



ข่มขันกระทำชำเรา : อดีต ปัจจุบัน อนาคต

นายวัชรินทร์ สังข์แก้ว*

๑. บทนำ : กฎหมายในอดีต

ตามกฎหมายตราสามดวงในพระไอยการลักษณะผ้าเมีย^๑ แบ่งเมียออกเป็นสามประเภทคือ

(๑) เมียกลางเมือง ได้แก่หญิงอันบิดามารดากุมมือให้เป็นเมียชาย ได้ชื่อว่าเป็นเมียกลางเมือง โดยทั่วไปเรียกเมียหลวงมิได้เพียงคนเดียว

(๒) เมียกลางนอก ได้แก่ ภรรยาขอหญิงมาเลี้ยงเป็นอนุภรรยา หล้นเมียหลวงลงมาได้ชื่อว่าเป็นเมียกลางนอก โดยทั่วไปเรียกเมียน้อยหรืออนุภรรยา มิได้โดยไม่จำกัดจำนวน

(๓) เมียกลางทาศี ได้แก่ หญิงใดมีทุกข์ยาก ชายช่วยไถ่ได้มาเห็นหมดหน้าเลี้ยงเป็นเมียได้ชื่อว่าเป็นเมียกลางทาศี โดยทั่วไปเรียกทาศีภรรยา มิได้ไม่จำกัดจำนวน นอกจากนี้ ยังมีภรรยาอีก ๒ ประเภท ตามพระไอยการลักษณะมรดกข้อ ๕ คือ ภรรยาอันทรงพระกรุณาพระราชทานให้และภรรยาอันทูลขอพระราชทาน

จะเห็นได้ว่าตามกฎหมายและประเพณีโบราณของไทยอนุญาตให้ชายมีภรรยาได้หลายคน แต่ไม่ยินยอมให้หญิงมีสามีได้มากกว่าหนึ่งคน การที่ชายมีภรรยาได้หลายคน กฎหมายจึงได้จัดลำดับชั้นของภรรยา โดยเมียพระราชทานเป็นใหญ่กว่าเมียหลวง เมียหลวงเป็นใหญ่กว่าเมียน้อย เมียน้อยเป็นใหญ่กว่าเมียทาศี ทั้งนี้ ก็เพื่อกำหนดเบี่ยงปรับชายผู้ เช่น ภรรยาผู้ทำชู้กับเมียกลางเมือง (เมียหลวง) จะถูกปรับเพิ่มเติมตามพระราชกฤษฎีกา ถ้าทำชู้กับเมียกลางนอก (อนุภรรยา) จะถูกปรับห้าส่วนยกเสียส่วนหนึ่งเอาสี่ส่วน ถ้าทำชู้กับเมียกลางทาศีให้ปรับห้าส่วน ยกเสียสองส่วนเอาสามส่วน นอกจากนี้ ก็เป็นการกำหนดส่วนแบ่งมรดกเมื่อผู้ตาย ซึ่งเรียกว่าการแบ่งมรดกภาคภรรยา และการเป็นสามีภรณยานับแต่ใช้กฎหมายตราสามดวงมาเป็นเวลาเกือบ ๖๐๐ ปี ก็ไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนสมรสกันแต่อย่างใด การจดทะเบียนคงใช้เฉพาะการจดทะเบียนสัตว์เท่านั้นเช่น ช้าง ม้า วัว ควาย เป็นต้น ส่วนการลงโทษหญิง ก็จะมีโทษด้วยวิธีประจานโดย “ให้เอาเฉลว”^๒ ปะหน้า ทัดดอกจันแดงสองหู ร้อยดอก

* ศ.บ. น.บ.(มสธ.) นบท. นักศึกษาระดับบัณฑิตศึกษาคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

^๒ เฉลว คือ ดอกจันเป็นรูปดาว.



จะขาดงใส่ศีระะ ใส่คอก ให้นำณะมองดีซ้องประจาง ๓ วัน” หากสามีมื้ออยากให้เม็ญถูประจาง ดั่งกล่าวก็สามารณำเงินมาเส็ญค่าปรับแทนได้

๒. ความผิดเกี่ยวกับเพศในพระไอยการลักษณะผิดเมีย

นอกจากแบ่งเม็ญออกเป็น ๓ ประเภท^๑ แล้ว พระไอยการลักษณะผิดเมียยังกำหนดความผิด ในขณะอยู่กินเป็นสามี – ภรรยาอีกหลายประการ เช่น

- (๑) ซ้อหาเป็นซู้ไม่ถึงซำเราหรือผิดเม็ญท่าน
- (๒) ซ้อหาทำซู้หรือเม็ญมีซู้
- (๓) ผัวบ้องกันเก็ญรติยศและซ้อเส็ญ
- (๔) ซ้อหาซ่มซิ่น
- (๕) ซ่มซิ่นกระทำซำเราเด็ก
- (๖) นายเงินซ่มซิ่นทาส
- (๗) หมิ่นประมาทว่ามีซู้

ความผิดเกี่ยวกับเพศในกฎหมายตราสามดวง มิได้ถือว่าเป็นความผิดทางอาญา คงถือเป็นความผิด ในทางแพ่งเท่านั้น การเป็นซู้เป็นภรรยาที่ชายซู้และหญิงสมัคใจมีเพศสัมพันธ์กัน ส่วนการซ่มซิ่นเป็น ภรรยาที่หญิงไม่ยินยอม โทษชายซู้หรือโทษผิดเม็ญ มีเฉพาะโทษปรับไหม แต่ค่าปรับจะแพงมาก ถึงขนาด หากไม่มีเงินเสียค่าปรับจะต้องไปเป็นทาสสามีของหญิงที่ตนทำซู้หรือซ่มซิ่นกระทำซำเรา ส่วนโทษ ซ้อหาซ่มซิ่นกระทำซำเราก็จะมีโทษปรับเป็นสองเท่าของโทษผิดเม็ญ นอกจากนี้หากทำซู้กับหญิงชาววัง หรือทำกับหญิงในวังทั้งชายและหญิงจะมีโทษหนักและแยกอยู่ในหมวดกฎหมายมณเฑียรบาล เช่น

มาตรา ๑๒๐ ผู้ใดทำซู้ด้วยแม่พระสนม ให้ฆ่าผู้นั้นเสีย ๓ วัน จึงให้ตาย ส่วนหญิง นั้นฆ่าเสียด้วย

ส่วนการซ่มซิ่นกระทำซำเราก็มีลักษณะเช่นเดียวกับการทำซู้กล่าวคือ เป็นภรรยาหญิง ไม่ยินยอมให้ทำซำเรา จึงมีโทษสูงกว่าการทำซู้ และในภรรยาหญิงชาววังเป็นซู้เม็ญกัน (หญิงต่อหญิง) ซึ่ง นิยมเรียกว่า “เล่นเพื่อน” ก็จะมีโทษเข็ญสูงถึง ๕๐ ที แล้วสักคอกประจางรอบพระราชวัง ซึ่งถือว่ามิโทษ สูงกว่าฐานซ่มซิ่นเด็กเส็ญอีก

๓. กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗

ในสมัยรัชการที่ ๕ พระองค์ดำริที่จะจัดระบบกฎหมายและศาลไทย โดยได้ให้คำอธิบาย และเปรียบเปรยว่า^๒ “ระบบกฎหมายและการศาลไทยในขณะนั้นมีสภาพเหมือน เรือกำปั่นที่ถูกเพ็ญ

^๑เรื่องกฎหมายตราสามดวง, กรมศิลปากรจัดพิมพ์เผยแพร่, พ.ศ. ๒๕๒๑, น. ๒๗๖.



และปลวกกินผู้โทรมทั้งลำ แต่ก่อนมานั้นเมื่อร้วแห่งใดก็เข้าไปไม่ตามอุดยาแต่เฉพาะตรงรอยร้วนั้น ที่อื่นก็โทรมลงอีก ครั้นนานเข้าก็ชำรุดหนักลงทั้งลำ เป็นเวลาสมควรที่ต้องตั้งงขึ้นกระดานใหม่เป็นมันคง สืบไป” จึงได้ตรากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ขึ้น ซึ่งถือเป็นกฎหมายอาญาฉบับแรกของไทย และถือเป็นเหตุในการขอยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตกับต่างประเทศด้วย

ในส่วนความผิดเกี่ยวกับเพศอยู่ในหมวด ๖ ว่าด้วยความผิดขัดต่อศีลธรรมอันดี (Offence against morality) โดยมีบัญญัติไว้ในมาตรา ๒๔๐ – ๒๔๘ แบ่งเป็น ๒ ส่วนคือ ส่วนที่ ๑ ว่าด้วยความผิดอันขัดต่อศีลธรรมสาธารณะ และส่วนที่ ๒ ว่าด้วยข่มขืนกระทำชำเราและลามกอนาจาร โดยมีผู้แปลเป็นภาษาไทย ดังนี้คือ

