

บทที่ 3

ขอบเขตความรับผิดชอบข้ามขึ้นกระทำซ้ำเราตามหลักของกฎหมายต่างประเทศ

อาชญากรรมทางเพศเป็นอาชญากรรมที่คุกคามความปลอดภัยของประชาชนมาเป็นระยะเวลานาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัจจุบันนี้ อาชญากรรมทางเพศได้ทวีความรุนแรงและความถี่ขึ้น ดังที่สังเกตได้จากข่าวอาชญากรรมทางเพศ เช่น ข่มขืน หรืออนาจาร และการคุกคามทางเพศในรูปแบบต่างๆ ที่ปรากฏอยู่ตามหน้าหนังสือพิมพ์เกือบทุกวัน จนทำให้ประชาชนส่วนใหญ่เกิดความหวาดกลัวในการใช้ชีวิตประจำวัน ปัญหานี้มิได้เกิดขึ้นเฉพาะในประเทศไทยเท่านั้นแต่เป็นปัญหาที่ลุกลามไปทั่วโลก แต่ประเทศตะวันตกตระหนักถึงผลเสียที่เกิดขึ้นจากอาชญากรรมทางเพศ และได้พัฒนามาตรการต่างๆ ขึ้นเพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาอาชญากรรม ดังนั้นผู้เขียนจึงทำการศึกษากฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1 ประเทศอังกฤษ

3.1.1 ลักษณะของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

กฎหมายอาญาของประเทศไทยได้แบ่งความผิดทางกฎหมายอาญาออกเป็นสองประเภท คือ ประเภทที่ต้องการมีการได้สวนมูลฟ้องครั้งหนึ่งก่อน แล้วจึงมีการร้องฟ้องไปยังศาลสูงเพื่อให้มีการพิจารณาต่อหน้าคณะลูกขุนต่อไป (jury) ความผิดประเภทนี้ คือ ความผิดร้ายแรง ความผิดฐานกบฏ ความผิดเล็กน้อยและความผิดประเภท petty offences เป็นความผิดที่ไม่ต้องการได้สวนมูลฟ้องและไม่ต้องมีลูกขุนวินิจฉัยข้อเท็จจริง การกระทำความผิดกฎหมายอาญาของอังกฤษต้องมียุติการประกอบที่สำคัญอยู่สองประการ คือ ประการแรก ต้องเป็นการกระทำความผิดทางอาญา (actus reus) ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอก และประการที่สอง ต้องเป็นการกระทำที่ต้องมีเจตนา (mens rea) เป็นองค์ประกอบภายในซึ่งถ้าขาดองค์ประกอบอย่างใดอย่างหนึ่งทั้งสองประการนี้ไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น แต่ความผิดบางประเภทที่กฎหมายสามารถลงโทษผู้กระทำผิดได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงเจตนา เช่น ความผิดฐานก่อความเดือดร้อนรำคาญทั่วไป (Public nuisance) ลักษณะของการกระทำคือการก่อให้เกิดผู้อื่นได้รับความเดือดร้อน โดยไม่จำเป็นต้องมีเจตนาร้ายที่จะทำความรำคาญ เพียงแต่ผลแห่งการกระทำเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับความเดือดร้อนแล้วก็ตาม เป็นความผิดในทางอาญา กฎหมายอังกฤษ การกระทำความผิดฐานกระทำซ้ำเราด้วยความผิดฐานอนาจารเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมอันดีและถือเป็นความผิดในตัวของมันเอง (mala in se) ซึ่งถือ

ว่าเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมเช่นเดียวกับหลายๆ ประเทศ อย่างไรก็ตามในคดีความผิดฐานกระทำชำเรา กฎหมายอังกฤษจะมีลักษณะขอบเขตทั้งที่เป็นองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในของความผิดแต่ละฐาน¹

ในเรื่องความสำคัญผิดในอายุของเด็กผู้เสียหายนั้น กฎหมายอังกฤษไม่อนุญาตให้ยกขึ้นแก้ตัว²³ และมีคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานในแนวเดียวกัน เช่นตัวอย่างที่ขึ้นไปสู่การพิจารณาของศาลสูงสุด ได้แก่คดี Regina v.Prince ในปี ค.ศ. 1875³ ซึ่งเป็นเรื่องที่จำเลยถูกจับในข้อหาพาตัวเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบหกปีไปจากการปกครองของบิดาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยจำเลยเชื่อโดยสุจริตว่าเด็กหญิงนั้นอายุสิบแปดปีแล้ว และซึ่งจำเลยเชื่อโดยสุจริตใจและความเชื่อของเขาก็สมเหตุสมผลด้วย แต่จำเลยก็ไม่อาจแก้ตัวได้ โดยศาลให้เหตุผลว่า⁴ แม้การกระทำนี้จำเลยจะเข้าใจว่าไม่ผิดกฎหมายแต่มันก็เป็นความผิดในตัวเอง (not illegal but wrong...) คดีนี้เป็นที่สำคัญของประเทศอังกฤษซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าจำเลยพาเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 16 ปีไปโดยบิดาไม่ยินยอมโดยเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดต่อบุคคล 1861 ซึ่งวางหลักไว้ว่า “บุคคลใดก็ตามพาเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบหกปีที่ยังไม่ได้สมรส ไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจากการปกครองดูแลและไม่ได้รับความยินยอมของบิดาหรือมารดาของเด็กนั้น หรือบุคคลอื่นที่มีอำนาจปกครอง มีความผิดในอาญาที่ไม่ร้ายแรง”

ในการพิจารณาคดีของเขตเซอร์เรย์ซึ่งทำกันที่ Kingston-on-Thames เมื่อวันที่ 24 มี.ค. 1875⁶ มีการพิจารณาคดีของ Henry Prince ต่อหน้าผู้พิพากษา DENMAN ในข้อหาว่าพา Annie Phillips เด็กหญิงที่ยังไม่ได้สมรสอายุต่ำกว่า 16 ปี ไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไปเสียจากความดูแลของบิดาโดยบิดาไม่ยินยอมซึ่งขัดต่อมาตรา 55 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการโทษออกไปเพื่อให้มีการอุทธรณ์ต่อ Court for Crown Cases Reserved ได้ ข้อเท็จจริงที่หลักฐานชี้ชัดในการตัดสินความผิดมีอยู่แล้วและลูกขุนก็เห็นตามนั้น แต่จำเลยให้การปฏิเสธว่าเด็กหญิง Annie Phillips นั้นถึงแม้จะพิสูจน์โดยบิดาของเธอว่ามีอายุ 14 ปีเมื่อวันที่ 6 เมษายน 1875 แต่ก็ดูเหมือนเธอมีอายุมากกว่า 16 ปีมาก จากหลักฐานที่มีเหตุผลว่าก่อนที่จำเลยจะพาเธอไป เธอบอกเธอว่าเธออายุ 18 ปี

¹ การคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่เป็นเหยื่อการกระทำผิดทางเพศ ศึกษาเฉพาะกรณีการลงโทษกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์), โดย ชัยชนะ พรรัตนพันธุ์, 2545, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

² Smith and Hogan. (2002). Criminal Tenth edition. p. 121.

³ Wayne R.LaFave and Austin w.Scott.Jr. (1972). Handbookon Criminal Law. pp.360-361.

⁴ Kadish and Paulsen. (1975). Criminal Law and Its Processes (Case and Materials). pp. 102-103.

โดยจำเลยเชื่อโดยสุจริตใจในคำบอกกล่าวเช่นนั้น และความเชื่อดังกล่าวก็มีเหตุผล ศาลเห็นว่า ภายใต้อรรถาธิบายจริงแวดล้อมเช่นนั้น คำตัดสินลงโทษของศาลชั้นต้นมีความถูกต้องแล้ว

สำหรับคดีนี้ การตีความด้วยบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาคดีจำเลยมาตรา 55 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดต่อบุคคล 1861 ซึ่งบัญญัติว่าบุคคลใดก็ตามพาเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบหกปีที่ยังไม่ได้สมรสไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จากการปกครองดูแลและไม่ได้ได้รับความยินยอมของบิดาหรือมารดาของเด็กนั้น หรือบุคคลอื่นที่มีอำนาจปกครอง มีความผิดในความผิดอาญาแบบไม่ร้ายแรง ซึ่งผู้พิพากษา Bramwell เป็นผู้อ่านคำพิพากษาคดีนี้โดยให้เหตุผลว่า คำว่าโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หมายถึง ไม่ถูกกฎหมาย หรือนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนด หรือโดยไม่มีเหตุโดยชอบตามกฎหมาย-กรณีดังกล่าวหากจะทำได้ (เอาตัวไป) ก็เช่นตำรวจพาตัวไปในข้อหาความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ หรือบิดาของเด็กมารับเด็กไปจากโรงเรียนกฎหมายอาจจะตีความได้ว่าใครก็ตามที่พาเด็กไปโดยไม่มีความชอบด้วยกฎหมาย จำเลยไม่มีเหตุโดยชอบดังกล่าวและด้วยเหตุนี้ สำหรับคดีนี้ จึงอาจจะไม่ต้องนำมาพิจารณากันอีก และประเด็นต่อมา จำเลยได้พาเด็กหญิงที่ยังไม่ได้สมรสและมีอายุต่ำกว่าสิบหกปีไปจากการดูแลของบิดาโดยไม่ได้รับความยินยอม แต่เนื่องจากไม่ได้มีบัญญัติไว้ในความหมายของตัวบทเลย จึงต้องตีความเสมือนว่ามีคำว่า โดยรู้อยู่แล้วว่าไม่ได้ได้รับความยินยอมจากบิดาของเด็ก

เหตุผลในการพิจารณาคดีนี้คือ ตามหลักแล้วเจตนาร้ายเป็นสิ่งสำคัญสำหรับจะวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นอาชญากรรมหรือความผิด และหากข้อเท็จจริงที่จะเป็นองค์ประกอบความผิดไม่ได้เป็นที่รับรู้แก่จำเลย ก็ย่อมไม่ถือว่าเจตนาร้ายเกิดขึ้น การตีความจึงใช้คำว่า “โดยรู้อยู่แล้ว” แต่บางทีอาจจะกล่าวได้ว่าจำเลยไม่เพียงแต่รู้อยู่แล้วเท่านั้น และจำเลยเชื่อว่าเท็จจริงเป็นอย่างอื่นที่ไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่จะทำให้การกระทำของเขาเป็นความผิด และได้กระทำไปโดยเชื่ออย่างมีเหตุผลว่าเด็กคนนั้นอายุเกินกว่าสิบหกปีแล้ว และเช่นนี้ หากเขาได้ลงมือกระทำจริงอย่างที่พิจารณาคดีอยู่ โดยรู้ว่าหรือเชื่อว่าไม่เกินสิบหกแล้วยังขึ้นกระทำอีก เช่นนี้ต้องถือว่าเจตนาร้าย ซึ่งไม่มีอยู่เลยตอนที่เขาเชื่อว่าเขารู้ว่าเด็กอายุสิบหกปีแล้ว เช่นนี้ย่อมเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยากที่จะบอกว่าบุคคลใดพาเด็กไปนั้นจะรู้ว่าเด็กอายุต่ำกว่าสิบหกปี ซึ่งเขาย่อมไม่มีความผิดหากลูกขุนเห็นว่าเขาไม่รู้ข้อเท็จจริงทั้งสองประการนั้นเลย คำถามจึงอยู่ที่ว่าเขามีความผิดหรือไม่ เมื่อเขารู้ดังที่เขาคิดว่าเด็กอายุเกินสิบหกปีแล้ว นี่จะกลายเป็นความจำเป็นต้องอ่านด้วยคำแปลๆ นั่นคือ “บุคคลใดพาเด็กหญิงที่ยังไม่สมรสอายุต่ำกว่าสิบหกปีไปและโดยไม่เชื่อว่าเด็กอายุสิบหกปี เสียจากการปกครอง” ซึ่ง

กฎหมายไม่ได้บัญญัติอย่างนั้น และคำถามจึงมีว่าเราจะต้องตีความกฎหมายเสมือนว่ามันเป็นอย่างนั้นหรือไม่ โดยถือตามหลักเกณฑ์ว่า เจตนาร้ายเป็นสิ่งสำคัญที่จะทำให้การกระทำเป็นความผิด⁵

ทั้งนี้บทบัญญัติของกฎหมายไม่จำเป็นต้องตีความอย่างนั้นและยังเห็นว่าคำว่า “โดยรู้อยู่แล้ว” ก็ไม่มีอยู่ในตัวบทด้วย และด้วยเหตุผลเหล่านี้ที่จะกล่าวต่อไป การกระทำที่ต้องห้ามถือเป็นความผิดอยู่ในตัวอยู่แล้วหากไม่มีเหตุโดยชอบรองรับ โดยไม่ใช่คำว่าผิดกฎหมาย แม้กฎหมายอาจจะมุ่งไปที่การล่อลวงเพื่อการอนาจารเป็นหลัก การพาไปอาจจะกระทำโดยผู้หญิงและด้วยเจตนาดีก็ได้ อย่างไรก็ตามแม้ว่าอาจจะมียุติกรรมที่ไม่ได้ขัดหลักศีลธรรมในด้านหนึ่งที่เรารู้จัก จะเห็นว่าการกระทำที่ต้องห้ามก็ยังเป็นเรื่องไม่ถูกต้องอยู่ดี ต้องไม่ลืมถึงว่ากฎหมายต้องการมุ่งไปถึงเรื่องอะไร กฎหมายกล่าวถึงเรื่องของเด็กหญิง แน่นอนว่าไม่ได้กล่าวถึงหญิงแต่เป็นเด็กหญิงซึ่งเป็นช่วงอยู่ระหว่างเด็กกับผู้หญิงและพูดถึงว่าอยู่ในความดูแลปกครองของบิดาหรือมารดาหรือบุคคลที่ใช้อำนาจปกครองโดยชอบ และพูดถึงว่าต้องมีการพาไปเสีย และการพาไปนั้นทำโดยบุคคลที่กล่าวมาไม่ยินยอม โดยกล่าวถึงการกระทำโดยไม่มีเหตุโดยชอบเป็นเรื่องผิด และผู้ออกกฎหมายตั้งใจว่าความเสี่ยงจะอยู่กับผู้ที่พาไปนั้นไม่ว่าเด็กจะอายุต่ำกว่าสิบหกหรือไม่ จะไม่กล่าวว่า การพาผู้หญิงอายุห้าสิบไปจากพี่ชายหรือแม้แต่บิดาเป็นความผิด หญิงนั้นมีอายุที่จะเลือกทำอะไรได้ด้วยตนเองแล้ว ไม่ใช่เด็กหญิงแล้ว และด้วยอายุขนาดนั้นไม่ถือว่าอยู่ในความปกครองดูแลของใครอีกแล้ว หากจะถามว่าจะจัดเส้นแบ่งอย่างไร ต้องดูที่ว่าเมื่อหญิงนั้นไม่ได้เป็นเด็กหญิงที่อยู่ในความปกครองดูแลของใครอีกแล้ว แต่หากสิ่งที่อธิบายมานั้นไม่ถูกต้อง และที่กฎหมายต้องการจริงๆ คือการพาหญิงอ่อนวัยซึ่งควรจะเรียกว่าเด็กหญิงไปและกล่าวได้ว่าอยู่ในความปกครองดูแลของบุคคลอื่น ก็ไม่จำเป็นต้องมีข้อถกเถียงให้ต้องมาพิสูจน์ในเรื่องนี้อีกและเพียงพอที่จะตัดสินคดีแล้วจริงๆ ก็คือผู้ออกกฎหมายได้ออกกฎหมายนี้มาว่าหากใครกระทำการที่ผิดนี้แล้วเขาย่อมกระทำไปโดยความเสี่ยงว่าข้อเท็จจริงอาจจะออกมาว่าเด็กหญิงนั้นอายุต่ำกว่าสิบหกปีก็ได้ ซึ่งความเห็นนี้ถืออธิบายเรื่องเจตนาร้ายได้ครบถ้วนคืออยู่แล้ว หากผู้พาไปเชื่อว่าเขาได้รับความยินยอมจากบิดา แม้จะเข้าใจผิด เขาคงไม่มีเจตนาร้าย และกรณีจะเป็นเช่นเดียวกันหากเขาไม่รู้ว่าเด็กนั้นอยู่ในความปกครองของใคร ในกรณีเช่นนั้นเขาย่อมไม่รู้ว่าเขากำลังทำสิ่งที่ต้องห้ามอยู่ตามกฎหมายซึ่งเป็นกระทำที่หากเขารู้ว่าเด็กอยู่ในปกครองดูแลของบุคคลอื่น เขาย่อมรู้ว่าเป็นการกระทำผิดซึ่งไม่เหมือนกับกรณีว่าเด็กนั้นอายุต่ำกว่าสิบหกปีหรือไม่ ซึ่งเขาย่อมรู้ว่าเขากำลังกระทำผิดโดยตัวของการกระทำเองไม่ว่าเจตนาของเขาจะเป็นอย่างไรหากทำโดยไม่มีเหตุโดยชอบด้วยกฎหมาย นอกเหนือจากการพิจารณาในข้อต่างๆ เหล่านี้แล้วเราอาจจะเพิ่มเติมอีกว่ากฎหมายใช้คำว่า “โดย

⁵ การคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่เป็นเหยื่อการกระทำผิดทางเพศ ศึกษาเฉพาะกรณีการลงโทษกฎหมายอาญา (น. 49). เล่มเดิม.

“ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” ไม่ได้ใช้คำว่า “โดยรู้อยู่แล้วหรือโดยไม่เชื่อเป็นอย่างอื่น” หากคำถามมีว่าการกระทำของเขาไม่ชอบด้วย กฎหมายหรือไม่ ย่อมไม่ยากที่จะตอบเนื่องจากมันชัดเจนอยู่แล้วว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁶

การสนับสนุนโดยการอ้างถึงมาตราอื่นในกฎหมายเดียวกัน มาตรา 50 บัญญัติว่าเป็นความผิดขั้นความผิดขั้นความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ ในการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและโดยเหตุเพื่อการอนาจารต่อเด็กอายุต่ำกว่า 10 ปี มาตรา 51 บัญญัติว่าผู้ใดกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและเพื่อการอนาจารต่อเด็กอายุต่ำกว่า 10 ปีแต่ต่ำกว่า 12 ปีเป็นความผิดขั้นไม่ร้ายแรงจะสามารถอ้างได้หรือไม่

ในกรณีมาตรา 50 ว่าบุคคลที่ถูกดำเนินคดีอาจจะอ้างให้ยกฟ้องได้โดยใช้เหตุผลว่าเขาเชื่อว่าเด็กอายุเกิน 10 ปี แล้วแต่ไม่เกิน 12 ปี และเขาจึงกระทำผิดเพียงโทษอาญาแบบไม่ร้ายแรงเท่านั้น หรือเขาเชื่อว่าเด็กอายุเกิน 12 ปีแล้วดังนั้นเขาจึงไม่ได้กระทำผิดเลย หรือในกรณีตามมาตรา 51 เขาก็อาจจะอ้างขอให้ยกฟ้องเพราะเขาเชื่อว่าเด็กนั้นอายุเกิน 12 ปีแล้ว ในทั้งสองมาตรา การกระทำนั้นเป็นความผิดในตัวเอง เพราะกฎหมายบัญญัติว่าหากกระทำโดย “ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” การกระทำด้วยเจตนาร้ายในที่นี้ก็คือกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและเพื่อการอนาจาร และชายที่ลงมือกระทำความผิดกล่าวหาโดยมีความเสี่ยงว่าเด็กจะอายุต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนด มันคงจะเป็นเรื่องผิดพลาดอย่างมากหากจะวินิจฉัยเป็นอย่างอื่น ดังนั้นตามมาตรา 56 ใครก็ตามพาเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี โดยเจตนาพรากไปเสียจากการปกครองดูแลของบิดามารดาหรือผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กนั้นหรือต้องการจะขโมยของสิ่งใดจากเด็กนั้นต้องมีความผิดอาญาแบบอุกฉกรรจ์ จำเลยจะมาบอกว่าฉันพาเด็กไปเพราะเชื่อว่าเด็กนั้นอายุเกิน 14 ปี แล้วไม่ได้ จำเลยก็อ้างไม่ได้เช่นกันว่าฉันพาเด็กไปด้วยเจตนาจะพรากไปเสียจากการปกครองดูแลของบิดามารดา แต่ฉันเชื่อว่าเด็กอายุเกิน 14 ปีแล้ว เพราะไม่สามารถจะตีความไปอย่างนั้นกับกฎหมายนี้ได้ และเช่นเดียวกับมาตรา 55 ด้วย

หลักการเดียวกันใช้กับคดีเหล่านี้ ในคดี R. v. Forbes and Webb ปี 1825 ชายถูกตัดสินว่ามีความผิดในการทำร้ายตำรวจระหว่างปฏิบัติหน้าที่แม้ว่าเขาจะไม่ทราบว่าเขาเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจ เพราะการกระทำเป็นความผิดในตัวเองนั่นเอง เช่นเดียวกันในคดีบุกรุกที่รโหฐานโดยมีเจตนาลัก-ทรัพย์ คนที่ถูกฟ้องจะอ้างขอให้ยกฟ้อง โดยอาศัยเหตุที่ว่าเขาเชื่อว่ามันเลยหกโมงเช้ามาแล้วขณะที่เขาเข้าไปในรโหฐานนั้น หรืออ้างว่าเขาไม่รู้ว่าสถานที่ที่เขาบุกรุกไปนั้นเป็นบ้านในคดีเกี่ยวกับร้านค้าเครื่องใช้ทหารเรือก็เช่นกันจะบอกว่าบุคคลไม่มีเจตนากระทำผิดในการที่บุคคล

