

บทที่ 4

กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศ กรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก

การกระทำความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก ได้ถูกนำมาบัญญัติว่าเป็นความผิด ซึ่งผู้กระทำจะต้องได้รับโทษตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศไว้โดยเฉพาะของประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นประเทศภาคพื้นยุโรป เช่น สวิสเซอร์แลนด์ เดนมาร์ก นอร์เวย์ ส่วนในทวีปอเมริกา เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา และในทวีปเอเชีย เช่น อินเดีย ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะกล่าวถึงรายละเอียดทางกฎหมายของสามประเทศ ซึ่งได้แก่ สหรัฐอเมริกา แคนาดา และอินเดีย

1. ประเทศสหรัฐอเมริกา

1.1 ความเป็นมา

ในอดีต การร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากถือได้ว่าเป็นอาชญากรรม ซึ่งได้ถูกกำหนดไว้ในคัมภีร์ไบเบิล โดยใช้คำว่า "Sodomy" ซึ่งนำมาจากชื่อเมือง "Sodom" และ "Gomorrah" ซึ่งเชื่อว่าสองเมืองนี้ได้ถูกไฟไหม้และทำลายไปในที่สุด¹

ในสมัยกลาง การร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากถือว่าเป็นความผิดทางศาสนา มีการลงโทษผู้กระทำการดังกล่าวในศาลของนักบวชเท่านั้น² และในศตวรรษที่ 12 ยังพบว่าได้มีการกำหนดโทษสำหรับผู้ร่วมเพศทางเวจมรรคไว้รุนแรงมากถึงขั้นประหารชีวิต³

¹American Jurisprudence, p.1040.

²Ibid.,p.1041.

³วิสูตร ฟองศิริไพบูลย์ "แพทย์กับผู้เสียหายจากการถูกร่วมเพศทางทวารหนัก (ทัศนะทางนิติเวช)", "นิติเวชศาสตร์ 47 (กุมภาพันธ์ 2538):174.

ในปัจจุบันนี้รัฐส่วนมากได้กำหนดกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมเพศทางเวจมรรค และทางปากไว้เป็นความผิด ซึ่งในแต่ละมลรัฐจะกำหนดองค์ประกอบในการกระทำความผิดแตกต่างกันไปบ้างเล็กน้อย

1.2 บทบัญญัติกฎหมาย

ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีบทบัญญัติเรื่องการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากไว้ในมาตรา 207.5⁴ ดังนี้คือ 1) การร่วมเพศที่วิปริตโดยบังคับหรือลักษณะอื่นเช่นเดียวกันนี้ บุคคลใดเป็นสาเหตุให้มีการร่วมเพศที่วิปริตจนสำเร็จมีความผิดสถานรุนแรงระดับ 2 ถ้า

a) ผู้เสียหายถูกบังคับให้ร่วมเพศโดยใช้กำลังหรือความรุนแรง หรือทำให้กลัวว่าจะถึงแก่ชีวิตหรือทำอันตรายสาหัส หรือทำให้ได้รับบาดเจ็บแก่บุคคลนั้นหรือสมาชิกในครอบครัว หรือโดยการข่มขู่ มีความผิดสถานรุนแรงระดับ 1 หรือ

b) สำหรับวัตถุประสงค์เพื่อให้อยู่ในสภาวะที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ การจัดการหรือการกระทำของนายจ้าง การกระทำโดยปราศจากความยินยอมหรือความรู้เรื่องยากการใช้ของมีนเมา หรือโดยวิธีการใด ๆ เพื่อวัตถุประสงค์ให้ปราศจากการต้านทาน

c) ทำให้ผู้เสียหายหมดสติ หรือ อยู่ในสภาวะที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้

d) ผู้เสียหายมีอายุไม่เกิน 10 ปี ...

The Uniform Code of Military Justice ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 125 ดังนี้ “บุคคลใดกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากกับอีกบุคคลหนึ่งซึ่งเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศ หรือกับสัตว์ มีความผิดฐานกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก (Sodomy)”

รัฐส่วนมากในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีกฎหมายบัญญัติว่าการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากเป็นความผิด ดังนี้⁵

- อัลบามา

ALA.CODE มาตรา 13-1-110 (1975) บุคคลใดกระทำอาชญากรรมที่ผิดธรรมชาติไม่ว่าต่อมนุษย์หรือสัตว์จะถูกพิพากษาจำคุกไม่น้อยกว่า 2 ปี แต่สูงสุดไม่เกิน 10 ปี

⁴American Law Institute, Model Penal Code (Official Draft, 1962),p.91.

⁵Debra McCloskey Barnhart, “Commonwealth V. Bonadio: voluntary deviate sexual intercourse,” University of Pittsburgh Law Review 43(Fall 1981):276-283.

- อริโซนา

ARIZ.REV.STAT.ANN. มาตรา 13-1444 (1978) บุคคลใดซึ่งรู้และโดยปราศจากการบังคับกระทำอาชญากรรมที่ผิดธรรมชาติที่มีความผิดโทษสถานเบาระดับที่ 3 และการกระทำดังกล่าวหากกระทำต่อเด็กซึ่งอายุไม่เกิน 15 ปี มีความผิดรุนแรงระดับที่ 2

- อาแคนซัส

ARK.STAT.ANN. มาตรา 41-1813 (1977)

(1) บุคคลใดกระทำการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติซึ่งเกี่ยวกับ

a) การล่วงล้ำไม่ว่าจะเพียงเล็กน้อยทางเวจมรรคหรือทางปากของบุคคลเพศเดียวกัน หรือสัตว์ โดยอาศัยอวัยวะเพศชายหรือสัตว์ หรือ

b) การล่วงล้ำไม่ว่าจะเพียงเล็กน้อยทางเวจมรรคของบุคคลหรือสัตว์ โดยส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายของบุคคลเพศเดียวกันหรือของสัตว์

(2) การร่วมเพศตาม (1) มีความผิดโทษสถานเบา ระดับ A

- ฟลอริดา

FLA.STAT.ANN. มาตรา 800.02 (1976) บุคคลใดกระทำการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติและน่ารังเกียจกับบุคคลอื่น มีความผิดโทษสถานเบาระดับที่ 2 และถูกลงโทษตามมาตรา 775.082 หรือ 775.083

- จอร์เจีย

GA.CODE ANN. มาตรา 26-2002 (1977) บุคคลใดกระทำการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติซึ่งเกี่ยวกับอวัยวะเพศของอีกบุคคลหนึ่งและทางปาก หรือทางเวจมรรคของอีกบุคคลหนึ่ง หรือบุคคลนั้นกระทำการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติขั้นรุนแรงโดยการบังคับหรือขัดต่อเจตนาของบุคคลอื่น บุคคลนั้นมีความผิดฐานกระทำการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติ ถูกลงโทษไม่น้อยกว่า 1 ปี แต่ไม่เกิน 20 ปี ส่วนบุคคลที่มีความผิดฐานกระทำการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติขั้นรุนแรง ถูกลงโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปี แต่ไม่เกิน 20 ปี

- ไอดาโฮ

IDAHO CODE มาตรา 18-6605 (1979) บุคคลใดกระทำการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติต่อมนุษย์หรือสัตว์ มีความผิดฐานกระทำการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติ ถูกลงโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 5 ปี

- แคนซัส

KAN.STAT.ANN. มาตรา 21-3505 (1974) การกระทำการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติหมายถึงการร่วมเพศทางปากหรือทางเวจมรรคกับบุคคลซึ่งมิใช่สามีหรือภรรยา หรือโดยความยินยอมของเพศตรงข้าม หรือระหว่างบุคคลกับสัตว์ การกระทำการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติถูกลงโทษสถานเบาระดับ B

- เคนตักกี

KY.REV.ANN. มาตรา 510.000 (1975)

(1) บุคคลใดกระทำการร่วมเพศที่วิปริตกับอีกบุคคลหนึ่ง ซึ่งเป็นเพศเดียวกัน มีความผิดฐานกระทำการร่วมเพศที่วิปริต ถูกลงโทษระดับ 4

(2) การกระทำตามมาตรา 510.020 หรือการกระทำโดยความยินยอมของอีกบุคคลหนึ่งไม่มีความผิดภายใต้มาตรานี้

(3) โทษระดับ 4 คือ โทษสถานเบาระดับ A

- หลุยเซียนา

LA.REV.STAT.ANN. มาตรา 14:89 (1980) อาชญากรรมที่ผิดธรรมชาติคือการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติโดยมนุษย์กับบุคคลอีกเพศหนึ่งหรือเพศเดียวกันหรือกับสัตว์... บุคคลใดกระทำการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติจะถูกลงโทษปรับไม่เกิน 2,000 ดอลลาร์ หรือถูกพิพากษาจำคุกรวมทั้งการใช้แรงงานหรือไม่ใช้แรงงาน ไม่เกินกว่า 5 ปี หรือทั้ง 2 ประเภท

- แมริแลนด์

MD.CODE.ANN. บทที่ 27 มาตรา 553.554 (1980) บุคคลใดกระทำการร่วมเพศทางปากกับอีกบุคคลหนึ่งโดยอวัยวะเพศหรือกับสัตว์ บุคคลนั้นมีความผิดฐานกระทำการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติ ถูกพิพากษาลงโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี

- แมสซาชูเซตส์

MASS.GEN.LAWS AN.ch.272 มาตรา 34,35 (1970) บุคคลใดกระทำอาชญากรรมที่ผิดธรรมชาติและน่ารังเกียจกับบุคคลอื่นหรือกับสัตว์ จะถูกพิพากษาลงโทษจำคุกไม่เกิน 20 ปี

- มิชิแกน

MICH COMP.LAWS ANN. มาตรา 750.158 (1968) บุคคลใดกระทำการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติและน่ารังเกียจกับมนุษย์หรือสัตว์ มีความผิดโทษสถานรุนแรงโดยถูกพิพากษาลงโทษไม่เกิน 15 ปี หรือหากบุคคลนั้นกระทำการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติในขณะที่มีความเบี่ยงเบนทางเพศ จะถูกพิพากษาลงโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 1 วัน และสูงสุดถึงขั้นจำคุกตลอดชีวิต

- มินิไซต้า

MINN.STAT.ANN. มาตรา 609.293 (1980) การกระทำการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติหมายถึงการร่วมเพศกับบุคคลอื่นทางเวจมรรคหรือทางปาก บุคคลนั้นมีความผิดตาม มาตรา 609.342 (กรณีเด็ก) หรือ 609.344 (กรณีบังคับ) การกระทำการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติโดย ความสับสนใจกับบุคคลอื่นจะถูกพิพากษาลงโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 1,000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำคุกและปรับ

- มิซีสซิปปี

MISS.CODE ANN. มาตรา 97-29-59 (1972) บุคคลใดกระทำการร่วมเพศ ที่น่ารังเกียจและผิดธรรมชาติกับมนุษย์หรือสัตว์ จะถูกพิพากษาลงโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี

- มอนตาน่า

MONT.REV.CODES ANN. มาตรา 45-5-505 (1979)

(1) บุคคลใดกระทำการร่วมเพศที่วิปริต หรือ เป็นสาเหตุให้บุคคลอื่นกระทำการร่วมเพศที่วิปริตมีความผิดฐานกระทำการร่วมเพศที่วิปริต

(2) บุคคลนั้นจะถูกพิพากษาลงโทษจำคุก ไม่น้อยกว่า 10 ปี

(3) บุคคลใดกระทำการร่วมเพศที่วิปริตโดยปราศจากความยินยอมจะถูกพิพากษาลงโทษจำคุกไม่เกิน 20 ปี

- เนวาด้า

NEV.REV.STAT. มาตรา 201.190 (1977)

(1) ยกเว้นภายใต้บทบัญญัติมาตรา 200.366 (การทำร้ายร่างกายทางเพศ) และ 201.230 (การกระทำอนาจารต่อเด็ก) บุคคลใดกระทำการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติจะถูกพิพากษาลงโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปี แต่ไม่เกิน 6 ปี

(2) การกระทำการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติหมายถึงการร่วมเพศทางเวจมรรค การร่วมเพศทางปากกับอวัยวะเพศชาย การร่วมเพศทางปากกับอวัยวะเพศหญิง โดยความยินยอมของบุคคลเพศเดียวกัน

- แคลิฟอร์เนีย

NC.GEN.STAT. มาตรา 14-177 (1969) บุคคลใดกระทำการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติกับมนุษย์หรือสัตว์บุคคลนั้นมีความผิดโทษสถานรุนแรง และถูกพิพากษาลงโทษปรับหรือจำคุก