หมวดที่ ๑ ความผิดฐานกระทำอนาจารอันเกี่ยวแก่สาธารณชน

มาตรา ๒๔๑ ผู้ใดข่มขืนเด็กอายุต่ำกว่าสิบสองขวบให้กระทำชำเราก็ดี หรือให้กระทำอนาจารด้วยผู้อื่นก็ดี หรือมันเป็นเหตุให้เกิดอายุต่ำกว่าสิบสองขวบ ให้ผู้อื่นกระทำชำเราหรือทำอนาจารก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินกว่าสองปี แลให้ปรับไม่เกินกว่าพันบาทด้วยอีกโสດหนึ่ง

มาตรา ๒๔๒ ผู้ใดทำชำเราผิดธรรมตามนุษย์ ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดี หรือทำชำเราด้วยสัตว์เดียรฉานก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทอีกโสດหนึ่งด้วย

หมวด ๒ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา ๒๔๓ ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจา ชูเชิญกระทำชำเราขึ้นใจหญิง ซึ่งมีไ้ภรรยาของตนเอง ท่านว่าผู้นั้น ข่มขืนกระทำชำเราต้องระวางโทษ จำคุกตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโสດหนึ่ง

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราขึ้นใจหญิง ซึ่งมีไ้ภรรยาของตนเองท่านว่ามันข่มขืนกระทำชำเรามีความผิด ต้องระวางโทษดุจกันที่ว่ามันนั้น

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนชำเรานั้นมีบาดเจ็บสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทอีกโสດหนึ่งด้วย

ถ้าแลหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้ข่มขืนนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปี จนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปถึงสองพันบาท ด้วยอีกโสດหนึ่ง

^๒สมชาย ปรีชาศิลปปะกุล, ความยกย่อนในประวัติศาสตร์ของบิดาแห่งกฎหมายไทย, บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, กรกฎาคม ๒๕๔๖, น. ๒๔.



มาตรา ๒๔๔ กระทำซ้ำเราเด็กอายุต่ำกว่า ๑๒ ปี__

มาตรา ๒๔๗ ความผิดอย่างใดใดที่เข้ามาในมาตรา ๒๔๓, ๒๔๔, ๒๔๕ และ ๒๔๖ นั้น ถ้าผู้กระทำเป็นบิดา มารดา หรือปู่ ย่า ตา ยาย กิติ ครอบงาจารย์ที่รับเลี้ยงผู้ถูกทำร้ายไว้ก็ดี เจ้าหน้าที่ผู้มีตำแหน่งหน้าที่ปกครองรักษาผู้ถูกกระทำร้ายไว้ก็ดี ท่านว่าต้องระวางโทษของมันผู้กระทำผิดหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในสี่มาตราที่ว่ามานั้นหนึ่งในสามส่วน

มาตรา ๒๔๘ การฟ้องเอาโทษแก่ผู้กระทำผิดกฎหมายหมวดนี้ขึ้น ถ้าคดีเป็นข้อกล่าวหาว่าใช้อำนาจด้วยกำลัง เพื่อขู่ขู่ทำซ้ำเราหญิงตั้งว่าไว้ในตอนต้น แห่งมาตรา ๒๔๓ กิติ หรือว่าคดีมีข้อหาว่าใช้อุบายหลอกลวงทำซ้ำเราขึ้นใจหญิง ตั้งว่าไว้ในตอน ๒ แห่งมาตรา ๒๔๓ นั้น กิติ หรือว่าคดีเป็นข้อหาว่าบังอาจกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุสิบสองขวบขึ้นไป ตั้งว่าไว้ในมาตรา ๒๔๖ นั้นกิติ ท่านให้พิจารณาฐานที่เกิดก่อน ถ้าเหตุมิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัลใช้ ท่านให้ถือว่าต่อผู้ที่ถูกกระทำร้ายมาร้องทุกข์ จึงให้เจ้าพนักงานเอาคดีนั้นขึ้นขึ้นว่ากล่าวตามกระบิลเมือง

จากกฎหมายลักษณะอาญา รศ. ๑๒๗ (ค.ศ. ๑๙๐๘) ในความผิดเกี่ยวกับเพศดังกล่าว อยู่ในหมวดความว่าด้วยความผิดอันขัดต่อศีลธรรม (Offences against morality) ซึ่งคล้ายกับกฎหมายเยอรมัน ในปี ๑๙๖๒ ซึ่งอยู่ในหมวดเดียวกัน (Crime against morality) และมีข้อความใกล้เคียงกัน เช่นกฎหมาย ลักษณะอาญา มาตรา ๒๔๒ ห้ามการกระทำซ้ำเราผิดธรรมชาติต่อชาย หญิง หรือ สัตว์ เป็นความผิด ซึ่งคล้ายกับประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมาตรา ๒๑๖ ส่วนความผิดข้อหาข่มขืนกระทำซ้ำเราตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา ๒๔๓ ข่มขืน โดยใช้กำลังกาย วาจา ขู่ขู่หญิง ซึ่งมีใช้ภรรยาของตนเอง ก็ตรงกับมาตรา ๒๐๔ ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ปี ๑๙๖๒ ทุกประการ แต่จากข้อเท็จจริงดังกล่าวจะเห็นว่ากฎหมายลักษณะอาญาของไทยในความผิดเกี่ยวกับเพศดังกล่าว บัญญัติไว้ทัดเทียมกับกฎหมายเยอรมัน กฎหมายอังกฤษ อย่างไรก็ตาม เมื่อไทยปรับปรุงกฎหมายเป็นประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันได้ยกเลิกความผิดในส่วนกระทำซ้ำเราผิดธรรมชาติออกไป โดยคณะอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเห็นว่ากฎหมายของประเทศอื่น เช่น อิตาลี ฝรั่งเศสไม่มี การฟ้องตามมาตรานี้ก่อให้เกิดความอับอายมากมาย และกรณีจะเป็นความผิดตามมาตรานี้ก็มีน้อย^๓ ทำให้ไม่มีกฎหมายลงโทษการกระทำซ้ำเราผิดมนุษย์อีกนับแต่ปี ๒๕๙๙

^๓รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ ๒๕๕/๔๐๘/๒๕๘๔ วันพฤหัสบดีที่ ๒๓ ธันวาคม ๒๕๘๔, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ๒๕๘๖ (อัดสำเนา) น. ๑๔๐.



๔. ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน

ในปี พ.ศ. ๒๔๙๙ ประเทศไทยได้ปรับปรุงกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ อีกครั้งเป็นประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันที่ประกาศใช้ และให้มีผลบังคับตั้งแต่ ๑ มกราคม ๒๕๐๐ ในส่วนความผิดเกี่ยวกับเพศอยู่ในลักษณะ ๙ มี ๑๒ มาตรา ต่อมาในปี ๒๕๑๔ คณะปฏิวัติได้ออกประกาศ ฉบับที่ ๑๑ เพิ่มมาตรา ๒๗๗ ทวิ, ๒๗๗ ตริ และได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมอีก ๓ ครั้ง ในปี พ.ศ. ๒๕๒๕, ๒๕๓๐ และ ๒๕๔๐ โดยมาตราหลัก คือมาตรา ๒๗๖ ยังคงวางหลักเช่นกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ มาตรา ๒๔๓ ที่ได้ให้ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราว่า “ผู้ใดใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจา ชูเชื้อญกระทำชำเราซึ่งมีใช้ภรรยาของตนเอง...”

(Whoever by violence or by any threat has sexual intercourse with any woman against her will, she not being his wife...) มาเป็นมาตรา ๒๗๖ ที่ว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นซึ่งมิใช่ภรรยาของตน...” (Whoever has sexual intercourse with a woman who is not wife, against her will...) ซึ่งเป็นการเปลี่ยนการใช้ถ้อยคำให้สละสลวยขึ้น เลิกใช้คำว่า “เมีย หรือ ภรรยา” มาใช้คำว่า “ภรรยา” แทน แต่เมื่อพิจารณาตัวบทภาษาอังกฤษแล้วความหมายเหมือนเดิมทุกประการ

๕. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันของ ไทย

จากบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๒๗๖ ความว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นซึ่งมิใช่ภรรยาของตน โดยชูเชื้อญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีและปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

จากมาตรา ๒๗๖ วรรคแรก สามารถแยกองค์ประกอบได้ดังนี้คือ

๑. ผู้ใด
๒. ข่มขืนกระทำชำเรา
๓. หญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน
๔. โดยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

^๕The Siam Penal Code for The Kingdom of Siam (Draft Version) R.S. 127 (1908), The A.P. Mission Press, B.E. 2470, p' 64.