⁶ จาก ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา : ศึกษาองค์ประกอบความผิดกรณีผู้ถูกกระทำ (สารนิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์), โดย ปรีดา เวทพิสัย, 2551, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ที่ถูกฟ้องว่ามีสิ่งของที่ใช้ในการทหารเรือโดยมีตราหรือเครื่องหมายทางการทหารอยู่เพราะเขาไม่รู้ว่าร้านเขามีตรานั้นอยู่ เพราะไม่มีหลักฐานอะไรบ่งชี้ได้เลยว่าเป็นสิ่งผิดหรือไม่ถูกต้องในการเปิดร้านขายของเกี่ยวกับทหารเรือวันแต่ละวันไว้ ก็ไม่น่าจะถูกต้องเช่นกัน หรือในคดีส่งสารพิษก็เช่นกันไม่มีความผิดแต่อย่างใดในการส่งหีบห่อพัสดุวันแต่ละวันจะมีสารพิษอยู่ภายในเช่นในคดี *Hearne v. Garton* ปี 1859 หรือในคดีหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณาโดยที่หนังสือพิมพ์คิดว่าสามารถจะทำได้หรือมีข้อต่อสู้ตามกฎหมาย Lord Campbell's Act แต่ปรากฏว่าหนังสือพิมพ์เข้าใจผิดไปเอง ก็ยังต้องรับโทษอยู่ดีไม่ว่าจะอ้างว่าไม่มีเจตนาร้ายข่มไม่ได้ เพราะการหมิ่นประมาทโดยข้อเขียนเป็นความผิดเมื่อไม่มีเหตุที่จะกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ ยังมีคำวินิจฉัยตามกฎหมายนี้อีกสี่เรื่องที่สนับสนุนการตีความ ซึ่งเป็นปัญหาเรื่องการตีความของกฎหมายฉบับนี้ ไม่มีปัญหาว่าจะต้องพิจารณาเรื่องเจตนาร้ายตามหลักคอมมอนลอว์ด้วยว่าเป็นองค์ประกอบของการกระทำความผิด เหมือนจะเป็นไปไม่ได้ที่จะกล่าวว่าเมื่อมีคนพาเด็กหญิงไปจากการปกครองดูแลของบิดา โดยไม่รู้ว่าเด็กนั้นอายุต่ำกว่าสิบหกปีหรือไม่แล้วไม่ควรจะมีความผิดและไม่น่าจะเป็นไปได้เช่นกันว่าเขาเชื่อว่าเด็กนั้นอายุมากพอแล้วสำหรับเขาที่จะทำสิ่งที่ผิดโดยได้ อย่างปลอดภัย ควรยืนตามคำพิพากษาในการตัดสินใจว่าจำเลยมีความผิด

นอกจากความเห็นดังที่ได้กล่าวมาแล้วยังได้มีผู้พิพากษาบางท่านได้ความเห็นแย้งไว้ในคดีนี้คือผู้พิพากษา Brett โดยให้เหตุผลว่าหากข้อเท็จจริงเป็นไปตามสิ่งที่ถูกขนขึ้นเชื่อว่าเป็นเช่นนั้น จำเลยไม่ได้กระทำความผิดใด ถ้าหากกระทำโดยไม่มีบิดาของเด็กและเด็กนั้นยินยอม บิดาของเด็กก็ไม่มีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกรื้อหรือเอาผิดกับจำเลย

เมื่อพิจารณาคดีทั้งหมด เป็นที่พิสดารแล้วว่าจำเลยไม่ควรจะมีความผิดเมื่อไม่ปรากฏว่ามีเจตนาในการกระทำความผิดอาญา ซึ่งจะมาถึงคำถามที่ว่า อะไรคือความหมายที่แท้จริงของถ้อยคำดังกล่าว ซึ่งไม่มีข้อสงสัยว่ามันจะปรากฏเมื่อจำเลยรู้อยู่แล้วยังกระทำการซึ่งจะเป็นความผิดหากผลแห่งการกระทำเป็นสิ่งที่เขาสามารถคาดเห็นได้อยู่แล้ว แต่กลับปรากฏว่าผลแห่งการกระทำนั้นทำให้เขาต้องรับโทษหนักขึ้น เหมือนกันกรณีที่คนร้ายใช้อาวุธอันตรายทำร้ายผู้อื่นด้วยเจตนาจะทำร้ายร่างกายและฆ่าผู้อื่น ผลที่เกิดคือการกระทำผิดนั้นเป็นการฆ่าผู้อื่น จำเลยเป็นผู้ยอมตกในความเสี่ยงเองเช่นกัน หากจำเลยกระทำการที่กฎหมายห้ามโดยไม่สนใจถึงข้อเท็จจริงว่าจะ เป็นอย่างไร มันจะเหมือนกับจำเลยลักพาตัวเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบหกปีไปโดยไม่สนใจจะพิจารณาว่าจริงๆ แล้วเด็กนั้นจะอายุต่ำกว่าสิบหกปีหรือไม่ เช่นนี้ต้องถือว่าจำเลยยอมตกอยู่ในความเสี่ยงเองเช่นนี้ หากเขาไม่มีเจตนาลักพาตัวแต่ได้กระทำไปโดยทำให้เสื่อมเสียซึ่งความจริงแล้วอายุต่ำกว่า 10 ปี แต่เขาเชื่อว่าเด็กนั้นอายุระหว่าง 10-12 ปี ซึ่งถ้าเป็นจริงอย่างที่เขาคิดจะทำให้เขาได้รับโทษน้อยลง เช่นนี้เป็นเรื่องจำเลยยอมตกอยู่ในความเสี่ยงว่าข้อเท็จจริงอาจทำให้เขาต้องรับโทษหนักขึ้นก็ได้ แน่แน่นอนว่า

การเพิกเฉยต่อกฎหมายไม่ใช่ข้อที่จะแก้ได้ การจะเดินตามหลักการเรื่องเจตนาร้ายจะนำมาใช้เมื่อเป็นเรื่องข้อเท็จจริงที่ปรากฏแก่การรับรู้ของจำเลย ซึ่งเขามีเหตุอันจะเชื่อได้ และก็เชื่อว่าเป็นเช่นนั้น ซึ่งหากเป็นจริงจะทำให้การกระทำของเขาไม่มีความผิดเลย มันอาจจะถูกที่จะกล่าวว่าความหมายของคำว่า “โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย” คือไม่มีข้ออ้างโดยชอบหรือข้อแก้ตัวได้ หากมีข้ออ้างตามกฎหมายก็ย่อมไม่มีความผิด แต่สรุปว่า การเข้าใจผิดในข้อเท็จจริงโดยมีเหตุตามสมควรโดยที่หากข้อเท็จจริงเป็นไปตามที่เชื่อ การกระทำของจำเลยย่อมไม่มีความผิด และสามารถยกเป็นข้อแก้ตัวได้ และข้อแก้ตัวนี้ปรากฏอยู่โดยนัยในทุกการกระทำผิดอาญาและกฎหมายที่มีโทษทางอาญาทุกฉบับในอังกฤษ เห็นด้วยกับ LORD KENYON ว่า “สิ่งนั้นเป็นสิ่งที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายของเรา” และเห็นด้วยกับหัวหน้าผู้พิพากษา COCKBURN ว่า “นั่นเป็นสิ่งที่พื้นฐานของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาทั้งหมด” ดังที่ได้กล่าวมาแล้วคดีนี้ได้มีความเห็นแบ่งเป็น 2 แนวคิดคือ

แนวความคิดที่ 1 เห็นว่าจำเลยไม่สามารถอ้างเหตุสำคัญผิดในอายุเด็กขึ้นอ้างให้พ้นผิดได้ซึ่งถ้าหากว่ายอมให้จำเลยอ้างได้ว่ากระทำไปโดยเชื่ออย่างสมเหตุสมผลแล้วว่าเด็กอายุเกินกว่า 16 ปี ซึ่งก็ถือว่าจำเลยไม่มีเจตนาร้าย เช่นนี้ก็เป็นไปได้ยากว่าบุคคลใดจะพาเด็กไปจากการปกครองของบิดาจะเป็นความผิดกฎหมายเว้นเสียว่าจะรู้ว่าเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี จึงต้องตีความว่าโดยรู้อยู่แล้วแม้ว่าตัวบทจะไม่ได้บัญญัติไว้ ซึ่งถือว่าจำเลยกระทำไปโดยความเสียวว่าข้อเท็จจริงอาจจะออกมาว่าเด็กนั้นอายุต่ำกว่า 16 ปีก็ได้ การกระทำของจำเลยเป็นความผิดในตัวเองแม้ว่าจะไม่เป็นความผิดกฎหมาย (not illegal but wrong...) จำเลยต้องแบกรับความเสี่ยงนั่นเอง ซึ่งการพาไปนั้นอาจพาไปด้วยเจตนาดีก็ได้และอาจไม่ขัดต่อศีลธรรมก็ได้แต่อย่างไรก็ตามก็ยังเป็นการกระทำที่ต้องห้ามถือเป็นความผิดอยู่ในตัวเองอยู่แล้วหากไม่มีกฎหมายรองรับ จำเลยจึงไม่อาจอ้างเรื่องความเชื่อว่าเป็นเด็กอายุเกินกว่า 16 ปี เพื่อให้พ้นผิดได้

แนวความคิดที่ 2 เห็นว่าการกระทำของจำเลยไม่มีความผิด เนื่องจากจำเลยไม่มีเจตนาในการกระทำความผิดอาญาตามหลักการเจตนาร้ายจะนำมาใช้เมื่อเป็นเรื่องข้อเท็จจริงที่ปรากฏแก่การรับรู้ของจำเลยซึ่งจำเลยมีเหตุควรจะเชื่อได้และได้เชื่อว่าเป็นเช่นนั้น การกระทำของจำเลยก็ไม่มีผิดและสามารถยกเป็นข้อแก้ตัวได้ ซึ่งเป็นพื้นฐานของกระบวนการยุติธรรม

คดีนี้ถือเป็นแนวบรรทัดฐานในการตัดสินคดีของประเทศอังกฤษมาจนถึงปัจจุบันซึ่งเห็นด้วยกับแนวความคิดที่ 1 เนื่องจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองเด็กเป็นสำคัญและเป็นการยากหากจะต้องพิสูจน์ถึงการรู้หรือไม่รู้เกี่ยวกับอายุเด็กจึงควรถือว่าผู้กระทำได้รู้อยู่แล้วเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมาย จากคำพิพากษานี้ในปัจจุบันประเทศอังกฤษจึงได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ใน The Sexual Offences Act 2003 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วโดยมุ่งคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ซึ่งผู้กระทำผิดไม่สามารถอ้างเหตุความเชื่อเกี่ยวกับอายุได้เลยแต่ถ้าหากได้กระทำ

ความผิดต่อเด็กอายุเกินกว่า 13 ปี แล้วต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าจำเลยเชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าเด็กอายุเกิน 16 ปีหรือเกินกว่านั้นตามหลัก Reasonable Believe หลักการนี้ใช้ทั้งในกรณีการพิสูจน์เกี่ยวกับความเชื่อเรื่องความยินยอมในการร่วมประเวณีและการพิสูจน์เกี่ยวกับความเชื่อว่าเป็นเด็กที่ร่วมประเวณีนั้นมีอายุที่สามารถให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีได้ ซึ่งหมายความว่าถึงการพิสูจน์ว่าสิ่งหนึ่งสิ่งใดนั้นปราศจากข้อสงสัยตามสมควรคือการพิสูจน์ว่าไม่มีข้อสงสัยตามสมควรในจิตใจของวิญญูชนว่าจำเลยมีเจตนาตามที่ถูกกล่าวหาโดยมีข้อสันนิษฐานว่าจำเลยเป็นเช่นวิญญูชนทั่วไป การพิสูจน์เจตนาของการขึ้นใจบุคคลอื่นให้มีเพศสัมพันธ์ จึงเป็นเรื่องของการแสดงว่าวิญญูชนไม่น่าจะเชื่อตามที่จำเลยกล่าวอ้างเมื่อพิจารณาว่าจำเลยอยู่ในฐานะวิญญูชนทั่วไป ตัวอย่างเช่นโดยทั่วไปจะเป็นเรื่องสมเหตุสมผลในการเชื่อคำให้การของสามีเกี่ยวกับความต้องการของภรรยาตนเอง เป็นเรื่องปกติที่สมเหตุสมผลที่จะมองว่าการกระทำตามคำสั่งหรือคำแนะนำโดยไม่มีการคัดค้านเท่ากับเป็นการให้ความยินยอมอันที่จริงสิ่งที่เราทำอยู่ทุกวันก็อยู่บนข้อสันนิษฐานเช่นนี้ มันชัดเจนว่าการให้ความยินยอมอย่างชัดแจ้งในเรื่องนี้ปกติย่อมเป็นการให้อ่านาอีกคนในการกระทำโดยความเชื่อว่าจะได้มีการให้ความยินยอมแล้วการเชื่ออย่างมีเหตุผลว่าผู้เสียหายอายุเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดเป็นความผิดจำเลยสามารถยกเป็นข้อต่อสู้ได้หากแสดงให้เห็นว่าพวกเขาเชื่ออย่างมีเหตุผลว่าผู้เสียหายอายุเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดเป็นความผิดแล้วอย่างไรก็ตามหากมีการยกข้อต่อสู้ดังกล่าว ปกติมักจะมีการใช้เมื่อผู้เสียหายอายุใกล้เคียงที่จะเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดเป็นความผิดแล้วเท่านั้น หรือจำเลยสามารถแสดงให้เห็นได้ถึงความละเอียดถี่ถ้วนในการพิจารณาอายุของผู้เสียหายแล้ว เช่นเด็กอายุ 15 ปี แล้วมีการใช้บัตรประชาชนปลอมเพื่อเข้าไปเที่ยวบาร์สำหรับคนอายุ 18 ปีขึ้นไป ซึ่งกฎหมายกำหนดว่าบุคคลที่กระทำด้วยความสุจริตและสมเหตุสมผลแต่ด้วยความเข้าใจผิดถึงความมีอยู่สถานะของสิ่งต่างๆ ไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญาในการกระทำที่หนักไปกว่าที่ได้กระทำนั้นหากข้อเท็จจริงจะเป็นดังที่บุคคลนั้นเข้าใจว่าเป็นเช่นนั้นซึ่งหลักความเชื่ออย่างสมเหตุสมผลนี้กล่าวได้ว่าเป็นเรื่องสำคัญผิดในข้อเท็จจริงของจำเลยซึ่งเป็นดุลพินิจของผู้พิพากษาในการพิจารณาถึงความเชื่อมั่นเป็นต้น

3.1.2 ขอบเขตของการกระทำชำเรา

แต่เดิมตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ ได้กำหนดเกณฑ์อายุของหญิงไว้ต่ำกว่า 16 ปี⁷ แม้จะให้ความยินยอมร่วมประเวณีก็เป็นความผิด เรื่องกำหนดเกณฑ์ของอายุหญิงที่จะให้ความยินยอมนี้ ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษได้มีการหลักเอาตามเกณฑ์อายุของเด็กหญิงที่สามารถให้สัญญาทำการสมรสโดยสมบูรณ์เป็นหลัก ต่อมาในปี ค.ศ. 1885 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย

⁷ The Sexual Offences Act 1956, Section 6(1).

อาญา จึงกำหนดเกณฑ์ของหญิงเป็น 13 ปี⁸ หลังจากนั้นในปี ค.ศ. 1929 ได้มีการแก้กฎหมายเกี่ยวกับเกณฑ์อายุหญิงที่จะให้สัตยาบันในการสมรสเป็น 16 ปี ทั้งชายและหญิง การสมรสในเกณฑ์ต่ำกว่านี้ย่อมไม่สมบูรณ์ ฉะนั้นการร่วมประเวณีกับหญิงอายุต่ำกว่า 16 ปี ย่อมถือว่าเป็นความผิดไม่ว่าหญิงนั้นยินยอมหรือไม่ จึงเป็นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เข้มงวด แต่ปรากฏว่ากรณีอาจเกิดขึ้นเมื่อชายสำคัญผิดในอายุของหญิงได้เข้าแต่งงานกับหญิงและได้ร่วมประเวณีกับหญิงดังกล่าวโดยคิดว่าเป็นการสมรสโดยชอบ กรณีดังกล่าวอาจอ้างเป็นข้อเท็จจริงได้ ถ้าหากพิสูจน์ได้ว่าในขณะนั้นชายมีเหตุอันควรเชื่อได้หญิงเป็นภริยาโดยชอบของเขา บทบัญญัติที่ห้ามมิให้หญิงมีอายุต่ำกว่า 16 ปี แต่งงานนั้นปัจจุบันได้บัญญัติในมาตรา 2 แห่ง The Marriage Act, 1956 ต่อมาในปี 1956 จึงได้มีการบัญญัติกฎหมายกำหนดเกณฑ์อายุของหญิงว่า ถ้าร่วมประเวณีกับหญิงไม่ต่ำกว่า 13 ปี แต่ต่ำกว่า 16 ปี เป็นความผิด และข้ออ้างแก้ตัวว่าสำคัญผิดในอายุของหญิงก็ได้บัญญัติในมาตรา 6(2) แห่ง The Sexual Offences Act 1956 แต่ถ้าเป็นเด็กหญิงที่อายุต่ำกว่า 13 ปี ถูกชายร่วมประเวณีแล้ว ชายจะต้องรับผิดฐานกระทำชำเราโดยจะอ้างว่าหญิงมีอายุ กว่านั้นและเด็กหญิงยินยอมไม่ได้เลย โดยพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 ให้คำจำกัดความการข่มขืนกระทำชำเราว่าหมายถึงความถึงการที่อวัยวะเพศของชายล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของบุคคลใดโดยฝ่าฝืนต่อความยินยอมของบุคคลนั้น อาจกล่าวได้ว่าจากประวัติศาสตร์กฎหมายของอังกฤษเกินครึ่งศตวรรษการพัฒนาคำนิยามของการข่มขืนกระทำชำเราได้เริ่มต้นจาก “การกระทำชำเราหญิงซึ่งขัดต่อกฎหมาย” (Unlawful sexual intercourse with a woman) อันเป็นรูปแบบของการกระทำชำเราตามธรรมชาติที่ชายใช้อวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของบุคคลใดโดยฝ่าฝืนต่อความยินยอมของบุคคลนั้น” (penile penetration of the vagina, anus or mouth of another person without their consent) การกระทำของความผิดฐานนี้คือการล่วงล้ำไม่ว่าชายผู้กระทำจะหลั่งน้ำอสุจิหรือไม่ก็ตาม การล่วงล้ำนี้จะต้องมีอยู่ต่อเนื่องไปตั้งแต่เริ่มต้นจนกระทั่งสิ้นสุดการกระทำ ดังนั้น แม้ในเบื้องต้นผู้เสียหายจะยินยอมให้มีการกระทำชำเราก็ตามหากต่อมาผู้เสียหายเพิกถอนความยินยอมเช่นนั้น แต่ผู้กระทำยังคงไม่หยุดการกระทำอันเป็นการล่วงล้ำภายในระยะเวลาอันสมควร ผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา¹⁰ นอกจากนี้พระราชบัญญัติฉบับนี้ยังได้ขยายขอบเขต ของการกระทำให้รวมถึงการที่อวัยวะเพศชายล่วงล้ำช่องปากด้วย ก็สืบเนื่องมาจากข้อโต้แย้งที่ว่า การล่วงล้ำในรูปแบบอื่นควรที่จะถูกนับว่าเป็นความผิดร้ายแรงเช่นเดียวกับการที่อวัยวะเพศชายล่วงล้ำอวัยวะ

⁸ The Criminal Law Amendment Act 1885, Section 4.

⁹ The Sexual Offences Act 1956, Section 5.

¹⁰ From (*Basingstoke [England]*: Palgrave Macmillan) (p.395), by Jonathan Herring, criminal law, 2007.

เพศหญิงหรือทวารหนัก ทั้งนี้เพราะการล่วงล้ำช่องปากของผู้อื่น โดยฝ่าฝืนความยินยอมของผู้อื่นนั้น เป็นการกระทำที่น่ารังเกียจทำให้ผู้ถูกระทำต้องเสียเกียรติและได้รับความบอบช้ำทางจิตใจไม่น้อยไปกว่าการกระทำชำเราในรูปแบบเดิม

3.1.3 ขอบเขตความรับผิดชอบเพิ่มขึ้นกระทำชำเรา

ในปี ค.ศ. 2003 ได้มีการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม The Sexual Offences Act 2003 โดยได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในเกี่ยวกับความคิดเกี่ยวกับเพศใหม่และให้ความสำคัญในเรื่องการกระทำ ความผิดทางเพศต่อเด็กมากขึ้น โดยได้แก้ไขให้มีการคุ้มครองทางเพศครอบคลุมไปถึงเด็กชายจาก เดิมที่คุ้มครองเฉพาะเด็กหญิง และได้วางหลักเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีและ กำหนดอายุขั้นต่ำที่เด็กสามารถให้ความยินยอม โดยคุ้มครองเด็กสูงถึงอายุ 18 ปี โดยแยกแต่ละฐาน ความผิดและกำหนดอายุขั้นต่ำที่ได้รับการคุ้มครองไว้ 6 ประเภท¹¹

1) การเพิ่มขึ้นกระทำชำเรา

ในเรื่องความผิดฐานเพิ่มขึ้นกระทำชำเรา นั้นประเทศอังกฤษได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1 The Sexual Offences Act 2003¹² และได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความ ยินยอมไว้ในมาตรา 75 และมาตรา 76 ด้วย คือ

มาตรา 1 การเพิ่มขึ้นกระทำชำเรา¹³

(1) บุคคล (A) กระทำความผิดเมื่อ

(a) บุคคลนั้นกระทำชำเราโดยการล่วงล้ำต่ออวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือปาก ของอีกบุคคลหนึ่ง (B) (ด้วยอวัยวะเพศชาย)ของเขา โดยเจตนา

(b) B ไม่ได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำชำเรานั้น และ

(c) A ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า B ให้ความยินยอม

(2) มีเหตุอันควรเชื่อได้หรือไม่จะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมด รวมทั้งข้อเท็จจริงในแต่ละขั้นที่ทำให้ A เข้าใจได้ว่า B ยินยอมหรือไม่

(3) มาตรา 75 และมาตรา 76 ใช้บังคับกับความผิดตามมาตรานี้ด้วย

(4) บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิต เมื่อได้มีการ พิจารณาพิพากษาว่ามีความผิด

¹¹ จาก ความผิดเกี่ยวกับเพศ : ศึกษากรณีมาตรา 277 ของประมวลกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต), โดย อิศริย์ รักชาติ, 2552, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

¹² The Sexual Offences Act 2003. สืบค้น 10 พฤษภาคม 2557, จาก www.legislation.gov.uk.

