

บทที่ 3

ขอบเขตที่เหมาะสมของการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมใน ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในต่างประเทศ

ปัจจุบันกฎหมายในหลายๆ ประเทศโดยที่จะเห็นชัดเจนก็ได้แก่ ประเทศอังกฤษได้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อมุ่งที่จะคุ้มครองผู้เสียหายแตกต่างกันออกไป ในอดีตนั้นในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเรานั้นถูกจำกัดไว้แต่เพียงว่าเป็นการกระทำที่ชายกระทำต่อหญิงเท่านั้น แต่เมื่อยุคสมัยและพฤติกรรมของมนุษย์ได้เปลี่ยนแปลงผิดแผกแตกต่างไปจากเดิม กฎหมายจึงต้องทันตามยุคสมัยเพื่อเป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบเรียบร้อยของรัฐและยกระดับสิทธิสตรีมิให้เป็นเหยื่อความรุนแรงทางเพศ ดังนั้นในกฎหมายต่างประเทศมีบทบัญญัติขอบเขตของการให้ความยินยอมและการบอกถอนความยินยอมในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นไว้อย่างชัดเจน แม้กระทั่งในประเทศอังกฤษที่ถือว่าเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายตามคำพิพากษา ก็ยังมีการบัญญัติขอบเขตในส่วนของเนื้อหาไว้อย่างละเอียดมากไว้ในกฎหมาย ทั้งนี้ก็เพื่อคุ้มครองสิทธิสตรีด้วยนั่นเอง

3.1 ขอบเขตความรับผิดชอบผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในประเทศอังกฤษ

เดิมก่อนมีการแก้ไขกฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไม่มีบทนิยาม เพียงแต่พิจารณาองค์ประกอบตามกฎหมายว่า ชายร่วมประเวณีกับหญิง โดยที่หญิงนั้นให้ความยินยอมหรือไม่เท่านั้น ไม่ได้บัญญัติรายละเอียดถึงการใช้กำลังข่มขู่ให้เกิดความกลัวที่มีผลต่อความยินยอม ทำให้เกิดการข่มขู่หลอกลวงเพื่อข่มขืนกระทำชำเราหญิงเพียงเพราะกฎหมายไม่ได้บัญญัติ แต่เดิมชายอาจไม่ต้องรับผิดชอบทั้งที่การพิจารณาคดีปรากฏว่ามีความยินยอม ทำให้มีการแสวงหาผลประโยชน์จากช่องว่างเหล่านี้ เหตุที่อังกฤษต้องมีบทนิยามและปรับปรุงกฎหมายเรื่องเพศ เป็นเพราะอิทธิพลของกลุ่มเรียกร้องสิทธิสตรี (feminist) ซึ่งมีอิทธิพลอย่างมากต่อการปฏิรูปกฎหมาย ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือ ประการแรก การข่มขืนกระทำชำเราเป็นเรื่องเกี่ยวกับอาชญากรรมและความรุนแรง ประการที่สอง คือ การพิจารณาคดีอาชญากรรมมีลักษณะไปทางการค้นหาความจริงเกี่ยวกับการกระทำของผู้ถูกกล่าวหามากกว่าที่จะไปมุ่งพิจารณาการกระทำและ

ประวัติของผู้เสียหาย ประการที่สาม การกระทำผิดทางเพศควรควบบัญญัติให้ชัดเจนเพื่อมิให้ฝ่ายผู้กระทำผิดนำช่องว่างไปใช้ หรือต้องมีการตีความไว้เป็นประโยชน์แก่ตนเอง¹

ปัจจุบันประเทศอังกฤษยุติปัญหาเรื่องการข่มขืนโดยปราศจากความยินยอมด้วยการมีบทบัญญัติเป็นข้อสันนิษฐานที่ชัดเจนว่าผู้เสียหายไม่ยินยอมในกรณีดังกล่าวไว้ใน มาตรา 76 (2)(b) ของพระราชบัญญัติ Sexual Offences Act 2003²

สาเหตุที่ได้มีการปรับปรุงกฎหมายเป็นพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำผิดทางเพศมาจาก The recommendations of a Home Office Review ในปี ค.ศ. 2000 ได้เสนอเหตุผลว่าให้ควรมีความผิดทางเพศที่สอดคล้องกันและชัดเจนซึ่งป้องกันประชาชนจากการถูกละเมิดและการแสวงหาผลประโยชน์ ทั้งผู้ที่ละเมิดกฎหมายควรได้รับโทษที่เหมาะสม และเพื่อความเป็นธรรมและไม่เลือกปฏิบัติให้สอดคล้องกับยุโรปตามอนุสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนและกฎหมายสิทธิมนุษยชน 1988³ ซึ่งกฎหมายเดิมล้าสมัยไม่ทันต่อเหตุการณ์ในสมัยนั้น อีกทั้งสิทธิของสตรีรวมถึงพวกกรักร่วมเพศควรได้รับการปกป้องและยกระดับสิทธิเด็ก ด้วยผลของการบัญญัติใช้บังคับใหม่ได้ทำให้กฎหมายหลายฉบับได้บังคับใช้ได้อย่างมีความมั่นคงมากขึ้น และได้ขยายอายุของผู้เยาว์ขึ้นไปถึงอายุ 17 ปีในกรณีถ้ารูปอนาจารสำหรับเด็กอายุดังกล่าวด้วย ทั้งรับมือกับการก่ออาชญากรรมบนอินเทอร์เน็ตและเผยแพร่ภาพผู้เยาว์ รวมถึงการข่มขืน อนาจาร การลวนลามหรือก่อกวนผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี ร่วมกิจกรรมทางเพศเป็นความผิดจะมีความยินยอมหรือไม่ก็ตาม ซึ่งเป็นเพราะสาเหตุหนึ่งนั้นมาจากกฎหมายเดิมไม่สามารถรับมือกับกรณีที่เคยเกิดขึ้นคือ มีชายคนหนึ่งชักชวนเด็กสาวอายุเพียง 11 ขวบสองคน มาเต้นยั่วเปลือยผ้าต่อหน้าชายผู้นั้น แต่การชักชวนนั้นไม่ได้ใช้ความ

¹ From “Rape Without Consent”, by Tadros, V., 2006, *Oxford Journal of Legal Studies*, 26 (3), 516.

² Sexual Offences Act 2003 Section 76

Conclusive presumptions about consent.

(1) If in proceedings for an offence to which this section applies it is proved that the defendant did the relevant act and that any of the circumstances specified in subsection (2) existed, it is to be conclusively presumed

(a) that the complainant did not consent to the relevant act, and

(b) that the defendant did not believe that the complainant consented to the relevant act.

(2) The circumstances are that

(a) the defendant intentionally deceived the complainant as to the nature or purpose of the relevant act;

(b) the defendant intentionally induced the complainant to consent to the relevant act by impersonating a person known personally to the complainant.

³ From “The Concept of Consent under the Sexual Offences Act 2003”, by Elvin, J., 2008, *Journal of Criminal Law*, 72 (6), 520.

รุนแรง การบังคับและทั้งไม่ได้สัมผัสเด็กหญิงสองคนนั้นเลย ทั้งชายผู้นี้ถูกตั้งไม่ฟ้องเพราะ พฤติกรรมไม่ได้ตรงกับที่กฎหมายของอังกฤษบัญญัติไว้ขณะนั้น ดังนั้นจะเห็นว่ากฎหมายฉบับใหม่นี้ จะปกป้องคุ้มครองผู้เยาว์เกินกว่าจะอายุ 18 ปี เป็นต้น⁴

3.1.1 ลักษณะของการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ

หากได้พิจารณาพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำผิดทางเพศ 2003 ฉบับนี้จะพบว่า ได้บัญญัติลักษณะของการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศแบ่งออกเป็น 4 ประการ โดยเรียงลำดับความรุนแรง คือ

1. การข่มขืน
2. การข่มขืนโดยใช้สิ่งของแทนอวัยวะเพศ
3. การอนาจารโดยการสัมผัส
4. การก่อกวนให้บุคคลอื่นเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ

ตามพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำผิดทางเพศ 2003 ได้บัญญัติความผิดดังกล่าวข้างต้นไว้ดังนี้

- 1) การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape)

ตามบทบัญญัติใน มาตรา 1⁵ ได้บัญญัติว่า

“...ผู้กระทำ A กระทำความผิดอาญา ถ้า

(a) ถ้าผู้กระทำ A สอดไปในช่องคลอด, ทวารหนัก หรือปากของบุคคลอื่น B ด้วยองศาติของผู้กระทำโดยเจตนา

(b) ผู้ถูกกระทำ B ไม่ยินยอมให้มีการล่วงล้ำเช่นนั้น และ

(c) ผู้กระทำ A โดยปราศจากเหตุผลอันควรเชื่อว่า ผู้ถูกกระทำ B ยินยอม

⁴ From *Sex Offenders and the Internet* (p. 80-81) by Howitt P. and Sheldon, K, 2007.

⁵ Sexual Offences Act 2003. Section 1

“(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.

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

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

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

...มาตรา 75 และ 76 นำมาใช้ภายใต้มาตรานี้ด้วย...”

การข่มขืนถือเป็นการกระทำความผิดทางเพศที่มีระดับความรุนแรงสูงสุดและมีโทษสถานหนักถึงชีวิต ซึ่งตามพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศ Sexual Offences Act 2003 ได้บัญญัติเพื่อแทนที่ พระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศ 1956 เดิม โดยมีคำที่ถูกเปลี่ยนไปจากเพียงก่อนหน้านั้นที่บัญญัติ คำว่า “ชาย” กับ “หญิง” ได้เปลี่ยนเป็น “A” กับ “B” เพื่อให้มีการครอบคลุมและคุ้มครองเท่าเทียมไม่ว่าเกิดการข่มขืนระหว่างเพศชายกับชายด้วยกันก็ตาม

2) การข่มขืนโดยใช้สิ่งของแทนอวัยวะเพศ โดยลักษณะมิใช่การชำเราโดยใช้อวัยวะเพศ (Assault by Penetration) ในบทบัญญัติมาตรา 2 ได้บัญญัติว่า

“...ผู้กระทำ A กระทำความผิดอาญา ถ้า

(a) ถ้าผู้กระทำ A สอดไปในช่องคลอดของหญิงหรือทวารหนักของบุคคลอื่น B โดยใช้ส่วนอื่นใดของร่างกายหรือสิ่งของอื่นใดโดยเจตนา

(b) การสอดเข้าไปในลักษณะเพื่ออารมณ์ทางเพศ

(c) ผู้ถูกกระทำ B ไม่ยินยอมให้มีการสอดใส่เช่นนั้น และ

(d) ผู้กระทำ A โดยปราศจากเหตุผลอันควรเชื่อว่า ผู้ถูกกระทำ B ยินยอม

มาตรา 75 และ 76 นำมาใช้ภายใต้มาตรานี้ด้วย...”

ในบทบัญญัติแห่งมาตรา 2⁶ ได้บัญญัติถึง การข่มขืนใจโดยการสอดใส่หรือสอดใส่ซึ่งมิใช่การชำเราโดยใช้อวัยวะเพศ (Assault by Penetration) แต่เป็นการใช้อวัยวะส่วนอื่นของร่างกาย เช่น นิ้วมือ หรือสิ่งอื่นใดก็ตามแม้กระทั่งใช้สัตว์หรือสิ่งมีชีวิตอื่นใดเป็นเครื่องมือ โดยโครงสร้างองค์ประกอบความผิดแตกต่างจากความผิดฐานข่มขืนเพียงการไม่ได้ใช้อวัยวะเพศ ส่วนโทษตามมาตรานี้คือ จำคุกตลอดชีวิต⁷

⁶ Sexual Offences Act 2003, Section 2

“(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...”