- โอกลาโฮมา

OKLA.STAT.ANN บทที่ 21 มาตรา 886 (1951) บุคคลที่กระทำการร่วมเพศที่นำรังเกียจและ ผิดธรรมชาติกับมนุษย์หรือสัตว์จะถูกพิพากษาลงโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี

- โรดไออร์แลนด์

R.I.GEN.LAWS มาตรา 11-10-1 (1969) บุคคลที่กระทำการร่วมเพศที่นำรังเกียจและผิดธรรมชาติกับมนุษย์หรือสัตว์ จะถูกพิพากษาจำคุกไม่เกิน 20 ปี แต่ไม่น้อยกว่า 7 ปี

- แคลิฟอร์เนีย

S.C.CODE มาตรา 16-15-120 (1976) บุคคลที่กระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากที่ผิดธรรมชาติและนำรังเกียจกับมนุษย์หรือสัตว์ มีความผิดสถานรุนแรง จะถูกพิพากษาลงโทษจำคุก 5 ปี หรือปรับไม่น้อยกว่า 500 ดอลลาร์ หรือทั้งจำคุกและปรับ

- เทนเนสซี

TENN.CODE ANN. มาตรา 39-707 การกระทำอาชญากรรมที่ผิดธรรมชาติกับมนุษย์หรือสัตว์จะถูกพิพากษาลงโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 5 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี

- เท็กซัส

TEX.PENAL CODE ANN. บทที่ 5 มาตรา 21.06

- (a) บุคคลใดกระทำการร่วมเพศที่วิปริตกับบุคคลเพศเดียวกัน
- (b) บุคคลนั้นมีความผิดโทษสถานเบา ระดับ C

- ยูทาห์

UTAH CODE ANN. มาตรา 76-5-403 (1978)

- (a) บุคคลใดกระทำการร่วมเพศกับอีกบุคคลหนึ่งทางปากหรือทางเวจมรรค
- (b) การร่วมเพศดังกล่าวมีความผิดโทษสถานเบา ระดับ B

- เวอร์จิเนีย

VA.CODE มาตรา 18.2-361 (1975) บุคคลใดกระทำการร่วมเพศกับสัตว์หรือกับชายหรือหญิง โดยทางเวจมรรคหรือทางปาก หรือโดยความสมัครใจในการร่วมเพศ บุคคลนั้นมีความผิดสถานรุนแรงระดับ 6

- วิสคอนซิน

WIS.STAT.ANN. มาตรา 944.17 (1980) บุคคลใดกระทำการดังต่อไปนี้ มีความผิดสถานเบา ระดับ A

- 1) กระทำการร่วมเพศกับอีกบุคคลหนึ่งทางปากหรือทางเวจมรรค หรือ
- 2) กระทำการร่วมเพศทางปากหรือทางเวจมรรคกับสัตว์

จากบทบัญญัติของรัฐต่าง ๆ ที่กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่ารัฐแต่ละรัฐจะมีบทบัญญัติลงโทษการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีที่มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากไว้โดยเฉพาะ แยกออกจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร ซึ่งพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการกระทำความผิดทางเพศอีกลักษณะหนึ่งที่มีระดับความรุนแรงใกล้เคียงหรือน้อยกว่าการข่มขืนกระทำชำเราเพียงเล็กน้อยเท่านั้น และลักษณะการกระทำก็แตกต่างจากการกระทำอนาจาร โดยที่แต่ละมลรัฐอาจกำหนดรายละเอียดในองค์ประกอบความผิดของการกระทำร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากแตกต่างกันไปบ้าง ส่วนมากบางรัฐกำหนดไว้อย่างกว้าง ๆ ไม่ชัดเจนว่าเป็นเรื่องที่ผิดธรรมชาติและน่ารังเกียจ ได้แก่ อิลลินอยส์ อริโซนา อาแคนซัส ไอดาโฮ เคนตักกี หลุยเซียนา แมสซาชูเซตส์ มิชิแกน มิสซิสซิปปี มอนตানা แคลิฟอร์เนีย โอกลาโฮมา โรดไอแลนด์ เทนเนสซี เท็กซัส และยูทาห์ บางรัฐกำหนดลักษณะการกระทำไว้โดยเฉพาะเจาะจงว่าเป็นการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก ได้แก่ จอร์เจีย แคนซัส แมริแลนด์ มินิโซต้า เนวาด้า แคลิฟอร์เนีย เวอร์จิเนีย และวิสคอนซิน แต่อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่าการบัญญัติกฎหมายแต่ละมลรัฐน่าจะอยู่ในความหมายหรือจุดประสงค์เดียวกันคือลงโทษการกระทำความผิดกรณีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก แม้จะใช้ถ้อยคำต่างกันออกไป ทั้งนี้จะสังเกตได้จากคำนิยามซึ่งแต่ละมลรัฐกำหนดไว้

1.3 คำนิยาม

ในแต่ละมลรัฐจะใช้ภาษาทางด้านกฎหมายของการกระทำความผิดกรณีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากแตกต่างกันไป เช่น การกระทำการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติ (crime against nature)⁶ การร่วมเพศระหว่างคนกับสัตว์ การร่วมเพศทางเวจมรรคหรือทางปาก (Sodomy)⁷ การร่วมเพศผิดธรรมชาติที่น่ารังเกียจ (detestable and abominable crime against nature)⁸ การร่วมเพศที่วิปริต⁹ (Sexual deviation) ซึ่งการที่กฎหมายใช้ถ้อยคำบัญญัติลงโทษว่าบุคคลใดก็ตามที่กระทำการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติหรือน่ารังเกียจ ไม่ว่าจะกับมนุษย์หรือสัตว์เป็นคำที่กว้างมาก ไม่มีความแน่นอน ทำให้มีความขัดแย้งกันอยู่ในขอบเขตของคำว่า “อาชญากรรมที่ผิดธรรมชาติหรือน่ารังเกียจ” ว่าจะครอบคลุมถึงลักษณะการกระทำใด เนื่องจากอยู่บนหลักพื้นฐาน

⁶Idaho Code มาตรา 18-6605(1979)

⁷Georgia Code ANN. มาตรา 26-2002(1977)

⁸Mississippi Code ANN. มาตรา 97-29-59(1977)

⁹Montana ReV. Codes ANN มาตรา 45-5-505(1979)

ของความคิดแต่ละบุคคลและศาลไม่สามารถหาความหมายและที่มาจากคำว่า “อาชญากรรมที่ผิดธรรมชาติหรือน่ารังเกียจ” ได้ ศาลแต่ละมลรัฐจึงมีการตีความถ้อยคำดังกล่าวในลักษณะต่างกันออกไป เช่น ศาลบางมลรัฐมีความเห็นว่าอาชญากรรมที่ผิดธรรมชาติหรือน่ารังเกียจมีความหมายครอบคลุมแค่การกระทำความผิดกรณีที่มีการร่วมเพศทางเวจมรรคเท่านั้น แต่ศาลบางมลรัฐมีความเห็นว่าอาชญากรรมที่ผิดธรรมชาติหรือน่ารังเกียจมีความหมายครอบคลุมไปถึงการกระทำความผิดกรณีที่มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากด้วย ซึ่งการตีความของศาล ก็ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ในการบัญญัติกฎหมายและคำพิพากษาของศาลในอดีต¹⁰

อย่างไรก็ตาม ศาลก็พยายามที่จะกำหนดลักษณะการร่วมเพศดังกล่าวเป็นโครงสร้างที่แน่ชัด โดยอาศัยคำพิพากษาของศาลก่อน ๆ ที่ให้ขอบเขตว่าเป็นการร่วมเพศทางเวจมรรคหรือทางปาก โดยอวัยวะเพศชายกับปาก หรืออวัยวะเพศชายกับทางเวจมรรค หรืออวัยวะเพศหญิงกับปาก แต่ก็ยังมีบางศาลเห็นว่าการยึดถือบทบัญญัติที่เคร่งครัดไม่เหมาะสมกับการลงโทษ

1.4 ข้อคัดค้านเกี่ยวกับกฎหมายการร่วมเพศที่วิปริต

ข้อคัดค้านเกี่ยวกับการมีบทกฎหมายลงโทษการกระทำทางเพศที่วิปริต ก็คือกฎหมายดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิส่วนตัวและความมีอิสระทางเพศ ซึ่งเป็นสิทธิพื้นฐานที่กำหนดไว้ภายใต้รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาตามบทบัญญัติการแก้ไขที่ 9 และ 14 นั้น¹¹ ได้มีข้อคัดค้านว่าเนื่องจากรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาได้กำหนดสิทธิพื้นฐานของประชาชนโดยทั่วไปไว้ในเรื่องสิทธิส่วนตัว ดังนั้นประชาชนก็ควรมีสติที่จะทำอะไรก็ได้ตราบเท่าที่ไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ผู้อื่น และการร่วมเพศที่วิปริตก็เช่นกัน ในเมื่อทั้งสองฝ่ายกระทำการร่วมเพศกัน แม้จะเป็นการร่วมเพศที่วิปริตแต่ก็เกิดจากความยินยอมของทั้งสองฝ่าย ดังนั้นรัฐจึงไม่ควรเข้ามายุ่งเกี่ยวโดยกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด¹²

¹⁰ Arthur S. Leonard, *Sexuality and the Law : An Encyclophedia of Major Legal cases* (New York, 1993), p.66-69.

¹¹ Yao Apasu-Gbotsu, “Survey on the constitutional right to privacy in the context of homosexual activity,” *University of Miami law Review* 40(January, 1986):523.

¹² American Jurisprudence, p.109-110.

อย่างไรก็ตามในมลรัฐเวอร์จิเนีย หลังจากที่มีความพยายามจะทำให้กฎหมายเกี่ยวกับการร่วมเพศที่วิปริตของรัฐเวอร์จิเนียไร้ผล และแม้ว่าจะมีความพยายามต่าง ๆ ที่จะคัดค้านการใช้กฎหมายเกี่ยวกับการร่วมเพศที่วิปริตในศาล การกระทำดังกล่าวก็ไร้ผล ยกเว้นคดีของนายโรแนลที่ประสบผลสำเร็จในการทำให้ศาลพิพากษาโทษเบาลงโดยอาศัยเหตุผลที่ว่าเป็นการร่วมเพศที่วิปริตระหว่างชายสองคน เกิดโดยความยินยอมกันอย่างบริสุทธิ์ใจ คดีนายโรแนลนั้นได้ริเริ่มมีเพศสัมพันธ์กับเด็กชายอายุ 17 ปี โดยเด็กชายคนนี้ได้ทำการแก้แค้นนายโรแนล โดยฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาล นายโรแนลจึงได้นำภาพตัวเขากับเด็กชายดังกล่าวมาแสดงต่อศาลเพื่อให้ศาลเชื่อว่าเป็นการกระทำโดยความยินยอมของทั้งสองฝ่าย หลังจากที่ศาลเห็นพยานหลักฐานดังกล่าว ศาลได้ตัดสินลงโทษปรับซึ่งเป็นโทษสถานเบา (misdemeanor) แทนที่จะลงโทษสถานรุนแรง (felony)¹³

สาเหตุที่ศาลสามารถหักเหประเด็นดังกล่าวได้เนื่องจากกฎหมายนิวยอร์กได้ลงโทษการกระทำทางเพศที่วิปริตที่เกิดจากความไม่สมัครใจของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย แต่ในคดีของนายโรแนลนั้นเป็นการร่วมเพศที่วิปริตซึ่งเกิดจากความยินยอม โทษจึงเป็นสถานเบา นอกจากนี้ กฎหมายนิวยอร์กยังคงให้คำนิยามของการร่วมเพศที่วิปริตว่าเป็นการกระทำทางเพศระหว่างบุคคลสองคนที่ยังไม่ได้สมรสกัน โดยมีการร่วมเพศทางอวัยวะเพศชายทางเวจมรรค อวัยวะเพศชายกับปาก และปากกับอวัยวะเพศหญิงและการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย¹⁴

จากคดีของนายโรแนลทำให้เกิดแนวความคิดอย่างรุนแรงที่จะป้องกันในเรื่องสิทธิความเป็นส่วนตัวและความเสมอภาค เนื่องจากมีแนวความคิดว่าบุคคลที่ยังไม่ได้สมรสก็น่าจะสามารถที่จะทำอะไรได้เช่นเดียวกับบุคคลที่สมรสแล้ว¹⁵

อย่างไรก็ตามประเด็นเรื่องสิทธิส่วนตัวและความเสมอภาคก่อให้เกิดแนวความคิดในการแบ่งแยกกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมเพศที่วิปริตเป็น 3 กรณี คือ

1. กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำทางเพศที่วิปริต มีผลบังคับถึงการกระทำทุกกรณี

¹³ Authur S. leonařd, Sexuality and the Law : An Encyclophedia of Major Legal cases, p.109-110.