¹³ The Sexual Offences Act 2003, Section 1.

มาตรา 75 ข้อสันนิษฐานโดยพยานหลักฐานเกี่ยวกับความยินยอม

(1) หากในการพิจารณาคดีความผิดซึ่งอยู่ในบังคับของมาตรานี้พิสูจน์ได้ว่า

- (a) จำเลยได้กระทำการดังกล่าว
- (b) ปรากฏพฤติการณ์แวดล้อมใดๆ ดังที่ระบุในอนุมาตรา (2) และ
- (c) จำเลยรู้ว่ามิพฤติการณ์แวดล้อมดังกล่าวอยู่¹⁴

ถือว่าผู้เสียหายไม่ได้ความยินยอมต่อการกระทำความผิดดังกล่าวเว้นแต่จะมีการนำเสนอพยานหลักฐานที่พอเพียงถึงประเด็นว่าผู้เสียหายยินยอมหรือไม่ และถือว่าจำเลยไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมเว้นแต่จะมีการนำเสนอพยานหลักฐานที่พอเพียงถึงประเด็นว่าจำเลยมีเหตุอันควรเชื่อเช่นนั้นหรือไม่

(2) พฤติการณ์แวดล้อมได้แก่

(a) ณ เวลาที่เริ่มกระทำการหรือทันทีทันใดก่อนหน้าการกระทำนั้นจะเริ่มขึ้น บุคคลนั้นได้ใช้ความรุนแรงต่อผู้เสียหายหรือทำให้ผู้เสียหายกลัวว่าจะทันใดนั้นจะใช้ความรุนแรงกับตน

(b) ณ เวลาที่เริ่มกระทำการหรือทันทีทันใดก่อนหน้าการกระทำนั้นจะเริ่มขึ้น บุคคลนั้นทำให้ผู้เสียหายกลัวว่ามีการใช้ความรุนแรงหรือในทันใดนั้นจะใช้ความรุนแรงต่อบุคคลอื่น

(c) ผู้เสียหายถูกควบคุมกักขังไว้โดยมิชอบ ณ เวลาที่มีการกระทำความผิดดังกล่าว ขณะที่จำเลยไม่ได้ถูกควบคุมกักขังเช่นนั้น

(d) ผู้เสียหายกำลังหลับหรือไม่รู้สึกรู้ตัว ณ เวลาที่มีการกระทำความผิดดังกล่าว

(e) เนื่องจากผู้เสียหายมีกายพิการ ผู้เสียหายย่อมไม่สามารถจะแจ้งกับจำเลยได้ ณ เวลาที่มีการกระทำความผิดกล่าวว่าผู้เสียหายยินยอมหรือไม่

(f) โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย บุคคลใดให้หรือจัดให้ผู้เสียหายได้รับสารซึ่งเมื่อได้รับเข้าไปแล้ว สามารถจะทำให้ผู้เสียหายมึนงงหรืออ่อนแรงได้ ณ เวลาที่มีการกระทำความผิดดังกล่าว

(3) ในอนุมาตรา (2)(a) และ (b) การอ้างอิงเวลาทันทีทันใดก่อนการกระทำความผิดจะเริ่มต้นขึ้นในกรณีอย่างหนึ่งอย่างใดที่เป็นส่วนหนึ่งของการกระทำต่อเนื่องของการกระทำทางเพศ คือ ณ เวลาทันทีทันใดก่อนกิจกรรมทางเพศแรกสุดจะเริ่มขึ้น

¹⁴ The Sexual Offences Act 2003, Section 75.

มาตรา 76 ข้อสันนิษฐานเด็ดขาดเกี่ยวกับความยินยอม¹⁵

(1) หากในการพิจารณาความผิดซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของมาตรานี้ พิสูจน์ได้ว่าจำเลยกระทำการดังกล่าวจริงและปรากฏพฤติการณ์แวดล้อมอย่างหนึ่งอย่างใดตามอนุมาตรา (2) ถือเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดว่า

- (a) ผู้เสียหายไม่ได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำความผิด และ
 - (b) จำเลยไม่เชื่อว่าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำความผิด
- (2) พฤติการณ์แวดล้อมได้แก่

(a) จำเลยเจตนาหลอกลวงผู้เสียหายเกี่ยวกับลักษณะหรือวัตถุประสงค์ของการกระทำความผิด

(b) จำเลยตั้งใจจะชักจูงผู้เสียหายให้ให้ความยินยอมต่อการกระทำความผิดโดยปลอมเป็นบุคคลที่ผู้เสียหายรู้จักเป็นการส่วนตัว

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 1 นั้นเป็นการกระทำชำเราบุคคลอื่นไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นชายหรือหญิงโดยบุคคลนั้นไม่ได้ให้ความยินยอมหรือไม่ให้ความสมัครใจในการร่วมประเวณี ผู้กระทำก็จะมี ความผิดฐานนี้ทั้งนี้เกี่ยวกับความยินยอมนั้นประเทศอังกฤษยังให้ความหมายไว้ในมาตรา 74 แห่ง The Sexual Offences Act 2003 อีกด้วย คือ หมายถึง บุคคลจะให้ความยินยอมได้หากบุคคลนั้นตกลงที่จะเลือก และมีอิสระและความสามารถที่จะเลือก¹⁶ ในความผิดฐานนี้จึงเป็นเรื่องที่ไม่ให้ความยินยอมเห็นได้ว่ากฎหมายให้ความคุ้มครองทุกคนโดยไม่ได้กำหนดอายุขั้นต่ำไว้ ซึ่งต่างจากความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 5 แห่ง The Sexual Offences Act 2003 ดังนี้

มาตรา 5 ข่มขืนเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี¹⁷

(1) บุคคลกระทำผิดเมื่อ

(a) บุคคลนั้นกระทำชำเราโดยการล่วงล้ำต่ออวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือปากของอีกบุคคลหนึ่ง ด้วยอวัยวะเพศชายของเขา โดยเจตนา

(b) กระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 13 ปี

¹⁵ The Sexual Offences Act 2003, Section 76.

¹⁶ The Sexual Offences Act 2003, Section 74 “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.

¹⁷ The Sexual Offences Act 2003, Section 5.

(2) บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรา 1 ต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิต เมื่อได้มีการพิจารณาพิพากษาว่ามีความผิด

ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 1 ต้องกระทำโดยเจตนาและรู้ว่าเด็กหญิงนั้นอายุต่ำกว่า 13 ปี ซึ่งเด็กหญิงไม่อาจยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมายใด ๆ และชายจะอ้างเหตุผลสนับสนุนในความเชื่อว่าเด็กหญิงมีอายุมากกว่า 13 ปี จึงกระทำความผิดไม่ได้เช่นเดียวกัน

เห็นได้ว่าลักษณะการกระทำความผิดตามมาตรา 1 จะมีความผิดเช่นเดียวกันกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามมาตรา 1 ต่างกันก็เพียงว่าตามมาตรา 1 ผู้กระทำความผิดจะมีความผิดก็ต่อเมื่อผู้ถูกกระทำไม่ยินยอมหรือไม่สมัครใจนั้น แต่ตามมาตรา 5 นั้นแม้ว่าผู้กระทำความผิดจะกระทำโดยเด็กจะยินยอมหรือไม่ยินยอมให้ร่วมประเวณีก็ตาม หากว่าผู้ถูกกระทำเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ผู้กระทำก็จะมีผิดตามมาตรา 1 เนื่องจากประเทศอังกฤษได้กำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำเด็กสามารถให้ความยินยอมไว้คือ 13 ปี หากอายุต่ำกว่านี้แม้ว่าเด็กจะให้ความยินยอมให้ร่วมประเวณี แต่ตามกฎหมายประเทศอังกฤษนั้นก็ถือว่าเด็กไม่ได้ให้ความยินยอมซึ่งอัตราโทษจึงสูงเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมเช่นมาตรา 1 ซึ่งทั้งมาตรา 1 และมาตรา 5 มีอัตราโทษสูง ทั้งนี้เนื่องจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี นั้นถือว่าเป็นการกระทำความผิดอุกฉกรรจ์ (felony) ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

2) การทำร้ายร่างกายด้วยการล่วงล้ำด้วยสิ่งอื่น

การทำร้ายร่างกายด้วยการล่วงล้ำด้วยสิ่งอื่นนี้เป็นการล่วงล้ำทางเพศต่อส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายผู้อื่นโดยเจตนา โดยได้บัญญัติเรื่องไว้ใน The Sexual Offences Act 2003 มาตรา 2 คุ้มครองบุคคลทั่วไป และ ในมาตรา 6 คุ้มครองบุคคลอายุต่ำกว่า 13 ปี

มาตรา 2 ทำร้ายด้วยการกระทำล่วงล้ำด้วยสิ่งอื่น¹⁸

(1) บุคคล (A) กระทำความผิดเมื่อ

(a) บุคคลนั้นล่วงล้ำต่ออวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักของอีกบุคคลหนึ่ง (B) ด้วยส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายหรือสิ่งอื่น โดยเจตนา

(b) การล่วงล้ำนั้นเป็นการกระทำเกี่ยวกับทางเพศ

(c) B ไม่ได้ให้ความยินยอมต่อการล่วงล้ำนั้น และ

(d) A ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า B ให้ความยินยอม

¹⁸ The Sexual Offences Act 2003, Section 2.

(2) มีเหตุอันควรเชื่อได้หรือไม่จะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมด รวมทั้งข้อเท็จจริงในแต่ละขั้นที่จะทำให้ A เข้าใจได้ว่า B ยินยอมหรือไม่

(3) มาตรา 75 และมาตรา 76 ใช้บังคับกับความผิดตามมาตรา 75 ด้วย

(4) บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรา 75 ต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิต เมื่อได้มีการพิจารณาพิพากษาว่ามีความผิด

มาตรานี้เป็นการล่วงล้ำทางเพศต่อส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายผู้อื่นโดยเจตนา โดยผู้ถูกระทำไม่ให้ความยินยอม และประเทศอังกฤษยังได้บัญญัติให้นำหลักเกณฑ์ในเรื่องข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความยินยอมในมาตรา 75 และ 76 มาใช้เหมือนกับความผิดฐานกระทำความชำร่วยด้วย

มาตรา 6 ทำร้ายด้วยการกระทำล่วงล้ำด้วยสิ่งอื่นต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี¹⁹

(1) บุคคลกระทำความผิดเมื่อ

(a) บุคคลนั้นล่วงล้ำต่ออวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักของอีกบุคคลหนึ่งด้วยส่วนหนึ่งของร่างกายหรือสิ่งอื่น โดยเจตนา

(b) การล่วงล้ำนั้นเป็นการกระทำเกี่ยวกับทางเพศ

(c) กระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 13 ปี

(2) บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรา 6 ต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิต เมื่อได้มีการพิจารณาพิพากษาว่ามีความผิด

มาตรานี้ก็เป็นความผิดเช่นเดียวกับมาตรา 2 ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นต่างกันตรงที่ประเทศอังกฤษได้วางหลักเกณฑ์คุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ในการให้ความยินยอมในเรื่องนี้ เช่นเดียวกับการให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีดังที่กล่าวมาแล้วจึงทำให้ผู้กระทำความผิดจะต้องรับผิดตามมาตรา 6 แม้ว่าเด็กผู้ถูกระทำความผิดจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำก็มีความผิดตามมาตรา 6 โทษที่ได้รับจึงเท่ากับทำร้ายด้วยการกระทำล่วงล้ำด้วยสิ่งอื่นต่อร่างกายผู้อื่นโดยผู้ผู้นั้นไม่ยินยอม

3) การกระทำอนาจาร

ประเทศอังกฤษได้แยกลักษณะความผิดฐานกระทำความชำร่วยและความผิดฐานอนาจารออกจากกันอย่างชัดเจนแต่ก็ให้การคุ้มครองบุคคล 2 กลุ่ม คือบุคคลที่อายุมากกว่า 13 ปี และให้ความสำคัญในการคุ้มครองบุคคลซึ่งเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ไว้ในกรณีเฉพาะเช่นเดียวกับความผิดฐานกระทำความชำร่วย

¹⁹ The Sexual Offences Act 2003, Section 6.

ในมาตรา 3 แห่ง The Sexual Offences Act 2003 เป็นความผิดฐานการกระทำความผิด บัญญัติว่าบุคคลหนึ่งกระทำความผิดเมื่อบุคคลนั้นสัมผัสบุคคลอื่นโดยเจตนา การสัมผัสนั้นเป็นการกระทำเกี่ยวกับทางเพศ โดยไม่ได้รับความยินยอมต่อการสัมผัสนั้น และไม่มีเหตุควรเชื่อได้ว่าได้รับความยินยอมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เหตุควรเชื่อได้ว่าได้รับความยินยอมหรือไม่นั้นต้องพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดรวมทั้งข้อเท็จจริงในแต่ละขั้นที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดเชื่อได้ว่าได้รับความยินยอม เกี่ยวกับเรื่องความยินยอมนี้บัญญัติให้นำหลักเกณฑ์ในมาตรา 75 และ 76 แห่ง The Sexual Offences Act 2003 มาใช้บังคับด้วย

บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรา 3 ต้องรับโทษ ตัดสินลงโทษโดยการพิจารณาแบบรวบ-รัด มีโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินจำนวนสูงสุดที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือได้รับการตัดสินลงโทษโดยการพิจารณาแบบคดีอาญาโทษหนัก มีโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี²⁰

ส่วนความผิดฐานการกระทำความผิดเด็กได้บัญญัติไว้ในมาตรา 7 แห่ง The Sexual Offences Act 2003 คือมาตรา 7 กระทำความผิดกับเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

(1) บุคคลกระทำความผิดเมื่อ

- (a) บุคคลนั้นสัมผัสบุคคลอื่นโดยเจตนา
- (b) การสัมผัสนั้นเป็นการกระทำเกี่ยวกับทางเพศ
- (c) กระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 13 ปี

(2) บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรา 1 ต้องรับโทษ

- (a) ตัดสินโทษโดยการพิจารณาแบบรวบรัด เมื่อโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินจำนวนสูงสุดที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ
- (b) ตัดสินลงโทษโดยการพิจารณาแบบคดีอาญาโทษหนัก เมื่อโทษจำคุกไม่เกิน 14 ปี

ความผิดฐานอนาจารนั้นประเทศอังกฤษก็ได้บัญญัติคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีไว้เป็นการเฉพาะเช่นกัน คือได้กำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำที่เด็กสามารถให้ความยินยอมได้ไว้คือ 13 ปี เช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ซึ่งองค์ประกอบที่สำคัญคือต้องกระทำโดยเจตนา โดยจะรู้หรือไม่รู้ก็ตามว่าเด็กนั้นอายุต่ำกว่า 13 ปี และไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตามผู้กระทำก็จะมีผิดตามมาตรา 1 และมีอัตราโทษสูงกว่ามาตรา 3

²⁰ The Sexual Offences Act 2003, Section 3.

4) ก่อหรือยุยงให้เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ทำกิจกรรมเกี่ยวกับเพศ

ความผิดฐานนี้ประเทศอังกฤษได้บัญญัติไว้ในมาตรา 8 แห่ง The Sexual Offences Act 2003 กล่าวคือ บุคคลกระทำความผิดเมื่อบุคคลนั้นก่อหรือยุยงให้บุคคลอายุต่ำกว่า 13 ปี ทำกิจกรรมในทางเพศ โดยเจตนา มีโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือถ้าการกระทำนั้นกระทำโดยการล่อลวงเข้าไปในทวารหนักหรืออวัยวะเพศ การล่อลวงเข้าไปในปากของผู้อื่น จะต้องรับโทษจำคุกขั้นต่ำตั้งแต่ 6 เดือนหรือโทษสูงสุดไม่เกิน 14 ปี²¹

มาตรานี้เป็นการยุยงให้เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี กระทำกิจกรรมทางเพศแม้ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตามก็เป็นความผิดตามมาตรา 8 ซึ่งอัตราโทษสูงเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ซึ่งแสดงให้เห็นว่าประเทศอังกฤษมีวัตถุประสงค์คุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ในทุกฐานความผิดเท่ากัน

5) ความผิดทางเพศเกี่ยวกับเด็ก

นอกจากประเทศอังกฤษจะคุ้มครองเด็กในกรณีที่เด็กเป็นผู้ถูกระงับหรือผู้เสียหายแล้ว ยังได้คุ้มครองเด็กในกรณีที่เด็กเป็นผู้กระทำความผิดเองโดยกำหนดอายุที่คุ้มครองสูงถึง 18 ปีไว้ในแต่ละฐานความผิดใน The Sexual Offences Act 2003 ดังนี้

มาตรา 9 บุคคลอายุตั้งแต่ 18 ปี จะกระทำความผิดเมื่อบุคคลนั้นสัมผัสบุคคลอื่นและการสัมผัสนั้นเป็นการกระทำเกี่ยวกับทางเพศ โดยเจตนา โดยได้กำหนดเกณฑ์อายุผู้ถูกระงับไว้คืออายุต่ำกว่า 16 ปี และ ไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าบุคคลนั้นอายุตั้งแต่ 16 ปี หรืออายุต่ำกว่า 13 ปี จะต้องรับเว้นแต่เป็นกรณี การล่อลวงทวารหนัก อวัยวะเพศ หรือการล่อลวงเข้าไปในปากด้วยส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกาย หรือสิ่งอื่นบุคคลกระทำความผิดตามมาตรา 9 นี้จะต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกินจำนวนสูงสุดที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือลงโทษด้วยการพิจารณาแบบคดีอาญาโทษหนัก มีโทษจำคุกไม่เกิน 14 ปี

มาตรา 10 บุคคลอายุตั้งแต่ 18 ปี จะกระทำความผิดเมื่อบุคคลนั้นก่อหรือยุยงให้บุคคลอื่นทำกิจกรรมในทางเพศ โดยเจตนา และกระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 16 ปี และ ไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าบุคคลนั้นอายุตั้งแต่ 16 ปี หรือ กระทำต่ออายุต่ำกว่า 13 ปี จะต้องปรับโทษจำคุกไม่เกิน 14 ปี เมื่อมีการพิพากษาความผิดด้วยการพิจารณาคดีแบบคดีอาญาอุกฉกรรจ์ เว้นแต่เป็นกรณี การล่อลวงทวารหนัก อวัยวะเพศ หรือการล่อลวงเข้าไปในปากด้วยส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกาย หรือสิ่งอื่นบุคคลกระทำความผิดตามมาตรา 10 นี้จะต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกินจำนวนสูงสุดที่

²¹ The Sexual Offences Act 2003, Section 8.

กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือลงโทษด้วยการพิจารณาแบบคดีอาญาโทษหนัก มีโทษจำคุกไม่เกิน 14 ปี

มาตรา 11 บุคคลอายุตั้งแต่ 18 ปี จะกระทำความผิดเมื่อ บุคคลนั้น กระทำกิจกรรมทางเพศ โดยเจตนา เพื่อประโยชน์ในการได้รับความสุขทางเพศ ได้กระทำกิจกรรมทางเพศโดยเมื่อ บุคคลอื่นอยู่ด้วยหรืออยู่ในที่ที่สามารถจะเห็นได้และรู้ว่าหรือเชื่อว่ารู้ตัวหรือตั้งใจว่าหรือควร จะรู้ตัวว่าตนกำลังทำกิจกรรมดังกล่าวอยู่ และกระทำกิจกรรมทางเพศต่อหน้าบุคคลอายุต่ำกว่า 16 ปี และไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าบุคคลนั้นอายุตั้งแต่ 16 ปี หรือกระทำกิจกรรมทางเพศต่อหน้าเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี บุคคลกระทำความผิดตามมาตรานี้จะต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน จำนวนสูงสุดที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี เมื่อตัดสินลงโทษ ด้วยการพิจารณาแบบคดีอาญาโทษอุกฉกรรจ์

มาตรา 12 บุคคลอายุตั้งแต่ 18 ปี กระทำผิดเมื่อ เพื่อประโยชน์ในการได้รับความสุขทางเพศ บุคคลนั้นโดยเจตนาทำให้บุคคลอื่นเห็นบุคคลที่สามทำกิจกรรม หรือให้ดูภาพบุคคลใดกำลัง ทำกิจกรรมทางเพศอยู่ โคนกระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 16 ปี และไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าบุคคลนั้น อายุตั้งแต่ 16 ปี หรือบุคคลนั้นอายุต่ำกว่า 13 ปี บุคคลกระทำความผิดตามมาตรานี้จะต้องรับโทษ จำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินจำนวนสูงสุดที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับหรือโทษ จำคุกไม่เกิน 10 ปี

มาตรา 13 บุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปี หากกระทำความผิดซึ่งเป็นความผิดตามมาตราใด มาตราหนึ่งตั้งแต่มาตรา 9 ถึง มาตรา 12 บุคคลกระทำความผิดตามมาตรานี้จะต้องรับโทษโดย ตัดสินลงโทษด้วยการพิจารณาแบบรวบรัด เมื่อโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินจำนวน สูงสุดที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ โดยตัดสินลงโทษด้วยการพิจารณาแบบคดีอาญา อุกฉกรรจ์ไม่เกิน 5 ปี

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าในความผิดตามมาตรา 2 ถึงมาตรา 12 นั้นให้ความ คุ้มครองในเรื่องการให้ความยินยอมของบุคคลที่มีอายุไม่เกิน 16 ปี และเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี โดย ในกรณีผู้ถูกกระทำเป็นบุคคลอายุไม่เกิน 16 ปี กฎหมายยอมให้ผู้กระทำผิดพิสูจน์ว่าเชื่อว่าบุคคล นั้นอายุมากกว่า 16 ปี แต่ถ้าเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีผู้กระทำความผิดก็ไม่สามารถยกข้อต่อสู้ เกี่ยวกับอายุเด็กขึ้นต่อสู้ได้เช่นเดียวกับความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีฐานอื่น แต่ ว่าถ้าหากกว่าผู้กระทำความผิดตามมาตรา 9 หรือมาตรา 12 เป็นบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ตาม The Sexual Offences Act 2003 Section 13 ก็ได้กำหนดโทษต่ำกว่าบุคคลที่อายุมากกว่า 18 ปี เนื่องจากเห็นว่าเป็นการกระทำผิดทางเพศกับเด็ก โดยเด็กหรือเยาวชนด้วยกันแสดงให้เห็นว่า

ประเทศอังกฤษให้ความคุ้มครองแก่บุคคลอายุไม่เกิน 18 ปีด้วยการกระทำความผิดจาก ความยินยอมด้วยกันทั้งสองฝ่าย

ซึ่งหากว่าผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้เป็นบุคคลที่อาศัยรับความไว้วางใจกระทำ กิจกรรมทางเพศกับเด็ก²² กระทำโดยอาศัยการที่ตนอยู่ในฐานะที่ได้รับความไว้วางใจอันเกี่ยวข้องกับ เด็กผู้ที่ก่อให้เกิดหรือยุยงให้เด็กกระทำกิจกรรมเกี่ยวกับเพศ²³ เมื่อมีการพิจารณาคดีความผิดตาม มาตรานี้ การพิสูจน์ได้ว่าบุคคลอื่นนั้นอายุต่ำกว่า 18 ปี ไม่ต้องพิจารณาในส่วนของจำเลยว่ามีเหตุ อันควรเชื่อว่าบุคคลนั้นอายุตั้งแต่ 18 ปี หรือไม่เว้นแต่จะมีการนำเสนอพยานหลักฐานที่พอเพียงถึง ประเด็นว่าจำเลยมีเหตุอันควรเชื่อเช่นนั้น²⁴

ดังนั้น สหราชอาณาจักรได้มีการออกกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศฉบับล่าสุดปี 2546 มีผลใช้บังคับเมื่อ 1 พฤศจิกายน 2546 ชื่อ The Sexual Offence Act 2003 โดยได้ขยายความคุ้มครอง ออกไปจากกฎหมายเดิมโดยมาตรา²⁵ ได้ให้ความหมายของการข่มขืนไว้ว่า²⁶ จาก The Sexual Offence Act 2003 (SOA-2003) ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงองค์ประกอบภายนอกของการ กระทำผิดจากเดิมมาตรา 142 Criminal Justice and Public Order Act 1994 ที่กำหนดให้เฉพาะชาย ทำการข่มขืนกระทำชำเราหญิงหรือชายอื่น ไม่ว่าโดยทางช่องคลอด (Vaginal) หรือทวารหนัก (anal) โดยผู้ข่มขืนนั้นไม่ยินยอมแต่ใน SOA-2003 กำหนดผู้กระทำเป็นว่า “ผู้ใด” เท่านั้นผู้กระทำจึง ไม่จำกัดเฉพาะชายอีกต่อไปทั้งได้ขยายคุ้มครองการใช้อวัยวะเพศชายกระทำต่อช่องปาก (Oral rape) ทวารหนักไม่จำกัดเฉพาะช่องคลอดอีกต่อไปซึ่งในส่วนการใช้เครื่องมือหรือวัสดุอื่นใด กระทำต่ออวัยวะดังกล่าวยังคงเป็นความผิดทั้งสิ้น (sexual assault) และได้กำหนดความผิดใหม่เช่น การกระทำที่เป็นการเบี่ยงเบนทางเพศ เช่น อดอวัยวะเพศ (Exposure) แอบถ่ายภาพล้ามองหรือใช้ ทีวีวงจรปิด (Voyeurism) ตลอดจนมีเพศสัมพันธ์กับสัตว์ (Intercourse with an animal) เป็นความผิด อย่างไรก็ตามใน SOA-2003 ยังคงองค์ประกอบสำคัญเดิมไว้คือต้องเป็นการกระทำโดยใช้อวัยวะ

²² The Sexual Offences Act 2003, Section 16.

²³ The Sexual Offences Act 2003, Section 17.

²⁴ The Sexual Offences Act 2003, Section 16, 17.

²⁵ S.1 “RAPE”

(1) 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

²⁶ Sexual Offence Act 2004<<http://www.Legislation.hmso.gov.uk/acts/act2003/30042-b.htm>>

เพศชายกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unlawful) และเป็นการกระทำโดยผู้อื่นไม่ยินยอม (consent) นอกจากนี้การประทุษร้ายทางเพศ (sexual assault) ยังให้ความหมายเพิ่มเติมของการข่มขืนกระทำชำเราเพิ่มเติมไว้ในมาตรา 2²⁷ ทั้งได้ให้ความหมายของความยินยอมไว้ในมาตรา 74²⁸ และความหมายของช่องคลอด (vagina) รวมถึงตัวอวัยวะเพศด้านนอก (vulva) มาตรา 79²⁹ จึงเห็นได้ว่าความผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเราตาม SOA-2003 มีความหมายถึงผู้ใดข่มขืนผู้อื่นโดยใช้อวัยวะเพศ ล้วงล้ำหรือสอดใส่ (penetration) เข้าไปใน Vagina, anus, oral (mouth) ของผู้อื่นหรือบังคับให้ผู้อื่นกระทำต่อตนโดยผู้อื่นไม่ยินยอมส่วนความผิดข้อหาประทุษร้ายทางเพศ (Sexual Assault) เป็นการใช้วัตถุอื่นใดล้วงล้ำหรือสอดใส่ (penetration) เข้าไปใน Vagina anus oral (mouth) หรืออวัยวะอื่นใดโดยบุคคลอื่นนั้น ไม่ยินยอมก็จะเป็นความผิดทั้งสิ้นเป็นต้น

3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

3.2.1 ลักษณะของการทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

ในประเทศสหรัฐอเมริกามีข้อเสนอมากมายเกี่ยวกับการขยายขอบเขตคำนิยามของการกระทำชำเรา ข้อเสนอของคำจำกัดความ “กระทำชำเรา” ที่ดูจะละเอียดถี่ถ้วน และพยายามที่จะครอบคลุมถึงพฤติกรรมทางเพศทุกรูปแบบที่พึงจะคิดได้ และมีการปฏิบัติอยู่จริงเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเห็นจะเป็นข้อเสนอของสภาสตรี เพื่อป้องกันการข่มขืนกระทำชำเรา (Women’s rape council) ส่งเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งมลรัฐนิวยอร์ก สหรัฐอเมริกาว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราควร “ประกอบด้วยการสัมผัสระหว่าง ปากและทวารหนัก ปากและอวัยวะ

²⁷ S. 2 assaultAssault by penetration

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

(a) he intentionally penetrates the vagina or anus of another person (B)

with a part of his body or anything else,

(b) the penetration is sexual,

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

(d) A does not reasonably believe that B Consents.

²⁸ S. 74 “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

²⁹ S. 79 Part 1 : general interpretation

(a) Vagina includes vulva

เพศชาย ปากและอวัยวะเพศหญิง หรือระหว่างอวัยวะเพศชายและหญิง หรืออวัยวะเพศชายและทวารหนัก หรือระหว่างทวารหนักหรืออวัยวะเพศหญิงกับสิ่งประดิษฐ์เทียมอื่นๆ³⁰

อย่างไรก็ตามเมื่อได้มีการทำแบบสอบถามความคิดเห็นเกี่ยวกับการขยายขอบเขตคำนิยามของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา พนักงานอัยการจำนวนมากแสดงความกังวลที่จะติดตามคดีอันเกิดจากการกระทำที่เป็นความผิดตามความหมายใหม่กำหนดขึ้น ข้อมูลจากการสัมภาษณ์แสดงให้เห็นต่อไปอีกว่าเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมจำนวนมากยังคงรู้สึกว่าการนิยามใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเรานั้นมีความไม่ชัดเจน ทั้งสถิติจากการทำความผิดอาญาและข้อมูลจากการสัมภาษณ์แสดงให้เห็นว่าผู้ตอบคำถามหลายคนยังยึดติดกับความแตกต่างระหว่างการข่มขืนกระทำชำเราตามความเป็นจริงที่ยึดถือกันมาโดยตลอดกับความผิดทางเพศในรูปแบบอื่นๆ ผู้ตอบแบบสัมภาษณ์ผู้หนึ่งถึงกับกล่าวว่าการขยายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราให้รวมการทำความผิดทางเพศในรูปแบบอื่นนั้นถือได้ว่าเป็นการทำลายวิถีประเพณีและการบัญญัติกฎหมายและเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมเช่นนี้ทำให้ผู้ทำการปฏิรูปกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศหันมาให้ความสำคัญกับบริบทของสังคมว่าจะได้รับผลกระทบเช่นไรหากมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายดังกล่าวด้วย³¹

3.2.2 ขอบเขตของการกระทำชำเรา

แม้จะมีทั้งเสียงสนับสนุนและต่อต้านการขยายคำนิยามของการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายแต่เดิม ที่หมายความว่าถึงการที่อวัยวะเพศชายล่วงล้ำอวัยวะเพศของหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดยใช้กำลังบังคับ รัฐบางรัฐยังคงยึดแนวความคิดเดิม ในขณะที่บางรัฐทำการเปลี่ยนแปลงคำนิยามของการกระทำชำเราโดยอ้างเหตุผลหลักๆ เพื่อให้การบังคับใช้ความผิดเกี่ยวกับเพศอยู่ภายใต้หลักความเสมอภาคในทางเพศ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในบางรัฐจึงบัญญัติให้หญิงก็อาจเป็นผู้กระทำความผิด และชายเองก็อาจตกเป็นผู้ถูกกระทำได้ นอกจากนี้การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญอีกประการหนึ่งเกี่ยวข้องกับการกำหนดว่าพฤติกรรมเช่นไรควรจะกำหนดให้เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จากที่เดิมกฎหมายจารีตประเพณีให้ความสำคัญกับการร่วมประเวณีระหว่างหญิงและชาย หากแต่ในการปฏิรูปความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเริ่มที่จะกำหนดคำนิยามของการข่มขืนกระทำชำเราให้ครอบคลุมถึงการกระทำอย่างอื่นนอกเหนือจากการล่วงล้ำอวัยวะเพศของหญิงโดย

³⁰ จาก ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา : ศักยภาพของประกอบความผิดกรณีผู้ถูกกระทำ (สารนิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์), โดย ปรีดา เวทพิสัย, 2551, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³¹ From Nathan Caplan Boston, *Rape and the limits of law reform* (p.107), by Jeanne C. Marsh, Alison Geist, (Mass : Auburn house Pub.Co.,1982).

อวัยวะเพศของชาย เช่นการล่วงล้ำโดยวัตถุสิ่งของอื่นใดทั้งนี้การล่วงละเมิดทางเพศที่สมควรได้รับความคุ้มครองจึงมีอยู่หลายรูปแบบ ตั้งแต่การกระทำที่เป็นการล่วงล้ำโดยอวัยวะเพศของชายต่ออวัยวะเพศของหญิงหรือทางทวารหนัก การใช้ปากกระทำต่ออวัยวะเพศของชายและต่ออวัยวะเพศของหญิง การใช้อวัยวะส่วนอื่นหรือวัตถุสิ่งของล่วงล้ำทวารหนักหรืออวัยวะเพศของหญิง รวมทั้งการสัมผัสอวัยวะสืบพันธุ์ของบุคคลอื่นโดยเจตนาที่จะให้ผู้อื่นนั้นต้องอับอาย หรือกระทำไปเพื่อสนองความใคร่ของตนเองและผู้อื่น ทั้งนี้แต่ละมลรัฐมีความผิดอาญฐานข่มขืนกระทำชำเราในแต่ละรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาบัญญัติแตกต่างกันออกไป บางรัฐก็กำหนดให้ชายเท่านั้นเป็นผู้กระทำความผิดได้ เช่น รัฐจอร์เจีย รัฐโอคาโฮ และรัฐอินเดียนา บางรัฐก็กำหนดให้ทั้งชายและหญิงสามารถเป็นผู้กระทำความผิดได้ เช่น รัฐมิชิแกน และรัฐนิวยอร์ก ส่วนผู้ถูกกระทำตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาย่อมแตกต่างกันออกไปตามบทบัญญัติความผิดของแต่ละรัฐ กล่าวคือ บางรัฐกำหนดให้หญิงเท่านั้นตกเป็นผู้ถูกกระทำในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ เช่น รัฐจอร์เจียและรัฐอินเดียนา บางรัฐกำหนดให้ทั้งหญิงและชายตกเป็นผู้ถูกกระทำในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ เช่น รัฐนิวยอร์ก และรัฐโอคาโฮ อย่างไรก็ตาม ทุกรัฐยังคงให้ความสำคัญกับการล่วงล้ำ (penetration) อันถือเป็นองค์ประกอบความผิดหลักที่จะทำให้การกระทำเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้เป็นต้น

3.2.3 ขอบเขตความรับผิดชอบฐานข่มขืนกระทำชำเรา

Model Penal code ฉบับ Official Draft (Philadelphia 1962) ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในหัวข้อ 213 ซึ่งแบ่งการกระทำความผิดดังกล่าวเป็น 7 มาตรา โดยเริ่มตั้งแต่มาตรา 213.0 ถึงมาตรา 213.6 สำหรับการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารจะมีองค์ประกอบความผิดเป็นเช่นไรผู้เขียนจะขอกล่าว ดังต่อไปนี้

1) การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape)

การกระทำชำเราตามกฎหมาย Model Penal Code ของสหรัฐอเมริกาแบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ (1) การข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน (Sexual Intercourse with a female not his wife)

ตาม (1) ของมาตรา 213.1 ของ Model Penal Code³² ได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ว่า ชายใดกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนจะถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด

³² Section 213.1.Rape and Related Offenses. Model penal code of the American law institute.

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

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

ฐานข่มขืนกระทำชำเรา ถ้าชายบังคับหญิงโดยใช้กำลังหรือโดยการข่มขู่ว่าจะทำอันตรายให้ถึงแก่ชีวิต หรือควบคุมหญิงโดยการใส่ยา ทำให้หญิงได้รับอันตรายสาหัส หรือทำให้เจ็บปวดอย่างรุนแรง ลักพาหญิง หรือทำให้บุคคลใดๆ ได้รับความทรมานหรือทำให้หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือโดยการควบคุมหญิงนั้นไว้โดยการวางยาหญิง หรือโดยการใส่ยาโดยที่หญิงไม่รู้ว่ามีกาใส่ยา หรือโดยการใส่ของมีนเมาหรือโดยวิธีการอื่นใดเพื่อให้หญิงไม่สามารถปกป้องตนเองได้ หรือทำให้หญิงหมดสติ หรือกระทำกับหญิงมีอายุเกินสิบปี นอกจากนี้การข่มขืนกระทำชำเรายังหมายความรวมถึง การกระทำชำเราทั้งหมดหรือบางส่วนและรวมถึงการผ่านเข้าไปเพียงเล็กน้อยโดยไม่จำเป็นต้องหลั่งน้ำอสุจิ³³

ตามมาตรา 213.1 (1) การข่มขืนกระทำชำเราจะแบ่งความผิดประเภทอุกฉกรรจ์ (felony) เป็นสามระดับ กล่าวคือ ในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ผู้กระทำจะมีความผิดประเภทอุกฉกรรจ์ในระดับที่สอง (a felony of the second degree) เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการกระทำความผิดกล่าวทำให้ผู้อื่นต้องได้รับอันตรายทางกายอย่างแสนสาหัสหรือผู้เสียหายมิได้สมัครใจที่จะมีความสัมพันธ์กับผู้กระทำแต่ขึ้นอยู่กับโอกาสของการกระทำความผิด และผู้เสียหายไม่ได้

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

(c) the female is unconscious; or

(d) the female is less than 10 years old.

Rape is a felony of the second degree unless (i) in the course thereof the actor inflicts serious bodily injury upon anyone, or (ii) the victim was not a voluntary social companion of the actor upon the occasion of the crime and had not previously permitted him sexual liberties, in which cases the offense is a felony of the first degree.

(2) Gross Sexual Imposition. A male who has sexual intercourse with a female not his wife commits a felony of the third degree if:

(a) he compels her to submit by any threat that would prevent resistance by a woman of ordinary resolution; or

(b) he knows that she suffers from a mental disease or defect which renders her incapable of appraising the nature of her conduct; or

(c) he knows that she is unaware that a sexual act is being committed upon her or that she submits because she mistakenly supposes that he is her husband.

³³ มาตรา 213.1 (2) ของ Model Penal Code.

อนุญาตให้ผู้กระทำความผิดกระทำการใดๆ ทางเพศต่อหญิงในกรณีนี้ผู้กระทำความผิดอุกฉกรรจ์ในระดับแรก (a felony of the first degree)³⁴

นอกจากการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตาม (1) ของมาตรา 213.1 แล้ว ใน (2) ของมาตรา 213.1 ยังได้บัญญัติการข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้กำลังบังคับหรือโดยการหลอกลวง (Gross Sexual Imposition) ซึ่งเป็นการกระทำที่ชายได้ข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนอันเป็นความผิดอุกฉกรรจ์ในระดับที่สาม (a felony of the third degree) กล่าวคือ ถ้าชายบังคับให้ยินยอมจำนนโดยการข่มขู่เพื่อป้องกันด้านทานจากหญิงและเป็นการฝ่าฝืนความตั้งใจของหญิง หรือชายรู้ว่าหญิงนั้นทนทุกข์ทรมานจากความเจ็บป่วยทางจิตใจหรือหญิงนั้นมีปมด้อยซึ่งทำให้หญิงไม่สามารถรู้สภาพของการกระทำนั้น หรือชายนั้นรู้ว่าหญิงมิได้ระมัดระวังว่าจะมีการกระทำความผิดอาญาทางเพศหญิง และหญิงยอมรับการกระทำความผิดดังกล่าวเพราะหญิงสำคัญผิดว่าชายนั้นคือสามีของตน

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติความผิดในมาตรา 213.0.(1)-(3)³⁵ ซึ่งบัญญัตินิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ไว้ประกอบกับมาตรา 213.1 แล้ว เห็นได้ว่า การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะประกอบด้วยสาระสำคัญสามประการ คือ (1) ต้องมีการกระทำชำเราโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (2) โดยใช้กำลังบังคับโดยกระทำต่อหญิงที่ไม่สามารถควบคุมตัวเองได้ (unconscious) และ (3) ต้องการความยินยอมของผู้เสียหาย

ในการพิจารณาสาระสำคัญตาม (1) จะต้องมีการพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจว่ามีการผ่านหรือล่วงล้ำของอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงโดยไม่จำเป็นต้องถึงขนาดสำเร็จความใคร่ และองค์ประกอบในเรื่องการใช้กำลังบังคับและความยินยอมของหญิงนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดและไม่สามารถแบ่งแยกออกจากกันได้ ถ้าความจำเป็นในเรื่องการใช้กำลังหมายถึง ทุกสิ่งทุกอย่างก็เป็นที่น่าใจได้ว่า การใช้กำลังบังคับนั้นมีความสำคัญมากที่จะ

³⁴ มาตรา 213.1วรรคสอง ของ Model Penal Code.

³⁵ 213.0. Definitions

In this Article, unless a different meaning plainly is required:

(1) the definitions given in Section 210.0 apply;

(2) "Sexual intercourse" includes intercourse per os or per anum, with some penetration however slight; emission is not required;

(3) "Deviate sexual intercourse" means sexual intercourse per os or per anum between human beings who are not husband and wife, and any form of sexual intercourse with an animal.

