิดที่ละเมิดกฎแห่งศีลธรรม

¹²²Wayne R. La Fave and Austin W. Scott, *Criminal law* (Minnesota: West Publishing Co., 1972), pp. 58-59.

จึงสามารถเห็นได้ชัดเจนในตัวเอง สำหรับคำว่า "mala prohibita" เป็นภาษาลาตินอ่านว่า "มาลาโปรฮิบีตา" ตรงกับความหมายในภาษาอังกฤษที่ว่า wrong prohibited ความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้เพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานชู้ประเวณีโดยไม่มีใบอนุญาตซึ่งมีความผิดฐานไม่แจ้งคนเกิด ไม่แจ้งย้าย ไม่แจ้งคนตาย เป็นต้น¹²³

ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ความผิดฐานชู้ประเวณีกระทำชำเราเมื่อองค์ประกอบความผิด 2 ประการ ดังต่อไปนี้

1. องค์ประกอบภายนอก ได้แก่ การกระทำ คือ การก่อให้เกิดผลอย่างใดอย่างหนึ่ง ไม่ว่าจะกระทำโดยการเคลื่อนไหวทางกายภาพหรือกระทำโดยการงดเว้นการเคลื่อนไหว การกระทำ ความผิดฐานชู้ประเวณีกระทำชำเราประกอบด้วยอาการหรือพฤติกรรม ดังต่อไปนี้

1.1 การกระทำชำเรา (sexual intercourse) หมายความว่า การเคลื่อนไหวทางกายภาพประการหนึ่ง

1.2 การกระทำชำเราตามกฎหมาย (unlawful sexual intercourse) หมายความว่า การที่ชายได้ร่วมประเวณีกับหญิงโดยฝ่าฝืนความยินยอมของหญิง และหญิงนั้นมิใช่ภริยาของตน

2. องค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา คือ เจตนากระทำชำเราหญิงโดยรู้หรือรู้ว่าหญิงนั้นมิได้ยินยอมหรือยอมเล็งเห็นได้ว่าหญิงนั้นมิได้ยินยอม¹²⁴

ต่อมาในปีคริสต์ศักราช 1861 ประเทศอังกฤษได้ออกกฎหมาย "The Offences Against the Person Act 1861" โดยบัญญัติให้ความผิดฐานชู้ประเวณีกระทำชำเรานี้เป็นความผิดตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรและในปีคริสต์ศักราช 1956 ได้ทำการแก้กฎหมายใหม่โดยออกพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศคริสต์ศักราช 1956 "Sexual Offences Act of 1956" ซึ่งในพระราชบัญญัตินี้ได้อธิบายความผิดฐานชู้ประเวณีกระทำชำเราโดยละเอียด ตัวอย่างเช่น

มาตรา 1 (2) บัญญัติว่า "ผู้ใดชู้ประเวณีกระทำชำเราหญิง โดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นสามี"

จากบทบัญญัติมาตรา 1 (2) นี้มีบทบัญญัติคล้ายกันกับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยมาตรา 276 บัญญัติว่า "ผู้ใดชู้ประเวณีกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดย... โดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษ..."

¹²³ ทวี กสิณยพงศ์, คำบรรยายอาญาปี 27, หน้า 6.

¹²⁴ J.C. Smith and Brian Hogan, *Criminal law*, 3rd ed. (London: Butterworths, 1973), pp. 324-330.

สำหรับหลักการพิสูจน์ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศคริสต์ศักราช 1956 ว่า การพิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นี้ โจทก์ต้องพิสูจน์ว่ามีการกระทำชำเราแต่ไม่ต้องพิสูจน์ว่าจำเลยได้กระทำชำเราไปจนสำเร็จความใคร่ การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นี้ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จ หากได้มีการล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงแม้มีการล่วงล้ำเข้าไปเพียงเล็กน้อยเท่านั้น

ในช่วงปลายปีศตวรรษที่ 20 ประเทศอังกฤษ ได้มีการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดใหม่เกี่ยวกับการสมรส ในเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา 2 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก ได้มีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของครอบครัวจากเดิมที่สามีเป็นผู้นำหรือหัวหน้าครอบครัวมาเป็นสามีและภริยามีสิทธิเท่าเทียมกันในการตัดสินใจทุกอย่างในครอบครัว

ประการที่สอง ได้มีการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดเรื่องความเป็นหนึ่งเดียวมาเป็นสามีและภริยาต่างก็มีอำนาจตัดสินใจด้วยตนเองโดยอิสระปราศจากการครอบงำจากอีกฝ่ายหนึ่ง

การเปลี่ยนแปลงแนวความคิดใหม่ในเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาทั้งสองประการข้างต้นนี้ได้ยึดหลักความเสมอภาคและความร่วมมือร่วมใจกันระหว่างสามีภริยาแทนแนวความคิดที่ว่าด้วยการมีอำนาจเหนืออีกฝ่ายหนึ่งอย่างในอดีต¹²⁵