¹⁴ Ibid, p.110-111.

¹⁵ Ibid, p.112.

2. กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำทางเพศที่วิปริต ไม่มีผลบังคับในกรณีที่เป็นการกระทำโดยความสมัครใจของผู้ที่สมรสแล้ว เช่น มลรัฐแคนซัส

3. กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำทางเพศที่วิปริต ไม่มีผลบังคับในกรณีที่เป็นการกระทำโดยความสมัครใจของผู้ที่ยังไม่ได้สมรส¹⁶

1.5 องค์ประกอบความผิด

องค์ประกอบในการกระทำความผิดเกี่ยวกับการร่วมเพศที่วิปริต กฎหมายแต่ละรัฐบัญญัติแตกต่างกันไป บางรัฐไม่ได้อธิบายลักษณะการกระทำไว้เฉพาะมากไปกว่าการใช้คำว่า “การร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก” “อาชญากรรมที่ผิดธรรมชาติ” “อาชญากรรมที่ผิดธรรมชาติที่น่ารังเกียจ” หรือ คำที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับการกระทำทางเพศที่วิปริต องค์ประกอบของความผิดนั้นรวมถึงการร่วมเพศที่วิปริต อวัยวะเพศหรือสิ่งที่ถูกกระทำ การล่อลวง การกระตุ่น การสัมผัส และบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด รวมถึงการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา

1) องค์ประกอบที่ทำให้มีความรุนแรงยิ่งขึ้น

การบังคับขู่เข็ญ เป็นองค์ประกอบที่ทำให้ผู้ที่กระทำการร่วมเพศที่วิปริตมีความผิดรุนแรงยิ่งขึ้น บางรัฐได้กำหนดความรุนแรงจากการร่วมเพศที่วิปริตจากผลของการกระทำให้ถึงแก่ชีวิตหรือเกิดอันตรายสาหัสหรือได้รับบาดเจ็บไม่ว่าทางกายหรือจิตใจ¹⁷

2) การเกี่ยวข้องกับอวัยวะเพศ

ศาลได้ยึดถือหลักทั่วไปที่ว่า การกระทำตามกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมเพศทางเจมรรคหรือทางปาก อย่างน้อยที่สุดต้องมีอวัยวะเพศของฝ่ายหนึ่งเข้ามาเกี่ยวข้องเป็นองค์ประกอบ ถึงแม้จะมีข้อโต้แย้งว่าเป็นอวัยวะเพศของฝ่ายใด ทางศาลได้ยึดถือหลักที่ว่า จะต้องเป็นอวัยวะเพศชาย ศาลบางรัฐจะยึดถือหลักที่ว่าเป็นอวัยวะเพศชายหรืออวัยวะเพศหญิงก็ได้ แต่โดยส่วนมากแล้วศาลได้ยึดหลักว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับการร่วมเพศทางเจมรรคและทางปาก จะต้องประกอบด้วยอวัยวะเพศของผู้ถูกกล่าวหา¹⁸

3) อวัยวะอื่น ๆ หรือวัตถุต่าง ๆ

¹⁶American Jurisprudence. p.1044.

¹⁷American Law Institute, Model Penal Code, p.91.

¹⁸American Jurisprudence, p.1052.

ศาลบางรัฐได้มีความเห็นว่าภายใต้ความหมายที่สมบูรณ์ของการกระทำ การร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากนั้นรวมไปถึงการที่ผู้กระทำความผิดใช้อวัยวะอื่นหรือวัตถุ ต่าง ๆ ด้วยมากกว่าที่จะใช้แค่อวัยวะเพศเท่านั้น เนื่องจากอวัยวะอื่นหรือวัตถุก็สามารถล่งล้ำเข้าไปทางเวจมรรคหรือทางปากได้ หรือมีการสัมผัสที่เพียงพอกับอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำ¹⁹

4) การล่งล้ำ

การล่งล้ำถือเป็นองค์ประกอบสำคัญในการกระทำการร่วมเพศทาง เวจมรรคและทางปาก แม้ว่าจะเป็นการล่งล้ำเพียงเล็กน้อยก็ถือว่าการกระทำการร่วมเพศทาง เวจมรรคและทางปากได้สำเร็จแล้ว ในทางกลับกันถึงแม้ว่ามีกฎหมายในหลายรัฐที่ไม่ได้กล่าวถึง การล่งล้ำ แต่ศาลก็ได้ยึดถือหลักที่ว่าต้องมีการล่งล้ำเข้าไปทางเวจมรรคหรือทางปากแม้ว่าจะ เป็นเพียงเล็กน้อยก็ตาม เป็นการสนับสนุนการกระทำความผิดในการกระทำการร่วมเพศทาง เวจมรรคและทางปาก²⁰

5) การสัมผัส

ในบางรัฐถือว่าการสัมผัสทางเวจมรรคและทางปากก็ถือได้ว่าเป็นการ กระทำความผิดในการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากแล้ว เช่น การสัมผัสระหว่างอวัยวะเพศ ชายกับเวจมรรค อวัยวะเพศชายกับปาก ปากกับอวัยวะเพศหญิง ดังนั้นในกรณีนี้ การล่งล้ำจึงไม่ ใช้องค์ประกอบของความผิด และจะไม่มี ความผิดเกิดขึ้นตราบเท่าที่ผู้ถูกกล่าวหา ยังสวมเสื้อผ้าอยู่ บนร่างกาย²¹

1.6 ผู้กระทำความผิดและบุคคลซึ่งเป็นส่วนประกอบของการกระทำความผิด

1) พวกร่วมเพศ

การกระทำของพวกร่วมเพศอาจเป็นการกระทำความผิดในการกระทำ การร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากได้ ดังปรากฏในกฎหมายบางฉบับ อาทิเช่น The Uniform

¹⁹Ibid, p.1053.

²⁰Department of the Army Pamphlet, "Sodomy and the requirement for penetration," *Army Lawyer* (March 1991), p.30-31.

²¹Ibid, p.30-31.

Code of Military Justice มาตรา 125²² ซึ่งได้กำหนดว่าการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากเป็นการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติกับบุคคลอื่นซึ่งเป็นเพศเดียวกัน...

จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวจะเห็นได้ว่าบุคคลซึ่งสามารถกระทำความผิดอาจเป็นได้ทั้งพวกรักร่วมเพศชายและหญิง เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่าเพศเดียวกัน แต่ได้มีความเห็นขัดแย้งว่าการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากไม่สามารถเป็นความผิดระหว่างพวกรักร่วมเพศหญิง เนื่องจากการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากนั้น ไม่ใช่กิจกรรมการร่วมเพศระหว่างพวกรักร่วมเพศหญิง²³

2) พวกต่างเพศ

การกระทำความผิดกรณีการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากมิได้จำกัดสำหรับบุคคลเพศเดียวกันเท่านั้น แต่ยังมีผลบังคับใช้กับบุคคลต่างเพศด้วย ภายใต้กฎหมายที่ลงโทษผู้กระทำความผิดกับมนุษย์ หรือกฎหมายกำหนดว่าการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากเป็นการกระทำที่ผิดธรรมชาติโดยเพศชายกับชาย หรือการกระทำลักษณะเช่นเดียวกันกับหญิง หรือภายใต้กฎหมายที่กำหนดว่าเป็นการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากกับอีกบุคคลหนึ่ง²⁴

3) สามมี-ภรรยา

มีประเด็นที่ได้แย้งกันว่ากฎหมายเกี่ยวกับการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากจะมีผลบังคับไปถึงการกระทำระหว่างสามมี-ภรรยาหรือไม่ ศาลบางรัฐเห็นว่ามีสิทธิส่วนตัว ความยินยอม และความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสถูกคุ้มครองจากหลักการลงโทษของกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก (โดยอ้างว่าเป็นสิทธิส่วนตัวตามหลักรัฐธรรมนูญ) แต่ก็มีศาลบางรัฐมีความเห็นว่าคู่สมรสสามมี-ภรรยา อาจมีความผิดในการกระทำเกี่ยวกับการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากได้แม้จะกระทำด้วยความยินยอมก็ตาม²⁵

²²The Uniform Code of Military Justice มาตรา 125 Any person subject to this chapter who engages in unnatural carnal copulation with another person of the same or opposite sex... is guilty of sodomy.

²³American Jurisprudence, p.1056.

²⁴Terry S.Kogan, "Legislative Violence against Lesbians and gay men," *Utah Law Review* (1994):p.232.

²⁵American Jurisprudence, p.1057.

1.7 ความผิดเกี่ยวเนื่องกับการกระทำความผิดกรณีการบังคับให้มีการร่วมเพศทาง
เวจมรรคและทางปาก

1) พยายามที่จะกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก

พยายามที่จะกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก จะต้องมียอดค์
ประกอบคือผู้กระทำความผิดมีเจตนาพิเศษที่จะกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากไป
จนสำเร็จ แต่กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล เจตนาพิเศษ
โดยตรงจากผลของการกระทำและข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่ปรากฏออกมาประกอบด้วย เพียงแค่มีการ
ตระเตรียมการเท่านั้นยังไม่ถือว่าเป็นการลงมือกระทำ²⁶

2) การเชิญชวนให้กระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก

ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ บุคคลโดยยุง ส่งเสริม หรือเชิญชวนให้อีก
บุคคลหนึ่งกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคหรือทางปาก บุคคลนั้นมีความผิดตามกฎหมายคอม
มอนลอว์ โดยจะถูกพิพากษาลงโทษภายใต้บทบัญญัติทั่วไปของการยุงส่งเสริมตามกฎหมาย
อาญา การยุง ส่งเสริม หรือเชิญชวน แค่เพียงลงมือกระทำก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จแล้ว ดังเช่น
ในมลรัฐนิวยอร์ก ศาลได้พิพากษากลับให้พยานจำเลยมีความผิดในการเชิญชวนให้บุคคลอื่น
กระทำการร่วมเพศทางเวจมรรค ตำรวจจับกุมในขณะจำเลยกระทำการเชิญชวนเท่านั้น ยังมีได้
แสดงพฤติการณ์อื่นนอกไปจากนี้²⁷ อย่างไรก็ตาม การยุง ส่งเสริม หรือเชิญชวนให้อีกบุคคลหนึ่ง
กระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคหรือทางปากไม่ถือเป็นความผิดในศาลบางรัฐ²⁸

3) การทำร้ายร่างกายโดยมีเจตนาที่จะกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและ
ทางปาก²⁹ (assault with intent to commit sodomy)

การทำร้ายร่างกายเพื่อที่จะกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก
นั้นจะไม่ถูกลงโทษในฐานะกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก แต่จะถูกลงโทษเป็นอีก

²⁶Ibid, p.1057.

²⁷Authur H. Leonard, Sexuality and the Law : An Encychopedia of Major
Legal cases, p.124-127.

²⁸Authur H. Leonard, Sexuality and the Law : An Encychopedia of Major
Legal cases, p.124-127.

²⁹American Jurisprudence, p.1059.

ฐานความผิดหนึ่งแยกจากความผิดฐานกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก เจตนาในการกระทำความผิดนั้นพิจารณาจากผลของการกระทำ ถึงแม้ว่าการทำร้ายร่างกายโดยมีเจตนาที่จะกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากจะใกล้เคียงกับการพยายามที่จะประกอบอาชญากรรมธรรมดาทั่วไปนั้น แต่ทั้งสองประการมีข้อแตกต่างกันคือ การทำร้ายร่างกายโดยมีเจตนาที่จะกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากนั้นต้องมีระดับความใกล้ชิดที่จะประสบผลสำเร็จในการกระทำความผิดมากกว่าการพยายามกระทำความผิดโดยทั่วไป ในทางปฏิบัติกรณีที่มีการล่วงล้ำไม่สามารถนำมาเป็นหลักฐานในการฟ้องร้องคดีในความผิดฐานกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากได้ ก็อาจจะฟ้องร้องสำหรับความผิดฐานการทำร้ายร่างกายโดยมีเจตนาที่จะกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก

การบังคับเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานการทำร้ายร่างกายโดยมีเจตนาที่จะกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก ไม่จำเป็นที่ผู้ถูกกระทำจะต้องมีความกลัวอย่างน้อยที่สุดผู้ถูกกระทำจะต้องไม่มีความยินยอม ส่วนในกรณีที่ผู้ถูกกระทำเป็นเด็กหรือผู้ไร้ความสามารถทางกฎหมายนั้นการบังคับและความยินยอมไม่ใช่องค์ประกอบในการพิจารณาพิพากษาคดี

1.8 การสมคบ

การสมคบกันกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากถูกพิจารณาพิพากษาลงโทษภายใต้หลักการสมคบทั่วไปตามกฎหมายอาญา³⁰

1.9 พยานหลักฐาน

เพื่อที่จะสนับสนุนการพิจารณาพิพากษาคความผิดฐานกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากนั้น พยานหลักฐานจะต้องพิสูจน์ในระดับมีเหตุอันควรสงสัย (proof beyond resonable doubt)³¹

1) ความยากในการพิสูจน์

การพิจารณาคดีการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากสำหรับบางรัฐที่กำหนดว่าเป็นความผิด แม้กระทำในสถานที่ส่วนตัว โดยความยินยอมและการกระทำ

³⁰ Ibid, p.1059.