ทำให้การล่วงล้ำของอวัยวะเพศประสบความสำเร็จ และเมื่อความยินยอมถูกละเมิดแล้วศาลก็จะวินิจฉัยว่าได้มีการล่วงละเมิดโดยการใช้กำลังทำร้ายด้วยแล้ว สำหรับทางพิจารณาจะต้องปรากฏด้วยว่า “ความต้านทานของหญิง” นั้น จะต้องมีความต้านทานต่อเนื่องกันไปจนกระทั่งความผิดสำเร็จ³⁶ เพื่อเป็นการป้องกันหญิงจากการข่มขืนจะทำให้หญิงไม่ได้รับความปลอดภัย³⁷ การข่มขืนเช่นนั้นอาจเป็นกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำการฉุดลากหญิงซึ่งอาจเป็นการยากสำหรับกระบวนการพิจารณาที่จะพิสูจน์ในองค์ประกอบที่สามในเรื่องความยินยอมโดยชัดเจน

ดังนั้น ในกฎหมาย Model Penal Code (MPC) Section 213.1. Rape and Related Offenses จะเห็นได้ว่าต้องถึงขั้นร่วมประเวณี (Sexual Intercourse) จึงจะเข้าองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ส่วนในมลรัฐต่างๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกาเกือบครึ่งหนึ่งบัญญัติกฎหมายเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้คำว่า “Sexual Intercourse” หรือ Sexual Penetration” ซึ่งก็ย่อมมีความหมายรวมถึงการสอดใส่อยู่ในตัวอยู่แล้วและแม้กฎหมายลายลักษณ์อักษรในแต่ละมลรัฐในปัจจุบันจะขยายความการกระทำที่เป็นการกระทำชำเราออกไปกว่ากฎหมาย Common Law เดิมแต่อวัยวะเพศชายก็ยังเป็นสิ่งสำคัญในการกระทำความผิดฐานดังกล่าว ดังนั้นผู้กระทำในความผิดฐานนี้จึงยังต้องเป็นผู้ชายเท่านั้น โดยสภาพธรรมชาติทางเพศของมนุษย์การข่มขืนไม่ควรจำกัดอยู่เฉพาะชายจึงไม่ใช่คำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” แต่ใช้คำว่า “ผู้กระทำ” แทน ส่วนความหมายของการข่มขืนยังคงเป็นการล่วงล้ำ (penetration) ของอวัยวะเพศชายเข้าไปในช่องคลอดของหญิงโดยไม่จำเป็นต้องมีการหลั่งน้ำอสุจิ (ejaculation or emission) ซึ่งศาลมลรัฐ Kansas city และศาล Washington ได้เคยตัดสินไว้อย่างชัดเจนว่าเพียงแต่การที่อวัยวะเพศชายมาสัมผัสกับอวัยวะเพศหญิงนั้นไม่เป็นการเพียงพอที่จะก่อให้เกิดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Rape)

(2) การข่มขืนกระทำชำเราเบี่ยงเบน (Deviate Sexual Intercourse)

ตามมาตรา 213.2 ของ Model Penal Code ได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยการเบี่ยงเบนทางเพศโดยการใช้กำลังหรือโดยการหลอกลวง ได้แก่ การที่บุคคลใดซึ่งเป็นผู้มีความเบี่ยงเบนทางเพศกับบุคคลอื่น หรือเป็นสาเหตุให้ผู้อื่นเกิดการเบี่ยงเบนทางเพศมีความผิดฐานกระทำอุกฉกรรจ์ในระดับที่สอง การกระทำความผิดดังกล่าวอาจเป็นการกระทำโดยการใช้กำลังบังคับผู้อื่นหรือข่มขู่ว่าจะทำร้ายให้ได้รับอันตรายแก่ชีวิต ทำให้ได้รับบาดเจ็บสาหัสหรือทำให้บุคคลอื่นได้รับบาดเจ็บ หรือเป็นการทำให้บุคคลที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบให้อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ โดยการใช้ยาหรือโดยการใช้ของมีเมาหรือเป็นการกระทำโดยวิธีอื่นใดเพื่อหลีกเลี่ยงการทำอนาจารหรือเป็นการทำให้บุคคลนั้นหมดสติหรือเป็นการทำกับบุคคลที่อายุน้อยกว่าสิบปี

³⁶ ดูคดี Reidhead v. State, 31 Ariz 70, 72, 250 p. 366, 367 (1962)

³⁷ ดูคดี Hazel v. State, 221 Md. 464, 469, 157 A 2d 922, 925 (1960)

นอกจากนี้การข่มขืนกระทำชำเราโดยการเบี่ยงเบนอาจกระทำโดยการหลอกลวงบุคคลอื่นหรือเป็นสาเหตุให้บุคคลอื่นเกิดการเบี่ยงเบนทางเพศ ซึ่งบุคคลดังกล่าวจะมีความผิดในชั้นอุกฉกรรจ์ในระดับที่สาม เช่น การบังคับบุคคลอื่นมีส่วนร่วมด้วยในการกระทำความผิด ซึ่งผู้กระทำได้กระทำโดยการข่มขู่เพื่อป้องกันมิให้มีการขัดขวาง หรือกระทำโดยรู้ว่าบุคคลนั้นไม่สามารถรู้ผิดชอบทางจิตใจหรือเป็นผู้ที่มีความบกพร่องซึ่งไม่สามารถรู้ผิดชอบในการกระทำนั้น หรือผู้นั้นรู้ว่าการที่บุคคลอื่นยอมตามเพราะไม่รู้ว่ากระทำความเช่นนั้นจะทำให้เขาได้รับโทษ

การกระทำชำเราเบี่ยงเบนตามที่ได้กล่าวมานั้นหมายถึง การกระทำชำเราทางปากหรือทางทวารหนักระหว่างบุคคล ซึ่งมีใช้สามมิและภรรยาและหมายถึงการร่วมเพศกับสัตว์ด้วย³⁸ รวมทั้งความหมายตามประมวลกฎหมายสหรัฐ (US CODE COLLECTION)³⁹ ได้ให้ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราในมาตรา 2246⁴⁰ เช่นกัน

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติความผิดดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การกระทำชำเราโดยการเบี่ยงเบนทางเพศนั้นเป็นการกระทำชำเราที่ผิดธรรมชาติ⁴¹ (Sodomy) ได้แก่ การกระทำชำเราทางปากหรือทางทวารหนักระหว่างบุคคลซึ่งมิใช่สามมิและภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งการกระทำชำเราต่อสัตว์ด้วยตามมาตรา 213.0 (3) ของ Model Penal Code เป็นต้น

³⁸ มาตรา 213.0 (3) ของ Model Penal Code

³⁹ <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2246>. 18 U.S.C. 2246 - Definitions For Chapter Page 475 Title 18 Crimes And Criminal Procedure § 2246.

⁴⁰ Definitions for chapter

As used in this chapter

(1) the term “prison” means a correctional, detention, or penal facility;

(2) the term “sexual act” means

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

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

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

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

⁴¹ ดูคดี Fisher v. State, 197 Tenn. 594, 277 S.W. 2d 340 คดี sherill v. State, 204 Tenn. 427, 321, S.W. 2d 811 และคดี State v. Cyr, 135 Me. 513, 198 S. 743.

ในกรณีการข่มขืนกระทำชำเราโดยเบี่ยงเบนหรือผิดธรรมชาตินี้การพิสูจน์การกระทำ ความผิดในเรื่องการเข้าไปนั้นอาจขาดหายไปได้ ทั้งที่การพิสูจน์ในเรื่องการเข้าไปนั้นเป็น องค์ประกอบสำคัญของความผิดฐานนี้แต่การผ่านเข้าไปแม้เพียงบางส่วน ซึ่งเป็นการเพียงพอที่จะ ทำให้การกระทำความผิดสมบูรณ์นั้นอาจไม่เกิดขึ้นก็ได้ ถ้าผู้กระทำความผิดใช้มือหรือนิ้วหรือใช้อวัยวะอื่นใดของร่างกายกระทำการแทนซึ่งไม่อาจลงโทษผู้กระทำความผิดตามกฎหมายได้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่บุคคลใดเพื่อสนองความใคร่ของตนได้กระทำต่อสัตว์หรือกระทำต่อชายหรือหญิง โดยทางทวารหนักหรือทางปาก หรือยอมรับการสนองความใคร่นั้นโดยสมัครใจ บุคคลนั้น จะต้องรับผิดฐานอุกฉกรรจ์และจะถูกตัดสินให้เข้ารับการตัดสินคดีเป็นระยะเวลาไม่ต่ำกว่าหนึ่งปี และไม่เกินสามปี แต่ถ้าบุคคลนั้นเพื่อสนองความใคร่ของตนได้ใช้กำลังบังคับชายหรือหญิงเพื่อ กระทำชำเราทางทวารหนักหรือทางปาก บุคคลนั้นจะถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอุกฉกรรจ์ และ จะถูกตัดสินให้เข้ารับการตัดสินคดีเป็นระยะเวลาไม่ต่ำกว่าสามปีและไม่เกินไปกว่าสิบปี

(3) การกระทำชำเราต่อผู้ยังไม่บรรลุนิติภาวะและการล่อลวงไปเพื่อให้เกิดความเสียหาย (Corruption of Minors and Seduction)

บัญญัติในมาตรา 213.3 ของ Model Penal Code ได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะไว้ โดยบัญญัติให้ชายกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนหรือ ผู้ใดมีการเบี่ยงเบนทางเพศกับบุคคลอื่นหรือเป็นสาเหตุให้ผู้อื่นเกิดการเบี่ยงเบนทางเพศ มีความผิด ถ้าได้กระทำกับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบหกปี และผู้กระทำมีอายุมากกว่าอย่างน้อยสี่ปี หรือได้ กระทำกับบุคคลอื่นที่มีอายุต่ำกว่ายี่สิบเอ็ดปี และผู้กระทำความผิดมีหน้าที่ต้องดูแลหรือรับผิดชอบ ควบคุมสวัสดิภาพโดยทั่วไป หรือได้กระทำต่อผู้ที่อยู่ในความดูแลปกครองตามกฎหมาย หรืออยู่ใน สถานควบคุมของโรงพยาบาลหรือสถานอื่นใด และผู้กระทำความผิดโดยหญิงยินยอมเนื่องจาก ชายได้ให้สัญญาแก่หญิงว่าจะแต่งงานด้วย แต่ผู้กระทำผิดก็ไม่ได้ปฏิบัติตาม ผู้ที่กระทำความผิดตาม มาตรานี้จะได้รับโทษสำหรับความผิดในคดีเล็กน้อย (misdemeanor) เว้นแต่กรณีกระทำการข่มขืน กระทำชำเราหญิงอายุต่ำกว่าสิบหกปี ผู้กระทำผิดจะต้องรับโทษสำหรับคดีอุกฉกรรจ์ในระดับที่สาม

ความสำคัญผิดในอายุของหญิงผู้เสียหายว่ามีอายุเกินสิบปี แต่ความจริงเด็กหญิงมีอายุ ต่ำกว่าสิบปี ในกรณีนี้ถ้าผู้กระทำความผิดไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรจะรู้ได้ว่าเด็กหญิงนั้นมีอายุ ต่ำกว่าสิบปีผู้กระทำไม่ต้องรับโทษแต่เมื่อการกระทำความผิดอาญาได้ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ ของเด็กซึ่งได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์อายุมากกว่าสิบปีแล้วผู้กระทำความผิดจะต้องพิสูจน์โดยการชั่ง พินานหลักฐานว่ามีเหตุผลเพียงพอที่จะเชื่อว่าเด็กนั้นมีอายุมากกว่าที่เป็นจริง⁴² เกี่ยวกับเรื่องการ

⁴² ดูรายละเอียดในมาตรา 213.6 (1) ของ Model Penal Code Proposed Official Draft, (Philadelphia, 1962)

สำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายนี้ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของศาลไทยยังเห็นว่า ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงย่อมเป็นข้อแก้ตัวให้กับผู้กระทำความผิดที่ไม่ต้องรับโทษหนักขึ้น ถ้าผู้กระทำไม่ได้รู้ข้อเท็จจริงนั้น (ตามมาตรา 62 วรรคสอง) ดังนั้น การที่ชายได้ข่มขืนกระทำชำเราหญิงอายุไม่เกินสิบห้าปีโดยชายสำคัญผิดว่าหญิงนั้นอายุเกินสิบห้าปี ชายนั้นก็ต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงตามมาตรา 276 มิใช่ตามมาตรา 277 ของประมวลกฎหมายอาญา

1) การกระทำอนาจาร (Sexual Assault)

บัญญัติในมาตรา 213.4 ของ Model Penal Code ได้บัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารไว้ โดยกำหนดให้ผู้กระทำอนาจารกับบุคคลอื่นซึ่งมิใช่สามีภรรยาหรือก่อให้เกิดบุคคลอื่นมีการกระทำทางเพศด้วย มีความผิดฐานกระทำอนาจาร ต้องรับโทษสำหรับคดีซึ่งเป็นการผิดเล็กน้อย (misdemeanor) การกระทำอนาจารอาจกระทำโดยที่บุคคลนั้นรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำต่อบุคคลอื่น หรือผู้กระทำรู้ว่าบุคคลอื่นมีความทุกข์ทรมานจากความเจ็บป่วยทางจิตใจ หรือเป็นผู้พิการ ทำให้ผู้นั้นไม่สามารถรู้สภาพของการกระทำนั้นๆ หรือผู้นั้นรู้ว่าผู้อื่นไม่รู้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดหรือรู้ว่าบุคคลดังกล่าวมีอายุน้อยกว่าสิบปี หรือผู้กระทำได้กระทำโดยใช้กำลังบังคับผู้อื่นให้อยู่ในความควบคุมโดยการใช้อาหรือของมีคมเพื่อให้อยู่ในความควบคุม หรือได้กระทำโดยใช้อื่นใดเพื่อให้ผู้นั้นไม่สามารถต้านทานได้หรือได้กระทำต่อบุคคลอื่นที่มีอายุน้อยกว่าสิบหกปี และผู้กระทำความผิดมีอายุมากกว่าอย่างน้อยสี่ปี หรือเป็นการกระทำต่อผู้ที่มีอายุน้อยกว่ายี่สิบเอ็ดปีและผู้กระทำต่อบุคคลอื่นที่อยู่ในความดูแลหรือมีหน้าที่ต้องดูแลสวัสดิภาพโดยทั่วไปหรือกระทำต่อบุคคลอื่นที่อยู่ในความดูแลปกครองตามกฎหมาย หรืออยู่ในความควบคุมของโรงพยาบาลหรือสถานที่ยื่นใดและผู้กระทำผิดเป็นผู้ควบคุมหรือมีอำนาจเหนือผู้กระทำนั้น

การกระทำความผิดตามมาตรานี้คือ การสัมผัสใดๆ ในทางเพศ หรือการกระทำโดยใช้ส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย โดยมีจุดประสงค์เพื่อกระตุ้นให้เกิดความต้องการทางเพศ และถ้าได้กระทำกับบุคคลตามที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้นผู้กระทำความผิดจะถูกกล่าวหาว่ากระทำอนาจารตามมาตรา

2) การลงมือกระทำชำเรา (The Commencement of Sexual Intercourse)

แต่เดิมนักนิติศาสตร์อเมริกันได้เคยวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องการพยายามกระทำความผิดว่าให้พิจารณาโดยใช้หลักความใกล้ชิดต่อผล (The Proximity Rule) และหลักความไม่คลุมเครือ (The Unequivocal Rule) เช่นเดียวกับนักนิติศาสตร์อังกฤษ กล่าวคือ ต้องเป็นการกระทำขั้นสุดท้าย (The last act) ซึ่งผู้กระทำประสงค์ที่จะกระทำเพื่อให้เกิดความผิดเกิดขึ้น หลักดังกล่าวนี้ศาลไทยได้ใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยเรื่องการพยายามกระทำความผิดมาโดยตลอด

เช่นเดียวกัน⁴³ อย่างไรก็ตาม ต่อมานักนิติศาสตร์อเมริกันได้พยายามค้นคิดหลักที่จะวินิจฉัยว่า การพยายามกระทำความผิดควรมีการเริ่มต้นเมื่อใด เนื่องจากหลักที่ใช้อยู่นั้นก่อให้เกิดปัญหาในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่า ข้อเท็จจริงแค่ไหน เพียงใดจึงจะถือว่าเป็นการกระทำอันใกล้ชิดต่อผลที่จะสำเร็จ โดยในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาล ศาลจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นเรื่องราวไป ทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการตัดสิน ดังนั้น จึงมีการเสนอให้มีการใช้ “หลักขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial Step rule) ของการกระทำความผิดนั้น” ซึ่งหลักดังกล่าวได้จัดทำโดยสถาบันกฎหมายอเมริกัน (The American Law Institute) เพื่อเป็นแบบอย่างให้มลรัฐต่างๆ นำไปเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายอาญา ซึ่งเรียกว่า “Model Penal Code”

ในมาตรา 5.01 ของ Model Penal Code ได้ให้คำจำกัดความ “การพยายามกระทำความผิด” หมายถึง การกระทำขั้นตอนที่สำคัญ (Substantial Step) ของการกระทำความผิดนั้น⁴⁴ เป็นการพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำให้สิ่งใดลงไปแล้วบ้าง อย่างไรก็ตาม เป็นการกระทำขั้นตอนที่สำคัญนั้น Model Penal Code ได้กำหนดแนวทางไว้ 7 ประการ⁴⁵ ดังต่อไปนี้

(1) การคัดกรอ การตามหาตัว หรือการติดตามตัวผู้เสียหายผู้ร่าง Model Penal Code ได้ให้เหตุไว้ว่า การกระทำดังกล่าวแสดงให้เห็นได้ว่ามีภัยอันตรายอย่างเพียงพอ (Sufficient Dangerousness) ถึงระดับที่ควรจะเป็นการพยายามกระทำความผิดได้แล้ว ซึ่งหากมีการยึดถือตาม “หลักความใกล้ชิดต่อผล” แล้ว การกระทำดังกล่าวยังไม่เป็นการกระทำความผิด เพราะอย่างน้อยที่สุดผู้เสียหายจะต้องมาปรากฏตัวยังสถานที่ซึ่งผู้กระทำความผิดอยู่เสียก่อน

(2) การล่อให้ผู้เสียหายไปยังสถานที่ซึ่งจะใช้ในการกระทำความผิด ผู้ร่าง Model Penal Code มีความเห็นว่า การกระทำดังกล่าวแสดงออกถึงความมุ่งหมายอันแน่วแน่ที่จะกระทำความผิด และแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงภัยอันตรายของตัวผู้กระทำความผิดนั้น

(3) การตรวจตราดูแลความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสถานที่ซึ่งจะใช้ในการกระทำความผิด ผู้ร่าง Model Penal Code มีความเห็นว่า การกระทำดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความตั้งใจอันแน่วแน่ที่จะกระทำความผิดเพราะเป็นการตรวจสอบว่าจะมีอุปสรรคใดๆ หรือไม่ ในการที่จะ

⁴³ คู่มือพิพากษากฎที่ 1203/2491 การพยายามกระทำความผิด คือการกระทำที่ “ได้กระทำลงจนใกล้ชิดกับผลสำเร็จอันพึงเห็นได้ประจักษ์แล้ว”

⁴⁴ The American Law Institute, Model Penal Code, Proposed Official Draft (Philadelphia 1962). p. 81.

⁴⁵ จาก “แนวความคิดเรื่องการลงมือกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาอเมริกัน : หลักการกระทำขั้นตอนสำคัญ”, โดย เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, (2539), บทบันทึกคดี, 52. น. 23-24.

กระทำความผิดและเป็นการกำหนดวิธีการที่จะทำให้การกระทำความผิดเป็นไปได้โดยราบรื่นมากที่สุด

(4) การเข้าไปในสิ่งปลูกสร้าง ยานพาหนะ หรือ สถานที่ซึ่งมีรั้วรอบขอบชิด โดยมุ่งหวังที่จะกระทำความผิดในสถานที่นั้นๆ ผู้ร่าง Model Penal Code มีความเห็นว่า การกระทำดังกล่าวแม้ว่าจะคลุ้มคลั่งตาม “หลักความไม่คลุ้มคลั่ง” ก็ตาม แต่ก็แสดงให้เห็นแน่ชัดว่า ผู้ที่เข้าไปนั้นมีเจตนาอันแน่วแน่ที่จะกระทำความผิดแล้ว เช่น เปิดประตูเข้าไปในรถของผู้คนที่จอดอยู่ แม้ว่าจะยังมิทันได้แตะต้องของมีค่าใดๆ ในรถคันนั้นก็ตาม

(5) การครอบครองวัตถุใดๆ ซึ่งจะใช้ในการกระทำความผิด ซึ่งเป็นวัตถุที่ออกแบบมาโดยเฉพาะสำหรับใช้ในการกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือเป็นวัตถุซึ่งการครอบครองไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ โดยชอบด้วยกฎหมายตามสภาพการณ์เช่นนั้น

(6) การครอบครอง การรวบรวม หรือการปลอมแปลงสิ่งใดๆ เพื่อใช้ในการกระทำความผิด ยังสถานที่หรือการปลอมแปลงสิ่งนั้นๆ ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ โดยชอบด้วยกฎหมายภายใต้สภาพการณ์เช่นนั้น

(7) การใช้ บังคับ หรือจ้าง วาน ให้ตัวแทนผู้บริสุทธิ์ (Innocent agent) กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นความผิด

การกระทำตามที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ หากนำมาพิจารณาตาม “หลักความใกล้ชิดต่อผล” ก็ถือเป็นการพยายามกระทำความผิดเช่นเดียวกันเพราะผู้กระทำได้กระทำการขั้นสุดท้าย (The last act) ในการกระทำความผิดแล้ว⁴⁶ ได้มีการยกตัวอย่างกรณีที่มีการหลอกให้เฝ้ากองฟาง โดยผู้ถูกหลอกหลงเชื่อว่ากองฟางเป็นของผู้หลอก เมื่อหลอกกันเสร็จเรียบร้อยแล้วแม้ผู้ถูกหลอกจะยังไม่ทันได้จุดไฟเฝ้ากองฟาง ผู้หลอกก็มีความผิดฐานพยายามวางเพลิง เฝ้าทรัพย์แล้ว

หลักดังกล่าวตามที่ระบุใน Model Penal Code นี้ เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายอาญาในเรื่องการพยายามกระทำความผิด ซึ่งมลรัฐต่างๆ ของสหรัฐอเมริกาได้ใช้เป็นแนวในการบัญญัติกฎหมาย เช่น มลรัฐอิลลินอยส์⁴⁷ เป็นต้น และดูเหมือนว่าหลักนี้จะเป็นที่ยอมรับเพิ่มมากขึ้นเป็นลำดับในศาลของสหรัฐและมลรัฐต่างๆ รวมทั้งฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐต่างๆ ด้วย⁴⁸ และ

⁴⁶ แหล่งเดิม.

⁴⁷ กฎหมายอาญาของมลรัฐอิลลินอยส์ มาตรา 5/8-4 ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องพยายามกระทำความผิดไว้ “หากบุคคลมีเจตนากระทำความผิด เขาได้พยายามกระทำความผิดเมื่อเขาได้กระทำการใดๆ ซึ่งเป็นการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ (a substantial step) ของการกระทำความผิด”

⁴⁸ From *Criminal, Gilbert Law Summaries* (p.127), George E.Dire (Harcourt brace Legal And Professional Publications, Inc., 1997).