⁷ From *Blackstone's Criminal Practice 2012* (p. 307), by Hooper, A., 2012.

3) การลวนลามโดยการสัมผัส (Sexual Assault) ในบทบัญญัติมาตรา 3⁸ ได้บัญญัติว่า

“...ผู้กระทำ A กระทำความผิดอาญา ถ้า

- (A) ถ้าผู้กระทำ A โดยเจตนาสัมผัสบุคคลอื่น B
- (B) การสัมผัสเป็นไปในลักษณะทางเพศ
- (C) ผู้ถูกกระทำ B ไม่ยินยอมให้มีการล่วงเกินการสัมผัสเช่นนั้น และ
- (D) ผู้กระทำ A โดยปราศจากเหตุผลอันควรเชื่อว่า ผู้ถูกกระทำ B ยินยอม

มาตรา 75 และ 76 นำมาใช้ภายใต้มาตรานี้ด้วย...”

การสัมผัสนั้น หมายถึง การสัมผัสเป็นอย่างน้อยที่สุดภายใต้ตามคำนิยาม มาตรา 79 (8) คือ การสัมผัสด้วยส่วนใดๆ ของร่างกายด้วยสิ่งอย่างอื่น หรือโดยผ่านอะไรก็ตาม เป็นต้น เช่น การสัมผัสโดยไม่ใช้ส่วนอื่นใดของร่างกาย ได้แก่ Sex toy อุปกรณ์ที่ใช้กระตุ้นอารมณ์ทางเพศ เพื่อใช้การลวนลามผู้อื่น เป็นต้น ศาลอุทธรณ์เคยมีคำพิพากษาในคดี R v H (Karl Anthony) (2005) EWCA Crim 732 มีนาย ก. ได้เข้าไปใกล้หญิงสาวผู้หนึ่งและถามคำถามต่อไปในทางเพศ ก่อนที่จะจับชุดวอร์ม ของเธอด้านล่างแล้วดึงเข้ามาหา นาย ก. พิจารณาว่าการกระทำนั้นถือเป็นการสัมผัสเสียของบุคคล ยิ่งไปกว่านั้นผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องรู้ตัวจากการลวนลามเช่น นาย ก. นำอวัยวะเพศของตัวเองออกมาจากกางเกงแล้วสำเร็จความใคร่ใส่หญิงที่นาย ก. เจตนาถูกตัวหญิงผู้นั้นที่ในศาลับ Bounekhla [2006] EWCA Crim 1217 ซึ่งเข้ามาตรานี้ และการกระทำนั้นเห็นได้ว่าเป็นการกระทำไปในทางเพศ ตามมาตรานี้หากปราศจากความยินยอมของผู้ถูกกระทำย่อมเป็นความผิดอีกด้วย แต่ยังมีข้อถกเถียงกันทางวิชาการอยู่ว่าการสำเร็จความใคร่ด้วยน้ำอสุจิใส่ผู้อื่น โดยไม่สัมผัสร่างกายเลยจะเป็นความผิดฐานนี้หรือไม่¹⁰

⁸ Sexual Offences Act 2003. Section 3

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

- (a) he intentionally touches another person (B),
- (b) the touching is sexual,
- (c) B does not consent to the touching, and
- (d) A does not reasonably believe that B consents.

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

⁹ From *Criminal Law* (p. 349) by Card, R., 2012.

¹⁰ Blackstone's Criminal Practice 2012 (p. 310). Op.cit.

4) การก่อให้บุคคลอื่นมีส่วนในกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม (Causing a Person to Engage in Sexual Activity Without Consent) ในบทบัญญัติมาตรา 4¹¹ ได้บัญญัติว่า

“...ผู้กระทำ A กระทำความผิดอาญา ถ้า

- (a) ถ้าผู้กระทำโดยเจตนา ก่อให้บุคคลอื่น B เข้าร่วมในกิจกรรม
- (b) กิจกรรมนั้นเป็นไปในลักษณะทางเพศ
- (c) ผู้ถูกกระทำ B ไม่ได้ยินยอมเข้าร่วมกิจกรรมเช่นนั้น และ
- (d) ผู้กระทำ A โดยปราศจากเหตุผลอันควรเชื่อว่า ผู้ถูกกระทำ B ยินยอม

...มาตรา 75 และ 76 นำมาใช้ภายใต้มาตรานี้ด้วย...

... ผู้กระทำผิดตามมาตรา¹¹ต้องถูกระวางโทษหากมีการก่อให้เกิดการ

- (a) สอดไปในทวารหนักหรือช่องคลอดของผู้ถูกกระทำนั้น
- (b) สอดไปในปากของผู้ถูกกระทำนั้นด้วยองศาติของบุคคลใดก็ตาม
- (c) สอดไปในช่องคลอดหรือทวารหนักของบุคคลอื่น โดยใช้ส่วนอื่นใดของร่างกาย

ของผู้ถูกกระทำเองหรือสิ่งอื่น

- (d) สอดไปในปากของบุคคลใดโดยองศาติของผู้ถูกกระทำซึ่งความผิดต้องระวางโทษ

จำคุกตลอดชีวิต...”

¹¹ Sexual Offences Act 2003. Section 4

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

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

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

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

(4) A person guilty of an offence under this section, if the activity caused involved—

- (a) penetration of B’s anus or vagina,
- (b) penetration of B’s mouth with a person’s penis,
- (c) penetration of a person’s anus or vagina with a part of B’s body or by B with anything else, or
- (d) penetration of a person’s mouth with B’s penis, is liable, on conviction on indictment, to

imprisonment for life...”

ในเรื่องนี้นักวิชาการอังกฤษให้ความเห็นว่า การข่มขืนโดยใช้อาวุธหรือวัตถุต้องเป็นกรณีการใช้ของชาติสอดเข้าไปในช่องคลอดทวารหนัก หรือปากของบุคคลอื่น ถ้าหากมีหญิงสาวมาบังคับผู้ชายให้อาวุธหรือวัตถุสอดเข้าไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือปากของผู้เสียหายโดยปราศจากความยินยอมของผู้ชาย จะไม่เป็นการผิดฐานข่มขืน แต่อาจผิดฐานก่อให้เกิดบุคคลอื่นมีส่วนในกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม¹² มาตรา 4 นี้ค่อนข้างครอบคลุมการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในเหตุการณ์ปัจจุบัน เพราะมาตรานี้ครอบคลุมกรณีที่ ก. ก่อให้ ข. กระทำกิจกรรมทางเพศใดๆ ต่อ ก. โดยปราศจากความยินยอม เพื่อให้ ก. เพลิดเพลินทางเพศ อาทิเช่น การก่อกวนบุคคลอื่นกระทำการสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง ร่วมเพศกับผู้อื่น หรือกับสัตว์เป็นต้น ผู้กระทำจะต้องระวางโทษจำคุกหากปรากฏว่ามีเหตุฉกรรจ์เกิดขึ้นตามที่ระบุไว้ในเหตุ (a) ถึง (d) หรือมีเช่นนั้นแล้วอาจต้องจำคุกไม่เกิน 10 ปี เป็นต้น

นอกจากนี้ยังมีการคุ้มครองทางเพศเกี่ยวกับผู้พิการ เด็กและเยาวชน เช่น การชำเราเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี มีมาตรา 5 ถึง มาตรา 8 โดยแบ่งออกเป็น 4 ระดับเช่นกัน แต่การข่มขืนไม่ว่าจะมีความยินยอมของเด็กหรือไม่ก็ย่อมเป็นความผิดเสมอ ซึ่งหากปรากฏว่ามีเหตุฉกรรจ์เกิดขึ้นตามที่ระบุไว้ในกฎหมายจะมีโทษหนักถึงชีวิต เป็นต้น

3.1.2 ขอบเขตของการให้ความยินยอม

ความหมายของ “ความยินยอม” ปรากฏในเรื่องความยินยอมในกฎหมายอาญาจากกฎหมายในต่างประเทศ อาทิเช่น ประเทศอังกฤษในพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำผิดทางเพศ Sexual Offences Act 2003 มาตรา 74¹³ ได้บัญญัติไว้ทำนองว่า “เพื่อวัตถุประสงค์แห่งหมวดนี้ ความยินยอมของบุคคล ถ้าเขาตกลงให้ความยินยอมโดยมีตัวเลือก และมีความเป็นอิสระและความสามารถที่จะตัดสินใจให้ความยินยอม” กล่าวคือ “ความยินยอม” (Consent) มีความแตกต่างกับ “การยอมจำนน” (Submission) เพราะคำแรกมีลักษณะความเป็นอิสระไม่อยู่ภายใต้การบังคับที่จะให้ความยินยอม แต่อย่างหลังนั้นมีลักษณะที่ผู้ให้ความยินยอมมีฐานะด้อยกว่า หรืออ่อนแอกว่า เป็นต้น

ความยินยอมในพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำผิดทางเพศ Sexual Offences Act 2003 ก่อนมีพระราชบัญญัตินี้ มีคดี Regina v Olugboja¹⁴ จำเลยขับรถพาผู้เสียหายไปยังกะโลแห่ง

¹² Criminal Law (p. 349). Op.cit.

¹³ 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.

¹⁴ Regina v Olugboja [1982] QB 320, (Court of appeal).

หนึ่งซึ่งเป็นไปในทิศทางที่ตรงกันข้ามที่ผู้เสียหายอาศัยอยู่ แสดงให้เห็นว่าจำเลยจงใจจะพาไปสถานที่นั้น จำเลยปิดไฟห้องนั่งเล่นและบอกว่าเขากำลังจะร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย จำเลยขอให้ผู้เสียหายถอดกางเกงออก ผู้เสียหายทำตามเพราะ ผู้เสียหายกลัว ทั้งร้องไห้และห้องก็มืด จากนั้นจำเลยผลักผู้เสียหายลงบนเก้าอี้ยาวและร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย ภายในเวลาไม่นานผู้เสียหายไม่ต่อต้านไม่ขัดขืน และไม่ร้องขอความช่วยเหลือใดๆ ภายหลังจากผู้เสียหายได้ร้องขอให้หยุด จำเลยหยุดกระทำหลังจากนั้น ตำรวจสอบปากคำจำเลยว่า จำเลยยอมรับว่าได้ร่วมประเวณีกับผู้เสียหาย และตำรวจได้ถามจำเลยว่า “ผู้เสียหายยินยอมหรือไม่” จำเลยตอบว่า “ผู้เสียหายไม่ยินยอมในตอนแรก แต่จำเลยสามารถโน้มน้าวผู้เสียหายได้” ภายหลังจากการสอบปากคำของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ผู้เสียหายแจ้งแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจว่าจำเลยร่วมประเวณีโดยขโมยใจผู้เสียหายคดีนี้ผู้พิพากษาคำวินิจฉัยการพิจารณาโดยมีคณะลูกขุนและอธินายสรุปประเด็นแก่ลูกขุนในความยินยอมว่า

“ขออนุญาตเตือนลูกขุนทั้งหลายว่าในกรณีที่จำเลยยกประเด็นที่ว่า ผู้เสียหายไม่ได้ร้องขอความช่วยเหลือหรือขัดขืน ลูกขุนต้องพิจารณาข้อเท็จจริงว่ามีการใช้กำลังบังคับข่มขู่หรือความรุนแรง หรือวิธีใดๆ ในทำนองเดียวกันหรือไม่ ที่จำเลยอ้างว่า หญิงนั้นยินยอมถอดกางเกงเป็นข้อเท็จจริงในตัวของมันเองในการเชื่อเชิญให้มีเพศสัมพันธ์หรือไม่ ทั้งนี้ทั้งนั้นขึ้นอยู่กับสถานการณ์และอะไรเป็นแวดล้อมกรณีที่ทำให้ผู้หญิงถอดกางเกง เช่นนี้หญิงนั้นยินยอมถอดกางเกงเองหรือถอดเพราะความกลัว นั้นหมายถึงปราศจากความยินยอมหรือไม่ ลูกขุนต้องเป็นผู้ตัดสิน...”

จำเลยถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นแต่จำเลยอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์เห็นว่า ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยที่หญิงนั้นให้ความยินยอมเพราะการใช้กำลังบังคับ ข่มขู่ หลอกลวงเพื่อให้ได้ความยินยอม ย่อมเป็นความผิด ศาลไม่รับฟังกรณีที่จำเลยกล่าวอ้าง พนักงานอัยการจะต้องไม่พิสูจน์เพียงประเด็นที่จะให้ปรากฏว่าในขณะที่มีการร่วมประเวณีหญิงนั้นให้ “ได้ยินยอมหรือไม่” เท่านั้น แต่ความจริงหากมีความยินยอมจริง เพียงเพราะจำยอมโดยถูกบังคับโดยความกลัว โดยการหลอกลวง บังคับเหล่านี้ แทบไม่ต้องสงสัยเลยว่าเป็นปัจจัยที่สำคัญในการแสดงให้ว่ามีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น “ความยินยอม” เป็นคำที่ว่าๆ ไปครอบคลุมความต้องการของเจตจำนงในบริบทของการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิง แต่ความต้องการต้องเกิดขึ้นจริงๆ ไม่ใช่ที่เกิดโดยนึ่งเฉยไม่เต็มใจ

ศาลเห็นว่า ความแตกต่างระหว่างความยินยอม (Consent) และความจำยอม (submission) ลูกขุนควรได้รับคำแนะนำในการพิจารณาทันทีเกี่ยวกับเจตจำนงของผู้ให้ความยินยอมก่อนขึ้นตอนการร่วมประเวณีและเหตุแวดล้อมกรณีทั้งหลาย เหตุการณ์ต่างๆ ที่นำไปสู่การตัดสินใจยอมกระทำและจากผลกระทบภายนอกทั้งหลายที่มีผลต่อเจตจำนงของผู้เสียหายมีปฏิกริยา

ตอบสนองที่แสดงออกอย่างไร การยอมโดยนิ่งเฉย (acquiescence) เมื่อมีการร่วมประเวณีไม่จำเป็นต้องถือว่าเป็นความยินยอมเสมอไป

ต่อมาพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำผิดทางเพศ Sexual Offences Act 2003 ดังกล่าวได้นิยาม “ความยินยอม” เอาไว้โดยเป็นความยินยอมโดยทั่วไปในมาตรา 74

“เพื่อวัตถุประสงค์แห่งหมวดนี้ ความยินยอมของบุคคล คือ การตกลงให้ความยินยอมโดยมีตัวเลือก และมีความเป็นอิสระภาพและความสามารถที่จะตัดสินใจให้ความยินยอม”¹⁵

อธิบายได้ว่า “ความยินยอม” (Consent) มีความแตกต่างกับ “การยอมจำนน” (submission) เพราะคำแรกมีลักษณะความเป็นอิสระไม่อยู่ภายใต้การบังคับที่จะให้ความยินยอม แต่อย่างหลังนั้นมีลักษณะที่ผู้ให้ความยินยอมมีฐานะด้อยกว่า¹⁶ หรืออ่อนแอกว่าทำให้ทั้งหมดจะต้องคำนึง “ความสามารถในการเลือก” (choice) และ “อิสระภาพ” (freedom) คือคุณลักษณะของความยินยอม พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงได้บัญญัติความเข้าใจเรื่องความยินยอมในบทบัญญัติมาตรา 74 นิยามไว้ว่าความยินยอมต้องให้โดยเจตจำนงอันเป็นอิสระ มีเสรีภาพแห่งการเลือกได้ แต่ก็ยังเป็นที่ถกเถียงทางวิชาการในเรื่องการตีความอยู่บ้าง เช่น นางสาว A. ได้ดื่มสุราเข้าไปจำนวนมากก่อนมีเพศสัมพันธ์ ถ้าเธอเต็มใจดื่มจนเมา และสูญเสียความสามารถที่จะยินยอมหรือไม่ยินยอมใดๆ จะถือได้ว่าเธอยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์ด้วยหรือไม่ ดังนั้นปรากฏว่าก่อนดื่มสุราหากเธอไม่ได้ยินยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์ด้วย การยินยอมดื่มสุราไม่ได้ทำให้เธอยินยอมมีเพศสัมพันธ์ด้วยแต่อย่างใด¹⁷ การเต็มใจดื่มสุราหรือเสพยาเสพติดซึ่งทำให้มีผลกระทบต่อสติปัญญา อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่ากฎหมายจะได้บัญญัติถึงความสามารถและความอิสระในการให้ความยินยอมแต่ก็มีปัญหาในการพิสูจน์ว่าโจทก์มีเมาระดับใดที่จะถือว่าพอเพียงให้โจทก์รู้ถึงสถานการณ์และเข้าใจในเวลาตัดสินใจ¹⁸ อีกทั้งปัญหาการตัดสินใจจะตกไปอยู่ที่ถูกขุ่นว่าจะเชื่อหรือไม่ ทำให้ตกอยู่แก่ความสามารถของทนายความในการว่าแก้ต่างคดีด้วย

¹⁵ Sexual Offences Act 2003. Section 74

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

¹⁶ From “The Concept of Consent Under The Sexual Offences Act 2003”, by Elvin, J. 2008. *Journal of Criminal Law*, 72 (6), 522.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ From “Alcohol-related Rape Cases: Barristers’ Perspectives on the Sexual Offences Act 2003 and Its Impact on Practice”, by Gunby, C., Carline, A. and Beynon, C., 2010, *Journal of Criminal Law*, 74 (6), 580-582.

นักวิชาการกล่าวว่าแท้จริงแล้วบทนิยาม “ความยินยอม” มีได้อยู่ในเพียงมาตรา 74 เท่านั้น แต่รวมมาตรา 75 และ 76 ไปด้วย เช่น บทนิยามมาตรา 74 ไม่ได้บัญญัติว่าชำเราหญิงพิการอาจเป็นการข่มขืน แต่มาตรา 75(2)(e) ผู้กระทำได้กระทำชำเราโดยอาศัยเหตุเพราะผู้อื่นมีร่างกายทุพพลภาพ หรือเพราะความไม่สามารถสื่อสารให้ความยินยอมให้เข้าใจในขณะนั้นแก่ผู้กระทำได้ในขณะกระทำ กฎหมายให้สันนิษฐานว่า ไม่มีความยินยอมของหญิงเว้นแต่ฝ่ายผู้กระทำจะพิสูจน์ว่ามีความยินยอม ดังนั้นมาตรา 75 แสดงให้เห็นว่าจะอะไรคือการขาดความยินยอม¹⁹ เพราะข้อเท็จจริงตามมาตรานี้ชี้ให้เห็นถึงสภาพของเหยื่อที่ไม่อาจให้ความยินยอมได้โดยอิสระนั่นเอง จึงตกเป็นเหยื่อทางเพศได้ง่าย

ตามบทนิยามได้มีการกล่าวถึงความสามารถ (Capacity) ที่ซึ่งมีอยู่ขณะให้ความยินยอมซึ่งมีผลในทางกฎหมายด้วย แต่ความยากในการตีความในเรื่องความสามารถ (Capacity) ว่าในขณะให้ความยินยอมบุคคลนั้นมีเพียงพอหรือไม่ โดยปกติบุคคลอาจไม่มีความสามารถที่เพียงพอเพราะเหตุอายุหรือสภาพแห่งจิตไม่ปกติ และถ้าหากผู้เสียหายไม่ยินยอมที่อยากดื่มสิ่งมีเมาหรือสารเสพติดจนหมดสติในมาตรา 75 ได้บัญญัติข้อสันนิษฐานเอาไว้ซึ่งถือว่าโจทก์ไม่ได้ให้ความยินยอมในเรื่องเพศอีกด้วย²⁰ และความสามารถในการให้ความยินยอมจะเกี่ยวข้องในขณะเวลานั้นผู้ให้ความยินยอมเข้าใจโดยธรรมชาติและสิ่งที่จะเกิดขึ้นภายหลังอย่างมีเหตุผลของข้อเท็จจริงและสามารถสื่อสารออกมาเป็นความยินยอมได้²¹ ซึ่งรายละเอียดที่เหลือจะตกไปสู่การพิจารณาคดีแบบลูกขุนที่จะตัดสินในข้อเท็จจริงนั้นๆ

¹⁹ From “Rape Without Consent”, by Tadros, V., 2006, *Oxford Journal of Legal Studies*, 26 (3), 525-526.

²⁰ From “The Case for a Rational Reconstruction of Consent in Criminal Law”, by Elliott, C. and De Than, C., 2007, *Modern Law Review*, 70 (2), 240.

²¹ Ibid.

3.1.3 ข้อสันนิษฐานที่อาจหักล้างได้และไม่อาจหักล้างได้

1) ข้อสันนิษฐานที่อาจหักล้างได้

ข้อสันนิษฐานที่อาจหักล้างได้ (rebuttable presumption) ในเรื่องความยินยอมในบทบัญญัติมาตรา 75²² ได้บัญญัติทำนองว่า

“ข้อสันนิษฐานบางประการเกี่ยวกับพยานหลักฐานในเรื่องความยินยอม

(1) ถ้าในระหว่างกระบวนการพิจารณาการกระทำผิดซึ่งพิสูจน์ได้ว่า

(a) ว่าผู้กระทำได้กระทำการที่เกี่ยวข้องตามกฎหมาย

²² Sexual Offences Act 2003. Section 75

“Evidential presumptions about consent

(1) If in proceedings for an offence to which this section applies it is proved—

(a) that the defendant did the relevant act,

(b) that any of the circumstances specified in subsection (2) existed, and

(c) that the defendant knew that those circumstances existed, the complainant is to be taken not to have consented to the relevant act unless sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether he consented, and the defendant is to be taken not to have reasonably believed that the complainant consented unless sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether he reasonably believed it.

(2) The circumstances are that—

(a) any person was, at the time of the relevant act or immediately before it began, using violence against the complainant or causing the complainant to fear that immediate violence would be used against him;

(b) any person was, at the time of the relevant act or immediately before it began, causing the complainant to fear that violence was being used, or that immediate violence would be used, against another person;

(c) the complainant was, and the defendant was not, unlawfully detained at the time of the relevant act;

(d) the complainant was asleep or otherwise unconscious at the time of the relevant act;

(e) because of the complainant’s physical disability, the complainant would not have been able at the time of the relevant act to communicate to the defendant whether the complainant consented;

(f) any person had administered to or caused to be taken by the complainant, without the complainant’s consent, a substance which, having regard to when it was administered or taken, was capable of causing or enabling the complainant to be stupefied or overpowered at the time of the relevant act.

(3) In subsection (2) (a) and (b), the reference to the time immediately before the relevant act began is, in the case of an act which is one of a continuous series of sexual activities, a reference to the time immediately before the first sexual activity began”.