- ๔.๑ โดยขู่เชี้ยด้วยประการใด ๆ
- ๔.๒ โดยใช้กำลังประทุษร้าย
- ๔.๓ โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้
- ๔.๔ โดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

๕. โดยเจตนา

ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้คือ

“ผู้ใด” ตามความหมายมาตรานี้มีผู้ให้ความเห็นไว้ ๓ แนวกล่าวคือ

๑. แนวที่เห็นว่า **“ผู้ใด”** เป็นใคร ก็ได้เพราะตัวบทไม่ได้กำหนดไว้
 - ศ.ดร.หยุด แสงอุทัย^๕ เห็นว่า เมื่อไม่ได้กำหนดความหมายไว้ และตัวบทมิได้ระบุว่า “ชายใด”หญิงจึงไม่ขาดคุณสมบัติเป็นตัวการ ผู้ใดจึงหมายความได้ทั้งชายและหญิง กล่าวคือ ไม่ว่าจะชายหรือหญิงก็สามารถทำความผิดฐานนี้ได้
 - ๒. แนวที่เห็นว่า **“ผู้ใด”** มีความหมาย “เฉพาะชาย” เท่านั้น
 - ศ.จิตติ ติงศภัทย์^๖ เห็นว่า โดยสภาพผู้ลงมือกระทำมิได้แต่ชาย การกระทำระหว่างหญิงต่อหญิง หรือชายต่อชายจึงไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่ามีความผิดได้เฉพาะชาย หากมีผู้ร่วมกระทำผิดผู้อื่นก็เป็นตัวการด้วยได้
 - ศ.ธานินทร์ กรัยวิเชียร^๗ เห็นว่า ถ้อยคำในมาตรา ๒๗๖ ที่ว่า... กระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน ...ถ้อยคำนี้ชัดเจนว่าผู้ใดนี้เฉพาะผู้กระทำชำเราต้องเป็นชายเท่านั้น ส่วนหญิงไม่สามารถลงมือข่มขืนเองได้ ซึ่งเป็นไปตามลักษณะทางกายภาพของหญิง
 - อาจารย์สุปัน พูลพัฒน์^๘ เห็นว่า “โดยหลักแล้วหญิงในฐานะส่วนตัวไม่สามารถกระทำชำเราได้เลย และชายจะเป็นผู้เสียหายเพราะถูกหญิงกระทำชำเราไม่ได้ดั่งกัน”
 - ๓. แนวที่เห็นว่า **“ผู้ใด”** เป็นชายเท่านั้น หญิงเป็นได้แค่เพียงผู้สนับสนุน
 - ศ.ไพจิตร ปุญญพันธ์ เห็นว่าหญิงโดยสภาพไม่อาจข่มขืนผู้อื่นได้ จึงเป็นได้เพียงผู้สนับสนุนเท่านั้น
 - ศ.ไพจิตร ปุญญพันธ์ เห็นว่าหญิงโดยสภาพไม่อาจข่มขืนผู้อื่นได้ จึงเป็นได้เพียงผู้สนับสนุนเท่านั้น

^๕หยุด แสงอุทัย, บุคคลที่ไม่สามารถเป็นตัวการได้ในทางอาญา, บทบัณฑิตย, เล่ม ๒๐ ตอน ๔, น. ๗๘๓.

^๖จิตติ ติงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค ๒ ตอน ๑, จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๔๓, น. ๗๑๘.

^๗ธานินทร์ กรัยวิเชียร, ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา, วารสารนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เล่ม ๒ ตอน ๔, น. ๗๐-๗๑.

^๘สุปัน พูลพัฒน์, คำอธิบายกฎหมายอาญาเรียงมาตรา, นิติบรรณาการ พิมพ์ครั้งที่ ๑๖, ๒๕๒๑, น. ๑๒๐.



จากปัญหาดังกล่าว ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาโดยที่ประชุมใหญ่ตามคำพิพากษาฎีกาที่ ๘๐๕/๒๕๙๐ ว่า ผู้ที่ช่วยจับแขนขาหญิงให้ชายอื่นกระทำชำเรา นั้นถือว่าเป็นตัวการในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วย ซึ่งเป็นคำวินิจฉัยในขณะใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ มาตรา ๒๕๓ ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกายหรือด้วยวาจาขู่เข็ญ กระทำชำเราขึ้นใจหญิง ซึ่งมีใช้ภรรยาของตนเอง ท่านว่าผู้นั้นกระทำชำเรา...” ต่อมาเมื่อใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน เมื่อ ๑ มกราคม ๒๕๐๐ ศาลฎีกาก็ได้วินิจฉัยตามแนวเดิมนี้อย่างตลอด (ฎีกาที่ ๒๕๐/๒๕๑๐, ๕๙/๒๕๒๔) โดยให้เหตุผลว่า แม้โดยสภาพของการกระทำชำเราจะมีได้แต่ชายเท่านั้น แต่หญิงก็เป็นตัวการร่วมด้วยได้

ข่มขืนกระทำชำเรา หมายถึง กระทำชำเราโดยหญิงไม่สมัครใจหรือใช้กำลังบังคับหญิง ซึ่งความผิดฐานนี้ความยินยอมถือเป็นสาระสำคัญหากหญิงยินยอมยอมไม่เป็นความผิดเลย ในขณะที่เดียวกันแม้ความผิดดังกล่าวจะมีโทษสูง แต่ถ้าไม่เข้ามาตรา ๒๕๑ ก็ให้เป็นความผิดอันยอมความได้เพราะกฎหมายดังกล่าวมีคุณธรรมทางกฎหมายคือ เป็นเรื่องเสรีภาพทางเพศ^๔ กล่าวคือ ขึ้นกับความพอใจของหญิงว่าตนต้องการมีเพศสัมพันธ์ (sexual intercourse) กับใคร โดยความยินยอมต้องเกิดก่อนการกระทำชำเรา

การข่มขืน ปัจจุบันศาลฎีกาของไทยยังคงจำกัดความหมายเพียงว่าเป็นเฉพาะกรณีใช้อวัยวะเพศชาย (penis) สอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง (vagina) เท่านั้น (ฎีกาที่ ๘๔๗/๒๕๙๑) ไม่ว่าอวัยวะเพศชายจะล่งล้ำเข้าไปเพียงใด จะสำเร็จความใคร่หรือไม่ (ฎีกาที่ ๑๑๓๓/๒๕๐๙, ฎีกาที่ ๑๖๔๖/๒๕๓๒) ก็จะเป็นความผิดสำเร็จ หากเพียงแต่อวัยวะเพศชายเพียงแต่ถูกลอยอยู่ด้านนอกอวัยวะเพศหญิง ไม่อาจสอดใส่เข้าไปได้ ไม่ว่าจะเพราะขนาดต่างกัน หรือด้วยประการอื่นใด คงเป็นความผิดเพียงพยายามกระทำชำเรา

นอกจากนี้ ศาลฎีกายังตีความคำว่าหญิงที่จะถูกข่มขืนว่าต้องเป็นหญิงตามเพศกำเนิดเท่านั้น ชายที่แปลงเพศเป็นหญิง หากถูกข่มขืนก็คงมีความผิดฐานอนาจารเท่านั้น (คำพิพากษาฎีกาที่ ๘๔๗/๒๕๙๑, ๑๐๔๘/๒๕๑๘) ดังนั้น จึงเห็นว่าในปัจจุบันการใช้อวัยวะเพศชายกระทำต่อช่องทวารหนักของชายหรือหญิง ใช้อวัยวะเพศสอดใส่เข้าไปในช่องปาก (oral or mouth) ของหญิงหรือชาย (fellatio) หรือใช้ปากกระทำต่ออวัยวะเพศหญิง (cunnilingus) ซึ่งการกระทำดังกล่าวผู้ถูกกระทำไม่ยินยอมหรือถูกบังคับให้กระทำ ซึ่งผู้ถูกกระทำขะเขย่ง รังเกียจ อาจติดเชื้อโรคพอ ๆ กับกระทำต่ออวัยวะเพศเช่นกัน อันเป็นการประทุษร้ายทางเพศ (sexual assault) แต่ผู้กระทำคงมีความผิดเพียงอนาจารเท่านั้น และเมื่อศาลฎีกาวินิจฉัยว่าต้องเป็นอวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปในช่องคลอดของหญิง

^๔ คณิต ฌ นคร, ดร.ศ., *กฎหมายอาญาภาคความผิด*, บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, มิถุนายน ๒๕๔๕,



คงมีปัญหาต่อไปว่าหากกรณีหญิงแปลงเพศเป็นชายจะถือว่าเป็นอวัยวะเพศชายหรือไม่และจะมีความผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นหรือไม่ยังคงเป็นปัญหาอยู่ในปัจจุบัน

หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน

ภริยา หมายถึง ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ส่วนชายผู้กระทำไม่จำเป็นต้องเป็นสามีจะเป็นใครก็ได้ ส่วนผู้อื่นที่ร่วมกระทำในลักษณะเป็นตัวการกับสามี เช่น ช่วยบังคับขู่เข็ญ จับแขนขา ไม่ผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่อาจผิดในความผิดต่อเสรีภาพหรือทำร้ายร่างกายได้ ในทางตรงกันข้ามหากสามียินยอมให้ผู้อื่นกระทำชำเราภริยาของตน โดยสามีช่วยจับแขนขา ทั้งสามีและพวกมีความผิดฐานร่วมกันข่มขืนได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อกฎหมายบัญญัติว่า “หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน” ดังนี้ จะตีความหมายไปได้ว่า หากสามีข่มขืนภริยาตนแล้วก็ไม่เป็นความผิด เมื่อภริยาไปร้องทุกข์ในทางปฏิบัติเจ้าพนักงานตำรวจมักไม่รับแจ้งความร้องทุกข์ เพราะเห็นว่ากฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนแล้ว จึงทำให้มองเห็นว่าสามีข่มขืนภริยาไม่มีความผิดใด ๆ เว้นแต่จะเป็นการใช้กำลังทำร้ายร่างกายจึงเป็นความผิดในหมวดความผิดต่อชีวิตร่างกาย หรือในหมวดเสรีภาพ จึงได้มีกลุ่มสิทธิสตรีและนักกฎหมายพยายามแก้ไขกฎหมายในส่วนนี้ ให้สามีมีความผิดข้อหาข่มขืนภริยาได้ เช่น กรณีสามีป่วยเป็นโรคติดต่ออย่างร้ายแรง แยกกันอยู่ตามคำสั่งศาล อยู่ระหว่างฟ้องร้องเพื่อหย่า เพราะถึงแม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๖๑ สามีภริยาจำต้องอยู่ด้วยกันฉันท์สามีภริยา ก็มีได้หมายความว่าสามีจะใช้อำนาจบังคับกระทำชำเราภริยาได้ทุกกรณี แม้จะเป็นความผิดต่อเสรีภาพตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๓๐๙ แล้วก็ตาม จึงมีผู้ต้องการเพิ่มเติมข้อความในมาตรา ๒๗๖ เพื่อให้สามารถคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในทางเพศแก่ภริยามากขึ้น

โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ

โดยขู่เข็ญ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ โดยหญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น เหล่านี้เป็นวิธีการกระทำทั้งสิ้น

ขู่เข็ญ หมายความว่า ทำให้กลัวว่าจะได้รับอันตรายในอนาคตซึ่งอาจเป็นการกระทำต่อหญิงนั่นเองหรือต่อผู้อื่นที่หญิงเกี่ยวข้องอยู่ด้วย เช่น บิดา บุตร เป็นต้น

ใช้กำลังประทุษร้าย หมายความว่า ใช้กำลังกระทำต่อกายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะ เป็นแรงทางกายภาพ หรือด้วยวิธีอื่นใด รวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ไม่ว่าใช้ยา สะกดจิต หรือวิธีอื่นที่คล้ายคลึงกัน

โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หมายถึง หญิงไม่สามารถขัดขืนได้โดยสภาพของหญิงเอง อาทิ หญิงเป็นเด็ก ป่วยเจ็บ รวมถึงหญิงถูกกระทำจนไม่สามารถขัดขืนได้ อาทิ ถูกมัด ถูกวางยา

บทความทวิวิชาการ



โดยหญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น เช่น ขณะหญิงกำลังหลับ ผู้กระทำเข้าไปกระทำ
ซ้ำเรา

อย่างไรก็ตาม หลังจากที่ประเทศไทยได้ใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันความผิด
ข้อหากระทำซ้ำเราผิดธรรมดาตามนุษย์ด้วยชายก็ดี หญิงก็ดี หรือทำซ้ำเราด้วยสัตว์เดียรฉานก็ดี... ตาม
กฎหมายลักษณะอาญา รศ. ๑๒๗ มาตรา ๒๔๒ ตลอดจนตามกฎหมายตราสามดวง ได้ถูกยกเลิกไป
ศาลฎีกาของไทยยังคงตัดสินในความผิดข้อหากระทำซ้ำเราอย่างเคร่งครัดตามตัวบท และวางหลักไว้
อย่างชัดเจนว่า การกระทำซ้ำเราต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น
ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ซึ่งต่างจากกฎหมายและคำพิพากษาของศาลในประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส อังกฤษ
สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ ได้มีการตัดสินว่า การกระทำซ้ำเราไม่ว่าจะใช้อวัยวะเพศหรือ
วัตถุอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดหรือทวารหนักหากผู้ถูกกระทำไม่ยินยอม ถือเป็นกรกระทำซ้ำเรา
ทั้งสิ้น จึงเห็นว่าศาลฎีกาในขณะที่ใช้กฎหมายลักษณะอาญาได้พัฒนาหลักกฎหมายจนปัจจุบัน
ศาลต่างประเทศตัดสินตาม แม้จะโดยบังเอิญหรือไม่ก็ตาม และได้พัฒนาแก้ไขกฎหมายจะสามารถ
คุ้มครองปัจเจกบุคคลได้เต็มตามการพัฒนารฐานเศรษฐกิจสังคม แต่ศาลฎีกาในปัจจุบันของไทยยังคง
ไม่เปลี่ยนแปลงใด ๆ เลย โดยสาเหตุส่วนหนึ่งอาจเป็นเพราะไทยยังไม่ได้แก้กฎหมายให้ทันสมัยทันกับ
นานาอารยประเทศ สถาบันกฎหมายอาญาลำดับงานอัยการสูงสุด ร่วมกับองค์การทุนเพื่อเด็กแห่ง
สหประชาชาติ (UNICEF) ได้เห็นปัญหาดังกล่าวจึงได้จัดสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง “มาตรการใหม่ทาง
กฎหมาย : รูปธรรมในการคุ้มครองเด็กที่เป็นเหยื่ออาชญากรรมทางเพศ” โดยได้เสนอแนวทางในการ
แก้ปัญหา ๓ ประการ คือ

๑. ให้คำนิยามของการกระทำซ้ำเราให้มีความหมายขยายออกไปจากเดิม

โดยขอเพิ่มความหมายการกระทำซ้ำเรา ในมาตรา ๑(๑๔) เป็น “การกระทำซ้ำเรา
หมายรวมถึง ทำการสวมหรือใส่อวัยวะเพศเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น หรือใช้ปาก
กระทำแก่อวัยวะเพศของผู้อื่น หรือใช้อวัยวะเพศกระทำแก่ปากของผู้อื่น เพื่อสนองความใคร่ของตนหรือ
บุคคลที่สาม ทั้งนี้ไม่ว่าจะทำกับบุคคลเพศเดียวกันหรือคนละเพศ

๒. ขยายขอบเขตฐานความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราและกระทำซ้ำเราให้รวมถึงกระทำ
แก่ชาย หรือเด็กชายด้วย

๓. ขยายความผิดให้ผู้ผลิตวัตถุลามกที่มีเสียงหรือภาพของเด็กได้รับโทษหนักขึ้น รวมถึง
ผู้มีไว้ในครอบครอง วัตถุดังกล่าว ก็มีความผิดด้วย โดยได้เสนอเป็นร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม
ประมวลกฎหมายอาญา แต่ยังคงไม่เปลี่ยนแปลงเป็นว่า ผู้ใดข่มขืนผู้อื่น เพราะเกรงว่าสามีจะมีความผิด
ข้อหาข่มขืนภริยาด้วย โดยเกรงว่าจะกระทบสถาบันครอบครัว



๖. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายสหราชอาณาจักร

สหราชอาณาจักรได้มีการออกกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศฉบับล่าสุด ปี ๒๕๔๖ มีผลใช้บังคับเมื่อ ๑ พฤศจิกายน ๒๕๔๖ ชื่อ Sexual Offence Act ๒๐๐๓ โดยได้ขยายความคุ้มครองออกไปจากกฎหมายเดิม โดย

มาตรา ๑ ได้ให้ความหมายของการข่มขืนไว้ว่า^{๑๑}

S.๑ “RAPE”

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

- (a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person
- (B) with his penis.
- (b) B does not consent to the penetration, and
- (c) A does not reasonably believe that B consents

จาก Sexual offence Act ๒๐๐๓(SOA-๒๐๐๓) ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงองค์ประกอบภายนอกของการกระทำผิดจากเดิม มาตรา ๑๔๒ Criminal Justice and Public Order Act ๑๙๙๔ ที่กำหนดให้เฉพาะชายทำการข่มขืนกระทำชำเราหญิงหรือชายอื่น ไม่ว่าจะโดยทางช่องคลอด (Vaginal) หรือทวารหนัก (anal) โดยผู้นั้นไม่ยินยอม แต่ใน SOA-๒๐๐๓ กำหนดผู้กระทำเป็นว่า “ผู้ใด” เท่านั้น ผู้กระทำจึงไม่จำกัดเฉพาะชายอีกต่อไป ทั้งได้ขยายคุ้มครองการใช้อวัยวะเพศชายกระทำต่อช่องปาก (Oral rape) ทวารหนักไม่จำกัดเฉพาะช่องคลอดอีกต่อไป ซึ่งในส่วนการใช้เครื่องมือหรือวัสดุอื่นใดกระทำต่ออวัยวะดังกล่าวยังคงเป็นความผิดทั้งสิ้น (sexual assault) และได้กำหนดความผิดใหม่ เช่น การกระทำที่เป็นการเบี่ยงเบนทางเพศ เช่นอวดอวัยวะเพศ (Exposure), แอบถ่ายภาพ ถ้ามอง หรือใช้ที่วิจจจริต (Voyeurism), ตลอดจนมีเพศสัมพันธ์กับสัตว์ (Intercourse with an animal) เป็นความผิดอย่างไรก็ตาม ใน SOA – ๒๐๐๓ ยังคงองค์ประกอบสำคัญเดิมไว้คือ ต้องเป็นการกระทำโดยใช้อวัยวะเพศชาย กระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unlawful) และเป็นการกระทำโดยผู้อื่นไม่ยินยอม (consent) นอกจากนี้ การประทุษร้ายทางเพศ (sexual assault) ยังให้ความหมายเพิ่มเติมของการข่มขืนกระทำชำเราเพิ่มเติมไว้ในมาตรา ๒ ทั้งได้ให้ความหมายของความยินยอมไว้ในมาตรา ๗๔ และความหมายของช่องคลอด (vagina) รวมถึงตัวอวัยวะเพศด้านนอก (vulva) ด้วยคือ