ต่อไปนี้จะเป็แนวคำพิพากษาของศาลมลรัฐอิลลินอยส์ที่น่าหลักชั้นตอนที่สำคัญมาใช้เป็นแนวพิจารณาการพยายามกระทำความผิด ดังปรากฏในคดีดังต่อไปนี้

ในคดี *People v. Paluch* (78 11. Appzd 356, 222 N. E. 2d 508) จำเลยถูกฟ้องในความผิดฐาน “พยายามกระทำการตัดผมโดยไม่มีใบอนุญาตให้เป็นช่างตัดผม” แม้ข้อเท็จจริงในการพยายามกระทำความผิดดังกล่าวจะยังไม่ถึงขนาดเป็นการกระทำใกล้ชิดต่อผล แต่จากพฤติการณ์ของจำเลยที่เปิดประตูคานหน้าและเชื้อเชิญเจ้าหน้าที่ให้เข้ามาในร้าน จากนั้นจำเลยได้เดินไปที่เก้าอี้ตัดผมและได้สวมใส่เสื้อกันเปื้อนของช่างตัดผมและเชิญให้เจ้าหน้าที่มานั่งที่เก้าอี้ตัดผม จำเลยมีอุปกรณ์ตัดผมของตนเองอันประกอบด้วยกรรไกรตัดผม มีดโกน และหวี...” ซึ่งศาลได้พิจารณาให้การกระทำดังกล่าวเป็นการพยายามกระทำความผิดฐานตัดผมโดยไม่มีใบอนุญาตแล้ว นอกจากการพิจารณาของศาลมลรัฐแล้ว แนวคิดเรื่องการกระทำ “ขั้นตอนที่สำคัญ” ยังเป็นที่ยอมรับกันในศาลสหรัฐด้วย โดยในคดี *United States v. Mandujano* (499 F. 2d 370) (5th Cir. 1974) ได้พิพากษาให้จำเลยมีความผิดฐานพยายามจำหน่ายเฮโรอีนแล้ว⁴⁹ แม้ข้อเท็จจริงในคดีนั้นปรากฏเพียงว่าการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจปราบปรามยาเสพติดปลอมตัวเป็นนักค้ายาเสพติดเข้าไปติดต่อกับจำเลยเพื่อซื้อเฮโรอีน โดยมีการพูดจาต่อรองกันและได้มีการชำระเงินแล้ว แต่ยังไม่มีการส่งมอบของ เพราะต้องรอนกว่าจะมีคนมาส่งของให้ แต่ในที่สุดผู้กระทำความผิดก็ได้คืนเงินที่สั่งซื้อเฮโรอีนให้ผู้สั่งซื้อเนื่องจากไม่อาจหาคนใกล้ชิดที่ส่งยาได้ กรณีนี้จำเลยต่อสู้ว่าการกระทำยังไม่ถึงขั้นพยายามจำหน่ายเฮโรอีนเป็นความผิดได้อย่างมากคือพยายามให้ได้มาซึ่งเฮโรอีน เพราะเป็นไปไม่ได้ที่บุคคลใดจะมีความผิดฐานพยายามจำหน่ายเฮโรอีน ซึ่งตนยังไม่ได้ครอบครองหรือควบคุมเฮโรอีนจึงผิดเพียงเตรียมจำหน่ายเฮโรอีนเท่านั้น

ศาลอุทธรณ์ของสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่า จำเลยพยายามกระทำความผิดฐานจำหน่ายเฮโรอีนแล้ว เพราะการที่จำเลยเรียกร้องและรับเงินจำนวน 650 เหรียญสหรัฐ⁵⁰ จากเจ้าหน้าที่โดยอ้างว่าเพื่อจะนำไปซื้อเฮโรอีนจากผู้ใกล้ชิด การกระทำดังกล่าวถือเป็นการกระทำ “ขั้นตอนที่สำคัญ” ในการจำหน่ายเฮโรอีนแล้ว⁵¹

เมื่อพิจารณาการตัดสินคดีของศาลแล้วเห็นว่า ในคดีดังกล่าวศาลลงพิจารณาแล้วว่าน่าจะมีการกระทำอันเป็นการกระทำให้เกิดอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว ซึ่งก็คือความ

⁴⁹ “แนวความคิดเรื่องการลงมือกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาอเมริกัน: หลักการกระทำขั้นตอนสำคัญ.” (น. 26). เล่มเดิม.

⁵⁰ 1 เหรียญสหรัฐเท่ากับ 32.7281 บาท. สืบค้น 6 มิถุนายน 2557, จาก www.bot.or.th.

⁵¹ “แนวความคิดเรื่องการลงมือกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาอเมริกัน: หลักการกระทำขั้นตอนสำคัญ.” (น. 25,27). เล่มเดิม.

ปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนแล้ว ดังนั้น จึงเป็นทางเลือกของศาลที่จะพิจารณา
วินิจฉัยคดีให้เลือกคุ้มครองประชาชนของรัฐต่อไป

สำหรับการพิจารณาพยายามกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้นต้องมีการพิจารณา
ในเรื่องเจตนากระทำความผิด ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญในการลงมือกระทำความผิด ซึ่งอาจ
กระทำได้หลายวิธี เจตนาไม่ใช่องค์ประกอบธรรมดาของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่จะ
รวมถึงความผิดฐานพยายามกระทำชำเราซึ่งบรรลุล่วงประกอบในเรื่องเจตนา⁵² นอกจากเจตนาที่จะ
กระทำความผิดแล้ว ผู้กระทำความผิดบางสิ่งบางอย่างมากไปกว่ามีเจตนาหรือการเตรียม
กระทำความผิดเพื่อให้การกระทำความผิดสำเร็จ แต่มีสิ่งใดสิ่งหนึ่งมาขัดขวางทำให้การกระทำ
ไม่เป็นผลสำเร็จ การเตรียมนี้หมายถึงการดำเนินการใดๆ ในทางจำเป็นเพื่อจะกระทำความผิด
ส่วนการพยายามกระทำความผิดคือ การเคลื่อนไหวโดยตรงที่จะกระทำความผิดภายหลังที่ได้มีการ
เตรียมแล้ว⁵³ สำหรับความผิดฐานพยายามกระทำชำเรา นี้ หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า จำเลยได้จับ
เด็กหญิงอายุ 7 ขวบนั่งลงบนก้อนหินและพุดชักชวนให้ร่วมกระทำชำเราและในเวลาเดียวกันนั้นได้
ปลดกระดุมเสื้อคลุมกันหิมะของเด็กหญิงออก แต่เด็กหญิงร้องไห้ปล่อยตนไว้แต่เพียงลำพัง จำเลย
จึงไม่ได้กระทำการใดๆ ต่อไป และบอกเด็กหญิงว่าจะไปซื้อขนมมาให้แต่พอหลังจากที่จำเลยไป
แล้วเด็กหญิงก็กลับไปอยู่ร่วมกับพี่ชายอายุ 9 ขวบ และเด็กทั้งสองก็กลับไปโรงเรียนและเมื่อกลับถึง
บ้าน เด็กจึงเล่าเรื่องที่เกิดขึ้นให้บิดามารดาฟังต่อมาอีกสองถึงสามสัปดาห์ผู้ต้องหาถูกจับในข้อหา
พยายามกระทำชำเรา แม้พยานหลักฐานจะไม่เพียงพอที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดลงมือกระทำชำเรา
แต่จากข้อเท็จจริงที่ว่าเด็กหญิงตัวเล็กๆ ให้อยู่ในอำนาจของผู้กระทำความผิดและไม่มีเหตุการณ์
ภายนอกใดๆ มาขัดขวางการกระทำไม่ให้อำนาจเป็นผลสมบูรณ์ได้ แต่การกระทำที่ไม่เหมาะสม
ดังกล่าวได้สิ้นสุดลงโดยเด็กหญิงนั้นได้ร้องขอ⁵⁴ กรณีนี้จำเลยได้กระทำความผิดฐานพยายามกระทำ
ชำเราแล้วเนื่องจากการลงมือกระทำชำเรานั้นมาตรา 5.01 ของ Model Penal Code ได้ให้คำจำกัด
ความของการพยายามกระทำความผิดไว้ว่าเป็น “การกระทำขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial Step)
ของการกระทำความผิดนั้น” ได้แก่ การคัดกรอ การตามหาตัว การติดตามผู้เสียหาย เป็นต้น ดังนั้น ถ้า
ปรากฏว่าในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ผู้กระทำความผิดได้คัดกรอผู้เสียหายเพื่อนำไป
ข่มขืนกระทำชำเราก็คือว่าผู้นั้นได้ลงมือกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายแล้ว และ
เมื่อได้พิจารณาข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำใน

⁵² ดูคดี State v. curry, 430 Ohio St. 66, 72 Ohio Op. 37, 330 N.E 2d 720, 724-25 (1975).

⁵³ ดูคดี State v. marting, 88 S.D. 369, 220 N.W. 2d, 530, 531 (N.D 1974) และคดี Logan v. State, 263
A. 2d 266, 271 (Me. 1970).

⁵⁴ Mullins v. commonwealth Supreme Court of Appeals of Virginia. 1939 174 Va. 477, 5 S.E. 2d 491

ขั้นตอนที่สำคัญที่ทำให้เด็กหญิงนั้นจะได้รับอันตรายแล้ว เพราะการกระทำที่จำเลยได้ปลดเสื้อคลุมของเด็กหญิงออก และแม้จำเลยจะมีได้กระทำการใดๆ ต่อไปเนื่องจากเด็กหญิงร้องไห้ปล่อยตนเองไว้ตามลำพัง กรณีนี้ถ้าหากจำเลยไม่ได้ปล่อยหญิงออกมา ก็เป็นไปได้ที่เด็กหญิงนั้นจะได้รับอันตรายจากการกระทำของจำเลยแล้ว และการกระทำดังกล่าวจำเลยได้กระทำให้มากกว่าการเตรียมกระทำความผิดแล้วด้วย ดังนั้น จำเลยกระทำความผิดฐานพยายามกระทำชำเราจึงเป็นการสมควรแล้ว

อย่างไรก็ตาม การที่ศาลจะนำทฤษฎีดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีนั้นคงจะต้องพิจารณาแนวทางตามที่ Model Penal Code กำหนดไว้เป็นกรณีๆ ไป กล่าวคือ จากการที่ Model Penal Code ได้กำหนดแนวทางไว้ 7 ประการ เพื่อเป็นตัวอย่างในการพิจารณาว่าการกระทำในลักษณะใดเป็นการกระทำตามขั้นตอนที่สำคัญ นั้นจะมีแนวทางบางประการที่สมควรพิจารณาให้เป็นการพยายามกระทำความผิด เช่น การฉ้อกรอ การล่อไป หรือการเข้าไปโดยมุ่งจะกระทำความผิดในสถานที่นั้น เป็นต้น เพราะกรณีดังกล่าวเป็นการกระทำที่น่าจะก่อให้เกิดเป็นอันตรายแก่ผู้เสียหายแล้ว จึงสมควรที่จะมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมดูแลมิให้มีการกระทำความผิดต่อไป อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาแนวทางในประการอื่น เช่น การตรวจตราสถานที่ เพื่อจะให้มีการดำเนินการกระทำโดยสะดวกนั้น กรณีดังกล่าวยังไม่น่าจะพิจารณาไปถึงขนาดว่าเป็นการลงมือกระทำความผิดได้แล้ว เพราะขั้นตอนที่สำคัญที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาของจำเลยว่าจะมีการตรวจตราสถานที่เพื่อจะให้มีการกระทำความผิดโดยสะดวกนั้น ยังมองไม่เห็นถึงความจำเป็นอันตรายที่จะกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองและการตรวจตราสถานที่ที่มีได้เป็นการแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าจะมีการเข้าไปใช้สถานที่นั้นเพื่อกระทำความผิด

3.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศเยอรมันได้บัญญัติไว้ในมาตรา 173 ถึงมาตรา 184 b ของ The Penal Code of the German Federal Republic, 1871 ซึ่งผู้เขียนจะขอกล่าวเฉพาะการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและการล่วงละเมิดทางเพศเท่านั้น⁵⁵

3.3.1 ลักษณะที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ

1) การข่มขืนกระทำชำเราและการล่วงละเมิดทางเพศ (Rape and Sexual Abuse)

การข่มขืนกระทำชำเราและการละเมิดทางเพศตามกฎหมายของประเทศเยอรมันแบ่งออกได้เป็น 6 ประเภท คือ

⁵⁵ จาก มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเรา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท), โดย บัญชา โพธิ์ทอง, 2548, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

1.1 การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape)

บทบัญญัติในมาตรา 177 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราไว้โดยกำหนดให้ ผู้ใดข่มขืนใจหญิงให้มีการกระทำชำเรานอกสมรสกับบุคคลนั้นเอง หรือกับบุคคลที่สาม โดยใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะทำให้ได้รับอันตรายถึงชีวิตหรือแก่ร่างกายและถูกลงโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าสองปี เมื่อพิจารณาการกระทำความผิดดังกล่าวจะเห็นได้ว่า องค์ประกอบความผิดที่สำคัญตามมาตรานี้คือ ต้องมีการกระทำชำเราหญิง อาจเป็นการกระทำโดยผู้ที่ข่มขืนใจหญิงเพื่อให้มีการกระทำกับตนเอง หรือเป็นการข่มขืนใจเพื่อให้กระทำกับบุคคลอื่น การข่มขืนใจนั้นอาจกระทำโดยการใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายให้ได้รับอันตรายแก่ชีวิตหรือร่างกาย ซึ่งเป็นการกระทำ โดยที่หญิงมิได้ยินยอม ในขณะที่อยู่กับผู้กระทำ จำต้องรู้ว่าหญิงนั้นไม่ได้ให้ความยินยอมในการกระทำความผิดดังกล่าว และผู้กระทำต้องรู้ด้วยว่าได้กระทำชำเรากับหญิงที่มีใช้ภรรยาของตน

1.2 การกระทำชำเราในเครือญาติ (Incest)

บทบัญญัติในมาตรา 173 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราในเครือญาติไว้ โดยกำหนดให้ผู้ซึ่งกระทำชำเรากับผู้สืบสันดานซึ่งมีความสัมพันธ์ทางสายเลือดจะถูกลงโทษจำคุกขั้นสูงสามปีขึ้นไปหรือถูกปรับ หรือผู้ซึ่งกระทำชำเรากับบุพการีที่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดจะถูกลงโทษจำคุกขั้นสูงสองปีขึ้นไปหรือถูกปรับด้วยเช่นกัน และบทบัญญัตินี้ยังใช้อยู่แม้ความสัมพันธ์ดังกล่าวจะหายไป รวมทั้งกรณีที่เป็นการกระทำชำเราระหว่างพี่ชายหรือน้องชาย และพี่สาวหรือน้องสาวด้วย อย่างไรก็ตาม การกระทำของผู้สืบสันดานหรือของพี่ชายหรือน้องชายหรือพี่สาวหรือน้องสาวซึ่งอายุยังไม่ถึงสิบแปดปีไม่ต้องรับโทษตามบทบัญญัตินี้

1.3 การล่วงละเมิดทางเพศกับผู้ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครอง (Sexual abuse on those in a dependent position)

บทบัญญัติในมาตรา 174 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองไว้โดยกำหนดให้ผู้ซึ่งกระทำความผิดทางเพศต่อผู้อายุไม่เกินสิบหกปี ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองดูแลหรือให้การศึกษา หรือกระทำต่อบุคคลซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองดูแลหรือให้การศึกษา หรือกระทำต่อผู้ให้ช่วยเหลือหรือสนับสนุนต่อผู้กระทำความผิดในหน้าที่การงาน การจ้างงานโดยการใช้อำนาจหน้าที่ในทางผิดต่อการปกครองดูแลหรือการให้การศึกษา การทำงาน หรือการจ้างงานหรือเป็นการกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่าสิบแปดปีหรือถ้าบุคคลใดอนุญาตให้บุคคลดังกล่าวกระทำการทางเพศกับตนจะถูกลงโทษด้วยการพยายามกระทำความผิดตามมาตราดังกล่าวถือเป็นการกระทำความผิดที่ต้องถูกลงโทษด้วย

1.4 การล่วงละเมิดทางเพศนักโทษที่อยู่ภายใต้การควบคุมหรือผู้ป่วยที่อยู่ในความดูแลของแพทย์ (Sexual abuse of prisoners, those in authorized custody or patients in medical institutions)

บทบัญญัติในมาตรา 174 a ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศซึ่งเป็นการกระทำโดยละเมิดต่อตำแหน่งหน้าที่ โดยการกระทำความผิดทางเพศต่อนักโทษหรือต่อผู้ที่อยู่ในความควบคุมดูแล หรือกระทำต่อผู้ที่อยู่ในความเลื่อมใส ให้การศึกษา หรือการให้การดูแลหรือผู้ใดได้กระทำละเมิดความผิดทางเพศต่อนักโทษหรือต่อผู้ที่อยู่ในความควบคุมดูแล หรือกระทำต่อผู้ที่อยู่ในความเลื่อมใส ให้การศึกษา หรือการให้การดูแลหรือผู้ใดได้กระทำละเมิดต่ออำนาจหน้าที่ของตนโดยอนุญาตให้นักโทษหรือบุคคลอื่นซึ่งอยู่ในความควบคุมกระทำการทางเพศต่อผู้นั้น หรือในการกระทำโดยละเมิดต่อหน้าที่ที่อยู่ในสถานพยาบาลเนื่องจากความจำเป็นเพราะความเจ็บป่วยโดยใช้ประโยชน์จากความเจ็บป่วยในการกระทำความผิดทางเพศ หรืออนุญาตให้ผู้ป่วยกระทำการทางเพศกับผู้นั้นเป็นความผิดตามมาตรา 174 การพยายามกระทำความผิดดังกล่าวต้องรับโทษ

1.5 การล่วงละเมิดทางเพศโดยใช้ประโยชน์จากความสัมพันธ์ทางหน้าที่การงานตามกฎหมายมหาชน (Sexual abuse by exploitation of public law functions)

บทบัญญัติในมาตรา 174 b ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติความผิดฐานกระทำความผิดทางเพศโดยใช้ประโยชน์ในตำแหน่งหน้าที่การงานกระทำความผิดทางเพศ โดยบัญญัติให้ผู้รับราชการซึ่งในขณะดำรงตำแหน่งในอาชีพดังกล่าวได้จัดการหรือดำเนินการใดๆ ในทางอาญาหรือในทางคำสั่งที่เป็นมาตรฐานต่อการฟื้นฟูความปลอดภัยซึ่งเกี่ยวข้องกับการถอดถอนอิสระ หรือคำสั่งในการจับกุมซึ่งเป็นการกระทำโดยละเมิดต่อการกระบวนกร ถ้าได้กระทำความผิดทางเพศต่อบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรง หรืออนุญาตให้บุคคลดังกล่าวกระทำความผิดทางเพศต่อบุคคลนั้นจะถูกลงโทษจำคุกห้าปีขึ้นไปหรือถูกปรับและการพยายามกระทำความผิดดังกล่าวต้องรับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ

1.6 การล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก (Sexual abuse of children)

บทบัญญัติในมาตรา 176 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติให้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อบุคคลอายุต่ำกว่าสิบสี่ปี หรือผู้ใดอนุญาตให้เด็กกระทำเช่นเดียวกันนั้นกับบุคคลนั้น หรือเป็นการกระทำโดยการชักชวนเด็กให้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้อื่นหรืออนุญาตให้ผู้อื่นกระทำเช่นเดียวกันนั้นต่อเด็ก เป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 176 การพยายามกระทำความผิดดังกล่าวต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้บัญญัติไว้ในมาตรา 177 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน โดยกำหนดให้ผู้ข่มขืนหญิงเพื่อกระทำชำเราโดยตนเอง หรือโดยบุคคลอื่น โดยใช้กำลังประทุษร้ายว่าจะให้ได้รับอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้กำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราถึงการบังคับให้หญิงยอมกระทำชำเรากับบุคคลอื่นด้วย โดยกฎหมายถือว่าผู้ข่มขืนใจหญิงนั้นเป็นเสมือนผู้กระทำชำเราหญิงนั่นเอง การที่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดก็เนื่องจากไม่ต้องการให้ผู้กระทำผิดยกเป็นข้อแก้ตัวว่าตนมิได้เป็นผู้กระทำชำเราหญิงนั้น จึงไม่จำเป็นต้องรับผิดนั่นเอง สำหรับอายุที่ใช้เป็นเกณฑ์ในการให้ความยินยอมถือเอาอายุไม่ต่ำกว่าสิบสี่ปีเป็นเกณฑ์ (ตามมาตรา 176) ส่วนในเรื่องเจตนาในการกระทำความผิดนั้น ถ้าผู้กระทำรู้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการข่มขืนกระทำชำเราและผู้กระทำต้องการให้ผลนั้นเกิด⁵⁶ ผลจากการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว

3.3.2 ขอบเขตของการกระทำชำเรา

การลงมือกระทำชำเรา (Commencement of Sexual Intercourse) การลงมือกระทำความผิดหรือการพยายามกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันจะเกิดขึ้นเมื่อบุคคลใดเคลื่อนไหวโดยตรงเพื่อให้เกิดผลสำเร็จซึ่งเป็นไปตามความคิดที่จะกระทำผิดอาญาของบุคคลนั้น⁵⁷ การพยายามกระทำความผิดขึ้นอุกฉกรรจ์จะถูกกำหนดให้ลงโทษเสมอขณะที่การพยายามกระทำความผิดในคดีเล็กน้อยจะถูกลงโทษเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ต้องลงโทษ ซึ่งการพยายามกระทำความผิดอาจถูกลงโทษน้อยกว่าการกระทำความผิดที่สมบูรณ์⁵⁸

การพยายามกระทำความผิดจะถูกลงโทษก็ต่อเมื่อเจตนาในการกระทำความผิดอาญาได้กระทำลงซึ่งถือเป็นการเริ่มต้นกระทำความผิดแล้วโดยมีการขีดเส้นแบ่งกลางระหว่างการเตรียมกระทำความผิด ซึ่งกฎหมายไม่ต้องลงโทษและการพยายามกระทำความผิดที่กฎหมายต้องลงโทษ อย่างไรก็ตาม การลงโทษการพยายามกระทำความผิดจะกระทำได้แต่เฉพาะความผิดที่ร้ายแรงและที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นความผิดเท่านั้น การพยายามกระทำความผิดในความผิด

⁵⁶ Nigel G. Foster, German Law and Legal System, (London: Blackstone Press Limited, 1993). p. 170.