(b) พฤติการณ์แวดล้อมใดๆ ที่ระบุไว้ในอนุมาตรา (2) ยังคงมีอยู่

(c) ผู้กระทำได้รู้ข้อเท็จจริงว่าสถานการณ์นั้นมีอยู่ให้ถือว่าผู้อื่นหรือผู้เสียหายไม่ได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำของผู้กระทำใดๆ เลย เว้นแต่ผู้กระทำมีหลักฐานเพียงพอที่จะอ้างว่าผู้อื่นได้ให้ความยินยอม หรือเว้นแต่มีหลักฐานเพียงพอที่จะอ้างถึง ที่จะยกประเด็นปัญหาว่าเขาเชื่อโดยสมเหตุสมผลว่ามีความยินยอมแล้ว

(2) พฤติการณ์แวดล้อมได้แก่

(a) บุคคลใดๆ ก่อนที่เกิดเหตุการณ์ใช้ความรุนแรงขจัดจิตใจผู้อื่น หรือ ก่อให้ผู้อื่นเกิดความกลัวว่าในทันทีทันใดจะเกิดภัยอันตรายแก่ผู้เสียหาย

(b) บุคคลใดๆ ที่ได้อยู่ในเหตุการณ์ หรือ โดยทันทีก่อนที่เกิดเหตุการณ์ก่อให้ผู้อื่นเกิดความกลัวภัยอันตราย หรือ ในทันทีทันใดจะเกิดภัยอันตรายแก่บุคคลอื่นๆ

(c) ผู้อื่น ถูกคุมขังโดยผิดกฎหมายโดยผู้กระทำ

(d) ผู้อื่นหลับอยู่หรือไม่ได้สติในขณะที่กระทำผิดนั้น

(e) เหตุเพราะผู้อื่นมีร่างกายทุพพลภาพ หรือเพราะความไม่สามารถสื่อสารให้ความยินยอมให้เข้าใจในขณะนั้นแก่ผู้กระทำได้ ในขณะที่กระทำ

(f) บุคคลใดๆ ได้ให้ยาหรือก่อให้เกิดการดำเนินการให้ยาโดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำ ซึ่งเป็นสารเคมีที่มีฤทธิ์ก่อให้เกิดหรือทำให้ผู้ถูกระทำมีเมาน้ำหรือหมดทางสู้ในเวลาที่เกิดการกระทำที่เกี่ยวข้อง...”

มาตรา 75 และ 76 ได้ขยายนิยามมาจากมาตรา 74 แต่มาตรา 75 เป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อสันนิษฐานที่อาจหักล้างได้ (rebuttable presumption) เกี่ยวกับความยินยอมและเหตุผลอันควรเชื่อว่าจะมีความยินยอม โดยภายใต้มาตรา 75 เป็นข้อสันนิษฐานโดยกฎหมายที่สันนิษฐานว่าโจทก์ไม่ได้ให้ความยินยอมและจำเลยได้กระทำความผิด โดยปรากฏว่ามีการใช้กำลังหรือบังคับข่มขู่ที่จะเกิดภัยอันตรายต่อโจทก์หรือบุคคลที่สาม หรือวางยา ทำให้หลับหรือมึนสติหรืออื่นๆ²³ ตามอนุมาตรา 75 (2) ซึ่งผลของการบัญญัติเช่นนี้ ฝ่ายโจทก์มีหน้าที่เพียงแค่พิสูจน์หลักฐานตามอนุมาตรา 75(2) โดยเพียงแสดงให้เห็นว่าจำเลยได้กระทำการที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายนี้และอยู่ในพฤติการณ์แวดล้อมใดๆ ที่บัญญัติไว้ 75(2) และจำเลยรู้ถึงสถานการณ์เช่นนี้ ถ้าโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ถึงเพียงนี้ ภาระการพิสูจน์จะตกอยู่กับจำเลย²⁴ ทำให้จำเลยต้องพิสูจน์โดยนำพยานหลักฐานมาหักล้างว่าจำเลยเชื่อว่า

²³ From “The Case for a Rational Reconstruction of Consent in Criminal Law”, by Elliott, C. and De Than, C., 2007, *Modern Law Review*, 70 (2), 243.

²⁴ From “The Concept of Consent under the Sexual Offences Act 2003”, by Elvin, J., 2008, *Journal of Criminal Law*, 72 (6), 530.

ความยินยอมมีอยู่จริงและเชื่อไปโดยสุจริต ซึ่งถ้าหากพิสูจน์หักล้างพยานโจทก์ไม่ได้ จำเลยอาจถูกตัดสินว่ามีความผิด อย่างไรก็ตาม โจทก์หรือพนักงานอัยการจะต้องระมัดระวัง การพิสูจน์เพื่อไม่ให้มีข้อสงสัยหรือความแน่นอนของพยานหลักฐานในเรื่องความยินยอม เพราะความผิดพลาดของรูปคดี อาจทำให้ต้องยกประ โยชน์แห่งความสงสัยนั้นแก่จำเลยได้ ดังนั้นจึงต้องปฏิบัติตามมาตรา 75 อย่างรอบคอบเพราะมาตรา 75 ยังมีข้อสันนิษฐานที่อยู่ติดกฎหมาย จึงยังสามารถนำสืบหักล้างได้และโดยวิธีพิจารณาที่มีลูกขุนอยู่ด้วยอาจทำให้การคาดเดาผลของคดีเป็นไปโดยยาก²⁵

2) ข้อสันนิษฐานที่ไม่อาจหักล้างได้

ข้อสันนิษฐานที่ไม่อาจหักล้างได้ (irrebuttable presumption) ในบทบัญญัติมาตรา 76 ได้บัญญัติกำหนดว่า

“(1) ถ้าในระหว่างกระบวนการพิจารณา การกระทำผิดกฎหมายซึ่งบทบัญญัตินี้ได้ถูก พิสูจน์ให้เห็นว่าจำเลยได้กระทำการที่เกี่ยวข้องตามกฎหมาย และพฤติการณ์แวดล้อมได้เกิดขึ้น ตามที่ระบุไว้ในอนุมาตรา 2 จะถูกสันนิษฐานไว้ก่อนอย่างแน่ชัดว่า

(a) ผู้เสียหายมิได้ให้ความยินยอม

(b) ผู้กระทำมิได้หลงเชื่อว่าผู้เสียหายยินยอม

(2) พฤติการณ์แวดล้อมได้แก่

(a) ผู้กระทำมีเจตนาหลอกลวงผู้เสียหาย

(b) ผู้กระทำมีเจตนาทำให้ผู้เสียหายยินยอมโดยปลอมตัวเป็นบุคคลที่ผู้เสียหาย

รู้จัก”

ในส่วนของมาตรา 76 นั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อสันนิษฐานที่ไม่อาจหักล้างได้ ในเรื่อง ความยินยอมซึ่งได้แบ่งออกเป็นสองสถานการณ์ที่จะทำให้ข้อสันนิษฐานอันเป็นที่ยุติ คือ กรณีที่ โจทก์มิได้ให้ความยินยอมและจำเลยก็ทราบคืออยู่แล้วว่าโจทก์มิได้ให้ความยินยอม และประกอบกับ ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นจำเลยมีเจตนาหลอกลวงโจทก์ หรือปลอมตัวเป็นคนที่ไม่อาจให้ความ ยินยอม เป็นข้อเท็จจริงตามมาตรา 76 (2) ซึ่งกฎหมายบัญญัติเพื่อมิให้เกิดข้อโต้แย้งอีกต่อไปว่าหาก เกิดกรณีเช่นนี้จึงถือว่ากระทำโดยปราศจากความยินยอม ในกรณีกลับกันหากจำเลยมิได้หลอกลวง แต่เป็นเพราะโจทก์สำคัญผิดไปเองหรือเพราะความผิดพลาดของฝ่ายโจทก์ จะใช้ข้อสันนิษฐานตาม บทบัญญัติข้อนี้ไม่ได้ แต่หากจำเลยรู้ถึงความผิดพลาดเช่นนั้นและนำมาใช้เป็นประโยชน์ซึ่งมีผลให้ โจทก์ยินยอม ถือว่าเป็นอาชญากรรมฉวยโอกาส ซึ่งควรได้รับการลงโทษ ซึ่งน่าจะเข้าข่ายมาตรานี้²⁶

²⁵ From “The Case for a Rational Reconstruction of Consent in Criminal Law”, by Elliott, C. and De Than, C., 2007, *Modern Law Review*, 70 (2), 243.

²⁶ Ibid.

กล่าวโดยสรุป การบัญญัติพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวเป็นการ บัญญัติเพื่อยุติข้อถกเถียงที่มีมาแต่ก่อนทั้งเพิ่มบทนิยาม ความยินยอมในเรื่องเพศ ได้เพิ่มคำว่า ความสามารถและนิยามถึงความเป็นอิสระ แต่ก็ยังมีปัญหาอยู่ในทางปฏิบัติเพราะการจะพิสูจน์ได้ขนาดไหนว่าโจทก์มีความสามารถระดับใดขณะให้ความยินยอมและอาจนำไปสู่การยกประโยชน์แห่งข้อสงสัยแก่จำเลย อย่างไรก็ตามกรณีที่โจทก์เสียเปรียบรวมถึงการเพิ่มข้อสันนิษฐานเพื่อผลลัการะไปยังจำเลย ซึ่งเป็นการช่วยเหลือเหยื่อผู้เสียหายเพื่อความสะดวกในกระบวนการยุติธรรม เลี่ยงความเสี่ยงของผลคดีที่คณะลูกขุนและกระบวนการยุติธรรมไม่ได้เอื้ออำนวยมาแต่ก่อนนั่นเอง

3.1.4 ขอบเขตของการบอกถอนความยินยอม

การพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายอาญาของอังกฤษจะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ของ Actus reus และ Mens rea ดังนั้นในส่วนของ Actus reus คือ การที่ผู้กระทำล่วงล้ำไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือปากของบุคคลอื่น ด้วยองค์ชาติ และโดยปราศจากความยินยอมซึ่งเป็นส่วนสำคัญ ในส่วนขององค์ประกอบภายใน (Mens rea) คือ มีเจตนาที่จะรุกล้ำเข้าไปและผู้กระทำทราบว่าโจทก์ไม่ยินยอม ซึ่งพนักงานอัยการหรือโจทก์จะต้องพิสูจน์องค์ประกอบของฐานความผิดทั้งหมด

โครงสร้างองค์ประกอบความผิดภายนอก (Actus reus) นั้น มีปัญหาที่น่าสนใจว่า “นายเอ ได้รับความยินยอมให้ร่วมประเวณีและกำลังร่วมประเวณีกับนางสาว บี ภายหลังได้มีการล่วงล้ำเข้าไปขององคชาติแล้ว นางสาว บี เกิดเปลี่ยนใจ และได้บอกให้นาย เอ หยุดกระทำและถอยออกไป ซึ่งนาย เอ จะถือว่าเป็นการข่มขืนหรือไม่หาก นายเอไม่เชื่อฟังและกระทำต่อไป”

ในพระราชบัญญัติความผิดอันเกี่ยวกับเพศ Sexual Offences Act 2003 ได้บัญญัติในมาตรา 79 ถึงบทนิยามและการตีความไว้ว่า “...Penetration is a continuing act from entry to withdrawal” หรืออาจแปลเป็นภาษาไทยได้ในทำนองที่ว่า “การล่วงล้ำคือการนับการกระทำจากเข้าไปจนถอนออก” ซึ่งได้มีคดีของ Kaitamaki v R [1985] AC 147. “คดีนี้จำเลยได้อุทธรณ์ในข้อหาข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในนิวซีแลนด์ ซึ่งเป็นคดีที่จำเลยถูกกล่าวหาว่าบุกรุกเข้าไปในบ้านของโจทก์และข่มขืนกระทำชำเราโจทก์สองครั้ง จำเลยต่อสู้ว่าโจทก์ได้ให้ความยินยอมแล้วหรือเขาเชื่อโดยสุจริตว่าโจทก์ยินยอม แต่การร่วมประเวณีในโอกาสที่สองหลังจากองคชาติได้ล่วงล้ำไปในช่องคลอดแล้ว จำเลยได้ทราบภายหลังว่าโจทก์ไม่ยินยอม แต่จำเลยก็ไม่หยุดกระทำชำเรา ศาลได้ตัดสินว่าการล่วงล้ำเป็นการกระทำนับเป็นครั้ง ถ้าจำเลยได้กระทำต่อไปด้วยการร่วมประเวณีโดยรู้ว่าโจทก์ไม่ยินยอม จำเลยมีความผิดฐานข่มขืน”²⁷

²⁷ From *Criminal Law Directions* (pp. 176-178), By Monaghan, N., 2012.