S. ๒ assault

Assault by penetration

(๑) A person (A) commits an offence if

^{๑๑}Sexual Offence Act 2004<<http://www.Legislation.hmso.gov.uk/acts/act2003/30042-b.htm>>



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

S. ๗๔ “Consent”

For the purposes of this part a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice

S. ๗๕ Part ๑ : general interpretation

- (a) Vagina includes vulva

จึงเห็นได้ว่า ความผิดข่มขืนกระทำชำเราตาม SOA – ๒๐๐๓ มีความหมายถึง ผู้ใดข่มขืนผู้อื่นโดยการใช้อวัยวะเพศ, ล้วงล้าหรือสอดใส่ (penetration) เข้าไปใน Vagina, anus, oral (mouth) ของผู้อื่น หรือบังคับให้ผู้อื่นกระทำต่อตนโดยผู้อื่นไม่ยินยอม ส่วนความผิดข้อหาประทุษร้ายทางเพศ(Sexual Assult) เป็นการใช้อวัยวะอื่นใดล้วงล้าหรือสอดใส่ (penetration) เข้าไปใน Vagina, anus, oral (mouth) หรืออวัยวะอื่นใดโดยบุคคลอื่นนั้นไม่ยินยอมก็จะเป็นความผิดทั้งสิ้น

๗. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

จาก Model Penal Code ๑๙๖๒^{๑๐} มาตรา ๒๑๓.๐ ได้ให้คำจำกัดความของการข่มขืนกระทำชำเราให้รวมถึงการข่มขืนทางช่องคลอดหรือทางทวารหนัก โดยการล้วงล้าของอวัยวะเพศหรือเพียงถูไถ โดยไม่จำเป็นต้องหลั่งน้ำอสุจิ

มาตรา ๒๑๓.๑ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดที่เกี่ยวข้อง

- (๑) การข่มขืน ชาย จะกระทำผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นซึ่งมิใช่ภรรยาของตน เมื่อ
 - (a) โดยใช้กำลังบังคับ, หรือจะทำอันตรายแก่ชีวิต, ทำอันตรายแก่ร่างกาย ให้ได้รับบาดเจ็บสาหัส หรือลักพาตัวผู้หนึ่งผู้ใด หรือ
 - (b) โดยทำให้ไม่สามารถช่วยตนเองได้ หรือในภาวะไม่อาจขัดขืนได้ หรือโดยใช้ยา เครื่องมีนเมาหรือโดยวิธีอื่นใดทำให้อยู่ในภาวะไม่สามารถต่อสู้ขัดขืนได้ หรือ
 - (c) โดยทำต่อหญิงที่ไม่สามารถควบคุมตัวเองได้ (unconscious)
 - (d) ทำต่อเด็กหญิงอายุน้อยกว่า ๑๐ ปี

^{๑๐}Model Penal Code Official Draft and Explanatory note, The American Law Institute 1985, p. 131.



จะเห็นว่า ใน Model Penal Code (MPC) ดังกล่าวไม่ได้มีข้อห้ามที่สามี่ข่มขืนกระทำชำเรา ปรกติจะเป็นความผิด และจาก MPC สามารถแยกองค์ประกอบความผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเราได้ ๒ องค์ประกอบ คือ

- (๑) เป็นการกระทำชำเราที่ผิดกฎหมาย (Unlawful sexual intercourse)
- (๒) กระทำโดยใช้กำลัง (force) ทำให้กลัว (fear) หรือโดยใช้กลอุบาย (trick)

การกระทำชำเราที่ผิดกฎหมาย

จาก MPC จะเห็นว่าชายไม่อาจถูกกระทำชำเราได้ และศาลรัฐมิชิแกนเห็นว่า โดยสภาพธรรมชาติทางเพศของมนุษย์ การข่มขืนไม่ควรจำกัดอยู่เฉพาะชาย จึงไม่ใช่คำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” แต่ใช้คำว่า “ผู้กระทำ” แทน ส่วนความหมายของการข่มขืนยังคงเป็นการล่วงล้ำ (penetration) ของอวัยวะเพศชาย เข้าไปในช่องคลอดของหญิง โดยไม่จำเป็นต้องมีการหลั่งน้ำอสุจิ (ejaculation or emission) แต่อย่างไรก็ตาม MPC ในปี ๑๙๘๖ ศาลในคดี State V.Stevens, ๕๑๐๔.๒ด ๑๐๗๐ (Me) ศาลได้พิพากษาว่าหญิงก็สามารถข่มขืนกระทำชำเราชายได้ โดยกฎหมายของมลรัฐเวอร์มอนท์ เรียกว่า มาตรการคุ้มครองผู้ถูกกระทำชำเรา (rape shield law)

การกระทำโดยใช้กำลังทำให้กลัวหรือใช้อุบายล่อลวง (Committed by use of force, fear, or trick)

การกระทำอาชญากรรมดังกล่าวมักเกิดจากความไม่ยินยอมและมีการต่อสู้ขัดขืนก็จะมี การใช้กำลังหรือทำให้กลัว จนบางครั้งผู้ถูกกระทำถึงกับข้อคิดทั้งการกระทำดังกล่าวมักมีประจักษ์พยาน น้อยมาก ทั้งผู้ถูกกระทำก็แจ้งความร้องทุกข์น้อยมากด้วยกลัวในเรื่องความสัมพันธ์ในครอบครัวและ อาจเป็นปัญหาเกี่ยวกับสามีเมื่อไปแจ้งความหลังวันเกิดเหตุ เจ้าหน้าที่ตำรวจก็ไม่สามารถหาร่องรอยใดๆ ได้ โดยเฉพาะหากเจ้าพนักงานตำรวจเป็นชายจะทำให้ได้ข้อมูลน้อยกว่าเจ้าพนักงานตำรวจที่เป็นหญิงมาก ภาระการพิสูจน์ในศาลปัจจุบันโจทก์จึงพิสูจน์เพียงว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้น การกระทำดังกล่าว โดยผู้เสียหายไม่ยินยอมหรือขัดกับเจตนารมณ์ โดยมีพฤติกรรมการ MPC มาตรา ๒๑๓.๑ ส่วนการใช้ อุบายล่อลวงก็โดยหลอกผู้ถูกกระทำว่าเป็นการรักษาโรค เชื้ออุบายใดๆ ก็ได้ จนทำให้ผู้ถูกกระทำ หลงเชื่อและยินยอมให้กระทำชำเรา

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า MPC ไม่ได้กำหนดข้อหาสามี่ข่มขืนกระทำชำเราปรกติเป็น ความผิด ในกรณีสามี่มิได้ข่มขืนเองเช่นเป็นผู้ช่วยเหลือ สนับสนุนหรือจัดหาภรรยาให้ผู้อื่นกระทำชำเรา สามี่ยอมมีความผิดได้ รวมถึงให้ภรรยาถูกข่มขืนโดยหญิงอื่นก็ตาม



กรณีหญิงสามารถกระทำความผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเรา เช่น จำเลยเป็นหญิงใช้อาวุธอื่นบังคับหญิงอื่นให้ใช้ปากกระทำต่ออวัยวะเพศชาย (fellatio) ของสามีจำเลย โดยถือว่าเป็นตัวการชั้นที่ ๑ (first degree)

(คดี State v.Thomas ปี ๑๙๘๑) ซึ่งศาลสูงมลรัฐเทนเนสซี ให้เหตุผลว่าจำเลยไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ลงมือกระทำผิดด้วยตนเอง นอกจาก MPC จะบัญญัติเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราแล้ว MPC ยังได้บัญญัติในมาตรา ๒๑๓.๒ ให้การชำเราที่ผิดปกติ (Deviate Sexual Intercourse) เป็นความผิดด้วย มีชื่อเรียกเฉพาะว่า Sodomy ทั้งคำจำกัดความของการข่มขืน รวมถึงการชำเราทางทวารหนักด้วย (per anum) ต่อมาสหรัฐอเมริกาได้ปรับปรุงกฎหมายในมลรัฐต่างๆทั้ง ๕๐ มลรัฐ และ District of Columbia และศาลได้พิพากษาให้ขยายฐานความผิดออกไปจนเป็นหลักกฎหมายโดยความผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเราเป็นกรณีที่ ผู้ใดข่มขืนผู้อื่นทั้งสิ้น โดยการล้วงล้ำ (penetration) รวมถึงการใช้ลิ้นหรือวัสดุอื่นใดด้วย (Sexual penetration includes sexual (vagina) intercourse cunnilingus, fellatio, or anal intercourse และตามประมวลกฎหมายสหรัฐ (US CODE COLLECTION)^{๑๒} ได้ให้ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราในมาตรา ๒๒๔๖