สำหรับประเด็นกรณีสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่พิจารณาได้ว่า จากประวัติและแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิของหญิงในประเทศอังกฤษเป็นไปตามลักษณะของสภาพสังคมที่มีตั้งแต่สมัยดั้งเดิม กล่าวคือ สังคมของประเทศอังกฤษถือว่าชายเป็นผู้คุ้มครองดูแลสมาชิกในครอบครัว ส่วนหญิงเป็นเพศที่อ่อนแอจึงต้องได้รับการดูแลจากชายไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครองหรือสามี โดยชายต้องดูแลหญิงทั้งในเรื่องร่างกายและเรื่องทรัพย์สิน ประกอบกับความเชื่อทางศาสนาคริสต์ตามพระคัมภีร์ไบเบิลว่า "สามีเป็นหนึ่งเดียว" ซึ่งสอดคล้องกับแนวความคิดทางกฎหมายที่ถือว่าสามีภริยาเป็นบุคคลคนเดียวกันตามหลักทฤษฎีที่ว่าด้วยความเป็นหนึ่งเดียว แต่ความเป็นหนึ่งเดียวนั้น หมายความว่า ชายเท่านั้นที่เป็นที่หนึ่ง เนื่องจากสถานภาพทางกฎหมายของหญิงที่มีอยู่ก่อนสมรสจะหมดสิ้นลงระหว่างสมรสโดยเข้าไปอยู่ร่วมกับสามี หญิงมีสามี (feme covert) จึงมีสถานภาพแตกต่างกับหญิงโสด (feme sole) หรือที่เรียกกันว่าหลัก doctrine of coverture กล่าวคือ หลักสถานะ

¹²⁵Mary Ann, Glendon, *State law and family: Law in transition in the United States and Western Europe*, pp. 126-115.

ทางกฎหมายของหญิงในระหว่างสมรสซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมและคุ้มครองของสามี¹²⁶ อีกทั้งสามียังมีอำนาจลงโทษกักขังเสียสัตย์ภริยาของตนเพื่อควบคุมภริยาและรักษาวินัยในครอบครัว¹²⁷ ทั้งนี้เนื่องจากสามีต้องรับผิดชอบความประพฤติที่ไม่สมควร ดังนั้นสิทธิของสามีที่จะลงโทษเสียสัตย์ภริยาจึงได้รับการยอมรับในระบบจารีตประเพณีอย่างกว้างขวางโดยเป็นที่รู้จักกันว่า "rule of thumb" นอกจากนี้ผลที่ตามมาของอำนาจที่สามีมีเหนือภริยาอีกประการหนึ่ง คือ การที่สามีมีอำนาจบังคับภริยาของตนในการร่วมประเวณีหรือมีเพศสัมพันธ์กับตนได้ แม้การร่วมประเวณีหรือมีเพศสัมพันธ์นี้จะกระทำโดยปราศจากความยินยอมของภริยาตังจะเห็นได้จากหลักที่ว่าด้วย "ภูมิคุ้มกันของสามีที่ทำให้สามีได้รับการยกเว้นมิให้ต้องรับผิดในทางอาญากรณีข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน (marital rape exemption)" ซึ่งได้มีการเผยแพร่หลักดังกล่าวเป็นครั้งแรก ณ ประเทศอังกฤษ ในศตวรรษที่ 17 โดย Sir Matthew Hale ที่ได้กล่าวไว้ใน Pleas of The Crown ศตวรรษที่ 17 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 hath given herself in kind unto her husband which she cannot retract"¹²⁸ กล่าวคือ "สามีไม่อาจต้องรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของตนได้ ทั้งนี้เพราะการสมรสนำมาซึ่งความยินยอมที่มีอาจเพิกถอนได้จากหญิงผู้เป็นภริยาที่ได้มอบให้แก่ชายผู้เป็นสามีเพื่อมีเพศสัมพันธ์ต่อกันตลอดที่ยังคงเป็นสามีภริยา"¹²⁹ ดังนั้นสามีจึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของตน เนื่องจากความยินยอมในการสมรสและสัญญาที่ภริยาให้แก่สามีในลักษณะนี้ไม่สามารถถอนคืนได้¹³⁰

¹²⁶Stephen, H. J., Stephen's commentaries on the laws of England vol. 2 (London: Butterworth, 1950), p. 490.

¹²⁷Eve S. Buzawa and Carl G. Buzawa, Domestic violence: The criminal justice response (Newbury Park, CA: Sage Publications, 1990), p. 23.

¹²⁸ในปีคริสต์ศักราช 1783 ศาลของประเทศอังกฤษวางหลักในคดีการทำร้ายภริยาเป็นครั้งแรกว่าสามีมีอำนาจลงโทษเสียสัตย์ภริยาได้ ตราบเท่าที่ใช้ไม้ไม่หนักเกินกว่าหัวแม่มือของสามี

¹²⁹Diana E. H. Russell, Rape in marriage. (New York: Macmillan Press, 1990), p. 17.

¹²⁹Commonwealth V. Fogarty

¹³⁰Jennifer Temkin, Rape and the legal process (London: Sweet&Maxwell, 1987), p. 45.

จากหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ¹³¹ ที่มีได้บัญญัติว่าการที่สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จึงมีข้อถกเถียงกันว่าสมควรหรือไม่ที่จะทำการบัญญัติกฎหมายโดยให้การกระทำดังกล่าวของสามีเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หากสามีผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราภริยามีโรคร้ายเป็นเหตุให้ภริยาต้องได้รับโรคร้ายจากสามีด้วย

โดยนักกฎหมายที่คัดค้านแนวความคิดที่จะบัญญัติกฎหมายกรณีสามีข่มขืนกระทำชำเราหญิงภริยาของตนเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วยนั้นได้ให้เหตุผลว่า รัฐสามารถนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันปรับเข้ากับประเด็นปัญหาดังกล่าวได้อยู่แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่ให้สามีต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน

สำหรับนักกฎหมายที่สนับสนุนแนวความคิดที่จะบัญญัติกฎหมายให้กรณีสามีข่มขืนกระทำชำเราหญิงภริยาของตนเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วยนั้นได้ให้เหตุผลว่า รัฐสมควรที่จะบัญญัติกฎหมายลงโทษสามีกรณีข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน ทั้งนี้เพราะการที่จะนำกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับอยู่ในประเทศอังกฤษที่ว่าด้วยการติดเชื้อทางเพศนั้นไม่เหมาะสมและอาจเกิดปัญหาจากถ้อยคำในบทบัญญัติไม่ตรงกัน จึงมีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่ให้สามีต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน¹³²

แต่อย่างไรก็ตามศาลเคยมีคำพิพากษากรณีสถานะของภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายว่า หากสถานะของภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไปโดยกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น กรณีสามีภริยาแยกกันอยู่หรือศาลมีคำสั่งให้สามีภริยาแยกกันอยู่ หากสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยา สามีต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วย¹³³ ทั้งนี้เนื่องจากการสมรสนั้นภริยาได้ให้ความยินยอมแก่สามีในการใช้สิทธิแห่งการสมรสตราบชั่วคราวระยะเวลาที่ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาเป็นไปตามปกติ แต่หากความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาได้เปลี่ยนแปลงไปโดยกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมาย ความยินยอมในการร่วมประเวณีระหว่างการสมรสย่อมถูกเพิกถอนไปด้วย

¹³¹Sexual Offence Act of 1956

¹³²Simon Bronitt, "Spreading disease and the criminal law," *Criminal Law Review* (January 1994): 21.

¹³³Tony Honore, *Sex law* (Great Britain: The Garden City Press Limited, 1978), p. 23.

สามีจึงไม่อาจที่จะบังคับภริยาให้ร่วมประเวณีกับตน หากสามีกระทำการร่วมประเวณีกับภริยาโดยปราศจากความยินยอมของภริยาแล้ว สามีมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยา¹³⁴

นอกจากนี้ศาลในประเทศอังกฤษเคยพิพากษาว่า สามีกำลังป่วยเป็นโรคกามโรคจะบังคับให้ภริยาต้องร่วมประเวณีกับสามีไม่ได้¹³⁵ ทั้งนี้เพราะในการที่สามีภริยาจะร่วมประเวณีต่อกัน (sexual intercourse) นั้น คู่สมรสฝ่ายหนึ่งไม่ต้องยอมทนต่อการกระทำที่ผิดปกติธรรมดาวิปริตหรือเกินสมควรหรืออาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัยอย่างใดๆ แก่ตนเอง อีกทั้งยังมีหลักกฎหมายวางหลักกรณีที่สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ว่า สามีมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน ดังนี้ "Judicial Separation

Any one of the 5 bases for divorce described above will provide a sufficient reason for establishing judicial separation. Husband and wife remain married, but their duty to live together ends. The consent to sexual intercourse implied in the marriage contract is revoked so husband may be found guilty of raping his wife if he is judicially separated from her."¹³⁶ อันเป็นหลักกฎหมายที่แสดงให้เห็นว่าสามีผู้ข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน

อนึ่ง สำหรับกรณีการแยกกันอยู่ระหว่างสามีภริยานั้น กฎหมายของประเทศอังกฤษยอมรับหลักการที่ให้สามีภริยาสามารถทำข้อตกลงแยกกันอยู่ได้ โดยได้กำหนดหน้าที่ที่คู่สมรสต้องมีต่อกันในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ (separation agreement) ทั้งนี้เพื่อเป็นการปลดเปลื้องหน้าที่ของสามีภริยาที่จะต้องใช้ชีวิตสมรสร่วมกัน โดยทั่วไปแล้วข้อตกลงในการแยกกันอยู่จะประกอบไปด้วยข้อตกลงว่าจะไม่กระทำการอันเป็นการรบกวนแก่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง หรือจะไม่ก่อความยุ่งยากให้แก่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง (non molestation clause) และข้อตกลงเกี่ยวกับค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรและภริยา¹³⁷

¹³⁴ Jennifer Temkin, *Rape and the legal process*, p. 49.

¹³⁵ Foster v. Foster (1921) P 438 CA

¹³⁶ Anna Coote and Lawrence Grant, *The NCCL guide civil liberty* (London: Penguin Books, 1972), p. 175.

¹³⁷ P. M. Bromley, *Family law*, 8th ed. (London: Butterworths, 1992), p. 172.