3.2 ขอบเขตความรับผิดชอบเพิ่มขึ้นกระทำชำเราผู้อื่นในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกามีรากฐานเดิมมาจากระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law Rape) แบบดั้งเดิมของอังกฤษในสมัยก่อนที่เน้นการข่มขืนต้องเกิดขึ้นระหว่างชายกับหญิง โดยใช้กำลัง อิทธิพลแบบจารีตประเพณีนี้นำไปสู่การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเอาผิดผู้ชำเราเด็กอายุไม่เกิน 10 ปีไม่ว่าจะมีความยินยอมหรือไม่ก็ตามเป็นความผิด เรียกกันว่า Statutory Rape ต่อมาด้วยความเก่าแก่ของระบบแบบอังกฤษที่ล้าสมัยจนเกินไปที่ยอมรับกันในปัจจุบันทำให้ประเทศอเมริกาเองต้องปรับปรุงแนวคิดใหม่ในการข่มขืน เช่นสามีข่มขืนภรรยาที่มีความผิด และการกำหนดความผิดการชำเราเด็กอายุไม่เกิน 16 ปีหรือ 17 ปีหรือ 18 ปีเป็นความผิด ด้วยเหตุผลที่ว่าวัยดังกล่าวไม่อาจให้ความยินยอมเพราะภาวะแห่งวัย เพื่อการปกป้องพรหมจรรย์ การป้องกันการตั้งครรภ์โดยไม่จำเป็น อีกทั้งได้มีการปฏิรูปความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นลายลักษณ์อักษร กำหนดนิยามขยายวิธีการข่มขืนที่เป็นความผิดแบบใหม่ที่รวมไปถึงการใช้วิธีอื่นใดเพื่อกระทำทางปากและทวาร²⁸

3.2.1 ขอบเขตอายุที่สามารถให้ความยินยอม

สถาบันกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (American Law Institute) ได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายอาญาตัวอย่างที่มีชื่อว่า Model penal code ขึ้น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดที่มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายของรัฐบาลกลางแต่เป็นเพียงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงเท่านั้น และแต่ละมลรัฐก็จะนำกฎหมายอาญาตัวอย่างดังกล่าวไปปรับปรุงให้เหมาะสมและบัญญัติเป็นกฎหมายของแต่ละมลรัฐต่อไป

ในประมวลกฎหมายอาญาตัวอย่างของประเทศสหรัฐอเมริกา (Model Penal Code) บัญญัติเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราไว้ทำนองว่า

“การข่มขืนกระทำชำเรา คือ การมีเพศสัมพันธ์กับหญิงอื่นที่มีอายุของตนในกรณีดังต่อไปนี้

- 1) หญิงไม่ได้ให้ความยินยอม ไม่ว่าจะเพราะเป็นบ้าหรือวิกลจริตทั้งที่มีลักษณะถาวรหรือชั่วคราว หรือ
- 2) หญิงได้ข่มขืนแต่ถูกชายใช้กำลังบังคับ หรือ
- 3) หญิงถูกทำให้มีนเมาจนไม่สามารถทรงสติได้ หรือ

²⁸ From *Criminal Law and Procedure* (pp. 156-158), by Scheb, J. M., 2010.

4) หญิงในขณะนั้นหมดสติสัมปชัญญะที่จะรับรู้ถึงการกระทำของตน หรือ ชายได้หลอกลวงด้วยประการใดๆ จนหญิงเชื่อว่าเป็นสามีของตน²⁹

5) การกระทำแก่หญิงอายุต่ำกว่า 10 ขวบ จะได้รับโทษหนักขึ้นตั้งแต่จำคุกตลอดชีวิตถึงประหารชีวิต

ในกรณี 1 ถึง 5 นี้ สามารถกล่าวได้ว่าเป็นกรณีการมีเพศสัมพันธ์กับหญิงโดยที่หญิงนั้นมิได้ยินยอมพร้อมใจ”

ในสหรัฐอเมริกา ถือว่าการข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดต่อศีลธรรมอย่างร้ายแรง เป็นความผิดขั้นร้ายแรงที่เรียกกันว่า ความผิดขั้น Felony เหตุนี้ศาลจึงมักตีความองค์ประกอบความผิดอย่างกว้างขวาง เช่น คดี Lewis v. The State ศาลรัฐอลาบามาได้วินิจฉัยว่าเมื่อใดก็ตามที่จำเลยวิ่งไล่ตามผู้เสียหายเพื่อข่มขืนกระทำชำเรา แม้จะยังไม่ประชิดตัวหญิงนั้นก็ถือได้ว่าจำเลยพยายามกระทำความผิดแล้ว นอกจากนั้นในการพิจารณาจำเลยกระทำอนาจารหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรา นั้น ศาลสหรัฐอเมริกาถือเอาเจตนาของจำเลยเป็นสิ่งสำคัญ ในเรื่องดังกล่าวนี้ศาลอเมริกามีความเห็นต่างกันในเรื่องของเจตนาของจำเลยที่จำเป็นต้องมี เพื่อให้จำเลยมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ศาลบางท้องที่ก็เห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่ต้องมีเจตนาอื่นนอกเหนือไปจากการมีพยานหลักฐานว่ามีการกระทำชำเราก็จึงพอแล้ว ศาลบางแห่งก็ตัดสินว่าต้องมีเจตนาเฉพาะ (Specific Intent) เพื่อข่มขืนกระทำชำเรา เช่น ศาลรัฐนิวเม็กซิโก วินิจฉัยว่าเมื่อใดก็ตามที่จำเลยหย่อนสมรรถภาพทางเพศยอมแสดงอยู่ในตัวว่าจำเลยขาดเจตนาข่มขืน เป็นต้น

3.2.2 ขอบเขตของการให้ความยินยอม

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) รูปแบบการตีความและระบบกฎหมาย สหรัฐอเมริกาได้นำรูปแบบของอังกฤษมาใช้ ซึ่งนักกฎหมายได้ยึดถือองค์ประกอบหลักๆ ในความผิดฐานข่มขืน คือ มีการร่วมประเวณี การใช้กำลัง และการขาดความยินยอม จนกระทั่งสิทธิสตรีได้ถูกหยิบยกมาเป็นประเด็น ทำให้ต้องมีการปฏิรูปกฎหมายความผิดฐานข่มขืน

ความยินยอม เป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นองค์ประกอบความผิดที่สำคัญที่ทำให้ชายต้องรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้น ในกรณีกลับกันกรณีที่ได้รับคามยินยอมจากหญิงในการร่วมประเวณีจึงไม่ใช่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่ถ้าหากว่าความยินยอมของหญิงนั้นเกิดจากการที่ชายใช้กำลังบังคับหรือขู่เข็ญหรือหลอกลวงหญิงจนหญิงไม่สามารถขัดขืนได้หรือหลงเชื่อตามที่ถูกลอกลวง หรือชายได้ปลอมหรือแสดงตนว่าเป็นสามีของหญิงจนหญิงนั้นหลงเชื่อว่าเป็นสามี

²⁹ จาก *ความคิดเกี่ยวกับเพศ กรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา* (น. 85), โดย สุชาดา เหล่าพลสุข, 2548, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

หรือหญิงเป็นผู้บ่มพร่องในการแสดงเจตนา หรือฉวยโอกาสขณะที่หญิงกำลังหลับ หรือทำให้หญิงเกิดอาการมึนเมาแล้วถือโอกาสเช่นนี้มีเพศสัมพันธ์กับหญิง กรณีเหล่านี้ล้วนแล้วแต่ปราศจากความยินยอมของหญิงทั้งสิ้น ถือว่า เป็นความผิดฐานข่มขืน ในขณะที่เดียวกันศาลอเมริกันบางท้องที่ก็มีปัญหาเกี่ยวกับคำว่า “กำลัง” (Force) และคำว่า “ความยินยอม” (Consent) ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Forcible rape) เพราะบางแห่งศาลได้ตัดสินใจว่า การจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หญิงต้องขัดขืนถึงที่สุด (Resist of the utmost) คดีต่อๆ มาในภายหลังศาลตัดสินว่าระดับของการขัดขืนไม่ถือเป็นเรื่องเด็ดขาด ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมของเหตุการณ์ อย่างไรก็ตามศาลก็ยังเห็นว่าการขัดขืนจะต้องเป็นอะไรที่มากกว่าการตอบปฏิเสธด้วยวาจา (Negative Verbal Response)

3.2.3 ขอบเขตของการบอกถอนความยินยอม

1) การพิจารณาประเด็นเรื่องการ “ยินยอม” และการ “ปฏิเสธ” ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำชำเราแล้วจะเห็นได้ว่าอาจแบ่งความเป็นไปได้ของกรณีที่จะเกิดขึ้นออกได้เป็น 4 กรณีที่แตกต่างกันก็คือ

(1) ผู้ถูกระทำให้ความยินยอมทั้งขณะเริ่ม การกระทำชำเรา และหลังกระทำชำเราเริ่มจนกระทั่งกระทำชำเราจบสิ้นลง

หากเป็นกรณีเช่นนี้แล้ว ย่อมไม่มีปัญหาทางข้อกฎหมายแต่ประการใด เมื่อผู้ถูกระทำให้ยินยอมตลอดเวลาตั้งแต่ขณะเริ่มการกระทำชำเรา ย่อมไม่เป็นการกระทำชำเราที่ฝ่าฝืนความยินยอมของผู้ถูกระทำให้ไปได้ ผู้กระทำจึงไม่มีทางมีความรับผิดชอบทางอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเรา ไปได้ แต่หากผู้ถูกระทำอายุน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด ผู้กระทำก็อาจมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กได้

(2) ผู้ถูกระทำปฏิเสธให้ความยินยอมทั้งขณะเริ่มการกระทำชำเรา และหลังกระทำชำเราเริ่มจนกระทั่งการกระทำชำเราจบสิ้นลง

กรณีนี้ไม่มีปัญหาในทางข้อกฎหมายแต่ประการใด เพราะเมื่อผู้ถูกระทำไม่เคยให้ความยินยอมในการกระทำชำเรานั้นเลย การกระทำดังกล่าวจึงเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยชัดเจน ประเด็นมีเพียงว่าจะต้องรับโทษจรรยาจรรยาขืนหรือไม่เท่านั้น

(3) ผู้ถูกระทำปฏิเสธให้ความยินยอมขณะเริ่มการกระทำชำเรา แต่เปลี่ยนเป็นให้ความยินยอมหลังการกระทำชำเราจนกระทั่งการกระทำชำเราจบสิ้นลง

กรณีนี้เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า เมื่อผู้ถูกระทำไม่ได้ให้ความยินยอมในขณะที่เริ่มการกระทำชำเรา กรณีนี้จึงเป็นกรณีที่ความผิดได้สำเร็จลงไปแล้วในวินาทีที่เริ่มการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของผู้ถูกระทำ ดังนั้นแม้ภายหลังผู้ถูกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอมของผู้ถูกระทำนั้น องค์กรประกอบความผิดของกฎหมายอาญาก็ไม่ถูกระทบกระเทือน เทียบได้กับความผิด