⁵⁷ Sec. 22 of the Penal Code of the Federal Republic of Germany

⁵⁸ Raymond Young's, Sourcebook on German Law, (London : Cavendish Publishing Limited), 1994, pp. 611-613

เล็กน้อยกฎหมายไม่ได้กำหนดบทลงโทษไว้ แต่ในการเตรียมกระทำความผิดดังกล่าวด้วย เช่น ความผิดฐานจัดหาหรือเตรียมเครื่องมือหรือวัสดุอื่นใดเพื่อทำเงินปลอม เป็นต้น⁵⁹

3.3.3 ขอบเขตความรับผิดชอบขั้นกระทำความผิด

หลักในการพิจารณาว่าข้อเท็จจริงใดถือเป็น “การลงมือขั้นกระทำความผิด” แล้วนั้น ศาลเยอรมันถือ “หลักความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น” โดยดูว่ามีอันตรายเกิดขึ้นโดยตรงต่อประโยชน์ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองซึ่งได้แก่คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) หรือไม่ ถ้าได้มีการกระทำที่กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายดังกล่าวแล้ว กฎหมายก็ถือว่าผู้กระทำได้ลงมือกระทำความผิดแล้ว ดังนั้น ถ้าปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้กระทำความผิดได้นัดหญิงไปพบที่โรงแรม โดยมีเจตนาเพื่อขั้นกระทำความผิดหญิงนั้น กรณีนี้ถือได้ว่าการนัดพบที่โรงแรมก็เป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว เพราะเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายแก่หญิงแล้ว ซึ่งอย่างไรถือเป็นการกระทำให้เกิดอันตรายต่อหญิงนั้นต้องพิจารณาว่า การที่ผู้กระทำความผิดได้นัดหญิงไปพบที่โรงแรม โดยมีเจตนาเพื่อขั้นกระทำความผิดหญิง การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายโดยตรงต่อหญิงแล้ว นั่นคือความสมัครใจที่หญิงจะให้ความยินยอมในการกระทำซ้ำเราได้ถูกละเมิดแล้ว ดังนั้น ผู้กระทำการดังกล่าวจึงถือเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดตามกฎหมาย

หลักเกณฑ์ที่จะกำหนดว่า “การลงมือ” เริ่มต้นเมื่อใดนั้น นักนิติศาสตร์มีความเห็นแตกต่างกันอยู่ กล่าวคือ นักนิติศาสตร์เยอรมันได้แยกการเตรียมออกจากการพยายามโดยไม่ถือหลักใกล้ชิดต่อผล แต่อธิบายการพยายามกระทำความผิดว่า จะต้องมิเจตนากระทำความผิดพร้อมด้วยการกระทำซึ่งเป็นการเริ่มต้นแห่งความผิดนั้นแล้ว ปัญหาที่ว่าเมื่อใดผู้กระทำได้เริ่มต้นกระทำความผิดก็ถือตามความเห็นธรรมดาว่า การกระทำเท่าที่ได้กระทำลงนั้นเป็นการเริ่มต้นแห่งการกระทำความผิดหรือยัง หรือดูว่าเป็นอันตรายโดยตรงต่อประโยชน์ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองหรือยัง (“Directly dangerous” to interests protected under the law) หลักที่ใช้พิจารณาคือ “หลักความเป็นอันตรายของการกระทำ (The Criterion of Danger Rule)”⁶⁰ เช่น การที่ชายผู้กระทำความผิดนัดหญิงไปพบที่โรงแรมเพื่อจะกระทำซ้ำนั้นเป็นความผิดฐานพยายามขั้นกระทำความผิดแล้วการที่ถือเป็นความผิดแล้วก็เนื่องจากเมื่อการกระทำของบุคคลนั้นเป็นการเริ่มต้น โดยที่จะนำไปสู่ความผิดสำเร็จ ซึ่งเป็นการเริ่มต้นกระทำความผิด⁶¹ และการกระทำดังกล่าวเป็นการก่อให้เกิดอันตรายต่อ

⁵⁹ Manual of German Law Volume II, 1st edition, (Great Britain : Her Majesty's Stationery Office, 1952), pp. 86-88).

⁶⁰ George Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, (Boston: Little Brown, 1978). p. 141.

⁶¹ Williams. *Criminal Law: The General Part*, 2ed, 196. p. 609.

สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง กล่าวคือ เป็นอันตรายโดยตรงต่อนิติสมบัติหรือคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) แล้ว แม้จะยังไม่ปรากฏมีความเสียหายเกิดขึ้นตามที่ประสงค์ก็ตาม ถือได้ว่าผู้กระทำได้ก่อให้เกิดการเสี่ยงภัยต่อสังคมแล้วการพยายามกระทำความผิดจึงถือเป็นความผิดในตัวของมันเอง⁶²

จะเห็นได้ว่าสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้แก้ไขประมวลกฎหมายอาญาใหม่และประกาศใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2542 (Stand: 1 Januar 1999)⁶³ ส่วนความผิดในทางเพศอยู่ในหมวดที่ 13 ว่าด้วยความผิดต่อการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง (Dreizehnter Abschnitt. Straftatengegen die sexuelle selbstbestimmung) ตั้งแต่มาตรา 174–184 โดยบทบัญญัติที่ให้ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเรา (Vergewaltigung) อยู่ในมาตรา 177⁶⁴

⁶² จาก *บนเส้นทางแห่งหลักนิติธรรม รวมบทความวิชาการเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร*, โดย คณิต ณ นคร, 2540, กรุงเทพฯ: สำนักงานอัยการสูงสุด

⁶³ <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.

⁶⁴ Section 177 Sexual assault by use of force or threats; rape

(1) Whosoever coerces another person

1. by force;
2. by threat of imminent danger to life or limb; or
3. by exploiting a situation in which the victim is unprotected and at the mercy of the offender,

to suffer sexual acts by the offender or a third person on their own person or to engage actively in sexual activity with the offender or a third person, shall be liable to imprisonment of not less than one year.

(2) In especially serious cases the penalty shall be imprisonment of not less than two years. An especially serious case typically occurs if

1. the offender performs sexual intercourse with the victim or performs similar sexual acts with the victim, or allows them to be performed on himself by the victim, especially if they degrade the victim or if they entail penetration of the body (rape); or

2. the offence is committed jointly by more than one person.

(3) The penalty shall be imprisonment of not less than three years if the offender

1. carries a weapon or another dangerous instrument;

2. otherwise carries an instrument or other means for the purpose of preventing or overcoming the resistance of another person through force or threat of force; or

3. by the offence places the victim in danger of serious injury.

(4) The penalty shall be imprisonment of not less than five years if

การบังคับในทางเพศ (Sexuelle Nötigung) ; การข่มขืนกระทำชำเรา (Vergewaltigung)

(1) บุคคลใดบังคับบุคคลอื่น

1) โดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือ 2) โดยขู่เข็ญว่าในทันทีนั้นจะทำอันตรายแก่ชีวิตหรือร่างกาย 3) โดยอาศัยโอกาสที่ผู้เสียหายไม่อาจขัดขืนได้โดยทำให้ผู้เสียหายต้องยอมรับต่อการล่วงละเมิดทางเพศของตน หรือของบุคคลที่สามหรือให้ต้องร่วมกระทำการดังกล่าวกับตนหรือกับบุคคลที่สาม ต้องระวางโทษจำคุก

ดังนั้นจะเห็นว่าจากประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (StGB) มาตรา 177 ดังกล่าวการจะเป็นการกระทำความผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเราได้กล่าวถึงการมีเพศสัมพันธ์ย่อมมีการล่วงล้ำโดยใช้คำว่า “Sexual Intercourse” กฎหมายเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้คำว่า “Sexual Intercourse” หรือ Sexual Penetration” ซึ่งก็ย่อมมีความหมายรวมถึงการสอดใส่อยู่ในตัวอยู่แล้วซึ่งต้องเป็นผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ผู้ใดซึ่งไม่จำกัดว่าบุคคลอื่นจะมีเพศใด โดยการใช้กำลังประทุษร้ายหรือเป็นเพียงการขู่เข็ญจะทำอันตรายแก่ชีวิตร่างกายรวมถึงบังคับให้กระทำทางเพศต่อบุคคลอื่นโดยผู้เสียหายไม่ยินยอมก็ย่อมเป็นความผิดทั้งสิ้น นอกจากนี้บุคคลแปลงเพศก็ได้รับความคุ้มครองในทางเพศเช่นกับบุคคลทั่วไป ซึ่งกฎหมายเยอรมันก่อนหน้านี้บัญญัติเหมือนของไทยคือ ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นที่มีไช่ภริยาของตน (Anybody who compels a woman to have extramarital sexual intercourse with him by force or threat of present danger to life or limb...)

3.4 ประเทศฝรั่งเศส

3.4.1 ลักษณะที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ

บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศฝรั่งเศสตามกฎหมายฝรั่งเศสเดิมการกระทำชำเราต้องกระทำ โดยชายใช้ของลับตนสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงเท่านั้นแต่

1. the offender uses a weapon or another dangerous instrument during the commission of the offence; or if

2. the offender

(a) seriously physically abuses the victim during the offence; or

(b) by the offence places the victim in danger of death.

(5) In less serious cases under subsection (1) above the penalty shall be imprisonment from six months to five years, in less serious cases under subsections (3) and (4) above imprisonment from one to ten years.

ปัจจุบันกฎหมายฝรั่งเศสที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 222-23 แห่งประมวลกฎหมายอาญาย่อมหมายถึง การกระทำใดๆ ของการรุกรการล่วงทางเพศทุกทางตามธรรมชาติที่จะเป็นไปได้กระทำต่อบุคคลอื่น โดยที่ใช้ความรุนแรง การข่มขู่คุกคามหรือการกระทำโดยไม่รู้ตัว เป็นความผิดขั้นรุนแรง ตาม บทบัญญัติ⁶⁵

3.4.2 ขอบเขตของการกระทำชำเรา

บทบัญญัติเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ชำ เราถูกแก้ครั้งใหญ่โดยรัฐบัญญัติเมื่อวันที่ 23 ธันวาคม 1980⁶⁶ ซึ่งบทบัญญัติตามที่แก้ไขนั้นก็ยังคงถูกนำมาใช้ในประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1992 อันเป็นฉบับปัจจุบันด้วยการข่มขืนกระทำชำเรา (Viol) คือการกระทำทุกอย่าง (tout acte) ที่มีการล่วงล้ำหรือการสอดใส่ ไม่ว่าโดยวิธีธรรมชาติหรือวิธีอื่นใด (qu'il soit) ต่อบุคคลอื่น โดยใช้กำลังประทุษร้าย (par violence) โดยการบังคับขู่เข็ญ (Contrainte) หรือด้วยวิธีอื่นใด ประกอบกัน (Constituer) การกระทำทุกอย่างจึงไม่จำกัดว่าต้องเป็นเฉพาะอวัยวะเพศชายเท่านั้นที่ล่วงล้ำเข้าไป ในอวัยวะเพศหญิงแต่รวมถึงการใช้วัตถุอื่นใดสอดใส่เข้าไปก็เป็นความผิดและการล่วงล้ำ สอดใส่ก็ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นเฉพาะอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น การล่วงล้ำหรือการสอดใส่วัตถุอื่นใดทางทวาร หนักหรือทางปาก หากผู้ถูกกระทำไม่ยินยอม โดยถูกบังคับขู่เข็ญก็เป็นความผิดด้วย⁶⁷

3.4.3 ขอบเขตความรับผิดชอบฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ประมวลกฎหมายอาญา ประเทศฝรั่งเศส ก็แบ่งความผิดทางเพศไว้เป็น 2 ฐานใหญ่ๆ คือ ข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร และนิยามของทั้งสองความผิดก็บัญญัติไว้ให้เข้าใจง่าย ในมาตรา 222-23 และ 222-27⁶⁸ Code penal ว่า การข่มขืนกระทำชำเรา คือ กิจกรรมทางเพศที่มีการสอดใส่ ล่วงล้ำ (Any act of sexual penetration) และอนาจาร คือ กิจกรรมทางเพศอื่นๆ ที่นอกเหนือจากการ ข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้นโดยในกฎหมายฉบับปัจจุบันนั้นบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ไว้ดังนี้มาตรา 222-23⁶⁹ การสอดใส่ในทางเพศ ไม่ว่าจะใช้วิธีการใดที่กระทำต่อบุคคลอื่นโดยการใช้

⁶⁵ PENAL CODE With the participation of John Rason SPENCER QC Professor of Law, University of Cambridge Fellow of Selwyn College, p. Updated 12/10/2005 - Page 39/132

⁶⁶ Catherine Elliot, French Criminal Law, (London: William Publisher, 2001). p.174

⁶⁷ จาก การลงมือกระทำความผิด: ศึกษาเฉพาะกรณีการกระทำชำเรา (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต), โดย นริศรา แดงไผ่, 2541, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁶⁸ Sexual aggressions other than rape are punished by five years' imprisonment and a fine of €75,000.

⁶⁹ The French Penal Code Section 222-23 Any act of sexual penetration, whatever its nature, committed against another person by violence, constraint, threat or surprise, is rape. Rape is punished by fifteen years' criminal imprisonment

ความรุนแรงซึ่งการข่มขืนกระทำชำเรา (Viol) คือการกระทำทุกอย่าง (tout acte) ที่มีการล่วงล้ำหรือการสอดใส่ (sexual penetration) ไม่ว่าโดยวิธีธรรมชาติหรือวิธีอื่นใด (qu'il soit) ต่อบุคคลอื่นโดยใช้กำลังประทุษร้าย (par violence) โดยการบังคับขู่เข็ญ (Contrainte) หรือด้วยวิธีอื่นใดประกอบกัน (Constituer) การกระทำทุกอย่างจึงไม่จำกัดว่าต้องเป็นเฉพาะอวัยวะเพศชายเท่านั้นที่ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงแต่รวมถึงการใช้วัตถุอื่นใดสอดใส่เข้าไปก็เป็นความผิดและการล่วงล้ำหรือการสอดใส่ก็ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นเฉพาะอวัยวะเพศหญิงเท่านั้นการล่วงล้ำหรือการสอดใส่วัตถุอื่นใดทางทวารหนัก ทางปาก ฯลฯ หากผู้ถูกระทำไม่ยินยอมโดยถูกบังคับขู่เข็ญก็เป็นความผิดด้วยจึงเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งจากบทบัญญัตินี้แสดงให้เห็นว่าผู้กระทำ และผู้ถูกระทำ อาจจะเป็นเพศใดก็ได้และไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศชายกระทำ ต่ออวัยวะเพศหญิงเท่านั้น หากแต่เป็นการใช้สิ่งใดๆ (whatever its nature) ก็ได้ เช่น ขวดหรือนิ้วมือในการสอดใส่ ก็เป็นความผิด และอาจสอดใส่ช่องปาก⁷⁰ หรือทวารหนักก็ได้ อย่างไรก็ตามแม้จะเป็นการใช้สิ่งใดกระทำ ต่อสิ่งใดก็ได้แต่การกระทำนั้นก็ต้องเป็นการสอดใส่ (penetration) เท่านั้น⁷¹

3.5 ประเทศญี่ปุ่น

3.5.1 ลักษณะที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ

ในประเทศญี่ปุ่นเหยื่อที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราจะต้องแสดงหลักฐานของการต่อต้าน การโจมตี มาตรฐานทางกฎหมายของระดับของการบังคับในกรณีการข่มขืนก็คือแรงที่ใช้จะต้องมีความรุนแรงเพื่อที่จะกีดกันเหยื่อของความสามารถในการต่อต้าน ความเข้าใจผิดของคนร้ายได้รับความยินยอมเป็นที่ยอมรับยังคงเป็นจำเลย ซึ่งประเทศญี่ปุ่นมีกฎหมายที่จะปกป้องความเป็นส่วนตัวของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อการข่มขืน บทบัญญัติในมาตรา 176 และ 177 แห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองบุคคลที่ได้รับความเสียหายทางเพศและข่มขืน

แม้มาตรา 177 แห่งประมวลกฎหมายอาญา Penal Code (Act No.45 of 1907) จะบัญญัติให้ไม่มีข้อยกเว้นจากการข่มขืน ซึ่งต่อมากจะมีการสมรสแล้วก็ตาม เพราะการข่มขืนเป็นการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญา แต่การตัดสินของศาลเขตโตเกียวได้ปฏิเสธคำขอของผู้หญิงคนหนึ่งสำหรับการหย่าร้างกับสามีที่มีการเรียกร้องการที่จะมีเพศสัมพันธ์กับผู้เสียหายบ่อยครั้ง ซึ่งไม่ผิดกฎหมายสำหรับสามีที่จะเรียกร้องการมีเพศสัมพันธ์จากภรรยา ในปี 1986 ศาลโตเกียวปฏิเสธคำขอ

⁷⁰ Crim.22fevr.1984, B.no.71; R.S.C. 1984.743, obs. Levasseur; 9juill. 1991, B.no.294 cited

by Catherine Elliot, ,supra note no.36, p.176

⁷¹ บทความครอบคลุมงานบริหาร อาจารย์ไพโรจน์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จัดพิมพ์ในโอกาสอายุครบ 60 ปี ศาสตราจารย์ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ. น. 151.

หย่าร้างของภรรยา ที่เธอถูกเรียกร้องให้มีเพศสัมพันธ์บ่อยครั้ง ศาลพิพากษาว่าสามีมีสิทธิที่จะบังคับให้มีเพศสัมพันธ์ และเป็นหน้าที่ตามกฎหมายของภรรยา และจากการสำรวจโพลล์ ที่จัดทำโดยนิตยสารรายสัปดาห์พบว่า ผู้ตอบแบบสอบถามร้อยละ 70 ของผู้ตอบแบบสอบถาม ในแบบสอบถามถึงการบังคับให้ภรรยาของพวกเขามีเพศสัมพันธ์ ซึ่งไม่มีแบบอย่างอยู่ในกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ระบุว่าสามีเพศสัมพันธ์ที่ถูกบังคับให้มีการแต่งงานถือเป็นการข่มขืนเช่นกัน

3.5.2 ขอบเขตของการกระทำชำเรา

ความเข้าใจทางกฎหมายของการข่มขืนเป็นพื้นฐานในการสร้างสังคมที่มีอำนาจเหนือกว่าของเพศ การพิจารณากฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนในประเทศญี่ปุ่นและระบุว่ามโนคติทางเพศที่จะนำไปสู่ปัญหาเรื่องเพศตามกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น PENAL CODE (Act No.45 of 1907)⁷² ลักษณะพื้นฐานอาชญากรรมของการข่มขืนกฎหมายกำหนดให้ชายกระทำชำเรากับบุคคลที่มีอายุไม่น้อยกว่าสิบสามปี โดยการใช้ความรุนแรงหรือการคุกคามเหยื่อเป็นหญิง และการผิดประเวณีที่เกิดขึ้นมีความหมายที่ผู้กระทำจะต้องเป็นเพศชาย ซึ่ง แสดงให้เห็นว่ากฎหมายกำหนดว่ามีการกระทำชำเราช่องคลอดโดยอวัยวะเพศชายโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเหยื่อที่เกิดจากการใช้ความรุนแรงหรือภัยคุกคามโดยมีเจตนาทางอาญา เช่นคนร้ายที่ตั้งใจ ที่จะมียุทธสัมพันธ์กับเหยื่อผู้เคราะห์ร้าย ซึ่งความหมายของการข่มขืนในกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นจะถูกจำกัดโดยใช้ อวัยวะเพศชายชำเราอวัยวะเพศหญิง จึงไม่รวมการบังคับกับช่องปากและทางทวารหนักและการกระทำโดยวัตถุอื่นๆ กฎหมายเหล่านี้ยังคงไม่เปลี่ยนแปลงโดยทั่วไปนอกเหนือจากการเปลี่ยนแปลงเล็กๆ น้อยๆ เนื่องจากประเทศญี่ปุ่นได้ประกาศใช้ในปี 1907 ทั้งนี้ประเทศได้วันและประเทศตะวันตกจำนวนมากมีการเปลี่ยนแปลงคำนิยามเช่นประเทศการกระทำชำเราช่องปากและทางทวารหนักซึ่งสอดคล้องกับความหมายของประเทศอังกฤษข่มขืนตั้งแต่ปี 2003⁷³ มุ่งเน้นในการกระทำโดยอวัยวะเพศชายกระทำกับอวัยวะเพศหญิงเป็นต้น

3.5.3 ขอบเขตความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเรา

ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น PENAL CODE (Act No.45 of 1907)⁷⁴ ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศทั้งหมดไว้ในบทที่ 22 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการอนาจาร การข่มขืนกระทำชำเรา และการมีสามีหรือภรรยาในขณะเดียวกันสองคน (bigamy) ซึ่งผู้เขียนจะขอล่าวเฉพาะการกระทำ ความผิดฐานอนาจารและการข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น

⁷² Article 177 (Rape)