นอกจากการแยกกันอยู่โดยการทำข้อตกลงระหว่างสามีภริยาแล้วนั้น คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยังสามารถร้องขอต่อศาลให้ศาลมีคำสั่งให้สามีภริยาแยกกันอยู่ได้หรือที่เรียกกันว่า "การแยกกันอยู่โดยคำสั่งของศาล (judicial separation)"

สำหรับกรณีการแยกกันอยู่โดยคำสั่งของศาล (judicial separation) แต่เดิมนั้นเหตุแห่งการแยกกันอยู่โดยคำสั่งของศาล ได้แก่ เหตุแห่งการผิดประเวณี หรือการกระทำที่ทารุณโหดร้าย หรือสามีกระทำการหรือพยายามกระทำการข่มขืนกระทำชำเรา ต่อมาเมื่อประกาศใช้ Matrimonial Causes Act 1957 ได้เพิ่มเหตุแห่งการละทิ้งร้าง เหตุแห่งการล้มเหลวที่จะปฏิบัติตามคำพิพากษาให้มีการกลับมาอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาอย่างผาสุกอีกครั้งหนึ่ง และเหตุแห่งการเป็นบุคคลวิกลจริตจนไม่สามารถรักษาให้เป็นบุคคลปกติทั่วไปได้

คำสั่งที่ให้สามีภริยาแยกกันอยู่นั้นส่งผลให้คู่สมรสไม่มีหน้าที่ที่จะต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไปเท่านั้นแต่ไม่มีผลกระทบต่อสถานะของการสมรสแต่อย่างใด กล่าวคือ สามีภริยายังคงมีความสัมพันธ์เป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่ ดังนั้นสามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้นไม่สามารถที่จะทำการสมรสใหม่กับบุคคลอื่นได้ นอกจากนี้แล้วสามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะกล่าวอ้างว่าอีกฝ่ายหนึ่งจงใจละทิ้งร้างไม่ได้ อีกทั้งหากสามีร่วมประเวณีกับภริยาโดยปราศจากความยินยอมของภริยา สามีก็อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ แต่อย่างไรก็ตามคู่สมรสดังกล่าวสามารถสิ้นสุดความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาได้โดยการหย่า

อนึ่ง คำสั่งให้สามีภริยาแยกกันอยู่นั้นถือเป็นการแก้ไขปัญหาที่ดีที่สุดแก่ทั้งสามีและภริยา กล่าวคือ ทำให้ศาลมีอำนาจสั่งปลดเปลื้องภาระหน้าที่ของสามีภริยาได้ โดยที่สามีภริยานั้นไม่ต้องไปดำเนินคดีฟ้องหย่าที่ศาล อีกทั้งยังเป็นโอกาสให้สามีภริยาได้คืนดีกันอีกด้วย (reconciliation) เพื่อดำรงไว้ซึ่งสถาบันครอบครัวที่อบอุ่นเข้าใจซึ่งกันและกัน

ในปัจจุบันกฎหมายของประเทศอังกฤษ Criminal Justice and Public Order Act 1994 มาตรา 142 บัญญัติว่า "For section 1 of the [1956 c. 69.] Sexual Offences Act 1956 (rape of a woman) there shall be substituted the following section—

(1) It is an offence for a man to rape a woman or another man.

(2) A man commits 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 consents to it.

(3) A man also commits rape if he induces a married woman to have sexual intercourse with him by impersonating her husband.

(4) Subsection (2) applies for the purpose of any enactment."¹³⁸

กล่าวคือ การกระทำที่ถือเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายประเทศไทยนั้น ผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราต้องเป็นชายเท่านั้น โดยที่ชายผู้นั้นได้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราหญิงหรือชาย ดังนั้นผู้ถูกกระทำในกรณีนี้อาจเป็นชายด้วยก็ได้ ทั้งนี้เพราะกฎหมายของประเทศไทยใช้คำว่า "another man" นอกจากนี้ผู้กระทำจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้น ผู้กระทำต้องกระทำการข่มขืนกระทำชำเราโดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกกระทำขณะกระทำ และผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราได้ทราบดีว่าผู้ถูกกระทำไม่ยินยอมให้กระทำชำเรา หรือผู้กระทำนั้นเพิกเฉยต่อความยินยอมนั้น กล่าวคือ ผู้กระทำได้ตัดสินใจกระทำชำเราโดยผู้กระทำไม่สนใจหรือไม่คำนึงว่าผู้ถูกกระทำจะให้ความยินยอมหรือไม่ หรือการทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าผู้กระทำนั้นเป็นสามีของหญิง หญิงจึงยอมให้กระทำชำเราด้วย นอกจากนี้การกระทำที่จะถือว่าการปราศจากความยินยอมของผู้ถูกกระทำนั้นอาจเป็นการใช้กำลังประทุษร้าย การขู่เข็ญทำให้กลัว การใช้กลฉ้อฉลต่างๆ

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าในประเทศไทยกฎหมายว่าด้วยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นมุ่งคุ้มครองบุคคลทั้งสองเพศไม่ว่าจะเป็นเพศชายหรือเพศหญิงก็ตาม อีกทั้งกฎหมายยังมุ่งคุ้มครองหญิงภริยาซึ่งถูกสามีข่มขืนกระทำชำเราด้วย เนื่องจากกฎหมายของประเทศไทยใช้คำว่า "a women" โดยที่มิได้มีข้อจำกัดเพิ่มเติมใดๆ ที่ระบุว่าหญิงนั้นต้องมีภริยาของผู้กระทำ