ฐานลักทรัพย์ ที่เมื่อเป็นลักทรัพย์สำเร็จแล้วแม้ผู้กระทำจะได้นำทรัพย์มาคืนหรือวางทรัพย์ทิ้งไว้ที่เดิมโดยยังไม่ทันพ้นประตูบ้านของผู้เสียหาย หรือผู้เสียหายให้อภัยอย่างไรความผิดของผู้กระทำก็ยังคงมีอยู่ไม่ได้ถูกลบไป เพราะการกระทำ หรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังความสำเร็จอยู่ดี เพียงแต่หากพิจารณาตามกฎหมายวิธีสบัญญัติแล้ว ประเด็นดังกล่าวอาจถูกนำมาพิจารณาได้ว่า ความยินยอมที่ให้อภัยภายหลังนั้น เป็นการยอมความ หรือเป็นเหตุบรรเทาโทษแก่ผู้กระทำเท่านั้น แต่ความผิดที่เกิดขึ้นไปแล้วไม่ได้ถูกลบไป

(4) ผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมขณะเริ่มกระทำชำเรา แต่เปลี่ยนเป็นปฏิเสธให้ความยินยอมหลังการกระทำชำเราจนกระทั่งการกระทำชำเราจบสิ้นลง

ในเหตุการณ์ทั้ง 3 กรณี ในกรณีแรกนั้นไม่มีประเด็นปัญหาใดๆ ในทางกฎหมาย แต่ในกรณีสุดท้ายนี้ยังมีประเด็นที่น่าจะต้องพิจารณาว่าในกรณีที่การกระทำชำเราเริ่มต้นขึ้นด้วยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย แต่ขณะที่การกระทำชำเรากำลังดำเนินไปภายใต้ความยินยอมร่วมกันนั้น เกิดมีฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่จะกระทำชำเราต่อไป ไม่ว่าจะเพราะเกิดความเจ็บปวด หรือทราบข้อเท็จจริงบางประการเพิ่มเติมกะทันหัน เช่น ทราบว่าอีกฝ่ายเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ร้ายแรง มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนในทางเพศ นิยมความรุนแรง หรือไม่ว่าโดยเหตุผลใดๆ ก็ตาม แต่เมื่อปฏิเสธไม่ให้มีการกระทำชำเราต่อไปแล้ว อีกฝ่ายหนึ่งกลับไม่ยอมหยุดการกระทำชำเราในทันที จะถือได้หรือไม่ว่าเป็นการกระทำชำเราโดยฝ่าฝืนความยินยอม ของอีกฝ่ายในกรณีนี้ เป็นการกระทำ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งเป็นความผิดที่รุนแรง และทำลายความสงบเรียบร้อยของสังคมอย่างมากจนต้องมีการกำหนดพระราชโทษที่สูงเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเราในกรณีทั่วไป³⁰

2) การตีความระบบกฎหมาย และแนวคำพิพากษาของศาลประเทศสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาได้นำรูปแบบของอังกฤษมาใช้ ซึ่งนักกฎหมายได้ยึดถือองค์ประกอบหลักๆ ในความผิดฐานข่มขืน คือ มีการร่วมประเวณี การใช้กำลัง และการขาดความยินยอม จนกระทั่งสิทธิสตรีได้ถูกหยิบยกมาเป็นประเด็น ทำให้ต้องมีการปฏิรูปกฎหมายความผิดฐานข่มขืน โดยหลักการต่างๆ ในการตัดสินคดีก็ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นรวมถึงพิสูจน์พยานหลักฐานในศาลและความเห็นของคณะลูกขุน (Jury) ที่จะมีส่วนในการตัดสินว่าจำเลยในคดีมีความผิดจริงตามฟ้องหรือไม่

(1) แนวคำพิพากษาคดีเกี่ยวกับการบอกถอนความยินยอมขณะประเวณี

³⁰ จาก “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหลังการกระทำชำเราด้วยความยินยอม”, โดย รัชกรณ์ บุญมี, 2553, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 39 (4), 777-779.

คดีแรกระหว่าง People v. John Z.³¹ เป็นคดีที่ John Z. ได้กระทำผิดฐานข่มขืน จำเลยอ้างว่าการใช้กำลังข่มขืนจะไม่เป็นความผิดถ้าหากมีความยินยอมของผู้เสียหายในตอนเริ่มแรกของการร่วมประเวณีอย่างไรก็ตาม หลังจากนั้นฝ่ายหญิงได้มีการถอนความยินยอม แต่ฝ่ายชายได้ดำเนินการร่วมประเวณีนั้นต่อโดยขึ้นใจฝ่ายหญิง³² จึงมีคำถามตามมาว่า การถอนความยินยอมเป็นการบอกถึงความยินยอมเดิมและหากฝ่ายชายได้กระทำต่อไปจะเป็นการข่มขืนหรือไม่ แต่ได้มีหลักฐานที่แสดงให้เห็นชัดว่า ฝ่ายหญิงได้ให้ความยินยอมมาแต่แรกแต่ภายหลังฝ่ายหญิงได้สื่อสารทั้งคำพูดและการกระทำที่แสดงว่าเป็นการถอนความยินยอม ฝ่ายชายได้เข้าใจและมีเวลาเหลือเพื่อขอชะงักการร่วมประเวณีอยู่นั้นแต่ปฏิเสธที่จะยุติการสอดใส่ ศาลจึงได้ตัดสินว่าเป็นการข่มขืนศาลสูงแคลิฟอร์เนียได้มีความเห็น 6 ต่อ 1 ในคดีของ John Z. ว่าเป็นการข่มขืน ในรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้นิยามการข่มขืน คือ การกระทำที่เกี่ยวกับการร่วมประเวณี โดยลักษณะของการข่มขืน โดยใช้กำลัง ความรุนแรง การกดขี่ การคุกคาม หรือก่อให้เกิดความกลัวว่าทันทีนั้นจะเกิดอันตรายต่อร่างกายต่อผู้นั้นหรือผู้นั้นอย่างไรก็ตาม รัฐแคลิฟอร์เนียเป็น 1 ใน 7 รัฐ (รัฐที่มีกฎหมายในเรื่องความยินยอมคล้ายคลึงกัน Alaska, California, Connecticut, Kansas, Maine, South Dakota และ Illinois) ที่ศาลได้ขยายหลักนิยามของการข่มขืนโดยการตีความที่รวมถึงการถอนความยินยอมภายหลังหรือขอชะงักการร่วมประเวณี และคดีดังกล่าวได้ทำให้ รัฐอิลลินอยส์ได้นำไปปรับใช้ภายหลัง³³ บางรัฐที่ได้มีการปรับการตีความนี้ไปใช้ได้พยายามผ่อนหลักเรื่องเวลาสำหรับให้ออกาสฝ่ายชายในการยุติการสอดใส่ภายหลังที่ได้มีการบอกถอนความยินยอม ซึ่งเรียกว่าเวลาที่สมเหตุสมผล (Reasonable Time)

คดีที่สอง Baby v. State³⁴ ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดฐานข่มขืนโดยฝ่ายหญิงหรือเหยื่อเบิกความว่า นายเบบี้ได้ชำเราเธอต่อไป 5 ถึง 10 วินาที ภายหลังที่เธอได้บอกให้หยุดการร่วมประเวณี คดีนี้ได้ดำเนินไปโดยที่อยู่บนพื้นฐานของความยินยอม หากขาดไปจึงเป็นการข่มขืน คณะลูกขุนได้เดินตามคำแนะนำของศาล นายเบบี้จึงถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานข่มขืนในปี ค.ศ. 2005 คดีดังกล่าวได้ถูกตั้งฉายาว่า “กฏห้าวิ” เพราะมีความยากในการเข้าใจปัญหาการตีความว่าเป็นการข่มขืนหรือไม่ และฝ่ายชายหากเป็นพวกที่ไม่อาจหยุดกิจกรรมทางเพศได้โดยพลันอาจต้องตกอยู่ภายใต้ความผิดฐานข่มขืนได้ ต่อมาในปี ค.ศ. 2008 ศาลสูงในแมริแลนด์ (Maryland) ได้บัญญัติ (Ruled) กฎหมายว่า

³¹ People v. John Z., 60 P.3d 183, 184 (Cal. 2003).

³² From *Criminal Law: Keyed to Courses Using Dressler's Cases and Materials on Criminal Law* (p. 73) by Publishers, A., 2007.

³³ From “No Means No: Withdrawal of Consent during Intercourse and the Continuing Evolution of the Definition of Rape”, by Lyon, R. M., 2004, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 95 (1), 279.

³⁴ State v. Baby, 946 A.2d 463, 486 (2008).

ฝ่ายหญิงสามารถถอนความยินยอมภายหลังหรือกำลังร่วมประเวณีอยู่ได้ ภายหลังจากนั้นหากได้มีการสอดใส่อยู่หรือกระทำต่อไป ไม่ว่าจะใช้กำลังหรือข่มขู่ อาจถือว่าเป็นการข่มขืน

ศาลสูงของแคนาดาได้นำความเห็นในคดีของ John Z. มาปรับใช้และไปไกลกว่าในหลักของการใช้กฎหมาย กล่าวคือเมื่อมีการบอกถอนความยินยอม อีกฝ่ายยังคงกระทำต่อไปซึ่งเป็นการร่วมประเวณีเกิน 5 ถึง 10 วินาทีนี้แล้ว ไม่ถือว่าเป็นช่วงเวลาที่เหมาะสมผลที่จะอ้างว่าได้หยุดการกระทำนั้นแล้วและถือเป็นการข่มขืน ดังนั้นศาลในแคนาดาจึงก้าวไปไกลกว่าศาลใดๆ ถึงขนาดกำหนดระยะเวลาลงไปในกรณีพิพาทคดี³⁵ ในขณะที่รัฐอื่นๆ ใช้การปรับกฎหมายเป็นรายคดีไปตามแต่สภาพแวดล้อมของเหตุการณ์

(2) แนวคำพิพากษาเกี่ยวกับความยินยอมที่รวมการกระทำและตัวผู้กระทำด้วย

คดี United States v. Traylor³⁶ ในปี 1994 เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลทหารถึงในชั้นอุทธรณ์ ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับทหารกระทำผิด การที่ ก. เป็นผู้หญิงได้ยินยอมมีเพศสัมพันธ์กับ ข. ทางด้านหลัง เช่นนี้ยอมทำให้ ก. ไม่ทราบว่าการร่วมประเวณีมี จำเลย เข้ามาแทนที่ ข. โดยไม่รู้ตัว เมื่อ ก. หันไปถึงกับตกใจ เสร้าและเสียใจ และพยายามหนีแต่จำเลยจับตัว ก. ไว้ จำเลยอ้างว่าความยินยอมในการร่วมประเวณีเกิดขึ้นแล้วตามที่มีกับ นาย ข. จำเลยเพียงแต่กระทำการแทน ศาลไม่เห็นด้วยกับคำกล่าวอ้างของจำเลย อย่างไรก็ตามศาลได้วางหลักว่า ความยินยอมไม่เพียงรวมถึงการอนุมัติให้แก่การกระทำเกี่ยวกับการร่วมประเวณี แต่ยังรวมไปถึงตัวบุคคลที่ผู้ยินยอมอนุมัติเป็นรายบุคคลด้วย กล่าวคือ ความยินยอมต่อบุคคลใดไม่อาจโอนไปยังผู้อื่นได้เพราะเป็นเรื่องคุณสมบัติเฉพาะที่ผู้ให้ความยินยอมตั้งใจให้ (Identity of partner) เว้นแต่ผู้ให้ความยินยอมต้องการใครก็ได้³⁷

³⁵ From “No Means No: Withdrawal of Consent during Intercourse and the Continuing Evolution of the Definition of Rape”, by Lyon, R. M., 2004, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 95 (1), 305.

³⁶ United States v. Traylor, 40 M.J. 248, 249 (C.M.A. 1994).