³¹ Ibid, p.1061.

ระหว่างผู้ใหญ่ โดยเฉพาะคู่ที่สมรสแล้วแทบจะไม่ปรากฏ เนื่องจากการยากที่จะพิสูจน์และพยานหลักฐานโดยเฉพาะผู้ถูกกระทำไม่มี ตัวอย่างเช่น ไม่มีคู่สมรสใดจะให้คำเบิกความที่เป็นปฏิปักษ์แก่อีกฝ่ายหนึ่งถ้าการกระทำนั้นกระทำโดยความยินยอม ดังนั้นถ้าจะมีการฟ้องร้องคดีจะต้องหาพยานหลักฐานอื่นมาประกอบการพิจารณา³²

2) นำหนักพยานหลักฐาน³³

ศาลบางรัฐให้นำหนักในการพิสูจน์ความผิดในการกระทำร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากจากคำเบิกความของผู้เสียหายเท่านั้นก็เพียงพอ แต่ศาลบางรัฐมีความเห็นว่าการพิสูจน์ความผิดในการกระทำดังกล่าวเพียงแค่ว่าคำเบิกความของผู้เสียหายยังไม่เพียงพอ ต้องประกอบด้วยพยานหลักฐานอื่นด้วย เช่น คำเบิกความของประจักษ์พยานผู้เห็นเหตุการณ์ในการกระทำดังกล่าว หรือมีเพียงพยานแวดล้อม (circumstantial evidence) หรือมีทั้งคำเบิกความของประจักษ์พยานผู้รู้เห็นเหตุการณ์และพยานแวดล้อม

ในกรณีที่ประจักษ์พยานเป็นผู้สมคบในการร่วมกระทำร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก ศาลสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ แต่มีน้ำหนักและความน่าเชื่อถือก็น้อย

3) ความสามารถในการเบิกความของพยาน

ความสามารถในการเบิกความของประจักษ์พยานเป็นจุดสำคัญในการพิจารณาพิพากษาคดีด้วย ได้แก่ อายุของพยาน การสังเกต ความเข้าใจในลักษณะการกระทำ ความผิด ความเข้าใจในคำถามและการโต้ตอบของพยาน³⁴ ทั้งนี้ความสามารถของพยานสามารถพิจารณาได้จากสถานะดังต่อไปนี้

ก. สามี-ภรรยา

ภรรยาสามารถเบิกความเป็นปฏิปักษ์ต่อสามีในการฟ้องการกระทำความผิดกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากได้ ซึ่งกรณีจะเกิดขึ้นในรัฐที่กฎหมายบัญญัติลงโทษครอบคลุมไปถึงการกระทำความผิดทางเพศ กรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากระหว่างสามีภรรยาด้วยเท่านั้น เนื่องจากการกระทำลักษณะดังกล่าวระหว่างสามีและภรรยา หากเกิดโดยความสมัครใจของทั้งสองฝ่ายแล้ว การฟ้องร้องคดีก็จะไม่เกิดขึ้น

³² Ibid, p.1062.

³³ Ibid, p.1059-1063.

³⁴ Ibid, p.1063.

เพราะไม่มีคู่สมรสใดที่จะฟ้องร้องหรือให้คำเบิกความที่เป็นปฏิปักษ์แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ถ้าหากการกระทำนั้นเกิดโดยความยินยอม³⁵

ข. เด็ก

ศาลมิได้จำกัดอายุของพยานในการให้คำเบิกความ แม้เด็กมีอายุ 4 ปี ก็ถือว่ามีความสามารถที่จะเบิกความเกี่ยวกับการที่ผู้กระทำความผิดกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากกับผู้เสียหายซึ่งอายุ 7 ปี หรือเบิกความบรรยายพฤติการณ์ของผู้กระทำความผิดในการทำร้ายร่างกายเพื่อกระทำความผิดดังกล่าวต่อผู้เสียหายได้ ซึ่งพิจารณาแล้วศาลคงจะยึดถือหลักเกณฑ์การรับฟังพยานโดยพิจารณาจากความสามารถในการเข้าใจสถานะการณ์ ลักษณะการกระทำความผิด ความสามารถในการเข้าใจและตอบคำถามของศาลได้มากกว่าที่จะพิจารณาจากอายุของพยาน³⁶

4) คำกล่าวของผู้เสียหาย

คำกล่าวของผู้เสียหายที่เล่าถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้น ไม่มีกำหนดระยะเวลาที่แน่นอนว่าคำกล่าวในช่วงระยะเวลาใดสามารถรับฟังได้ แต่แนวโน้มของศาลจะรับฟังคำกล่าวของผู้เสียหายเมื่อพูดภายหลังจากที่มีการกระทำความผิดภายใน 2 - 3 นาที ส่วนคำกล่าวภายหลังจากการกระทำความผิดหลายชั่วโมงหรือมากกว่านั้น ศาลอาจปฏิเสธไม่ยอมรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ นอกจากนี้แล้ว การพูดทางโทรศัพท์ซึ่งบอกกล่าวถึงการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากของผู้เสียหายในเวลาใกล้เคียงกับความผิดที่เกิดขึ้นถือเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้³⁷

5) หลักฐานทางกายภาพ

ในการดำเนินคดีอาญา การกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากนั้น ลักษณะทางกายภาพอาจเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีได้ แพทย์จะทำการตรวจหลังจากที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว แพทย์จะให้ความเห็นถึงสาเหตุการเกิดลักษณะทางกายภาพนั้น เช่น การกระทำของผู้ถูกกล่าวหาเป็นสาเหตุให้เกิดแผลที่สะโพก ทางเวจมรรค ลักษณะทางกายภาพเหล่านี้สามารถยอมรับฟังเป็นพยานประกอบคำเบิกความของผู้เสียหายได้ นอกจากนี้แล้วเสื้อผ้าของผู้ถูกกล่าวหาตลอดจนบุคลิกลักษณะอาจนำไปเป็นพยานประกอบใน

³⁵ Ibid, p.1062-1064.

³⁶ Ibid, p.1064.

³⁷ Ibid, p.1064.

กระบวนการพิจารณาได้ โดยแสดงให้เห็นถึงลักษณะการต่อสู้ของผู้เสียหาย และเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น³⁸

6) การได้รับอันตรายสาหัส

พยานหลักฐานที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าร่างกายของผู้เสียหายได้รับอันตรายสาหัสจากการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก จะเป็นองค์ประกอบที่เพิ่มระดับความรุนแรงของการกระทำความผิดซึ่งจะพิจารณาจากลักษณะของบาดแผล เช่น กระดูกหัก แผลลึก หรือลักษณะอื่นที่คล้ายคลึงกัน อย่างไรก็ตามบาดแผลที่เกิดขึ้นหลังจากการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากอาจถูกพิจารณาว่าไม่เพียงพอต่อการเป็นองค์ประกอบที่เพิ่มระดับความรุนแรงของการกระทำความผิดก็ได้³⁹

7) ภาพถ่าย फिल्म และเทป⁴⁰

ภาพถ่าย फिल्म และเทป ซึ่งแสดงว่าจำเลยกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากรับฟังเป็นพยานหลักฐานในศาลได้ แต่ต้องมีวิธีการกระบวนการผลิตที่ถูกต้อง

หนังสือลามก หรือภาพโป๊ในลักษณะที่แสดงถึงการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติ ซึ่งถูกพบในสถานที่ที่อ้างว่ามีการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก หรืออยู่ในความครอบครองของจำเลย สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้เพื่อที่จะพิสูจน์วัตถุประสงค์ในการร่วมเพศของจำเลย เป็นการสนับสนุนความตั้งใจของจำเลย ภาพถ่าย फिल्म เทป และหนังสือดังกล่าว ถูกยอมรับว่ามีความต่อเนื่องใกล้ชิดกับการประกอบอาชญากรรม

8) พฤติกรรมและคำเล่าลือในครั้งก่อนของผู้เสียหาย

ศาลบางรัฐใช้หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานซึ่งเป็นการกระทำในครั้งก่อนที่จะกระทำความผิดร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก และไม่รับฟังพยานหลักฐานที่เป็นความคิดหรือคำเล่าลือเกี่ยวกับพฤติกรรมของผู้เสียหาย อย่างไรก็ตามถ้าเป็นข้อต่อสู้ทางกฎหมายในเรื่องความยินยอมศาลก็ยังรับฟังเป็นพยาน แนวทางปฏิบัติของศาลโดยทั่วไปแล้ว กฎหมายตัดโอกาสไม่ให้พยานหลักฐานบางอย่างเข้ามาในศาล แต่อนุญาตให้มีการซักค้านในเรื่องที่เกี่ยวข้องได้ ถ้า

³⁸ Ibid, p.1066.

³⁹ Ibid, p.1067.

⁴⁰ Ibid, p.1067.

พยานหลักฐานได้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลมาก่อนแล้วหรือเกี่ยวเนื่องกับคำเบิกความของพยานที่ปรากฏในคำฟ้อง⁴¹

9) พฤติกรรมและคำเล่าลือของจำเลย

พยานหลักฐานเกี่ยวกับพฤติกรรมและคำเล่าลือของจำเลยในด้านความประพฤติ ลักษณะที่ดีของจำเลยสามารถรับฟังเป็นพยานได้ แต่คำเล่าลือเกี่ยวกับการพูดความจริง ความซื่อสัตย์ ไม่สามารถรับฟังได้ นอกจากนี้แล้วศาลไม่ยอมรับฟังคำเบิกความของตำรวจที่ว่า ตำรวจได้ค้นหาสืบเสาะคำเล่าลือจากสังคมทั่วไปซึ่งตำรวจมิได้อยู่ในสังคมเช่นนั้น เนื่องจากคำเบิกความของตำรวจเป็นพยานบอกเล่า (hearsay)⁴²

1.10 ข้อต่อสู้ของจำเลย

1) ความยินยอม

ศาลบางรัฐยึดถือหลักที่ว่าความยินยอมไม่เป็นข้อต่อสู้ในการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก แม้ว่าผู้กระทำและผู้ถูกกระทำจะเป็นสามีภรรยา กัน อย่างไรก็ตามมีศาลบางรัฐมีความคิดเห็นที่ขัดแย้งกันว่าความยินยอมสามารถนำเป็นข้อต่อสู้ในการพิจารณาพิพากษาคดีได้ ซึ่งผู้ถูกกระทำจะต้องอยู่ในภาวะที่สามารถให้ความยินยอมได้ และจะต้องเข้าใจถึงลักษณะการกระทำความผิดโดยการกระทำร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก⁴³

2) ความสามารถทางเพศบกพร่อง

ศาลบางรัฐยึดถือหลักที่ว่าความสามารถทางเพศบกพร่องสามารถเป็นข้อต่อสู้ในข้อหาการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากได้⁴⁴

3) ความป่วยทางด้านจิตใจ

ความป่วยทางด้านจิตใจ เช่น ข้อต่อสู้ที่ว่าจำเลยเป็นพวกรักร่วมเพศไม่สามารถนำมาเป็นข้อต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีได้ ภายใต้กฎหมายการรักษา

⁴¹Ibid, p.1069.

⁴²Ibid, p.1070.

⁴³Ibid, p.1070.

⁴⁴Ibid, p.1070.