(๒) the term “sexual act” means-

- (A) contact between the penis and the vulva or the penis and the anus, and for purposes of this subparagraph contact involving the penis occurs upon penetration, however slight;
- (B) contact between the mouth and the penis, the mouth and the vulva, or the mouth and the anus ;
- (C) the penetration, however slight, of the anal or genital opening of another by a hand or finger or by any object, with an intent to abuse, humiliate, harass, degrade, or arouse or gratify the sexual desire of any person; or
- (D) the intentional touching, not through the clothing, of the genitalia of another person who has not attained the age of 16 years with an intent to abuse, humiliate, harass, degrade, or arouse or gratify the sexual desire of any person;

จะเห็นว่าความหมายของการกระทำทางเพศได้ขยายขอบเขตออกไปเป็นอันมาก ซึ่งนับตั้งแต่ปี ๑๙๙๕ เป็นต้นมาทุกมลรัฐได้นำไปเป็นแบบในการร่างกฎหมายดังกล่าว ในปัจจุบันความผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเราของสหรัฐอเมริกาได้ครอบคลุมการกระทำทุกอย่างโดย เป็นการที่

^{๑๒}<<http://www4.law.cornell.edu/uscode/18/2246.html>>



ผู้ใดข่มขืนผู้อื่นเช่นเดียวกับนานาชาติ และหากนำหลักกฎหมายเดิมมาเปรียบเทียบกับกฎหมายปัจจุบันจะพบดังตารางดังต่อไปนี้

ตารางเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายเก่าและกฎหมายใหม่ของสหรัฐอเมริกา^{๑๓}

กฎหมายเก่า	กฎหมายที่รัฐส่วนใหญ่ใช้ในระยะเวลา ๓๐ ปี ที่ผ่านมา
(๑) จำกัดเฉพาะหญิงเท่านั้นจึงจะเป็นผู้เสียหายหรือตกเป็นเหยื่อได้	(๑) บุคคลทุกเพศ (ชายหรือหญิง) สามารถเป็นผู้เสียหาย (เหยื่อ) ได้
(๒) จำกัดเฉพาะชายเท่านั้นจึงจะเป็นผู้กระทำความผิดได้	(๒) บุคคลทุกเพศ (ชายหรือหญิง) สามารถเป็นผู้กระทำผิดได้ (คดี State v. Stevans, ๕๑๐ A๒d ๑๐๗๐ (Me) ศาลพิพากษาว่าหญิงที่เป็นผู้ใหญ่สามารถข่มขืนกระทำชำเราเด็กชายอายุ ๑๓ ปีได้)
(๓) สามี่ไม่มีความผิดข้อหาข่มขืนภรรยา (อาจผิดข้อหาทำร้ายร่างกายหรือประทุษร้าย)	(๓) ในหลายมลรัฐกำหนดความผิดให้สามี่ผิดข้อหาข่มขืนภรรยาได้
(๔) การข่มขืนกระทำชำเรา มีความหมายเพียงว่าเป็นการสอดใส่อวัยวะเพศชาย (penis) เข้าไปในช่องคลอดของหญิง (vagina) โดยหญิงไม่ยินยอมเท่านั้น	(๔) การมีเพศสัมพันธ์ได้ขยายคำจำกัดความออกไป ไม่เพียงร่วมเพศทางช่องคลอดเท่านั้น การใช้ลิ้นกับอวัยวะเพศหญิง (cunnilingus) การใช้ลิ้นกับอวัยวะเพศชาย (fellatio) การร่วมเพศทางทวารหนัก (anus) หรือการใช้เครื่องมือวัสดุอื่น ๆ ส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายกระทำต่ออวัยวะเพศหรือทวารหนักก็เป็นความผิด โดยไม่จำเป็นต้องมีการหลั่งใด ๆ (Section ๙๔๐.๒๒๕ (๕) (c) of the Wisconsin Criminal code

๘. ความผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ตามประมวลกฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศส^{๑๔} (Code Penal) ค.ศ. ๑๙๘๕ มาตรา ๓๓๒ และประมวลกฎหมายอาญานับปัจจุบัน ค.ศ. ๑๙๙๔ ประกาศใช้ปี ค.ศ. ๑๙๙๕ ในมาตรา ๒๒๒ – ๒๓๓ บัญญัติว่า

^{๑๓}Thomas J.Gardner, Terry M. Anderson, "Criminal Law" 8 th Edition, Tomson Wadsworth 2003, p. 402.

^{๑๔}<http://www.adminet.com/code/CPENALLL-222-23.htm> และ The France Penal Code, Sweet&Maxwell Limited London 1995, p.90.



Article 222-23

“Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol.

Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle.”

การข่มขืนกระทำชำเรา (Viol) คือ การกระทำทุกอย่าง (tout acte) ที่มีการล้วงล้าหรือการสอดใส่ ไม่ว่าจะโดยวิธีธรรมชาติ หรือวิธีอื่นใด (qu'il soit) ต่อบุคคลอื่น โดยใช้กำลังประทุษร้าย (par violence) โดยการบังคับขู่เข็ญ (Contrainte) หรือด้วยวิธีอื่นใด ประกอบกัน (Constituer)

การกระทำทุกอย่าง จึงไม่จำกัดว่าต้องเป็นเฉพาะอวัยวะเพศชายเท่านั้นที่ล้วงล้าเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง แต่รวมถึงการใช้วัสดุอื่นใดสอดใส่เข้าไปก็เป็นความผิดและการล้วงล้า หรือการสอดใส่ ก็ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นเฉพาะอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น การล้วงล้าหรือการสอดใส่วัสดุอื่นใดทางทวารหนักทางปาก ฯลฯ หากผู้ถูกกระทำไม่ยินยอม โดยถูกบังคับขู่เข็ญก็เป็นความผิดด้วย

๙. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

สหพันธ์รัฐสาธารณรัฐเยอรมัน ได้แก้ไขประมวลกฎหมายอาญาใหม่และประกาศใช้ตั้งแต่วันที่ ๑ มกราคม ๒๕๔๒ (Stand : ๑ Januar ๑๙๙๙)^{๑*} ส่วนความผิดในทางเพศอยู่ในหมวดที่ ๑๓ ว่าด้วยความผิดต่อการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง (Drcizehnter Abschnitt. Straf taten gegen die sexuelle selbstbestimmung) ตั้งแต่มาตรา ๑๗๔ – ๑๘๔ โดยบทบัญญัติที่ให้ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเรา (Vergewaltigung) อยู่ในมาตรา ๑๗๗ ดังนี้

๑๗๗. Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung. (๑) Wer eine andere Person

1. mit Gewalt,
2. durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder
3. unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos

ausgeliefert ist, nötigt, sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an sich zu dulden oder an dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.

(๒) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

^{๑*}<http://www.bib.uni-mannheim.de/bereiche/jura/gesetze/stgb-bt2.htm> และ Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Verlag C.H. Beck München 2001, p.1042-4043.



มาตรา ๑๗๗ การบังคับในทางเพศ (Sexuelle Nötigung) ; การข่มขืนกระทำชำเรา (Vergewaltigung)

(๑) บุคคลใดบังคับบุคคลอื่น

๑. โดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือ

๒. โดยขู่เชิญว่าในทันใดนั้นจะทำอันตรายแก่ชีวิต หรือร่างกาย

๓. โดยอาศัยโอกาสที่ผู้เสียหายไม่อาจขัดขืนได้ โดยทำให้ผู้เสียหายต้องยอมรับต่อ

การล่วงละเมิดทางเพศของตน หรือของบุคคลที่สามหรือให้ต้องร่วมกระทำการดังกล่าวกับตนหรือกับบุคคลที่สาม ต้องระวางโทษจำคุก

จะเห็นว่า จากประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (StGB) มาตรา ๑๗๗ ดังกล่าวการจะเป็นการกระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเรา ต้องเป็น**ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น** ผู้ใดที่ไม่จำกัดว่าบุคคลอื่นจะมีเพศใด โดยการใช้อำนาจประทุษร้ายหรือเป็นเพียงการขู่เชิญจะทำอันตรายแก่ชีวิตร่างกาย รวมถึงบังคับให้กระทำทางเพศต่อบุคคลอื่นโดยผู้เสียหายไม่ยินยอมก็ย่อมเป็นความผิดทั้งสิ้น นอกจากนี้บุคคลแปลงเพศก็ได้รับความคุ้มครองในทางเพศเช่นกับบุคคลทั่วไป ซึ่งกฎหมายเยอรมันก่อนหน้านี้อาศัยบัญญัติเหมือนของไทยคือ ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นที่มีใช้ภริยาของตน (Anybody who compels a woman to have extramarital sexual intercourse with him by force or threat of present danger to life or limb...)

๑๐. กฎหมายข่มขืนกระทำชำเราของประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว (สปป.ลาว)

ในหมวดที่ ๖ ว่าด้วยการกระทำผิดต่อสายฝัวเมีย ครอบครัวและชีวิตครอบครัว^{๑๖}

มาตรา ๑๑๗ (ใหม่) การทำผิดสะจวน (เป็นผู้)

บุคคลผู้ใดที่มีเมียหรือฝัว หากได้เสพสมกับผู้อื่นจะถูกลงโทษตัดสิ้นสารภาพแต่สามเดือนหาหนึ่งปี หรือตัดล้าง โดยไม่ตัดสิ้นสารภาพ และจะถูกปรับ ผู้ทำผิดสะจวนก็จะถูกลงโทษในสถานเดียวกัน

ตัดล้าง เป็นการลงโทษอย่างหนึ่ง โดยการกักบริเวณให้จำเลยอยู่เฉพาะในบ้านหรือที่พักของตนเอง สามารถประกอบอาชีพได้ตามปกติ แต่ต้องส่งรายได้ที่ได้จากการประกอบอาชีพดังกล่าวเข้ารัฐร้อยละห้าของรายได้ที่ได้รับในแต่ละเดือน

^{๑๖} กมโคตสะนาเผยแผ่กตหมาย, กตหมายและนิติกำในคงเขตปกครองและยุติทำ, พิมพ์ครั้งที่ ๑, ๒๐๐๒, น. ๑๒๖.



มาตรา ๑๑๙ (ใหม่) การข่มขืนทำชำเรา

บุคคลผู้ใดหากได้ใช้กำลัง ใช้อาวุธนานาประการ, ใช้ยาเสพติด, ใช้สิ่งมีพิษหรือ ใช้วิธีอื่น ๆ ที่ทำให้ผู้หญิงตกอยู่ในสภาพไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ เพื่อทำชำเราด้วยการข่มขืนใจของผู้หญิงที่ไม่ใช่เมียของตน จะถูกลงโทษตัดสิ้นสารภาพ แต่สามปีหาห้าปีและจะถูกรับโทษใหม่ แต่ ๑,๐๐๐,๐๐๐ กีบ ห้า ๕,๐๐๐,๐๐๐ กีบ

ในกรณีที่ผู้กระทำผิด หากได้ข่มขืนทำชำเราเด็กผู้หญิงที่มีอายุแต่สิบห้าปี ห้าสิบแปดปีที่อยู่ในความคุ้มครองดูแลของตนหรือในการป้อนข้าวของตนจะถูกลงโทษตัดสิ้นสารภาพ แต่ห้าปีหาสิบปีและถูกรับ

ในกรณีที่ผู้กระทำผิด หากได้ข่มขืนทำชำเรา ด้วยวิธีเปลี่ยนเวียนกัน ข่มขืนทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปี ได้ทำร้ายร่างกายผู้ใหญ่ในเวลาที่ข่มขืน หรือทำให้ผู้หญิงพิการตลอดชีวิต หรือเสียชีวิต จะถูกลงโทษ

ในกรณีที่ผู้กระทำผิด หากได้ข่มขืนทำชำเราแล้ว ได้ฆ่าผู้หญิงนั้นด้วย จะถูกลงโทษตัดสิ้นสารภาพ แต่สิบห้าปีหาชาว (ยี่สิบ) ปี และถูกรับ

ความพยายามก่อการกระทำผิดก็จักถูกลงโทษ

ข้อหากระทำชำเรา ประมวลกฎหมายหมายอาญาของ สปป. ลาว มีบัญญัติไว้คล้าย ๆ มาตรา ๒๗๖ ของไทย คือของไทยบัญญัติว่า ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นซึ่งมิใช่ภรรยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยทำให้หญิงอยู่ในสภาพที่ไม่สามารถต่อสู้หรือขัดขืนได้ หรือทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น และลักษณะการกระทำที่เป็นการใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่ในช่องคลอดหญิงเท่านั้น

นอกจากนี้ การร่วมกันกระทำผิดทางเพศในบางกรณี เช่น พระภิกษุ, สามเณร กระทำชำเราหญิงหรือชาย และหญิงหรือชายที่สมัครใจกระทำชำเรากับพระภิกษุสามเณรที่มีความผิดด้วย

การทำผิดในลักษณะเป็นผู้ร่วมกระทำอีก กรณีหนึ่งคือ กรณีการกระทำชำเราของญาติใกล้ชิด (Incest) ซึ่งมีบัญญัติอยู่ในกฎหมายของอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส, เยอรมัน แต่ในกรณีดังกล่าวประมวลกฎหมายอาญาของไทยคงเอาผิดเฉพาะผู้กระทำเท่านั้น อันเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวตาม มาตรา ๒๘๕

ดังนี้ เมื่อกฎหมายของ สปป. ลาว มีข้อหา ภิกษุสามเณรทำกับชายหรือหญิง และการร่วมประเวณีกับญาติใกล้ชิดในลักษณะเอาผิดกับผู้กระทำผิดทั้งสองฝ่าย (necessary participator) การนำตัวผู้กระทำผิดยอมยกกล่าวปาก แต่เมื่อ สปป. ลาว ใช้ระบบการไต่สวนหาความจริงเช่นเดียวกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส, สหพันธรัฐสาธารณรัฐเยอรมัน พนักงานอัยการมีอำนาจในการสอบสวนค้นหาความจริง ในฐานะเป็นหัวหน้าพนักงานสอบสวน การออกหมายจับ หมายค้น หมายขัง เป็นอำนาจของพนักงานอัยการ การที่ผู้กระทำผิดทั้งสองฝ่ายจึงสามารถนำคดีมาฟ้องศาลได้

บทความทริชการ



หากนำกฎหมายของแต่ละประเทศนำมาเปรียบเทียบกันก็จะเห็นความแตกต่าง ดังนี้

ตารางเปรียบเทียบการกระทำผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเราในแต่ละประเทศ

ประเทศ องค์ประกอบ ความผิด	ไทย	สปป. ลาว	อังกฤษ (UK)	สหรัฐ อเมริกา (US)	ฝรั่งเศส	เยอรมัน	หมายเหตุ
ผู้กระทำ (actor)	ผู้ใด	ผู้ใด	ผู้ใด	ผู้ใด	ผู้ใด	ผู้ใด	ทุกประเทศไม่จำกัดผู้กระทำ จะเป็นใครแต่ศาลฎีกา ของไทยตัดสินว่าผู้กระทำ (ผู้ลงมือ) เป็นชายเท่านั้น ส่วนหญิงคงเป็นได้เพียง ตัวการร่วม ฎ.๒๕๐/๒๕๑๐ (ประชุมใหญ่)
ผู้ถูกระทำ (victim)	ต้องเป็น หญิง เท่านั้น	ต้องเป็น หญิง เท่านั้น	ผู้อื่น	ผู้อื่น	ผู้อื่น	ผู้อื่น	ศาลฎีกาไทยถือว่าผู้ถูก กระทำต้องเป็นหญิงเท่านั้น ไม่รวมถึงบุคคลแปลงเพศ ถือว่ายังเป็นชาย (ฎ.๑๕๗/๒๕๒๔) ส่วนอังกฤษและเยอรมัน ขยายความถึงบังคับให้ กระทำต่อบุคคลอื่นหรือ ให้กระทำต่อบุคคลที่สาม
อวัยวะที่ใช้ (organ)	อวัยวะ เพศชาย (penis) เท่านั้น	อวัยวะ เพศชาย (penis) เท่านั้น	อวัยวะ เพศชาย (penis)	อวัยวะ เพศชาย อวัยวะ อื่นใด หรืออวัยวะ อื่นใด	อวัยวะเพศ ชาย อวัยวะ อื่นใด หรืออวัยวะ อื่นใด	อวัยวะ เพศชาย อวัยวะ อื่นใด หรืออวัยวะ อื่นใด	ไทย ลาว ต้องเป็นการใช้ อวัยวะเพศชายสอดใส่ เข้าไปเท่านั้น ส่วนประเทศ อื่นไม่จำกัดว่าจะใช้ อวัยวะเพศ, อวัยวะอื่น เช่น นิ้ว หรือใช้วัสดุอื่น ก็เป็นความผิดทั้งสิ้น
กระทำต่อ หรือสอดใส่ เข้าไปใน (penetration)	ช่อง คลอด (vagina) ของหญิง เท่านั้น	ช่อง คลอด ของหญิง เท่านั้น	ช่องคลอด (vagina) ทวารหนัก (anus) ช่องปาก	ช่องคลอด (vagina) ทวารหนัก (anus) ช่องปาก	ไม่จำกัด ว่าเป็น อวัยวะใด ที่ผู้เสียหาย ไม่ยินยอม	ไม่จำกัดว่า สอดใส่ เข้าไปใน อวัยวะใด ที่ผู้เสียหาย	ศาลฎีกาไทยวางหลักว่า ต้องเป็นการใช้อวัยวะ เพศชายสอดใส่เข้าไปใน ช่องคลอดของหญิงเท่านั้น หากเป็นการใช้อวัยวะ