³⁷ From “Sex Without Consent”, by Tuerkheimer, D., 2013, *The Yale Law Journal*, 123 (335), 346-347.

3.3 ขอบเขตความรับผิดชอบข้ามขึ้นกระทำชำเราผู้อื่นในประเทศเยอรมนี

ในสมัยยุคกลางของทางยุโรป การลงโทษที่มีความผิดฐานข้ามขึ้นกระทำชำเรา จะถูกลงโทษอย่างทารุณตามแต่ความร้ายแรงโดยกฎหมายเกี่ยวกับการลงโทษและการทารุณกรรม และง่ายที่จะถูกสั่งให้ประหารชีวิต จึงแสดงให้เห็นว่าในยุคกลางได้ให้ความสำคัญของภัยคุกคามจากการข้ามขึ้นกระทำชำเรา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่มีอิทธิพลของศาสนาคริสต์โดยองค์กษัตริย์และนักบวชเป็นตัวจักรขับเคลื่อนกฎหมายอย่างเข้มงวด แต่ด้วยความที่เทศาภิบาลในสมัยนั้นสิทธิต่างๆ ยังคงตกอยู่ภายใต้อำนาจการดูแลของฝ่ายชายเป็นหลัก³⁸ และความยินยอมของฝ่ายหญิงก็ไม่ใช่ที่ยอมรับ ซึ่งต่อให้ฝ่ายหญิงยินยอมให้มีการลักพาตัวไปและร่วมประเวณีผู้กระทำก็สามารถถูกตั้งข้อหาข้ามขึ้นโดยสามีหรือผู้เป็นบิดาก็ได้

ในการฟ้องคดีพนักงานอัยการจะต้องมีหลักฐานหรือพิสูจน์ว่าผู้กระทำได้ใช้ “กำลัง” ในระหว่างการข้ามขึ้นหรือ มีการข่มขู่ผู้เสียหาย อย่างไรก็ตามศาลในเยอรมนีก็ยังมีความเห็นว่าการใช้กำลังบังคับยังไม่สามารถที่จะแสดงให้เห็นว่าผู้เสียหายไม่ให้ความยินยอม³⁹ ซึ่งรายละเอียดจะได้อธิบายในหัวข้อขอบเขตของการให้ความยินยอมต่อไป

3.3.1 ขอบเขตของการให้ความยินยอมในประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

หลักการให้ความยินยอมในประมวลกฎหมายของประเทศเยอรมนี เกี่ยวพันกับแนวความคิดในการที่จะสละคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) โดยคุณธรรมทางกฎหมายแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

1) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม มุ่งคุ้มครองสังคมให้เกิดความเป็นระเบียบ ความสงบและความยุติธรรมในสังคมลักษณะของกฎหมายประเภทนี้ปัจเจกบุคคลจะสละความคุ้มครองโดยการสมัครใจยินยอมไม่ได้ความยินยอมดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อย

2) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลกฎหมายมุ่งคุ้มครองโดยส่วนของตนเองคน ตัวอย่างแท้จริง⁴⁰

คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล ผู้กระทำอาจยกเอาความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นข้ออ้างเพื่อลบล้างความผิดได้แต่ในกรณีที่กฎหมายมิได้มุ่งคุ้มครองเพียงเอกชนเท่านั้นหากแต่ยังรวมการคุ้มครองสังคมที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม รวมอยู่ด้วยแล้วความยินยอม

³⁸ From *Sexual Violence and Rape in the Middle Ages: A Critical Discourse in middle ages* (p. 5), by Classen, A., 2011.

³⁹ From *Prosecutorial Discretion in Germany's Rechtsstaat: Varieties of Practice and the pursuit of truth* (p. 194), by Boyne, S., 2007.

⁴⁰ จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 155), โดยคณิต ฌ นคร ค, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ของผู้เสียหายในส่วนที่กระทบต่อสังคมย่อมไม่อาจสละได้ ผู้กระทำจึงยังมีความผิดกฎหมายถึงแม้จะมีความยินยอมของผู้เสียหายก็ตาม ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี มาตรา 228⁴¹ บัญญัติไว้ทำนองว่า “การกระทำอันตรายเป็นต่อร่างกายผู้อื่นถ้าขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แม้ผู้กระทำจะได้รับความยินยอมจากผู้ถูกกระทำ การกระทำนั้นเป็นความผิดกฎหมาย”⁴² ถึงแม้ว่าในสังคมในปัจจุบันจะยึดหลักสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกและสามารถบริหารสิทธิด้วยตนเองได้ (Autonomy) แต่ไม่ได้หมายความว่า จะกระทำในสิ่งที่กระทบกระเทือนผลประโยชน์ของรัฐ โดยรวมได้ทำให้มาตรานี้ถือเป็นบทนิยามของความยินยอมที่แฝงหลักการที่ต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี (Good morals) ไว้ภายในซึ่งการทำร้าย เช่น ขอมให้ฟันแทงต่อร่างกายโดยขาดเหตุผลทางประเพณีและศีลธรรมสนับสนุนยอมทำให้ความยินยอมนั้นไม่เป็นเหตุลบล้างความผิด ยิ่งไปกว่านั้นการุณยฆาต (Euthanasia หรือ Mercy Killing) กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด ผู้ใดฆ่าผู้อื่นโดยแม้ว่าผู้นั้นยินยอมและร้องขอให้ฆ่าเสีย มีโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 5 ปี ตามมาตรา 216 เพราะถือว่าขัดต่อศีลธรรมอันดี⁴³

การที่ผู้สละคุณธรรมทางกฎหมายกระทำเพราะถูกหลอกลวงหรือบีบบังคับให้ทำ ความยินยอมสละคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลนั้นยอมใช้ไม่ได้

ในปัจจุบันประเทศเยอรมนีได้ก้าวข้ามข้อจำกัดและอุปสรรคทางกฎหมายหลายประการเพื่อยกระดับสิทธิของเพศหญิงและกำหนดให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนั้นมีความชัดเจนมากขึ้น แต่ในทางปฏิบัติที่จะพิสูจน์ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นนี้พนักงานอัยการจะต้องมีหลักฐานและสามารถพิสูจน์ได้อย่างเพียงพอว่าผู้กระทำผิดได้ใช้กำลังบังคับ ทำร้าย บังคับข่มขู่ หรือกระทำใดๆ เพื่อการข่มขืนการข่มขืนกระทำชำเราเพื่อให้ศาลเห็น เพราะศาลมักจะตีความว่าเพียงการใช้กำลังบังคับ ยังไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นการที่ผู้เสียหายไม่ยินยอมให้กระทำชำเรา อันจะเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบของความผิด⁴⁴

⁴¹ German Criminal Code. Section 228

“Whosoever causes bodily harm with the consent of the victim shall be deemed to act lawfully unless the act violates public policy, the consent notwithstanding.”

⁴² From *Criminal Law: A Comparative Approach* (p. 468), by Dubber, M. and Hörnle, T., 2014.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ From *Prosecutorial discretion in Germany's Rechtsstaat : varieties of practice and the pursuit of truth* (p. 193-195), by Boyne, S.M., 2007.

นักกฎหมายเยอรมันได้อธิบายเกี่ยวกับการใช้กำลังว่า ในทาง “ภาวะวิสัย” (Objective) ผู้กระทำได้ใช้กำลังบังคับ ส่วนในทาง “อัตวิสัย” (Subjective) ผู้กระทำรู้ว่าผู้เสียหายไม่ยินยอม และยังตั้งใจที่จะใช้กำลังบังคับจิตใจผู้เสียหาย⁴⁵ ในการพิสูจน์ความผิดในศาลการแสดงให้เห็นว่าเพียงการใช้กำลังอันเป็นเพียงองค์ประกอบภายนอกเท่านั้น จึงยังไม่เพียงพอที่ศาลจะเชื่อ ดังนั้นพนักงานอัยการจะต้องนำสืบตัวผู้กระทำให้เห็นอย่างชัดเจนว่าผู้กระทำมีเจตนาด้วย

ความยินยอมในเรื่องเพศนักวิชาการเห็นว่า “ความยินยอม” นั้น ถ้าอายุของผู้ให้ไม่ต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดก็จะไม่มีปัญหาอะไร แต่ในเนื้อหาของการจะเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์นั้น ต้องเกิดจากความสามารถในการให้ความยินยอมที่ได้ให้โดยอิสระและไม่ขัดต่อกฎหมาย อีกทั้งมีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์เข้าใจสถานะสถานการณ์นั้นๆ โดยผู้ให้ความยินยอมรู้ถึงผลใดๆ ที่จะตามมาภายหลังการให้ความยินยอม ดังนั้นความสามารถในการให้ความยินยอมได้ต้องการความมีวุฒิภาวะพอสมควรกฎหมายจึงได้บัญญัติข้อจำกัดอายุไว้สำหรับผู้ที่ยังต่ำกว่า 14 ปี แม้ว่าในเรื่องอื่นๆ ผู้ปกครองอาจให้ความยินยอมแทนได้ แต่กฎหมายไม่ยินยอมให้มีการอนุญาตให้กระทำชำเราผู้เยาว์ได้⁴⁶

3.3.2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมันมีบัญญัติบทนิยามอยู่ในมาตรา 177 อีกทั้งได้มีการรวบรวมเอา (Sexual assault) และ (Rape) มาไว้ด้วยกันในมาตราเดียว กล่าวคือ การข่มขืน (Sexual assault) หมายถึง การกระทำทางเพศใดๆ ที่ดำเนินการโดยคนคนหนึ่ง หรือหลายคน ต่ออีกคนหนึ่งโดยปราศจากความยินยอม โดยเป็นผลมาจากการขู่ข่มขู่หรือใช้กำลังคุกคาม หรือจากการที่ผู้ถูกกระทำไร้ความสามารถในการป้องกันตัวเอง ส่วน Rape ซึ่งหมายความรวมถึง การการล่วงล้ำเข้าไปในทวารต่างๆ ของร่างกาย อาทิเช่น ปาก ช่องคลอด ทวารหนัก อย่างไรก็ตาม ก็เป็นความผิดฐานข่มขืนตามมาตรา 177 แต่มีความแตกต่างกันในสถานของไทย⁴⁷

⁴⁵ The definition of violence in § 177 of the Criminal Code. Retrieved January 27, 2014 from <http://auspofersicht.wordpress.com/2012/08/05/die-definition-von-gewalt-bei-§177-stgb/>

⁴⁶ From “Sexual Abuse of Children Abroad – A German Perspective on the Antalya Case”, by Kirchner, S., 2007, *German Law Journal*, 8, 781.

⁴⁷ Vergewaltigung. Retrieved January 27, 2014 from <http://de.wikipedia.org/wiki/Vergewaltigung>

1.1 ความผิดฐานข่มขืนตามกฎหมายเยอรมนีในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 177⁴⁸ (The German Criminal Code section 177) ได้บัญญัติครอบคลุมการกระทำเกี่ยวกับการข่มขืนไว้ ดังนี้

“ผู้ใดก็ตามข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยใช้กำลัง หรือโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆว่าจะมีอันตรายที่ใกล้จะถึงกับชีวิต ร่างกายหรือ หรือใช้ประโยชน์ (Exploiting) จากสถานการณ์ที่เหยื่อไม่สามารถขัดขืนได้ เพื่อสนองความใคร่ของตนเองหรือผู้อื่น”

ตามกฎหมายเกี่ยวกับเพศมีหลายมาตรา แต่โดยหลักแล้วจะอยู่ที่มาตรา 177 โดยมีรายละเอียดดังนี้

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี มาตรา 177 บัญญัติถึง “การใช้กำลังบังคับในทางเพศ (Sexuelle Nötigung) และการข่มขืนกระทำชำเรา (Vergewaltigung)”

1) บุคคลใดบังคับบุคคลอื่น

ก. โดยใช้กำลังบังคับ

ข. โดยการข่มขู่ว่าจะทำให้เกิดอันตรายอันใกล้จะถึงแก่ชีวิตหรือร่างกาย หรือ

ค. อาศัยโอกาสที่ผู้เสียหายไม่มีทางสู้และอยู่ในภาวะจำยอมของผู้กระทำ

เพื่อบังคับให้ตนทุกข์ต่อกิจกรรมในทางเพศโดยผู้กระทำผิดหรือโดยบุคคลที่สามหรือให้มีการเข้ามีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับผู้กระทำผิดหรือบุคคลที่สาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหนึ่งปี

2) ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสองปี หากมีเหตุฉกรรจ์ โดยเหตุฉกรรจ์ได้แก่

⁴⁸ German Criminal Code (Strafgesetzbuch) Section 177

“(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...”