สุขภาพจิตของผู้ป่วย ถึงแม้ว่าจำเลยจะเป็นผู้มีความเป็ยเบนในการประกอบอาชญากรรมทางเพศ ไม่ใช่ข้อต่อสู้ในการกระทำความผิด⁴⁵

4) ความมีนเมา

ความมีนเมาไม่ใช่ข้อต่อสู้ในการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก แต่ความมีนเมาซึ่งเกิดจากการใช้ยาโดยแพทย์เป็นผู้สั่งสามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ตามกฎหมายได้⁴⁶

1.11 กระบวนการพิจารณาและการลงโทษ

1) กระบวนการพิจารณา

การกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากเป็นความผิดที่ถูกกำหนดโดยกฎหมายของแต่ละมลรัฐ ดังนั้นการดำเนินคดีจึงอยู่ในเขตอำนาจศาลที่ต่างกัน กฎหมายที่ต่างกัน และแนวทางปฏิบัติของศาลที่ต่างกัน ในบางเขตอำนาจศาลได้มีการผ่อนคลายนหลักคำฟ้องที่เคร่งครัดในข้อหาการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากเนื่องจากการกระทำที่ผิดธรรมชาติ นำรังเกียจ และไม่ใช้การปฏิบัติที่เป็นปกติ คำฟ้องของโจทก์ควรที่จะใช้ภาษาหรือคำตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และจะต้องแจ้งให้จำเลยทราบถึงคำฟ้องดังกล่าวเพื่อให้จำเลยสามารถตั้งข้อต่อสู้ได้⁴⁷

ในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาในศาลโดยทั่วไปศาลจะต้องให้คำแนะนำต่อคณะลูกขุนถึงองค์ประกอบที่ชัดเจนในการกระทำความผิด การพิสูจน์ในการดำเนินคดี และข้อต่อสู้ต่าง ๆ ที่ผู้ถูกกล่าวหาตั้งขึ้น⁴⁸

2) การพิพากษาลงโทษ

การลงโทษการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก โดยทั่วไปกฎหมายจะกำหนดช่วงระยะเวลาในการจำคุกหรือปรับเป็นที่แน่นอน เช่น อัลบามา จอร์เจีย แต่ก็มีกฎหมายของบางรัฐที่กำหนดโทษสูงสุด โดยการจำคุกเป็นเวลาที่แน่นอนแต่ไม่ได้กำหนดโทษขั้นต่ำสุดไว้ เช่น มิชิแกนปี โอกลาโฮมา โดยปล่อยให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจพิจารณาตามความเหมาะสม

⁴⁵Ibid, p.1072.

⁴⁶Ibid, p.1073.

⁴⁷Ibid, p.1074.

⁴⁸Ibid, p.1087.

เอง ซึ่งพิจารณาแล้วโทษทางอาญาขั้นต่ำสุดของรัฐต่าง ๆ ในการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรค และทางปากได้แก่โทษปรับจำนวน 500 ดอลลาร์ ตามกฎหมายของรัฐแคโรไลนาใต้ และโทษทางอาญาขั้นสูงสุด ได้แก่ โทษจำคุกตลอดชีวิตตามกฎหมายของรัฐมิชิแกน ส่วนองค์ประกอบในการพิจารณาการกำหนดโทษของศาล ได้แก่ อายุของจำเลย และผู้เสียหาย การบังคับขู่เข็ญ รวมถึงสถานภาพในการสมรสของจำเลยและผู้เสียหาย⁴⁹

2. ประเทศแคนาดา

2.1 ความเป็นมา.

ในอดีตตั้งแต่ดั้งเดิมประเทศแคนาดาใช้คำว่า "Buggery" และต่อมาในปี ค.ศ. 1892 ได้เปลี่ยนไปใช้คำว่า "Sodomy" ในบางครั้งจนกระทั่งถึงในสมัยปัจจุบันนี้ก็เปลี่ยนกลับไปใช้คำว่า "Buggery" ซึ่งเป็นคำที่มีความหมายถึงการร่วมเพศทางเวจมรรค⁵⁰ เท่านั้น มิได้หมายความรวมถึงการร่วมเพศทางปากด้วย

ในช่วงระยะเวลา 1869-1954⁵¹ การกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคมิได้ถูกกำหนดร่วมเป็นความผิดไว้ในกฎหมายตลอดเวลา แต่มีการให้คำจำกัดความว่าเป็นการมีความสัมพันธ์ทางเพศหรือมีการร่วมเพศระหว่างชายกับชายทางเวจมรรค หรือระหว่างชายกับหญิงทางเวจมรรค รวมถึงการร่วมเพศระหว่างชายหรือหญิงกับสัตว์ในทุกลักษณะ

ในปี ค.ศ. 1869 การกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคได้ถูกบัญญัติเป็นความผิดครั้งแรกในพระราชบัญญัติการกระทำความผิดต่อบุคคล (Act Respecting Offences against the Person) ภายใต้หัวข้อการกระทำความผิดที่ผิดธรรมชาติ (Unnatural Offences) ซึ่งได้บัญญัติด้วยคำเหมือนกับกฎหมายอังกฤษในปี ค.ศ. 1861 โดยใช้คำว่า "Sodomy" ซึ่งหมายความถึงการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคกับมนุษย์ และ "bestiality" หมายถึงการร่วมเพศทางเวจมรรคกับสัตว์ แต่มีนักกฎหมายบางคนที่ใช้คำว่า "sodomy" ในความหมายทั้งสองอย่าง การพิพากษาลงโทษสูงสุดคือจำคุกตลอดชีวิต และโทษขั้นต่ำคือจำคุกอย่างน้อย 2 ปีขึ้นไป

⁴⁹Ibid, p.1087.

⁵⁰Ibid, p.1055.

⁵¹Mewett and Manning, Criminal Law (Toronto:Butterworth and Co.,1968),p.428.

ในปี ค.ศ. 1886 การกระทำการร่วมเพศทางเวจมนรคและทางปากได้ถูกรวมอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการกระทำความผิดต่อศีลธรรม (Act Respecting and Public Convenience) ซึ่งได้มีการพิจารณาทบทวนเปลี่ยนแปลงถ้อยคำของกฎหมายในเรื่องนี้เล็กน้อยโดยมีการใช้คำบางคำให้กว้างขึ้น เช่น สัตว์ (Animal) เปลี่ยนเป็นบรรดาสิ่งที่มีชีวิตทั้งหลาย (any other Living Creature) และมีการเปลี่ยนแปลงระยะเวลาในการลงโทษโดยยกเลิกโทษขั้นต่ำจำคุกอย่างน้อยไม่เกินหก ส่วนโทษสูงสุดจำคุกตลอดชีวิตยังคงอยู่

ในปี ค.ศ. 1892 การกระทำการร่วมเพศทางเวจมนรคและทางปากได้ถูกกำหนดให้อยู่ภายใต้การกระทำความผิดต่อศีลธรรม (Offences against Morals) ต่อจากนั้นก็ไม่มี การเปลี่ยนแปลงอีกจนกระทั่งในปี ค.ศ. 1953-1954 กฎหมายได้ใช้คำว่า “การร่วมเพศทางเวจมนรค หรือการร่วมเพศกับสัตว์” (buggery or bestiality) และโทษสูงสุดได้ลดลงมาโดยมีโทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 14 ปี

2.2 บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำการร่วมเพศทางเวจมนรค⁵²

มาตรา 147 บุคคลใดก็ตามกระทำการร่วมเพศทางเวจมนรค (buggery) และกระทำการร่วมเพศกับสัตว์ บุคคลนั้นมีความผิดจะต้องถูกพิพากษาลงโทษจำคุก 14 ปี

มาตรา 148 ชายใดทำร้ายบุคคลอื่นโดยมีเจตนาที่จะกระทำการร่วมเพศทางเวจมนรค หรือเจตนาที่จะกระทำอนาจารต่อชายอื่น บุคคลนั้นมีความผิดจะต้องถูกพิพากษาลงโทษจำคุก 10 ปี

2.3 องค์ประกอบในการกระทำความผิด

2.3.1 ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ

ผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นชาย กระทำการร่วมเพศกับชายหรือหญิงก็ได้ การร่วมเพศนั้นมีความหมายเช่นเดียวกับการข่มขืน เพียงแต่แตกต่างกันที่กระทำการร่วมเพศต้องกระทำทางเวจมนรค⁵³

2.3.2 การล่วงล้ำ

⁵² Alex K. Gigeroff, *Sexual deviations in the Criminal Law*, (Toronto: University of Toronto, 1968), p.39-40.

⁵³ Ibid, p.100.

ความผิดฐานกระทำการร่วมเพศทางเวจมนรคจะต้องมีการล้วงล้ำเข้าไป โดยอวัยวะเพศชายเข้าไปในส่วนของร่างกายทางเวจมนรค ส่วนการที่อวัยวะเพศชายล้วงล้ำเข้าไปทางปากไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา⁵⁴

2.3.3 อายุของผู้กระทำความผิด

ศาลได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาอายุของผู้กระทำความผิดฐานกระทำการร่วมเพศทางเวจมนรคและลักษณะทางกายภาพของผู้กระทำความผิดว่ามีความสามารถที่จะกระทำความผิดโดยการร่วมเพศทางเวจมนรคได้หรือไม่ ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของกฎหมาย ดังเช่นปรากฏในคดี RV. Harilen เด็กชายอายุ 11 ปี ถูกกล่าวหาว่ากระทำการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติกับเด็กชายอายุ 7 ขวบ ข้อเท็จจริงต่าง ๆ แสดงให้เห็นว่าเป็นการกระทำความผิดได้สำเร็จลงแล้วโดยมีการล้วงล้ำอย่างสมบูรณ์ นอกจากนี้ยังปรากฏว่ามีการใช้กำลังในการกระทำความผิดด้วย ในที่สุดศาลได้คำพิพากษาคัดสินยกฟ้องโดยให้เหตุผลว่าจากหลักกฎหมายพื้นฐานแล้วผู้ถูกกล่าวหาซึ่งอายุต่ำกว่า 14 ปี ถือว่าไม่มีความสามารถทางกายภาพที่จะประกอบอาชญากรรมที่ถูกกล่าวหา ดังนั้นศาลพิจารณาแล้วว่าเด็กชายอายุ 11 ปี ไม่สามารถที่จะลงมือเป็นผู้กระทำ⁵⁵

2.4 พยานหลักฐาน

หลักโดยทั่วไปในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลนั้น ศาลจะวิเคราะห์และตัดสินคดีจากพยานหลักฐานซึ่งคู่ความจะนำมาให้ศาลพิจารณาเพื่อพิสูจน์ข้ออ้างและข้อเถียงของตน โดยแสดงให้เห็นว่าควรเชื่อข้อเท็จจริงว่าเป็นแบบใด แต่หากคู่ความไม่นำสืบพยานหรือการนำสืบทำไม่ถูกวิธีซึ่งตามกฎหมายห้ามมิให้รับฟังพยาน หรือพยานหลักฐานที่นำสืบนั้น กฎหมายห้ามมิให้รับฟัง ศาลก็นำพยานหลักฐานเช่นนั้นมาตัดสินคดีไม่ได้ การกระทำความผิดกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมนรคก็เช่นกัน ศาลจะพิจารณาพิพากษาคดีได้ก็ต้องพิจารณาพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่คู่ความนำเสนอ และศาลจะมีหลักในการรับฟังพยาน หลักฐานต่าง ๆ ว่าพยานหลักฐานใดศาลสามารถรับฟังได้ พยานหลักฐานใดศาลปฏิเสธไม่รับฟัง โดยมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1) คำกล่าวหาของผู้เสียหาย

⁵⁴ Ibid, p.100.

⁵⁵ Ibid, p.100.

คำกล่าวของผู้เสียหายที่ร้องทุกข์หลังจากที่มีการกระทำความผิดหรือในทันทีที่มีโอกาสสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ ส่วนคำกล่าวหลังจากนั้นศาลอาจไม่รับฟังเป็นพยาน ดังเช่นในคดี RV.Elliott ผู้เสียหายเป็นเด็กชายได้ร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงานตำรวจ 1 เดือนหลังจากการกระทำความผิดเกิดขึ้น ศาลไม่ยอมรับฟังคำกล่าวหาของผู้เสียหาย⁵⁶

2) การดักจับ

ศาลรับฟังพยานหลักฐานกรณีที่ตำรวจวางแผนดักจับจำเลย ดังเช่นในคดี RV.Delip Singh ตำรวจได้วางแผนจับกุมจำเลยหลังจากที่มีความสงสัยว่าจำเลยได้เชิญชวนให้เด็กชายอายุ 15 ปี ออกไปนั่งรถเล่นและได้กระทำการร่วมเพศทางเวจมรรค โดยให้เงินเด็กชายเป็นค่าตอบแทน 15 เซนต์ ในขณะที่จะเลยได้ถอดเสื้อและกางเกงออกแล้ว ศาลพิจารณาแล้วมีความเห็นว่าจำเลยมีความตั้งใจที่จะกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและศาลยอมรับฟังพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นในขณะการจับกุมของตำรวจและในระหว่างการสอบสวนด้วย ซึ่งตำรวจสามารถเป็นพยานโดยตรงในการเบิกความต่อศาลได้⁵⁷ โดยให้เหตุผลว่าตำรวจเป็นผู้อยู่ในเหตุการณ์รู้และเห็นข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น

3) พฤติกรรมการกระทำความผิดในครั้งก่อนของจำเลย

ศาลยึดถือหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานซึ่งเป็นการกระทำความผิดในครั้งก่อน ๆ ของจำเลยมาประกอบการพิจารณาแม้ว่าการกระทำความผิดครั้งก่อนจะเป็นการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคก็ตาม ดังเช่นในคดี RV.Boynton⁵⁸

4) คำรับสารภาพของจำเลย

ศาลยึดถือหลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานซึ่งเป็นคำรับสารภาพของจำเลย ดังนั้นหากจะมีการพิจารณาพิพากษาลงโทษจำต้องมิพยานหลักฐานอื่น ๆ มาประกอบการพิจารณาด้วย ดังเช่นในคดี RV.McDonald

2.5 การลงโทษ

ตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้นกำหนดลงโทษเฉพาะการกระทำความผิดทางเพศกรณีที่มีการร่วมเพศทางเวจมรรคเท่านั้น ดังนั้นการกระทำความผิดทางเพศโดยมีการร่วมเพศ

⁵⁶Ibid, p.100.