อีกทั้งเมื่อการบัญญัติกฎหมายของประเทศไทยได้วางหลักกฎหมายว่าชายก็เป็นผู้ถูกกระทำได้ ดังนั้นการกระทำชำเราตามกฎหมายของประเทศไทยนั้นจึงไม่ได้จำกัดอยู่เพียงการล่วงล้ำของอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น ลักษณะของการกระทำชำเราของประเทศไทยจึงหมายความว่า กรณีของการล่วงล้ำกรณีอื่นๆ นอกจากกรณีตามธรรมชาติด้วย โดยที่กฎหมายได้ใช้คำว่า whether vaginal or anal ซึ่งหมายความว่า ทางอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนัก

สำหรับกรณีที่กฎหมายของประเทศไทยได้ให้ความคุ้มครองหญิงซึ่งเป็นภริยาด้วยนั้น เนื่องจากแนวความคิดที่ว่าสามีและภริยาควรมีสติเท่าเทียมกันที่จะมีอิสระในการตัดสินใจร่วมประเวณี โดยที่ภริยาไม่ต้องยินยอมให้สามีร่วมประเวณีด้วยโดยที่ตนไม่ยินยอมทุกครั้ง แต่เดิมเริ่มมีแนวความคิดที่จะให้สามีต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตนเอง หากมีกรณีของการ

¹³⁸Criminal Justice and Public Order Act 1994 [Online]. 2000. Available from:

http://www.hmso.gov.uk/acts/acts1994/Ukpga_19940033_en_15.htm [2002, April 26]

แยกกันอยู่ระหว่างสามีภรรยา อีกทั้งยังเห็นว่าหญิงผู้เป็นภริยาน่าจะมีสิทธิที่จะปฏิเสธหรือถอนความยินยอมในการที่จะให้สามีร่วมประเวณีได้หากว่ามีเหตุอันเนื่องมาจากความผิดของสามี ตัวอย่างเช่น สามีแอบมีภริยาใหม่และเหตุดังกล่าวนั้นหญิงซึ่งเป็นภริยาไม่อาจให้อภัยได้ หรือกรณีที่สามีเป็นกามโรค เป็นต้น

อนึ่ง การที่สามีภริยาตกลงแยกกันอยู่นั้น การแยกกันอยู่สิ้นสุดลงเมื่อสามีและภริยาต่างฝ่ายต่างสมัครใจที่จะกลับมาอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา สำหรับการแยกกันอยู่โดยคำสั่งของศาล การแยกกันอยู่สิ้นสุดเมื่อสามีและภริยาต่างฝ่ายต่างสมัครใจที่จะกลับมาอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาอีกครั้งหนึ่ง ในกรณีนี้ศาลมีอำนาจสั่งให้คำสั่งเดิมที่ให้สามีภริยาแยกกันอยู่สิ้นสุดลงได้¹³⁹

กล่าวโดยสรุป จากหลักกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษพิจารณาประกอบกับหลักกฎหมายอาญาของประเทศไทยได้ว่า ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่มีอิทธิพลต่อการเผยแพร่แนวความคิดทางด้านกฎหมายแก่ประเทศต่างๆ ทั่วโลก ทั้งนี้เนื่องจากประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางด้านกฎหมายประเทศหนึ่งของโลก สำหรับประเทศไทยเองก็ได้รับอิทธิพลแนวความคิดทฤษฎีและหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษมาใช้ในการร่างกฎหมายประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยในส่วนของความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีข่มขืนกระทำชำเราได้นำหลักกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษที่ว่าด้วยเรื่อง "ภูมิคุ้มกันของสามีที่ทำให้สามีได้รับการยกเว้นมิให้ต้องรับผิดในทางอาญากรณีข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน (marital rape exemption)" มาใช้ด้วย โดยบทบัญญัติมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติว่า "ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน..." ดังนั้นประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยมาตรา 276 จึงไม่ถือว่าการที่สามีร่วมประเวณีกับภริยาโดยปราศจากความยินยอมของภริยา สามีมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยา แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษได้วางหลักกรณีที่สามีภริยาแยกกันอยู่หากสามีร่วมประเวณีกับภริยาโดยปราศจากความยินยอมของภริยา สามีมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยา ขณะที่กฎหมายอาญาของประเทศไทยมิได้บัญญัติกฎหมายว่าการกระทำความผิดดังกล่าวของสามีมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยา

¹³⁹P. M. Bromley and N. V. Lowe, *Bromley's family law*, 7th ed. (London: Butterworths, 1987),

3.2.3 ประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่มีลักษณะทางสังคมแบ่งแยกเป็น 2 สมัยอย่างชัดเจน กล่าวคือ สังคมญี่ปุ่นยุคดั้งเดิมหรือที่เรียกว่ายุคก่อนสงครามโลกครั้งที่สองและสังคมญี่ปุ่นยุคปัจจุบันหรือที่เรียกว่ายุคหลังสงครามโลกครั้งที่สอง