ก. ผู้กระทำความผิดได้ล่วงประเวณีผู้เสียหาย (Vergewaltigung) หรือ

ข. ได้มีการร่วมกันกระทำความผิดในลักษณะโทรมหญิง โดยมีผู้กระทำความผิดตั้งแต่สองคนขึ้นไป

3) ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสามปีถ้าผู้กระทำความผิด

ก. มีอาวุธหรือเครื่องมือที่เป็นอันตรายอื่นๆ

ข. ฯลฯ

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนีมาตรา 178⁴⁹ บัญญัติถึงบทลงโทษที่หนักขึ้นหากผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตายจากการกระทำในมาตรา 177

1.2 บทบัญญัติอันเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นที่อยู่ในภาวะที่ไม่อาจช่วยเหลือตนเองได้

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี มาตรา 179⁵⁰ บัญญัติถึงกระทำเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศบุคคลผู้ไร้ความสามารถในการป้องกันตัวบัญญัติดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ปกป้องผู้ถูกกระทำที่ไม่สามารถปกป้องตนเองได้ ไม่ว่าจะเกิดจากความพิการหรืออยู่ในภาวะไม่ได้สติ จึงขาดความสามารถในการให้ความยินยอมได้จึงเป็นความผิดอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

⁴⁹ German Criminal Code (Strafgesetzbuch) Section 178 “Sexual assault by use of force or threat of force and rape causing death

If the offender through sexual assault or rape (section 177) causes the death of the victim at least by gross negligence the penalty shall be imprisonment for life or not less than ten years.

⁵⁰ German Criminal Code (Strafgesetzbuch). Section 179

“(1) Whosoever abuses another person who is incapable of resistance

1. because of a mental illness or disability including an addiction or because of a profound consciousness disorder; or

2. is physically incapable, and by exploiting the incapability to resist engages in sexual activity with the person or allows them actively to engage in sexual activity on his person shall be liable to imprisonment from six months to ten years.

(2) Whosoever abuses a person incapable of resistance (subsection (1) above), by inducing the person, under exploitation of the incapability of resistance, to engage actively in sexual activity with a third person or to allow a third person to engage in sexual activity with them, shall incur the same penalty.

(3) In especially serious cases the penalty shall be imprisonment of not less than one year.

(4) The attempt shall be punishable...”

มาตรา 179 บัญญัติว่า

“(1) ผู้ใดล่วงละเมิดผู้อื่นที่ไม่มีความสามารถในการป้องกันช่วยเหลือตนเอง

1. เพราะความเจ็บป่วยทางจิตหรือความพิการรวมทั้งการติดยาเสพติดหรือเพราะความผิดปกติเกี่ยวกับความรู้สึกทางจิตประสาท หรือ

2. ไร้ความสามารถทางด้านร่างกายและใช้ประโยชน์จากความไม่สามารถที่จะป้องกันช่วยเหลือตนเองเพื่อปฏิบัติกิจกรรมทางเพศกับบุคคลขาดความสามารถนั้น หรือช่วยให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับบุคคลขาดความสามารถนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี

(2) ผู้ใดเป็นธุระจัดหา หรือล่อลวงทำต่อบุคคลที่ขาดความสามารถตามวรรคแรก เพื่อมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับบุคคลที่สามหรือนุญาตให้บุคคลที่สามจะต้องได้รับโทษเหมือนวรรคแรก

(3) กรณีร้ายแรง จะต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหนึ่งปี

(4) ความพยายามความผิดฐานนี้ สามารถลงโทษได้...”

3) บทบัญญัติอื่นเกี่ยวกับอายุขั้นต่ำในการให้ความยินยอม (Age of Consent) ของการกระทำผิดอาญาทางเพศเกี่ยวกับเด็ก

นอกจากนี้ ได้บัญญัติอายุขั้นต่ำในการให้ความยินยอม (Age of Consent) ของการกระทำผิดอาญาทางเพศเกี่ยวกับเด็ก มาตรา 176 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับกรณีที่ยังไม่ถึงขั้นร่วมเพศว่า การอนาจารเด็กหรือมีกิจกรรมทางเพศใดๆ กับเด็ก หรือแสดงภาพถ่ายเกี่ยวกับเด็ก (Pornographic picture) ซึ่งเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี เป็นความผิดอาญาและไม่มีบทบัญญัติให้ความยินยอมเป็นเหตุยกเว้นความผิดและโทษไว้ ดังนั้นไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ จึงเป็นความผิดอาญาอีกทั้งการให้ความยินยอมนั้นขัดต่อศีลธรรมอันดีที่ขยายมาจากหลักในมาตรา 228⁵¹ และตามมาตรา 176 ความต้องการขององค์ประกอบของการกระทำ “การสอดใส่” (Penetration) ไม่จำเป็นต้องมี เพราะการสอดใส่ หรือการกระทำในลักษณะโทรมเด็กได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 176a (2) แล้ว การสอดใส่หรือข่มขืนจึงจะเป็นความผิดตามมาตรา 176a⁵²

มาตรา 177 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี นี้มีการแก้ไขครั้งล่าสุดเมื่อปี ค.ศ.1997 หลักการสำคัญในการแก้ไขกฎหมายครั้งนี้มีทั้งหมด 3 ประเด็นด้วยกัน กล่าวคือกรณีแรก ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตัดถ้อยคำที่ว่า "นอกสมรส" ออก จึงทำให้สามีมีความผิดฐานข่มขืนภรรยาได้หากเป็น

⁵¹ From *The legal process and victims of rape* (p. 225), by Bacik, I., Maunsell, C. and Gogan, S., 1998.

⁵² From “Sexual Abuse of Children Abroad – A German Perspective on the Antalya Case”, by Kirchner, S., 2007, *German Law Journal*, 8, 778-779.

การฝ่าฝืนจรรยา อย่าง ไรก็ตามข้อเสนอที่จะให้มีการลดโทษหรือยกเว้นโทษเพื่อประโยชน์ในการที่จะยังคงความเป็นสามีภรรยาต่อไปไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมาย กรณีที่สองฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดให้องค์ประกอบความผิดในส่วนของเพศของเหยื่อที่ถูกกระทำตามมาตรา 177 มีความเป็นกลางๆ (Geschlechtsneutral) โดยผลของการแก้ไขดังกล่าวจึงทำให้ผู้ชายได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับผู้หญิงและในประการสุดท้ายฝ่ายนิติบัญญัติได้ขยายขอบเขตของการกระทำชำเราให้กว้างขึ้นโดยให้ถือว่าการกระทำในทางเพศที่คล้ายคลึงกันที่เกี่ยวข้องกับการรูดผ้าเข้าไปในร่างกายให้มีฐานะเดียวกันกับการข่มขืนกระทำชำเรา เช่น การร่วมเพศทางปากและทางทวารหนัก รวมทั้งการนำวัตถุใดๆ เช่น เทียน หรือส่วนอื่นๆ ของร่างกายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนัก แต่หากเป็นการกระทำต่อส่วนของร่างกายที่ไม่ใช่ส่วนเปิดของร่างกายแล้วแม้ว่าจะมีมูลเหตุจูงใจในทางเพศก็ไม่เข้ามาตรา 177 เช่น การใช้เข็มแทง การนำวัตถุเข้าไปในปากหรือนำส่วนอื่นๆ ของร่างกายเข้าไปในปากรวมทั้งการจูบปากไม่ถือว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา แนวคำพิพากษาศาลฎีกาของเยอรมันเองที่ถือว่าการข่มขืนกระทำชำเราแล้ว ตัวอย่างเช่น การใช้นิ้วสอดเข้าไปในทวาร (BGH NStZ-RR 1999,325 Nr.24)⁵³ การเอานิ้วใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิงจนมิดนิ้ว (LG Augsburg NStZ1999,307)⁵⁴ เหตุผลที่ฝ่ายนิติบัญญัติขยายขอบเขตของการข่มขืนดังกล่าวข้างต้น มีเหตุผลมาจากเหตุผลทางอาชญาวิทยาที่พิสูจน์แล้วว่า การที่เหยื่อถูกกระทำในทางเพศในลักษณะที่มีการเกี่ยวข้องกับการรูดผ้าเข้าไปในร่างกายนั้นความรู้สึกของเหยื่อจะมีความรู้สึกที่แย่มากๆ กับการที่เหยื่อถูกข่มขืนกระทำชำเรา⁵⁵

จากการศึกษาหลัก “ความยินยอม” พบว่าในกฎหมายต่างประเทศได้มีการอธิบายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มีบทบัญญัตินิยามความหมายของ “ความยินยอม” (Consent) เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติและการตีความในการนำไปใช้ เพราะกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มุ่งประสงค์เพื่อลงโทษผู้กระทำผิดฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายเป็นสำคัญเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ การที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดผู้ใดได้ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ถึงความผิดที่เกิดจากการกระทำนั้น ตามหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” (Nullum crimen, nulla poena sine lege) กฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันและเพื่อสร้างความมั่นคงในสังคมไม่ให้ได้รับการกระทบกระเทือนจากการกระทำของบุคคลในสังคม ฉะนั้น กล่าวโดยทั่วไปแล้วความยินยอมของผู้เสียหายจึงไม่ใช่หลักที่จะยกเว้นให้การกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดซึ่งหลัก

⁵³ คดี BGH NStZ-RR 1999,325 Nr.24.

⁵⁴ คดี LG Augsburg NStZ1999,307.

⁵⁵ จาก “หมายเหตุท้ายฎีกาที่ 3577/2551 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคสอง”, โดย สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์. สืบค้นจาก <http://www.lawyerthai.com/forum2/4794.html>

“Volenti non fit injuria” เป็นหลักที่ใช้ในคดีละเมิด มีหลักต่างๆ ที่แตกต่างกับหลักในทางอาญามาก การปรับใช้ต้องมีการนำมาเพียงเท่าที่ปรับได้ และปรับใช้ภายในขอบเขตของกฎหมายอาญา

นอกจากนี้บทบัญญัติของกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศ คຸ້ມครองสิทธิของผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพื่อให้ไม่ให้จำเลยหรือผู้กระทำผิดอาศัยช่องว่างของกฎหมายมาเป็นข้ออ้างเพื่อไม่ต้องรับผิดชอบ โดยเฉพาะประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีที่มุ่งเน้นต่างก็เห็นความสำคัญของความยินยอมจนถึงวางเป็นแนวทางในการพิจารณาขอบเขตของความยินยอมและผลของการบอกถอนความยินยอม เพื่อนำไปพิจารณาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในแต่ละคดี ซึ่งจะได้อภิเคราะห์เปรียบเทียบกับขอบเขตของการให้ความยินยอม และการบอกถอนความยินยอมในประเทศไทยในบทต่อไป