⁷³ พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003: บทที่ 42: ส่วนที่ 1: กระทำทางเพศ

⁷⁴ Penal Code (Act No.45 of 1907). สืบค้น 10 พฤษภาคม 2557. จาก

1) การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape)

บทบัญญัติในมาตรา 177⁷⁵ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁷⁶ไว้ว่า ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของตนได้กระทำการโดยใช้กำลังหรือข่มขู่หญิงอายุไม่ต่ำกว่าสิบสามปี มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและจะต้องระวางโทษให้ทำงานหนักไม่ต่ำกว่าสามปี และบทบัญญัติเช่นเดียวกันให้ใช้กับผู้ซึ่งกระทำการดังกล่าวกับเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามปีด้วย

ตามบทบัญญัติมาตรา 177 การกระทำชำเราจะเป็นความผิดสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อผู้กระทำความผิดได้รู้ในขณะกระทำการข่มขืนกระทำชำเราว่าเด็กหญิงนั้นมีอายุต่ำกว่าสิบสามปี ซึ่งการยินยอมของผู้เสียหายไม่ทำให้ชายนั้นไม่เป็นผู้กระทำความผิดไปได้ นอกจากนี้กฎหมายยังบัญญัติให้ผู้ต้องหาประโยชน์จากผู้ที่ขาดสติสัมปชัญญะหรือผู้ที่ไม่สามารถขัดขวางการกระทำดังกล่าว หรือทำให้หญิงขาดสติสัมปชัญญะหรือไม่สามารถขัดขวางการข่มขืนกระทำชำเราได้ บุคคลนั้นจะต้องรับโทษ⁷⁷ และผู้ที่ได้พยายามกระทำความผิดฐานดังกล่าว กฎหมายได้บัญญัติให้เป็นความผิดด้วย⁷⁸

ดังนั้นสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น มาตรา 177 จะมีองค์ประกอบความผิดเช่นเดียวกับประเทศต่างๆ ตามที่ได้กล่าวมาในตอนต้นแล้วซึ่งผู้กระทำจะเป็นชายที่มีเจตนาใช้วิธีข่มขู่หรือที่เรียกว่าสอดใส่ “Sexual Intercourse with a female” หรือ Sexual Penetration” ซึ่งก็ย่อมมีความหมายรวมถึงการสอดใส่อยู่ในตัวอยู่แล้ว เว้นแต่การกำหนดอายุของผู้เสียหายเป็นเกณฑ์ในการให้ความยินยอมในการกระทำชำเรานั้นได้กำหนดเกณฑ์อายุไว้ไม่ต่ำกว่าสิบสามปีและผู้กระทำต้องรู้ด้วยว่าเด็กหญิงนั้นอายุต่ำกว่าสิบสามปี การตีความของศาลญี่ปุ่นในเรื่องของการลงมือข่มขืนกระทำชำเรานี้ศาลตีความค่อนข้างกว้างโดยยกตัวอย่าง กรณีที่ผู้กระทำผิดบุกรุกเข้ามาในบ้านของผู้เสียหาย แม้จะยังมิได้มีการกระทำในลักษณะข่มขืนกระทำชำเราหญิงผู้เสียหาย ศาลอาจตีความว่าผู้บุกรุกเข้าบ้านผู้เสียหายนั้นอาจมี

⁷⁵ Article 177 (Rape) A person who, through assault or intimidation, forcibly commits sexual intercourse with a female of not less than thirteen years of age commits the crime of rape and shall be punished by imprisonment with work for a definite term of not less than 3 years. The same shall apply to a person who commits sexual intercourse with a female under thirteen years of age.

⁷⁶ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา : ศึกษาองค์ประกอบความผิดกรณีผู้ถูกกระทำ (สารนิพนธ์ปริญญาโท), โดย ปรีดา เวทพิสัย, 2551, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁷⁷ มาตรา 178 ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น

⁷⁸ มาตรา 179 ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น

เจตนาที่จะข่มขืนกระทำชำเราได้ด้วย⁷⁹ เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลญี่ปุ่นดังกล่าว เทียบกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยจะเห็นได้ว่าศาลไทยตีความในเรื่องดังกล่าวค่อนข้างแคบทั้งที่ในทางพิจารณาข้อเท็จจริงที่ปรากฏอย่างชัดเจนนั้นเห็นได้ว่าหญิงได้รับอันตรายจากการถูกล่วงเกินทางเพศจากผู้กระทำความผิดแล้ว

2) การกระทำอนาจาร (Indecent Assault)

ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นได้กำหนดความผิดฐานกระทำอนาจาร⁸⁰ ไว้ในลักษณะที่แตกต่างกัน โดยแบ่งได้เป็น 3 ประเภท ซึ่งได้แก่ การกระทำอนาจารต่อหน้าสาธารณชน⁸¹

การกระทำการจำหน้าหรือขยายงานเขียน ภาพ หรือสิ่งอื่นใดที่เป็นอนาจารหรือได้กระทำการตามที่ได้กล่าวมาแล้วในที่สาธารณะ⁸² และการใช้กำลังข่มขู่เพื่อทำอนาจารกับชายหรือหญิงอายุไม่ต่ำกว่าสิบสามปีหรือกระทำการกับชายหรือหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามปีด้วย⁸³

นอกจากนี้กฎหมายยังบัญญัติให้ผู้ต้องหาประโยชน์จากผู้ที่ขาดสติสัมปชัญญะหรือไม่สามารถขัดขวางการกระทำอนาจารได้ ต้องรับโทษสำหรับการกระทำดังกล่าวด้วย⁸⁴ และผู้ที่ได้พยายามกระทำความผิดฐานดังกล่าว กฎหมายกำหนดให้ต้องรับโทษสำหรับการกระทำผิดนั้นด้วย⁸⁵

อย่างไรก็ตาม ในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือฐานอนาจารตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 176 ถึงมาตรา 179 ซึ่งการกระทำดังกล่าวมีผลทำให้ผู้ถูกระทำถึงแก่ความตายหรือได้รับบาดเจ็บ⁸⁶ ซึ่งไม่จำเป็นว่าบุคคลนั้นจะถูกฆ่าหรือได้รับอันตรายเนื่องจากความโหดไม่ได้อันเป็นเหตุนอกเหนือจากการกระทำของผู้กระทำความผิดหรือเป็นการทำร้ายหญิงในระหว่างพยายามข่มขืนหญิงโดยใช้กำลังการพยายามกระทำความผิดจึงไม่สำเร็จบุคคลที่กระทำผิดก็ต้องรับโทษตามผลของการกระทำที่เกิดขึ้นเช่นเดียวกัน

⁷⁹ William J. Sebal, The Criminal Code of Japan, (The Japan Chronicle Press and Butterworth, 1936). p. 217.

⁸⁰ จาก อายุความร้องทุกข์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำอนาจารอันยอมความได้ : ศึกษาเฉพาะกรณีผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์), โดย หฤทยา วุฒยากร, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

⁸¹ มาตรา 174 ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น

⁸² มาตรา 175 ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น

⁸³ มาตรา 176 ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น

⁸⁴ มาตรา 178 ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น

⁸⁵ มาตรา 179 ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น

⁸⁶ มาตรา 181 ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น

3) การลงมือกระทำความผิด (The Commencement of Sexual Intercourse)

การลงมือกระทำความผิดหรือการพยายามกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ญีปุ่นต้องเป็นการกระทำของบุคคลซึ่งเริ่มกระทำความผิดโดยปราศจากผลสำเร็จ และถึงแม้ว่าการเตรียมกระทำความผิดอาญาดังกล่าวได้หยุดยั้งลงด้วยความสมัครใจของผู้กระทำ บุคคลนั้นอาจได้รับการลดโทษหรืออาจไม่ต้องรับโทษเลยก็ได้⁸⁷

สำหรับการพยายามกระทำความผิดตามแนวคิดของนักนิติศาสตร์ญี่ปุ่น⁸⁸ เห็นว่า ในอดีตที่ผ่านมาการที่ศาลอาญาจะพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการพยายามกระทำความผิดหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างกรรมของการกระทำและวิถีทางที่จะทำให้ผลของการกระทำสำเร็จในการพิจารณาข้อเท็จจริงว่ามีการเริ่มต้นกระทำความผิดแล้วหรือยังนั้น ศาลจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป เช่น การล่องกระเป๋าสตางค์ผู้อื่น ถ้าเพียงไปจับเสื้อผ้าของผู้เสียหายเพื่อจะทราบว่ามีสิ่งของมีค่าใดบ้างหรือไม่นั้นยังไม่ถือเป็นการพยายามกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ แต่ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีการจับทรัพย์สินหรือเคลื่อนมือเข้าไปในกระเป๋าสตางค์ของผู้เสียหายแล้ว กรณีนี้ถือเป็นการพยายามกระทำความผิดแล้ว หรือกรณีการบุกรุกเข้าไปในบ้าน ผู้เสียหายเพื่อขโมยของนั้น การเข้าไปในบ้านยังไม่ได้เป็นการแสดงให้เห็นว่าได้มีการพยายามลักทรัพย์แล้ว แต่ถ้ามีการกระทำเข้ามาใกล้ลิ้นชักเพื่อดูของมีค่านั้นถือเป็นการพยายามกระทำความผิดแล้ว แต่ปัจจุบันนักนิติศาสตร์ญี่ปุ่นได้นำทฤษฎีเรื่องหลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ (Substantial Objective Theory) ของสหรัฐอเมริกามาใช้พิจารณาวินิจฉัยข้อเท็จจริงในเรื่องการลงมือกระทำความผิด กล่าวคือการกระทำที่เป็นการลงมือกระทำความผิดจะเกิดขึ้นเมื่อผู้เสียหายรู้สึกถึงอันตรายที่กำลังจะเกิดขึ้นแล้ว ซึ่งเป็นผลให้การกระทำความผิดอาญาได้เริ่มต้นขึ้นด้วย หลักในการลงโทษความผิดฐานพยายามตามทฤษฎีนี้คืออันตรายซึ่งเป็นผลลัพธ์จากการเริ่มกระทำความผิดนั่นเอง ในการวินิจฉัยการพยายามกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น ศาลอาญาของญี่ปุ่นใช้หลักการตีความอย่างกว้าง เช่น ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำความผิดได้บุกรุกเข้าไปในบ้านของผู้เสียหาย กรณีนี้ศาลอาจพิจารณาได้ว่าการบุกรุกนั้นเป็นไปเพื่อการข่มขืนกระทำชำเรา⁸⁹ เพราะการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำตามขั้นตอนที่สำคัญอันแสดงให้เห็นถึงเจตนาของผู้กระทำความผิดในวันที่จะกระทำชำเราผู้เสียหายแล้ว

⁸⁷ คู่มือตรา 43 ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น

⁸⁸ จาก *กฎหมายอาญาเปรียบเทียบและอาญาวิทยากฎหมายอาญาฝรั่งเศส* (พิมพ์ครั้งที่ 1). (น. 18), โดย โกเมน กัทรภิรมย์, 2546, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁸⁹ William J. Sebal, supra note 74. p. 218.

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายของประเทศต่างๆ แล้วหลักการที่กฎหมายแต่ละประเทศกำหนดให้เป็นองค์ประกอบของการกระทำความผิดก็คือ ต้องมี “การข่มขืน” และ “การกระทำชำเรา” จึงจะเป็นความผิด เว้นแต่เป็นการกระทำโดยหญิงยินยอมแต่หญิงนั้นอายุไม่ถึงเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดให้สามารถให้ความยินยอมได้ กรณีนี้จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาในเรื่ององค์ประกอบความผิดในเรื่องการข่มขืน

กล่าวโดยสรุป เมื่อได้พิจารณาหลักทฤษฎีในเรื่อง “การลงมือกระทำชำเรา” ของต่างประเทศที่ใช้ในการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงในการลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นๆ พอสรุปได้ว่า การที่บุคคลได้คิด ตกลงใจ และกระทำการใดๆ เพื่อให้การกระทำความผิดสำเร็จ แต่การกระทำความผิดนั้นๆ ไม่อาจสำเร็จได้เนื่องจากมีเหตุมาขัดขวางถือว่าผู้นั้นได้กระทำความผิดตามที่ได้กล่าวมาในตอนต้นแล้ว กำหนดซึ่งผู้กระทำจะเป็นชายที่มีเจตนาใช้อวัยวะเพศชายล่วงล้ำหรือที่เรียกว่าสอดใส่ “Sexual Intercourse” หรือ Sexual Penetration” ซึ่งก็ย่อมมีความหมายรวมถึงการสอดใส่อยู่ในตัวอยู่แล้วเป็นความผิดกระทำชำเรา ซึ่งประเทศแต่ละประเทศต่างก็มีหลักทฤษฎีที่จะใช้วินิจฉัยในเรื่องการลงมือกระทำความผิดด้วยแล้ว กล่าวคือ ประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศสต่างยึดถือหลัก “ความใกล้ชิดต่อผล” (The Proximity Rule) และหลักความไม่คลุมเครือ (The Unequivocal Rule) ในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงดังกล่าวจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดจนใกล้จะเกิดความผิดสำเร็จได้อย่างชัดเจนว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดจนใกล้จะเกิดความผิดสำเร็จได้อย่างแน่ชัด กฎหมายจึงควรลงโทษ ซึ่งหลักนี้มีการใช้กันอย่างแพร่หลายรวมทั้งศาลฎีกาของไทยก็ได้ยึดถือหลักนี้ในการวินิจฉัยคดีตั้งแต่อดีตเป็นต้นมา อย่างไรก็ตาม หลักดังกล่าวก็อาจมีข้อโต้แย้งว่าการกระทำต้องแก่ไหน เพียงใด จึงจะถือว่าเป็นการใกล้ชิดต่อผล จึงเป็นหลักที่หาความแน่นอนไม่ได้และยังทำให้เกิดความสับสนแก่นักกฎหมายในการพิจารณาวินิจฉัยคดี ทำให้ข้อเท็จจริงที่มีความใกล้เคียงกันหรือคล้ายคลึงกัน ศาลอาจวินิจฉัยหรือตัดสินให้เป็นการกระทำในความผิดที่แตกต่างกันได้ อันทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควร นอกจากนี้ยังทำให้ผู้กระทำความผิดอาจไม่ได้รับโทษได้อย่างเหมาะสมตามเจตนาที่จะกระทำความผิด โดยเฉพาะในการกระทำความผิดฐานกระทำชำเรา ศาลจะต้องพิจารณาให้ได้ความว่าต้องเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลสำเร็จซึ่งก็จะต้องมีการเข้าไปของอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงแล้ว หรือถ้าเป็นการลงมือกระทำความผิดก็ต้องปรากฏว่าได้มีการพิสูจน์ทางกายภาพว่ามีความพยายามที่จะนำของลับของชายล่วงล้ำเข้าไปในของลับหญิงแล้ว อย่างไรก็ตามการที่มีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะชี้ให้เห็นว่าจำเลยมีเจตนาข่มขืนกระทำชำเราหญิงแล้ว โดยการที่จำเลยหลุดลากหญิงแล้วถอดกางเกง

จำเลยออกเพื่อจะนำอวัยวะเพศของจำเลยเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงถือเป็นการลงมือกระทำชำเราแล้ว⁹⁰

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่นต่างใช้หลัก “การกระทำขั้นตอนที่สำคัญ” (The Substantial Step Rule) ในการวินิจฉัยข้อเท็จจริง ซึ่งมีการวางหลักว่า เมื่อผู้กระทำได้กระทำถึงขั้นตอนที่สำคัญเพื่อให้เป็นไปตามเจตนาของตนถือว่ามีพยายามกระทำความผิดแล้ว ซึ่งหลักนี้จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อมีพยานหลักฐานอื่นๆ มาประกอบให้เห็นอย่างชัดเจนว่าผู้กระทำได้กระทำการตามขั้นตอนที่สำคัญแล้ว ซึ่งการกระทำดังกล่าวหากพิจารณาตาม “หลักความใกล้ชิดต่อผล” ก็ถือเป็นการพยายามกระทำความผิดเช่นเดียวกัน เพราะเป็นกรณีที่ผู้กระทำได้กระทำการขั้นสุดท้าย (The last act) ในการกระทำความผิดแล้ว⁹¹ กรณีที่ Model Penal Code ยกตัวอย่างว่าเป็นการกระทำใดเป็นการกระทำตามขั้นตอนที่สำคัญ ได้แก่ การคัดลอกการตามหาตัว หรือการติดตามตัวผู้เสียหาย เป็นต้นนั้นน่าจะเป็นการกระทำที่จะทำให้ผู้เสียหายได้รับภัยอันตรายอันเกิดจากการกระทำของจำเลยแล้ว จึงควรลงโทษสำหรับกรณีที่ได้มีการกระทำความผิดแล้ว และหลักนี้เป็นที่นิยมแพร่หลายในมลรัฐต่างๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกา และในประเทศญี่ปุ่นก็ได้นำหลักในเรื่องดังกล่าวมาใช้วินิจฉัยข้อเท็จจริงในเรื่องการลงมือกระทำความผิดด้วย เนื่องจากเป็นหลักที่ให้ความคุ้มครองผู้เสียหายให้ได้รับความปลอดภัยได้เป็นอย่างดี ทั้งนี้ขอยกหลัก “ความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น” (Dangerous Possibility Rule) ซึ่งเป็นหลักของประเทศเยอรมันที่ในการวินิจฉัยในการกระทำใดเป็นการลงมือกระทำความผิด โดยหลักนี้ถือว่าการที่จะถือเป็นพยายามได้ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นได้แสดงให้เห็นถึงการเป็นอันตรายหรือการคุกคามสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองโดยคำนึงถึงความใกล้ชิดของอันตรายหรือการที่จะก่อความเสียหายและความรู้สึกหวาดกลัวต่อภัยอันตรายในความรู้สึกของชุมชนนั้น ดังนั้น การที่ผู้กระทำความผิดได้พุดขอชำเราเด็กหญิง หรือปีนเข้าบ้านของหญิงโดยมีเจตนากระทำชำเรา หรือนัดพบเด็กหญิงที่โรงแรมโดยมีเจตนาที่จะข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงนั้น กรณีดังกล่าวผู้กระทำได้ลงมือกระทำชำเราเด็กหญิงแล้ว เพราะการที่กระทำโดยการพุดขอชำเราเด็กหญิง หรือการปีนเข้าบ้านของหญิงโดยมีเจตนากระทำชำเรา หรือการนัดพบหญิงที่โรงแรมเพื่อกระทำชำเราเด็กหญิงนั้นเป็นการกระทำที่เป็นอันตรายหรือเป็นการ

⁹⁰ ดูคดี A-G's Reference (No 1 of 1992) [1993] 2 All Er 190. [1993] CrimLr274 และ Cf commentary, (1993) Crim LR 276.

⁹¹ ดูรายละเอียดได้จาก The American Law Institute, Model Penal Code, Comments of The Tentative Drafts No. 10. Section 5.01 (Philadelphia, 1962). p. 26-62. อ้างถึงในเกียรติจร วัจนะสวัสดิ์, 2539, แนวความคิด เรื่องการลงมือกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาอเมริกัน : หลักการกระทำขั้นตอนสำคัญ. บทบัญญัติ, 52. น. 24.

คุกคามต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองคือเสรีภาพในการตัดสินใจที่จะกระทำการทางเพศโดยความสมัครใจของหญิงแล้ว ดังนั้น ผู้กระทำการดังกล่าวจึงมีความผิดฐานลงมือกระทำชำเราแล้ว

ในการพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลและหลักทฤษฎีของนักกฎหมายของประเทศต่างๆ ที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าการวางบรรทัดฐานของศาลฎีกาไทยเป็นการใช้หลักความใกล้ชิดต่อผล (Proximity Rule) ซึ่งเป็นหลักที่ไม่แน่นอนว่าข้อเท็จจริงใดจึงจะถือว่าเป็นการใกล้ชิดต่อผล เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส อย่างไรก็ตามศาลก็ยังคงใช้หลักดังกล่าวเป็นแนวในการพิจารณาเรื่อยมาและผลก็คือแนวคำพิพากษาของศาลไทยมีการวางบรรทัดฐานที่ไม่แน่นอนซึ่งจะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นรายๆ ไป ดังนั้น เพื่อให้การวินิจฉัยและพิจารณาคดีของศาลฎีกาไทยกระทำได้โดยถูกต้องและเหมาะสมอันเป็นการป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดร้ายแรงเป็นผลสำเร็จซึ่งอาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้เสียหายได้ กล่าวคือทำให้ผู้เสียหายได้รับอันตรายหรือเกรงว่าจะได้รับอันตรายต่อเนื่องตัวร่างกายต่อไป จึงเห็นควรนำทฤษฎี “หลักความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น” (The Criterion of Danger Rule) ของประเทศเยอรมัน และหลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial Step Rule) ของประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้พิจารณาเพื่อวินิจฉัยข้อเท็จจริง ทั้งนี้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการคุ้มครองประชาชนให้ได้รับความปลอดภัยและเพื่อเป็นการคุ้มครองสังคมให้อยู่โดยสงบสุขได้อย่างมีประสิทธิภาพและเพื่อเป็นการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษในความผิดที่ผู้กระทำมีเจตนาที่จะกระทำได้อย่างเหมาะสมต่อไป⁹²

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายของประเทศต่างๆ แล้วหลักการที่กฎหมายแต่ละประเทศกำหนดให้เป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการวินิจฉัยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราก็คือ ต้องมี “การล่วงล้ำ” ไม่ว่าจะเป็นการล่วงล้ำโดยอวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดก็ตาม แตกต่างจากบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาของไทย มาตรา 276 วรรคสอง และมาตรา 277 วรรคสอง ที่ใช้คำว่า “กระทำกับ” ในการวินิจฉัยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

⁹² การลงมือกระทำความผิด : ศึกษาเฉพาะกรณีการกระทำชำเรา (น. 127). เล่มเดิม.