ประเทศ องค์ประกอบ ความผิด	ไทย	สปป. ลาว	อังกฤษ (UK)	สหรัฐ อเมริกา (US)	ฝรั่งเศส	เยอรมัน	หมายเหตุ
			(oral) หรือบังคับ ให้ทำต่อ บุคคลที่สาม โดยช่องคลอด อวัยวะเพศ (vulva)	(oral) หรือ บังคับให้ทำ ต่อบุคคล ที่สาม โดย ช่องคลอด รวมถึง อวัยวะเพศ (vulva)		ไม่ยินยอม หรือบังคับ ให้ทำต่อ บุคคล ที่สาม	เพศชายสอดใส่ เข้าทางปาก หรือช่องทวารหนัก จะคิดเป็นข้อหาอนาจาร (ฎ.๑๐๔๘/๒๕๑๘)
วิธีกระทำ	By fear By force By trick	By fear By force By trick	By fear By force By trick	By fear By force By trick	By fear By force By trick	By fear By force By trick	สปป. ลาวถือว่าพระภิกษุ, สามเณรกระทำชำเรา หญิงเป็นความผิดทั้งพระภิกษุ, สามเณรและหญิง แม้จะยินยอมทั้งสองฝ่าย ทุกประเทศหากยินยอม จะไม่เป็นความผิด

๑๑. บทสรุป

จะเห็นว่ากฎหมายในความผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยใกล้เคียงกับกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวส่วนประเทศอื่นที่เปรียบเทียบในความผิดเกี่ยวกับเพศโดยเฉพาะข้อหาข่มขืนกระทำชำเรา ทุกประเทศจะบัญญัติว่า **ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น** ทั้งสิ้น คงมีแต่ประเทศในแถบทวีปเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เช่นไทย สปป. ลาว เขมร เมียนมาร์ เวียดนาม ที่ความผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเราต้องเป็นการที่ชายใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปในช่องคลอดของหญิงเท่านั้นและประเทศที่ได้ชื่อว่าพัฒนาแล้วในทวีปเอเชียเช่นญี่ปุ่น เกาหลีใต้ สิงคโปร์ แม้จะเป็นการบัญญัติว่าผู้ใดข่มขืนหญิงอื่น แต่ก็มีมาตราที่ระบุให้การข่มขืนทางทวารหนัก ทางปากเป็นความผิดด้วย นอกจากนี้ประเทศในยุโรปทุกประเทศ สหรัฐอเมริกา คานาดา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ ต่างก็แก้ไขกฎหมายของตนให้ก้าวทันสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปแล้ว แม้ประเทศสหราชอาณาจักรก็ได้ออกกฎหมายว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศปี ค.ศ. ๒๐๐๓ ให้เป็น ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราทางช่องคลอด ทวารหนัก ทางปากเป็นความผิด และได้ขยายความคุ้มครองบุคคลทุกเพศ ให้ได้รับการคุ้มครอง ทั้งได้ขยายความคุ้มครองไปถึงกรณีการแอบถ่ายภาพ การส่งข้อความลามก การเปิดเผยอวัยวะเพศต่อที่สาธารณะให้เป็นความผิดด้วย หากพิจารณาการพัฒนากฎหมายในเรื่องนี้ของ



แต่ละประเทศแล้ว สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เยอรมัน จะมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายทุก ๑๐-๑๕ ปี ประเทศที่พัฒนาไปช้าในบรรดาประเทศชั้นนำทั้งหลายคือ สหราชอาณาจักรโดยอาจเนื่องจากระบบกฎหมายที่แตกต่างจากประเทศในภาคพื้นยุโรป แต่ท้ายสุดประเทศสหราชอาณาจักรก็ออกกฎหมายตามประเทศในภาคพื้นยุโรป โดยสหราชอาณาจักร ในระหว่างการพัฒนามีผู้ไม่เห็นด้วยในการแก้กฎหมายให้สามีข่มขืนภรรยาได้ หรือการข่มขืนต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปในช่องคลอดของหญิงเท่านั้น โดยเฉพาะ Sir. Matthew Hale ที่เห็นว่าชายแปลงเพศไม่อาจเป็นหญิงได้ เพราะขาดโครโมโซม อวัยวะเพศ ฮอร์โมนเพศ (คดี Corbett v. Corbett) แต่เห็นว่าการกระทำชำเราชายแปลงเพศ (artificial vagina) เป็นการข่มขืนกระทำชำเราได้ ซึ่งแนวคิดดังกล่าวมีอิทธิพลอยู่หลายปีจากนั้นก็ค่อยๆปรับเป็นการใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปทางทวารหนักของหญิงหรือชายอื่น จนสุดท้ายในปี ค.ศ. ๒๐๐๓ อังกฤษได้ออกกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศ (SOA-๒๐๐๓) ดังกล่าว แต่ยังคงจำกัดอยู่ว่าต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปทางช่องคลอด ทวารหนัก ทางปาก ส่วนการใช้วัสดุอื่น หรือกระทำต่อส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกาย บัญญัติเป็นความผิดข้อหาประทุษร้ายทางเพศ (sexual assault) แทน ซึ่งความผิดดังกล่าวเคยมีอยู่ดังกล่าวมีอยู่ในกฎหมายลักษณะอาญาของไทยมาแล้วทั้งสิ้น แต่ตอนหลังไทยตัดความผิดเหล่านี้ออกโดยเห็นว่าเป็นเรื่องน่าอับอาย หรือให้เป็นเพียงความผิดลหุโทษเช่นการเปิดเผยร่างกายต่อที่สาธารณะ ในขณะที่อังกฤษกำหนดให้เปิดเผยร่างกายการแอบถ่ายที่วิวจรมีโทษจำคุกถึง ๖ เดือน ส่วนพัฒนาการกฎหมายความผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเรา นับแต่ไทยบัญญัติกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ มาจนบัดนี้เป็นเวลาเกือบ ๑๐๐ ปีแล้ว (พ.ศ. ๒๔๔๑ - ๒๕๔๗) ไทยยังไม่ได้เปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายดังกล่าวแต่อย่างใด และความผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเรายังเป็นความผิดที่ยอมความได้คือความผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเราที่ไม่ได้เกิดขึ้นต่อหน้าธารกำนัล ไม่ทำให้หญิงได้รับอันตรายสาหัส เป็นความผิดอันยอมความได้ตามมาตรา ๒๕๑ ต่างจากความผิดข้อหาลักทรัพย์ที่แม้ทรัพย์จะมีราคาเพียง ๕-๑๐ บาท ก็เป็นความผิดอาญาแผ่นดินไม่สามารถยอมความได้เลย และก็ไม่มีกฎหมายในนานาประเทศที่บัญญัติให้ความผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดอันยอมความได้จึงเห็นว่ากฎหมายไทยมุ่งคุ้มครองทรัพย์มากกว่าตัวบุคคล ซึ่งอาจเป็นเพราะแนวคิดและปรัชญาทางกฎหมายของไทยแต่เดิมที่ให้ชายมีภรรยาได้หลายคน เมื่อหญิงแต่งงานถือเป็นสมบัติของสามี การกระทำผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเรา ชายจะถูกลงโทษปรับใหม่ในทางแพ่งเท่านั้น แต่หญิงจะถูกลงโทษประจานรอบเมืองซึ่งทำให้อับอายจนแทบอยู่ในสังคมไม่ได้ และหากหญิงเป็นชู้ก็就会被ขับออกจากบ้านทรัพย์สินก็ตกเป็นของสามีเดิมทั้งหมด หญิงคงได้เฉพาะเสื้อผ้าติดตัวไปชุดเดียวเท่านั้น ถึงกับมีผู้กล่าวว่า “หญิงเป็นควาย ชายเป็นคน” ทำให้นึกถึงพระราชดำรัสของล้นเกล้ารัชกาลที่ ๕ ที่ทรงอธิบายและเปรียบเปรยว่า “ระบบกฎหมายและการศาลไทยในขณะนั้นมีสภาพเหมือน เรือกำปั่นที่ถูกพริ้งและปลวกกินผุโทรมทั้งลำ แต่ก่อนมานั้นเมื่อรั้วแห่งใดก็เข้าไปไม่ตามอุดยาแต่เฉพาะตรงรอยรั่วนั้น ที่อื่นก็โทรมลงอีก ครั้นนานเข้าก็ชำรุดหนักทั้งลำ เป็นเวลาสมควรที่



ต้องตั้งกึ่งขึ้นกระดานใหม่เป็นมันคงสืบไป” ในความผิดเกี่ยวกับเพศโดยเฉพาะข้อหาการข่มขืนกระทำชำเราที่เช่นกัน ได้มีการอุทธรณ์มาแล้วถึง ๔ ครั้งนับแต่ปี ๒๕๑๔ ถึง ๒๕๔๐ แต่โครงเรื่องคือ มาตราแม่บทว่าด้วยการข่มขืนกระทำชำเรา (มาตรา ๒๗๖) ก็ผูกมัดลงไปมากแล้ว จึงถึงเวลาที่จะตั้งกึ่งและขึ้นกระดานใหม่เสียที มิเช่นนั้นแล้ว กฎหมายของไทยก็ไม่สามารถคุ้มครองปัจเจกบุคคลได้เท่าทันกับกฎหมายของนานาชาติที่พัฒนาควบคู่ไปกับเทคโนโลยี