สำหรับสังคมญี่ปุ่นยุคดั้งเดิมหรือที่เรียกว่ายุคก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง ลักษณะของครอบครัวเป็นแบบครอบครัวขยาย มีการอบรมสั่งสอนปลูกฝังค่านิยมให้คนในประเทศญี่ปุ่นยอมรับความเป็นผู้นำของชาย ค่านิยมที่กล่าวถึงนี่คือค่านิยมที่ว่า "ชายมีอำนาจเหนือกว่าหญิง" ทั้งนี้เพราะสังคมญี่ปุ่นยอมรับโดยดุษฎีว่า เพศหญิงเป็นเพศที่เต็มไปด้วยบาป โง่เขลา และอ่อนแอ ในขณะที่เดียวกันก็ยอมรับว่าเพศชายเป็นเพศที่เข้มแข็ง หญิงจึงควรเคารพชาย¹⁴⁰

เมื่อพิจารณาจากบทบาทของหญิงในประเทศญี่ปุ่นกับบทบาทหน้าที่ในการเป็นภริยาพบว่า ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาเป็นไปตามระบบที่เรียกว่า "ระบบอีเอะ" กล่าวคือ สามีมีอำนาจเหนือกว่าภริยา ทั้งนี้เพราะสามีต้องอุทิศเวลาให้กับงานภายนอกบ้าน¹⁴¹ สามีจึงเป็นหัวหน้าครอบครัว ส่วนภริยารับผิดชอบงานภายในบ้าน¹⁴² ทำให้สามีให้ความสำคัญต่อความสัมพันธ์ระหว่างครอบครัวน้อยมาก¹⁴³ นอกจากนี้ภริยาเองก็จะถือหลักที่ว่า "ภริยาที่ดี"¹⁴⁴ ภริยาต้องเคารพสามี ภริยาต้องยกย่องสามีเป็นผู้นำ¹⁴⁵ และคอยรับใช้สามีให้สมกับที่ได้ชื่อว่า "ผู้อยู่ในบ้าน (kanai)" ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าภริยาในประเทศญี่ปุ่นยุคดั้งเดิมหรือที่เรียกว่ายุคก่อนสงครามโลกครั้งที่สองได้รับการกดขี่ทางเพศ

¹⁴⁰พิพาดา ยังเจริญ, โลกทัศน์ของสตรีญี่ปุ่นยุคเทคโนโลยี: ความสืบเนื่องและการเปลี่ยนแปลงจากสมัยจารีต, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 247.

¹⁴¹เรื่องเดียวกัน, หน้า 223.

¹⁴²พิพาดา ยังเจริญ, ประวัติอารยธรรมญี่ปุ่น, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 115-166.

¹⁴³ชิเอะ นาคาเนะ, สังคมญี่ปุ่น, แปลโดย วิเชียร อดิชาติการ และ ธีรวิมล คูหะเปรมะ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2469), หน้า 175.

¹⁴⁴พิพาดา ยังเจริญ, โลกทัศน์ของสตรีญี่ปุ่นยุคเทคโนโลยี: ความสืบเนื่องและการเปลี่ยนแปลงจากสมัยจารีต, หน้า 134-150.

¹⁴⁵สมาคมส่งเสริมเทคโนโลยี (ไทย-ญี่ปุ่น), กระจกส่องญี่ปุ่น, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทดวงกมลสมัยจำกัด, 2541), หน้า 83.

ขาดความเป็นอิสระและขาดความเป็นตัวของตัวเอง¹⁴⁶ ทั้งนี้เพราะอำนาจเด็ดขาดอยู่ที่สามีเพียงผู้เดียว

นอกจากนี้กฎหมายครอบครัวของประเทศญี่ปุ่นยุคดั้งเดิมหรือที่เรียกว่ายุคก่อนสงครามโลกครั้งที่สองยังได้มีการวางหลักกฎหมายโดยมีสาระสำคัญของกฎหมายครอบครัวที่ถือว่าชายเป็นใหญ่ในครอบครัว ที่เป็นเช่นนี้เพราะกฎหมายครอบครัวฉบับนี้ยึดหลักการของระบบครอบครัวชายเป็นแม่แบบ ดังนั้นกฎหมายครอบครัวจึงเน้นอำนาจของชายซึ่งเป็นพ่อบ้านมาก¹⁴⁷

จากลักษณะและสภาพสังคมยุคดั้งเดิมหรือที่เรียกว่ายุคก่อนสงครามโลกครั้งที่สองดังที่ได้กล่าวมาในข้างต้นนี้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า สังคมสมัยนั้นเป็นสังคมชายนำ แม้จะมีกฎหมายที่วางหลักของความเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิง แต่ในทางปฏิบัติชายยังมีอำนาจเหนือหญิง สถานภาพของชายจึงอยู่สูงกว่าหญิง¹⁴⁸ ไม่ว่าจะเป็นทางสติปัญญาหรือสรีระ¹⁴⁹ ดังคำกล่าวที่ว่า "ชายยังออกไปทำงานนอกบ้าน ปล่อยให้หญิงอยู่ภายในบ้าน"¹⁵⁰ ที่เป็นเช่นนี้เพราะว่าคนในประเทศญี่ปุ่นยุคดั้งเดิมหรือที่เรียกว่ายุคก่อนสงครามโลกครั้งที่สองยังมีทัศนคติที่ว่าหญิงควรถูกจำกัดและกีดกันไม่ให้ได้รับโอกาสเท่าเทียมกับชาย โดยที่คนในประเทศญี่ปุ่นก็ยอมรับความคิดเห็นดังกล่าวนี้ด้วย¹⁵¹ ดังนั้นความเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิงจึงมีขึ้นในบางกรณีเท่านั้น ทั้งนี้เพราะชายจะยอมรับสภาพความเท่าเทียมกันของหญิงตามกฎหมายได้เฉพาะบางกรณีเท่านั้น¹⁵²

¹⁴⁶พิพาดา ยังเจริญ, โลกทัศน์ของสตรีญี่ปุ่นยุคเทคโนโลยี: ความสืบเนื่องและการเปลี่ยนแปลงจากสมัยจารีต, หน้า 225.

¹⁴⁷มูลนิธิเดอะโอดีไลฟ์, กฎแห่ง 77 ดอกสู่อารยธรรมญี่ปุ่น, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: อักษรพิทยา, 2536), หน้า 225-228.

¹⁴⁸ปรียา อิงคาภิรมย์, รู้จักญี่ปุ่น 1, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ดอกหญ้า, 2545), หน้า 47-53.

¹⁴⁹ปรียา อิงคาภิรมย์, รู้จักญี่ปุ่น 4, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ดอกหญ้า, 2544), หน้า 122-139.

¹⁵⁰สัญญา สัญญาวิวัฒน์, ครอบครัวญี่ปุ่น, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: เจ้าพระยาการพิมพ์, 2528), หน้า 79-88.

¹⁵¹พิพาดา ยังเจริญ, ประวัติอารยธรรมญี่ปุ่น, หน้า 115-166.

¹⁵²สัญญา สัญญาวิวัฒน์, ครอบครัวญี่ปุ่น, หน้า 79-88.

สำหรับสังคมญี่ปุ่นยุคปัจจุบันหรือที่เรียกว่ายุคหลังสงครามโลกครั้งที่สองลักษณะของครอบครัวเริ่มมีแนวโน้มเป็นครอบครัวเดี่ยว¹⁵³ มีขนาดเล็ก สมาชิกในครอบครัวมีเพียงบิดามารดาและบุตร สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา คนในประเทศญี่ปุ่นสมัยหลังสงครามโลกครั้งที่สองได้เริ่มให้ความสำคัญกับครอบครัวมากขึ้น¹⁵⁴ ทั้งนี้เพราะระบบครอบครัวในประเทศญี่ปุ่นได้มีการเปลี่ยนแปลงโดยมีการยอมรับความเท่าเทียมกันระหว่างสามีภริยา โดยถือความเสมอภาคระหว่างสามีภริยา ดังนั้นความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาจึงเป็นความสัมพันธ์ในทางเคารพศักดิ์ศรีเคารพความคิด และให้ความสำคัญต่อครอบครัว โดยมีถือว่าภาระหน้าที่งานภายในบ้านเป็นของภริยา แต่เพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น ฝ่ายสามีเองก็มีหน้าที่ความรับผิดชอบงานภายในบ้านด้วยเช่นกันอันเป็นการช่วยเหลือกันอย่างสามีภริยา ดังนั้นระบบครอบครัวที่เรียกว่า "ระบบอีเอะ" จึงเสื่อมความนิยม ทั้งนี้เพราะประเทศญี่ปุ่นเริ่มเข้าสู่ระบบประชาธิปไตยอันเป็นระบบที่ให้ความสำคัญต่อการเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ สังคมญี่ปุ่นจึงเริ่มยอมรับความเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิงมากขึ้น¹⁵⁵ ระบบครอบครัวแบบเดิมที่ให้สามีเป็นผู้นำมีอำนาจเหนือกว่าภริยาจึงถูกยกเลิกไป ระบบครอบครัวของประเทศญี่ปุ่นในยุคปัจจุบันหรือที่เรียกว่ายุคหลังสงครามโลกครั้งที่สองจึงเป็นระบบครอบครัวที่ประกอบขึ้นด้วยความเสมอภาคกันระหว่างชายหญิง¹⁵⁶

นอกจากนี้กฎหมายครอบครัวของประเทศญี่ปุ่นในยุคปัจจุบันหรือที่เรียกว่ายุคหลังสงครามโลกครั้งที่สองได้มีการเปลี่ยนแปลงไปจากหลักการเดิม กล่าวคือ กฎหมายครอบครัวในยุคปัจจุบันหรือที่เรียกว่ายุคหลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นกฎหมายครอบครัวฉบับที่บัญญัติขึ้นตามการวางระบบของกองกำลังที่ยึดครองประเทศญี่ปุ่น และยึดหลักการที่ว่าด้วยประชาธิปไตยโดยนำหลักการและแนวความคิดของโลกตะวันตกมาเป็นแบบอย่างในการร่างกฎหมาย¹⁵⁷ ดังนั้นกฎหมายครอบครัวในยุคปัจจุบันหรือที่เรียกว่ายุคหลังสงครามโลกครั้งที่สองนี้จึงปฏิเสธระบบที่สามีเป็นใหญ่ในครอบครัว โดยถือหลักความเท่าเทียมกันระหว่างชายผู้เป็นสามีและหญิงผู้เป็นภริยา

¹⁵³สมาคมส่งเสริมเทคโนโลยี (ไทย-ญี่ปุ่น), กระจกสองญี่ปุ่น, หน้า 83.

¹⁵⁴Tadashi Fukutake, Japan society today, 2nd ed. (Tokyo: University of Tokyo Press, 1981), p. 11.

¹⁵⁵สุรางค์ศรี ตันเสียงสม, อำนาจและเป้าหมายของญี่ปุ่นในโลกสมัยใหม่, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 183.

¹⁵⁶บุญยง ชื่นสุวิมล, โครงสร้างสังคมญี่ปุ่น, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทวามการพิมพ์จำกัด, 2543), หน้า 22-77.

¹⁵⁷มูลนิธิเดซีโตไลฟ์, กฎแฉ 77 ดอกสู่อารยธรรมญี่ปุ่น, หน้า 225-228.

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าจากลักษณะพื้นฐานเบื้องต้นของสังคมในประเทศญี่ปุ่นที่ถือชายเป็นใหญ่กว่าหญิงได้เสื่อมสลายไปเมื่อประเทศญี่ปุ่นเข้าสู่สมัยประชาธิปไตย กล่าวคือ สังคมในประเทศญี่ปุ่นยุคปัจจุบันหรือที่เรียกว่ายุคหลังสงครามโลกครั้งที่สองได้ยอมรับหลักการของความเสมอภาคและเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิงภายใต้หลักการและรูปแบบของประชาธิปไตย

จากประเด็นปัญหากรณีการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสามีภริยาเมื่อสามีภริยาแยกกันอยู่ในประเทศญี่ปุ่นพบว่า ประมวลกฎหมายหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นวางหลักกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยบัญญัติไว้ในหลักกฎหมาย The Penal Code of Japan 1961 มาตรา 311¹⁵⁸ ว่า การข่มขืนกระทำชำเรานั้นเป็นการที่ชายใช้กำลังประทุษร้ายหรือโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ เพื่อร่วมประเวณีกับหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีขึ้นไป... จากหลักกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นจะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานี้เป็นการกระทำโดยชายกระทำต่อหญิง โดยที่หญิงผู้เสียหายตามกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นไม่จำกัดเฉพาะว่าจะต้องเป็น "หญิงซึ่งไม่ใช่ภริยา" เท่านั้นผู้กระทำจึงจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ทั้งนี้เพราะกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นใช้คำว่า "sexual intercourse with a women" ดังนั้นหากสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ สามีมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ต่อมาปีคริสต์ศักราช 1991 ประเทศญี่ปุ่นได้ทำการบัญญัติกฎหมายอาญาขึ้นใหม่เรียกว่า Criminal Statutes โดยบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราใน Chapter XXII Crimes of Indecency, Rape and Bigamy มาตรา 178 การข่มขืนกระทำชำเรา ผู้ใดกระทำการร่วมประเวณีผู้อื่น โดยทำให้ผู้อื่นไม่รู้สำนึก หรืออยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปี... จากหลักกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นฉบับนี้จึงเห็นได้ว่าการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายที่ได้ทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนี้เป็นการกระทำโดยบุคคลหนึ่งกระทำต่อบุคคลหนึ่ง โดยมีได้จำกัดว่าผู้ถูกกระทำจะต้องเป็นเพศหญิงเท่านั้น ทั้งนี้เพราะกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นใช้คำว่า "sexual intercourse with another" ดังนั้นหากสามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ สามีมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

กล่าวโดยสรุป จากหลักกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นพิจารณาประกอบกับหลักกฎหมายอาญาของประเทศไทยได้ว่า หลักกฎหมายอาญาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยไม่ถือว่าการที่สามีข่มขืนกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่เป็นความผิด

¹⁵⁸ Juhei Takeuchi, *The American series of foreign Penal code 8 Japan: A preparatory draft for the revised Penal code of Japan 1961* (London: Sweet&Maxwell Limited, 1964), p. 91.

ฐานช่มชื่นกระทำชำเรา ในขณะที่กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นได้มีการบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวของสามีเป็นความผิดฐานช่มชื่นกระทำชำเรา กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยมาตรา 276 ยังใช้บทบัญญัติที่ว่า "หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน" ขณะที่กฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นใช้คำว่า "sexual intercourse with another" กล่าวคือ ผู้เสียหายในความผิดฐานช่มชื่นกระทำชำเรา นี้ คือ บุคคลใดที่ถูกช่มชื่นกระทำชำเรา จึงหมายรวมถึงความรวมถึงหญิงซึ่งเป็นภริยาดังนั้นในประเทศญี่ปุ่นถือว่าการที่สามีช่มชื่นกระทำชำเราภริยาในระหว่างที่สามีภริยาแยกกันอยู่ สามีมีความผิดฐานช่มชื่นกระทำชำเราภริยาของตนด้วย