⁵⁷Ibid, p.103.

⁵⁸Ibid, p.104.

ทางปากจึงไม่มีความผิดตามมาตรานี้ ซึ่งพิจารณาแล้วมีความเห็นว่าประเทศแคนาดาอาจมีความเห็นว่า การกระทำการร่วมเพศทางปากมีความรุนแรงไม่เท่ากับการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรค จึงไม่รวมอยู่ในความผิดฐานกระทำอนาจาร ส่วนอัตราของการลงโทษนั้นกฎหมายกำหนดเพียงแค่โทษสูงสุดไว้ 14 ปี แต่ไม่ได้กำหนดโทษขั้นต่ำไว้แต่อย่างไร

2.6 ความผิดเกี่ยวเนื่อง

2.6.1 พยายามกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรค⁵⁹ (Attempt Buggery)

ในปี ค.ศ.1869 ความผิดฐานพยายามกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรค ถูกรวมไว้เป็นความผิดในมาตราเกี่ยวกับการทำร้ายร่างกายโดยเจตนาที่จะร่วมเพศทางเวจมรรค ต่อมาในปี 1886 ได้มีการเปลี่ยนแปลงด้วยคำบางส่วน แต่ความผิดฐานพยายามกระทำการดังกล่าวก็ยังคงถูกรวมอยู่ในมาตราเกี่ยวกับการทำร้ายร่างกายโดยเจตนาที่จะร่วมเพศทางเวจมรรค ต่อมาในปี ค.ศ.1892 จึงได้แยกออกมาเป็นการกระทำความผิดอีกมาตราหนึ่งต่างหาก ในการแก้ไขในปี 1906 และ 1927 ไม่มีการเปลี่ยนแปลงจนกระทั่งในปี 1953-1954 ความผิดฐานพยายามกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคก็ยังคงแยกเป็นความผิดอีกมาตราหนึ่ง แต่ยังคงอยู่ภายใต้หมวดความพยายามทั่วไปที่ครอบคลุมความผิดทั้งหมด

ในอดีตความผิดฐานพยายามกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคนั้นเริ่มจากการบัญญัติในลักษณะที่ว่า “การที่บุคคลใดก็ตามพยายามประกอบอาชญากรรมที่น่ารังเกียจ” ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายอังกฤษ ต่อมาในปี ค.ศ.1886 ได้เปลี่ยนเป็น “บุคคลใดก็ตามพยายามกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรค” ส่วนโทษสำหรับความพยายามกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคนั้นได้กำหนดขึ้นในปี ค.ศ.1869 คือโทษสูงสุดจำคุก 10 ปี และยังคงใช้อัตราการลงโทษเช่นนี้มาจนกระทั่งปี ค.ศ.1953-1954 การลงโทษสำหรับความผิดฐานพยายามโดยทั่วไปจะถูกลงโทษจำคุกครึ่งหนึ่งของโทษสูงสุดของความผิดที่ได้กระทำลง ดังนั้นสำหรับความผิดฐานพยายามกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคจึงต้องถูกลงโทษครึ่งหนึ่งของความผิดสำเร็จซึ่งก็คือ 3 ปี จากเดิมลงโทษเป็นระยะเวลา 7 - 10 ปี

2.6.2 การทำร้ายร่างกายโดยมีเจตนาที่จะกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรค และการกระทำอนาจารต่อผู้ชาย⁶⁰ (Assault with intent to commit buggery and indecent assault on a male)

⁵⁹ Ibid, p.115.

ในปี ค.ศ. 1869 ความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยมีเจตนาที่จะกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรค ความผิดฐานกระทำอนาจารต่อผู้ชายและความผิดฐานพยายามกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคจะถูกกำหนดอยู่ภายใต้มาตราเดียวกัน ในปี ค.ศ. 1886 การกระทำอนาจารต่อผู้ชาย กำหนดให้มีผลบังคับใช้เฉพาะผู้ชายผู้ที่กระทำความผิดเท่านั้น ต่อมาในปี ค.ศ. 1892 ภายใต้ประมวลกฎหมายฉบับแรกได้มีการเปลี่ยนแปลงโดยมีการแบ่งแยกประเภท การใช้ถ้อยคำและการลงโทษโดยรัฐสภา ในปี ค.ศ. 1892 ได้กลับนำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายภายใต้ความผิดที่ผิดธรรมชาติ (Unnatural Offences) ในปี ค.ศ. 1869 และในปี 1886 ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ภายใต้หัวข้อการกระทำความผิดต่อศีลธรรมของสาธารณชน (Offences against Public Morals) ต่อมาในปี ค.ศ. 1892 ได้กลับนำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายภายใต้ความผิดต่อบุคคลและชื่อเสียง (Offences against the Person and Reputation) และเปลี่ยนมาอยู่ภายใต้หัวข้อ "การทำร้ายร่างกาย" (Assault) จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1953-1954 ได้ถูกบัญญัติไว้ภายใต้หัวข้อความผิดเกี่ยวกับเพศ ศีลธรรมของสาธารณชน และการกระทำที่ผิดปกติ (Sexual Offences, Public Morals and Disorderly Conduct) ภายใต้หัวข้อใหญ่ความผิดเกี่ยวกับเพศ (Sexual Offences)

1) การทำร้ายร่างกายโดยเจตนา⁶¹ (Assault with intent)

เดิมกฎหมายเริ่มต้นโดยใช้ถ้อยคำ "บุคคลใดก็ตาม... มีความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยเจตนาที่จะกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรค (buggery)" ในปี ค.ศ. 1886 ความผิดฐานนี้ได้ถูกนำมาเรียบเรียงเขียนใหม่ โดยใช้ถ้อยคำว่า "ทุกคนซึ่ง... ทำร้ายร่างกายบุคคลอื่นโดยเจตนาที่จะกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรค (buggery)" ซึ่งการใช้ถ้อยคำใหม่นี้ทำให้เกิดความชัดเจนว่าผู้ถูกกระทำจะเป็นเพศชายหรือหญิงก็ได้ ในปี ค.ศ. 1892 ได้มีการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำโดยใช้ถ้อยคำว่า "การทำร้ายร่างกาย... โดยพยายามที่จะกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรค (Sodomy)" ต่อมาได้แก้ไขเป็น "เจตนาที่จะกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก (sodomy)" คำว่า sodomy เป็นคำที่ใช้ใน Stephen's Digest ต่อมาในปี ค.ศ. 1906 และ 1927 มีการแก้ไขกฎหมายอีก แต่ไม่มีการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติในเรื่องนี้แต่อย่างใด ในปี ค.ศ. 1953 - 1954 ความผิดนี้ได้ถูกจำกัดให้แคบลงโดยมีผลบังคับใช้กับผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นเพศชายเท่านั้น ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วก็เป็นไปไม่ได้ที่ผู้หญิงจะทำร้ายร่างกายบุคคลอื่นโดยมีเจตนาที่จะกระทำการร่วมเพศทาง

⁶⁰Ibid, p.42.

⁶¹Ibid, p.42.

เวจมรรค แต่ผู้ถูกระทำจะเป็นบุคคลเพศใดก็ได้ ดังนั้นการแก้ไขดังกล่าวจึงเท่ากับว่าไม่เป็นประโยชน์เท่าไรนัก ต่อมาคำนิยามได้ถูกแก้ไขจากคำว่า “Sodomy” เป็น “Buggery” ภายใต้มาตรา 147 แต่ลักษณะการกระทำดังกล่าวในกฎหมายยังไม่เปลี่ยนแปลง

2) การกระทำอนาจารต่อผู้ชาย⁶² (indecent assault on a male)

เดิมในปี ค.ศ.19869 กฎหมายใช้คำว่า “บุคคลใดก็ตาม...มีความผิดฐานทำร้ายร่างกายเพื่อกระทำอนาจารต่อผู้ชาย และกำหนดบทลงโทษสูงสุดคือจำคุก 10 ปี และในปี ค.ศ.1886 จำกัดให้แคบลงโดยมีผลบังคับใช้กับผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นเพศชายเท่านั้น หลังจากนั้นไม่มีการเปลี่ยนแปลงในเรื่องถ้อยคำอีก ต่อมาในปี 1892 ระยะเวลาในการลงโทษลดลงเหลือแค่ 7 ปี แต่มีโทษเชี่ยนตีเพิ่มขึ้นมา หลังจากนั้นได้มีการประชุมรัฐสภาและได้มีความเห็นให้กำหนดระยะเวลาการลงโทษกลับมาเป็น 10 ปี เช่นเดิม และโทษเชี่ยนตีก็ยังปรากฏอยู่ ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่าโทษเชี่ยนตีไม่มีบัญญัติไว้ในความผิดฐานกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรค

เหตุผลที่กฎหมายนำความผิดทั้งสองฐานคือทำร้ายร่างกายโดยมีเจตนาที่จะกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและการกระทำอนาจารต่อผู้ชายมาไว้ในมาตราเดียวกัน ประการแรกก็คือ ความผิดทั้งสองฐานดังกล่าวอาจมีจุดประสงค์ในชั้นสุดท้ายเหมือนกันนั่นก็คือ การร่วมเพศทางเวจมรรค ไม่ว่าจะเป็นการกระทำระหว่างพวกรักร่วมเพศชายหรือพวกรักร่วมเพศหญิง เหตุผลอีกประการหนึ่งก็คือ การกระทำของพวกรักร่วมเพศชายมีจุดประสงค์ อาจมีความมุ่งหมายอื่นมากกว่าการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรค ซึ่งตรงกันข้ามกับความคิดเห็นส่วนใหญ่ที่เห็นว่าการกระทำของพวกรักร่วมเพศชายมักจะมีจุดประสงค์มุ่งไปยังการร่วมเพศทางเวจมรรค

3. ประเทศอินเดีย

ตามประมวลกฎหมายอินเดียมีบทบัญญัติกฎหมายลงโทษการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากไว้ แต่ใช้คำว่ากระทำความผิดที่ผิดธรรมชาติ ดังที่ปรากฏไว้ในมาตรา 337⁶³ ดังนี้ “การกระทำความผิดที่ผิดธรรมชาติ:บุคคลใดก็ตามโดยความสมัครใจกระทำการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติกับชายใดหรือหญิงใด หรือกับสัตว์ บุคคลนั้นมีความผิดถูกพิพากษาลงโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกเป็นระยะเวลา 10 ปี และอาจมีโทษปรับด้วย”

⁶²Ibid, p.44-45.

⁶³Ibid, p.45.

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นพิจารณาแล้วมีความเห็นว่าการใช้ถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายนี้ใช้ถ้อยคำว่า “การกระทำที่ผิดธรรมชาติ” นั้น เป็นถ้อยคำที่มีความหมายกว้าง มิได้กำหนดถึงลักษณะการกระทำไว้ชัดเจน ดังนั้นเมื่อตีความก็น่าจะครอบคลุมถึงการทำความผิดกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากด้วยเพราะการกระทำดังกล่าวก็เป็น การกระทำที่ผิดธรรมชาติ ส่วนประเด็นเรื่องบทบัญญัติของกฎหมายมีผลบังคับใช้แม้แต่การกระทำนั้นเกิดจากความสมัครใจนั้น พิจารณาแล้วน่าจะเกิดจากแนวความคิดที่ว่ารัฐต้องการรักษา มาตรฐานและศีลธรรมอันดีงามของสังคมไว้ นอกจากนี้แล้วบทกฎหมายกำหนดโทษขั้นสูงสุด 14 ปี เท่านั้น แต่โทษขั้นต่ำสุดมิได้กำหนดไว้แต่อย่างไร เป็นการเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจในการ พิจารณาพิพากษาคดีลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างเต็มที่

4. เปรียบเทียบและวิเคราะห์การกระทำความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทาง เวจมรรคและทางปากตามกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ

4.1 การให้ความสำคัญต่อการกระทำความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศ ทางเวจมรรคและทางปากโดยบทบัญญัติของกฎหมาย

ในประเทศไทย การกระทำความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทาง เวจมรรคและทางปากนั้น จะเห็นได้ว่ายังไม่ถูกพิจารณาว่าเป็นการกระทำอาชญากรรมที่รุนแรง มากนัก เนื่องจากโดยหลักทั่วไปแล้วหากเกิดการกระทำความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วม เพศทางเวจมรรคและทางปากเกิดขึ้นก็จะถือว่าเป็นการกระทำอนาจารตามมาตรา 278 และ 279 ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ และถ้าหากมีการทำร้ายร่างกายเพื่อกระทำการร่วมเพศทาง เวจมรรคและทางปากด้วยแล้วก็就会有ความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 ด้วย และเมื่อ พิจารณาตามมาตรา 276 และ 277 ศาลและนักกฎหมายมีความเห็นว่าการข่มขืนกระทำชำเรา หมายถึงการร่วมประเวณีตามธรรมชาติเท่านั้น กล่าวคือ อวัยวะสืบพันธุ์ชายต้องล่งล้ำเข้าไปใน ช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง นอกจากนี้แล้วยังมีคำพิพากษาฎีกาที่ 1048/2518 พิจารณาโดยวางหลักเกณฑ์ไว้ว่าการกระทำการร่วมเพศทางอื่นหรือทางเวจมรรคไม่ถือว่าเป็นการ กระทำความผิดตามมาตรา 276 ซึ่งพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าศาลมีแนวความคิดว่าการกระทำกร ร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากมิได้มีระดับความรุนแรงถึงขั้นข่มขืนกระทำชำเรา ทั้ง ๆ ที่ ลักษณะการกระทำจะคล้ายกันมาก แต่มีที่แตกต่างคือการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและ ทางปากไม่มีโอกาสตั้งครรภ์เท่านั้น และเกิดขึ้นได้ในการกระทำระหว่างเพศเดียวกัน นอกจากนี้

แล้วประเทศไทยยังมีได้มีบทบัญญัติลงโทษการกระทำดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ แต่ได้นำไปพิจารณา อยู่ในความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 ซึ่งลักษณะการกระทำแตกต่างกันมากเพราะว่า การกอด จับมือ จับหน้าอก ก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ ซึ่งก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำอนาจารแล้ว

ส่วนในต่างประเทศนั้น ทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา และอินเดีย ได้มี บทบัญญัติลงโทษการกระทำความผิดกรณีมีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากไว้โดยเฉพาะ มิ ได้รวมอยู่ในความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งแสดงให้เห็นว่าในต่างประเทศมีแนวความคิดเห็นว่าการกระทำความผิดกรณีมีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากมีความรุนแรงในระดับหนึ่ง ซึ่ง มากกว่าและแตกต่างจากการกระทำอนาจาร ดังนั้นจึงมีการบัญญัติกฎหมายลงโทษการกระทำดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ นอกจากนี้แล้วในต่างประเทศยังได้มีแนวความคิดใหม่เกิดขึ้นว่า กฎหมายควร จะคงไว้ซึ่งคำจำกัดความของคำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ไว้ว่าเป็นการล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิง โดยอวัยวะเพศชายเท่านั้น การหลั่งของน้ำอสุจิไม่ใช่สาระสำคัญ หรือขยายคำจำกัดความของคำ ว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ให้ครอบคลุมไปถึงการกระทำความผิดทางเพศอื่น ๆ ซึ่งมีความร้ายแรง และน่าสพึงกลัวพอ ๆ กัน ในเรื่องนี้ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีข้อเสนอของสภาสตรีเพื่อป้องกัน การข่มขืนกระทำชำเรา (Women's Rape Council) ต่อสภานิติบัญญัติแห่งมลรัฐนิวยอร์ก สหรัฐ อเมริกาว่า⁶⁴ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราควร...ประกอบด้วย การสัมผัสระหว่างปากและทวาร หนัก ปากและอวัยวะเพศชาย ปากและอวัยวะเพศหญิง หรือระหว่างอวัยวะเพศชายและหญิง หรือ อวัยวะเพศชายและทวารหนัก หรือระหว่างทวารหนัก หรืออวัยวะเพศหญิงกับสิ่งประดิษฐ์เทียมอื่น

ส่วนในประเทศแคนาดาก็มีแนวความคิดใหม่ในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้นเช่น เดียวกัน โดยได้รายงานไว้ใน “รายงานความผิดเกี่ยวกับเพศ” ดังนี้⁶⁵

“...คำจำกัดความของคำว่าข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายปัจจุบันคลุมถึง เฉพาะแต่การล่วงล้ำทางอวัยวะเพศ ในความเห็นของคณะกรรมการเห็นว่าการล่วงล้ำทุกรูป แบบไม่ว่าทางอวัยวะเพศ ทางปาก ทางทวารหนัก และการกระทำความผิดทางเพศรุนแรงอย่าง อื่น ๆ โดยไม่จำกัดรูปแบบควรจะกำหนดอยู่ภายใต้ข้อกำหนดของโทษเดียวกัน ทั้งนี้เพราะว่าสิ่ง เหล่านี้เป็นการล่วงละเมิดต่อศักดิ์ศรีในตัวบุคคล เป็นการล่วงละเมิดซึ่งสังคมไม่อาจและต้องไม่นิ่ง ดูดาย คำจำกัดความของการข่มขืนกระทำชำเราจึงควรขยายไปถึงการกระทำต่าง ๆ เหล่านี้ด้วย

⁶⁴วิชัย อริยะนันท์ทกะ, “วงการกฎหมายทั่วไป” ตุลพาห 32(กรกฎาคม-สิงหาคม):123.

⁶⁵เรื่องเดิม, หน้า 122-123.

จากแนวทางการศึกษาการกระทำความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทาง
 เวจรรคและทางปากนั้น พบว่าในต่างประเทศหลายประเทศให้ความสำคัญในการบัญญัติ
 กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศดังกล่าวแตกต่างกันออกไป ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับทัศนคติ
 กฎเกณฑ์และวัฒนธรรมของแต่ละสังคม ประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา และอินเดีย ได้มีการ
 บัญญัติบทลงโทษการกระทำความผิดทางเพศกรณีที่มีการร่วมเพศทางเวจรรคและทางปากไว้โดย
 เฉพาะเป็นเวลานานแล้วเช่นเดียวกับในอดีตของประเทศไทย โดยให้ความสำคัญต่อการกระทำ
 ความผิดดังกล่าวว่ามีความรุนแรงในระดับหนึ่งซึ่งมากกว่าการกระทำอนาจาร จึงมิได้รวมไว้เป็น
 ความผิดฐานเดียวกับการกระทำอนาจาร นอกจากนี้แล้วในประเทศสหรัฐอเมริกา และแคนาดา
 ยังมีแนวความคิดใหม่ที่จะปฏิรูปกฎหมายโดยให้ความสำคัญต่อการกระทำความผิดทางเพศกรณี
 มีการร่วมเพศทางเวจรรคและทางปากมากยิ่งขึ้นไปกว่าเดิมโดยมีแนวความคิดที่จะขยายคำ
 จำกัดความของคำว่า ช่มชู้กระทำความผิด ให้ครอบคลุมไปถึงการกระทำความผิดกรณีที่มีการร่วม
 เพศทางเวจรรคและทางปากด้วย แต่ในปัจจุบันนี้ประเทศไทยมิได้มีบัญญัติกำหนดให้การกระทำ
 ความผิดทางเพศดังกล่าวเป็นความผิดเฉพาะ เพียงแต่มีการแบ่งแยกการกระทำความผิดทางเพศ
 ไว้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ การช่มชู้กระทำความผิด กับ การกระทำอนาจารเท่านั้น ดังนั้นหากมี
 การกระทำความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจรรคและทางปากแล้ว ก็ต้องลง
 โทษผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 และ 279 ซึ่ง
 แสดงให้เห็นว่าสังคมไทยในขณะที่มีการบัญญัติกฎหมายขณะนั้นมิได้ให้ความสำคัญต่อการ
 บัญญัติกฎหมายลงโทษการกระทำความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจรรคและ
 ทางปากไว้โดยเฉพาะ เหตุผลอาจเป็นเพราะเนื่องจากในสมัยนั้นการกระทำความผิดทางเพศ
 ลักษณะดังกล่าวยังมีไม่มากนัก ประกอบกับสังคมอาจเห็นว่ายังไม่เป็นอาชญากรรมที่รุนแรงเพียง
 พอ ดังนั้นจึงไม่บัญญัติกฎหมายลงโทษไว้โดยเฉพาะ แต่ในปัจจุบันนี้สภาพสังคมได้เปลี่ยนแปลง
 ไปมาก ปรากฏว่ามีการกระทำความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจรรคและทาง
 ปากเพิ่มมากขึ้นตามลำดับดังปรากฏเป็นข่าวในปัจจุบัน และเมื่อพิจารณาแล้วการกระทำ
 ลักษณะดังกล่าวก็มีลักษณะการกระทำและความรุนแรงแตกต่างไปจากการกระทำอนาจารมาก

4.2 ลักษณะถ้อยคำตามบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทาง
 เพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจรรคและทางปาก

ในประเทศสหรัฐอเมริกามีรัฐจำนวน 25 รัฐ ที่มีกฎหมายบัญญัติลงโทษการ
 กระทำความผิดทางเพศกรณีที่มีการร่วมเพศทางเวจรรคและทางปากไว้โดยเฉพาะ แต่เนื่องจากรัฐ

ต่าง ๆ มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้บังคับในรัฐของตนเองอย่างเต็มที่ ดังนั้นบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศดังกล่าวจึงมีการใช้ถ้อยคำที่หลากหลาย บางรัฐจะใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้าง มิได้กำหนดลักษณะการกระทำที่ชัดเจน อาทิเช่น การกระทำความผิดธรรมชาติ (crime against nature) การร่วมเพศผิดธรรมชาติที่น่ารังเกียจ (detestable and abominable crime against nature) การร่วมเพศที่วิปริต (sexual deviation) ส่วนในบางรัฐจะใช้ถ้อยคำที่ชัดเจน อาทิเช่น การร่วมเพศระหว่างคนกับสัตว์ การร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก (sodomy) ซึ่งพิจารณาแล้วรัฐส่วนใหญ่จะใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้าง ทำให้เกิดการตีความในลักษณะที่แตกต่างกันออกไป เหตุผลเนื่องมาจากศาลแต่ละศาลต่างก็มีความรู้สึกเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศที่ผิดธรรมชาติแตกต่างกันออกไป เช่น ศาลบางรัฐมีความเห็นว่าการกระทำการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติและน่ารังเกียจนั้นต้องเป็นการล่วงล้ำโดยอวัยวะเพศชายทางเวจมรรคและทางปากเท่านั้น บางศาลรัฐมีความเห็นที่ต้องเป็นการล่วงล้ำทางเวจมรรคเท่านั้น ถ้ากระทำการร่วมเพศทางปากไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิด หรือบางรัฐมีความเห็นว่าการที่ใช้ปากสัมผัสกับอวัยวะเพศหญิงก็เป็นการกระทำการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติแล้ว ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำความผิดตามกฎหมาย.

ในประเทศแคนาดา กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศได้บัญญัติแยกการกระทำความผิดทางเพศไว้อย่างละเอียด โดยมีบทบัญญัติลงโทษการกระทำความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากไว้โดยเฉพาะตามมาตรา 147 โดยใช้คำว่ากระทำการร่วมเพศทางเวจมรรค ซึ่งเป็นถ้อยคำที่ชัดเจน ดังนั้นจึงไม่มีปัญหาในการตีความตามบทบัญญัติของกฎหมาย และตามมาตรา 147 ได้บัญญัติลงโทษเฉพาะการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคเท่านั้น ดังนั้นหากมีการกระทำความผิดกรณีกระทำการร่วมเพศทางปาก จึงไม่มีความผิดตามมาตรา 147 นี้ เพราะมาตรา 147 มิได้บัญญัติลงโทษการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคเท่านั้น แต่จะมีความผิดตามมาตรา 148 ซึ่งเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งกำหนดองค์ประกอบที่สำคัญคือ ผู้ถูกกระทำต้องเป็นเพศชายเท่านั้น เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่าต้องมีเจตนากระทำอนาจารต่อชายอื่น ดังนั้นการกระทำความผิดตามมาตรา 147 นี้จึงมุ่งคุ้มครองผู้เสียหายซึ่งเป็นเพศชายเท่านั้น ส่วนการกระทำความผิดกรณีกระทำการร่วมเพศทางปากโดยผู้ถูกกระทำเป็นหญิงนั้น ก็มีความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายทั่วไป นอกจากนี้แล้วหากผู้กระทำความผิดได้ทำร้ายร่างกายบุคคลอื่นโดยมีเจตนาที่จะกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคแล้ว ก็มีความผิดตามมาตรา 148 ซึ่งบัญญัติลงโทษไว้โดยเฉพาะ มิใช่ลงโทษความผิดฐานทำร้ายร่างกายทั่วไป

ในประเทศอินเดียได้มีบทบัญญัติลงโทษการกระทำความผิดทางเพศกรณี บังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากไว้โดยเฉพาะ โดยใช้คำว่าการกระทำความผิดที่ผิดธรรมชาติ ซึ่งเป็นถ้อยคำที่มีความหมายกว้าง มิได้กำหนดลักษณะการกระทำที่ชัดเจน ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้วจึงมีความเห็นว่าการกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก ก็ถือว่าเป็น การกระทำความผิดที่ผิดธรรมชาติ จึงมีความผิดตามมาตรา ๓๖๖ และตามถ้อยคำดังกล่าวพิจารณา แล้วอาจร่วมไปถึงการกระทำลักษณะอื่นด้วยก็ได้

จากที่ศึกษามาข้างต้นพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าในแต่ละประเทศมีการบัญญัติ กฎหมายลงโทษการกระทำความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก แตกต่างกันไป บางรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอินเดีย ใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้าง มิได้กำหนดถึงลักษณะการกระทำที่ชัดเจน เช่น การกระทำการร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติ การร่วมเพศผิดธรรมชาติที่น่ารังเกียจ การร่วมเพศที่วิปริต ซึ่งมีผลทำให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางในการพิจารณาว่าการกระทำลักษณะใดเป็นการกระทำความผิดตาม ถ้อยคำที่กฎหมายบัญญัติไว้ ส่วนบางรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศแคนาดาได้บัญญัติ กฎหมายลงโทษการกระทำความผิดกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากไว้ ชัดเจน โดยกำหนดลักษณะการกระทำไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายด้วย ซึ่งทำให้ไม่เกิดข้อโต้แย้งและปัญหาในการพิจารณาพิพากษาคดี แต่เมื่อพิจารณาในทางกลับกันการบัญญัติกฎหมายลงโทษการกระทำความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากไว้ อย่างกว้าง ๆ ก็มีข้อดี คือ เป็นการเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าการกระทำลักษณะใด เป็นการกระทำความผิดตามกฎหมาย ซึ่งศาลอาจมีแนวความคิดเห็นที่เปลี่ยนแปลงไปได้ตามความเหมาะสมของสภาพสังคม วัฒนธรรม และทัศนคติ ของสังคมในขณะนั้นก็ได้

4.3 วัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศ กรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากไว้โดยเฉพาะ

ในประเทศไทยพิจารณาการกระทำความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากตามความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งความผิดฐานกระทำอนาจารนั้น มีคุณธรรมทางกฎหมายและวัตถุประสงค์ในการบัญญัติกฎหมาย คือ มุ่งคุ้มครองเสรีภาพทาง

เพศ⁶⁶ ซึ่งเป็นการมุ่งคุ้มครองผู้เสียหายซึ่งเป็นเอกชนเท่านั้น และไม่จำกัดเพศของผู้เสียหายว่าจะต้องเป็นเพศชายหรือหญิง เสรีภาพที่กล่าวถึงหมายความว่า การที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดมีเสรีภาพที่จะกระทำการร่วมเพศในลักษณะใด กับใครก็ได้ บุคคลนั้นจะไม่ถูกบังคับให้มีการร่วมเพศในลักษณะใดก็ตามโดยปราศจากความยินยอม ยกเว้นผู้เสียหายซึ่งมีอายุไม่เกินสิบห้าปี ความยินยอมดังกล่าวไม่มีผล ซึ่งความผิดเกี่ยวกับเพศในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความยินยอมอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ⁶⁷

1) แม้ผู้เสียหายจะให้ความยินยอม การกระทำความผิดดังกล่าวก็ยังคงเป็นการกระทำความผิดทางเพศอยู่ เช่น ในมาตรา 277 การกระทำชำเราเด็กหญิง อายุไม่เกิน 15 ปี และมาตรา 279 การกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ดังนั้นความยินยอมของผู้เสียหายไม่มีผลต่อการกระทำนั้นแต่ประการใด

2) ผู้กระทำความผิดกระทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้เสียหายจึงจะเป็นความผิดอาญา แม้กฎหมายจะไม่ได้บัญญัติเรื่องความยินยอมไว้ก็ตาม เช่น มาตรา 276 การข่มขืนกระทำชำเรา และมาตรา 278 การกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี เนื่องจากการกระทำทางเพศในข้อนี้เป็นเรื่องสิทธิส่วนบุคคล ซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงกับความยินยอมของคู่กรณี ดังนั้นตามบทบัญญัติของกฎหมายจึงมักไม่บัญญัติคำว่า "โดยปราศจากความยินยอมไว้" ในกรณีที่มีความยินยอมตามมาตรา 276 เสียไป เพราะเกิดจากการหลอกลวง ข่มขู่ หรือล่อลวงซึ่งมีผลเท่ากับว่าการกระทำนั้นมิได้กระทำโดยความยินยอม ดังนั้นผู้กระทำความผิดดังกล่าวย่อมมีความผิดตามกฎหมาย นอกจากนี้แล้วผู้ให้ความยินยอมต้องสามารถเข้าใจ หยั่งรู้ถึงการกระทำนั้น และรู้คุณค่าของการกระทำนั้นว่าดีหรือไม่ และเข้าใจถึงผลที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นได้ จะต้องเป็นผู้ใหญ่พอสมควร ดังนั้นความยินยอมของผู้เยาว์มักเป็นความยินยอมที่มีน้ำหนักน้อยและไม่ค่อยจะมีเหตุผล และถือว่าเป็นความยินยอมที่ไม่ชอบตามกฎหมาย เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้เยาว์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางเพศ ดังนั้นการข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา

⁶⁶ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด พิมพ์ครั้งที่ 4(กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 190.

⁶⁷ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, ความยินยอมในกฎหมายอาญา(วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 57.

277 และการกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 279 แม้เด็กจะให้ความยินยอม การกระทำดังกล่าวก็ยังเป็นความผิดตามกฎหมาย

ประเทศสหรัฐอเมริกาเนื่องจากแต่ละรัฐในสหรัฐอเมริกามีอำนาจในการออกกฎหมายอย่างเต็มที่ ดังนั้นวัตถุประสงค์ในการบัญญัติกฎหมายการกระทำความผิดกรณีนี้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากจึงอาจแตกต่างกันออกไป ซึ่งมีแนวความคิด 2 ประการ ดังนี้

1) กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก พิจารณาแล้วมีคุณธรรมทางกฎหมายหรือวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองมาตรฐานและศีลธรรมอันดีของสังคมไว้ ซึ่งเป็นคุณธรรมส่วนรวม⁶⁸ ดังนั้นความยินยอมจึงไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในการกระทำความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากได้ รัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีแนวความคิดเช่นนี้ ได้แก่ อริโซน่า แคนซัส มินิโซต้า เนวาด้า และเวอร์จิเนีย

2) กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศกรณีมีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก พิจารณาแล้วมีคุณธรรมทางกฎหมายหรือวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเสรีภาพทางเพศ ดังนั้นความยินยอมจึงสามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในการกระทำความผิดทางเพศกรณีมีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากได้ รัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีแนวความคิดเช่นนี้ ได้แก่ จอร์เจีย และเคนตักกี

นอกจากนี้แล้วยังมีบางรัฐที่มีแนวความคิดทั้ง 2 ประการ โดยมีบทบัญญัติกฎหมายลงโทษการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศกรณีมีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากทั้งที่กระทำโดยความยินยอมและกระทำโดยปราศจากความยินยอมไว้ โดยจะกำหนดอัตราในการลงโทษแตกต่างกัน เช่น มอนตানা มีบทบัญญัติลงโทษการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นโดยผู้เสียหายยินยอม ผู้กระทำความผิดจะถูกพิพากษาลงโทษจำคุกเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 10 ปี แต่ถ้ากระทำความผิดโดยผู้เสียหายปราศจากความยินยอมจะถูกพิพากษาลงโทษจำคุกเป็นระยะเวลาไม่เกิน 20 ปี

นอกจากนี้แล้วส่วนมากรัฐต่าง ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายจะมุ่งคุ้มครองผู้เสียหายโดยไม่จำกัดเพศของผู้ถูกกระทำว่าจะเป็นเพศชายหรือหญิง กล่าวคือ กฎหมายใช้คำว่า "บุคคลใด" หรือ "บุคคลอื่น" แต่จะมีบางรัฐ เช่น อาแคนซัส ที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าผู้ถูกกระทำต้องเป็นบุคคลเพศเดียวกันกับผู้กระทำ

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 45.

ประเทศแคนาดา กฎหมายของประเทศแคนาดาไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า การกระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคโดยความยินยอมของทั้ง 2 ฝ่าย เป็นการกระทำความผิดหรือไม่ จึงไม่สามารถพิจารณาได้ว่าบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์หรือคุณธรรมทางด้านกฎหมายอย่างไร ส่วนในเรื่องผู้ถูกระทำนั้น เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ จึงน่าจะตีความว่ากฎหมายมุ่งคุ้มครองผู้ถูกระทำทั้งเพศชายและหญิง

ประเทศอินเดีย กฎหมายของประเทศอินเดียเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากนั้น พิจารณาแล้วคุณธรรมทางกฎหมายและวัตถุประสงค์ในการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองมาตรฐานและศีลธรรมอันดีของสังคมไว้ ซึ่งเป็นคุณธรรมส่วนรวม ดังนั้นแม้ผู้เสียหายจะยินยอมให้กระทำการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก ก็ยังถือว่าเป็นการกระทำความผิดตามกฎหมาย

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศข้างต้นพิจารณาแล้วมีความเห็นว่าแนวความคิดหรือวัตถุประสงค์ในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศกรณีมีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก มี 2 ประการ ประการแรก คือ มุ่งคุ้มครองมาตรฐานและศีลธรรมของสังคม ซึ่งหลักของแนวความคิดนี้ก็คือนอกจากทั้งสองฝ่ายจะกระทำการร่วมเพศดังกล่าวโดยความยินยอมก็ถือว่าเป็นการกระทำความผิด ส่วนประการที่สอง คือ มุ่งคุ้มครองเสรีภาพทางเพศ ซึ่งหลักของแนวความคิดนี้ก็คือนุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเลือกการกระทำทางเพศ ดังนั้นการกระทำทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก หากเกิดโดยความยินยอมของทั้งสองฝ่ายแล้วไม่ว่าจะเป็นการกระทำลักษณะใด กับใคร トラบใดที่ไม่ทำให้บุคคลอื่นในสังคมเดือดร้อน และไม่ทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยหรือเกิดความกระทบกระเทือนต่อสังคม การกระทำดังกล่าวก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิด ส่วนบุคคลที่กฎหมายคุ้มครองนั้น ส่วนมากกฎหมายจะมุ่งคุ้มครองบุคคลทุกประเภทไม่ว่าเพศชายหรือหญิง มีกฎหมายในบางส่วนน้อยเท่านั้นที่มุ่งคุ้มครองเฉพาะเพศชาย นอกจากนี้การที่ต่างประเทศมีบทบัญญัติกฎหมายลงโทษการกระทำความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากไว้โดยเฉพาะ โดยไม่ลงโทษเป็นความผิดฐานเดียวกับการกระทำอนาจารนั้น พิจารณาแล้วมีความเห็นว่าบทบัญญัติลงโทษการกระทำความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก และการกระทำอนาจารจะมีวัตถุประสงค์อย่างเดียวกัน คือ เพื่อคุ้มครองเสรีภาพทางเพศ หรือ เพื่อรักษามาตรฐานและศีลธรรมอันดีของสังคมไว้ ดังนั้นหากไม่มีบทบัญญัติลงโทษการกระทำความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากไว้แล้ว โดยทั่วไปก็สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าวฐานกระทำอนาจารได้อยู่แล้ว เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญาของ

ประเทศไทย แต่การที่มีบทบัญญัติลงโทษการกระทำดังกล่าวไว้โดยเฉพาะแยกจากการกระทำ
อนาจาร เช่น ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา และอินเดีย นั้น ผู้บัญญัติกฎหมาย
น่าจะมีแนวความคิดว่าการกระทำความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและ
ทางปากมีลักษณะแตกต่างไปจากการกระทำอนาจารมาก และมีความรุนแรงในระดับหนึ่งซึ่งมาก
กว่าการกระทำอนาจาร ดังนั้นเพื่อให้เกิดความเหมาะสมในการลงโทษผู้กระทำความผิดและเน้นให้
เห็นถึงระดับความรุนแรงหรือลักษณะการกระทำที่แตกต่างกับอนาจาร จึงมีการบัญญัติกฎหมาย
เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปากไว้โดย
เฉพาะ



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย